

Q U I N T O

Adecuación típica de los hechos probados

Se vienen de tratar todos los hechos que, acusación fiscal mediante, serán objeto de pronunciamiento.

Acerca de los que se han tenido por probados, corresponde que se establezca la significación jurídica (tipicidad).

Se harán previamente, las consideraciones generales por cada grupo de hechos que respondan a una descripción típica común. Ello se encuentra posibilitado por la circunstancia de que la totalidad sea susceptible de agruparse en siete clases de delitos, a mérito de la identidad que guardan proveniente del modo uniforme con que las acciones enjuiciadas fueron llevadas a cabo.

Luego, en el considerando pertinente a la a triuibilidad, se individualizarán los casos en que corresponde alguna de esas calificaciones, adjudicando la comisión de cada uno de esos injustos al procesado de que se trate.

I. Las privaciones ilegales de la libertad que se dieron por acreditadas configuran el tipo previsto en el artículo 144bis, inciso 1º, agravado por la circunstancia señalada en el último párrafo de esta norma en función del arte 142, inc. 1º, todos del Código Penal en su actual redacción.

El citado 144bis obedece al texto de la ley 14.616, cuya penalidad no fue objeto de modificación por las leyes 21.338 y 23.077.

Los hechos que fueron motivo de análisis, debido a los caracteres de la aprehensión, presentaron el común denominador de tratarse de detenciones ordenadas por funcionarios públicos que abusaron de sus funciones y no guardaron las formalidades prescriptas por la ley.

Esta violación contra la libertad individual (artículo 18 de la Constitución Nacional) se ve agravada por haber mediado violencias y amenazas, teniendo en cuenta tanto la "vis absoluta" como la "vis moral" ejercidas sobre las víctimas.

Fue característica de todos estos hechos la actuación de grupos de personas armadas que respondieron al comando operacional de alguna de las tres fuerzas- vestidas de uniforme o de civil- que luego de ingresar a los domicilios de las víctimas, o de interceptarlas en la vía pública, o de individualizarlas a la salida de sus trabajos, las reducían con el blandir de sus armas o con la acción física directa, muchas veces en medio de procedimientos espectaculares, y las conducían a centros clandestinos de detención. Nunca mediaron ordenes de detención ni allanamiento expedidas por autoridades competentes.

Por otro lado, también fue objeto de prueba concluyente que la permanencia en los lugares de cautiverio se caracterizó por el sometimiento de los reducidos a interrogatorios acompañados de tormentos y por circunstancias de vida ultrajantes a la condición humana.

Sostuvieron los señores defensores del Brigadier General Agosti que para el caso de que se consideren probados los distintos atentados contra la libertad que se imputan a su asistido, no pueden merecer otra calificación que la prevista en el artículo 143, inciso 6°, del Código Penal y, en el peor de los casos, con la agravante del artículo siguiente. En base a tal presupuesto reiteran la petición concretada a fs. 3216 de que tales hechos estarían prescriptos, cuestión que será materia de tratamiento en el considerando octavo.

El Tribunal no comparte esta postura. La responsabilidad de los procesados surge de las órdenes que impartieron en sus calidades de comandantes en jefe de las distintas fuerzas, tanto para que se apresara a las víctimas como para que se mantuviera en funcionamiento el sistema clandestino de cautiverio, y no de la circunstancia de no haber hecho cesar privaciones ilegales dispuestas por otro.

También resulta descartable la hipótesis de que las detenciones que se dan por probadas se hubiesen producido por facultad legal - leyes 21.264 y 21.460- y que lo reprochable sea la prolongación indebida sin poner a la persona a disposición del juez competente (argumento de la defensa del Teniente General Viola). Ello así, porque ambas leyes remiten sea al Código de Justicia Militar, sea al Código de Procedimientos en Materia Penal, los que en ningún caso fueron observados.

Por el contrario, como ya se dijo en esta sentencia, la ilegitimidad del sistema, su apartamiento de las normas legales, aún de excepción nace, no del apresamiento violento en sí mismo, sino del ocultamiento de la detención, del destino de las personas apresadas y de su sometimiento a condiciones de cautiverio inadmisibles cualquiera fuera la razón que pudiera alegarse para ello.

II. Ha quedado acreditado que a gran parte de los cautivos se los sometió a distintos tipos de vejaciones físicas con el propósito de obtener información, en algunos casos, o de quebrar su fuerza de voluntad, en otros, cuando ya no había datos que obtener.

Ya se hizo referencia a las características de las torturas infligidas, a sus motivaciones y al estado de total indefensión en que se encontraban las víctimas, estado que les era continuamente recordado manifestándoles que se encontraban absolutamente desprotegidas y sometidas a la exclusiva voluntad de los captores (ver Considerando Segundo, capítulo XIII).

Tales hechos constituyen el delito de imposición de tormentos, previsto en el artículo 144ter, primer párrafo, del Código Penal, según texto introducido por la ley 14.616, vigente a la época de comisión de los hechos, por resultar más benigno que el actual, que obedece a la ley 23.077 (artículo 2 *ibídem*).

La exigencia de que los sufrimientos sean causados con un propósito determinado - obtener información o quebrar la voluntad - (v. Ricardo C. Nuñez, *op. cit.*, T.V, pág. 57; Sebastián Soler, *op.cit.*, edt 1970, T.IV, pág.52; Carlos Fontán Balestra, *op. cit.*,ed;1980, T.V, pág.318) se ve satisfecha, pues ellos fueron llevados a cabo con las finalidades señaladas más arriba, a sabiendas de lo que se estaba haciendo.

Las víctimas eran presos en la terminología legal, toda vez que fueron aprehendidas y encerradas por funcionarios públicos que, de acuerdo a las leyes vigentes, tenían facultades para hacerlo. La circunstancia de que esas detenciones no hubiesen sido llevadas a cabo de acuerdo con las prescripciones legales - lo que también es motivo de reproche- no cambia la

categoría de "presos". Para la figura penal en análisis, resultaba indiferente que hubieran sido o permanecido legal o ilegalmente detenidos, como lo aclara su actual texto, según ley 23.077 (conf. sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala 3a, "Buono, Osvaldo", resuelta el 2 de diciembre de 1982).

En concordancia con lo dicho, el Tribunal estima que en la especie se encuentran reunidos los requisitos del tipo individualizado.

III. En los casos 102, 152, 189, y 699 se ha podido acreditar que las muertes de Floreal Edgardo Avellaneda, César Roberto Soria, Mario Abel Amaya, y Jacobo Chester, fueron el resultado de las torturas inferidas, tal como se pusiera de manifiesto al analizar los hechos. A su respecto corresponde la agravante del último párrafo del ya citado artículo 144ter.

Ha sostenido la defensa del Teniente General Viola que no ha quedado demostrada la materialidad de los tormentos, toda vez que no se comprobaron sus secuelas con los correspondientes peritajes.

Al respecto cabe sostener que la comprobación de la existencia del cuerpo del delito como base del procedimiento en materia penal militar, se ve cumplida con la verificación de todos los elementos objetivos que hacen a la descripción legal, sin que resulte necesario la obtención real de los elementos o vestigios materiales que fueron objeto del hecho delictuoso (v. causa "Morales, Marta E.B.A. de s/ hurto", Sala IIa, Reg. 4293, resuelta el 7/III, 85). El Código de Justicia Militar sigue ese criterio; tan así que en su artículo 219 se ocupa de la comprobación del cuerpo del delito en aquellos casos en que no deje huellas o éstas hubiesen desaparecido. Clemente Díaz sostiene que el cuerpo del delito es el "conjunto de elementos materiales cuya existencia induce en el juez la certidumbre de la comisión de un hecho delictuoso" ("El cuerpo del delito en la legislación procesal argentina", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, pág. 35).

En tal inteligencia el Tribunal estimó suficientemente acreditadas las torturas en base a las pruebas que fueron objeto de tratamiento al analizar los distintos casos.

IV. Los homicidios deben calificarse como alevosos tomando en cuenta un doble aspecto: objetivo, el primero, al verificar que la víctima estuvo en estado de total indefensión; el otro, subjetivo, atendiendo a la acción preordenada de matar sin que el ejecutor corriera riesgo en su persona (conf. Ricardo C. Nuñez, op.cit., T. III, pág.37).

Sostener, como lo pretende la defensa del Teniente General Viola, que en los hechos analizados no ha habido un aprovechamiento de la incapacidad de los sujetos pasivos y que, además, la diferencia entre capacidad de ataque y de defensa no es suficiente para sostener que el homicidio es alevoso, importa dejar de lado la circunstancia de que las víctimas estaban inermes, privadas de su libertad, en algunos casos atadas, que los disparos homicidas se produjeron "a boca de jarro" - menos de cincuenta centímetros- y que luego de la eliminación, en la mayoría de los casos, se simuló enfrentamientos con el propósito de hacerla aparecer como la respuesta a una agresión ilegítima.

Si bien la prueba colectada lleva a pensar que en todos los casos de homicidio el ejecutor directo contó con el concurso premeditado de dos o más personas, sólo se aplicará esta segunda agravante en aquellos en que resulte evidente.

Las figuras de homicidio agravado por alevosía y por el número de colaboradores en la ejecución, se encuentran tipificadas en el art. 80, incisos 2º y 6º, del Código Penal. Su redacción no sufrió variantes respecto de estos incisos.

V. Se ha verificado que en muchos casos los elementos que procedieron a la detención de las víctimas, se apoderaron ilegítimamente de (cosas de valor pertenecientes a ellas o a sus familiares. Ello ocurrió tanto en el momento del hecho de violencia, como después, mientras duraban los efectos de aquél.

Ello constituye el delito de robo, previsto en el artículo 164 del Código Penal.

Ya se dijo que la posibilidad de que el personal a quien se mandaba detener a las personas se apoderara sistemáticamente de bienes en su propio beneficio, fue necesariamente prevista y asentida por los que dispusieron ese modo de proceder. Esta previsión del resultado y su asentimiento, constituyen dolo eventual. Con tal característica subjetiva se imputarán estos hechos.

VI. El Sr. Fiscal de Cámara también incluyó en su exposición acusatoria distintos hechos que calificó como encubrimiento (artículo 277, inciso 6º, del Código Penal); reducción a servidumbre u otra condición análoga (artículo 140 del Código Penal); falsedad ideológica (art. 293 del Código Penal); extorsión (artículo 168 del Código Penal); secuestro extorsivo (art. 170 del Código Penal) y usurpación por despojo (art. 181, inc. 1º del Código Penal).

a) Encubrimiento: Entendió el acusador que los encausados que sucedieron en sus cargos a los integrantes de la primera junta que usurpó el poder el 24 de marzo de 1976, necesariamente tomaron conocimiento de los delitos de homicidio, privaciones ilegales de libertad y tormentos de que eran responsables sus antecesores y dejaron de comunicarlos a la autoridad judicial no obstante la obligación que tenían por sus calidades de funcionarios públicos (artículo 277, inciso 6º del Código Penal).

A juicio del Tribunal el tipo de este delito exige como requisito que el funcionario haya tenido conocimiento de la comisión del hecho que debe denunciar. Para poder imputar hechos determinados a los acusados por este delito, es necesario acreditar específicamente el conocimiento concreto que posea de cada caso, pues sólo así puede afirmarse que se omite dar noticias de algo que se sabe.

Es por ello que frente a cada planteo de encubrimiento, se señaló la carencia de prueba acerca del conocimiento exigido.

Cabe destacar finalmente que el encubrimiento no puede ser una figura de aplicación residual, como lo pretende el Sr. Fiscal, frente a la falta de acreditación de la subsistencia de la privación de libertad. La circunstancia puramente objetiva de haber ocupado el cargo de Comandante en Jefe no permite superar ese obstáculo.

b) Reducción a servidumbre u otra condición análoga: El Sr. Fiscal entendió que este delito se perpetró respecto de ciertos cautivos de la Escuela de Mecánica de la Armada y algunos de otro centro. En ningún caso se logró acreditar los requisitos típicos exigidos por el artículo 140 del Código Penal.

Esta figura legal reprime el sometimiento de una persona, o de sus servicios, al dominio absoluto de otro (Nuñez, op.cit. T.V, pág.26). Exige una verdadera captación de la voluntad ajena, para hacer de ella lo que le plazca al sujeto activo.

Este delito contra la libertad puede presentarse junto con restricción a la libertad ambulatoria o sin ella, puesto que no consiste en una privación de libertad personal.

Con base en tales presupuestos se considera que la imposición forzada de tareas a un cautivo, desconectada de aquella total dominación moral está fuera de esta figura. Es más imaginable en aquella persona que goza de libertad ambulatoria que en la que no la tiene.

En las condiciones probadas del encierro, la realización de ciertas tareas se encuentra absorbida por el contenido de injusto de la privación ilegal de libertad. Por otra parte, testigos han descrito que el cumplimiento de actividades en algunos centros comportaba la obtención de beneficios y la inclusión en un grupo privilegiado (Consejo, Staff, ministaff, sala Q, etc), circunstancia que obsta a tener por acreditada la absoluta dominación de voluntad que el tipo imputado requiere.

En cuanto a las tareas que llevaron a cabo una vez recuperada la libertad ambulatoria, el Tribunal entiende que no quedaron acreditados los elementos que demuestren aquel total sometimiento. Se tuvo en cuenta que esas personas convivían con sus familiares, que trabajaban en lugares donde estaban en contacto con personas enteramente libres y que, en algunos casos, percibían un sueldo. Lo dicho no descarta que, aún frente a tales extremos, en ciertos casos la reducción a servidumbre haya existido; empero, subsiste un margen de duda que, sin hesitación, se debe hacer valer en favor de los enjuiciados.

c) Falsedad ideológica: No obstante haber dado por cierto que en gran cantidad de expedientes de hábeas corpus y de privación ilegal de la libertad, organismos que dependían de alguna de las tres fuerzas armadas respondieron con mendacidad los pedidos de informes que les cursaban los jueces (casos:6, 9, 11, 12, 13, 16, 19, 20, 31, 32, 33, 34, 81, 82, 83, 84, 88, 89, 98, 99, 100, 101, 111, 142, 143, 148, 150, 153, 154, 155, 156, 158, 159, 161, 166, 187, 208, 247, 258, 262, 263, 297, 298, 302, 306, 311, 313, 316, 317, 318, 325, 330, 331, 347, 355, 359, 361, 365, 366, 370, 373, 384, 385, 386, 391, 394, 406, 411, 413, 417, 448, 452, 453, 459, 473, 480, 484, 506, 507, 513, 520, 524, 532, 540, 564, 586, 587, 597, 622, 625, 629, 631, 632, 634, 637, 660, 690, y 698), en autos no se ha podido demostrar la existencia de ciertos elementos esenciales que hacen a la configuración del delito previsto en el artículo 293 del Código Penal.

Cabe recordar que la falsedad ideológica exige objetivamente la inserción de cláusulas inciertas - con determinada entidad probatoria- en un documento público materialmente intachable.

Carrara hacía referencia a la "falsedad meramente ideológica como la que se encuentra en "un documento exteriormente verdadero, cuando contiene declaraciones mendaces; y precisamente se llama ideológica "-continuaba diciendo- porque el documento no es falso en "sus condiciones esenciales" (Programa de Derecho Criminal, parágrafo 3659). Tal criterio es seguido por todos nuestros autores.

Se desprende de ello - como base de una eventual condena- la necesidad imperiosa de contar con el documento genuino en el que conste la cláusula mentirosa.

En autos se han acumulado los distintos expedientes judiciales a que hace referencia el señor Fiscal. Las respuestas recibidas en ellos están contenidas, en su mayor parte, en telegramas télex, sin firmas ni referencias de la persona responsable de la noticia allí contenida.

Sólo obra, en algunos casos el apellido del suboficial que retransmitió la información sin otra constancia autenticadora.

Además de la evidente incompatibilidad entre estos papeles y la enumeración de los documentos públicos a que hace referencia el artículo 979 del Código Civil, forzoso es señalar a todo evento que los documentos públicos con entidad necesaria para configurar el delito del artículo 293 *ibídem*, no son los telegramas obrantes en esos actuados, sino los informes contenidos en aquellos expedientes, originados en pedidos judiciales que necesariamente debieron formarse y obraban en los organismos requeridos, donde se registraban las detenciones y se ordenaban las respuestas.

Tales constancias no fueron incorporadas y existe la muy seria presunción de que hayan sido destruidas con motivo del dictado de la ley 22.924, si no lo fueron antes.

En tal situación no resulta posible tener por acreditadas las falsedades ideológicas que fueron motivo de acusación.