

Suprema Corte:

I

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca condenó a Carlos Eduardo del Valle Carrizo Salvadores, Mario Nakagama y Jorge Exequiel Acosta a la pena de prisión perpetua por considerarlos coautores de homicidio doblemente agravado por alevosía y el concurso premeditado de dos o más personas (catorce hechos), en concurso real (artículos 80, incisos 2 y 4, 45 y 55 del Código Penal [texto según Leyes 11.179, 11.221 y 20.642]), delitos a los que calificó como de lesa humanidad (fs. 2/3).

Tuvo por probado que el 12 de agosto de 1974, entre las 13:00 y las 15:30 horas, aproximadamente, en una hondonada distante a unos mil quinientos metros de Capilla del Rosario, departamento de Fray Mamerto Esquiú, provincia de Catamarca, personal del ejército mató a catorce integrantes del “Partido Revolucionario de los Trabajadores” (PRT) y del “Ejército Revolucionario del Pueblo” (ERP), que se encontraban desarmados y sin posibilidad de defensa, en tanto ya se habían rendido luego de haber intentado resistir el ataque de esa fuerza, con la que colaboraron entonces agentes de la policía federal y provincial. Ese hecho, según el tribunal oral, habría sido un acto de ejecución del plan sistemático de eliminación de una parte de la población civil, especialmente miembros o partidarios de grupos de orientación marxista, que las fuerzas armadas estaban llevando a cabo desde la segunda mitad de la década del sesenta del siglo pasado.

El tribunal sostuvo también que dos días antes, en horas de la noche, la policía provincial había mantenido un enfrentamiento armado con aproximadamente cuarenta integrantes del PRT/ERP, entre los que se encontraban aquellos catorce, a la altura de Polcos, en cercanías de Banda de Varela, al haberlos sorprendido a bordo de un ómnibus, en el que habían llegado a Catamarca desde Tucumán con la intención de copar el Regimiento de Infantería Aerotransportado (RIA) n° 17 y apoderarse de

armamento. En ese enfrentamiento murieron dos insurgentes y fueron heridos dos policías. El resto del grupo armado se dispersó en varias direcciones, pero la mayoría sería aprehendida por las fuerzas de seguridad, tras haberse producido al menos otro enfrentamiento el 11 de agosto, del que resultó muerto un agente de la policía provincial. El grupo de los catorce que se mantenían prófugos se internó en la zona aledaña a Capilla del Rosario, y al advertir las autoridades políticas que las fuerzas policiales habían perdido el control de la situación, el Poder Ejecutivo Nacional impartió la orden de que interviniera el ejército, lo que tuvo el desenlace ya mencionado (fs. 21/23, 45 vta./47, 77/80).

Al momento de los hechos, Carrizo Salvadores se desempeñaba como Capitán del Ejército y asistente del Jefe del RIA n° 17, y, según el tribunal oral, estuvo a cargo del operativo del que resultaron las catorce muertes investigadas en esta causa. Nakagama era Jefe de la Sección Morteros Pesados del RIA n° 17, y su rol en ese operativo habría consistido en localizar a los perseguidos, mientras que Acosta revistaba como Jefe de la Compañía "B" del mismo regimiento, y habría sido el responsable de evitar el ingreso de extraños a la zona donde se realizó la acción armada (fs. 30 vta./32 vta.).

La Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal, por mayoría, anuló esa condena al considerarla arbitraria, y absolvió a los acusados. Por un lado, afirmó que los hechos imputados no podían calificarse como delitos de lesa humanidad, en tanto no se había probado su elemento de contexto, es decir, el ataque generalizado o sistemático contra la población civil que los caracteriza como tales. En efecto, sostuvo que el tribunal oral efectuó una interpretación no sólo "errónea", sino también "antojadiza y subjetiva" de la realidad política de nuestro país en esa época, lo que quedaría demostrado, en síntesis, por las circunstancias de que el gobierno nacional era democrático, había sido elegido por más del sesenta por ciento de los votos y las fuerzas

armadas estaban subordinados a sus órdenes. En este sentido, destacó que la intervención del ejército en el hecho del *sub examine* se produjo como consecuencia de una decisión del Poder Ejecutivo Nacional, requerida por las autoridades provinciales tras considerar que las fuerzas policiales habían perdido el control de la situación. Además, añadió que el suceso bajo análisis no podía ser considerado un indicio de la existencia del plan, tal como lo habría hecho el tribunal oral, porque un razonamiento similar no sólo sería circular, sino que desconocería que la intervención de las fuerzas de seguridad no fue un acto de ataque contra el pueblo, sino uno de defensa de las instituciones republicanas. También señaló, como otra circunstancia indicativa de la ausencia de un plan de eliminación de enemigos políticos, que la mayoría de los integrantes del PRT/ERP que llegaron a la provincia con el fin mencionado fueron aprehendidos y puestos a disposición de la justicia (fs. 47/61 y 77/81 vta.).

Por otro lado, tras criticar la valoración de la prueba realizada por el tribunal oral, afirmó que no se había refutado con la certeza necesaria para una condena la hipótesis de lo ocurrido sostenida por los acusados, en lo referido, en particular, a que la muerte de los catorce insurgentes no fue consecuencia de un fusilamiento, sino el resultado de un enfrentamiento armado. Por ello, descartó también que los hechos del caso pudieran calificarse como graves violaciones a los derechos humanos, y concluyó que no habría entonces ningún obstáculo para analizar la posible extinción de la acción penal, aunque no la declaró (fs. 61/77 y 81 vta./85).

Contra esa decisión, el señor Fiscal General interpuso recurso extraordinario, en el que planteó la arbitraria valoración de los hechos efectuada por el *a quo*, la omisión de ponderar la relevancia penal de las consecuencias de esa misma valoración y la errada interpretación de normas de jerarquía constitucional.

En cuanto a las primeras dos cuestiones, criticó que la mayoría haya sostenido que las muertes de los integrantes del PRT/ERP estuvieron justificadas con

base en la tesis de que hubo un enfrentamiento, pero sin descartar que los agentes estatales hubieran cometido excesos en la represión, por lo que no debía omitir, según el recurrente, un análisis probatorio más profundo que le permitiera aclarar si esos excesos existieron y, en su caso, qué relevancia tendrían para la determinación de la responsabilidad penal (fs. 96).

A ese respecto, destacó que, según habría sido señalado incluso por la juez que conformó la mayoría, el armamento y las municiones secuestradas tras el operativo demostraron que los insurgentes tenían un poder de fuego muy escaso, evidentemente inferior al de las fuerzas de seguridad. Además, se habría logrado determinar que prácticamente no poseían municiones para las armas secuestradas, ya que se habían deshecho de buena parte de sus posesiones durante la huída, para que su carga no les impidiese concretarla (fs. 94 vta./96 vta.).

También advirtió que el *a quo* se refirió al caso de dos detenidos que, según los testimonios reunidos, habrían muerto cuando intentaron agredir a los agentes de seguridad, incluso mediante forcejeos dirigidos a sustraerles sus armas. Pero aun aceptando que en esos dos casos las muertes estuvieron justificadas, el recurrente afirmó que no se entiende por qué se habría matado a los otros doce (fs. 96 vta.).

Consideró importante señalar que, pese a la tesis del enfrentamiento, no hubo ningún herido entre los militares y policías que participaron del operativo, y que los cadáveres de los caídos presentaban múltiples impactos de bala con las características propias de los disparos efectuados a corta distancia, y en lugares del cuerpo como las axilas, lo que demostraría que varios tenían los brazos en alto. Además, recordó que, según los testimonios brindados en el debate, el número de los efectivos que intervinieron en la represión era claramente superior al de los miembros del PRT/ERP, y que incluso dos abogados habían recurrido a las autoridades para ofrecerse como mediadores a fin de acordar la rendición y evitar el derramamiento de sangre,

poco antes de que se concretara la maniobra, pero se les respondió que cualquier mediación era imposible porque ya se había enviado una misión con la orden de “aniquilarlos” (fs. 96/97).

En suma, sostuvo el recurrente que había indicios suficientes para considerar probado que los agentes de seguridad dispararon a los insurgentes cuando ya habían sido capturados, y que, en cualquier caso, el objetivo de la acción represiva fue su eliminación, a pesar de que la superioridad numérica y el poder de fuego del ejército hacían evidente la posibilidad de lograr su rendición y detención.

Por otro lado, criticó la interpretación que, en su opinión, surge de la sentencia del *a quo* en relación con una norma de *ius cogens*, como lo es el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), en particular en la parte en que define el elemento de contexto de los delitos de lesa humanidad. Afirmó que, para la subsunción de los hechos en esa clase de delitos, carece de relevancia si se cometieron durante la vigencia de un gobierno democrático o si la organización que los ejecutó siguió las órdenes de ese gobierno. Contrariamente a lo sostenido por el *a quo*, según el recurrente, la jurisprudencia internacional y la doctrina entienden que no es necesario demostrar la adopción en términos formales de una política dirigida a la comisión de los delitos tipificados en aquel artículo o una declaración expresa y precisa en ese sentido, pues el plan se puede inferir de acciones repetidas que sean conformes a una misma secuencia. Y añadió que la Corte Penal Internacional (CPI) afirmó que basta incluso con probar la pretensión de cometer un ataque contra la población civil, el que debe ser generalizado o sistemático (fs. 98/105).

Por último, también se quejó de que el *a quo* evitara pronunciarse sobre el concepto de graves violaciones a los derechos humanos, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que citó en su apoyo, a pesar de que los hechos del caso podían quedar subsumidos en esa calificación, lo que

excluiría, de ser así, la posibilidad de extinción de la acción penal por prescripción (fs. 105 y vta.).

Ese recurso extraordinario fue declarado inadmisibile (fs. 130/132), lo que motivó la presente queja (fs. 133/137).

II

En mi opinión, el recurso federal es formalmente admisible, pues se dirigió contra una sentencia definitiva, emitida por el superior tribunal de la causa y, aun cuando las dos primeras cuestiones planteadas pudieran ser consideradas de hecho, prueba y derecho común, regularmente ajenas a esta instancia, no hay óbice para que el Tribunal conozca en los casos que constituyen una excepción a esa regla con base en la doctrina de la arbitrariedad, toda vez que con ésta se tiende a resguardar las garantías de la defensa en juicio y el debido proceso, que amparan a todas las partes por igual (Fallos: 199:617; 299:17; 307:2483 y 308:1557), al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 295:316; 298:21; 300:712; 305:373; 320:2597; 325:1731; 327:2273; 331:1090 y sus citas).

Pienso que éste es uno de esos casos, desde que en la decisión impugnada no se ha dado un adecuado tratamiento a la controversia de acuerdo a esas circunstancias, y se apoya en afirmaciones dogmáticas que le otorgan una fundamentación sólo aparente.

También advierto que el recurrente objetó la interpretación de una norma del "derecho de gentes", tal como lo prescribe el artículo 118 de la Constitución, y la decisión ha sido contraria a su pretensión, por lo que queda así configurada la cuestión federal (artículo 14, inciso 3, de la Ley 48).

En efecto, se debate en autos acerca del concepto de uno de los elementos típicos de los delitos de lesa humanidad, los cuales, ya al momento de los

hechos, formaban parte del derecho internacional como normas de *ius cogens*, más allá del nivel de positivización que ellas han alcanzado hoy en día. Es que la codificación penal actual del tipo en el ECPI y la jurisprudencia internacional en constante crecimiento, son el producto de una evolución histórica que comienza al menos después de la segunda guerra mundial y que, de acuerdo con consolidada doctrina del Tribunal, configuró la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario vinculantes para nuestro país (Fallos: 327:3312, 328:2056, 330:3074 y 330:3248).

Desde esa perspectiva, la consideración del estado actual de la doctrina y la jurisprudencia sobre el tipo de delitos de lesa humanidad previsto en el ECPI no puede causarle agravio alguno a los imputados, mucho menos al tener en cuenta que sus defensas han argumentado a su favor con base en ese mismo tratado, cuya aplicación al *sub examine*, en consecuencia, está fuera de discusión (Fallos: 330:3074) (fs. 3/8).

En síntesis, opino que V.E. debe declarar procedente la queja interpuesta.

III

En cuanto al fondo del asunto, se analizarán en primer lugar los argumentos brindados por el *a quo* para tachar de arbitraria la valoración de la prueba efectuada por el tribunal oral, acerca de lo ocurrido durante el operativo que culminara con la muerte de catorce miembros del PRT/ERP pues, tal como lo señaló el recurrente (fs. 95), carecería de sentido debatir sobre la calificación de hechos cuya prueba es insuficiente para sustentar una condena.

Cabe precisar que el tribunal oral no negó la realización de un posible enfrentamiento entre los insurgentes y los agentes del ejército y la policía que los perseguían. Por el contrario, como se afirmó *supra*, punto I, tuvo por probado que la muerte de las víctimas se produjo cuando ya se habían rendido o habían sido capturadas, después de resistir el ataque de las fuerzas de seguridad durante un tiempo prudencial. Por lo tanto, la argumentación del *a quo* dirigida a sostener que de las constancias de la

causa surge que hubo un enfrentamiento y que los insurgentes no estaban desarmados (fs. 71 vta./85), no tiene entidad para contradecir la hipótesis mantenida por el tribunal oral, pues aquella circunstancia fue previa a los “fusilamientos” y, en consecuencia, no los excluye.

Además, en la condena también se ponderó que, según la prueba producida, ningún agente militar ni policial sufrió siquiera “un rasguño” a causa de la resistencia que debieron enfrentar, a lo que se debe añadir que en poder de los catorce insurgentes, de acuerdo con el acta realizada tras el operativo, sólo se secuestró una escopeta, dos pistolas y dos revólveres, más una cierta cantidad de munición que, en su gran mayoría, no servía para esas armas (cf. pág. 249 de la copia simple de la condena, publicada en la página de Internet del Centro de Información Judicial: <http://www.cij.gov.ar> [consultado el 23/03/17], y fs. 74 y vta.).

Resulta entonces verosímil lo declarado por Paz, Videla, Durdos y Giardino, a pesar de que el *a quo* les haya quitado toda credibilidad por haber sido integrantes del grupo del PRT/ERP que llegó a Catamarca en aquella mañana de agosto de 1974, pero que no estuvieron en la zona de los hechos cuando ocurrieron, porque se habían separado antes de los que resistieron en el monte, y por haber sido condenados en 1987 al considerárseles responsables de varios de los delitos cometidos en esos días (fs. 61/62 vta.). Es que, si bien es cierto que podían tener interés en la resolución del caso, lo que afirmaron en relación con el poder de fuego y el estado de sus compañeros antes del operativo que terminó con sus vidas, encuentra sustento en aquellas circunstancias comprobadas.

En efecto, Paz dijo que llegaron en colectivo a Catamarca desde Tucumán para apropiarse de las armas del RIA n° 17, pero que el objetivo se frustró prontamente porque el 11 de agosto, mientras se encontraban ya en Catamarca descansando a bordo del micro, fueron sorprendidos por agentes de la policía provincial

que les empezaron a disparar, por lo que se produjo un desbande sin ningún orden, y dos de sus compañeros resultaron muertos. Que el grupo al que se unió en la huida caminó hasta la madrugada por el monte, donde permanecieron escondidos porque pensaban que los iban a matar. Aclaró que durante la fuga perdieron las pocas armas que tenían o se estropearon al cruzar un canal de riego, sumamente resbaloso, en el que algunos estuvieron a punto de morir ahogados. Durante la noche volvieron a caminar y llegaron a la quebrada de los Walther, cerca de Capilla del Rosario, y que allí evaluaron la situación. Desde que habían iniciado su viaje hacia Catamarca no comían, tenían dos heridos y estaban prácticamente desarmados. Agregó que a las 7 de la mañana del 12 de agosto él y Videla fueron hasta el pueblo de Piedra Blanca y entraron a una panadería para comprar algo de comer, pero que allí fueron detenidos por agentes policiales. Dijo también que al tener en cuenta la escasez de su armamento y las condiciones físicas en las que se encontraban, las posibilidades de lucha o enfrentamiento eran absurdas, por lo que entendían que, de ser localizados, tenían que llegar a algún tipo de negociación (págs. 119/128 de la copia de la condena ya citada).

El testigo Videla declaró en sentido concordante con lo dicho por Paz. Pudo precisar que el canal que atravesaron en la huída era torrentoso y que a él, como a varios otros, lo arrastró por varios metros hasta que hizo pie y salió, pero que perdió allí el arma de puño que tenía en su poder. Recordó que había heridos y que caminaron hasta que los sorprendió la madrugada, por lo que se quedaron en una hondonada. Que al llegar la mañana Antonio del Carmen Fernández le dijo que se fijara cómo estaban los demás, y dado que nadie comía desde hacía dos días, que estaban mojados, que algunos tenían heridas de bala y que, en general, su estado era lamentable, Fernández le pidió que bajara a buscar medicamentos y comprara alimentos, si fuera posible, junto a Mario Paz, y que luego fueron detenidos tal como relató éste. También afirmó que le resultó increíble la versión de que sus compañeros que se habían quedado en el monte

hubieran muerto en ocasión de un enfrentamiento con las fuerzas de seguridad, ya que no estaban en condiciones de resistir y que, al tener conciencia de ello, ya habían conversado entre todos acerca de que, de ser localizados, se habrían rendido (págs. 128/137 de la copia de la condena ya citada).

Durdos recordó la balacera mientras estaban a bordo del micro y la dispersión del grupo de manera totalmente desordenada, ya que el ataque los había sorprendido y desconocían la zona. Dijo que se unió a algunos compañeros que, para huir del lugar, cruzaron una acequia torrentosa y honda, donde él perdió el cargador de su arma, y que tras ese cruce se juntaron con otros que traían a un herido. Que entonces, en la compañía de algunos de éstos, empezó a buscar un lugar donde llevar a ese herido, que llegaron a un rancho y que lo dejaron allí para que fuera atendido por un médico. Agregó que después se dividieron y que él se fue con otros dos, que trataron de llegar a la ruta y que entonces fueron detenidos por la policía provincial. También que en el micro quedó mucho del armamento que poseían y que otra parte la perdieron en el cruce de la acequia. Afirmó que al tener en cuenta esa circunstancia y el estado en el que se encontraban sus ex compañeros siempre creyó que en Capilla del Rosario las muertes no se produjeron en el marco de un enfrentamiento, sino tras la rendición de aquéllos (págs. 105/113 de la copia de la condena ya citada).

El testigo Gardino declaró en el mismo sentido. Dijo que al escaparse de la zona donde se había detenido el micro, tras el asalto de la policía provincial, atravesó junto a otros una acequia con mucha correntada y que se internaron en una zona montañosa, donde se unieron a una columna entera de compañeros, en la que había heridos. Uno de éstos fue ayudado por él a trasladarse, y a poco de andar se le dio la orden de separarse de esa columna para salvarle la vida, a pesar de que no tenía conocimiento del terreno. Aclaró que cumplió esa orden junto a otros compañeros y que al herido lo dejaron en la casa de un vecino, al que le pidieron que llamara a una

ambulancia. Después se dirigieron en dirección a la ruta y averiguaron cómo llegar a la estación de ómnibus para fugarse, pero al llegar allí fueron detenidos. Añadió que a él no le constaba lo ocurrido en la zona de Capilla del Rosario, porque no estuvo en ese lugar, pero que podía afirmar que sus compañeros estaban heridos, sin comer y casi desarmados (págs. 113/119 de la copia de la condena ya citada).

No tienen ningún valor para desvirtuar los indicios que surgen de esa prueba las actas en las que se dejó constancia del armamento secuestrado en el colectivo, tras el primer enfrentamiento entre los insurgentes y los agentes de la policía provincial, y del secuestrado a los detenidos antes del operativo en Capilla del Rosario, a pesar de que el *a quo* las ponderó como indicativas del poder de fuego que tenían los catorce miembros del PRT/ERP muertos en esa ocasión (67 vta./70), pues lo cierto es que, al momento del hecho, sólo tenían a su disposición, según quedó demostrado, una escopeta, dos pistolas y dos revólveres, con los que se enfrentaron a las fuerzas de seguridad que los rodearon, integradas por personal militar del RIA n° 17, armados con fusiles FAL, y policías provinciales y federales, apoyados desde el aire por helicópteros “fuertemente atrillados con ametralladoras”, según lo precisó el testigo Luis Mercado (pág. 84/85 de la copia de la condena ya citada).

Como afirmó la juez Figueroa al emitir su voto disidente en la sentencia dictada por el *a quo*, se “advierte entonces la diferencia cualitativa y cuantitativa en la que se encontraban las fuerzas por sobre los militantes”, los que casi no tenían municiones y estaban afectados físicamente, a raíz del hambre, el sueño y el agotamiento provocado por la huida. En contraposición a ello, la misma juez consideró “la organización que poseían las fuerzas de seguridad, que no sólo contaban con mayor número de personal, además preparado, sino también con helicópteros y armamento en condiciones óptimas que les permitieron aprovechar, sin mayor esfuerzo, el estado de indefensión de las víctimas...” (fs. 29).

Tampoco se puede admitir que la mayoría del *a quo* haya señalado la muerte del cabo primero del ejército Carlos Barrionuevo, ocurrida durante el operativo en Capilla del Rosario a raíz de las esquirlas resultantes de la explosión de una granada, como indicio del poderío armamentístico de los insurgentes y de su capacidad de resistencia (cf. fs. 73/75 y 78), ya que esa granada la tenía en su poder el mismo Barrionuevo y le explotó encima, aparentemente, como consecuencia del mal uso que habría hecho de ella, según lo declarado por el testigo presencial Juan Carlos Añaque, quien en ese momento integraba la Brigada de Investigaciones de la policía provincial y participó de la maniobra. Su declaración, además, encontró apoyo en las de los también ex policías Antonio Nicolás Méndez y Antonio Hipólito Chazarreta, que estuvieron en el lugar donde se produjo aquella muerte (págs. 95/100, 137/145 y 158/168 de la copia de la condena ya citada).

Se suma a lo expuesto hasta aquí lo declarado por José Fernando Gambarella, quien también presenció, según sus dichos, lo ocurrido durante aquel operativo. En particular, expresó que en esa época estaba haciendo el servicio militar y que el 12 de agosto fue trasladado a Capilla del Rosario junto a un contingente de alrededor de doscientos efectivos. Señaló también que al llegar se encontraron con la plana mayor del ejército, que había información acerca de dónde se encontraban los guerrilleros prófugos y que se formó un grupo para salir hacia la montaña. Aclaró que “les dijeron que eran mal vivientes”, “que había que matarlos a todos y que si era posible los [trajeran] colgados de la punta de la bayoneta del FAL”. Luego de escuchar algunos disparos, según el testigo, unos jóvenes salieron con las manos en alto o en la nuca, momento en el cual se les disparó nuevamente, por lo que vio caer a cuatro o cinco. Después de que todos los insurgentes fueron abatidos, su tarea fue colaborar con la recolección de los cuerpos, los que fueron cargados en un helicóptero y llevados a la ruta. Afirmó que hubo una gran desproporción entre los bandos enfrentados, y que

nunca entendió por qué se había matado a los miembros del PRT/ERP cuando ya se habían rendido (fs. 27 vta./28 vta.).

Los dichos de Gambarella en cuanto a esa desproporción entre ambos bandos encuentran sustento en las pruebas valoradas previamente. Por otro lado, las pericias realizadas sobre los muertos y otros testimonios ponderados por el tribunal oral acerca del estado de los cuerpos apuntalan la versión del “fusilamiento”.

En efecto, como afirmó la juez Figueroa, el testigo Julio César Marcolli, quien se desempeñó como abogado de quienes fueron detenidos antes de la represión en el monte, destacó que varios cadáveres tenían heridas de bala disparada a corta distancia en manos, tetillas, garganta, cabeza, frente y muñecas, y Héctor Omar Vázquez, por entonces jefe de la unidad sanitaria policial, que fue convocado para informar acerca de la causa de muerte de los miembros del PRT/ERP, recordó, al igual que Marcolli, que las heridas eran múltiples, que en su gran mayoría estaban ubicadas en tórax, abdomen y cabeza, y que podían ser compatibles con un fusilamiento. Lo cual coincide con los informes periciales en los que se señala que en todos los casos, excepto uno, las heridas de bala se hallaban en la cabeza y el pecho (fs. 29 y vta., y págs. 175/184 de la copia de la condena ya citada).

Otros testimonios respaldan la versión de que las fuerzas de seguridad se dirigieron a la zona de Capilla del Rosario a “aniquilar” a los insurgentes, por lo que se descartaron los intentos de mediación que se realizaron para evitar el derramamiento de sangre.

En ese sentido, según surge de la sentencia del tribunal oral, Jorge Mario Domingo Marca, abogado que en esa época trabajaba en el estudio jurídico de Alberto del Valle Toro, por entonces ministro del gobierno de Catamarca, dijo que se enteró por su colega Marcolli del primer enfrentamiento ocurrido un viernes entre la policía y un grupo del PRT/ERP, y que el lunes siguiente tomó conocimiento de que unos catorce

insurgentes se habían refugiado en un cañadón y que intervendría el ejército, por lo que se puso en contacto con Toro y le pidió que intercediera, pero que la respuesta que habría obtenido éste de parte del jefe del regimiento fue que el arreglo era imposible, ya que había salido un contingente con la orden de aniquilar (págs. 61/62 de la copia de la condena ya citada).

En sentido similar, el abogado Marcolli recordó que la mañana del día en que se realizó el operativo se dirigieron con Marca a la zona donde tendría lugar, que un oficial le comentó allí que los “muchachos” ya habían sido rodeados por el ejército y la policía, y que se esperaba un avión que transportaba agentes de la policía federal desde Buenos Aires. Dijo también que le preguntó luego a otro oficial si podía ingresar a la zona donde se encontraban los insurgentes para dialogar con ellos, y que el oficial le respondió que no se metiera, que no era su problema y que se retirara de inmediato (pág. 180 de la copia de la condena ya citada).

El testigo Simón Antonio Gómez, quien en esa época integraba el partido Frente de Izquierda Popular y era empleado municipal, declaró que fue recibido por Antonio Saadi, por entonces a cargo de la gobernación, y le planteó la posibilidad de convocar una comisión de partidos políticos para intervenir institucionalmente en el caso de los insurgentes que estaban dispersados en la provincia y evitar así una masacre, a lo que Saadi le respondió que eso no iba a poder ser (págs. 64/65 de la copia de la condena ya citada).

A ello se añade que del libro histórico del RIA n° 17, en particular de su sección Acciones de Guerra, surge que el día del hecho “el Regimiento de Infantería Aerotransportado 17, establece un cerco en la zona de Banda de Varela a fin de aniquilar mediante un posterior rastillaje a los individuos esparcidos en dicho lugar” (fs. 26/27 y 63 y vta., y pág. 236 de la copia de la condena ya citada).

Y el resultado de la operación habría sido concordante con el significado que el término “aniquilar” adquiere en el idioma español (“reducir a la nada”, “destruir o arruinar enteramente”, según las primeras dos acepciones que se observan en el Diccionario de la Real Academia Española [<http://www.rae.es>; consultado el 23/03/17]), más allá de que el *a quo* haya argumentado que en la terminología castrense no implica necesariamente la decisión de matar (fs. 63 vta./64 vta. y 84).

En efecto, según lo que surge de la prueba reseñada, varias decenas de efectivos del RIA n° 17, dotados al menos con fusiles FAL, y de la policía provincial y federal, apoyados desde el aire por helicópteros que volaban la zona, rodearon a unos catorce miembros del PRT/ERP que, además de encontrarse agotados por los dos días de fuga mediante un terreno hostil y desconocido, y la falta de alimentación, estaban armados con apenas una escopeta, dos pistolas y dos revólveres, para los cuales contaban incluso con escasa munición. Los tres intentos de mediación realizados, a fin de evitar el derramamiento de sangre, fueron rechazados porque el ejército ya tenía la orden de “aniquilar”, y el resultado de la operación fue la muerte de todos los insurgentes, cuyos cuerpos sin vida presentaron múltiples heridas de bala en cabeza, brazos y tórax, compatibles con un “fusilamiento”, sin que ningún miembro de las fuerzas de seguridad haya sufrido, como afirmó el tribunal oral, ni siquiera un rasguño provocado por sus oponentes. Un testigo que integraba el ejército y que participó de la operación, declaró que la orden impartida por las autoridades militares fue la de eliminar a los subversivos, y que vio cómo mataron a algunos de ellos cuando ya se habían rendido. Por otro lado, los ex compañeros de los muertos afirmaron que, antes de esa operación, habían acordado la rendición, en tanto eran conscientes de que no tenían posibilidades de resistir con éxito un ataque de las fuerzas de seguridad, al considerar sus condiciones físicas y la falta de armamento.

Sin embargo, el *a quo* pretendió quitarle valor probatorio a esas circunstancias al ponderar el testimonio del entonces agente policial Antonio Méndez, quien relató la muerte de dos miembros del PRT/ERP, causada por efectivos de las fuerzas de seguridad cuando aquellos ya estaban detenidos.

Según lo señalado por el *a quo*, Méndez dijo que mientras “sacaban” algunos cuerpos de personas fallecidas, uno de los supuestos extremistas que estaba en el suelo quiso tomar una pistola, por lo que alguien, al que no pudo identificar, le disparó y lo mató. Otro extremista intentó escapar corriendo, de acuerdo con lo que habría declarado Méndez, pero un grupo de soldados, tras darle la voz de alto, comenzó a dispararle con FAL y a arrojarle granadas, lo que finalmente le produjo la muerte (fs. 64 vta./65 vta.).

El *a quo* consideró que de esa declaración surgía que los miembros del PRT/ERP, aun en la condición de detenidos, demostraron su intención de combatir, y que después de haber transcurrido dos días de enfrentamientos, de los que habían resultado dos policías heridos y uno muerto, esa intención “no iba a ser respondida con una mera advertencia o un llamado de atención. Una interpretación de esa naturaleza –concluyó– resultaría contraria a las más elementales pautas de la lógica, razón y sentido común” (fs. 65 vta.).

Sin embargo, entiendo que esa conclusión no es idónea para contradecir la tesis que informó la condena. Por el contrario, confirma que las muertes se produjeron cuando los insurgentes ya estaban detenidos, y que una actitud combativa de los miembros del PRT/ERP, más allá de su poder de agresión, habría tenido como respuesta “lógica y razonable”, en opinión del *a quo*, la muerte de todos ellos. Lo que resulta cuestionable, como planteó el recurrente (fs. 95 vta./96 vta.), es que no se advierte, ni la cámara lo aclara, cuál sería el sustento jurídico para tal conclusión. Cabe señalar que, en principio, el caso no parece encuadrar en ninguna justificante pues, al

menos desde la dogmática de la legítima defensa, la racionalidad del medio empleado para repeler el ataque ilegítimo es una condición legal (artículo 34, inciso 6, del Código Penal). Y tampoco desde el punto de vista del cumplimiento de un deber (artículo 34, inciso 4, del Código Penal), porque no se advierte por qué estaría justificado, en el plano jurídico penal, el comportamiento de soldados que, tras dar la voz de alto a un detenido que intentaba fugarse a pie, lo mataron por la espalda mediante disparos de FAL y el lanzamiento de granadas cuando, según las circunstancias ya descritas, esa fuga resultaba totalmente improbable.

Desde la misma perspectiva, cabe destacar que el hecho de que dos agentes hubieran sido heridos y uno muerto durante enfrentamientos mantenidos con otros insurgentes durante días anteriores al del operativo *sub examine*, no altera en nada esa crítica. De acuerdo con las normas citadas, el ataque debe ser actual para justificar la defensa, cuya racionalidad debe evaluarse en comparación con el poder de agresión del atacante en ese mismo momento, no con el demostrado en otros ataques ya finalizados, y el deber de aquellos efectivos, como resulta claro en el marco de un estado constitucional de derecho como el que regía en esa época, era realizar una ofensiva dirigida no a la eliminación de los insurgentes, sino a su detención y posterior entrega a las autoridades jurisdiccionales, por más que días antes hubieran sido lesionados o muertos agentes policiales.

Tampoco se puede admitir, a mi modo de ver, que se haya afirmado, como lo hizo el *a quo*, que es razonable sostener que hubo un enfrentamiento con las características señaladas en el acta policial realizada con motivo del operativo, es decir, que las fuerzas de seguridad localizaron a un grupo de entre diez y quince personas que, ante la orden de rendirse, respondieron con una “nutrida descarga con las armas largas que portaban”, lo que obligó a “las fuerzas de seguridad y ejército a desplegarse en abanico y arbustos para evitar ser blanco de las balas”. Y que esta situación “se

prolongó por espacio de un par de horas”, en las que “los extremistas [...] se colocaron en situación de combate y continuaron descargando sin cesar sus armas...” (fs. 73 vta./74). Nótese que la “nutrida descarga con armas largas”, que se habría mantenido por un par de horas, tuvo que haberse efectuado con una escopeta, dos pistolas y dos revólveres, pues fue el único armamento que se secuestró en poder de los catorce muertos. Y que la escasa munición que poseían termina por tornar inverosímil ese relato.

El *a quo* también restó valor probatorio a la declaración de Gambarella, a la que consideró de “dudosa credibilidad” (fs. 66).

Por un lado, insistió en que los insurgentes estaban fuertemente armados, al confundir, una vez más, los distintos enfrentamientos que ocurrieron por esos días y sus circunstancias comprobadas (fs. 66/70). Sin embargo, como se ha dicho, el único relevante a los fines de determinar la responsabilidad de los imputados es el que tuvo lugar en la zona de Capilla del Rosario el día domingo, y quedó demostrado que los miembros del PRT/ERP, muertos en esa oportunidad, contaban con escasos armamento y municiones, y que había una desproporcionalidad evidente entre su poder de agresión y el de las fuerzas de seguridad que los rodearon.

Por otro lado, el *a quo* afirmó que si se tuviera por cierta la versión de Gambarella, habría que preguntarse el motivo por el cual “los policías, los jueces y fiscales que intervinieron en la causa original, no fueron perseguidos penalmente por haber encubierto los tan mentados y supuestos fusilamientos”. Y que tampoco se explicaría por qué en esta causa no fueron imputados otros posibles responsables, como los jefes del regimiento y las autoridades civiles que ordenaron la represión militar (fs. 70 y vta.).

Pero no se advierte cuál es la conexión lógica que existiría entre esas aserciones. En efecto, parece que para el *a quo* las circunstancias invocadas implican

necesariamente que Gambarella no dijo la verdad, cuando bien pudo haber sucedido, entre otras cosas, que la investigación original haya llegado a conclusiones equivocadas, o bien que no existan pruebas de que las autoridades civiles que ordenaron la intervención del ejército hayan consentido esa forma de actuación. En suma, el hecho de que en otra causa se haya afirmado una versión de lo ocurrido distinta a la declarada por Gambarella, o que no hayan sido imputados en ésta otros sujetos que, en la opinión del *a quo*, podrían tener responsabilidad penal si se tomara por cierta esa declaración, no es suficiente para sostener que ese testigo mintió.

Por otro lado, el *a quo* señaló lo que, a su modo de ver, son contradicciones y discordancias elocuentes en la declaración de Gambarella. Él habría dicho en la etapa de instrucción que hubo un intercambio de disparos entre los insurgentes y las fuerzas de seguridad, y que luego de unos minutos aparecieron cuatro jóvenes con las manos en alto, a los que un policía federal que había llegado al lugar desde Buenos Aires disparó con un FAL. Sin embargo, según el *a quo*, en el juicio declaró que no pudo advertir quién efectuó los disparos, porque estaba mirando a los jóvenes cuando se produjeron, pero que inmediatamente después “vio a este hombre que movía un fusil”, es decir, al policía federal aludido en su declaración anterior, el que nunca pudo ser identificado (fs. 70 vta./72).

En síntesis, la única diferencia que surge de las declaraciones del testigo, según lo afirmado por el *a quo*, es que en la primera, efectuada en la instrucción, dijo haber visto a un policía federal disparar contra cuatro insurgentes que ya se habían rendido, mientras que en la segunda, realizada en el juicio, relató que estaba mirando a esos cuatro jóvenes cuando les dispararon, y que inmediatamente después vio a aquel policía con un FAL en sus manos. Por lo que cabe concluir que, en rigor, no se trata de una contradicción en cuanto a lo que habría ocurrido, pues de ambas declaraciones se desprende que, según la percepción del testigo, el que efectuó los disparos fue el mismo

individuo. Lo que cambió en los relatos fue la manera en que el testigo habría percibido ese hecho.

Además, el resto de las circunstancias mencionadas por Gambarella encontró sustento en otros indicios derivados de la prueba colectada. Como se ha señalado, el testigo dijo que la policía federal intervino en el operativo, que hubo un intercambio de disparos entre los insurgentes y las fuerzas de seguridad antes de que aquellos se rindieran, que hubo una gran desproporción entre el poder de agresión de ambas partes, claramente favorable a los agentes estatales, y que le constaba que algunos de los muertos fueron agredidos letalmente cuando ya se habían rendido, tal como surge de las otras declaraciones testimoniales y la documentación analizada hasta aquí.

Por todo ello, considero que la sentencia impugnada mediante recurso federal es arbitraria en el punto *sub examine*, en tanto el defecto de motivación que atribuyó a la condena del tribunal oral carece de correlato con lo efectivamente obrado en la causa, por lo que se verifica a su respecto una fundamentación sólo aparente, apoyada en conclusiones dogmáticas o inferencias sin sostén jurídico o empírico (Fallos: 303: 386; 306: 1395; 307:1875; 311:512 y 326:3734, entre muchos otros).

IV

Descartado que el *a quo* haya demostrado la arbitrariedad de la conclusión fáctica a la que arribó el tribunal oral en su sentencia de condena, corresponde ahora evaluar los argumentos brindados para sostener que los hechos imputados no pueden ser calificados como delitos de lesa humanidad, en tanto la acusación no habría logrado probar el elemento de contexto típico de esos delitos, es decir, el ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

Como se ha dicho *supra*, punto II, el primer argumento invocado en ese sentido es que los hechos se cometieron durante el mandato de un gobierno

democrático, elegido por amplia mayoría de votos, y que las fuerzas armadas se encontraban subordinadas a las órdenes de ese gobierno.

Es oportuno añadir que el *a quo* también se refirió a la diferencia que, desde su punto de vista, existe entre los hechos de esta causa y los que fueron denominados como la “masacre de Trelew” (fs. 59), objeto del expediente CSJ 4134/2014/CS1, “Paccagnini, Roberto Rubén y otros s/a determinar”, en el que la señora Procuradora General ha emitido dictamen el 5 de abril de 2016, por lo que me remito a lo allí expuesto en beneficio de la brevedad.

En síntesis, el *a quo* señaló que en el momento de los hechos de aquella causa, es decir, agosto de 1972, había un gobierno militar, y que un grupo de detenidos, integrantes del ERP, Fuerzas Armadas Revolucionarias y Montoneros, fueron sacados de la tutela del juez que previno por orden del presidente de facto, privados de su libertad durante seis días en una base naval en condiciones de indefensión y finalmente ejecutados. Por el contrario, en las presentes actuaciones, según el *a quo*, no hay dudas de que los hechos ocurrieron durante el mandato de un gobierno democrático y que la intervención militar en el monte catamarqueño fue realizada con conocimiento y autorización de las autoridades legítimas (fs. 59/61).

Sin embargo, esa diferencia en las características de los hechos valorados en ambas causas no es suficiente para justificar, como parece pretender el *a quo*, que los homicidios cometidos en la llamada “masacre del Trelew” deban ser calificados como delitos de lesa humanidad, mientras que los cometidos en Catamarca dos años después no admitan esa calificación. Por el contrario, lo decisivo es si la política o el plan de ataque contra la población civil que se tuvo por probado en aquella oportunidad, lo que fue confirmado por la misma sala del tribunal *a quo* que se pronunció en la presente, aunque con distinta integración, seguía en curso al momento de la comisión de los hechos del *sub examine*, y si éstos estaban vinculados con esa política o plan.

Pues bien, la instauración en 1973 de un gobierno elegido democráticamente, y su autorización para que el ejército interviniera en la represión de los miembros del PRT/ERP en Capilla del Rosario, no tienen entidad para excluir ninguna de esas dos circunstancias. Más aún, la comisión de esos hechos, según la versión expuesta en la sentencia del tribunal oral, corrobora la vigencia de aquella política o plan y no deja dudas sobre el vínculo referido.

En efecto, como lo recordó la señora Procuradora General en el dictamen citado (cf., especialmente, puntos IV y V), en la causa conocida como la “masacre de Trelew” se sostuvo que, ya a partir de 1968, mediante la aprobación de reglamentos militares, leyes y directivas, y el adoctrinamiento y entrenamiento de los integrantes de las fuerzas armadas, comenzó la progresiva elaboración por parte de las autoridades militares de un plan o política dirigida a la neutralización o eliminación de todo aquel grupo o miembro de la población considerado “subversivo”. Entre los métodos previstos para conseguir este objetivo destacaban la tortura, las detenciones arbitrarias y las ejecuciones extrajudiciales, según ese plan o política, en cuya base se encontraba la doctrina de la seguridad nacional, la que ubicaba al enemigo en el interior del país. Se afirmó también, según el mismo dictamen, que su aplicación práctica comenzó a principios de 1970, lo que se sustentó en varios testimonios que dieron cuenta de detenciones arbitrarias, torturas y amenazas ocurridos a partir de ese año, además de los homicidios que constituyeron el objeto de la causa, con características comunes que permitieron considerarlos, razonablemente, como acciones ejecutivas del mismo ataque. Y en el mismo sentido se pronunció el tribunal oral que dictó la condena en esta causa, tal como se recordó en el voto disidente de la juez Figueroa (fs. 8 vta./20 vta.).

Parece innegable que los hechos del *sub examine* resultan análogos a los de la “masacre de Trelew” en cuanto a que en ambos casos, según las acusaciones, se trató de homicidios de integrantes de grupos insurgentes por parte de efectivos de las

fuerzas armadas que ya habían logrado su detención. Y ello debe considerarse, a mi modo de ver, un indicio serio de la vigencia del plan o política al que se viene haciendo referencia en tanto, como lo afirmó la Corte Penal Internacional, su existencia se puede inferir de, *inter alia*, acciones repetidas que sean conformes a una misma secuencia, y su carácter sistemático, de la realización de hechos que respondan al mismo patrón o modelo (*pattern*), de manera que sea factible afirmar su interrelación y descartar su espontaneidad o aleatoriedad. Es que, según esa Corte, es relativamente raro, si bien no se puede excluir completamente, que un Estado u organización que busque promover un ataque contra una población civil adopte y divulgue un proyecto o plan preestablecido con ese fin (cf. considerandos 1109 y 1113 de la sentencia de culpabilidad dictada por la Sala de Primera Instancia II en el caso *The Prosecutor v. Germain Katanga*, n° ICC-01/04-01/07, el 7 de marzo de 2014, citada en el dictamen mencionado).

De manera concordante, en la doctrina se explicó que el requisito fundamental de los delitos de lesa humanidad es que los hechos no estén desvinculados del ataque, por lo que resulte imposible considerarlos conductas aisladas o aleatorias de individuos que actúan sin relación entre ellos. Y en cuanto a la forma del plan o política de conformidad con el cual se debe llevar a cabo, se sostuvo que no hay mayor controversia, en tanto ha sido reiterado muchas veces en la jurisprudencia que el tipo no requiere la adopción formal del plan o proyecto como una política de estado, ni debe ser declarado expresamente o estar establecido de manera clara y precisa (cf. Triffterer, Otto y Ambos, Kai (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, München, Oxford, Baden-Baden: C.H. Beck-Hart-Nomos, 2016³, págs. 167 y 245, y la jurisprudencia citada en las notas 631 y 632).

Con base en ello, cabe descartar la crítica del *a quo* según la cual el tribunal oral habría incurrido en una valoración inadmisibles al considerar los hechos de esta causa como indicios demostrativos de la existencia del plan o política. Además, no

hubo ningún razonamiento circular, como se afirmó en la decisión impugnada mediante recurso federal (cf. *supra*, punto I), ya que no se señaló en la condena que esos hechos constituían el plan.

Por otro lado, no está en discusión que la instauración del gobierno elegido democráticamente en 1973 importó un cambio institucional muy significativo, que ese gobierno, además, realizó reformas legislativas que modificaron parcialmente el marco normativo en el que había comenzado a ejecutarse el ataque contra la población civil por parte de las fuerzas armadas, ni que la ruptura total y completa del estado de derecho se produjo con el golpe del 24 de marzo de 1976. Pero lo sostenido en la sentencia del tribunal oral fue que las fuerzas armadas siguieron ejecutando aquel plan mediante hechos como el del *sub examine*, demostrando que, en rigor, mantenían su autonomía de decisión a ese respecto y un poder fáctico suficiente para actuar al margen de la ley, lo que quedó evidenciado al usurpar el gobierno político menos de tres años después de restablecida la democracia (págs. 217/218 de la copia de la condena ya citada).

Se destacó, en particular, la contrariedad que habría generado en las más altas jerarquías militares la amnistía dispuesta por ley del Congreso algunos días después de la asunción del gobierno elegido en 1973, en tanto el poder político estaba dejando en libertad a quienes habían sido identificados como el "enemigo" a neutralizar o eliminar. Y se sostuvo que se siguieron aplicando los métodos del ataque con la absoluta convicción de la impunidad de sus autores, porque la caída de ese gobierno era simplemente una cuestión de días, tal como habría declarado quien fue el jefe del Operativo Independencia en Tucumán, Antonio Domingo Bussi, en un juicio oral realizado en esa provincia (págs. 219/221 de la copia de la condena ya citada).

En síntesis, se afirmó que si bien es cierto que el proceso de reorganización nacional involucró al Estado en su conjunto en la lucha contra la

subversión, en aplicación de un plan sistemático y generalizado de ataque contra la población civil, ya años antes las fuerzas armadas habían comenzado su ejecución, aunque con menor intensidad y distintas modalidades, lo que se consideró como el “germen” del quebrantamiento del orden constitucional. Con base en esa conclusión, se señaló que la comisión de delitos de lesa humanidad no exige el contexto propio de un “terrorismo de Estado”, como el que se habría verificado en nuestro país entre 1976 y 1983, sino que es factible incluso en el marco de gobiernos constitucionales, tal como quedaría demostrado en el caso bajo análisis (págs. 221/223 de la copia de la condena ya citada).

Esa afirmación del tribunal oral resulta incuestionable. No hay ningún elemento típico de los delitos de lesa humanidad que excluya su consumación por actores estatales en el marco de gobiernos constitucionales. A modo de ejemplo, cabe recordar que la fiscalía de la Corte Penal Internacional inició el examen preliminar de la situación en Colombia, a raíz de denuncias referidas, entre otros hechos, a presuntos homicidios de miles de civiles cometidos entre 2004 y 2008, durante la plena vigencia de las instituciones democráticas, por miembros de las fuerzas de seguridad, bajo el pretexto falso de que se trataba de guerrilleros muertos en combate, con el fin de potenciar su tasa de éxito en el contexto de un conflicto armado interno y obtener incentivos monetarios procedentes de fondos del Estado. O bien se puede señalar el proceso actualmente en curso por ante esa misma corte en relación con la situación de Kenia, donde se investigan, entre otros hechos, los presuntos homicidios cometidos por agentes policiales, entre junio y octubre de 2007, de aproximadamente quinientos miembros de un grupo de base étnica (*Mungiki*), sospechados de constituir una asociación ilícita (cf., en cuanto a la situación de Colombia, el “Reporte Intermedio” de la Fiscalía de la CPI, de noviembre de 2012 [<https://www.icc-cpi.int/colombia>; consultado el 23/03/17], y respecto de la situación de Kenia, la “*Decision Pursuant to*

Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya". Sala de Cuestiones Preliminares II, ICC-01/09, del 31 de marzo de 2010, especialmente considerandos 106, 114, 117, 128, 134 y 144).

Sin embargo, el *a quo* afirmó también que las fuerzas armadas estaban subordinadas a las autoridades políticas legítimas al consumarse los hechos de esta causa, y que la prueba producida no permite asociar a esas autoridades con ningún ataque contra la población civil. En ese sentido, señaló que el ejército intervino en la represión de los insurgentes sólo cuando fue autorizado para ello por el poder ejecutivo nacional y provincial, y que los guerrilleros que optaron por procurar la fuga y resultaron detenidos por fuerzas policiales, distinguiéndose de aquellos que pretendieron resistir militarmente tras internarse en el monte, fueron puestos a disposición de la justicia federal, procesados y condenados por los delitos que cometieron. Además, sugirió que en este caso tampoco puede hablarse de un "ataque", al tener en cuenta que "el origen del enfrentamiento que se produjo obedeció a la decisión voluntaria y exclusiva de una banda armada que pretendió [agredir] una institución oficial en el marco de un período constitucional y democrático..." (fs. 50/59).

Pero tampoco esos argumentos son idóneos para refutar la conclusión del tribunal oral. En primer lugar, porque no se discutió en la causa que la intervención del ejército en la represión de los rebeldes hubiera sido ordenada por las autoridades legítimas, ya que lo decisivo para la condena fue que los militares dirigieron esa intervención a la consecución de un objetivo ilegal, es decir, la muerte de aquéllos, aun sin causa que la justificara. Por lo tanto, la orden que hubieran dado las autoridades legítimas podría ser relevante para evaluar su posible responsabilidad en ese hecho, pero en ningún caso excluiría la de los agentes que actuaron del modo que tuvo por probado el tribunal oral.

En segundo lugar, porque esa actuación fue un indicio serio, de acuerdo con la reconstrucción fáctica elaborada en la condena, de que las fuerzas armadas tenían el poder suficiente para actuar al margen de la ley en pos del plan o política que habían comenzado a ejecutar tiempo antes. En otras palabras, admitir que el ejército no intervino en la represión hasta que fue requerido para ello por las autoridades políticas, no implica conceder que estaba subordinado a la ley ni a lo que le ordenaran esas autoridades.

En tercer lugar, porque el ejército no participó en las detenciones que se produjeron antes de la represión en el monte, por lo que la circunstancia de que los subversivos capturados hayan sido puestos a disposición de la justicia no puede valorarse para descartar que esa fuerza persiguiera aquel objetivo ilegal. De todos modos, cabe agregar a ese respecto que ni siquiera durante el período 1976-1983 los agentes estatales mataban o hacían desaparecer a todo aquel que realizara acciones subversivas o simplemente expresara su discrepancia con el régimen, pues es notorio que muchos detenidos recuperaron su libertad, algunos tras ser puestos a disposición de la justicia, por lo que aquella circunstancia tampoco puede considerarse determinante para concluir, como parece haber sugerido el *a quo* (fs. 58 vta./59), que no existía un ataque al que se vincularan los hechos de esta causa.

Por último, es cierto que la represión del ejército se llevó a cabo en respuesta a la realización de actos preparatorios del asalto a un regimiento militar, pero ello no tiene ninguna relevancia para excluir su calificación como parte de un ataque, si esa actuación respondió, a juzgar por la forma en que se llevó a cabo, a sus fines y marco característico.

En síntesis, entiendo que el pronunciamiento apelado mediante recurso federal, en lo que respecta a la cuestión analizada en el presente apartado, carece de fundamento idóneo para sostener la arbitrariedad atribuida a la sentencia de condena y,

en esas condiciones, no constituye derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa, lo que autoriza su descalificación bajo la doctrina de la Corte en esa materia (Fallos: 325:2202 y sus citas).

V

Por otro lado, no puedo omitir que, tal como lo señaló el recurrente (cf. *supra*, punto I), si se considerara, contrariamente a lo sostenido en el apartado anterior, que los hechos de este caso no son calificables como delitos de lesa humanidad, debería tenerse en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que señaló, indudablemente, que las ejecuciones sumarias o extralegales, tales como las que son objeto de esta causa según la reconstrucción fáctica efectuada por el tribunal oral, constituyen graves violaciones a los derechos humanos. En consecuencia, si correspondiera evaluar la posible extinción de la acción penal por prescripción, no podría prescindirse de aquella jurisprudencia, en la que se dejó sentado, además, que ante la supuesta comisión de ese tipo de delitos, el Estado tiene la obligación imperativa de investigar y, en su caso, perseguir penalmente a los responsables, sin que la pueda desechar o condicionar por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole (cf. “Barrios Altos vs. Perú”, Fondo, 14 de marzo de 2001, considerando 41; “Masacre de la Rochela vs. Colombia”, Fondo, Reparaciones y Costas, 11 de mayo de 2007, considerando 294; “Vera Vera y otra vs. Ecuador”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 19 de mayo de 2011, considerando 117; “Familia Barrios vs. Venezuela”, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2011, considerando 323; “Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 3 de septiembre de 2012, considerandos 282/283; “Suárez Peralta vs. Ecuador”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 21 de mayo de 2013, considerandos 174/175).

También debe recordarse que en un caso similar al *sub examine*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomendó al Estado argentino que proporcionara los mecanismos y las garantías necesarias para realizar una investigación independiente, completa e imparcial de los hechos, con el objeto de *identificar y sancionar* a todos los responsables de las violaciones a los derechos humanos comprobadas. Esos hechos fueron los acontecidos en el Regimiento de Infantería Mecanizada III “General Belgrano” de La Tablada, provincia de Buenos Aires, entre el 23 y el 24 de enero de 1989, cuando un grupo perteneciente al “Movimiento Todos por la Patria” intentó tomar su control, por lo que personal de las fuerzas armadas se abocó a su recuperación, y al menos dos de los insurgentes, después de más de treinta horas de combate, habrían sido muertos en el interior del regimiento por ese personal cuando ya habían sido detenidos. En un fallo reciente, V.E. sostuvo, salvo una mejor interpretación de su doctrina, que no se podía declarar extinguida la acción penal por prescripción en ese caso, sin antes analizar si el Estado había hecho su mejor esfuerzo para cumplir con aquella recomendación, y si correspondía aplicar la jurisprudencia interamericana citada por la parte recurrente, resumida en el párrafo anterior (A. 917, XLVIII, “Arrillaga, Alfredo Manuel s/causa n° 14102”, sentencia del 30 de diciembre de 2014).

Por ello, cabe señalar, por último, que esta Procuración General de la Nación ya ha fijado su posición a ese respecto, al afirmar que “más allá de lo dispuesto en el artículo 68.1 de la Convención, con el fin de honrar de la manera más profunda los compromisos asumidos internacionalmente por nuestro Estado, los tribunales nacionales deben también hacer el *máximo esfuerzo* por cumplir la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de derechos humanos encargados del control de aquellos instrumentos internacionales que gozan de rango constitucional en el orden jurídico argentino, sin desconocer, por supuesto, en dicha tarea, los principios y reglas supremos del orden jurídico interno y la competencia misma asignada por la Constitución a los

tribunales nacionales para decidir los procesos judiciales internos” (cf. dictamen del 4 de octubre de 2013 en C. 416, XLVIII, “Chambla, Nicolás Guillermo y otros s/homicidio –causa n° 242/2009–”).


VI

Por todo lo expuesto, mantengo la presente queja y opino que V.E. debe declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la decisión apelada para que se dicte otra conforme a derecho.

Buenos Aires, 10 de JULIO 2017.

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL


ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaría Administrativa
Procuración General de la Nación