

Poder Judicial de la Nación

Mar del Plata, 26 de abril de 2017.-

AUTOS Y VISTOS:

1) Que luego de dictarse el veredicto en la presente causa nro. 133000479/2013/TO2, caratulada "ARRILLAGA, Alfredo Manuel - MARQUIEGUI, Leandro Edgard s/Homicidio calificado", respecto de **Alfredo Manuel Arrillaga**, argentino, LE. 4.823.987, casado, militar retirado, hijo de Alfredo Alejandro y de Juana Secundina Saldías (ambos fallecidos), nacido en San Nicolás de los Arroyos el 2 de junio de 1933, con domicilio en la calle Arcos 2145 piso 6° dep. "B" de CABA, y **Leandro Edgard Marquiegui**, argentino, DNI. 4.897.660, casado, retirado del Ejército, hijo de Antonio y de María Teodora Cadícamo (ambos fallecidos), nacido en General Rodríguez, Provincia de Buenos Aires el 13 de marzo de 1929, con domicilio en la calle Rincón de Milberg, barrio "El atardecer", casa 271, Partido de Tigre, Provincia de Buenos Aires, los integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, Dres. Néstor Rubén Parra, María Claudia Morgese Martín y Bernardo Daniel Bibel, se reunieron a fin de redactar sus fundamentos conforme art. 400 del CPPN.

2) Producida la prueba, en oportunidad de formular su alegato el Dr. Juan Manuel Portela en representación del Ministerio Público Fiscal, luego de un pormenorizado análisis fáctico y jurídico de las probanzas recibidas en la audiencia y aquellas incorporadas, por las cuales entendió debidamente acreditada la materialidad delictiva y la participación de los encartados dentro de la categoría de coautoría funcional que desarrolló, como así también luego de efectuar un minucioso análisis relativo a

USO OFICIAL

la categoría de delitos de lesa humanidad, de la imprescriptibilidad de los mismos y de la calificación legal de las conductas imputadas, solicitó: 1) Se condene a Alfredo Manuel Arrillaga a la pena de prisión perpetua, inhabilitación absoluta perpetua, accesorias legales y costas por considerarlo Coautor penalmente responsable del delito de homicidio calificado por alevosía y por el concurso premeditado de dos o más personas en perjuicio de Ana Lía Delfina Magliaro (arts. 80 inc. 2 y 6 del CP); 2) se condene a Leandro Edgard Marquiegui, a la pena de prisión perpetua, inhabilitación absoluta perpetua, accesorias legales y costas por considerarlo Coautor penalmente responsable del delito de homicidio calificado por alevosía y por el concurso premeditado de dos o más personas en perjuicio de Ana Lía Delfina Magliaro (arts. 80 inc. 2 y 6 del CP); 3) Se comunique la sentencia condenatoria al Ministerio de Defensa de la Nación para que se dé cumplimiento al procedimiento de baja por exoneración de los acusados, de conformidad a lo previsto en el Decreto Ley 19.101 de Personal Militar (arts. **20**, inc. 6, y **80**), ello sin perjuicio de las comunicaciones que al respecto ya se hubieren practicado con motivo de sentencias anteriores.

3) Por su parte los defensores de ambos imputados se dividieron la formulación del alegato. El Dr. Galán solicitó el sobreseimiento de sus defendidos por considerar que la acción penal se ha extinguido por prescripción, ello en orden a los fundamentos que desarrolló con cita del fallo de la CSJN "Derecho René", la interpretación efectuada en torno al Art. 118 de la CN en "Arancibia Clavel", fallos recientes del mismo órgano con su nueva integración y el dictado en el marco de la causa 13/84, la crítica efectuada alrededor de la calificación de

Poder Judicial de la Nación

los delitos de lesa humanidad expresados, como así también del análisis relativo a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los delitos de lesa humanidad ratificada en el año 2003, a la alusión al ius cogens que se efectúa y el consenso de la comunidad internacional.

Seguidamente tomó la palabra el Dr. Baillieau quien se detuvo en las cuestiones relativas a la incapacidad sobreviniente planteadas en el marco de la incidencia formada en la presente causa respecto de Leandro Edgard Marquiegui, concluyendo que a criterio de esa defensa durante el desarrollo de las audiencias de debate se evidenció el deterioro cognitivo que sufre el nombrado, todo ello citando el trabajo doctrinario del profesor Julio Maier y las conclusiones médicas desarrolladas por los peritos psiquiatras, psicólogos y neurólogos que evaluaron al encartado, considerando incluso que ante la duda debería haberse suspendido el proceso. Por ello planteó la nulidad de las audiencias realizadas conforme a las previsiones del Código Procesal Penal de la Nación.

Seguidamente cuestionó el criterio de atribución de responsabilidad desarrollado por el Ministerio Público Fiscal y las consideraciones efectuadas por la acusación relacionadas con la existencia de un plan sistemático comunicado a los diferentes eslabones inferiores, que incluso consideró no acreditada, concluyendo que deberá limitarse a la comprobación de la intervención de los encartados en el hecho concreto imputado. Sobre este extremo puntualizó que Marquiegui al producirse el homicidio de Ana Lía Magliaro no ejercía el la jefatura en la sección inteligencia de la Agrupación ADA 601, por hallarse en comisión en otra provincia, para lo

cual citó y analizó la declaración prestada durante el debate por el testigo Skinner que, siguiendo su criterio, permitiría comprender la actuación de Fortunato Valentín Rezett.

En función del análisis realizado en cuanto a las pruebas reunidas y la reglamentación valorada por la acusación, solicitó al Tribunal que al momento de fallar se absuelva a los encartados en orden a los delitos enrostrados. Sin perjuicio de ello, cuestionó también la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua, principalmente en atención a la edad de los nombrados, y considero que no se ha fundado debidamente el pedido de pena de inhabilitación como así tampoco la incapacidad civil accesoria prevista por el art. 12 del CP, efectuando expresa reserva de recurrir ante los Tribunales superiores.

4) Finalmente los imputados informaron que no harían uso del derecho a la última palabra.

Y CONSIDERANDO:

En las deliberaciones se estableció que las cuestiones a decidir se refieran: al tratamiento de los planteos de nulidad y extinción de la acción penal formulados por la defensa, a la existencia del hecho delictuoso y sus circunstancias jurídicamente relevantes, la participación de los imputados, la calificación legal de las conductas y sanciones aplicables. Producido el sorteo a fin de determinar el orden de votación de las cuestiones mencionadas resultó del mismo el siguiente: Dr. Néstor Rubén Parra, Dr. Bernardo Daniel Bibel y Dra. Claudia María Morgese Martín.

Poder Judicial de la Nación

I.- RECHAZO DEL PLANTEO DE NULIDAD DE LAS AUDIENCIAS DE DEBATE ARTICULADO POR LA DEFENSA (ARTS. 167 INC. 3 A CONTRARIO Y 168 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN).

El Dr. Parra dijo:

En oportunidad de formular su alegato, el Dr. Manuel Baillieu planteó la nulidad de todas las audiencias celebradas en el juicio y actos posteriores que sean su inmediata consecuencia, conforme lo establecido en el art. 77, 167 inc. 3 y 172 del Código Procesal Penal de la Nación.

En ese sentido, objetó la decisión del Tribunal en el incidente n° 13000479/2013/T02/4 de incapacidad sobreviniente de Leandro Marquiegui, sin perjuicio del respectivo recurso de casación que interpondría en el mismo. Hizo un análisis, parcial, de las constancias médicas obrantes en el mencionado incidente por el cual concluyó que no había certeza de que Marquiegui hubiera comprendido lo que sucedió en el debate.

Que sin perjuicio de advertirse que detrás de aquel planteo de nulidad articulado lo que se pretende es la revisión de la resolución dictada por el tribunal en el marco de la incidencia señalada, la cual conforme las previsiones del ordenamiento procesal podrá ser cuestionada en el plazo legal mediante recurso de casación, y que tales extremos permitirían su rechazo *in limine*, habré de introducirme en su tratamiento.

La cuestión en esta instancia se zanjó con lo resuelto en el mencionado incidente en fecha 7 de abril del corriente en el entendimiento de que debía rechazarse el planteo de incapacidad sobreviniente respecto

de Leandro Edgard Marquiegui conforme a las evaluaciones del Cuerpo Médico Forense, sin que hayan surgido nuevos elementos o circunstancias que pongan en crisis tal resolución. No se observa lesión alguna al derecho de defensa en juicio, al debido proceso sustantivo y al principio de contradicción sobre el que se basa el plenario oral. Pudo observarse además que a lo largo del proceso tanto el encausado como sus defensas técnicas en todo momento conocieron cuáles fueron los hechos que la parte acusadora tuvo por probados, como así también los elementos por los cuales arribó a dicha certeza. En puridad, los hechos imputados y los elementos de cargo existentes pudieron ser comprendidos en todo momento, permitiendo la oposición de las defensas que se consideraron adecuadas.

Sobre aquel punto, el profesor Julio Maier enseña que *"... el derecho de defensa en juicio exige que se garantice al imputado la posibilidad de ser oído y, para ello, resulta indispensable que exista una imputación debidamente formulada a través de una descripción clara, precisa y circunstanciada del hecho que se pretende reprochar"* (Derecho Procesal Penal, Tomo I, página 551) y, a la vez, que *"... esa imputación sea puesta en conocimiento del imputado para que pueda responderla en audiencia ante el tribunal (op. Cit., página 562) que, finalmente, debe respetar la correlación entre la imputación y el fallo (página 568)"*. Aquellos requisitos indispensables para garantizar la defensa en juicio se han cumplido durante el presente proceso y permitió el rechazo del planteo de nulidad articulado.

Así lo voto.-

A la cuestión planteada, los Dres. Bibel y Morgese Marín votaron en igual sentido.

Poder Judicial de la Nación

II.- RECHAZO DEL PLANTEO DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR PRESCRIPCIÓN:

El Dr. Parra dijo:

La defensa en su alegato pretendió que el Tribunal no aplicara la doctrina legal emanada de la Corte, aduciendo que no resultaría obligatorio para los tribunales inferiores acatar el cumplimiento de los fallos del más Alto Tribunal, haciendo hincapié en que el principio de leal acatamiento impone como contracara el deber de los jueces de apartarse de la jurisprudencia de los fallos del superior cuando existan razones válidas para ello.

En su exposición objetó el fallo "Arancibia Clavel", cuestionando la arrogación de competencia que la Corte hizo en el mismo respecto a la cuestión del agravio de la prescripción y la interpretación dinámica que hizo del art. 118 del Constitución Nacional aplicando el derecho internacional. Hizo mención que la causa conocida como 13/84 no dijo que estos delitos eran de lesa humanidad, declarando la prescripción de algunos de ellos.

También cuestionó los elementos que utilizó el Ministerio Público Fiscal para catalogar a estos delitos como de lesa humanidad ya que al momento de los hechos la comunidad jurídica internacional no los utilizaba para definir tales delitos, sino que los elementos esgrimidos son ex post facto. En apoyo a su postura citó el informe Larrabure de la Procuración General de la Nación de cómo había que interpretar un crimen de lesa humanidad. En el derecho internacional citó, entre otros, al Estatuto

para los crímenes de la ex Yugoslavia de 1993 en la que aceptaba, como novedad, que el conflicto armado podía ser interno y no solamente un conflicto internacional.

En relación al Ius Cogens y a la Convención de Imprescriptibilidad hizo mención a que esta última fue ratificada por nuestro país en el 2003 momento en que las acciones habían fenecido. Sostiene que al momento de los hechos no había una costumbre de derecho internacional obligatoria, un principio que no admite acuerdo en contrario aceptada por la comunidad internacional en su conjunto porque la imprescriptibilidad nace como materia convencional, expuesta a ratificación por parte de los estados. Citó en apoyo de sus argumentos el fallo Baltazar Garzón del Tribunal Superior Español.

Tal como fuera dispuesto en el veredicto, el planteo de extinción de la acción penal por prescripción no prosperó.

Si bien la Constitución Nacional no dispone expresamente la obligatoriedad de la aplicabilidad de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y no existe normativa inferior escrita que obligue formalmente a tal acatamiento, ya que la declaración de inconstitucionalidad de una norma que realiza un tribunal encuentra sus efectos limitados al litigio -efecto no vinculante-, en el caso en estudio, el deber de seguimiento de sus fallos tiene su justificación en que la Corte es el último exponente de las controversias de constitucionalidad en el orden interno; por lo que para apartarse de sus decisiones deben desarrollarse posiciones que no fueron contempladas en la ocasión de tratar el tema, circunstancias novedosas u omitidas en dicho pronunciamiento.

Poder Judicial de la Nación

Así lo ha entendido la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal en el marco de la referida resolución dictada en el marco de la causa "Dupuy" al afirmar que *"... en situaciones análogas, el tribunal cimero ha rechazado por insustanciales los planteos que pretenden la revisión de la doctrina sentada en Fallos 327:3312 y 328:2056, cuando el recurrente no ofrece nuevos argumentos que ameriten una nueva evaluación de lo decidido. (cfr. Causa E.191,XLIII, "Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/recurso extraordinario", sentencia de 17/02/19)".*

El voto del Dr. Mariano Hernán Borinsky en relación a los planteos de extinción de la acción penal por prescripción y presunta violación al principio de legalidad en autos N° 33004447/2004/118/2/CFC18 de la Sala IV de la C.F.C.P. es claro al afirmar que *" ... se descartó la posible vulneración del principio constitucional invocado con sustento en la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes "Priebke" (Fallos: 318:2148), "Arancibia Clavel" (Fallos: 327:3312), "Simón" (Fallos: 328:2056) y "Mazzeo" (Fallos: 330:3248), en los que se estableció que las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazados por el derecho internacional consuetudinario y por la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" (leyes 24.584, B.O. 29/11/1995 y 25.778, B.O. 3/9/2003), sin que ello importe una merma del principio de legalidad".*

Sentado cuanto precede, corresponde adentrarnos en la calidad del delito aquí juzgado, el que entendemos configura un crimen contra la humanidad en el

marco de un genocidio y que por ello reviste la característica de imprescriptible.

Respecto de la admisión del derecho de gentes ya en el caso "Priebke, Erich s/ solicitud de extradición" de la C.S.J.N. P. 457. XXXI R.O -causa N° 16.063/94-" - del 2 de noviembre de 1995, la Corte consideró que los principios de ese derecho ingresaban a nuestro ordenamiento jurídico interno a través del mencionado art. 118 C.N., realizando una interpretación de dichos principios conforme la evolución que registraron en las últimas décadas.

En el considerando 4° del mencionado fallo se sostuvo que "la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los estados requirente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del *ius cogens* del Derecho Internacional" y en el 5° *"Que, en tales condiciones, no hay prescripción de los delitos de esa laya y corresponde hacer lugar sin más a la extradición solicitada"*.

El Máximo tribunal en el fallo "Derecho, René Jesús" adoptó el dictamen del Procurador General de la Nación y estableció los criterios que habilitaron la atención de un hecho como un delito de lesa humanidad en cuanto a que *"... los crímenes de lesa humanidad, al igual que los delitos contra las personas, implican ambos la lesión de derechos fundamentales de los seres humanos. La distinción tiene su punto de partida en que los crímenes de lesa humanidad no lesionan sólo a la víctima que ve cercenada por el delito sus derechos básicos, sino que también implican una lesión a toda la humanidad como conjunto"*.

Poder Judicial de la Nación

En el referido fallo se entendió también que "... Los crímenes de lesa humanidad representan la amenaza más grave: se trata de casos en los que se ha vuelto cancerosa o perversa. El ser humano no puede vivir sin una organización política, pero la constitución de un orden institucional crea el riesgo y la amenaza permanente de que éste se vuelva en contra del hombre... Los casos de crímenes de lesa humanidad son justamente la realización de la peor de esas amenazas, la de la organización política atacando masivamente a quienes debía cobijar. "Humanidad", por lo tanto, en este contexto, se refiere a la característica universal de ser un "animal político" y la caracterización de estos ataques como crímenes de lesa humanidad cumple la función de señalar el interés común, compartido por el género humano, en que las organizaciones políticas no se conviertan en ese tipo de maquinaria perversa. El criterio de distinción, entonces, radicaría no en la naturaleza de cada acto individual (es decir, por ejemplo, cada homicidio) sino en su pertenencia a un contexto específico: 'El alto grado de depravación, por sí mismo, no distingue a los crímenes de lesa humanidad de los hechos más crueles que los sistemas locales criminalizan. Más bien, lo que distingue a los crímenes de lesa humanidad radica en que son atrocidades cometidas por los gobiernos u organizaciones cuasi-gubernamentales en contra de grupos civiles que están bajo su jurisdicción y control".

El hecho materia de juzgamiento en autos ha ocurrido en el marco de la última dictadura militar en Argentina en el período comprendido entre los años 1976/1983, en jurisdicción del Comando Zona I, bajo la órbita operacional del Primer Cuerpo del Ejército y en particular en la denominada "Subzona 15" donde se

cometieron, como en el resto del país, los delitos de privación ilegal de la libertad, tormentos y homicidios en forma masiva bajo la órbita de un plan sistemático de exterminio elucubrado por el gobierno de facto y contra un sector de la población identificado como "subversivos".

Los delitos mencionados *ut supra* encuadran dentro de la categoría de lesa humanidad, así lo ha expresado el Ministro Raúl Zaffaroni en su voto del fallo "Simón" considerando 14) *"...y en cuanto a su calificación como crímenes de lesa humanidad, tampoco es discutible, desde que los más graves crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial y juzgados conforme al Estatuto de Núrenberg fueron precisamente masivas privaciones ilegales de libertad seguidas de torturas y de homicidios alevosos..."*.

Así las cosas, debe responderse a la cuestión si la acción penal se encuentra prescripta. Cabe poner de resalto que al momento de la comisión del hecho ya existía una norma de orden público internacional que condenaba ciertos delitos como crimen de lesa humanidad y como señaló la Corte, la ratificación de la "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas" y la "Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad" por parte de nuestro país, sólo ha significado la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad para esa práctica estatal.

Si se toma en cuenta, sin más, las fechas de comisión del caso aquí juzgado, el mismo se encontraría prescripto. Pero sucede que existe una serie de argumentos de derecho internacional e interno, que descartan tal circunstancia.

Poder Judicial de la Nación

En primer lugar, hemos de centrar la atención en las distintas normas generadas por la comunidad internacional ya citadas y que dan por tierra con el obstáculo de perseguibilidad que supone el instituto de la prescripción, al menos en ese campo, y que han tenido tal desarrollo que hoy día son receptadas por todos los Tribunales del país, en estipulaciones que, incluso, contemplan a la imprescriptibilidad como uno de los componentes de la definición de los delitos contra la humanidad.

La excepción a esa regla resultan los actos que constituyen delitos de lesa humanidad porque no han dejado de ser vivenciados por la sociedad dado su magnitud. Sin olvidar además que el instituto de la prescripción no forma parte del bloque de constitucionalidad sino que es una institución legislativa operativa desde las normas del Código Penal.

La regla de la imprescriptibilidad de los crímenes contra el derecho de gentes llevó a que en el año 1968 fuera aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" por la resolución 2391 (XXIII) del 26 de noviembre de ese año.

Cabe destacar dos cuestiones; la primera, la importancia que reviste el hecho de que los Estados hayan decidido "afirmar" el concepto de la imprescriptibilidad y no "enunciarlo", el segundo, que se han comprometido a "asegurar su aplicación Universal".

En este punto debe mencionarse que la alegación del Dr. Galán en lo que respecta a las mayorías que coadyuvaron a la aprobación asamblearia del principio

de imprescriptibilidad no hace más que poner de resalto el aspecto político del tema. Pero este cariz nada tiene que ver con la faz institucional de la cuestión. El concepto que nos ocupa fue afirmado y ello basta para sustentar los argumentos que siguen ya que forma parte del orden jurídico.

En cuanto al primer punto, se ha sostenido que "durante el debate se impuso la posición según la cual el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, ya entonces existía en el derecho internacional, por lo que la Convención no podía enunciarlo sino más bien afirmarlo".

La elección por el verbo "afirmar", resulta "del consenso logrado para conseguir la recepción convencional de un principio ya existente en el derecho internacional referente a la imprescriptibilidad tanto de los crímenes de guerra como de los crímenes de lesa humanidad y cuya redacción fue aceptada por la mayoría de los representantes por 18 votos a favor, ninguno en contra y tres abstenciones".

Por otra parte, que la Organización de las Naciones Unidas se comprometiera a asegurar la "aplicación universal del principio" adquiere una relevancia tan significativa como que lo "afirme", pues en definitiva da cuenta de la tarea encarada por los Estados del mundo hace ya más de treinta años tendiente a bregar por la aplicación uniforme de la justicia.

El carácter de ley previa a los hechos en juzgamiento del instituto de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, resulta entonces indiscutible por imperio de la costumbre internacional y así lo ha entendido la C.F.C.P. en tanto "*Sobre las particularidades*

Poder Judicial de la Nación

del principio de legalidad en este ámbito se ha advertido que el derecho penal internacional prescinde -o bien por definición o bien por factores coyunturales- de las reglas que subyacen al principio nullum crimen nulla poena sine lege, o al menos no es deber observarlas rigurosamente”.

Consecuentemente no existe violación al principio de legalidad fundamental “nulla poena sine lege” ni del principio de irretroactividad en la medida que los crímenes de lesa humanidad siempre estuvieron en el ordenamiento jurídico. El reproche internacional de los delitos, como el carácter de ius cogens de esos principios, con vigencia anterior a los hechos imputados, obligan al Estado a investigar y sancionar a los responsables.

En idéntico sentido se ha expedido el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de La Plata en la causa “Dupuy” en cuanto a que “... no es posible afirmar que el art. 18 de la Constitución Nacional que establece el principio de legalidad, consagre una solución distinta respecto de la aplicación de las normas de ius cogens relativas a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Ambos principios no colisionan sino que se complementan, ya que el principio de imprescriptibilidad incorpora al orden interno las normas imperativas del derecho internacional como integrantes del principio de legalidad. Las normas de ius cogens son la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los Estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad, incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países, independientemente de su eventual aceptación expresa, puesto que se trata de

conductas que no pueden considerarse aceptables por las naciones civilizadas".

La Corte en el referido fallo "Arancibia Clavel" por mayoría se sostuvo que "... el fundamento común del instituto de la prescripción, independientemente al instituto que aluda -de la acción o de la pena-, es la inutilidad de la pena en el caso en concreto, en los que el transcurso del tiempo entre el hecho y el juicio, o entre la condena y su ejecución, hace que la persona imputada no sea la misma, como así también que el hecho sometido a la jurisdicción pierda vigencia vivencial conflictiva, para pasar a ser un mero hecho histórico-anecdótico" y que la excepción a la esa regla "... está configurada para aquellos casos que constituyen crímenes contra la humanidad, ya que se trata de supuestos que no han dejado de ser vivenciados por la sociedad entera dada la magnitud y la significación que los atañe. Ello hace que no sólo permanezcan vigentes para las sociedades nacionales sino también para la comunidad internacional misma". Entendió que no se estaba aplicando en forma retroactiva la normativa internacional ya que al momento de comisión, los hechos investigados eran considerados por la costumbre internacional como crímenes de lesa humanidad, y que por lo tanto resultaba imposible exonerar a tales delitos de juzgamiento y declarar su prescripción.

El Ministro Raúl Eugenio Zaffaroni en el fallo "Simón" sostuvo que "14) ... el derecho internacional también impone la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, consagrada primeramente por el derecho internacional consuetudinario y codificada en convenciones con posterioridad, conforme al criterio sostenido en la causa A.533.XXXVIII. "Arancibia Clavel,

Poder Judicial de la Nación

Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros –causa n° 259–". No existe problema alguno de tipicidad, pues se trata de casos de privación ilegal de libertad o ésta en concurso con torturas y con homicidios alevosos, es decir, de delitos que siempre merecieron las penalidades más graves de nuestras leyes positivas, y en cuanto a su calificación como crímenes de lesa humanidad, tampoco es discutible, desde que los más graves crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial y juzgados conforme al Estatuto de Nürenberg fueron precisamente masivas privaciones ilegales de libertad seguidas de torturas y de homicidios alevosos. Sin perjuicio de precisar más adelante algunos de estos conceptos, al único efecto de establecer lo que imponen las normas de derecho internacional (y también de derecho interno conforme a la mencionada tesis del derecho único), las anteriores consideraciones son suficientes para que esta Corte haga cesar cualquier efecto obstaculizante emergente de las leyes 23.492 y 23.521".

Agregó en el considerando "27) Que la ley 25.778, sancionada simultáneamente con la 25.779, ambas publicadas en el Boletín Oficial del 3 de septiembre de 2003, otorga "jerarquía constitucional a la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General de Organización de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968 y aprobada por la Ley 24.584". Esta Convención, según entendió esta Corte Suprema en la causa "Arancibia Clavel" ya citada, no hace imprescriptibles crímenes que antes eran prescriptibles, sino que se limita a codificar como tratado lo que antes era ius cogens en función del derecho internacional público consuetudinario, siendo materia pacífica que en esta rama jurídica, la

costumbre internacional es una de sus fuentes. En consecuencia, la prescripción establecida en la ley interna no extinguía la acción penal con anterioridad a esa ley y, por tanto, su ejercicio en función de la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal. Se argumentó en el debate parlamentario que sería contradictorio que el Congreso Nacional otorgase jerarquía constitucional a esta Convención y mantuviese cualquier efecto de las leyes que se pretenden anular, o sea, que prácticamente la ley 25.779 sería una consecuencia necesaria de la ley 25.778. No nos parece que se trate de una consecuencia necesaria, porque ninguna de las leyes cuestionadas está referida a la prescripción y, en último análisis, la prescripción sería sólo uno de los obstáculos legislativos al ejercicio de la acción penal, pero en modo alguno agotaría los opuestos por las leyes de marras. Si lo que se pretende es asentar la excepcionalidad en la incongruencia de otorgar jerarquía constitucional a una norma que remueve el obstáculo de la prescripción y, al mismo tiempo, dejar intactos otros obstáculos, este es un buen argumento de política penal, pero no alcanza para explicar la excepcionalidad de la situación que habilitaría al Congreso Nacional a anular dos leyes penales”.

El Ministro Boggiano en el mismo fallo expresó que “34) Que la responsabilidad internacional de la Nación se torna de particular intensidad y gravedad tratándose de normas de *ius cogens* y *erga omnes* como son las que rigen en materia de derecho internacional de los derechos humanos. Ello así, pues el art. 66 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados somete a la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia las controversias en que se cuestiona una norma de

Poder Judicial de la Nación

ius cogens, esto es una norma inderogable de derecho internacional”.

Finalmente sostuvo que “... por lo demás, no es posible afirmar que el art. 18 de la Constitución Nacional que establece el principio de legalidad y de irretroactividad consagre una solución distinta en el art. 118 respecto a la aplicación de las normas del *ius cogens* relativas a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Ambos preceptos no colisionan sino que se complementan, ya que el segundo incorpora al orden interno las normas imperativas del derecho internacional como integrantes del principio de legalidad. La ley de lugar del juicio supone pero obviamente no establece los principios del derecho de gentes” (considerando 40).

En su disidencia Fayt en “Simón” compartió los argumentos antes mencionados sosteniendo “40) Que con respecto al principio de imprescriptibilidad –en cuanto rotunda exhortación desde el plano internacional– el Estado argentino ha demostrado encontrarse absolutamente comprometido a partir de la sanción de la ley 24.584 del 29 de noviembre de 1995, por la que aprobó la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad”, así como también con la sanción de la ley 25.778 del 3 de septiembre de 2003, que la incorporó con jerarquía constitucional. Es claro que de este modo las reglas de jerarquía inferior sobre prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno (art. 62 del Código Penal), han quedado desplazadas por la mencionada Convención. Por otra parte –sin que corresponda pronunciarse aquí sobre su origen, evolución y contenido– lo cierto es que el

principio de imprescriptibilidad que actualmente ostenta rango constitucional no suscita conflicto alguno que deba resolverse, toda vez que no existe ninguna norma constitucional en el derecho argentino que establezca que los delitos deban siempre prescribir. Tal como afirmó desde antiguo el Tribunal, la garantía de defensa en juicio no requiere que se asegure a quien la ejercita la exención de responsabilidad por el solo transcurso del tiempo (Fallos: 193:326; 211:1684 y 307:1466, entre otros)".

Asimismo, dijo "63) Que tampoco -y tal como también se señaló en el caso "Arancibia Clavel"-, el indiscutido principio de imprescriptibilidad de la acción penal puede aplicarse con base en el derecho internacional no contractual. **Corresponde** aquí recordar que en el año 1965 la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa recomendó al Comité de Ministros que invitara "...a los gobiernos miembros a tomar inmediatamente las medidas propias para evitar que por el juego de la prescripción o cualquier otro medio queden impunes los crímenes cometidos por motivos políticos, raciales o religiosos, antes y durante la Segunda Guerra Mundial, y, en general, los crímenes contra la Humanidad" (Recomendación nro. 415 del 28 de enero de 1965). Asimismo en el marco de la Organización de las Naciones Unidas la Comisión de Derechos Humanos aprobó en el mismo año la Resolución 3 (período de sesiones 21°) en la que consideró "que las Naciones Unidas deben contribuir a la solución de los problemas que plantean los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, que constituyen graves violaciones del Derecho de Gentes, y que deben especialmente estudiar la posibilidad de establecer el principio de que para tales crímenes no existe en el derecho internacional ningún plazo de prescripción"

Poder Judicial de la Nación

*(Documentos Oficiales 39°). La discusión dio lugar a la aprobación por parte de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, el 26 de noviembre de 1968. En el debate que le precedió se impuso la posición según la cual el principio de imprescriptibilidad ya entonces existía en el derecho internacional, por lo que la Convención no podía enunciarlo sino afirmarlo (Comisión de Derechos Humanos, 22° Período de Sesiones, 1966). Es por ello que el verbo "afirmar" reemplazó al verbo "enunciar" que contenía el proyecto original. Esta afirmación del principio de imprescriptibilidad importó, entonces, el reconocimiento de una norma ya vigente en función del derecho internacional público consuetudinario. Así se ha sostenido que en virtud de las manifestaciones reseñadas y de las prácticas concordantes con ellas, el principio de imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad integra el derecho internacional general como un principio del Derecho de Gentes generalmente reconocido o incluso como costumbre internacional. De este modo, es claro que la aplicación de tal principio no vulneraría la exigencia de *lex praevia*.*

En conclusión, de conformidad con lo sentado por la CSJN no existe violación a los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal, dado que, tanto el reproche internacional de los delitos cometidos, como el carácter de *ius cogens* de esos principios, con vigencia anterior a los hechos imputados, obligan al Estado argentino a investigar y sancionar a los responsables.

Por lo expuesto se rechazó el planteo de la extinción de la acción penal por prescripción.

Así lo voto.-

A la cuestión planteada, los Dres. Bibel y Morgese Marín votaron en igual sentido.

III.- MATERIALIDAD;

El Dr. Parra dijo:

En la audiencia de debate celebrada con motivo del juicio oral seguido en la presente causa, y conforme también con lo establecido por sentencia firme dictada en la causa nro. 2379 del Tribunal, ha quedado debidamente acreditado que el día 19 de mayo de 1976, en horas de la madrugada, un grupo de personas vestidas de civil pertenecientes a fuerzas de seguridad irrumpió en el domicilio de calle 67 número 564 de la ciudad de La Plata, lugar donde vivía el matrimonio compuesto por Roberto Sebastián Chirra y María Concepción Las Heras, y privó ilegalmente de la libertad a Ana Lía Delfina Magliaro y a Graciela Alicia De La Torre, quienes se hallaban circunstancialmente durmiendo en dicha vivienda.

Que previo producirse un violento interrogatorio en aquel domicilio, las nombradas fueron trasladadas al centro clandestino de detención conocido como "El Vesubio", ubicado en el partido de La Matanza, bajo la órbita del Primer Cuerpo de Ejército, en la Subzona 1-1, donde permanecieron alojadas por dos meses junto con Alicia Elena Carriquiriborde de Rubio, y fueron sometidas a múltiples interrogatorios y sesiones de tortura.

El 19 de julio de 1976 Magliaro fue trasladada a la Comisaría 34 de Capital Federal donde quedó alojada a disposición del Cuerpo I del Ejército hasta el

Poder Judicial de la Nación

día 4 de agosto de 1976. Aproximadamente a las 8.00 horas de aquel día, fue retirada de la dependencia policial por el entonces Capitán de la Compañía de Policía Militar 101 del Ejército Argentino, Roberto Eduardo Berazay, y trasladada en avión a la ciudad de Mar del Plata donde fue entregada y puesta a disposición de la Agrupación de Artillería de Defensa Aérea 601 (AADA 601), conforme la recepción firmada por Fortunato Valentín Rezett.

Con fecha 2 de septiembre de 1976, y sin haber recuperado en ningún momento la libertad, Ana Lía Delfina Magliaro fue hallada sin vida en la vía pública del Barrio Constitución de esta ciudad, presentándose su muerte como un enfrentamiento armado. La Comisaría IV de la ciudad de Mar del Plata comunicó aquella circunstancia a sus familiares a los fines de continuar con los trámites administrativos correspondientes a la entrega del cuerpo.

No obstante la versión que los responsables de la muerte pretendieron comunicar, se halla debidamente probado que el homicidio Ana Lía Delfina Magliaro se produjo el 2 de septiembre de aquel año como consecuencia del accionar represivo desplegado por las Fuerzas Armadas, en oportunidad de encontrarse en un absoluto estado de indefensión y luego de ser impactada por disparos de armas de fuego.

Igualmente se acreditó durante el debate que el día 22 de septiembre, esto es luego de haber transcurrido veinte días, la familia de la víctima recibió una notificación policial sobre el deceso de Ana Lía Delfina y un requerimiento para buscar sus restos, la que finalmente ubicaron procedía de la Comisaría 4ta. De esta ciudad. Que los dos hermanos de la fallecida fueron quienes se dirigieron a esta ciudad para tomar contacto con el

personal policial y luego reconocer el cadáver en el cementerio parque de La Loma, trasladándolo luego a la ciudad de La Plata para su velorio y entierro.

Al respecto, se han reunido numerosas evidencias que -valoradas en el presente debate- me han permitido arribar a tal conclusión.

En primer lugar, habré de destacar que ha sido incorporado el expediente n° 2379 "Rezzet, Valentín Fortunato s/ homicidio calificado" -del registro de este Tribunal Oral-; actuaciones en las que como se dijo al iniciar el acápite, fueron ya acreditados los hechos mediante la sentencia de fecha 23 de noviembre de 2011, en la que se condenó a Valentín Fortunato Rezzet por el homicidio calificado de Ana Lía Delfina Magliaro (votos de los magistrados Roberto Atilio Falcone, Mario Alberto Portela y Martín Bava). Aquel resolutorio fue confirmado por la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, en la causa nro.13.877 el día 16 de abril de 2012.

También varias medidas de prueba producidas en aquel expediente fueron incorporadas al presente de manera individual.

Entre ellas, Roberto Sebastián Chirra, en la declaración testimonial que fuera reproducida en este debate, describió en forma detallada lo ocurrido que cerca de la 1:00 de la madrugada del 19 de mayo de 1976 en el domicilio platense que habitaba junto a su esposa y su hija de un año, irrumpió un grupo de aproximadamente 20 personas buscando a Ana Lía Delfina Magliaro y Graciela Alicia De La Torre, que se encontraban allí pernoctando. Que inmediatamente lo encapucharon pero pudo oír el violento interrogatorio que practicaron sobre ambas mujeres por el lapso de dos o tres horas para luego llevarlas con ellos.

Poder Judicial de la Nación

Por su parte, se reprodujo la declaración prestada a través de videoconferencia por Alicia Elena Carriquiriborde de Rubio. Explicó que De la Torre era su amiga común con la víctima de esta causa y que se encontró con ambas en el sótano del centro clandestino de detención "El Vesubio", donde permanecieron aproximadamente dos meses ilegalmente detenidas, para luego ser retiradas todas juntas pero con distintos destinos. Recordó que a Magliaro la interrogaban a diario, así como que fue testigo sesiones especiales de interrogatorios de las que fue objeto y de las torturas que le aplicaron. El testimonio de Chirra complementa aquella declaración al señalar que a diferencia a Magliaro, a Graciela De la Torre la habían puesto a disposición del PEN tras unos meses-

También durante las audiencias se reprodujeron los testimonios de los hermanos de la víctima prestados en la referida causa nro. 2379, Juan Alberto y Mario Miguel Magliaro. Ambos fueron contestes al relatar cómo tomaron conocimiento del secuestro de su hermana por los dichos de Chirra y de la cantidad de gestiones llevadas adelante por su madre para dar con el paradero de su hermana. También sendos relatos rememoraron la notificación sin membrete recibida en el domicilio para que se retirara el cuerpo de Ana Lía Delfina, aunque con una imprecisa descripción del lugar a donde dirigirse, lo que les obligó a realizar un periplo por dependencias, hasta tomar conocimiento de que la Comisaría interviniente era la 4ta. de la ciudad de Mar del Plata.

Entre los días 19 y 22 de septiembre del año 1976 se dirigieron juntos hasta esta ciudad y pudieron reconocer su cuerpo mediante fotografías adunadas a un legajo policial en aquella comisaría y posteriormente

en la morgue del cementerio de La Loma, al que recordaron con una fuerte presencia de fuerzas de seguridad. Sobre el estado del cadáver, destacaron que se encontraba desmejorado y presentaba varios impactos de bala, hematomas en muñecas así como también cerca del pecho y la vagina, marcas de quemadura como si le hubiesen aplicado la picana eléctrica y asimismo de haber tenido cinta adhesiva en los ojos y en la boca. Mediante un servicio funerario, trasladaron el cuerpo para velarlo en la ciudad de La Plata.

Uno de ellos, Mario Miguel, indicó en el marco de su declaración haber conocido que su hermana tenía una participación política en un partido de reciente formación del que, sin poder precisar, recordó se denominaba "política obrera" o "partido obrero". Sobre ello no podrá menos que advertirse el problema argumentativo al que arribó la defensa en su alegato y la condujeron a una errada conclusión: en el debate no se han recibido o reproducido declaraciones que en forma conteste, como se ha afirmado, hayan negado categóricamente la militancia de Ana Lía Magliaro, y que permitirían entonces descalificar el testimonio de su hermano en cuanto sí pudo recordarla. Múltiples podrán ser las razones por las que aquellas circunstancias fueron evocadas por Mario Miguel Magliaro, incluso razones internas de cada testigo, pero ello no basta con desacreditar su testimonio que ha sido no sólo claro y preciso sino además ha demostrado coherencia interna con la multiplicidad de elementos incorporados. La sola hipótesis remota de militancia como así también de la participación de Ana Lía Magliaro, permitió a las autoridades militares desplegar el accionar represivo que

Poder Judicial de la Nación

culminó con su muerte en las condiciones descriptas. Sobre ello existe plena certeza para el dictado de la condena.

Acreditaron asimismo el hecho, las declaraciones que Delfina Agustina Francisca Bellardi, María Leonor Anduiza y Santos Vicente Bellardi -todos actualmente fallecidos (ver fs. 865, 866 y 1038)- prestaron ante el Juzgado de Instrucción Militar nro. 13, entre los meses de agosto y diciembre del año 1985.

Por un lado, -María Leonor Anduiza de Bellardi -tía política de Ana Lía Delfina Magliaro- refirió haber recibido entre fines de julio y comienzos de agosto de 1976 una llamada telefónica de un oficial de la comisaría 34 de Capital Federal mediante el cual le comunicaron que su sobrina se encontraba detenida en dicha seccional y que le avisara dicha situación a la madre de aquélla, Sra. Delfina Agustina Francisca Bellardi y a su tío, Santos Vicente Bellardi, a los efectos que le llevaran ropa y alimentos, lo que efectivamente hizo.

Por otro lado, la madre de Ana Lía Delfina, Delfina Agustina Francisca Bellardi, y el tío de la misma, Santos Vicente Bellardi, relataron que concurrieron a la Comisaría 34 de Capital Federal a efectos de llevarle un paquete con ropa que le había sido requerido telefónicamente a su cuñada, donde les confirmaron que efectivamente se encontraba allí detenida, aunque les negaron la posibilidad de verla.

También el testimonio del Sr. Bellardi resulta coincidente en cuanto a que en el velatorio de su sobrina pudo observar que su cuerpo presentaba varios orificios de bala en distintas partes de su cuerpo, además de marcas en la boca aparentemente producidas por tela adhesiva.

USO OFICIAL

El traslado de Magliaro de la ciudad de Buenos Aires a Mar del Plata, se ha acreditado a través de las actuaciones documentadas en el libro de detenidos de la Comisaría n°34 de Buenos Aires del año 1976, que en la foja 103 registra el alojamiento de la víctima en esa dependencia y su retiro de aquella dependencia por parte de Roberto Eduardo Berazay, el 4 de agosto a las 8:00 hs., la copia de la nota remitida por el Subcomisario Ricardo Salerno a cargo de la División Archivo General, en la que transcribió el contenido de aquella foja 103 y la copia certificada del recibo de recepción de la detenida Ana Lía Magliaro a las 12:00 hs. del mismo día "procedente del Cdo. Cpo. Ej I", firmado por el Oficial Valentín Fortunato Rezzet como *Cap. S2 - AGR ADA 601*; cuya propia firma ha posteriormente reconocido en el marco de la citada causa N° 2379 (véase fs. 226/229 de la causa N° 2379). Igualmente, con la copia certificada de la nota emitida por el Ejército Argentino en respuesta al oficio de habeas corpus interpuesto en favor de Ana Lía Delfina Magliaro, donde consta que la misma ingresó en la comisaría 34 de Policía Federal en fecha 19 de julio de 1976 a las 12.00 hs. a disposición del Cuerpo Ejercito I y fue trasladada en fecha 4 de agosto de 1976 a la ciudad de Mar del Plata (fs. 307 del mismo expediente).

Asimismo, en el debate se recibió -por videoconferencia- el testimonio de Roberto Eduardo Berazay, quien en aquel momento era Capitán del Ejército en la Compañía de Policía Militar 101. El mismo manifestó que recibió la orden del Primer Cuerpo del Ejército para el traslado de Magliaro desde una comisaría a la ciudad de Mar del Plata, el que efectivizó en un avión civil desde Aeroparque.

Poder Judicial de la Nación

Refirió que en la comisaría de donde la retiró hubo un inconveniente debido a que no contaban con ninguna orden para retirarla, el cual posteriormente se resolvió a raíz de una comunicación telefónica. Que al arribar a la ciudad, entregó la detenida con su documento en el GADA; recibiendo una constancia de ello firmada por Rezett, desconociendo el motivo por el cual debió dejarla allí.

Sobre el deceso de la nombrada, en su ya citada declaración, la Sra. Bellardi manifestó que el día 22 de septiembre de 1976 recibió una comunicación telefónica no oficial del Comisario de policía de la seccional cuarta haciéndole saber que tenía en custodia un cuerpo que pertenecía a Ana Magliaro, quien había fallecido en un enfrentamiento con fuerzas de seguridad en la ciudad de Mar del Plata.

Además, se han incorporado al debate recortes periodísticos del 3 y 5 de septiembre de 1976 que dieron cuenta de la publicidad dada al respecto, comunicando el suceso como un enfrentamiento entre presuntos subversivos y fuerzas conjuntas, ello como modalidad acreditada en los múltiples pronunciamientos dictados en el país, y que no solo permite descartar aquella pretendida versión en función del profuso material probatorio, sino también encuadrarla dentro del plan sistemático instalado durante la época en la que se produjeron los hechos.

Asimismo de la copia certificada del acta de defunción de Ana Lía Delfina Magliaro -emitida por el Registro Provincial de las Personas- surge que la misma falleció el 2 de septiembre de 1976, a la 1.00 hora, en calle Ricardo Rojas 1055 de Mar del Plata, a consecuencia

de una hemorragia traumática cardíaca, habiendo intervenido en el suceso policía local.

Adicionan a lo enumerado, la copia certificada del oficio emitido por el Subcomisario Patricio Ramón Vidart mediante el cual informa la nómina de cadáveres identificados que hubieron fallecido entre 1976 y 1980 por "enfrentamientos armados subversivos y fuerzas de seguridad" y remite los registros dactiloscópicos archivados en la dependencia de Antecedentes Personales de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, dentro de la cual aparece el nombre de Ana Lía Delfina Magliaro - señalada como *Mogliaro Analia Delfini*- identificada como *cadáver nro. 47754*, con fecha de deceso el 02-9-76 y la copia de la ficha correspondiente al aludido cadáver 47754 la cual refiere "... *NN femenino, delincuente subversiva abatida por fuerzas conjuntas militares en Mar del Plata, Secc. 4 el día 2 de setiembre de 1976. Resultó ser Migliaro Analia Delfina...*" (Véase fs. 422/424 del expte. 2379).

Finalmente, resta remarcar los informes confeccionados por la Comisión Provincial por la Memoria en donde constan detalles de la versión policial de la muerte de Ana Lía Delfina Magliaro y se establece que "*Analia Magliaro no pudo haber participado de ningún enfrentamiento armado, por lo menos en el que la víctima estuviera en condiciones de libertad...*" (fs. 165-7169).

Reconfirmaron las generalidades del suceso causa n° 1800, caratulada "Benet, Armando s/ Denuncia"; la copia certificada del legajo CONADEP Nro. 8364 correspondiente a Ana Lía Delfina Magliaro, así como el legajo REDEFA Nro. 0909 correspondiente al expediente 342.632/92 iniciado según ley 24.411 por el fallecimiento de la mencionada, del que surge que Ana Lía Delfina

Poder Judicial de la Nación

Magliaro jamás estuvo a disposición de ninguna autoridad judicial ni del Poder Ejecutivo Nacional.

En síntesis, sin perjuicio de haberse detallado las pruebas que acreditan la materialidad del hecho descripto, a los efectos de no vulnerar posiciones defensistas enlistaré a continuación cada una de ellas, las que fueron incorporadas de conformidad al auto de prueba de fecha 2 de marzo del año en curso: causa n° 2379, caratulada "Rezett, Fortunato Valentín s/ Homic. Calif."; las declaraciones prestadas por Roberto Chirra, Mario Miguel Magliaro, Juan Alberto Magliaro y Roberto Eduardo Berazay y la declaración testimonial prestada a través de videoconferencia por Alicia Carriquiriborde de Rubio en el debate de la causa n° 2379, caratulada "Rezett, Fortunato Valentín s/ Homic. Calif."; declaración testimonial prestada en el debate por videoconferencia por Roberto Eduardo Berazay; causa n° 1800, caratulada "Benet, Armando s/ Denuncia"; copias de las actas de declaración testimonial prestadas, a pedido del juez a cargo del Juzgado de Instrucción Militar nro. 13., por la Sra. Delfina Agustina Francisca Bellardi, Santos Vicente Bellardi, y María Leonor Anduiza de Bellardi; fotocopias certificadas del informe del jefe de la División Archivo General de la Policía Federal de Argentina (fs. 25/26); fotocopias certificadas del libro de registros de detenidos de la seccional 34 de la Policía Federal Argentina (fs. 27/28); fotocopia certificada del recibo de recepción de la detenida Ana Lía Magliaro que fue suscripto por Fortunato Valentín Rezzet (fs. 29); fotocopia certificada de la partida de defunción de Ana Lía Delfina Magliaro (fs. 31/32); copia certificada de la comunicación emitida por el Ejército Argentino, acompañado por Delfina Agustina

USO OFICIAL

Francisca Bellardi (fs. 33); copia certificada del legajo CONADEP n° 8364 (fs. 34/48); copias certificadas del legajo RADEFA n° 0909 correspondiente al expediente n° 342.632/92 iniciado según ley 24.241 por el fallecimiento de Ana Lía Magliaro. (fs. 49/136); copias certificadas del informe confeccionado en el marco de la causa n° 22929 caratulada: "Frigerio Roberto y otros s/ Denuncia" de trámite por ante el Juzgado Federal N° 3, Secretaria Penal N° 6; copias certificadas del Legajo CONADEP n° 5163 correspondiente a Alicia Elena Carriquiriborde de Rubio; copias certificadas del listado de fichas individuales dactiloscópicas pertenecientes a personas fallecidas en la ciudad de Mar del Plata correspondientes a las actuaciones "Frigerio Roberto s/ Denuncia", la que tramita actualmente bajo el n° 16436, Secretaria n° 4 del Juzgado Federal n° 1 de Mar del Plata; copias certificadas de los informes elaborados por la Comisión Provincial por la Memoria respecto de Ana Lía Magliaro; Legajo DIPPBA correspondiente a Ana Lía Delfina Magliaro; copia simple de la declaración indagatoria prestada por Alberto Pedro Barda con fecha 14/04/1984, en el marco de la causa n° 450 caratulada "Suárez Mason, Carlos Guillermo y otros s/ homicidio, privación ilegal de la libertad, etc.", del registro de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal.

Así lo voto.-

A la cuestión planteada el Dr. Bibel y la Dra. Morgese Martín adhirieron al voto que antecede.-

Poder Judicial de la Nación

IV.- PARTICIPACIÓN:

El Dr. Parra dijo:

Que previo a pronunciarse acerca de la prueba recibida en el curso de la audiencia oral y pública que vincula a Alfredo Manuel Arrillaga y a Leandro Edgard Marquiegui con el homicidio Ana Lía Delfina Magliaro, corresponde formular algunas consideraciones respecto del marco de actuación del personal militar en la lucha contra la subversión y al organigrama funcional de las fuerzas armadas de ejército.

a.- Marco de actuación del personal militar en la lucha contra la subversión y organigrama funcional de las fuerzas armadas de ejército.

Tal como quedara acreditado en los autos n° 2379 caratulados "Rezzet, Fortunato Valentín S/ homicidio Calificado", en la República Argentina durante el gobierno de facto 1976/1983 existió un plan de acción común o varios planes individuales que fueron ejecutados utilizando la estructura de organización jerárquica y de obediencia de las fuerzas armadas y una división de tareas funcional -horizontal creada al efecto-.

A los fines de lograr una adecuada comprensión del lugar que ocupaban los imputados en esa estructura de organización jerárquica referida y de cuáles eran sus funciones dentro de la misma, corresponde efectuar una breve reseña del contexto legal y reglamentario que guió el accionar de las fuerzas armadas, todos ellos incorporados al debate.

"El 6 de octubre de 1975 el gobierno constitucional, teniendo como objetivo la lucha contra la subversión, dictó los decretos Nros. 2770, 2771 y 2772,

mediante los cuales creó el Consejo de Seguridad Interna - que se hallaba integrado entre otros por los Comandantes de las Fuerzas Armadas- al cual facultó para suscribir convenios con las provincias a los fines de colocar bajo su control operacional al personal policial y penitenciario, así como también, para ejecutar las operaciones militares y de seguridad que fuesen necesarias a efectos de aniquilar el accionar de los elementos subversivos en todo el territorio nacional.

El 15 de octubre de 1975 el Consejo de Defensa dictó la Directiva Nro. 1/75 que reglamentó los decretos ut supra mencionados y otorgó al Ejército la responsabilidad primaria en la dirección de las operaciones contra la subversión. Asimismo, el 28 de octubre del mismo año el Comandante General del Ejército dictó la Directiva Nro. 404/75 (incorporada como prueba documental al debate), la que estableció como misión del Ejército "operar ofensivamente... contra la subversión en el ámbito de su jurisdicción y fuera de ella en apoyo de las otras FF.AA., para detectar y aniquilar las organizaciones subversivas...", determinó la división territorial del país en zonas, subzonas, áreas y subáreas y, además, estableció que las reglas de procedimiento para detenciones y allanamientos quedarían supeditadas a una reglamentación identificada como Procedimiento Operativo Normal que fue dictada el 16 de diciembre de 1975 -PON Nro. 212/75-.

El 24 de marzo de 1976 las Fuerzas Armadas derrocaron al gobierno constitucional y tomaron el control de las instituciones, se dictó el llamado "Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional" y sancionó la ley 21.254 que reglamentaba el funcionamiento de la Junta Militar.

Poder Judicial de la Nación

Así, durante el gobierno de facto se dictaron diversas Directivas, Decretos-leyes y Disposiciones que vinieron a establecer y reglamentar el nuevo orden jurídico-institucional del país.

Dicho marco jurídico se complementó con la reglamentación militar específica, entre las cuales resulta de sumo interés destacar las siguientes:

Reglamento RC-3-30 de "Organización y funcionamiento de los Estados Mayores". En sus artículos 1001 y 1002 establece que el comandante de la unidad es su único responsable no pudiendo delegar ni compartir esa responsabilidad y que el mismo estará acompañado de un estado mayor que constituye con él una única entidad militar, teniendo por objeto el exitoso cumplimiento de la misión del comandante.

En los artículos 2002 a 2006 dispone que el estado mayor tendrá campos de acción a los que denomina: Personal, Inteligencia, Operaciones, Logística y Asuntos Civiles, esquema que se reproduce en todos los niveles del ejército, aunque en las unidades en vez de existir estados mayores hay planas mayores S-1, S-2, S-3 y S-4 respectivamente (art. 2013). Así, Personal se encarga entre otros temas a lo referente al personal detenido y todo sujeto que se encontrara bajo control militar; Inteligencia es responsable sobre todos los aspectos relacionados con el enemigo, debiendo coordinar las operaciones tácticas y reunir información, adquirir los blancos y coordinar las operaciones psicológicas; Operaciones está encargado de los aspectos relacionados con la organización, instrucción y operaciones y debe coordinar las mismas con Inteligencia; y por último, Logística es

responsable de brindar apoyo en materia de abastecimiento, transporte y movimientos de tropa (arts. 3004 a 3010).

Reglamento RC-8-2 "Operaciones contra fuerzas irregulares". Determina que la contrasubversión debe individualizar a los elementos de las operaciones subversivas para destruirlos o neutralizarlos, para lo cual la inteligencia y la actividad psicológica son fundamentales (conf. Arts. 1001, 1004 y 1005). Asimismo el art. 4009 en su punto 1 expresa que la represión militar debe llevarse a cabo como una operación ofensiva, señalando entre sus principales finalidades destruir a las fuerzas de guerrilla y sus instalaciones y hostigar a las guerrillas con todos los medios disponibles para impedir que éstas puedan emplear sus recursos.

Reglamento RV-200-10 "Servicio Interno". En su parte segunda, capítulo VI, Sección I, en los artículos 6001 a 6006, regula las funciones y competencia del Jefe de Turno de la unidad. Determina que el Jefe de Turno es el oficial jefe o capitán que se designa en los comandos y organismos para atender los asuntos que se produzcan fuera del horario de actividades, debiendo cumplir dicho servicio los oficiales jefes y los capitanes del cuerpo de comando que revisten en el mismo, quienes dependerán directamente del comandante, director o jefe del organismo y durarán en sus funciones 24 horas. Asimismo, establece que entre sus funciones se encuentra la de atender todos los asuntos que interesen al comando u organismo, resolviéndolos de por sí, reservándolos o poniéndolos en conocimiento de la o de las autoridades que corresponda, según sea su urgencia, importancia o lo que

Poder Judicial de la Nación

determinen las directivas u órdenes particulares que regulen este servicio, así como también, diligenciar la documentación y/o adoptar resoluciones sobre problemas que requieran una resolución urgente.

Reglamento RC-9-1 "Operaciones contra elementos subversivos. En el capítulo IV, Sección I "Características de la conducción", establece en el art. 4003 inciso i) que se debe "Aplicar el poder de combate actuando con la máxima violencia para aniquilar a los delincuentes subversivos donde se encuentren... La acción militar es siempre violenta y sangrienta, pero debe tener su justificación y el apoyo de operaciones psicológicas... El concepto rector será que el delincuente subversivo que empuña armas debe ser aniquilado, dado que cuando las Fuerzas Armadas entran en operaciones contra estos delincuentes, no deben interrumpir el combate ni aceptar rendiciones...".

Por su parte, el artículo 4004 inciso c) último párrafo determina que "La prioridad de empleo de los medios policiales, de seguridad y militares estarán también en relación con la forma que utilice la subversión... se deberá tener en cuenta la conveniencia de que contra las acciones clandestinas actúen preferentemente elementos especializados (normalmente de inteligencia de las FFAA., de seguridad y policiales, y que contra la acción abierta actúen preferentemente fuerzas militares con el apoyo de las demás Fuerzas Legales".

En la Sección II "Organización", el artículo 4007 dispone que "Cuando se poseen indicios o son detectados intentos de recrudecimiento de la actividad subversiva, tanto en ámbitos urbanos como rurales, se debe

atacar preventivamente en los lugares detectados, para anular el o los focos en su germen... La iniciativa se materializará actuando aún sin órdenes del comando superior, con el concepto de que un error en la elección de los medios o procedimiento de combate será menos grave que la omisión o la inacción... El ataque se ejecutará preferible y fundamentalmente: a) Mediante la ubicación y aniquilamiento de los activistas subversivos y la detención de los activistas gremiales... El concepto es prevenir y no "curar", impidiendo mediante la eliminación de los agitadores, posibles acciones insurreccionales masivas.". A su vez, el artículo 4015 que se refiere a la organización de los Comandos y Jefaturas establece "... dentro de esta organización tiene fundamental importancia el disponer de suficiente personal y medios de inteligencia considerando que esta campo de interés de la conducción deberá desplegar un permanente esfuerzo de búsqueda y reunión de información, coordinación e intercambio con los medios de las otras Fuerzas, análisis de documentos e interrogatorio de detenidos, como así también la producción de la inteligencia necesaria para su oportuna explotación".

En el Capítulo V, Sección I, se definen las Operaciones de Contrasubversión, las que tendrán como uno de sus principales objetivos el aniquilamiento de la subversión, para lo cual se deberá detectar y eliminar la infraestructura de apoyo, aislar los elementos subversivos restringiendo al máximo su vinculación con el exterior, y desgastar y eliminar los elementos activos mediante acciones de hostigamiento, las que podrán llegar al aniquilamiento cuando consigan fijarlos (art. 5002 inc. 2).

Finalmente, la sección IV desarrolla las Operaciones de seguridad, señalando como uno de sus

Poder Judicial de la Nación

objetivos "...detectar y eliminar a los elementos de la subversión clandestina, infiltrados en la población" (art. 5022) para lo cual "...las actividades de inteligencia adquirirán una importancia capital, pues son las que permitirán, en gran medida, la individualización de los elementos subterráneos y auxiliares y su eliminación como tales..." (art. 5024, tercer párrafo).

...el Comando de Zona 1 estaba bajo la órbita operacional del Primer Cuerpo de Ejército y abarcaba las jurisdicciones de las Provincias de Buenos Aires, La Pampa y Capital Federal, conforme surge de la Orden Parcial Nro 405/76. A su vez, dicho Comando de Zona 1 se hallaba dividido en siete subzonas, la llamada "Capital Federal" y el resto identificadas con los números 11, 12, 13, 14, 15 y 16.

La subzona 15 por su parte estaba a cargo de la Agrupación de Artillería de Defensa Aérea 601 con asiento en Mar del Plata y comprendía las áreas 151 y 152, que dependían operativamente de los Grupos de Artillería de Defensa Aérea Nros. 601 y 602 respectivamente.

Dentro del área 151, tanto la Agrupación de Artillería de Defensa Aérea 601 (ADA 601) como el Grupo de Artillería de Defensa Aérea 601 (GADA 601) poseían una estructura similar. Tenían un Jefe y un Segundo Jefe del cual dependía la Plana Mayor, integrándose esta última con cuatro secciones que eran las de Personal (S1), Inteligencia (S2), Operaciones (S3) y Logística (S4). Asimismo, en el caso del GADA 601, también dependían del 2do. Jefe las Baterías "A", "B", "C", "Comando" y "Servicios" como así también la Banda.

Funcionalmente el Jefe de Agrupación era quien ejercía la superioridad sobre el ADA 601, en tanto que, si bien el GADA 601 y 602 eran unidades independientes, se encontraban subordinadas a aquélla."

b.- Responsabilidad:

De conformidad con los pronunciamientos dictados en el marco de la causa 1170 del Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 5 de Capital Federal y 2374 de este mismo Tribunal, con distinta integración, los elementos probatorios colectados durante la audiencia de debate, junto a la documental incorporada como prueba, permitieron por tener debidamente acreditado que el secuestro, detención ilegal y posterior ejecución de Ana Lía Delfina Magliaro formó parte del plan criminal sistemático que -en manos del entonces gobierno militar de facto- se desarrolló en nuestro país durante los años 1976 a 1983, como así también que el accionar represivo de planeamiento y ejecución que culminó con el homicidio de Ana Lía Magliaro estuvo bajo el mando de las autoridades y personal de la Subzona 1/15 del Ejército Argentino.

Consecuentemente a continuación se tratará separadamente la responsabilidad de los encartados para luego desarrollar las razones por las cuales se consideró que ambos debían responder como autores directos del delito de infracción de los deberes especiales a su cargo, derivado de su condición de funcionarios públicos.

Poder Judicial de la Nación

Responsabilidad penal de Alfredo Manuel Arrillaga:

Al momento de producirse la muerte de Ana Lía Delfina Magliaro, Alfredo Manuel Arrillaga -en su grado de Teniente Coronel del Ejército Argentino- se desempeñó como Jefe de Operaciones de la Plana Mayor de la Agrupación de Artillería de Defensa Área 601 (S3), correspondiente a la Subzona Militar N°15, cargo que detentó durante el período comprendido entre el 8 de diciembre de 1974 y el 4 de diciembre de 1977 conforme el legajo personal reservado por secretaría.

Para comprender acabadamente la función de Arrillaga en ese puesto, basta con remitirse a la ya citada normativa castrense, vigente al momento de los hechos. Veamos:

Hemos visto que el **reglamento RC-3-30 de "Organización y funcionamiento de los Estados Mayores"** estructuraba las unidades militares. Allí se establecía que los componía un comandante, único e indelegable responsable (art. 1.001); aunque acompañado de un estado mayor (art. 1.002) constituido al efecto de la consecución de la misión del comandante.

Asimismo, hemos conocido que cada estado mayor tenía "campos de interés": Personal, Inteligencia, Operaciones, Logística y Asuntos Civiles y que las unidades contaban en su lugar con una Plana Mayor, aunque con tareas análogas (arts. 2.002 a 2.006 y art. 2013 RC-3-30).

Entonces, la Plana Mayor funcionaba como un ente de planeamiento; donde cada una de las áreas efectuaba una tarea intelectual previa, en función de los fines de la unidad toda - en este caso AADA 601- y que

USO OFICIAL

aportaba a la ejecución de la orden de la jefatura; la que era elevada por intermedio del segundo jefe.

Así, en la **reglamentación RC-3-30**, se especificaban las atribuciones y obligaciones del Segundo Jefe de la Unidad y de los integrantes de la Plana Mayor del comando de la Subzona 1/15 que se encontraba en cabeza del Jefe de la Agrupación de Artillería de Defensa Aérea 601 (AADA 601), con asiento en Camet, ciudad de Mar del Plata.

En particular, la **Sección Operaciones** - identificada como **S3**- se encargaba de los aspectos relacionados a la organización de los elementos de su unidad, la instrucción de los mismos en materia de operaciones y el planeamiento y supervisión de las operaciones tácticas específicas para cada misión determinada. Todo ello en el ámbito de la Subzona 1/15 del Ejército Argentina, debiendo coordinar la misma con la Sección Inteligencia (S2).

Dentro de ese marco de actuación, Arrillaga, como máximo responsable en el área de operaciones, revistió poder de mando y capacidad operativa respecto de las operaciones convencionales y no convencionales (rememórese, definidas como guerra de guerrillas, subversión, evasión y escape).

Precisamente, tomando la letra del referido reglamento, correspondía al encartado preparar y difundir planes y órdenes de operaciones; supervisar y coordinar la ejecución de las operaciones tácticas de los elementos de combate y de apoyo de combate; proponer las prioridades para la distribución del personal, abastecimientos y equipos; revisar los planes correspondientes a la defensa aérea, coordinar el apoyo

Poder Judicial de la Nación

externo en combate, proponer la seguridad en las operaciones que realice la fuerza, planear en coordinación con el Jefe de Logística (S4) los movimientos de tropa y determinar la seguridad durante el movimiento; planear las operaciones psicológicas y planear las operaciones no convencionales, entre otros requeridos para las operaciones tácticas (véase arts. 3.007 y 3.008). Asimismo le incumbía orientar a la Plana Mayor con relación a la situación táctica (Art. 4030) y reunir aquella información que facilitara al comandante adoptar sus resoluciones o le posibilitara valorizar resultados obtenidos (Art. 4033).

Al planear las operaciones tácticas, debía coordinar el trabajo con otros órganos de la plana mayor. La normativa determinaba que -permanentemente- el S3 mantendría al Jefe de la Plana Mayor y al Jefe de la Unidad informados sobre las actividades que caían dentro de su campo de interés y efectuaría las proposiciones correspondientes. De igual modo, el S3 debía hacer conocer a los otros miembros de la plana mayor aquellos aspectos de interés sobre los cuales tenía responsabilidad primaria (Art. 4027). A la par, como Jefe de Operaciones, debía conocer completamente las características, capacidades y limitaciones de los elementos de combate y de apoyo de combate dependientes (art. 1006).

A su vez, el Reglamento de Servicio Interno **RV- 200-10**, prescribía que **el Oficial de Operaciones (S3) era el miembro de la plana mayor que tenía responsabilidad primaria sobre todos los aspectos** relacionados con organización, instrucción y operaciones (art. 1.057).

Por su parte, el reglamento **RC-9-1 "Operaciones contra elementos subversivos"**, reafirmaba el

carácter **ofensivo** de las operaciones; encomendando especialmente al Ejército **detectar, desalojar, desterrar y aniquilar los elementos subversivos; detectar y eliminar la infraestructura de apoyo y desgastar y eliminar a los elementos activos (mediante acciones de hostigamiento, que podían llegar al aniquilamiento** cuando consigan fijarlos) (art. 5.002).

Corresponde además resaltar que la normativa en análisis **admitía la implementación regular de órdenes verbales**, principalmente "*en los niveles de ejecución*", estableciendo a su vez que los aspectos de ejecución de las **acciones contra la subversión no podían quedar librados al criterio del subordinado**, e indicando que las órdenes debían ser impartidas de modo claro y preciso (art. 5.007 inc. h).

Aporta dimensión al rol de Arrillaga el **reglamento RV-150-5 y RE-10-51 "Instrucción para operaciones de seguridad"**, que para las operaciones recomendaba tener superioridad numérica y de armamentos, proceder con rapidez y con sorpresa para detener a una persona (art. 1.006, inc 4), contar con palos y cuerdas para el transporte de prisioneros y capuchones para cubrir sus cabezas (art. 2.003), dejar gente al cuidado de los vehículos mientras se allanaba (art. 5.031) y establecía un equipo para allanar, otro para rodear el lugar y un tercero de apoyo (art. 5.033) y mandaba al jefe del grupo a ingresar concluido el allanamiento, para verificar su resultado (art. 5-034).

De todo lo referido se evidencia que era función de Arrillaga proponer la organización real de la unidad y asesorar al Teniente Coronel Costa y al Coronel Barda, entonces jefes del AADA 601, sobre todo lo relativo

Poder Judicial de la Nación

a las operaciones de combate, que incluían a las vinculadas a la *lucha contra la subversión*. De igual modo, correspondía al imputado transmitir las órdenes de operaciones dispuestas por la jefatura a quienes correspondiera y supervisar su ejecución; encargándose de los movimientos de tropa (art. 1.058 del reglamento). Literalmente, su trascendente función no podía ser delegada en alguien que ostentara un rango bajo o que no tuviera el conocimiento adecuado respecto del plan de *lucha contra la subversión* que se estaba llevando adelante.

No obstante todo lo dicho, debe tenerse presente que el imputado ha sido ya condenado en reiteradas oportunidades por delitos de lesa humanidad cometidos dentro del ámbito de la Subzona militar 1/15, habiéndose tenido por acreditada su responsabilidad durante el período que detentó el cargo de Jefe de Operaciones de la misma (causas N° 2278, 2286, 2333 y 33004447 del registro de este tribunal).

En su oportunidad, la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa N° 2286 del registro del Tribunal Oral federal de Mar del Plata, conocida como "Base Naval I" estableció, al analizar la responsabilidad de Arrillaga que *"no necesitaba ser especialista ni integrar un estado mayor especial para formar parte del Estado Mayor de la Subzona 15, ya que la normativa determinaba que pertenecía a éste por el sólo hecho de estar entre los "jefes" de la subzona ... en vista de las características del plan sistemático de exterminio que las Fuerzas Armadas estaban llevando adelante a la época de los hechos, conocido por todos sus integrantes y en especial por los de rango superior, como ARRILLAGA -que incluía la privación de la libertad, la aplicación de tormentos y, en la mayoría de*

los casos, la muerte de los detenidos- no cabe más que concluir -como lo hizo el tribunal a quo- que "... la detención de las víctimas introduciéndolas en un proceso que contemplaba como destino altamente probable su muerte y en el que esa decisión dependía del capricho, la voluntad o el arbitrio de otro u otros integrantes de ese mismo plan, convierte a quién participó de la detención inicial, consciente de las secuencias posteriores, en coautor de la muerte final'" (V. sentencia del 21/06/2012).

Esta conclusión se confirma con lo que surge del legajo personal del encartado (reservado por Secretaría). Allí Barda califica a Arrillaga, como un "*fiel intérprete de la orientación de su Jefe de Agrupación en las operaciones a planear*" (ver informe de calificación Año 1975/1976 obrante en el legajo personal).

Al respecto, no puede ignorarse la sentencia ya mencionada del Tribunal Oral Federal n° 5 de Buenos Aires, en la que el mismo Coronel Pedro Barda, máximo responsable de la Subzona 1/15 y superior directo de Arrillaga al momento del hecho, fue condenado por el homicidio de Ana Lía Delfina Magliaro (causa n°1170).

En similar sentido, deben valorarse las actas de la Junta de Calificación del Ejército Argentino, acompañadas por el Ministerio Público Fiscal, correspondientes al mes de septiembre de 1986, en las que el General Fichera destacó la actuación de Arrillaga en la Guarnición Mar del Plata "como J Op-Icia de la Agrupación de Artillería de Defensa Aérea"; reconociendo que "cumplió una tarea muy importante en la lucha contra la subversión" (fs. 792/798).

Esclarecidas las funciones en su cargo de Jefe de Operaciones del Ejército, debe tenerse por

Poder Judicial de la Nación

acreditado que Arrillaga tomó parte en la ejecución del homicidio de Magliaro; estableciendo la estrategia operativa, tal como refirió el Ministerio Público Fiscal, como *asesor privilegiado del Coronel Barda en el área de su incumbencia*.

Recuérdese que los propios informes confeccionados en la entonces delegación DIPPBA que dieron cuenta de la muerte de Ana Lía Delfina Magliaro, identificaron el suceso como un supuesto enfrentamiento armado con elementos subversivos en una finca del Barrio Constitución de esta ciudad, en circunstancias en que efectivos del Grupo de Artillería de Defensa Aérea 601 practicaban un reconocimiento con "la detenida" (ver fs. 165/169 y 174/179).

También esa constancia ha sido plasmada en el acta de defunción de la nombrada, donde se detalla como sitio de deceso el domicilio de calle Ricardo Rojas N° 1055 (ver copia del acta de defunción a fs. 31/32).

Las notas periodísticas incorporadas referidas al fraguado enfrentamiento en una vivienda del barrio Constitución (calles 154 y Cataluña de MDP) mencionan la participación en el mismo de fuerzas del orden conjuntas contra elementos extremistas y/o delincuentes subversivos.

Tampoco puede perderse de vista que el mismo Barda, al declarar en la referida causa N° 450, relató concretamente el hecho en el que resultó muerta Magliaro; indicando que la víctima se había prestado a colaborar con las fuerzas. Agregó que habían desembarcado de un vehículo en el frente de una casa en la cual tenían la hipótesis que se encontraban subversivos y que lo corroboraron ya que "en momentos que ella va a avanzando,

el resto del personal tomó cubierta (...) y de la casa le hacen disparos, y uno de esos disparos es el que provoca la muerte de esta mujer" (fs. 824).

Sin embargo, se ha probado que la muerte de Ana Lía Delfina Magliaro no ocurrió en un "enfrentamiento entre elementos subversivos y fuerzas de seguridad" sino que fue causada por el accionar de las Fuerzas Armadas ya que la misma, al momento del hecho, se encontraba privada ilegalmente de su libertad y en total estado de indefensión. De hecho, el informe confeccionado por la Comisión Provincial por la Memoria determinó que Magliaro "no pudo haber participado de ningún enfrentamiento armado, por lo menos en el que la víctima estuviera en condiciones de libertad..." (fs. 165/166).

Asimismo han sido contestes los testimonios de quienes han tenido a la vista los restos de la aquí víctima en cuanto a que presentaba varios orificios de bala en distintas partes de su cuerpo, hematomas en muñecas, pecho y vagina, además de marcas de quemadura como si le hubiesen aplicado la picana eléctrica y de haber tenido cinta adhesiva en los ojos y en la boca, lo que permite inferir que la misma pudo haber estado amordazada, haber sido golpeada, torturada y -manifiestamente- no haber opuesto resistencia alguna al momento de ser asesinada (ver declaración testimonial prestada por Santos Vicente Bellardi ante Juzgado de Instrucción Militar nro. 13 -fs. 210/211-, declaraciones prestadas en la audiencia de debate de la causa N°2379 por Mario Miguel Magliaro y Juan Alberto Magliaro y reproducidas en el presente).

En este sentido, compartimos conclusión razonada del Ministerio Público Fiscal al entender que un procedimiento de esa índole se condice con una operación

Poder Judicial de la Nación

planeada y ejecutada, semejante a otras desplegadas en el marco de la *lucha contra la subversión* y concordante con las pautas establecidas en los reglamentos castrenses ya repasados. La publicación de procedimiento fraguados ha sido un modo de actuar utilizado de manera generalizada por las Fuerzas Armadas en todo el país como parte del plan de lucha contra la subversión de presos políticos; ocasionando la muerte en oportunidad de efectuarse traslados o disposiciones de libertad, montando falsos enfrentamientos o intentos de fuga de los detenidos.

Ya se ha dicho que "durante el *terrorismo de Estado* ocurrido entre el 24 de marzo de 1976 y 10 de diciembre de 1983, existieron varios sucesos violentos con motivo de "traslados" -o disposiciones de libertad- que, dada ciertas características comunes, indican la existencia de esta práctica generalizada de muertes enmascaradas en enfrentamientos armados o falsos intentos de fuga que resultaron ser verdaderas masacres.

Este *modus operandi* se vislumbra a través de significativas coincidencias en la modalidad de ejecución de estos sucesos: en primer lugar por el momento del día en que estos traslados se producen, generalmente de noche. En segundo lugar estos hechos violentos aparecen justificados por las fuerzas militares y de seguridad intervinientes en supuestos ataques de "elementos subversivos" o intentos de fuga. En tercer lugar, a pesar de la gran virulencia de los hechos de acuerdo a las versiones oficiales y las trágicas consecuencias para los supuestos agresores y los detenidos, nunca existen bajas en los integrantes de las fuerzas represivas, amén que en algunas ocasiones se aleguen ciertas heridas, aunque ausente de mínimas especificaciones o comprobaciones. Por

último, y lógicamente, no existe ninguna pesquisa judicial o sumario administrativo para la dilucidación de hechos de tamaña envergadura, y cuando existen sólo poseen una apariencia formal de investigación más destinada a justificar -y encubrir- la versión oficial que a una averiguación seria y real de lo sucedido, actuaciones que por supuesto concluyen sin más en sobreseimientos y posterior archivo de las mismas. Algo similar ocurrió en la R.D.A. en torno a la investigación de los homicidios perpetrados en "el muro de protección", lo que llevó a Ulfrid Neumann a sostener que en puridad las investigaciones eran "una puesta en escena", una "teatralización" de la justicia, ya que jamás se condenó por estos delitos. Por ello sostiene el autor que el derecho penal de la R.D.A no era un verdadero derecho porque la praxis judicial no lo respetaba. El derecho penal se integra con su práctica cotidiana, y tal como ocurrió en nuestra patria, los tipos penales describían prohibiciones que no se sancionaban (Neuman, Ulfrid, "Positivismo Jurídico, Realismo Jurídico y Moralismo Jurídico, en el debate sobre la Delincuencia Estatal en la anterior R.D.A.", ver DOXA, España, Nros 17 y 18, 1995, ps 435-444).

Esta modalidad del plan criminal del terrorismo de Estado fue acreditada en la sentencia de la causa 13/84 en el caso conocido como la masacre de "Margarita Bélén", y recientemente en los juicios llevados a cabo en Córdoba y La Plata. Acerca del primer caso ver el informe de la CONADEP: Nunca más, pág. 236 y 237; también, ANGUIITA-CAPARRÓS, La voluntad, T. V, págs. 348/349, y el relato de uno de los protagonistas de la masacre de Margarita Belén, Jorge GILES, en su Allí va la vida. La masacre de Margarita Belén, Bs. As.: Colihue,

Poder Judicial de la Nación

2003).” (Tribunal Oral Federal de Mar del Plata, Causa N°2379 “Rezzet, Valentín Fortunato s/ homicidio calificado”, sentencia del 23 febrero de 2011).

A mi juicio, es aquí relevante traer a colación el concepto de la **contrainteligencia** que formaba parte de la inteligencia táctica castrense conforme su reglamento RC-16-1 “Inteligencia de combate”. Aquella norma establecía que *“la contrainteligencia constituirá una parte importante e inseparable de la actividad de inteligencia, destinada a negar información al enemigo y anular o neutralizar sus actividades de espionaje, sabotaje y subversión, así como a proteger la propia información, personal, material e instalaciones contra dichas actividades que sean llevadas a cabo por personas o grupos de personas extranjeras o del propio país, que constituyan una amenaza para la seguridad de la fuerza”* (art. 1003).

A la par, el reglamento RC-3-30 disponía que *“el jefe de inteligencia propondrá las contramedidas apropiadas para impedir que el enemigo tome conocimiento de aquellas actividades propias que le permiten descubrir la intención que persigue las fuerzas amigas, o bien dificultar el cumplimiento de la misión asignada. Medidas típicas de esta naturaleza serán, entre otras, las limitaciones impuestas a ciertos medios de comunicación, limitar el acceso a instalaciones sensibles, medidas de seguridad especial, enmascaramiento y restricciones al movimientos de civiles y de elementos de nuestra fuerza”* (art. 4024 Inc. a).

Este concepto, en correlación al deber del Jefe de Operaciones (S3) de actuar coordinadamente con la Sección Inteligencia (S2) y al objetivo establecido de lograr la voluntad y el apoyo de la población (art. 5002

RC-9-1), habilitan una interpretación adecuada del procedimiento desplegado, como un accionar de la Sección Operaciones no para la detención -en este caso- de una persona, sino para el enmascaramiento del deceso de quien ya se encontraba a su disposición.

Concluyo entonces que el operativo que dio fin a la vida de Ana Lía Delfina Magliaro se enmarcó dentro de la llamada lucha contra la subversión en la órbita de la Jefatura de Operaciones de la Subzona Militar 1/15, cuyo responsable máximo era Alfredo Manuel Arrillaga.

c.- Responsabilidad de Leandro Edgard Marquiegui:

El encartado también integraba la Plana Mayor de la Agrupación de Artillería de Defensa Aérea 601 durante el período en que se produjeron los sucesos que culminaron con el homicidio de Ana Lía Magliaro. Dentro de ella, tuvo responsabilidad primaria en materia de lucha contra la subversión.

Conforme surge de su legajo personal, reservado por secretaría, Marquiegui se desempeñó a cargo de la Sección Inteligencia (S2) de la Jefatura de la Agrupación ADA 601 desde el 10 de diciembre de 1975 hasta el 5 de diciembre de 1977. Consecuentemente integraba y desde su cargo jerárquico conducía la comunidad informativa con amplias facultades. Puede leerse en las páginas de calificación conceptual relativa al año 1976 que el Coronel Pedro Barda -entonces Jefe de la Subzona 1/15- lo calificó el 15 de octubre de 1976 destacando que convenía su continuidad en este destino dado que "*cumplía satisfactoriamente con sus funciones*". Estos extremos como se dijo no deben ser analizados desde un punto meramente

Poder Judicial de la Nación

administrativo; el contexto en el que se produjeron los hechos impone una valoración seria de los alcances y el verdadero significado de aquellas calificaciones.

Las reglamentaciones castrenses permiten comprender cuál era el alcance de sus prerrogativas en dicho cargo.

Ya hemos visto cómo se estructuraba una unidad militar de acuerdo con el **Reglamento RC-3-30**. Dicha normativa indicaba que la Sección de Inteligencia (S2) tenía **responsabilidad sobre todos los aspectos relacionados con el enemigo**, debía coordinar las operaciones tácticas y **reunir información**, adquirir los blancos y coordinar las acciones psicológicas (arts. 3.005 y 3.006). A su vez, el **Reglamento de Servicio Interno -RV-200-10** prescribía que el Oficial de Inteligencia (S2) sería el miembro de la Plana Mayor que tendría responsabilidad primaria en todos los aspectos relacionados con el estudio, planeamiento, dirección y ejecución de las tareas de inteligencia (art. 1.055).

Es decir que Marquiegui comandaba en el más alto nivel las tareas que interrelacionadamente las fuerzas armadas y de seguridad producían: colección de información y utilización estratégica de la misma para llegar a sus objetivos dentro de la Subzona 1/15.

En términos generales, las funciones específicas que le cabían a Marquiegui como S2 de la Unidad, se anotan las siguientes: colaborar con el Jefe de la Unidad y asesorarlo para satisfacer las responsabilidades de inteligencia que le competen, en forma continua y dinámica; dirigir las tareas de reunión de información para transformarla en inteligencia preparar planes para la producción de la inteligencia (la que

incluía inteligencia de combate, inteligencia estratégica y contrainteligencia); proponer el empleo del personal técnico eventualmente agregado y/o asignado a la Unidad; procesar las informaciones obtenidas; mantener enlace con los órganos de inteligencia de la unidad superior, unidades de guarnición y vecinas, distribuir la inteligencia con el Comandante y aquellos otros que la necesiten.

Incluso, los reglamentos aclaran específicamente que **los prisioneros de guerra eran una de las fuentes de información más provechosas** (RC-3-30, art. 4007).

Así, la inteligencia resultaba la base fundamental en la lucha contra la subversión, ya que era la tarea previa imprescindible para delinear cualquier acción de combate o de operaciones. Concretamente, permitiría la individualización de los elementos que se buscaba eliminar. Su máximo responsable dentro de la Subzona militar 1/15 en el tiempo de los hechos era precisamente Marquiegui.

Hasta aquí la acreditación de la jerarquía detentada por el imputado dentro de la estructura de la Plana Mayor y las funciones específicas en ese rol.

Ahora bien, sin perjuicio de encontrarse acreditado que la muerte de Magliaro tuvo lugar en el marco de un procedimiento fraguado -bajo el completo dominio del Ejército Argentino-, tras haber oído a ambas partes durante el debate y, especialmente, en oportunidad de formular sus alegatos, debo referirme a la contradicción que han planteado respecto de la "comisión" de Marquiegui a Zona de Operaciones de la Brigada n°1 del Quinto Cuerpo del Ejército, en Tucumán; que surge su legajo personal entre los días 18 de julio y 17 de septiembre de 1976 - período en el que acaeció el deceso de Magliaro-.

Poder Judicial de la Nación

Ante ello, el Ministerio Público Fiscal sostuvo la irrelevancia de tal comisión; basando su imputación en la circunstancia de que la actividad de inteligencia necesariamente debió anteceder a ese hecho. Los argumentos con los que afirmó su posición configuraron en su conjunto la hipótesis de que Magliaro hubo sido trasladada a esta Subzona en virtud de los hechos que previamente habían dado lugar a la muerte del anterior Jefe, el Coronel Reyes y en consecuencia de la actividad de inteligencia realizada por la Sección comandada por el encartado.

En este sentido, el Fiscal destacó las constancias remitidas por la Comisión Provincial por la Memoria en el cual consta un parte de la delegación DIPBA Mar del Plata a la delegación DIPBA La Plata, firmado por el Subcomisario Benjamín Fuentes el mismo 2 septiembre de 1976 [incluso antes de que se confeccionara el acta de defunción de Magliaro]; que textualmente comunica: "*fecha, 01:30 hs. calle 154 y Av. Constitución, circunstancias efectivos GADA 601 practicaban reconocimiento esa finca con detenida subversiva produjese enfrentamiento con elementos hallabanse interior vivienda. Consecuencia mismo resultado muerta detenida y resto dieronse fuga. **Víctima trataríase Analía Magliaro imputada homicidio Coronel Reyes, ex Jefe Agrupación Militar local.** Actuaciones sumariales cargo autoridades policiales". Con ello constató que la inteligencia que Marquiegui encabezaba en esta jurisdicción, asignaba a Magliaro la participación en uno de los hechos más resonantes atribuidos a las organizaciones denominadas subversivas, la muerte del propio Jefe de Subzona.*

USO OFICIAL

Asimismo, enfatizó en las notas periodísticas previamente aportadas, correspondientes al diario local "La Capital", relativas al asesinato del Coronel Raúl Reyes y que dieron cuenta de la gran trascendencia de ese hecho para el Ejército Argentino, que obligó al Coronel Suárez Mason, Jefe del Primer Cuerpo del Ejército, y al mismo Rafael Videla, Jefe del Ejército y miembro de la Junta Militar a hacerse presentes en Mar del Plata.

En particular, la noticia publicada el 12 de febrero de 1976 bajo el título "*Un Comando extremista a las 6:20 preparó una emboscada y asesinó al Coronel Rafael Raúl Reyes*" (pág. 10), que da cuenta del sorpresivo ataque sufrido por la entonces máxima autoridad de la Agrupación de Artillería de Defensa Aérea 601 y que en un apartado titulado "Primera información emitida por el AADA" transcribe un **comunicado que fue entregado a los periodistas por el teniente Coronel Marquiegui** y que llevaba su firma y la del jefe de la plana Mayor de la Agrupación, Teniente Coronel José Luis Costa.

Marquiegui en dicha ocasión contestó algunas preguntas de la prensa e informó que habían participado del atentado entre seis y diez individuos y que había sido una mujer la que había disparado en última instancia sobre el Coronel Reyes.

La fiscalía también destacó otra nota periodística en la que se comunica que el atentado se lo adjudicó un grupo que se habría identificado como "Comandante Tito Marinelli de las Brigadas Rojas del Poder Obrero" y lo vinculó con lo depuesto por Mario Miguel Magliaro, quien dijo que su hermana militaba en una

Poder Judicial de la Nación

agrupación chica en formación que creía era algo pequeño denominado Política Obrera o Partido Obrero.

Valoró el itinerario del que fuera objeto Magliaro, quien fue detenida el 19 de mayo de 1976 y trasladada al CCD "El Vesubio" en el que permaneció al menos dos meses, fue interrogada especialmente, fue sacada de allí junto a sus dos compañeras de cautiverio rumbo al circuito de "blanqueo"; siendo alojada en la Seccional N° 34 de la Policía Federal de la Capital Federal y desde allí trasladada por el Capitán Berazay a Mar del Plata, más específicamente a la Agrupación ADA 601, en contraposición a las detenidas De la Torre y Carriquiriborde que tras pasar a disposición del PEN y alojarse en una unidad carcelaria, recuperaron su libertad. Ello, en consonancia con lo manifestado por Berazay en cuanto a que en la Comisaría n° 34 carecían de una orden para la entrega de Magliaro.

Asimismo apreció el lapso que tuvo lugar entre la llegada de la víctima a Mar del Plata y su muerte; entendiendo que en el casi mes que tuvo lugar entremedio Magliaro permaneció detenida y que fue interrogada por personal de inteligencia, dependiente de la Sección que comandaba Marquiegui (S2).

Finalmente se refirió al hecho de que Marquiegui haya estado en comisión en Tucumán a la fecha del traslado de la detenida a esta jurisdicción y posterior fusilamiento en el marco de un fraguado enfrentamiento. Entendió que, por la prueba habida, ello no resulta óbice para considerarlo penalmente responsable por los hechos por los que hubo llegado a juicio, en tanto la inteligencia para la búsqueda del grupo que se sindicaba como atacante del Coronel Reyes, se había puesto en funcionamiento el

mismo 12 de febrero de 1976, tiempo en el que él mismo informó a la prensa que había sido una mujer la que disparó al militar fallecido. Por lo tanto, el adscripto Capitán Rezzet, que firmó el recibo de Magliaro como S2 de la Jefatura de Agrupación ADA 601, ya tenía las indicaciones precisas de qué hacer con la sindicada responsable de la muerte del Coronel Reyes y ejerció la función bajo la órbita directa de Marquiegui. Argumento este último que reforzó al señalar que por el período por el que duró su "comisión" en Tucumán, Marquiegui no fue calificado de manera independiente por el Jefe de la Guarnición a la que estuvo eventualmente destinado y sin embargo, si fue calificado en ese lapso por el jefe de la Plana Mayor de la Agrupación ADA 601 Teniente Coronel Costa y por el propio Barda quien el 15 de octubre de 1976 destacó que convenía su continuidad en este destino dado que Marquiegui *"cumplía satisfactoriamente con sus funciones"*.

Por su lado, la Defensa Oficial recalcó la circunstancia de encontrarse Marquiegui "en comisión" en Tucumán y posteriormente de licencia en la localidad de Junín al momento de los hechos y de lo declarado en consonancia por el ex Director General de Asuntos Jurídicos del Ejército Argentino, Roberto Luis Skiner en el marco del debate, respecto a las alternativas de relación de dependencia dentro de dicha fuerza.

Skiner manifestó que, dado el corto período de la "comisión" de Marquiegui, la misma debía ser interpretada como un supuesto de *agregación*. Explicó que la categoría de agregación se distingue de la de asignación, en la que los períodos en los que se envía al personal a otro destino son mas prolongados. En la agregación, dijo, el personal responde al Jefe del nuevo destino y en su

Poder Judicial de la Nación

destino original -en los casos de jefaturas- su cargo debe ser ocupado. No obstante, refirió que las calificaciones, en esas agregaciones menores a cuatro meses de duración, permanecían en cabeza de sus superiores originales, quienes debían considerar el momento de la conceptualización un informe redactado por los superiores correspondientes al destino de la agregación realizada.

El Dr. Manuel Bailleau agregó que la mujer sindicada por el Ejército podría haber sido otra y que la referencia al partido que se hubo arrogado la muerte de Reyes no podía ser considerada una prueba acabada, en tanto sólo uno de todos los testigos oídos en el debate había hecho referencia a la militancia de Magliaro y sin precisión de la agrupación a la que pertenecía.

Así las cosas, ante la prueba producida, debo decir que entiendo se ha acreditado que la Subzona 1/15 del Ejército Argentino accionó de conformidad a su hipótesis de que Ana Lía Delfina Magliaro fue la mujer que intervino en el asesinato del Coronel Reyes y que ese fue el motivo por el cual el curso de su detención difirió del de las mujeres que compartieron con ella el cautiverio en el sótano del Centro Clandestino de Detención "El Vesubio" para ser traída a Mar del Plata.

De hecho, la búsqueda específica de los partícipes del asesinato de Reyes por parte de la Sección S2 del comando de la Subzona 1/15 es una circunstancia que ya ha sido acreditada en otros juicios, tal es el caso, por ejemplo, de la víctima Federico Guillermo Baez, quien fue objeto de torturas en el Centro Clandestino de Detención "La Cueva", a la par que se lo responsabilizó de la muerte del Coronel Reyes. El caso fue acreditado en el marco del expediente n°2278 e imputado precisamente a Marquiegui en

su calidad de Jefe de la Sección Inteligencia de la Jefatura del AADA 601.

No obstante, resulta indistinto ahondar en si efectivamente Magliaro fue esa mujer identificada en su oportunidad. Lo cierto es que el comando de la Subzona 1/15 así lo consideró y con esa razón requirió su traslado a las dependencias del AADA 601.

Tal hipótesis debió haber sido elaborada -indefectiblemente- por la Sección Inteligencia (S2), que ya desde la fecha del asesinato de Reyes se encontraba comandada por Leandro Edgard Marquiegui. Ello se confirma por la circunstancia de que quien firmó el recibo de recepción de Magliaro en el AADA 601 fue Valentín Fortunato Rezzet, oficial que se continuó su labor durante el período de tiempo en que Marquiegui estuvo radicado en Tucumán.

Es así que, por todo lo anteriormente expuesto, en correlación al ya mencionado deber del Jefe de Operaciones (S3) de actuar coordinadamente con la Sección Inteligencia (S2), concluyo que le corresponde a Leandro Edgard Marquiegui responder penalmente por la muerte de Ana Lía Delfina Magliaro.

Como se dijo, la inteligencia resultaba la base fundamental en la lucha contra la subversión, ya que era la tarea previa imprescindible para delinear cualquier acción e individualizar a "los elementos que se buscaba eliminar". Su máximo responsable dentro de la Subzona militar 1/15 en el tiempo de los hechos era precisamente el encartado, quien no dudó enviar aquel mensaje mediante los medios de comunicación, mensaje que se tradujo en accionar represivo y el homicidio de Ana Lía

Poder Judicial de la Nación

Magliaro: con su aporte a la empresa criminal el destino de la víctima ya había sido sellado.

d.- Autoría directa de Alfredo Manuel Arrillaga y Leandro Edgard Marquiegui por infracción de deberes especiales:

Conforme al desarrollo que se ha efectuado sobre el marco histórico en el que sucedieron los hechos juzgados, el marco de la causa 13/84 se estableció que para aniquilar la subversión se creó un aparato represivo en el que las fuerzas de seguridad ejecutaron las medidas tendientes a cumplir dicho cometido bajo la dirección del ejército, repartiéndose para ello el territorio argentino en seis zonas, las que a su vez se dividieron en subzonas y áreas, consistiendo sus procedimientos en : a) capturar a quienes pudieran resultar sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; b) conducirlos a lugares situados dentro de unidades militares o bajo su dependencia; c) una vez allí, interrogarlos bajo tormentos, a fin de obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas; d) someterlos a condiciones de vida inhumanas, con el objeto de quebrar su resistencia moral; e) efectuar todo lo descripto anteriormente en la clandestinidad más absoluta, para lo cual los secuestradores debían ocultar su identidad y realizar los operativas preferentemente en horas de la noche, las víctimas debían permanecer totalmente incomunicadas, con los ojos vendados y se debía negar a cualquier autoridad, familiar o allegado, la existencia del secuestrado y la de eventuales lugares de alojamiento; f) dotar de amplia

USO OFICIAL

libertad de los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo nacional, sometido a proceso militar o civil o eliminado físicamente (sentencia dictada el 9 de diciembre de 1985 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal en pleno, dos tomos, Buenos Aires, 1987, esp. T. II, 787 ss.)

Consecuentemente, a partir del juicio a las juntas militares y los múltiples procesos judiciales iniciados con posterioridad, ha quedado acreditada la existencia en nuestro país de un plan de acción sistemático para aniquilar a la subversión. Las muertes, secuestros, torturas, apropiación de niños, la clandestinidad, el terror, el ocultamiento de todo rastro y destrucción de documentos, no fueron puro arbitrio del ejecutante, sino un comportamiento de continuación a partir de la decisión de la junta de gobierno para derrocar un gobierno constitucional.

Debemos partir entonces advirtiendo las dificultades que desde el punto de vista de la dogmática tradicional se han evidenciado debido en torno a la autoría en delitos de terrorismo de estado, aparatos organizados de poder, la responsabilidad de los superiores de quienes han emanado las órdenes y la de sus ejecutores subalternos que, como "instrumentos dolosos", permitió a cierto sector de la doctrina cuestionar la categoría de la autoría mediata. La teoría del dominio del hecho resultó insuficiente y muchas veces inconsistente, resultando imperativo admitir la existencia de tipos penales que no precisan aquel dominio para su realización, como es el caso de los tipos cuyo núcleo lo conforma la posición del autor en el mundo de los

Poder Judicial de la Nación

deberes: de esta manera deberá analizarse la responsabilidad, cuando quien ha omitido el cumplimiento de los deberes de protección que impone el cargo es precisamente, como en el caso juzgado, un funcionario estatal.

No podrá concebirse la autoría con un criterio puramente fenotípico, identificándola con la propia ejecución típica concebida en términos formales objetivos. Como se ha dicho en la sentencia -firme- dictada en la causa 2379 del Tribunal, en el marco de la criminalidad estatal la firma de un documento no será un simple acto administrativo, una llamada telefónica, un informe a partir del cual se crea un hipótesis remota o como la creada desde un primer momento y comunicada incluso a medios gráficos como ha ocurrido en el caso de Ana Lía Magliaro vinculándola con el homicidio del cnel. Reyes, exjefe de la agrupación militar de esta ciudad, sellará definitivamente el destino de la víctima, lo que puede observarse con claridad del informe producido por la ex DIPBA y agregado a fs. 174/9, dando cuenta de un "Enfrentamiento armado de elementos Subversivos con personal militar del Area Militar 151, Barrio Constitución, Unidad Regional Mar del Plata, 2/9/1976". Para luego ampliarlo al día siguiente, consignando que "la persona abatida era la delincuente subversiva que estaría vinculada al asesinato del Sr. Coronel Reyes, Analia Magliaro".

Lo precedentemente valorado resulta de esencial importancia dado al insistente y parcializado razonamiento de las defensas, pareciendo reclamar la fotografía de sus asistidos accionando de propia mano las armas de fuego con las cuales se produjo la muerte de la víctima cuando se afirmó que "no hay ninguna prueba directa

que los vincule". Precisamente a partir de un detenido análisis de los elementos probatorios, del modo en que se sucedieron los hechos dentro del accionar represivo desplegado por las autoridades militares de la subzona15, las posiciones y aportes de Arrillaga y Marquiegui desde sus puestos de jefatura en aquella permiten descartar la hipótesis defensiva.

El hecho que desde el punto de vista naturalista o fenomenológico no se ejecute, no posee ninguna relevancia para la valoración normativa del suceso, como así tampoco que al momento de producirse el homicidio de Ana Lía Magliaro, Leandro Edgard Marquiegui se halla encontrado en comisión en otra provincia: como se dijo, a partir de su intervención previa -incluso hecha pública-, la sentencia sobre el destino de la víctima había sido firmada, conforme quedó luego reflejado en los informes de la exDIPBA señalados.

Siguiendo la distinción efectuada por Jakobs, será el ámbito de competencia del autor el que permita explicar a los delitos de dominio -competencia por organización en palabras del autor-, referidos al deber general de no dañar a los demás en sus bienes "neminem laede" y que alcanza a todas las personas (Ver Javier Sánchez- Vera Gómez Trelles, Delitos de Infracción de Deber, Marcial Pons, Barcelona, 2002, págs 83 y ss)., y los delitos de infracción de deber como los aquí acreditados, que convierte a la persona en obligado especial de un deber de contenido positivo de fomento y aseguramiento de los bienes situados bajo su esfera de custodia frente a las amenazas ajenas de peligro o lesión, institución sustraída a la disposición del hombre individual.

Poder Judicial de la Nación

El fundamento de la responsabilidad en este último caso viene dado por la inobservancia de deberes especiales en virtud de aquella competencia institucional, razón por la cual responderá siempre como autor del delito por infracción al deber, como se dijo, sin que posea relevancia jurídico penal a los efectos de la determinación del título de la imputación el acontecer causal en el mundo exterior dominado por el autor, sino su actitud contraria al deber manifestada por medio de su conducta -activa u omisiva-, en virtud de no haber administrado correctamente su ámbito de competencia institucional.

Por tal razón, siguiendo como lo hemos venido haciendo al trabajo del profesor Caro John, "los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos, como pueden ser (...) los miembros de las fuerzas armadas (...) no deben ser calificados como simples 'delitos especiales' porque el ilícito cometido por ellos no tiene nada que ver con la realización de una simple descripción típica de las cualidades de la persona y de la acción, sino que más bien se relaciona con la infracción de un deber de asegurado institucionalmente que impone a los funcionarios y autoridades la observancia de las normas estatales para una correcta administración de las funciones públicas" (v. aut. Cit. "Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber", en Anuario de Derecho penal, 2003).

En los fundamentos del veredicto dictado por este Tribunal, con distinta integración, en el marco de la causa 2473 "TOMMASI, Julio A. y Otros s/ privación ilegal de la libertad, tortura agravada por tratarse la víctima de un perseguido político y homicidio agravado por alevosía", se estableció que, del modo aquí también analizado, "la competencia en estructuras

jerarquizadas se desplaza de los ejecutores a la dirección. Aparece la responsabilidad en función del rango y no en la medida de los movimientos de los dedos, de la inervación muscular (fenotípico). En los delitos de infracción de deber general importa la cuantificación del aporte, en los delitos de infracción de deber especial la jerarquía del obligado. En la infinidad de aportes delictivos en el marco del terrorismo de Estado debe verse un encadenamiento hacia el resultado, un refuerzo solidario que hace que el delito sea obra de todos. Estamos frente a una adhesión al plan criminal, ante un incremento de la chance de éxito del resultado delictivo..."

"...La junta dictatorial creo el marco dentro del cual se desplegó la criminalidad estatal; por lo tanto quienes han creado el marco y quienes los han rellenado son también ejecutores. Cuando la ejecución del hecho es producto de una obra colectiva, tanto los intervinientes que han fijado el marco antes de la ejecución o los ejecutores que lo rellenan deberían ser calificado de autores ya que la realización del tipo delictivo es marco y relleno, como una obra de teatro; ella es la representación de los actores, pero también del director, del encargado del escenario, tal como acertadamente ha escrito Jakobs (Jakobs, El ocaso del dominio del hecho, cit, 200-203). La creación del marco dentro del cual se llevaron a cabo miles de ejecuciones reviste una importancia liminar. Ello así porque la denominada "guerra contra la subversión" demuestra en los intervinientes una "solidarización con las consecuencias", esto es con todo el diseño político pergeñado para aniquilar a la disidencia política. Todas estas intervenciones se llevaron a cabo como una muestra de

Poder Judicial de la Nación

solidaridad con el quehacer delictivo precedente, todos los intervinientes con su aporte pertenecen al colectivo, pero también, por ello, quienes configuraron el marco y llevaron adelante el aparato criminal, se convierten en ejecutores propios, en autores directos de un delito de infracción de deber especial en razón del cargo público desempeñado, en atención a la institución de los deberes genuinamente estatales. Aquí no estamos frente a simples instrumentos con apariencia humana (sólo naturaleza) sino ante sujetos de imputación.

Alfredo Manuel Arrillaga y Leandro Edgard Marquiegui no solo conocían perfectamente el plan que se estaba desarrollando, sino además conocían el marco criminal en el que se ubicaban incluso desde posiciones jerárquicamente estratégicas, integrando la plana mayor de la Agrupación de Artillería de Defensa Aérea 601, a cargo de la subzona15, que tuvo responsabilidad primaria en materia de lucha contra la subversión y, de este modo, en la planificación y ejecución del accionar que derivó en la muerte de Magliaro. Desde las jefaturas de las secciones de operaciones e inteligencia fueron asesores directos del jefe, Cnel. Barda, cuya declaración en el marco de la causa por la que luego resultó condenado fue especialmente valorada para los hechos hoy juzgados, colaborando de manera esencial mediante sus conductas con el mantenimiento de la estructura represiva.

No debe perderse de vista sobre este punto la condena dictada respecto de Barda en el marco de la causa 1170 por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 5 de Capital Federal, incorporada al debate, por los hechos de los que resultó víctima Ana Lía Magliaro, como así también la dictada por este mismo Tribunal con distinta

integración, condenando Fortunato Valentín Rezett, quién en su condición de adcripto a la Plana Mayor de la Agrupación ADA 601 recibió a Magliaro en condición de detenida, sentencia que adquirió firmeza.

Lo señalado permite descartar, por irracional e incompatible con pronunciamientos judiciales firmes, la pretendida explicación sobre la incapacidad de comando, derivado incluso de contar en el caso de Arrillaga únicamente con un escribiente y un chofer. Los plurales elementos probatorios recibidos durante la audiencia de debate como así también aquellos incorporados permiten arribar al grado de certeza necesaria afirmar la capacidad de acción de los encausados e interpretar sus comportamientos como infracción de deber, quienes no podían desconocer desde ningún concepto las circunstancias ocurridas en el ámbito territorial de la subzona 15; en cabeza de ellos y como deber indisponible se encontraba precisamente la protección de la vida y seguridad de los ciudadanos.

Deberá aclararse finalmente, y sin perjuicio que de la lectura de las consideraciones efectuadas pueda interpretarse de ese modo, que en la categoría de delitos analizada, tampoco son posibles las modalidades de autoría delictiva conocidas como coautoría o autoría mediata. La lesión al deber es totalmente personal e independiente, y ello debido a que cada obligado especial lesiona por separado su deber aunque ambos hayan actuado de acuerdo a un plan organizado con una clara división de funciones como las evidenciadas por la acusación en el desarrollo de los alegatos. No existe lesión común del deber especial; en todos los casos los obligados serán

Poder Judicial de la Nación

autores directos en función del inmediato deber de tutela que tienen el bien jurídico (v. ob.cit. Caro John).

Por todo ello entendemos que los encartados deben responder como autores director penalmente responsables de los delitos de infracción de deberes especiales de homicidio calificado, conforme al desarrollo que se efectuará en el siguiente acápite relativo a la calificación legal de los sucesos reprochados.

Así lo voto.

A la cuestión planteada el Dr. Bibel y la Dra. Morgese Martín adhirieron al voto que antecede.-

V.- CALIFICACIÓN LEGAL:

El Dr. Parra dijo:

Conforme a la descripción efectuada al tratar la materialidad delictiva y la participación de los encartados, debe calificarse como delito de infracción de deber especial de homicidio calificado por haber sido cometido con alevosía y el concurso premeditado de dos o más personas, previsto y penado por el art. 80 incs. 2° y 6° del CP, resultando Alfredo Manuel Arrillaga y Leandro Edgard Marquiegui autores directos.

Conforme lo valorara en el marco de la sentencia dictada en la causa nro. 33004447, del plexo probatorio arrimado, el que fuera apreciado conforme principios que informan la sana crítica, considero abastecido el juicio lógico y tener por acreditado que se han verificado las exigencias objetivas y subjetivas inherentes a la figura escogida.

En efecto, en el diseño del plan sistemático de exterminio hubo varias etapas dentro de las cuales existió el denominado "*destino final de los secuestrados*". El destino final, que constituía una verdadera "*sentencia de muerte*" podía ejecutarse de variadas formas, desde fingir un enfrentamiento con las fuerzas, hasta el liso y llano fusilamiento, con la consecuente ocultación del cuerpo. Se verifican en autos las conclusiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en causa "*Almonacid*" del 26/09/06, cuando dispuso que el asesinato de Almonacid Arrellano fue ejecutado "*en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra un sector de la población civil*".

No existe ninguna hipótesis, ni circunstancia objetiva que permita apartarse de la secuencia *secuestro- detención- torturas- traslado- muerte* de numerosas víctimas, y ello resulta lógico si se tiene en cuenta que desde el mismo momento de la detención, las víctimas se transformaron en "*desaparecidos*", lo que conllevaba a disponer de su destino con total impunidad. Ello bajo ningún concepto podía ser desconocido por Arrillaga y Marquiegui como integrantes de una plana mayor responsable del accionar represivo juzgado.

Los autores han preordenado su conducta para matar aprovechándose de la total indefensión de la víctima que también persiguieron empleando todo el aparato represivo y estatal con que contaban, que incluso les permitió manipular los medios de comunicación e infundir sin dudas el terror a la población. Todo ello les permitió actuar sobre seguro, sin riesgos ni peligros. El modo en el que fue encontrado el cuerpo de Ana Lía Magliaro por sus hermanos, luego de permanecer privada de su libertad y

Poder Judicial de la Nación

sufrir numerosos traslados clandestinos en las peores condiciones físicas y violentos interrogatorios, permiten tener por acreditado con absoluta certeza lo aquí afirmado: la víctima fue conducida totalmente indefensa al lugar en donde fue cruelmente asesinada, para luego enmarcarlo en un simulado enfrentamiento armado que intentó oponerse como verdad oficial.

Conforme lo también valorado por el Ministerio Público Fiscal, el cuerpo de Ana Lía Magliaro presentaba lesiones de armas de fuego en ingle y tórax, como así también marcas de ataduras en sus manos, ojos y boca y lesiones compatibles con quemaduras en muñecas, axilas y ojos. A ello se suma el certificado de defunción del cual surge que su fallecimiento se produjo por hemorragia traumática cardíaca (fs. 284).

Consecuentemente, el accionar que culminó con su muerte se enmarcó en aquel siniestro plan sistemático de aniquilamiento instaurado en nuestro país por quienes usurparon el poder, por lo que constituye un crimen de Lesa Humanidad cometido durante el genocidio sufrido en nuestro país durante los años 1976 a 1983.

Por esta razón resulta plenamente aplicable al caso las valoraciones efectuadas en aquella sentencia dictada en la conocida causa "Base Naval": las víctimas fueron neutralizadas mediante un régimen brutal de detención caracterizado por el sostenido debilitamiento y desbaratamiento de los detenidos, el cruel cautiverio y el sometimiento a innumerables sesiones de tortura. Ello impidió cualquier forma de resistencia. Era el Estado mismo quien colocaba a las víctimas en esa situación de desamparo y orfandad, abandonados a su suerte, y sin posibilidad de obtener ayuda de terceros.

USO OFICIAL

Tan miserables han sido las muertes provocadas en este contexto, que sus autores disimularon sus verdaderos propósitos al fingir traslados hacia otros centros de detención, cuando en realidad fueron entregados esposados, encapuchados e indefensos para ser brutalmente asesinados, o simularon groseramente enfrentamientos, los que eran comunicados a la población a través de la prensa escrita y radial.

Conforme a la descripción efectuada y a partir de la comprensión del modo en el que sucedieron los hechos que culminó con el homicidio de Ana Lía Delfina Magliaro dentro del plan sistemático de aniquilamiento instaurado, debe tenerse por plenamente acreditado que el mismo fue cometido con el concurso premeditado de más de dos personas, respecto de las cuales dos de ellas ya fueron condenadas con anterioridad -Fortunato Valentín Rezett, adscripto a la Plana Mayor del ADA601, y el Coronel Pedro Alberto Barda, Jefe de aquella Agrupación- en el marco de las sentencias dictadas en las causas 2379 de este Tribunal y 1170 del Tribunal Federal 5 de Capital Federal, lo que demuestra que el destino de la víctima fue planificado y ejecutado desde la plana mayor conforme a lo valorado a lo largo de la presente, razón por la cual se tiene plena certeza del acuerdo premeditado en el hecho, que conflujo antes de la comisión del homicidio.

Sobre la agravante contenida en el inciso 6° el art. 80 CP, la doctrina ha sostenido que *"La pluralidad de agentes agrava el delito por las mayores facilidades que brinda para su consumación y las menores posibilidades de defensa que tiene la víctima. Objetivamente exige la intervención del autor y dos sujetos más, que participen en la ejecución del hecho, como*

Poder Judicial de la Nación

coautores o cómplices, sean primarios o secundarios... Subjetivamente será necesario no solo que los partícipes se pongan de acuerdo para matar a la víctima, sino que será preciso, para que el agravante sea aplicable, que hayan convenido hacerlo en grupo" (Laje Anaya- Gavier "Notas al Código Penal Argentino", Editora Lerner, Tomo II Córdoba, p. 30). "El autor debe matar con el concurso de dos o más personas, deben concurrir tres como mínimo. El acuerdo debe haberse formalizado con anterioridad al delito: por ello exige la norma que sea premeditado, esto es, pensado con antelación al hecho" (Buompadre, Jorge "Derecho Penal, Parte Especial" Viera Editor, 2003, Tomo I p. 156).

Por tal razón, con la distinción efectuada en torno al título por el que debían responder los encausados como consecuencia de la infracción a los deberes especiales que con sus conductas, y atento la condición de funcionarios públicos que ostentaban, han contribuido -autoría directa-, devienen oportunas las citas precedentes y periten calificar las conductas en los tipos penales contenidos en los incisos 2° y 8° del art. 80 CP.

Así lo voto.-

A la cuestión planteada, los Dres. Bibel y Morgese Martín dijeron: que votamos en igual sentido.

VI.- SANCCIONES PENALES:

El Dr. Parra dijo:

En el ámbito de la aplicación de la pena rigen dos principios contradictorios. Por una parte, el llamado principio de legalidad que exige que la pena por

el delito esté determinada con certeza en la ley, y por otro lado, los imperativos de justicia y de utilidad social que imponen que la pena se adapte al delincuente particular (aut. cit. C. Molina Blazquez en "La aplicación de la pena", Pág. 41, editorial Bosch, Barcelona, 1996).

"El control social jurídico penal dice públicamente y por escrito, con toda la precisión posible, antes de que se haya cometido la infracción concreta, cuál es la conducta que califica de desviada, cuál es la sanción con la que sancionará dicha conducta y cuál es la forma en que la impondrá, la autoridad que será competente para imponerla y las garantías o, en su caso, los recursos que se conceden" (aut. cit. Winfried Hassemer, "Fundamentos del Derecho Penal", Pág. 401, Editorial Bosch, Barcelona, 1984).

También ha de señalarse que la pena sirve a finalidades de prevención especial y general. Es limitada en su monto mediante la medida de la culpabilidad, pero no puede alcanzar esta medida en tanto esto sea necesario para las necesidades de prevención especial y no se opongan a ello los requisitos mínimos de la prevención general (aut. cit. Claus Roxin, "Determinación Judicial de la Pena", Pág. 42, compilación de Julio B. J. Maier). La prevención general mediante una amenaza penal pretende intimidar a los miembros de la comunidad a un comportamiento conforme a derecho; en la prevención especial, el fin de la sanción penal sobre el condenado tiende a su readaptación apartándolo de la sociedad privándolo de la libertad, con el propósito de evitar futuras conductas delictivas.

La individualización de la pena, entonces, deberá realizarse sobre la apreciación de la

Poder Judicial de la Nación

infracción realizada, debiendo apreciarse la norma legal infringida, las circunstancias que revelen el grado de culpabilidad del delincuente, el conocimiento, la valoración de las condiciones psíquicas y sociales y como han repercutido en la personalidad del sujeto.

En este mismo sentido, dice Gonzalo D. Fernández "en suma, la culpabilidad suministra - una vez más - el eje de contención al sistema de la coerción penal. Sobre la base del principio de culpabilidad, manejado como pauta material de la limitación de la pena, ésta sólo puede ser exigida en el marco de la culpabilidad por el hecho, que no obsta a la valoración de las condiciones del sujeto responsable - un imperativo de la exigibilidad - para reducir la intervención punitiva" ("Culpabilidad y Teoría del Delito", Pág. 132, Ed. B de F, Montevideo, 1995).

Sigue este lineamiento de ideas el Dr. Almeyra: "la pena no debe ser severa ni benévola, sino esencialmente justa y fundamentalmente respetuosas del principio de culpabilidad. No es acertado decir que las penas deben ser severas porque la realidad sociológica demuestra que en tal o cual circunstancia temporal recrudezca una u otra forma de criminalidad" (CNCC, Sala V, 23/05/80, su voto en causa 12.504, "Cora, Isabel").

No debe perderse de vista tampoco que en estos procesos, iniciados años después de cometidos los ilícitos que revisten el carácter de delitos de lesa humanidad, como así tampoco como la extensión del daño causado.

Lo expuesto precedentemente debe ser analizado con especial valor toda vez que, más allá de las consecuencias económicas que trajo consigo la dictadura, como lo fue el incremento fenomenal de la deuda externa y

la profundización de la brecha entre ricos y pobres, o de la total desarticulación de la justicia, el desbaratamiento de las instituciones civiles y el aborto a todo proyecto colectivo, las consecuencias en las víctimas y en el seno de sus familias, fueron desastrosas y sus huellas aún hoy permanecen imborrables.- "La "guerra contra la subversión", prontamente comenzó a dejar huellas en la sociedad Argentina. Apenas transcurrido el golpe, vastos sectores de la población fueron afectados directamente o indirectamente por la intensidad y la magnitud de la represión sin precedentes. Miles de secuestros y desapariciones, golpearon a innumerables familias, grupos de amigos, círculos de colegas y trabajadores, grupos de militancia política" (Barros, Mercedes, artículo "The emergence and constitution of the human rights movement and discourse in Argentina", investigadora CONICET Essex, Reino Unido, 2008).

En un intento por explicar el fenómeno en experiencias trágicas similares, Rony Cohn afirma *"ha quedado una impronta inconcebible en la humanidad, una herida abierta de difícil cicatrización, arraigando secuelas nefastas que se continúan en la actualidad, no sólo para los sobrevivientes, sino también para muchos otros sujetos que, -de alguna forma u otra -han estado involucrados y que, como consecuencia del mismo, la construcción de su propia identidad fue transformada."* ("Las huellas transgeneracionales de la Shoa en el psiquismo, un transitar de generaciones", p.217 a 220).

De ello han dado tristes muestras las declaraciones brindadas por los hermanos de Ana Lía Magliaro, en quienes permanece la huella imborrable del accionar represivo que les arrebató la vida de su hermana,

Poder Judicial de la Nación

describiendo como si hubieran visto ayer su cuerpo con las marcas de la tortura y las angustiosas gestiones efectuadas por su madre para dar con el paradero de Magliaro.

Planteo de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua.

El Ministerio Público Fiscal solicitó respecto de los imputados Alfredo Manuel Arrillaga y Leandro Edgard Marquiegui, se los condenara a la pena de prisión perpetua como autores, penalmente responsables de los delitos de homicidio calificado.

El Dr. Bailliau, a su turno, planteó la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua en virtud de la avanzada edad de los imputados porque sería altamente improbable que accedan al beneficio de la libertad condicional

Previéndose en ese tipo penal (art. 80, inc. 2° e inc. 6° del Código Penal), en cuanto a la temporalidad de la pena, como única posibilidad la reclusión o prisión perpetua, conforme el art. 56 de la ley sustantiva en cuanto a que las penas indivisibles absorben a las divisibles -principio de mayor gravedad-, quedaríamos eximidos de efectuar cualquier consideración al respecto y, por tanto, es la única posibilidad adecuada a la especie y ajustada a derecho.

No obstante la imposibilidad de graduación del monto punitivo, y a fin de responder al planteo defensista, debe decirse que la sanción es constitucional y resulta admitida en razón de establecerse como única pena prevista para el homicidio agravado y por respetar el principio de proporcionalidad en mérito a la gravedad de los hechos reprochados.

El Dr. Mariano Hernán Borinsky, juez de la Sala IV de la C.F.C.P. en oportunidad de confirmar la sentencia dictada por el Tribunal Ad Hoc en la causa N° 33004447/2004/TO1 afirmó la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua. Ello por cuanto entendió que " ... no puede afirmarse que la pena de prisión perpetua incumpla la finalidad de propender a la reforma y readaptación social del condenado establecida por las normas internacionales (específicamente artículo 5, inciso 6), del Pacto de San José de Costa Rica y artículo 10, inciso 3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Ello, desde que si bien las normas citadas indican la finalidad "esencial" que debe perseguir el Estado en el legítimo ejercicio del ius puniendi, cual es la "reforma y readaptación social" de los condenados -con los que marcan una clara preferencia en torno a aquel objetivo llamado de prevención especial, del que no resultan excluidos los condenados a prisión perpetua- no obstaculizan otros fines que el legislador adopte, y que no se enfrenten a la interdicción también prevista en nuestra Constitución Nacional de que las cárceles sean para castigo (Cfr. Carlos El Colautti, Derechos Humanos, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1995, pág. 64)".

A su turno, el Dr. Gustavo Hornos en adhesión al voto del citado Magistrado consideró que la pena de prisión perpetua en nuestro país pese a su severidad, no resulta inconstitucional. Al respecto refirió en su voto en la causa N° 614 "Rojas, César Almilcar s/recurso de inconstitucionalidad" (registro 1623.4, rta. el 30/11/98); y causa N° 3927 "Velaztiqui, Juan de Dios s/recurso de casación e inconstitucionalidad" (registro 5477.4 del 17/2/84) reeditado en la causa N° 33004447/2004/TO1 que " ...

Poder Judicial de la Nación

es del caso señalar la significación jurídica de los términos "inhumano" y "degradante". En este sentido el Tribunal Constitucional Español ha establecido que "trato inhumano" se define como aquel que "acarrea sufrimientos de una especial intensidad" y "degradante" es aquel que "provoque una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que puede llevar aparejado la simple imposición de condena".

Asimismo, se trae a colación lo dictaminado por el Procurador ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Eduardo Ezequiel Casal, en la causa "B., Sebastián Alejandro y otra s/homicidio calificado", S.C.B.327, L.XLVII - de fecha 22/03/13- quien ante el mismo planteo respecto del delito de homicidio calificado por el vínculo, entendió que la pena de prisión perpetua no vulnera "per se" la Constitución Nacional ni los instrumentos internacionales de la misma jerarquía normativa, sino que, por el contrario, es posible afirmar que se encuentra expresamente admitida.

Para fundamentar su postura, afirmó que ello surge: a) de la interpretación que han efectuado tanto la Corte, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del artículo 5, inciso 2 del Pacto de San José de Costa Rica (ver fallos: "Velásquez Rodríguez vs. Honduras" -del 29/07/88; "Castillo Páez vs. Perú" -del 3/11/97; -del 19/11/99; "Cantoral Benavides vs. Perú" -del 18/05/00-; entre muchos otros); b) de la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, desde el momento en que el propio pacto admite limitadamente la imposición de una sanción de mucha más gravedad como es la pena capital (art. 6 del Pacto; c) de la interpretación del artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y

sancionar la Tortura; y d) de la interpretación que realizó la CSJN en el precedente "*Maldonado, Daniel Enrique y otros*" -Letra "M", nro. 1022, XXXIX, del 7 de diciembre de 2005 al expedirse sobre el homicidio agravado cometido por mayores, en donde dan precisiones sobre las características de la pena de prisión perpetua sin que ninguno de los jueces hayan mencionado que dicha pena resulta incompatible con la Constitución Nacional.

Por último, el Dr. Casal sostuvo que todo ello permite afirmar "*que desde el ámbito de los instrumentos de derechos humanos comprendidos por la Constitución Nacional y la interpretación que de ellos ha efectuado V.E. a partir de Fallos: 318:514, sumado a las consideraciones que acaban de señalarse del precedente "Maldonado", no es posible concluir en la inconstitucionalidad de la prisión perpetua prevista en el artículo 80, inc. 1° del Código Penal, ni que ella pueda significar la afectación de la integridad personal en los términos del artículo 5°, inciso 2° del Pacto de San José de Costa Rica, de la garantía de igualdad ante la ley o del principio de culpabilidad, en los cuales también se ha fundado este aspecto del agravio...*".

Asimismo, y como punto saliente el Procurador ante la Corte realizó una interpretación del "*Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*" (que integra el orden público argentino), adoptado el 17 de julio de 1998 en el ámbito de las Naciones Unidas -aprobado por la ley 25.390-, en vigor desde el 1 de julio de 2002, e implementada a través de la sanción de la ley 26.200.

En dicho plexo normativo, más precisamente en su artículo 77 inciso primero, se establecieron las siguientes penas a aplicar en los delitos tipificados en

Poder Judicial de la Nación

sus artículos 6° a 8°: a) reclusión por un número determinado de años que no exceda de treinta; o b) reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del imputado.

A modo ilustrativo, puede consignarse que en la ley 26.200 -ya citada-se precisó que este último supuesto debía aplicarse "...si ocurriere la muerte..." (Ver artículos 8, 9, 10).

Por último, debe destacarse que la doctrina nacional ha señalado que la prisión perpetua tampoco es inconstitucional como pena fija, siempre que en el caso concreto no se viole la regla de irracionalidad mínima, pues guarda cierta relación de proporcionalidad con la magnitud del injusto y de la culpabilidad (confr. Zaffaroni-Alagia-Slokar, ob. cit., pág. 904), a lo que corresponde agregar que la ley N° 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad consagra normas que aseguran al interno asistencia espiritual y médica integral".

Consecuentemente, adunando las valoraciones efectuadas sobre la extensión del daño causado y el principio de culpabilidad desarrollado, como conclusión debe decirse que la pena de prisión perpetua no resulta inconstitucional, ya que no violenta ninguna de las garantías vigentes en la actualidad, por lo que se rechazó el planteo efectuado.

Planteo de inconstitucionalidad de la inhabilitación

Si bien la defensa introdujo la cuestión no expuso argumentos que sustentaran tal pedido sino que basó

su pretensión en la supuesta falta de fundamentación del alegato Fiscal sobre este tópico y realizó la mera remisión al fallo "Yaques", bajo tales circunstancias hubiere correspondido su rechazo *in limine*. Sin perjuicio de ello se dará respuesta a la cuestión planteada en torno a los temas entendidos como materia de agravio.

Inconstitucionalidad del art. 19 inc. 4 del C.P.

El Ministerio Público Fiscal solicitó al finalizar su alegato, se comunique la sentencia condenatoria al Ministerio de Defensa de la Nación y del Ministerio de Seguridad de la Nación para que se dé cumplimiento al procedimiento de baja por exoneración de los acusados, de conformidad con lo previsto en el Decreto Ley 19.101 de Personal Militar (arts. 20, inc. 6, y 80), ello sin perjuicio de la comunicaciones que ya se hubieran practicados con motivo de sentencia anteriores.

Lo prescripto en el art. 19 inc. 4° del C.P. no resulta violatorio de la Constitución Nacional ya que que los condenados, teniendo a su cargo la defensa armada de la República, incurrieron en la comisión de delitos de la órbita militar (CSJN, fallos 315:1274).

Dicha normativa establece que la inhabilitación absoluta importa: "... *La suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro, civil o militar, cuyo importe será percibido por los parientes que tengan derecho a pensión. El tribunal podrá disponer, por razones de carácter asistencial, que la víctima o los deudos que estaban a su cargo concurren hasta la mitad de dicho importe, o que lo perciban en su totalidad, cuando el penado no tuviere parientes con derecho a pensión, en ambos*

Poder Judicial de la Nación

casos hasta integrar el monto de las indemnizaciones fijadas”.

Atento las penas dictadas, entendemos que corresponde poner en conocimiento del Poder Ejecutivo Nacional, lo resuelto a fin de que por intermedio del Ministerio de Defensa de la Nación, se dé cumplimiento al procedimiento de baja por exoneración.

Por ello, no corresponde hacer lugar a la petición de la defensa y, consecuentemente, deberá efectuarse la comunicación pertinente en los términos indicados.

Inconstitucionalidad de la incapacidad civil accesoria del art. 12 del C.P:

El art. 12 del Código Penal dispone que “la reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el Tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces”.

El Tribunal que integro ha resuelto en causa “Yaques, Ivan s/Infracción ley 23737”, que resulta inconstitucional la accesoria dispuesta en el art. 12 del Código Penal, conforme argumentación expuesta en el voto del Dr. Roberto Falcone al que adherí junto al Dr. Mario Portela.

En tal sentido se transcribe lo que resulta pertinente: “Entiende Zaffaroni en opinión que

suscribo que la incapacidad civil del penado tiene el carácter de una pena accesoria. (ver Tratado de Derecho Penal, Vol. V pág. 251). La prueba más clara señala el autor citado, "es que el penado, por el hecho de estar privado de su libertad, no está tácticamente imposibilitado para realizar los actos para los que el art. 12 le incapacita. La ley misma admite esta realidad cuando impone esta pena únicamente a quien está penado por más de tres años: si la incapacidad fuese una consecuencia máxima del encierro, y no tuviese otro fin que el de tutelar, no tendría ningún sentido ese requisito, puesto que en la misma situación de incapacidad se hallarían todos los que están privados de libertad, sea cual fuere el tiempo de su privación".

El art. 75 de la Constitución Nacional conforme la reforma de 1994, ha incorporado en su inciso 22 con jerarquía Constitucional, en cuanto aquí interesa, los siguientes Tratados: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; La Declaración Universal de Derechos Humanos; La Convención Americana sobre Derechos Humanos; La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles o Degradantes, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este último, aprobado por la ley 23.313, dispone en su art. 10 que "toda persona privada de su Libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". Por su parte, La Convención Americana sobre Derechos Humanos, edicta en su art. 5 apartado 6to. que "Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados".

La vigencia de los Tratados internacionales señalados, obligan a examinar si la

Poder Judicial de la Nación

incapacidad civil accesoria del art. 12 del C.P. se adecua a su texto. La respuesta no puede ser otra que la negativa.

La incapacidad civil del penado, es la herencia superviviente de la "muerte civil" del Derecho Romano y de las Partidas. Representaba una pena infamante que tenía por objeto estigmatizar o separar al reo de la comunidad social, obstaculizando, cuando no impidiendo el ideal resocializador que claramente informan los Convenios Internacionales suscritos por la República Argentina. Concretamente puede afirmarse que esta pena es estigmatizante, indigna e inhumana, tal como lo sostiene Bustos Ramírez (Derecho Penal, Parte Gral. Edición 1994, pág. 593), y Santiago Mir Puig (Derecho Penal Parte Gral. Pág. 795). Se advierte que esta accesoria, reviste a la sanción penal de tintes moralistas, al establecer un reproche moral ficticio por parte de la colectividad en la órbita familiar y patrimonial, soslayando, la obligación que le incumbe al Estado de proveer en la medida de lo posible a su resocialización. Se convierte de este modo en una pena infamante, impropia de un Estado de Derecho que debe tratar a todo condenado como lo que es, un ser humano.

La reforma penal producida por el gobierno democrático español, llevó en 1983 a derogar la interdicción civil prevista en el art. 43 de su Código Penal como accesoria de la pena de reclusión mayor. El fundamento político-criminal expuesto por F. Morales puede sintetizarse así:

1) "La supresión de la pena de interdicción en la Reforma del 8 de junio de 1983 constituye una decisión plausible, dada la carencia de legitimidad político-criminal de la sanción. Desaparecen

así, los perturbadores efectos de estigmatización social, que comportaba su imposición”.

2) “La pena de interdicción como sanción operativa con carácter general suponía revestir a la reacción penal de tintes moralistas, y en última instancia, a través de la misma se pretendía establecer un ficticio reproche moral de la colectividad en la órbita familiar y patrimonial del condenado”

3) “El Derecho Penal renuncia a imponer sanciones con carácter indiscriminado en orden al ejercicio de deberes-función familiares, mediante la pena de interdicción civil. Como excepción a este postulado de partida, subsisten en el Código Penal medidas de aseguramiento en interés de terceros pertenecientes a la formación social familiar, en atención del significado de los delitos perpetrados...”

4) “En las restantes hipótesis delictivas de la parte especial, la condena penal tan solo podrá constituir el presupuesto de aplicación de las medidas de naturaleza estrictamente civil, que implican la imposibilidad de ejercicio de determinados deberes-función familiares...” (ver Gonzalo Quintero Olivares, “Derecho Penal”, Marcial Pons, 1989, pág. 666 y sgtes).

De todo lo expuesto, surge claramente que la pena accesoria impuesta por el art. 12 del Cód. Penal en orden al ejercicio de ciertos derechos civiles, atenta contra la dignidad del ser humano, afecta a su condición de hombre, que no la pierde por estar privado de su libertad, produciendo un efecto estigmatizante, innecesariamente mortificante, violatorio de los artículos 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 5 apartado 6to. de la Convención Americana de Derechos

Poder Judicial de la Nación

Humanos, y del art. 18 de la Constitución Nacional por lo que corresponde declarar de oficio su inconstitucionalidad.

Zaffaroni ha sostenido en este sentido que "la privación de estos derechos al igual que la suspensión de la patria potestad no resultan de la restricción ambulatoria que importa el encierro. Sin duda esta pena accesoria lesiona el principio de mínima irracionalidad, lo que indica que la ley debe ser interpretada muy restrictivamente, para evitar decisiones inconstitucionales. Para ello, debe tenerse en cuenta que la curatela es un instituto de derecho civil, que tiene carácter tutelar y, por ende, no puede interpretarse de modo diferente en sede penal... No puede imponerse mecánicamente, porque si falta el supuesto tutelar su fundamento sería un resabio de la muerte civil y, por ende, sería inconstitucional" (ver Zaffaroni, Eugenio R. Alagia Alejandro, Slokar Alejandro, Derecho Penal, Parte General, Ediar, 2000 pág. 942/943).

En un libro de publicado en España en el que se narran las vinculaciones de Edmund Mezger con el nacionalsocialismo existen referencias de interés para resolver la cuestión examinada; su autor Muñoz Conde refiriéndose a Sigfried Koller considerado el padre de la bioestadística alemana de postguerra reproduce una carta que éste le escribía a su maestro Kranz en 1941 sobre lo que debía hacerse con los incapaces de comunidad "Gemeinschaftsfremde". "Ahora disponemos del conocimiento científico de que los incapaces de comunidad actúan condicionados por una carga hereditaria de rango valorativo inferior y que esa carga se trasmite por lo menos por término medio o incluso en una medida superior al término medio... Este peligro debe ser prevenido por la privación de

los derechos civiles honoríficos". Anota el comentarista "entre los derechos de los que estos sujetos debían ser privados mencionan el derecho de educación sobre los hijos, el derecho a contraer matrimonio, y otros derechos que suponen "la dignidad del individuo" -el encodillado pertenece al original- de la que "los incapaces de comunidad" por supuesto carecen, como "el derecho al honor, la libertad, o la vida", así como medidas como la esterilización obligatoria, el internamiento en centros para trabajos forzosos o la disolución obligatoria del matrimonio". (ver Alid Roth, Die restlose Erfassung, Volkszählen, Identifizieren, Aussodern im Nationalsozialismus, Frankfurt am Main 2000, pág. 11, citado por Muñoz Conde Francisco "Edmund Mezger y el derecho penal en su tiempo" "Estudios sobre el derecho penal en el Nacionalsocialismo", tyrant lo blanch, teoría, Valencia 2002, pág. 180 y sgtes)."

Por lo precedentemente expuesto, entiendo que conforme lo planteado por la defensa de los encausados, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la incapacidad civil inherente a toda condena mayor a tres años de prisión o reclusión establecida en el art. 12 del Código Penal.

Ahora bien, ingresando al tratamiento de la concurrencia o ausencia de circunstancias de atenuación o agravación, en atención a la penalidad prevista para el delito por el que por el que resultaron condenados Alfredo Manuel Arrillaga y Leandro Edgard Marquiegui, no sería necesario realizar análisis alguno al respecto, en atención a que la pena es indivisible. Consecuentemente con lo valorado a lo largo del presente

Poder Judicial de la Nación

acápites, estimé que debía aplicarse a los nombrados la pena de Prisión Perpetua, Inhabilitación absoluta perpetua, suspendiéndose el goce de toda jubilación, pensión o retiro que pudiera percibir, accesorias legales con la limitación relativa a la incapacidad civil prevista en el art. 12 del CP y costas del proceso, por considerarlos autores directos penalmente responsable por la condición de funcionarios públicos del delito de Infracción de deberes especiales: Homicidio calificado por haber sido cometido con alevosía y con el concurso premeditado de dos o más personas en perjuicio de Ana Lía Delfina Magliaro (arts. 5, 12, 19, 29, 45 y 80 incisos 2° y 6° del Código Penal).

Así lo voto.-

Sobre la cuestión planteada, los Dres. Bibel y Morgese Martín dijeron:

Que adherían a los fundamentos y conclusiones expresadas por el Dr. Néstor Parra a excepción la declaración de inconstitucionalidad de la incapacidad civil accesoria del art. 12 del C.P. En relación al planteo de inconstitucionalidad introducido por la defensa de los encartados, entendemos que el mismo debía ser rechazado.

Conforme el criterio mantenido por la Sala I del Tribunal de Casación provincial en el marco de la causa 38.114 "M., D. E. s/ recurso de casación", "Para determinar la presente cuestión debemos analizar cuál es la naturaleza jurídica del instituto en cuestión.

Las incapacidades civiles de las que habla el art. 12 del Código Penal son una consecuencia de la condena carente de carácter punitivo, con connotaciones eminentemente tutelares. El alcance de dicha medida nos coloca frente a una incapacidad de hecho relativa, por lo

cual el penado no pierde su capacidad jurídica, ya que la misma se refiere a un número restringido de actividades y como tal, no podrá extenderse a otros supuestos.

En este sentido, compartimos los fundamentos expresados por la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires en causa N° 38.114, "M., D. E. s/ recurso de casación", resuelta el 26 de agosto 2010, en cuanto a que "...debe considerarse a esta previsión como la regulación de algunas de las consecuencias civiles ocasionadas por el hecho de encontrarse privado de la libertad durante un lapso prolongado de tiempo, las que encuentran fundamento en la tutela de los derechos del sujeto privado de su libertad, por lo que no se observa la concreta violación al bloque de constitucionalidad conformado por la Carta Magna y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos incorporados por la reforma de 1.994, concretamente los arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N., 10 del P.I.D.C.y P., y 5 ap. 6to. de la C.A.D.H.

Y este último extremo es un requisito sine qua non para fulminar una norma con la declaración de inconstitucionalidad, que representa la sanción de máxima gravedad prevista en el ordenamiento jurídico. En este sentido es doctrina de este Tribunal que la declaración de inconstitucionalidad sólo procederá cuando la repugnancia entre la norma en cuestión sea manifiesta, clara e indudable con el bloque legal antes mencionado, y nada de ello ha acontecido."

Consecuentemente, como se dijo, entendimos que debía rechazarse el planteo de la defensa sobre este punto. Así lo votamos.-

Poder Judicial de la Nación

Tras ello, el Sr. Juez Néstor Rubén Parra firma la presente y el Sr. Juez Bernardo Bibel remite su firma desde el Juzgado Federal de Necochea a su cargo, dejándose constancia que la Sra. Jueza María Claudia Morgese Martín, sin perjuicio de haber participado de la deliberación, no firma la presente redacción de los fundamentos de aquella por encontrarse al día de la fecha en uso de licencia.

Protocolícese, comuníquese y firme que sea la presente archívese.

USO OFICIAL