



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE SAN MARTÍN

Sentencia *in re*: “FIRMENICH”

Año 1988

Poder Judicial de la Nación

San Martín, setiembre 14 de 1988.

El Dr. *Fossati* dijo:

Viene la presente causa a este tribunal en virtud de los recursos de apelación interpuestos por el procesado y su asistencia técnica, así como el de nulidad deducido por esta última contra la sentencia obrante a fs. 6096/6175, que condena a Mario Eduardo Firmenich a la pena de reclusión perpetua, accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y reclusión por tiempo indeterminado, por considerarlo coinstigador del delito de doble homicidio, agravado por alevosía, el concurso premeditado de dos o más personas y el propósito de facilitar o consumir otro delito, que concurre en forma real con los delitos de doble secuestro extorsivo, calificado por el resultado, en calidad de coautor, más las costas del proceso (arts. 12, 29 inc. 3, 52, 80 incs. 2, 6, 7 y 170 CP.).

Radicado el expediente en esta alzada, el fiscal de Cámara propició el rechazo de las nulidades planteadas y la defensa expresó agravios, los que lucen agregados a fs. 6249/6390, pieza en la que asimismo se planteó la inconstitucionalidad de la ley 20.642 y que concluye con el petitorio de rigor, todo lo cual constituye el motivo de análisis en la instancia, en virtud del marco jurisdiccional que habilita a desplegar.

Asimismo se sustanció la prueba ofrecida, cuya producción fue ordenada oportunamente a f. 6391, haciendo uso oralmente el mismo procesado de la facultad de alegar sobre ella; por último, a f. 6642, se llamó autos para sentencia, quedando la causa, en consecuencia, en condiciones de ser fallada.

Nulidades: En la expresión de agravios de f. 6308, la defensa vuelve a sostener, en primer término, que ha sido violada la extradición concedida por la República Federativa del Brasil, toda vez que a su entender se ha sometido a juicio a Firmenich por asociación ilícita debido a su condición de Jefe Cabecilla de la organización Montoneros y no obstante que la vía de imputación del liderazgo pleno estaba excluida en la sentencia de dicho país.

Continúa su análisis incorporando otro elemento como es el supuesto ingreso al expediente de documentación cuyo origen considera dudoso, y basándose en la doctrina sustentada por el más Alto tribunal en el afamado caso "Florentino", deduce que esas pruebas, a las que rechaza, serían nulas y todo lo obrado en su consecuencia. Insiste asimismo en que se ha trasgredido la ley de amnistía 20.508, por haberse promovido el enjuiciamiento global de montoneros" desde su aparición pública hasta mayo de 1973.

Por último, concretamente a f. 6381, la defensa introduce como nueva impugnación la nulidad del punto 11 del fallo, en razón de estimar que la aplicación de la ley penal de la República Federativa del Brasil es ilegal.

Previo al examen de cada uno de los planteamientos, que desarrollaré siguiendo el orden cuidadosamente adoptado en el consid. 2 del decisorio, corresponde aclarar que la parte no se agravia en la instancia respecto de la validez pronunciada por el juzgado en cuanto a la nulidad impetrada por la forma de la acusación fiscal, la que por otra parte cumple con holgura los requisitos implícitos necesarios para su validez.

1. En lo tocante al punto a.1), donde el a quo se refiere al pedido de nulidad que la defensa efectuó por considerar que se violó la sentencia de extradición al juzgar indirectamente a Firmenich por ser líder de la Organización Política Montoneros y por tomar parte de una asociación ilícita, cabe decir que tras una detenida lectura del fallo de marras, especialmente de las argumentaciones de fs. 6123/5 vta., se advierte que los elementos probatorios incorporados a la causa y apreciados por el sentenciante, lo fueron únicamente para probar los hechos objeto de juzgamiento, lo que por otra parte se explicó minuciosamente en las fojas referidas, con el fin de evitar planteamientos de la naturaleza como los que la defensa trae a esta instancia.

A f. 2266, el Tribunal Supremo de la República Federativa del Brasil, al conceder la extradición, excluyó entre otros, el delito relativo al "liderazgo del movimiento político".

Ahora bien, de ese fallo no surge la prohibición de evaluar pruebas, mientras no lo sea para atribuir responsabilidad por el delito de asociación ilícita, y en consecuencia, atento la correcta valoración efectuada por el a quo de los medios probatorios incorporados a la causa y la ponderada contestación que hizo a la defensa de sus oportunas impugnaciones, sumado todo ello a que no se observa en definitiva que el decisorio en crisis haya trasvasado en modo alguno los límites impuestos por la sentencia de extradición, el pedido efectuado acerca de esta cuestión no podrá tener acogida favorable.

2. En relación al punto a.2), me adelanto en expresar que la cuestión planteada no es constitutiva de causal de nulidad de la acusación. Agregó asimismo que a esta altura de la presente causa no cabe la valoración de las pruebas arrimadas por la Fiscalía, pero en cambio, sí corresponde el estudio sobre si el ofrecimiento y posterior agregación de las causas sobre las que recayó la ley de amnistía 20.508 y finalmente su uso en el libelo inquisitorio, acarrearía un vicio de tal entidad como para invalidar la acusación.

Es claro que la fiscalía, al igual que la defensa, están facultadas para el ofrecimiento de todas las medidas de prueba legales que estén en su conocimiento, las que el juez podrá aceptar o rechazar en caso de manifiesta improcedencia (art. 198 CPRCr.); en esta inteligencia no llevo a percibir en qué aspecto es violada una forma esencial del procedimiento, conforme lo exige el art. 509 Ccit. y menos aún que ello vaya en desmedro del legítimo derecho de defensa de que goza el procesado, habida cuenta que no queda vedada la posibilidad de discutir la idoneidad probatoria de los medios de juicio cuestionados.

Por otra parte, se observa que en las causas que se impugnan, conforme lo sostiene la defensa, se encuentra extinguida la acción penal por la referida ley de amnistía, pero también es claro que en función de esas causas y por medio de este proceso no se pretende el juzgamiento de Firmenich en relación a esos hechos en los que resultara víctima el policía Barrientos y menos aún en el caso del Tte. General Aramburu, como quiere dejar entrever la defensa en su expresión de agravios ante esta alzada. En todo caso, los procesos discutidos como sin aptitud probatoria sólo tenderían a respaldar los reportajes que se le efectuaran en el exterior al encausado, quien pese a la impugnación ahora tentada, termina reconociendo, por ejemplo, el que se publicara en la edición brasileña de la revista "Status", llevado a cabo por el periodista Moráis, bien que con algunas aclaraciones. Sólo resta agregar a esta altura, que no se advierte impedimento alguno en extraer prueba de causas relativas a acciones penales extinguidas, en la medida en que con sustento en ella se haga un juicio de valor ceñido a los hechos de autos. Y acerca de la eficacia o no para el fin probatorio propuesto, para lo que es menester también analizar el origen, modo de obtención y autenticidad de su contenido, luego me pronunciaré.

3. Dando acabado análisis al punto b) de las nulidades impetradas, las alegaciones defensoras se encaminan en un principio con una extensiva crítica al procedimiento instaurado en el Código actualmente en vigencia. Es evidente que tras su promulgación en el siglo pasado han sucedido diversos cambios en la vida jurídico institucional del país, por los que surge a todas luces la obsolescencia y rigidez de este cuerpo normativo, pero ello no obsta a que sea el único Código vigente y al que debo atenerme para el juzgamiento. Por lo tanto, a pesar de lo antedicho, no cabe a esta altura analizar la crítica postulada por los agraviados, por lo que me introduciré en las cuestiones específicas de la nulidad planteada respecto de la presunta violación a lo normado en el art. 348 del Código de forma.

En este aspecto, la defensa embiste la resolución del sentenciante calificándola de arbitraria y sin sustento legal por contradecir el artículo apuntado, pero la parte olvida fundamentar las razones por las que así califica la decisión del a quo.

Sin perjuicio de esta omisión, es mi deber apuntar que comparto las apreciaciones y valoraciones efectuadas para denegar la nulidad impetrada, por cuanto casi en su totalidad la documentación que se glosara en las distintas presentaciones de la parte acusadora fueron

seguidas por las razones que se fijaron en cada decreto del correspondiente secreto de sumario, lo que evidentemente exige al magistrado de dar cumplimiento a la notificación reclamada, sin que ello produzca menoscabo alguno en el invocado derecho de defensa.

Por otra parte, dicho estado de secreto en las actuaciones que conforman este proceso, no fue continuo e ininterrumpido, sino que por el contrario, del atento análisis de toda la etapa sumarial surge a las claras la inactividad de la parte que ahora se agravia, toda vez que su primera presentación obra a f. 1904, ocasión en que le fue desglosado y devuelto un escrito, todo ello en abierta contraposición a la actividad desplegada por los encargados de la vindicta pública, debiendo señalarse además que con anterioridad a dicha presentación trascurrieron diversos lapsos de variada extensión en que el proceso fue público y estuvo a disposición de los ahora recurrentes (conf. fs. 1498/1843, período transcurrido una vez vencido el dictado de secreto de f. 1844, el 6/3/85, y el reimplantado a f. 2084, el 30/5/85; entre otros).

Y por último, acompaño las consideraciones del juez de grado, ya que en autos consta que la defensa ha omitido expresar concretamente los fundamentos necesarios a fin de clarificar de qué manera las notificaciones que ahora se exigen han perjudicado el derecho de defensa que le asiste. Por lo demás no debe olvidarse que, conforme se señalara, aunque no en forma inmediata, tuvo oportunidad de tomar conocimiento al respecto.

4. En cuanto al acápite c) del considerando en cuestión, los nulidicentes en breve síntesis pretenden la declaración de nulidad en virtud de las reiteradas oportunidades en que se dictó el respectivo secreto sumarial, al estimar que dicho instituto fue ejercido a 10 años de ocurridos los hechos que se imputan al procesado.

Considero principalmente que la respuesta brindada por el juez da pie para que me abstenga de ahondar en el tema por su amplitud y sobreabundancia, pero de todas formas al mantenerse el agravio en esta instancia no puedo menos que ratificar la inconsistencia del argumento, máxime cuando se evidencia que el verdadero impulso de las actuaciones data del arresto del inculso en la República Federativa del Brasil.

Por otro lado, debe añadirse que la producción de la prueba sumarial en nada depende del lapso existente entre el suceso y su realización, ya que dicho secreto tiende a la efectiva concreción de aquélla, la que se tornaría ilusoria en caso de ser público el auto que la dispone o la causal que origina la medida. Esto, más allá de las razones o no que puedan asistir a las críticas del cuerpo normativo cuya vigencia y obligatoria aplicación es indiscutida.

En definitiva, el sistema imperante en cuanto a la etapa sumarial, la que expresamente se califica como no contradictoria (art. 180 CPPr.), da la discrecionalidad suficiente al juez para su dictado cuando lo considere conveniente, tan es así que el mismo artículo dispone expresamente su inapelabilidad, con lo que cabe colegir que no se produce agravio alguno, siempre sin perder de vista lo normado en el art. 510 del mismo texto legal, al referirse que sólo se pueden deducir nulidades contra resoluciones apelables. Finalmente, procede destacar que el juzgador ha dado cumplimiento a los requisitos formales al notificar a la Cámara Federal de La Plata y a la defensa como es de rigor.

5. El punto d) trata la presunta violación de lo dispuesto en el art. 206 del Código de forma; al respecto es categórico el mismo al prescribir sólo una medida disciplinaria al juez que no cumpla su contenido, de manera que no es factible la aplicación de una sanción que no sea la prevista por el mismo Código, puesto que de este modo sí se constituiría una ilegalidad causante de nulidad.

Asimismo, la defensa por su parte y a su tiempo no recurrió al remedio que le fija la ley para estos casos, como es el recurso de queja por retardo de justicia. Es lícito que haya considerado que por lo voluminoso y complejo del caso este recurso hubiese sido denegado basándose en el párr. 2 del mismo art. 206, pero en definitiva, con ninguna de las hipótesis que se manejen es viable, como lo dijera, la aplicación de una sanción de nulidad por la causal impetrada.

Estimo oportuno señalar que, en mi opinión, no resulta pertinente ahora expedirme sobre si corresponde o no aplicar una sanción disciplinaria al juez de la causa por la omisión en que incurriera acorde con lo establecido en el referido art. 206. Ello así, toda vez que si el Tribunal de alzada que oportunamente intervino no lo hizo, es porque habrá encontrado alguna razón, o debido a que las partes en su momento no lo pusieron en conocimiento.

6. Finalmente, acerca de la nulidad requerida sobre el punto 11 del fallo, preciso es convenir que sobre la base de lo dispuesto en el art. 31 CN, el sistema normativo que debe regir para el caso está integrado por el Código Penal, según ley 20.642, el tratado de extradición celebrado entre Brasil y nuestro país (ley 17.272) y la sentencia por la que se concedió la extradición.

Por consiguiente, dándose en este supuesto el carácter de excepción que autoriza considerar una ley penal extranjera, de acuerdo al proceso comparativo realizado con las disposiciones del derecho interno, es evidente que, de adverso a lo que se sostiene en el memorial, al limitar el juez de grado la pena de reclusión perpetua a la de 30 años, en definitiva ha aplicado la pena más favorable para el encartado; por tanto, no es apropiado afirmar que el magistrado ignora el principio de territorialidad de la ley; con el mismo criterio y modo cabría atribuir a la parte agraviada desconocimiento sobre la calidad de ley suprema que la citada norma constitucional otorga a los tratados con potencias extranjeras.

En consecuencia, conforme a todo lo expuesto y con lo propiciado por el fiscal de Cámara, procede rechazar las nulidades impetradas, tanto de la acusación como de la sentencia, ya que la lectura de esta última permite ver que su estructura y evaluación de pruebas conforme a las normas legales, no revelan vulnerabilidad en ninguno de sus puntos formales y de fondo como para incluirla en las disposiciones del CPPr. art. 509.

Pruebas impugnadas: Cumpló ahora con lo que adelantara al final del ap. 2 acerca de la idoneidad de las pruebas cuestionadas.

La asistencia técnica ha sostenido en esta instancia, en la expresión de agravios de f. 6249, el criterio enunciado en su escrito de defensa, en cuanto debe excluirse del legajo en estudio una cantidad abundante de prueba allegada ilegalmente, o bien de falso contenido. Esto lo ha hecho principalmente en el petitorio de fs. 6386 (pto. 6) y 6332 al manifestar que "mantiene sus planteos de nulidad respecto a la documentación y probanzas obrantes en autos, por tratarse en su inmensa mayoría de material incautado ilegalmente...".

Tanto en el párrafo precedentemente transcrito, como en otros pasajes de sus presentaciones, ha formalizado impugnaciones de una vaguedad tal, que concuerdo plenamente con el sentenciante de grado al razonar a f. 6157 vta. que la forma genérica del planteamiento alerta de su insuficiente fundamentación.

No obstante ello, corresponde ahora tratar las objeciones que la defensa sí ha particularizado o introducido como nuevas, dejando claramente sentado cuáles fueron suficientemente examinadas por el sentenciante y las que requieren nuevas contestaciones.

Al estudiar en su presentación aquellos ítems referidos a los medios probatorios, se observa una falta de sistematización que hace muy dificultoso su estudio, razón por la cual, a fin de dar acabada respuesta a sus requerimientos, considero conveniente dividir el tema, en lo que se refiere a reglas de exclusión y de impugnación, en tres campos: prueba documental, instrumental y testimonial.

A) *Documental:* Ya en la específica individualización de dicho material, se ataca lo siguiente:

La nota mencionada como letra "F", de f. 6098 y aparecida en el diario "Le Nouvelle Observateur", el 20/10/75.

Manifiestan que ni siquiera coincide la cifra y que un recorte periodístico no es testimonio ni un documento de prueba.

La queja es totalmente inconsistente a poco que se lea la traducción de dicho artículo, a f. 1993, donde dice: "sesenta millones de dólares, o sea 25 millares de millones de francos viejos...", con lo que la cifra viene a coincidir perfectamente.

Cabe también aquí acoger el fundamento vertido por el sentenciante en el punto b.8 de f. 6160 vta., al señalar que los distintos recortes periodísticos agregados a la causa no tienen dudoso valor probatorio, sino que en su condición de documentos literales no firmados constituyen indicios de los que pueden extraerse presunciones, y lo que es más importante, que el magistrado entiende cuál es su real entidad como medio de prueba y en ese encuadramiento valora la abundante documentación agregada a la causa.

Además, el agravio, en sus puntos a) a f) de fs. 6250/1, remarca insistentemente que Firmenich manifestó que se tomó la decisión política de alentar las versiones periodísticas y, en consecuencia, las versiones periodísticas tomaron nota de esa importante noticia, con lo cual no me parece válido que ahora, en pleno proceso, impugne un medio que en su momento consideró idóneo para propalar su pensamiento, política, ideas, etcétera.

- En el punto "g" de f. 6251 se agravia y observa por origen dudoso y modo de adquisición, por lo que solicita su nulidad y consecuente regla de exclusión, el comunicado n. 14 de la Oficina de Prensa de Montoneros. Tal como queda dicho, la simple impugnación, enunciada de modo genérico es endeble y carece, no sólo de sustento, sino también de posibilidades de prosperar.

Objeciones tan serias como la de solicitar la exclusión de una determinada prueba, conlleva inexorablemente, más allá de lo que podríamos calificar de "inversión de la carga de la prueba", la responsabilidad de intentar acreditar fehacientemente los motivos por los que se requiere dicha medida, debido a que si se acude a tan extremo remedio es porque deben existir sobradas razones para ello.

Este documento, en particular, fue allegado a la causa por el ministerio público y no surge ningún indicio, siquiera, como para desconfiar de dicha fuente. Por lo demás, su valor probatorio resulta inobjetable cuando, como en este caso, confrontado con otras de distinto origen, su contenido se encuadra confirmado. Este fue el criterio adoptado por la Cámara Federal de la Capital en los autos n. 4230, donde se remite asimismo a la causa n. 13 de ese Tribunal, en la que se dio por probado que la actuación de las bandas subversivas se caracterizó por la pública atribución de los hechos cometidos, a través de una multitud de publicaciones, panfletos, partes de guerra y comunicados donde se daban detalles de los mismos, tal como ocurrió en este supuesto acerca de los sesenta millones de dólares obtenidos como producto del rescate (ver testimonios de la sentencia agregados a f. 3242).

Respecto del folleto del suplemento de la revista "Evita Montonera", titulado "Operación Mellizas", tampoco pueden prosperar las observaciones. No analizo su contenido, pues su legitimidad ha sido admitida por la parte, habiendo dicho el propio procesado que era el órgano oficial de difusión de la organización Montoneros (f. 759 vta. "in fine" de su declaración indagatoria). En cambio, aquí también se cuestiona el modo en que fue acompañado a la causa.

En autos obran tres ejemplares de dicho número. Tal como ya lo manifestara el juez sentenciante, el original que obra a fs. 718/30 fue secuestrado en el expediente judicial caratulado "Averiguación Infracción ley 20.840, imputado Hugo Rogelio Vancouber", que tramitara por ante el Juzgado Federal de Resistencia, Prov. de Chaco, y en atención a ello, debe presumirse la legitimidad de dicho acto -es decir del secuestro-, atento la autoridad que lo realizó, debiendo los letrados, en consecuencia aportar las pruebas del caso.

También en esa causa se secuestró un panfleto editado por "Montoneros", titulado "Los Montoneros y Bunge y Born" y una revista que en su tapa lleva la leyenda "Ayer juventud Maravillosa, hoy infiltrados".

Pero además, otro ejemplar original de las mismas características fue incautado en la causa n. 2542/75 del Juzgado Federal de Tucumán, según constancias de fs. 3224/5 y

respecto del cual vale plenamente la presunción de legitimidad del procedimiento precedentemente consignada.

Por fin, cuéntase con una copia remitida por Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal n. 4 secretaría n. 11, acumulada a la causa n. 4679 del Juzgado Federal n. 6, secretaría n. 16 y que se encuentra agregada a f. 697 de este expediente.

A f. 6268 se opugna el material que el sentenciante trata en el resultando 7 de la sentencia, a 6114 y que identifica con los ns. 1, 2, 3 y 7, manteniendo en su expresión de agravios esa misma numeración y que corresponde a ns.:

1: Manual de Instrucción, alega origen dudoso a regla de exclusión.

2: El libro "Montoneros, camino de liberación" invoca también origen dudoso y propugna regla de exclusión. A este documento me referiré más adelante.

3: "El cuerpo de Manuales", igual fundamentación que los anteriores.

7: El boletín del Ejército Montonero. Reitera lo anteriormente expuesto.

El n. 1 —Manual de Instrucción— fue remitido a este tribunal por el Juzgado Federal n. 5 de la Capital Federal, en la causa n. 4679, por lo que debe presumirse su autenticidad. Además, no hay pruebas o indicios que hagan suponer lo contrario.

Por el n. 3 —"Cuerpo de Manuales"— cabe reitera lo dicho precedentemente, y también procede remitirse a los mismos fundamentos respecto del materia señalado por el juez con el n. 7, Boletín del Ejército Montonero.

Me veo obligado una vez más a repetir y a adherirme a los conceptos vertidos por el sentenciante en el punto a) de f. 6157 y b) de f. 6158.

Procede también agregar, en respuesta a las argumentaciones defensasistas, en el sentido de que quienes se hallaban cautivos en los centros clandestinos de detención de las fuerzas de seguridad eran obligados a falsificar documentación —motivo por el que impugna la agregada en el presente expediente—, que de los testimonios brindados por Muñoz en la causa n. 13 de la Cámara Federal de la Capital Federal, seguida contra los ex comandantes de las Fuerzas Armadas y que se hallan incorporados a esta causa, surge que eran obligados a falsificar un específico tipo de documentación, que era la concerniente a la identidad de las personas, no habiéndose referido en absoluto a otro tipo de documento, por lo que si esto último sucedió, no está probado en autos. Además, tiene fundamento el hecho de que quienes llevaban adelante la represión contra la subversión requirieran diversa documentación de identidad, toda vez que actuaban en un marco no legal, con técnicas de infiltración en las fuerzas subversivas, etcétera. En cambio, resultaba necesario falsificar documentos doctrinarios, con el fin de utilizarlos como base legal o probatoria para llevar adelante su cometido. Al menos, no hay constancias de que haya sido una práctica corriente ese tipo de quehacer. Por otra parte, no resulta algo exorbitante ni mucho menos dar por cierta la legitimidad de esa documentación, cuando el procesado Firmenich, en su declaración indagatoria dio por válida la que se le exhibió (por ejemplo la revista "Evita Montonera"), la que además reconoció era el órgano oficial de la organización.

Procede ahora referirse a la documentación secuestrada en el domicilio de Fernández Samar, sito en la calle Ambrosio Funes 2411, Barrio Urquiza, Prov. de Córdoba, vinculada a la causa n. 745/85, en la que intervino el Juzgado Federal n. 2 de esa Provincia.

Es ésta la documentación quizá más seriamente objetada por la parte agraviada Sus cuestionamientos se desprenden de la expresión de agravios de fs. 5269, pto. a) y 6386, pto. 6) e i) de fs. 6270.

El juez la menciona en el pto. a) def. 6116 vta., pto. i) de f. 6117 vta. como original de Evita Montonera n. 18 y "Documento Base para el Congreso", emitido en julio de 1974 y publicado por la Organización Montoneros.

El fiscal la incorporó a fs. 3289/3386 como anexos ns. 1 a 13 de su cuaderno de prueba.

Se manifiesta concretamente que dicha documentación no puede tenerse por válida, debido a que ese domicilio fue ilegalmente ocupado por el ejército durante 10 años; que su propietario —Fernández Samar— fue secuestrado y está desaparecido y por tanto, en virtud de ser prueba ilegal, debe ser aplicada la regla de exclusión.

A f. 4863 hay un breve relato de la situación referida precedentemente.

Se informa que entre fines de 1976 y 1977 el Ejército allanó el domicilio aludido y secuestró material de neto corte subversivo, dejándose constancia de que intervino el Juzgado Federal n. 2.

A esta altura cabe hacer resaltar, que en la expresión de agravios, a f. 6269, se manifiesta que la casa estuvo 10 años ocupada por el Ejército, por lo que vendría a resultar que se mantuvo en esas condiciones hasta 1986 ó 1987. Esa información se contrapone con las obrantes en autos (fs. cits.), pues, a f. 4863, consta primero, que dicho allanamiento contó con la intervención del Juzgado Federal n. 2 y, segundo, que el abogado de la familia fue autorizado por el magistrado interviniente a colocar un casero, por lo que el Ejército no habría ocupado la casa, sino personas de confianza de los damnificados, todo lo cual se compadece con la circunstancia de que precisamente haya sido el casero quien encontrara el material escondido.

Esto cobra mayor credibilidad si se tiene en cuenta que en el allanamiento llevado a cabo para fines del año 1976 se secuestró documentación de corte subversivo, como expresamente consta en el informe mencionado, y que de acuerdo al modo de ocultar efectos, documentos, armas, etc., por parte del movimiento subversivo, es probable que dicho "embute" haya pasado desapercibido para quienes efectuaron el allanamiento. El trascurso de tanto tiempo —casi 10 años- y además el estado de deterioro en que el material fue hallado, refuerza el criterio de considerar que había sido escondido por el grupo subversivo desde larga data y no encontrado oportunamente por las Fuerzas Armadas.

De manera que, si como interpreto, la defensa quiso manifestar que el nuevo secuestro estuvo enderezado a incriminar a alguien (Firmenich o el movimiento Montonero), es evidente que todo lo recientemente expuesto permite dejar a un lado cualquier duda sobre la cuestión.

Por todo lo dicho, tengo por plenamente válida la aludida documentación impugnada en el agravio presentado en esta instancia, atendiendo a que el acta de secuestro es eficaz, por haber sido confeccionada bajo control judicial y guardándose todas las garantías constitucionales, habiendo sido incluso ratificada por el testigo de la Vega a fs. 5001 /2.

Pero independientemente de que el procedimiento de secuestro del material es válido, tal como lo he señalado, para despejar cualquier duda que pudiera quedar respecto a su legitimidad, debe tenerse presente que otros documentos con los mismos contenidos han sido arrimados a la causa por otras vías, las que en su oportunidad fueron admitidas como válidas, tanto por el sentenciante como por mí, en este voto.

Entre ellas se puede mencionar:

Las fotocopias de las revistas "Evita Montonera" ns. 12 y 13 (anexos 3 y 4 del cuaderno de prueba del ministerio público), sobre las que también se dan detalles en la sentencia de 1a. instancia dictada en la causa que se siguiera contra Obregón Cano por asociación ilícita (ver f. 2543, a partir de la cual se hallan agregados testimonios fotocopios de dicho fallo, recaído en la causa n. 4894), y que fue confirmada por la Cámara Federal de la Ciudad de Buenos Aires,

por fallo dictado con fecha 29/5/86, según surge de los testimonios agregados a estos autos a partir de f. 3242.

El “Manual de Instrucción de las Milicias Montoneras”, que en fotocopia certificada fue arrimado por el fiscal y puede considerarse como un complemento del Cuerpo de Manuales de Instrucción. Este ha sido tratado y tomado como válido en la sentencia dictada por la Cámara Federal de Capital Federal contra los ex comandantes (ver cap. 4 cuestiones de hecho ns. 12 y 14 en la referida sentencia del texto de la sentencia publicada por la imprenta del Congreso de la Nación, p. 59). También es mencionado a f. 2547 vta., en las actuaciones fotocopiadas que se hallan agregadas en estos autos y que corresponden a la sentencia de 1a. instancia dictada en la causa n. 4894, seguida contra Ricardo Obregón Cano por asociación ilícita.

El Boletín regional n. 1, del que se secuestró uno similar en la causa n. 29.009, y finalmente, el documento titulado “Fundamentos del plan anual”, que se halla transcrito en el libro “Montoneros, camino de liberación”, y que fue tenido por válido por el sentenciante, a cuyos fundamentos (vertidos a f. 6159 vta., punto b. 6) me remito por compartir plenamente su criterio. Cabe decir que dicho libro fue incorporado a la causa por el fiscal, a f. 1666 vuelta.

La defensa ataca posteriormente el “Boletín del Ejército Montonero” por su origen dudoso y solicita la regla de exclusión.

Nuevamente tiende una vaga denuncia respecto de alguna irregularidad referida a la forma de agregarse la documentación.

No voy a volver sobre el tema de la presunción de legalidad que deben tener las actuaciones realizadas por los funcionarios de los Poderes Públicos (en este caso un fiscal del Poder Judicial de la Nación). Tampoco ahora se articulan argumentos que puedan ser tenidos por válidos como para inducirme a desechar este medio probatorio que fue aportado por el aludido funcionario, en fotocopia a f. 2708 y en original a fs. 2744/49, toda vez que sólo se invoca su origen dudoso y además el contenido aparece como auténtico si se lo compara con las restantes probanzas.

Por otra parte, no deja de ser sugestivo el hecho de que la asistencia legal impugne sistemáticamente toda la documentación que le resulta perjudicial y admita toda la que supone que le favorece, cuando generalmente entre una y otra no hay diferencia en cuanto a la forma en que fue incorporada a la causa y tampoco respecto a su contenido.

En el punto 19, a f. ,6269 de su extenso escrito solicita la exclusión por su origen dudoso de “Diverso material impreso”.

No hace falta ningún esfuerzo analítico para apreciar, a poco que se lea el punto 19 de f. 6115 del fallo de 1a. instancia, que aquél “diverso material impreso” está perfectamente individualizado —más allá de unos cuantos boletines o comunicados de circulación interna y prensa de Montoneros— y se trata nada más y nada menos que de 5 ejemplares originales de la revista “Evita Montonera”, ns. 1,3, y 10; revista “El Descamisado”, n. 15; el “Informe Político del Consejo Nacional”, de junio de 1975; un ejemplar original de “El Montonero”, n. 6; uno del Boletín informativo del Partido Peronista Auténtico n. 1; otro del n. 3; y otro ejemplar original de “Montonero”, n. 9. En éste, en su p. 6 se lee que la Conducción Nacional del Movimiento reivindica el secuestro y rescate de los Born. Dicha información unida también a la que brinda la revista “Evita Montonera”, que da cuenta del interrogatorio a que estaban siendo sometidas las víctimas, termina de manera irrefutable con la excusa de Firmenich en el sentido de que había sido una operación de más uno de los tantos componentes de la Organización pues tuvo repercusión en los más altos niveles del movimiento y da acabada muestra de la importancia tal que significó para la subsistencia del movimiento el pago del rescate efectuado.

Toda esta documentación fue secuestrada en el expte. n. 29.009 del mismo tribunal sentenciante, Secretaría n. 3, caratulada Turner, Margarita s/ denuncia inf. ley 20.840 y consta en el acta de secuestro armada por el personal interviniente y por el denunciante, a f. 2 de esa causa.

El documento mencionado en el punto "h" de fs. 6270 fue también secuestrado en ese expte. n. 29.009, por lo que no cabe ningún otro comentario.

Es decir, que está totalmente desvirtuado el origen dudoso que también se atribuye a dicha documentación.

Por otro lado, gran parte de ella fue fuente de consulta de Gillespie para elaborar su libro, único válido según la propia defensa.

A f. 6269, en el punto 18, por los mismos fundamentos ya argüidos se ataca la colección de la revista "Evita Montonera", ns. 1 a 5.

En lo atinente a estos ejemplares, es oportuno decir que corresponden a la causa n. 273 de la Cámara Federal de la Capital Federal y que fueron remitidos a este proceso por el Procurador General a f. 2765, así como que los ns. 1, 3, 4 y 5 son los mismos que los secuestrados en la causa n. 29.009, indicada precedentemente. También se hace alusión a ellos en la sentencia de la citada causa n. 4894 que por el delito de asociación ilícita se le siguió a Ricardo Obregón Cano, cuyos testimonios fotocopiados se incorporaron a f. 2543.

En los puntos c) de f. 6269 y g) de f. 6270 (expresión de agravios), se alude a la documentación mencionada por el a quo en el resultando 11 en iguales apartados. En el primero de ellos, acerca de la documentación secuestrada en la causa n. 0059/ 806 del Consejo de Guerra, alega que por ser un tribunal administrativo y no integrar el Poder Judicial, toda la prueba allí colectada deviene ilegal y se debe aplicar la regla de exclusión.

Aquella consta a f. 3539 y se trata de una revista oficial "Evita Montonera".

Asimismo, a f. 3389, obra un boletín interno partidario, del 11/8/76; una síntesis de hechos ocurridos entre el 23/9/55 y el 20/6/73 y dos folios de la organización Montoneros y, a f. 26 del citado expediente, luce un parte de guerra.

En dicha causa recayó sentencia condenatoria respecto de Celina del Carmen Durou, a quien se le denegó el pedido de libertad condicional, lo que indica que el fallo fue confirmado. El acta de secuestro glosada a f. 2, la declaración del testigo de f. 5, así como la del juez cuya intervención dio origen a las actuaciones, mediante la cual reconoció el "parte de guerra" de f. 26, son medios de juicio que no autorizan a considerar que se llevó a cabo un procedimiento ilegal. De cualquier modo, si alguna duda supuestamente se aceptara, aun excluyendo la documentación en cuestión, de ningún modo desvirtúa el abrumador cuadro probatorio con que se cuenta, conformado por abundante material de corte similar.

La mencionada en el punto g) es la causa n. 0007/ 274, de la que hay constancias a f. 3539 y corre agregada por cuerda. Fue instruida con motivo de un atentado contra el marino Tettamanti y recayó sobreseimiento provisional el 19/4/79, no advirtiéndose en los autos ningún procedimiento ilegal (ver acta de secuestro de f. 3).

Una vez más se alega en la presentación efectuada en esta instancia que es un Tribunal descalificado por no pertenecer al Poder Judicial y, en consecuencia, se trata de un proceso ilegal y como tal debe aplicarse la regla de exclusión.

Para referirme a ambos casos debo manifestar que comparto con la agraviada el criterio de que los tribunales militares son administrativos, pues así lo ha reconocido la Corte Sup. de Justicia a través de abundantes fallos.

Sin embargo, me parece un despropósito descalificarlos y considerar ilícitos los procedimientos por ese motivo, ya que implicaría admitir la ilegitimidad de toda reglamentación formal ajena al ámbito judicial.

Al contrario, pienso que su existencia es perfectamente legal y constitucional, al haber sido aceptados judicialmente a través de numerosos fallos de la Corte Sup. de la Nación, como quedó dicho (conf. Corte Sup., C. 368, L. XX, Capitán Jorge Santa Ana y otros s/ abandono de

personas y encubrimiento del 27/6/85 y dictamen del Procurador General de la Nación, en causa n. 698, L. XXI, Montiveros, Antonio s/ apelación, fallo Consejo de Guerra Permanente para el personal subalterno del Ejército de Córdoba, de fecha 30/12/87, como así también los antecedentes que en dicha requisitoria se mencionaron).

Es un fuero real y como tal se contrapone a los fueros personales, estos sí, sin lugar a dudas, prohibidos por la Constitución Nacional.

Por otra parte, aceptar la postura defensiva traería aparejada la nulidad de absolutamente todo lo actuado por la Justicia Militar desde siempre; más aún, habría que considerarla inexistente y no debería producir efectos legales, lo que es, a la luz de las argumentaciones que para el caso plantean los defensores, absolutamente improcedente.

Abundando en consideraciones acerca de la legitimidad de dicho Fuero, cabe destacar que a fin de asegurar la legalidad de sus resoluciones, la ley 4055 en su art. 6 prevé el conocimiento de la Corte Suprema en los casos del art. 14 ley 48 (conf., asimismo, art. 24 inc. 2 decreto ley 1285/58).

Por ello, considero válida su admisibilidad en la causa y también la de la documentación en ellos aportada, en la medida en que no se adviertan actos ilegales o irregulares, lo que por ahora no ha ocurrido respecto a las actuaciones que se vienen analizando.

A f. 6268 de la expresión de agravios se atacan los puntos 14 y 15 del resultando 7 del fallo.

El primero concierne a testimonios extraídos de la causa en que se investiga el secuestro extorsivo del gerente de Mercedes Benz, Heinrich Franz Metz y hace alusión que a ese hecho se refiere el artículo periodístico publicado en el diario alemán "Stern".

El segundo (numerado como 15), alude a la causa n. 4894 del Juzgado Federal n. 6, secretaría n. 16.

Respecto de ambos se alega la garantía de extradición.

A fin de rebatir su argumentación en este sentido, cabe decir que la garantía de extradición, a mi juicio, queda salvada, pues el juez sentenciante en ningún momento ha tratado el fondo de la cuestión a que se refieren esas causas o ha incriminado en modo alguno a Firmenich en ellas.

A todo cuanto se dijera al ocuparme de las nulidades deducidas (aps. 1 y 2), cabe señalar que el Dr. Luft sólo ha tomado de ambos expedientes documentación y actuaciones que coadyuvan a aportar indicios para esta causa con el fin de demostrar que la Conducción Nacional de Montoneros tenía la decisión política y militar de las operaciones y ésta recaía, en consecuencia, en el procesado por ser su jefe máximo, el que incluso se autotituló "Comandante". Es decir, que se trata de elementos objetivamente idóneos, que por la forma en que han sido evaluados no afectan la garantía de extradición.

A f. 6270, en el punto 1) se alega que la causa Graiver no puede ser tenida en cuenta porque recayó sentencia absolutoria respecto de los procesados.

Sin embargo, en cuanto a este juicio es preciso consignar que si bien es cierto que quienes fueron procesados resultaron absueltos, ello fue debido a que en la sentencia no se tuvo por probado que hubieran tomado parte en las negociaciones llevadas a cabo para ayudar económicamente al grupo Montoneros, habiéndose considerado demostrado "la existencia de una deuda millonaria que David Graiver contrajo con la asociación ilícita denominada 'Montoneros'". Asimismo se tuvo presente que los enjuiciados dijeron que en todo momento fueron víctimas de amenazas contra su vida si no cumplían con el negocio que anteriormente había realizado el nombrado Graiver. En todas sus declaraciones, a lo largo de dicho expediente, aun de las efectuadas ante la autoridad militar, fueron contestes en esos conceptos

y se mantuvieron permanentemente en sostener que David Graiver había efectuado un "negocio" con Montoneros y que actualmente (al momento del juicio) ellos eran víctimas de amenazas por parte de los guerrilleros, los que los extorsionaron (Ver al respecto fs. 18/20; 37/40; 3291/95 3666/8 y 3629/32, de la causa n. 725 que tramitan contra Isidoro Graiver y otros, por ante el Juzgado Federal n. 6, Sec. n. 17, acollarada a la presente).

A f. 6258, en su punto 4, con relación a la causa n. B-75/83, caratulada: Chirico, Juan C. A. y otros del Juzgado Federal n. 1, Sec. n. 2 de Capital Federal los letrados defensores aducen que la fiscalía no pudo establecer nexos entre Montoneros y la banda de Romero. Ahora bien, el juez, a f. 6107 vta. valoró dicho expediente al solo efecto de mencionar que sus constancias y fotografías agregadas a esta causa (fs. 776/882), permitieron la individualización de la vivienda donde tuvo lugar la conferencia de prensa.

Respecto del libro "Confesiones de un Montonero", a f. 6269 se indica que fue descalificado por el propio Montonero confesante, Carlos Muñoz.

El autor del libro, Eugenio Méndez, al prestar declaración testimonial a f. 3546, expresamente se resguardó en el secreto profesional y por ello no reveló la identidad del "montonero confesante", pero surge del recorte periodístico agregado a f. 5001, que en una entrevista periodística habría admitido este dato. La defensa da por cierto este hecho a f. 5269 (punto f). A fin de descalificar dicho libro, los letrados defensores aportaron la serie de recortes periodísticos agregados a fs. 5094/95/97/99; 5100 y el ya mencionado de f. 5101, este último, como queda dicho, para remarcar que el autor admitió finalmente que el protagonista de su obra es el mencionado Muñoz.

Pero, es preciso puntualizar, que pese a las objeciones formuladas por la asistencia legal del procesado respecto a este libro, en su cuaderno de prueba presentan pasajes del mismo como soporte de extremos probatorios que intentan acreditar, de lo que se infiere que no lo consideran falso en su totalidad, pues de no ser así resultaría contradictorio que quien lo impugna pretenda utilizarlo como medio convictivo eficaz.

Ello se trasluce también desde el momento en que el libro hace referencia a documentos que se hallan incorporados a esta causa, los que en su oportunidad fueron allegados por vías que ninguna relación tienen con el indicado libro y cuya legitimidad está fuera de discusión. También extrae de modo textual distintos pasajes de otros expedientes judiciales. En lo que atañe a la documentación insertada en ese libro, o a las referencias que el autor hace de las mismas, no puede haber atisbo de duda en cuanto a tenerla por cierta. Tanto más, cuando también en la declaración testimonial prestada por el autor a f. 3546, al ser requerido para que explicara el origen y alcance de la expresión "todo y todos dependían de la decisión de la Conducción Nacional", aportó los datos de abundante documentación sobre la cual se basó para elaborar esa conclusión.

Por lo dicho, el libro no puede ser descalificado en su totalidad, en razón de que se funda en abundante prueba documental auténtica.

En el ap. 11, mencionado a f. 6254, se hace referencia a que el expte. de la Adm. Nac. de Aduanas, n. 406.489/75 debe ser considerado material preconstituido, porque los Born se preocuparon en alertar a los controles de Aduana.

No resulta creíble que estando a merced de una organización subversiva dos de los más importantes funcionarios del grupo empresario y además hijos de uno de los dueños, se arriesgaran gratuitamente autofrustrando el ingreso de divisas al país que tenían por fin el pago del rescate, con el único objeto de preconstituir material probatorio, para lo que en ese momento era apenas —ni aún eso— un eventual juicio contra Montoneros, y dada una situación en la que ni sabían si los secuestrados serían liberados con vida.

Siguiendo el análisis dentro del campo de la prueba documental, cabe aquí hacer una pequeña digresión acerca del reportaje efectuado por Moráis a Firmenich en la revista "Status", para dejar bien aclarado que, en definitiva, fue admitido por el propio procesado, bien que con las salvedades por su parte, en cuanto a que es una versión novelada acorde al interés del

consumidor y ostenta algunos conceptos con las propias palabras del periodista puestas en boca del entrevistado.

B) Instrumental: Para referirme al tema de los audiovisuales y videocassettes, debo comenzar por manifestar que los defensores, al iniciar el análisis al respecto (punto 4 de la expresión de agravios, f. 6251), aceptan como auténticos algunos elementos de prueba, sin por ello renunciar a las objeciones de cómo fueron allegados a la causa:

El primero al que se refieren es el videocassette filmado por el grupo periodístico alemán.

Como ya lo he manifestado al analizar otros medios probatorios, no encuentro razón en las observaciones que a éste se le formulan.

De las actuaciones de fs. 2368/72 y 2446 surge que el mismo fue remitido por el Procurador General, con un conjunto de fotografías extraídas de esa filmación y una traducción no oficial de lo allí expresado por el periodista alemán, mencionado en el punto i, de f. 6098 vta. y correspondiente al equipo periodístico alemán y mencionado también en el punto 7 de f. 6109.

En el ap. 7 de f. 6260 se insiste sobre este tema, pero nada se aporta en concreto sobre la cuestión específica que se está tratando. El apelante sólo se limita a afirmar que los dichos de Eckstein tienen valor relativo, pues no aclara el motivo de esa calificación y, por otra parte, entre tales dichos y las demás probanzas arrojadas a la causa no se advierten diferencias sustanciales.

En cuanto a las diapositivas, videocassettes y audiocassettes, son varios los juegos con que se cuenta. Adelanto desde ya, antes de hacer una escueta discriminación de cada uno, que todos han sido legalmente incorporados a la causa, y si bien Firmenich en su indagatoria expresa que parte de lo grabado en los cassettes aportados por Ambito Financiero y Editorial Atlántida no coincide con lo expresado por él en la revista, es preciso destacar que la defensa admite el contenido de ambos, así como el del suplemento especial de la Revista "Evita Montonera" (ver fs. 6251/52 y 6258/9). Y si alguna diferencia puede advertirse, es de pensar que ellas no se habrían originado en interpolaciones, sino en supresiones o modificaciones que haya llevado a cabo quien vertió lo grabado en el texto. Lo cierto es que, en lo esencial, hay coincidencia entre lo grabado y lo escrito. Queda con esto contestada la impugnación vertida en la expresión de agravios a f. 6267, pto. 10, y que se basara en lo dicho por Firmenich en su indagatoria.

En cuanto a cómo fueron aportados a la causa, surge claramente del expediente: el cassette marca "Capital" fue entregado por el diario "Ambito Financiero" a fs. 949/52, en tanto que el cassette "Agfa Ferrocólor" fue enviado por la Editorial Atlántida a través del Procurador General de la Nación, por lo que no se advierte ilegalidad alguna.

Tenemos entonces, mencionadas en la sentencia, ptos. b) y c) de f. 6097 vta. y b.3. f. 6159, las cintas magnetofónicas aportadas por el diario Ambito Financiero y Editorial Atlántida, de las que no hay más que decir en la causa, atento todo lo ya expresado y evaluado.

Corresponde ahora hacer una minuciosa discriminación de las diapositivas, pues éstas son tratadas en forma global en algunos puntos de la expresión de agravios (como en el caso de lo señalado en el primer párrafo de f. 6252) y en otras partes de dicho escrito se hacen importantes impugnaciones a los sistemas de audiovisuales que aquellas integran.

Es así que:

1.— En el punto e) de f. 6097 vta. se menciona un sistema de audiovisuales sobre "Operación Mellizas" elaborado por el grupo Montonero.

Fue acompañado por la fiscalía a f. 1665 y reservado en secretaría a f. 1666. A su vez había sido remitido por el Procurador General.

Consiste en 4 cajas de diapositivas numeradas del 1 al 4, junto con un cassette grabado, titulado "Exitos de Oro" de Demis Roussos y dos carrouselles con un cassette "Scotch" (ver pto. 6 f. 6108).

2.— Se cuenta también con una versión fílmica de sistema de audiovisuales, que fue recibido desde Panamá.

En cuanto a ésta, cabe decir que el patrocinio legal del encartado la cuestiona considerando que su incorporación a la causa no es válida por haber sido recibida en forma anónima. Debo manifestar que esta sola argumentación no es suficiente para desechar sin más la recepción de medios probatorios de origen desconocido, cuando como en este caso, luego de su aceptación por parte del juez y si consecuente incorporación a la causa, adquiera valor indiciario al encontrar su contenido corroboración en otras pruebas.

Lo expresado precedentemente respecto de la versión fílmica del sistema de audiovisuales se compatibiliza también con lo explicado por el sentenciante en el punto b.7 de f. 6159 vta., referido al sistema de audiovisuales propiamente dicho, el que he tratado en este apartado en el punto 1, a todo lo cual corresponde agregar, a título de mención, que otro juego de este mismo audiovisual fue incorporado a la causa n. 41.811, según constancias de 1549 de esos actuados.

C) *Testimonial*: Los abogados defensores continúan con su técnica de observar aquellos medios probatorios que le son desfavorables y de aprobar los que no lo son, pese a que algunos tienen el mismo o similar origen.

Así lo hacen en el punto d) de f. 6255 al consignar que "existen numerosas contradicciones entre la personas asistentes y testimoniantes de la conferencia de prensa". Se refieren a los testimonios enunciados por el juez en el punto d) del fallo (f. 6610 vta.) y son los de Claudio Polosecki, Andrew Graham Yooll, Paolo Cecilio Elía Giussani, Richard Friedric Stein y Klaus Manfred Eckstein.

En mérito a la brevedad no voy a extractar aquí lo dicho por cada uno de ellos, pues contribuiría a un mayor dificultad en continuar el razonamiento de este voto, ya de por sí extenso y complejo. Además estas declaraciones han sido criteriosa y correctamente valoradas por el sentenciante.

Debo mencionar, eso sí, que contrariamente a lo vertido en el fallo, a f. 6105, Giussani no dice que Firmenich saludó a Born, sino que: "...en forma casi inmediata, regresó Firmenich diciendo que se había olvidado de decirles lo más importante, entonces le comunica a los periodistas que en esa conferencia de prensa iban a poner en libertad a uno de los hermanos Born, a Jorge Born, quien efectivamente y acto seguido fue ingresado a la sala, por la misma puerta por la que instantes previos se retirara Firmenich..." (sic., f. 1670).

Lo apuntado no es indicio de contradicción, pues coincide con los demás testigos en todos los puntos fundamentales de los relatos, incluido su nudo principal, que es que tanto Firmenich como Born estuvieron en la misma conferencia de prensa y que tanto uno como el otro salieron y entraron por la misma puerta con diferencia de "instantes", por lo que una vez más se infiere que es imposible que Firmenich haya desconocido todo lo relatado, es decir que en ese lugar estaba Born y que desde allí sería liberado.

A f. 6256, pto. f) se ataca el testimonio de Foa. Nada nuevo agrega y nada queda por decir a partir de la correcta valoración que de sus dichos efectuó el juez a f. 6164.

Ya he dejado sentado anteriormente y ahora se debe reafirmar, a la luz de estos testimonios, que Firmenich no pudo ignorar la presencia de Born en el lugar y además, de estas declaraciones, aunque brevemente, surge que tuvieron un contacto.

También se pone énfasis en sostener que la película alemana, los cassettes y las fotografías demuestran lo contrario. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que según los propios testimonios de los periodistas alemanes que filmaron la conferencia de prensa, hay

aproximadamente de unos 8 a 10 minutos de película relacionada con la conferencia de prensa (ver al respecto declaración testimonial prestada por Klaus Manfred Eckstein a f. 2375). Si tenemos en cuenta que la conferencia duró aproximadamente 45 minutos, es entonces muy probable que ese brevísimo encuentro no haya quedado registrado, máxime ante la posibilidad cierta de que haya ocurrido cuando el periodismo creyó finalizada la conferencia de prensa, según podrá deducirse de las circunstancias que se analizarán más adelante.

Sobre el testimonio de Yooll corresponde hacer una mención especial.

Este es atacado en diversos pasajes de las presentaciones de la asistencia legal del procesado, en especial en el punto 1 de f. 6257 (expresión de agravios).

De una lectura atenta de sus declaraciones en la causa, de sus careos y aun de los impresos aportados por la misma defensa, surge que ha mantenido una unidad de conducta, por lo que es inadmisibles sostener que ha incurrido en falso testimonio.

Aun cuando el libro de Yooll pudiera resultar frívolo, como se aduce, ello no le resta validez a su contenido; en todo caso es novelado, lo que constituye una consecuencia lógica por tratarse de una pieza de literatura. Pero lo relevante es que abunda en datos concretos que lo hacen coincidente en sus puntos fundamentales con el contexto de la causa y con las probanzas arrojadas a la misma, tal como lo manifiesta el juez de 1a. instancia.

Así, por ejemplo, lo expresado por Yooll en cuanto a que Firmenich y la víctima no fueron filmados juntos. También en lo relativo a que reconoció la carpeta que se le exhibió —y que mencionara en su libro— como similar a las que fueron repartidas en esa conferencia.

Por último, el testigo dijo haber mantenido un diálogo con Firmenich en esa conferencia de prensa, el que éste niega, referente a la existencia de una estadística o lista de víctimas relacionada con hechos subversivos, manifestando Yooll que lo mantuvo al finalizar la conferencia y que quedó registrado en la versión fílmica. En esta filmación efectivamente se aprecia que ambos se saludaron. Si bien no puede afirmarse indubitablemente que dicho diálogo en realidad se llevó a cabo, sus dichos en este sentido son sin embargo creíbles, dado que Firmenich en el transcurso de la conferencia de prensa se refirió a listas de víctimas de atentados, circunstancia que Yooll apuntó en el libro, el que fue escrito mucho antes de que este juicio se iniciara y de lo que también da un detalle circunstanciado en su declaración testimonial de f. 981.

Pero, en definitiva, aun cuando el diálogo no se hubiera llevado a cabo, la prueba de veracidad de lo plasmado por el autor en el libro, se encuentra, a este respecto, justamente en la inclusión en el relato de la referencia que hizo Firmenich de la consabida lista.

Asimismo de los impresos agregados por quien intenta la impugnación, fluye en todos los reportajes que se le efectuaron por distintos medios periodísticos, una similitud en sus declaraciones y en todas ellas su voluntad de servir a la Justicia y a la recomposición del estado de derecho.

Así, en el recorte de f. 4005, los defensores han subrayado un pasaje en el cual manifiesta "...que simplemente vino para apoyar el gobierno de Alfonsín". Es decir, que aquel ministerio con esto trata de desacreditar su testimonio y hacerlo pasar como una persona comprometida con el gobierno. Sin embargo, a continuación, ante una pregunta responde "Sí, me dijeron que mi testimonio era importante, que yo era un testigo clave. Pero, en definitiva, *no vengo a hacer otra cosa que a jurar que lo dicho en mi libro es cierto*" (el bastardillado es mío) y continúa: "Esta no es una situación muy agradable ni muy loable. Me resulta difícil pensar que puedo estar erigiéndome como el factor que contribuye a la condena de una persona...".

A otra pregunta contesta: "La fiscalía me invitó y *pensé que debía cumplir con la ley*" y abunda en pasajes en cuanto a su obligación respecto a la ley (lo bastardillado me pertenece).

Por otro lado, el hecho de que no comparta una ideología no lo convierte por ello en enemigo de Firmenich. Además, en cierta forma incluso llega a justificarlo (aun cuando en ningún momento acepte su metodología), al decir que Firmenich fue un producto de su época.

En el punto 18 de f. 6255 también se manifiesta que Yooll se puso de acuerdo con Born para testimoniar en la causa.

Es una interpretación libre de quienes se agravian, pues en principio, si se hubieran puesto de acuerdo para mentir, obviamente, nada hubieran dado a conocer públicamente, ya que de tal modo los testimonios corrían el riesgo de ser invalidados.

Continuando con el análisis de los recortes periodísticos aportados por quienes quieren descalificar al testigo, es dable resaltar que ante una pregunta formulada por el periodista a Yooll, éste textualmente contestó: "Sí, le hablé, porque quería saber si él había declarado o no. Me parecía tonto venir a declarar si él no lo había hecho..." (f. 4006). En el mismo sentido se expidió a f. 4007, de lo cual surge la comprobación, admitida por el propio Yooll, de que habló con Born. Por tanto, es evidente que con este único dato no se puede de ningún modo afirmar que se haya puesto de acuerdo con la víctima para declarar.

Por otra parte, surge de las declaraciones de Born y de los dichos de Yooll que su único contacto fue mediante un llamado telefónico a partir del cual este último le solicitó autorización para escribir un libro respecto de lo acontecido y a fin de saber si el mismo no acarrearía algún peligro para Born y su familia, lo que es corriente en este tipo de situaciones. En relación con esto y en respuesta a lo que se alega a f. 6252, procede decir que no se puede aclarar un hecho que nunca existió, cual es —insisto— el de que ambos se hayan puesto de acuerdo para presentarse a testimoniar.

De los tres testigos que se invocan como favorables a los intereses del procesado, el primero, Bladimir Peralta, no testimonia a favor de Firmenich, sino que simplemente se limita a declarar que no recuerda la circunstancia en que Born fue introducido en la sala de conferencia, como así tampoco si se saludaron, en razón de su estado de nerviosismo. Es decir, que no descarta si ello efectivamente ocurrió.

En cuanto a la Sra. Venturini, el examen que de sus dichos efectúa el a quo a f. 6156, responde acabadamente a las pretensiones defensasistas, de manera que nada he de agregar.

Por último, respecto a Del Corro, cabe decir que sus dichos caen bajo sospecha, en razón de que se encuentra procesado por el delito de falso testimonio a raíz de una denuncia formulada por el ministerio público en relación a la declaración que prestara en esta causa. En la indagatoria obrante en los autos n. 5587/86 que en su contra se formó, ratifica algunos de sus dichos primigenios, pero a otros los rectifica, alegando que le fueron mal interpretados por quien transcribió su anterior declaración testimonial. Como puede advertirse, Del Corro no parece ser un testigo calificado como para incorporarlo a la lista de los imparciales, de manera que sus dichos no son aptos para desmentir a los otros testigos.

Es relevante para este análisis considerar ahora algunos párrafos de las expresiones de Jorge Born y que son atacadas por la defensa, especialmente el que detalla en el punto 4 de f. 6253, remarcando que las cartas y textos que supuestamente obligaron a escribir a Born no se agregaron al expediente y no se sabe qué dicen.

Si bien es cierto que sólo tenemos, a este respecto, los dichos de la víctima, es valedero considerar que su relato encuadra en el contexto general de los hechos sucedidos y también coincide con el "modus operandi" que estos grupos subversivos fijaban para con sus cautivos y en búsqueda de lograr sus fines, según se desprende de todo el material gráfico incautado. Y encuentra aún mayor solidez y sustento lo relatado por él, a la luz de la información brindada por la Revista "Evita Montonera" n. 10 (f. 2779), que informa que Born estaba siendo sometido a un interrogatorio en una "cárcel del pueblo", lo que en definitiva corrobora sus dichos vertidos en sede judicial y da por tierra con las alegaciones defensasistas (ver punto 3 f. 6253), en el sentido de que las afirmaciones de la víctima eran simples manifestaciones unilaterales.

A tal punto es creíble que Born fuera objeto de amenazas para con su vida, que los Montoneros reivindicaron el atentado y muerte de Antonio Muscat y el secuestro del ejecutivo Alfonso Margueritte.

Prosiguiendo con el detallado estudio de las constancias probatorias mencionadas por el juez, se cuestiona que en el resultando 3 se hace referencia a la etapa de la negociación de la liberación de los Born y de la posterior conferencia de prensa, señalando que "liberado en el lugar no es lo mismo que liberado por Firmenich", para después afirmar que Born fue liberado por la organización luego de finalizada la conferencia de prensa y de retirado Firmenich de ese lugar.

En verdad, los letrados patrocinantes de Firmenich han puesto todo su empeño en demostrar, no sólo que él no saludó ni vio a Born, sino incluso que desconocía que la víctima estuvo en ese lugar y que desde allí sería liberado.

Los testimonios analizados al respecto dan una acabada respuesta en sentido contrario.

Pero además, con atender solamente a las constancias probatorias incorporadas a la causa, en cuanto indican cómo funcionaba la organización, como así también por lo expuesto por el propio Firmenich en aquella conferencia de prensa, sería pecar de ingenuo el aceptar aquellas formulaciones. Sencillamente no puede ser creíble que Firmenich no haya tenido conocimiento que desde allí se iba a proceder a la liberación de Born.

Por otra parte, considero que no es fundamental para determinar la responsabilidad y calificación de la conducta en juicio, la circunstancia de si el procesado saludó o no saludó, vio o no vio a Born; pero precisamente se insiste únicamente en estas particularidades (fs. 6254,6319/6321), cuando el cúmulo de pruebas analizado por el juez de sentencia las minimiza hasta llegar a un grado tal que las revela totalmente intrascendentes para los fines que verdaderamente interesan dilucidar (ver especialmente fs. 6152, punto j] y 6155, ap. 5]).

Además, es necesario tener presente que la organización "Montoneros" preveía llevar a cabo las operaciones con un alto índice de perfección y sincronización —así lo indican sus manuales de instrucción—, y basta para demostrar que cumplían, con remitirse a cómo fueron secuestrados los hermanos Born, por lo que bien podría ser, por vía de hipótesis, que todo se hubiera calculado para que Born y Firmenich no se contactaran públicamente.

De manera que todo lo dicho al respecto denota la inutilidad del fin que se persigue a través del análisis efectuado en un capítulo aparte acerca del tiempo que duró la conferencia (f. 6377).

De cualquier modo, no está demás señalar que al decir de algunos de los testigos, Firmenich hizo el anuncio de la liberación de Born al finalizar la reunión, es decir en un momento en que presumiblemente la concentración profesional de los periodistas se había reducido, al punto tal que según manifestara (uno de los periodistas) ya no se filmaba y el equipo de filmación estaba ya desarmado, con lo que es concebible que por esos motivos no se hayan registrado escenas de ese encuentro.

Por último, considero que lo que el juez quiso hacer constar fue justamente el hecho de que coincidiendo Firmenich y Born en el mismo lugar y para un acto de esa naturaleza, no podía desconocer el primero, en su condición de jefe máximo, la presencia de Born en el lugar. A este conocimiento deben sumarse los restantes medios de juicio que lo vinculan directa e indirectamente al hecho de autos (consids. 5 y 6). Estimo oportuno agregar, que de sus propios términos vertidos durante la conocida conferencia de prensa emerge que contaba con información en detalle de todo lo vivido hasta ese momento (muerte de un compañero, cambios en el ejército, etc.), por lo que no podía ignorar una operación tan importante y de tanto significado para la autofinanciación de la organización como lo fue el secuestro y rescate de los hermanos Born (conf. f. 1425 y cassette correspondiente).

Finalmente, el tema de la valoración testimonial en esta causa me merece la siguiente reflexión:

Que el hecho de que a la conferencia de prensa únicamente fueron invitados corresponsales extranjeros o de medios de prensa extranjera, pone claramente de manifiesto que era a ellos a quienes se les tenía confianza y no a otros. Así se desprende de las declaraciones de los representantes de dos diarios argentinos (ver fs. 235, 236 y 464); con lo que quiero señalar que lo lógico era que invitaran a una conferencia clandestina, a la que iba a concurrir el jefe máximo del movimiento, y en las circunstancias por las que atravesaba el país, a gente que se le tuviera confianza que no iba a efectuar ninguna denuncia ni a tergiversar los hechos.

Es en esta circunstancia, pues, que los dichos de los testigos cobran aún mayor validez, por cuanto fueron periodistas exclusiva y especialmente invitados por los Montoneros, lo que a su vez torna menos creíble las motivaciones de sus impugnaciones, las que vienen a coincidir sólo en los testimonios que les son desfavorables.

También para la valoración de la prueba testimonial, es preciso dejar sentado que, en rigor, no se trata de elegir al grupo de declarantes que otorgue mayor credibilidad, sino de reconocer idoneidad probatoria a todas aquellas deposiciones que tras la valoración respectiva - consistente en conjugar lo esencial del contenido con los demás elementos cargosos—, permiten advertir que sobre el meollo de la cuestión se imbrican entre sí sin ninguna dificultad.

Las discordancias que en definitiva pudieran observarse son escasas y sobre aspectos secundarios, lo que además resulta lógico dado el largo tiempo transcurrido —aproximadamente 10 años—.

Por otro lado, es más razonable admitir que la falta de coincidencia en cuestiones no sustanciales otorga mayor credibilidad a las declaraciones, pues nadie ignora que los perfectos relatos, concordantes aun en mínimos detalles y no obstante haber pasado mucho tiempo, precisamente son los que ofrecen serias sospechas acerca de su veracidad.

Recordando todo cuanto destacara el a quo al examinar la responsabilidad del enjuiciado, más la resultante de la prueba testimonial en cuestión, así como la presencia de aquél y su discurso en el lugar y en el mismo momento en que fue liberado Jorge Born, puede concluirse entonces que hay medios de juicio suficientes y altamente significativos acerca de su activa participación parcial en el proceso ejecutivo de los secuestros extorsivos.

Dentro del análisis de los testimonios prestados en la causa, voy a tratar en último término los que fueron vertidos por exhorto diplomático.

Así, de una lectura detenida de las expresiones vertidas por Eduardo Contrera, Suárez Bastida, Menéndez Rodríguez, Anselmo Sule Candía, Juan Raúl Ferreira, Hugo Villar, Miguel Angel Mufarech Nemy, Alfonso Barrantes Ligan, Jorge Fernández Maldonado Solari, Carlos Roca Cáceres, María Cristina Trigo y Emma Obleas, surge que dan, en definitiva, una referencia en cuanto a las aspiraciones del procesado.

En lo sustancial, todos coinciden en afirmar que el conocimiento que tenían del mismo era superficial, adquirido a través de conferencias a las que asistieron junto con él o de reuniones en las que lo encontraron. Así y a partir de lo que el encartado les relatara, manifiestan que Firmenich era firme adherente al régimen constitucional de Cámpora y respetuoso de todos los gobiernos democráticos y constitucionales. En particular a Eduardo Contreras, Firmenich le contó que desde el gobierno de la Sra. de Perón se iniciaron las maquinaciones golpistas y comenzó una dura represión en contra de todos los partidos y fuerzas democráticas, organizaciones de trabajadores, estudiantes, etcétera.

Continuando con el relato, contó en otras ocasiones que se había abolido la democracia con el golpe y por estas razones pasaron a actuar desde la clandestinidad, condenando enérgicamente la dictadura militar que imperaba en la Argentina y que respaldaba el advenimiento de un régimen democrático, pluralista, republicano y representativo.

Con algunos de ellos se explayó respecto a la operatividad del grupo que comandaba, manifestando que era responsable político y asumía esa responsabilidad en la medida en que existiera el mayor respeto a la línea política de su movimiento. Siempre habló sobre la actitud de asumir una posición no clandestina ni violenta en el futuro. En otra oportunidad se lamentó de que la violencia en su país hubiera ocasionado muchas muertes y consideraba que era urgente ponerse de acuerdo sobre la forma más adecuada de garantizar los derechos humanos, aplicando las normas legales.

En este sentido, a f. 6440 obra la declaración de Jorge Fernández Maldonado Solari, quien se expidió en términos similares a los otros testigos, agregando que si bien el encartado le habló de un derecho de rebelión del pueblo argentino contra la violación de los derechos humanos, diciendo que el primero era reconocido a nivel internacional, no implicaba el uso de la violencia criminal, pues su preocupación central giraba en torno a la defensa del derecho a la vida.

Una simple lectura de dichos testimonios, permite advertir que todo lo que hacen saber sobre las ideas, anhelos, alcances y concepto sobre el derecho a la vida, les fue comunicado a quienes los vierten por el mismo interlocutor, y no conciben en absoluto con una conducta delictiva como la que aquí se analiza y mucho menos con la metodología adoptada para llevarla a cabo. Obviamente llego a esta conclusión desde que no puede pretenderse exculpar al encartado en consideración exclusivamente a las aclaraciones de los nombrados testigos, quienes, por otra parte, conforme se viera, repiten lo que él les había dicho.

Respecto a las declaraciones testimoniales prestadas en la República Federativa del Brasil, no me encuentro obligado a hacer evaluación alguna, en razón de que se carece de las respectivas traducciones, omisión que además advierto, no fue observada por la principal interesada en el puntual cumplimiento de dicha diligencia, esto es la asistencia letrada de Firmenich.

Responsabilidad penal: Descartados como han quedado los cuestionamientos a los medios de prueba antes reseñados, entiendo que con entera remisión a los fundamentos minuciosamente desarrollados en el correspondiente marco de las normas procesales aplicables, a lo largo de los consid. 4,5, y 7 del fallo recurrido, resulta autorizado dar por acreditada definitivamente la responsabilidad penal de Firmenich en cuanto a los homicidios y secuestros extorsivos acaecidos en las circunstancias ya conocidas.

No obstante, ante la insistencia en esta alzada, se impone hacer hincapié sobre algunas consideraciones efectuadas con anterioridad.

Se intenta convencer reiteradamente que a los objetivos para la acción los determinaban los grupos de zona “bajo la responsabilidad política de su Jefe” y dentro de un sistema celular, lo que respondía a la “autonomía táctica”.

Además de que toda la estructura de la organización indica lo contrario, justamente en el caso que nos ocupa, dada la significativa importancia que adquiriría para el grupo montoneros el éxito de la operación —pues de él dependía la autofinanciación y permanencia futura—, escapa a toda lógica admitir que haya sido una meta elegida exclusivamente por un “Jefe de zona”.

Sobre el preponderante valor asignado a la “operación Mellizas”, dan cuenta las citas textuales y demás probanzas a que alude el juzgador, a las que me remito en honor a la brevedad.

Del mismo modo y por iguales motivos hago extensivo a este pronunciamiento el sentido dado en la sentencia a la “subordinación estratégica y autonomía táctica” —según términos empleados por el procesado—, como así también las conclusiones sobre todo lo relativo a la planificación, conforme a la estructura “político-militar”, demostrativa en este supuesto de un concurso en la aprobación y puesta en marcha del plan emanado de la denominada conducción nacional, a cargo del enjuiciado.

Puede puntualizarse al respecto, a modo de mínima contribución ante el amplio espectro probatorio desplegado por el sentenciante, que en el fallo por el que se condenó a Obregón Cano se hace mención de un reportaje efectuado a Firmenich en setiembre de 1973, en la revista "El descamisado", n. 17, en el cual, refiriéndose a la guerrilla como forma de desarrollar la lucha armada, aseveró que "es sin duda el más alto nivel de lucha política".

También en el referido decisorio se hace alusión a los dichos de otro integrante de la organización, dados a conocer a través de la revista "Vencer" (n. doble 2/6), de los que rescato como útil para este supuesto los que componen la siguiente frase: "lo que nosotros destacamos es que la lucha militar implica el más alto nivel de enfrentamiento, *pero en todos los casos las diversas formas de lucha se condicionan a los objetivos políticos*" (la bastardilla es mía).

Por último, a f. 11 de la carpeta distribuida en la conferencia de prensa, se lee que la organización político militar, "decidió que la justicia popular debía hacerse cargo de castigar a Bunge y Born".

La defensa acude a la teoría de la equivalencia de las condiciones con la idea de que si se excluye la condición de máximo dirigente de su patrocinado y como tal su intervención en la conferencia de prensa, los hechos se habrían desarrollado exactamente igual. Insiste en que su actividad en nada modifica la producción del resultado delictivo, ya que no está probada la existencia del elemento volitivo.

Para responder a ello, en primer lugar necesariamente debe quedar bien en claro que las pruebas originadas en distintas fuentes, ensambladas entre sí, según quedó demostrado, innegablemente dan lugar a la presencia de importantes indicios, que unidos a las demás circunstancias tácticas, llegan a conformar un cuadro presuncional categórico y concluyente en torno al obrar reprochable al procesado; de aquí se extrae, en consecuencia una vez más, su participación con poderes decisorios y la real y efectiva intervención personal en partes del proceso ejecutivo de uno de los ilícitos.

En tales condiciones, cualquiera sea la posición doctrinaria que se adopte en cuanto al tema de la causalidad, entiendo que ninguna puede variar aquella conclusión.

Basta para demostrarlo con seguir el pensamiento de uno de los autores que la defensa menciona al respecto.

Así, Núñez opina que la primer etapa de la tarea del intérprete no puede consistir en la aplicación del procedimiento de la supresión mental hipotética, pues antes debe determinarse cuál ha sido la conducta del sujeto en el caso concreto.

Por consiguiente, hay que recordar que quedó probada la intervención personal y directa de Firmenich en determinados tramos del delito permanente que se le endilga.

Efectuado recién ahora el procedimiento de supresión antes dicho, podrá advertirse que la acción del sujeto fue una "conditio sine qua non" del resultado. En efecto, a modo de ejemplo, debe tenerse presente que, como bien lo señaló el fiscal, Dr. Romero Victorica, los Born se hallaban sujetos a lo que Firmenich decidiera acerca de las condiciones impuestas y tratativas sobre el rescate. Sin este poder de determinación, que evidencia su dominio del hecho, indudablemente el resultado no se hubiera producido.

Por último, continuando con los pasos a seguir, corresponde establecer si se trata de "una conducta de autor", para lo que se requiere un juicio que establezca que "razonablemente" debía ocurrir el resultado, evaluación que debe efectuar el juzgador para decidir "si el evento era probable frente a la conducta del sujeto". Y, al respecto, la respuesta afirmativa se obtiene en función del rol jugado por el encartado, que luego definiré al ocuparme de la significación jurídica de los hechos (conf. Núñez en reseña bibliográfica a la obra de Soler, en JA 72 - sec. bibl. - 24 y 25). Ello, sin olvidar claro está, que la teoría invocada extiende la responsabilidad hasta el infinito y que, por tanto, se requiere la función correctiva en otros niveles del delito — tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad— (conf. Bacigalupo, "Lineamientos", ps. 44 y 45).

Cuanto precede, permite a su vez dejar sentado que no se trata entonces de penar en el caso al procesado por ser Jefe de una asociación ilícita, atribuyéndole todos los episodios que aún sin su actuación dicha asociación haya cometido —como alega la defensa—, sino que lo que cabe concluir ahora es afirmando la directa y efectiva participación en una de esas acciones delictivas, que es la que se juzga aquí.

Causas opuestas como justificativas de la antijuridicidad: 1. En punto al tema consistente en la existencia del derecho de resistencia a la opresión, su reconocimiento en el Derecho positivo Argentino, como así también las condiciones que según la opinión de calificados constitucionalistas y cultores de la ciencia política, deben presentarse para el válido ejercicio de este derecho —tema exhaustivamente desarrollado en el decisorio en crisis—, debo señalar que, a mi entender, más allá de la importancia doctrinaria que encierra volver a explayarse sobre el tema, de modo alguno puédesse erigir en los hechos como causa de justificación capaz de excluir la antijuridicidad de la acción objeto de pronunciamiento.

No se trata de juzgar la historia bajo el prisma del derecho, a la luz de que variadas son las versiones que pueden producirse sobre los acontecimientos que han quedado en el pasado, indisolublemente unidas a concepciones políticas que a las claras no dejan de ser subjetivas; adviértase en este sentido que tanto la fiscalía como la defensa arriban a conclusiones disímiles en cuanto si la conducta se halla o no justificada por el derecho de resistencia a la opresión, pudiendo compartirlas, desde luego, en mayor o en menor grado, pero que en definitiva no interesa en vista a los delitos que aquí se investigan, por lo que considero necesario abordar el tema desde un ángulo estrictamente jurídico.

Sin lugar a dudas, para que el derecho de resistencia a la opresión posea entidad suficiente para restarle antijuridicidad a una conducta típica, debe estar íntimamente relacionado con lo que la doctrina ha dado en llamar “delitos políticos”, pues, imposible resulta admitir su existencia en situaciones donde no se somete a valoración la opresión causada por quienes dirigen los designios de un Estado, toda vez que la alegación introducida debe ser coherente con la conducta que se pretende justificar; de no admitirlo, sería innecesario recurrir a causas de justificación específicas que no sean las previstas por el Código Penal.

Adviértase entonces, que la cuestión debe transitar, como condición previa al tratamiento del derecho invocado, sobre la capacidad que tienen los ilícitos que se reprochan para incluirse dentro de la categoría que habilita la justificación alegada, lo que impone introducirse en el estudio del contenido del delito político.

Muchos fueron los maestros penalistas que profundizaron el análisis de esta particular clasificación entre delitos comunes y políticos, quienes esbozaron los lineamientos que debían tenerse en cuenta para distinguir el uno del otro; así fue que se enunciaron criterios útiles para poder encasillar el caso concreto dentro de las alternativas posibles. Aparecen entonces las concepciones objetivas sustentadas, básicamente, en la naturaleza del bien jurídico lesionado; las subjetivas que recurren, para poder caracterizarlos, al móvil o fin que inspira al autor, y los criterios mixtos en los que se asocian los conceptos del bien jurídico y el fin político.

Sebastián Soler, luego de concluir en la inexistencia de un único criterio de distinción, inspirado en las enseñanzas de Carrara, dice que “el delito político tiene que ser definido en cada caso, conforme a la situación..., teniendo presente que la justicia, al efectuar esa clasificación, tiene que saberse colocar por encima de las contiendas de la época y mirar la cuestión con distancia histórica” (Derecho Penal Argentino, t. 1, p. 292).

Evidentemente, el interés en el cuasamiento de ilícito político o común, tuvo desde antiguo una importancia superlativa, pues no resulta ocioso señalar que fueron en los tiempos pretéritos los de más gravedad, para luego con los logros del proceso de humanización del derecho, experimentar una franca tendencia hacia su benignidad o trato privilegiado.

Esta suerte de humanización apuntada, radica esencialmente en considerar que si bien el delincuente político entraña peligro para el estado y su clase gobernante, dicha peligrosidad se encuentra ausente respecto a la comunidad, pues dista de ser su objetivo, lo que imponía

atemperar las consecuencias punitivas, en base a la factibilidad en la reparabilidad de la pena, apreciando la conducta reprochable bajo una óptica de mayor benignidad y haciendo viable su futura rectificación.

Cabe advertir, que para definir el delito político no basta detenerse en las causas de naturaleza política que determinen los actos del infractor de la norma; es preciso establecer que sus finalidades sean las de constituir regímenes políticos y sociales orientados hacia la posteridad, minimizando, claro está, el riesgo de afectación de bienes jurídicos tutelados. Los delitos evolutivos de la terminología de Ferri, en cuyo concepto pueden englobarse los delitos políticos son, como lo indica el nombre, pasos dados hacia adelante en el camino enderezado al intento de perfección. Las acciones delictivas generadas por un designio político regresivo, que más que acelerar el proceso tiendan a desandar la ruta ya caminada, no pueden ser inscriptos en la serie de la delincuencia política.

El delito político, en todo caso, al perpetrarse debe encontrarse imbuido de motivaciones altruistas, consistente en el ánimo de apresurar de un modo sensiblemente utópico el progreso político social de la comunidad soñada por el trasgresor, quien debe hallarse despojado, por consiguiente, de todo móvil despreciable encubierto bajo la apariencia de auténtico delito político.

Huelga resaltar, que ante la presencia de varios delitos reprochables a un mismo autor, no cabe insertar —si latente se encuentra la idea de que se haya actuado movido por ideales políticos— a la totalidad de los delitos en esta particular clasificación, pues se hace imprescindible un análisis pormenorizado de cada uno de los hechos, toda vez que la circunstancia de que alguna de las conductas que la ley reputa como delito se encuentre precedida por motivaciones especiales, no es causa suficiente para absorber todo el accionar delictivo, quizá influido por propósitos distintos que no escapan de ser un delito común carente de un trato privilegiado.

Conviene a esta altura detenerse en el tema de los delitos conexos, en razón de que si bien aparentan ser delitos comunes, desde el momento en que son valorados desprovistos de toda vinculación, o si se quiere despojados de cualquier aspecto subjetivo que haya imbuido a su autor, automáticamente admiten un replanteo respecto de su fidedigna calidad, constatada que sea, naturalmente, su ligazón con un delito principal de índole política.

Jiménez de Asúa piensa que el delito común puede considerarse conexo con el político, cuando se ha cometido para preparar el político, o es una consecuencia del mismo, siempre que estén íntimamente vinculados. Soler, con justeza, dice que aquellos hechos comunes que guardan con el hecho principal una conexión de medio a fin más o menos necesaria, tienen naturaleza política (conf., "Derecho Penal argentino", t. 1, p. 292 vta.). José Peco, con claridad expositiva, enuncia los elementos que deben concurrir para que un delito común quede inmerso en la esfera del delito político, exigiendo, en primer término, que exista una relación de causalidad, o de consecuencia con el delito político incriminado, que los hechos se desarrollen con unidad de tiempo y lugar y, por último, como recaudo ineludible, que el delito común guarde relación con el delito político (citado por Fontán Balestra, en su tratado de "Derecho Penal", 1.1, p. 404).

Puede extraerse de las conclusiones antes apuntadas, que resulta válido para determinar si un delito común es conexo con un delito político de un modo estricto, aplicar las reglas del concurso ideal en el sentido de que si existe tal relación concursal entre las conductas en examen, y no otra, seguramente nos encontremos en presencia de la conexidad en cuestión.

A criterio del suscripto, las circunstancias de relevancia que rodean a los hechos que nos ocupan, signadas por homicidios, secuestros extorsivos, coacción psíquica —repárese en las condiciones del cautiverio—, que se vinculan con el oportunismo reivindicante del poderío de los montoneros, sin dudas en detrimento de los bienes jurídicos que tutelan los delitos reseñados, no consiguen animar mi espíritu acerca de las bondades de las intenciones que se alegan.

Poco valor se le daría a la comunidad si se admitiera, sin más, la lesión de sus integrantes en nombre de la defensa de principios ideológicos, hasta el punto de quitarles la vida y cometer hechos indignantes, a la sazón de procedimientos violentos sustentados en la subversión del orden político y social.

Parece poco razonable que se decida sobre la vida, libertad y patrimonio de terceros, por el hecho de que las víctimas sean parte de una empresa multinacional con actuación en la República y vinculados con integrantes de gobiernos opositores, y sobre todo que tal descontento habilite a retrotraerse a las formas primitivas de hacer justicia por mano propia o al ejercicio de vías de hecho renegadas del orden jurídico, comprometiendo de tal modo la integridad y seguridad de la comunidad, al extremo de presionar sobre la conciencia del secuestrado para agilizar las negociaciones que hicieran posible el pago del rescate, pues no escapa a mi valoración, según resulta autorizado presumir, que llegaron al punto de hacer valer atentados contra otros integrantes de la firma Bunge & Born para alcanzar su objetivo; me refiero al homicidio de Antonio Muscat, ocurrido el 7/2/75 en la ciudad de Quilmes y al secuestro extorsivo de Alfredo Marguerite (Jorge Born explica en su declaración testimonial obrante a f. 1343 que durante su cautiverio le hicieron escuchar noticias radiales relacionadas con los sucesos señalados, con el fin de presionarlo moralmente). Así las cosas, parecería que los episodios "sub exámine" responden a un proyecto de violencia inspirado en móviles como la venganza, el obtener el poder a cualquier costo y por cualquier medio, además del atractivo que la suma obtenida por el rescate producía, lo que diluye el plan circunspecto a las motivaciones alegadas.

El designio trazado por los Montoneros, a todas luces parcial, innecesario y criminal, ha alterado sensiblemente el mundo exterior tronchando los primordiales y esenciales derechos del hombre: el de seguir viviendo y el de la libertad. Dos muertes; las de Pérez y Bosch, dos secuestros; los de Jorge y Juan Born, todo con un exclusivo fin utilitario.

Asimismo no encuentro andamio alguno, en cuanto a la conexidad de un delito común con uno político, pues en los hechos sometidos a decisión, el único ligamen de delitos que se observa estaría constituido por los homicidios y los secuestros extorsivos, pero descartado que fue el carácter político de los ilícitos sufridos por Juan y Jorge Born, se desvanece toda idea al respecto ante la ausencia del presupuesto ineludible que es la existencia de un delito político, extremo que autoriza a indagar sobre las particularidades de la relación que media entre uno y otro delito.

Lo hasta aquí vertido, intenta demostrar que el derecho invocado que se viene tratando no iluminó las conductas que se le endilgan a Mario Eduardo Firmenich, ya que la justificación que se alega falla por su propia base, pues, como se dijera, no creo posible justificar delitos en el ejercicio legítimo de este derecho tan preciso, cual es resistir a la opresión, cuando hemos concluido que sus autores estaban motivados, preponderantemente, por fines distintos a los que caracterizan al delito político; a las claras no se advierte parificación alguna en autos, entre la conducta típicamente antijurídica y la causa de justificación, coherencia necesaria que debe presentarse, de ordinario, para descartar la responsabilidad penal de su autor.

2. Luego de un estudio detenido de lo extensamente expuesto por la asistencia técnica de Mario Eduardo Firmenich acerca del amparo en que se encuentran las conductas en examen sobre la base de que sus autores obraron en legítima defensa, tema al que en honor a la verdad el suscripto se dispuso a adentrarse no sin advertir lo inesperado que resulta la introducción como defensa de un instituto que ni aun con forzadas argumentaciones parece encuadrar en el caso, pues, valga admitir que luego de conocer los hechos materia de juzgamiento no se lograba visualizar en lo más mínimo la manera de insertar lo acontecido en la defensa articulada, puede, en consecuencia, concluirse que su inadecuada invocación jurídica carece del asidero que entraña un planteo de esta naturaleza.

Fuera de disenso lo expuesto por el a quo en el ap. 2) del consid. 3 del decisorio en crisis, que ha descartado la pretendida legitimación con un tratamiento pormenorizado sobre la base de la búsqueda en el expediente de cada uno de los requisitos exigidos por el Código en la materia, sólo resta agregar, para reflejar aun más la impropiedad de la defensa articulada, que resulta manifiestamente contrario a los fundamentos sobre los cuales descansa la legítima

defensa, repeler una hipotética agresión con un delito de ejecución permanente, cuyo acto consumativo se extiende en el tiempo (repárese que, sin olvidar los homicidios acaecidos, oponen a la agresión un secuestro extorsivo que se prolongó durante varios meses), cuando en realidad los principios que gobiernan el instituto denotan una situación de peligro que se sustancia en un único acto comprensivo de la agresión y la defensa, incompatible por las características del suceso con los ilícitos que aquí se pretenden justificar.

3. Como consecuencia de todo lo hasta aquí expuesto, entiendo que tampoco pueden tener cabida las protestas de inocencia formuladas por Firmenich al informar oralmente, toda vez que de acuerdo al sistema de pruebas legales que rige la materia, se ha hecho mérito sobre la pertinencia y validez de los medios convictivos, así como de la no concurrencia del derecho de resistencia a la opresión y la legítima defensa, únicos aspectos que conciernen al Tribunal en este pronunciamiento.

Calificación: Un camino no elegido como principal por el sentenciante me conduce a igual conclusión que la suya, en el sentido de que a Firmenich cabe atribuirle responsabilidad por homicidios calificados.

1. En lo que a ello concierne, en primer lugar, he de referirme a la agravante que contempla el art. 80 inc. 7 CP., para lo cual es menester recordar el nexos psicológico que exige dicha norma legal entre el homicidio y otra conducta delictiva.

De manera entonces que si la razón de la agravante se funda en un elemento psíquico hay que avanzar con cautela antes de llegar a una determinación, pues a nadie escapa las dificultades que ofrecen las cuestiones probatorias sobre aspectos subjetivos.

En el caso de autos la conexión ideológica que el a quo tuvo por demostrada, consistió en que los ejecutores dieron muerte a las víctimas para facilitar y consumar los secuestros extorsivos (“estaban preordenados o al menos estaban en los cálculos previos”).

Sobre la base de lo expuesto considero que las constancias probatorias permiten descartar, o al menos impiden afirmar, que hubo una preordenación premeditada de matar y con la finalidad delictuosa ya referida.

Al respecto, es dable advertir que en la planificación para los secuestros estaba prevista “la reducción simultánea de dos automóviles donde por los menos viajaban 5 personas y su inmovilización absoluta”. También había equipos encargados de “reducir a la custodia” y “a los ocupantes del auto de los Born”.

Coadyuvan a desechar la referida preordenación —unido a su vez a lo anterior— una serie de inferencias acerca del desarrollo de los acontecimientos, pues indican que las víctimas se resistieron a ser reducidas y, por ende, que en ese preciso momento tal circunstancia determinó al autor a matar.

En efecto, debe tenerse presente que en el “Cuerpo de Manuales y Reglamentos de la O.P.M. Montoneros”, para detener al sujeto como prenda de negociación, se instruye “que deben delimitarse claramente las funciones de captura del prisionero y reducción y/o aniquilamiento de la guardia, para lo cual es conveniente la división en dos grupos operativos claramente diferenciados” (p. 362), tal como se planificó para “la operación mellizas”, según puede apreciarse en la carpeta aludida. Por tanto, si hubieran adoptado para el caso la última alternativa de las instrucciones —previsto de antemano matar para facilitar los secuestros—, así lo habrían hecho también con la custodia que se trasladaba en el otro vehículo; sin embargo fueron esposados y de esa forma reducidos (ver sus declaraciones de fs. 4,5, 1338 y 1339), de lo que se deduce que si así no ocurrió con Bosch y Pérez fue porque se resistieron. Además, no se advierte qué sentido podría tener que esposaran también al último de los nombrados si ya se tenía decidido quitarle la vida.

De este modo cobra valor probatorio el relato efectuado sobre la “operación mellizas”, en cuanto se señaló que “en el coche de los Born se produce un intento de resistencia por parte de Bosch y del chofer Pérez” (ver f. 13 de la carpeta); surge asimismo del audiovisual que

se les exigió la rendición e intentaron resistir (ver transcripción de f. 1573/75). Y a manera de indicio, por encontrar eco con los restantes medios de juicio, cuéntase con lo manifestado por Galimberti en una entrevista de un diario extranjero, en tanto dijo, refiriéndose a las víctimas, “matamos a un guardia pero sólo porque había sacado la pistola”. Obra a su vez la narración efectuada por los “Montoneros” en “Le Nouvel Observateur”, donde aluden al intento de resistencia de los nombrados y que fueron abatidos (1983 y 1994); así también es apto sobre este aspecto el anónimo de f. 2076, acompañado por el fiscal a f. 2081 vuelta.

No empece a lo dicho la circunstancia de que no se haya secuestrado arma alguna a los occisos, toda vez que además de que resulta difícil aceptar que en el automóvil en que viajaban los Born no hubiera armas, lo lógico es admitir que se las llevaran los delincuentes, pues así lo hicieron con las que portaban los custodios, lo que condice con una de sus tantas finalidades, el pertrechamiento de armamentos.

Tampoco se puede descartar que la resistencia haya consistido en cualquier tipo de reacción, con lo que quiero significar que esto basta para alejar al menos la existencia de un plan preordenado con relación a los homicidios. Más aún, bien pudo suceder que alguna actitud haya sido interpretada como un intento de resistencia y que ello desencadenara los fatales desenlaces. Da pie a esta posibilidad lo manifestado por el custodia Huebra, puesto que, tras afirmar que en alguna oportunidad vio a Juan Born exhibir una pistola, destacó que “Pérez y Bosch deben haber sido atacados a balazos cuando intentaron accionar la sirena de que estaba provisto el automóvil. Como se trataba de un botón colocado abajo de la guantera, estima que el movimiento pudo ser interpretado como el propio de extraer un arma”. Esta posibilidad, obviamente, también excluye la preordenación premeditada y con la finalidad homicida que venimos examinando.

Consecuentemente, la apreciación personal de Jorge Born en sentido contrario, amén de que no es válida a los efectos probatorios por tratarse de un juicio de valor subjetivo, ha sido equivocada, lo que es natural dadas las circunstancias vividas y la rapidez de los acontecimientos.

Ello establecido, cabe ahora reparar que para la concurrencia de la agravante en cuestión no siempre es necesario una preordenación anticipada, ya que la ley únicamente exige que el fin delictuoso funcione como motivo determinante del homicidio, lo que no requiere indefectiblemente una reflexión, sino sólo una decisión, que puede incluso producirse súbitamente en la ejecución del hecho (conf. Núñez, “Tratado de Derecho Penal”, t. 3, ps. 54 y 55). O sea que, atendiendo a otra de las distinciones que efectúa el nombrado autor con relación al homicidio “*criminis causa*” (ob. y ps. cit., nota n. 128), cabe como posibilidad cierta que en el instante mismo de la ejecución del suceso y a raíz de un intento de resistencia o de alguna actitud interpretada como tal, haya nacido el propósito homicida con la vinculación psicológica de los secuestros, precisamente para consumarlos y que con esa finalidad delictuosa, prevista como alternativa, el autor efectuara los disparos directamente contra las víctimas.

Es que, a diferencia de lo que podría suceder en otros casos, respecto al de autos es preciso tener muy en cuenta que la acción que debía llevarse a cabo, de acuerdo a la planificación de una única maniobra con las consabidas finalidades —harto demostradas con las pruebas ya analizadas— pone claramente de manifiesto que los últimos propósitos que se perseguían había que lograrlos cualquiera fuese la consecuencia.

Al respecto, recuérdese que en las instrucciones escritas para este tipo de operaciones se contemplaba la posibilidad del “aniquilamiento de la guardia” —aunque ello fuese como última consecuencia si resultase necesario—. También se consideraba factible un “combate dada la cantidad de policías que circulaban por la zona”, todo lo cual explica a su vez el despliegue realizado y el empleo de armas de alto poder vulnerante.

Los detalles recientemente señalados; lo importante que significaba concretar el objetivo, debido a que había sido elegido como vía para procurar el primordial fin económico; la mancomunada concientización de los integrantes del grupo; la disciplina militar adoptada; y la sorprendente osadía de quienes participaron en el suceso, constituyen elementos de juicio suficientes para suponer que una resistencia como la que no se descartó podría provocar la

determinación de dar muerte, no solamente para preservar la vida e integridad física del victimario, sino respondiendo a la anticipada decisión de que así había que obrar si era necesario para evitar que se frustraran los secuestros.

En estas condiciones, es evidente que los partícipes del episodio, cuando menos, se han representado como una alternativa (obsérvese que en las instrucciones escritas se emplean conjunciones copulativas y disyuntivas) la posibilidad de resultados letales y que solamente se producirían como consecuencia de haberse prefijado la necesidad de alcanzar el objetivo inmediato los secuestros.

En definitiva las muertes en el caso eran resultados indiscutiblemente previsibles, más aún, indudablemente probables y, por tanto, aunque eventualmente, estaban dentro de los planes delictivos.

Al respecto, debe tenerse presente que una importante corriente doctrinaria y jurisprudencial considera suficiente el dolo eventual para responsabilizar por la agravante del art. 80 inc. 7 Cp. (ver Francisco Blasco Fernández de Moreda, LL 130-335; Juan F. González, LL32-1010; voto del Dr. Cabral, en causa Ruiz, Francisco y otro, LL 118-227; CCrim. y Corr., causas "Sicilia", del 18/3/82, sala3a., pub. en J.P.B.A.51-1994; "Capelo, M.A.", del27/5/80, sala 5a., pub. en J.P.B.A. 42-8972; "Ferrando, E.", del 12/5/67, sala de Cámara; "Ambrueso, Jorge A.", del 18/7/69 [11] y Mansilla, Juan Antonio, del 7/3/83 del Supremo Tribunal de Chubut, los dos últimos, también citados en la sentencia de 1 a. instancia).

Atendiendo a las numerosas opiniones autorizadas, conforme se viera, parece posible entonces conciliar el tipo de la agravante con el dolo eventual.

Ahora bien, para dar respuesta afirmativa a si el enjuiciado quiso o no la realización posible del tipo de la agravante "criminis causa", entiendo que basta con considerar el rol que le cupo en torno al evento que se examina, conforme a lo demostrado por el a quo.

Sin duda, la aprobación y puesta en marcha del plan, con todas las características antes señaladas, indica que era lógico que haya supuesto una resistencia —que no se pudo descartar en autos—, de manera que al menos en el plano de lo probable, no sólo de lo posible, se representó la realización del tipo del art. 80, inc. 7 CP., aunque sea como eventualidad, pero aceptada y ratificada.

En otras palabras, el encausado no dejó de tener en cuenta como probable la necesidad de extinguir vidas como medio para ejecutar el plan, lo que entiendo que se adecua a la fórmula de Belling, en el sentido de que no "quiso" de un modo directo las muertes previstas, pero tampoco "quiso" evitar su accionar ante la eventual ocurrencia ("Esquema de Derecho Penal", p. 90).

Así es dable concluir poniendo atención en el caso y su subjetividad ex-ante; es decir, analizando cuál fue el proyecto urdido con la preponderante participación de Firmenich.

2. En cuanto a la calificante alevosía, teniendo en cuenta precisamente lo antes dicho, en el sentido de que no resulta autorizado dejar a un lado que hubiera habido resistencia, fácil es deducir que las víctimas no estaban desprevenidas y que existió riesgo para el ofensor. Por otra parte, nada hay siquiera que indique que estuvieran en estado de indefensión ni que hayan sido colocadas deliberadamente en dicho estado. De modo que no se dan las condiciones objetivas y subjetivas que requiere la agravante. Pero, aun sin reacción, tampoco puede decirse que se actuó sobre seguro, toda vez que, según ya se destacó, era muy factible un enfrentamiento dada la cantidad de policías que circulaban por la zona; así lo dijeron y lo previeron los secuestradores, a un punto tal que llevaron a cabo la operación con un gran despliegue, conforme lo revela el número de intervinientes y el material utilizado.

Y lo que más interesa es que la agravante se excluye, si la mera inadvertencia de la víctima, su imposibilidad de defensa, o la ausencia de peligro, no fue lo que motivó la acción del autor, así como si aun habiéndose premeditado un obrar alevoso, al momento de realizar el hecho voluntariamente aquél lo hace afrontando el riesgo de una reacción, tanto del

damnificado como de terceros (Creus, "Derecho Penal", t. 1, parág. n. 52). La alevosía tampoco se configura con el conocimiento del estado de indefensión —hasta aquí sólo hay dolo de homicidio simple—, se requiere además un aprovechamiento de dicho estado (conf. Zaffaroni, "Tratado de Derecho Penal", t. 3, p. 375). En el caso de autos, en consideración a tales exigencias, es innegable que las pruebas arrimadas impiden concluir que un móvil alevoso gobernó la decisión y concreción de los sucesos.

3. Las mismas consideraciones antes efectuadas para desechar que hubo un plan preordenado para matar con un fin delictuoso, valen ahora para hacer desaparecer la agravante del art. 80 inc. 6 CP., habida cuenta que su presencia reclama un concurso premeditado para matar entre todos, de modo que me remito enteramente a cuanto dijera para admitir aquí "in dubio pro reo" como única hipótesis —ante la imposibilidad de afirmar otras—, que no hubo un complot para los homicidios sino para secuestrar y que los lamentables resultados se produjeron a raíz de un intento de resistencia, o al menos de una creencia de que lo hubo.

Pienso que de cualquier modo, es conveniente dejar también sentado que aunque sea por el beneficio de la duda no puede dejar de incluirse la existencia de una resistencia armada por parte de los occisos y aun la previsión de ella como probable, lo cual si bien no es óbice para calificar el suceso como "crimínis causa", como lo hice, impide sí, en mi criterio, en disenso con el sentenciante, aplicar la calificante ahora en estudio. Ello, por cuanto para que se dé esta agravante tiene que haber premeditación, lo que implica, obviamente, una intención previa, preordenada y directa de realizar la muerte con el concurso de la cantidad de personas a que alude el precepto legal. Y, en la especie examinada, no se cuentan medios convictivos fehacientes que permitan tener por acreditada con la anterioridad y dirección requeridas el móvil letal realizado con el concurso de dos o más personas.

4. En otro orden de cosas, he de manifestar mi discrepancia acerca de la concurrencia material que según el veredicto existe entre los homicidios calificados y los secuestros extorsivos.

Si bien se ha considerado materia dudosa la presencia de un concurso ideal entre delitos permanentes e instantáneos, entiendo que el caso que nos ocupa puede incluirse entre las hipótesis que están fuera de discusión, siguiendo las pautas que importante doctrina ha tomado en cuenta para ello. Así, tal concurrencia se admite en ocasiones en que hay total concordancia del elemento objetivo y subjetivo de las acciones, lo que sucede cuando, como en este supuesto, la conducta del delito instantáneo —matar— coincide con el momento en que comienza la acción típica del delito permanente —privar de libertad— y sin que resulte de una nueva resolución criminal. Es decir, que se produce el resultado letal para de ese modo iniciar la privación de libertad, lo que constituye la íntima conexidad entre ambas infracciones que, en las especiales circunstancias del caso, y atendiendo a los patrones indicados, permite afirmar que entre ellas ha mediado un concurso formal (conf. Corte Sup., Fallos 282-58, "contrario sensu"; ver dictamen del Procurador General y sus citas de Welzel, Schoncke-Schroder y Jeschek). Concretamente, el último de estos autores da razón a la jurisprudencia, en cuanto a que en los delitos permanentes para que exista concurso ideal también se requiere coincidencia parcial de las acciones ("Tratado de Derecho Penal", Vol. 2, p. 1016, Edit. Bosch, Barcelona, traducido por J.M. Puig y F. Muñoz Conde).

Aunque referido a los delitos de homicidio "crimínis causa" y robo, la jurisprudencia y la doctrina se han pronunciado en igual sentido (conf. C. Crim. y Com., sala 5a., publicado J.P.B.A. 42-8972 y 45- 1007).

Por su parte Zaffaroni, señala que la unidad de decisión y la unidad de plan son los configuradores del "factor final", el que está presente en el homicidio "crimínis causa" y debe tomarse en cuenta para la consideración de la conducta como unidad de sentido de la acción, destacando luego al referirse a la importancia que también reviste al respecto el "factor normativo" que, "cuando un tipo prohíbe el homicidio para cometer un robo, por ejemplo, está indicando que ello tiene una unidad de sentido y, si se comete también el robo, no podrá considerarse que hay un concurso real, sino ideal" (conf. ob. cit., t. 4 ps. 531 /533, especialmente cuando se refiere al concurso ideal homogéneo y al heterogéneo en las ps.

554/555; asimismo, A. Schoncke, "Strafgesetzbuch Kommentar" Ed. 1951, parág. 211, Anm. V. 3, p. 493).

Por consiguiente, en virtud de todo lo expuesto, los hechos aquí examinados configuran los delitos de doble homicidio calificado por el propósito de consumir otro delito, en concurso ideal con el de doble secuestro extorsivo calificado por el resultado (arts. 54, 80 inc. 7 y 170 CP., con las salvedades efectuadas por el sentenciante en cuanto a las leyes 20.642, 21.338 y 23.077).

5. Corresponde ahora referirse al grado de participación que le cupo al encartado con relación a tales delitos.

Guardando coherencia con mi opinión, en cuanto a que deseché una preordenación premeditada con la finalidad delictuosa ya conocida y consideré la existencia de un concurso formal entre los delitos, naturalmente no es posible asignar al procesado el carácter de instigador de los homicidios, como bien lo hizo el a quo respondiendo a su línea de pensamiento.

Por tanto, de acuerdo ahora con el sentenciante, queda por atribuir a Firmenich la calidad de coautor, bien que en lo atinente a la subordinación jurídica aquí arribada. Las razones expuestas en el fallo acerca de su intervención, sobre todo en cuanto al gobierno de las negociaciones y al dominio de la privación de la libertad, me llevan a igual conclusión.

Estimo que su quehacer realizado en las etapas ejecutivas del delito ya descriptas y con poderes decisorios respecto a la consumación del hecho, ha respondido a una división de trabajo donde cada uno de los coautores debía cumplir distintas funciones necesarias para la realización del evento y conforme a un plan concreto, dándose así el condominio del hecho.

La defensa sostiene que descartada la intervención personal de Firmenich "en toda la primera faz de la operación, sólo queda su aparición, en su carácter de Jefe de la organización Montoneros, frente a la prensa durante la conferencia".

Al respecto, es conveniente recordar que la intervención que se le reprocha es también en torno a un delito permanente y, por ende, basta para responsabilizarlo con tener presente su contribución en las restantes etapas del ilícito y haciendo jugar las reglas generales sobre la participación, con las que también se resuelven estos casos (Ver Blasco Fernández de Moreda, "Problemas básicos de la participación y de la autoría en el Código Penal Argentino", Jornadas Internacionales en la Universidad de Belgrano, Ed. especial La Ley, octubre de 1971, p. 74 y Guillermo J. Fierro, "Teoría de la Participación Criminal", p. 233).

Jeschek, una vez más aporta definiciones esclarecedoras para el caso, pues sostiene que "para la coautoría no rige el principio de la imputación por la accesoriedad, sino la inmediata imputación recíproca de todas las contribuciones al hecho que tienen lugar en el marco del común acuerdo". Agrega que la responsabilidad de los coautores llega hasta donde alcance el común acuerdo y un exceso puede también introducirse tácitamente en él durante la ejecución del hecho. Más adelante señala, que no es preciso que los coautores se conozcan entre sí, en la medida en que cada uno esté imbuido de la misma conciencia acerca de la colaboración de los otros. Por fin, expresamente dice que "quien tiene parte en el dominio del hecho no puede alegar que en realidad sólo tenía dolo de cómplice" (ob. cit., 939/944).

Tampoco debe olvidarse que destacada doctrina recoge como opinión dominante, aquella que acepta que para la contribución objetiva al hecho también es suficiente a veces "la ejecución de una simple acción de preparación o auxilio e incluso una simple colaboración espiritual", pero recomienda examinar con especial cuidado "si el 'minus de participación' en la real ejecución del hecho se equilibra con un correspondiente 'plus' en la planificación conformadora del delito y si respecto de la cuota en el común dominio del hecho se logra, por lo menos, el valor límite mínimo del llamado 'dominio funcional del hecho'" (conf. Wessels, "Derecho Penal - Parte general", Edit. De Palma, 1980, ps. 154 y 158). Con arreglo a esta fórmula, si se recuerda el preponderante papel del encausado en el proyecto delictivo concertado, no se requiere mucho esfuerzo para saber que en el caso su quehacer ha

superado con exceso el límite mínimo que autoriza a concluir que tuvo el “dominio funcional del hecho”.

A mayor abundamiento, y por último, es preciso considerar que el autor recientemente nombrado sostiene también que el jefe de una banda que proyecta el plan delictivo y organiza su ejecución, responde como coautor, aun cuando no esté presente en el lugar del hecho y sus ejecutores lo lleven a cabo solos, con arreglo a un convenio (ob. cit., ps. 153 y 155; en el mismo sentido y aludiendo también al jefe de banda que crea el plan y dispone quiénes serán sus ejecutores, Welzel, “Derecho Penal. Parte general”, p. 159, Ed. 11a.).

Por tanto, en mi opinión, Firmenich es coautor de los delitos ya referidos.

Inconstitucionalidad ley 20.642: 1. La defensa solicita al tribunal la declaración de inconstitucionalidad de la ley 20.642, en razón de que esta norma fue dictada por el Congreso en el año 1974, época en la que, a su entender, dicho Poder del Estado no tendría legitimidad por haberse conformado en orden a la reforma de la Carta Magna dictada por un gobierno de facto, el que en abierta contraposición a lo reglamentado en el art. 30 de la misma, dispuso variaciones en la composición de las Cámaras alta y baja de dicho cuerpo, así como en los períodos de sesiones, y en la duración de los mandatos, entre otras reformas.

Finaliza su extenso análisis, con la afirmación de que para este caso, y en virtud del principio plasmado en el art. 2 CP., no es de aplicación lo normado en el art. 170 de ese Código, según ley 20.642 que se ataca, sino que por el contrario, en caso de recaer sentencia condenatoria, únicamente rige ese artículo conforme a su texto original, que prevé menor sanción para el mismo delito.

2. En este planteo, es imprescindible a fin de aclarar la correcta normativa a emplearse, efectuar un pormenorizado análisis de lo que se ha dado en llamar conforme la obra de Albert Constantineau, “De Facto Doctrine”.

Nuestro país desde el primer gobierno irregular, en 1862, ha sufrido diversos mandatos de hecho o de “facto”, los que asumieron en su totalidad el Poder Ejecutivo y dispusieron la disolución de los Congresos Legislativos.

No es el caso a esta altura rever históricamente los gobiernos cuyo origen es ilegítimo o irregular, pero sí es atinente analizar el desarrollo de la jurisprudencia dictada por el más Alto tribunal respecto de las funciones legislativas que asumen estas autoridades anómalamente constituidas.

En una primera etapa la Corte, con formación de hecho, siguió un carácter estricto y prudente, negando esta facultad de legislar al ejecutivo de facto, pero al advertir la realidad consumada, en 1933, dicta el primer fallo en la materia (Fallos 169-309 y afirmó que “el funcionario de facto tiene las mismas facultades y atribuciones que el legal, y sus actos, realizados dentro del alcance de la autoridad oficial, asumida en el interés público o de terceras personas y no para su propio uso, no son inconstitucionales, sino válidos y obligatorios como si fuesen funcionarios de jure...” y agrega “puede llegar el caso que un gobierno surgido de la revolución, bajo la presión de la necesidad, propia de lo extraordinario de la situación, y en la ausencia de un congreso que colabore, para elevar una exigencia que él considere vital, use las facultades legislativas”.

A este marco restringido, en el fallo de la Corte Sup. de Just. de la Nación Municip. de la Capital v. Carlos M. Mayer, Fallos 201-249, se lo amplía con el siguiente concepto: “El gobierno surgido de la revolución... tiene toda las atribuciones que la Constitución Nacional acuerda al P. E. de derecho, así como las facultades legislativas necesarias para mantener el funcionamiento del Estado y cumplir los fines de la revolución... las normas de carácter legislativo dictadas por dicho gobierno... serán formalmente válidas en cuanto a los hechos realizados mientras aquél subsista, mas vuelto el país a la normalidad constitucional dejarán de regir para el futuro a menos de que el Congreso las reconozca válidas”.

Asimismo, en esta primera etapa que se extendería hasta la nueva Corte formada en 1947, se sostenía el principio de la potestad legislativa que sólo podrá ejercerse en casos de urgencia.

A partir de dicho año la jurisprudencia del más Alto tribunal de la Nación dio un vuelco en la concepción recién apuntada, toda vez que acepta el principio de reemplazo del Congreso con "plenitud de competencias iguales" y desaparece la distinción entre cuestiones urgentes (legislables) y no urgentes, y se convirtió a la "prudencia" en el único límite en la extensión y oportunidad en el uso de esta facultad legislativa (conf. "El Derecho Constitucional del Poder", Bidart Campos, ps. 407 y ss., Edit. Ediar).

Hasta aquí, he desarrollado un breve pero completo relato de las posiciones que sustentó la Sup. Corte de Justicia, en cuanto a la capacidad de legislar por parte del P.E. de facto. Ahora bien, otro aspecto de la cuestión y que evidentemente es el de mayor importancia para el caso, es el referente a la duración del tiempo de vigencia de las normas dictadas en estos períodos.

Nuevamente se diferencian claramente dos etapas en el criterio jurisprudencial; la primera apoyaba la caducidad de los decretos leyes al finalizar el período de hecho y la segunda aceptaba su continuidad, destacándose que en principio se exigía la ratificación de los mismos por parte del Congreso al ser restituido y finalmente este último requisito no fue necesario, pero sí lo era la expresa derogación.

Entre los primeros casos que sostienen la vigencia o continuidad de los decretos leyes, se encuentra el fallo "Ziella, Egidio v. Smiriglio Hnos." (conf. LL 114-361); "Nota los Decretos Leyes ante la Constitución Real", por Enrique y Marcelo Aftalión, LL 114-872), en el que la Corte expresa "que los decretos leyes dictados por el Gobierno de facto son válidos en razón de su origen y puesto que tienen valor de leyes subsisten aunque no hayan sido ratificados por el Congreso mientras no sean derogados por la única manera que éstas pueden serlo, es decir, por otras leyes (art. 17 CC.)".

Con posterioridad el Supremo Tribunal dicta el fallo Ferrocarril Oeste s/recurso extraordinario, del 7/11 /47, Fallos 209-274, en el que se suma a las consideraciones del Procurador General Dr. Carlos G. Delfino, en cuanto éste funda acabadamente la tesis de la continuidad jurídica, y a esos efectos se remite a la obra del positivista Hans Kelsen, el que afirma que: "El orden estatal no contiene limitaciones directas de la validez temporal de cada una de sus normas y sistemas normativos. Bajo el supuesto de que aquél es un sistema de normas variables, una norma jurídica permanece, fundamentalmente, en vigor en tanto que no es suprimida por otra de contenido contrario... La duración de validez de una norma sólo puede ser limitada por determinación jurídica positiva..." y concluye "Por ello jurídica y racionalmente no existe otra alternativa que, la siguiente: O los decretos leyes tienen fuerza de leyes y valen como tales desde el momento en que han sido dictados hasta tanto no sean derogados y entonces la derogación es superflua o, en cambio, siempre carecieron de validez, no siendo obligatorios ni siquiera bajo el gobierno de hecho que los dictó, hipótesis esta última inaceptable porque conduciría al caos, desde que el Estado —así sean sus órganos de jure o de facto—, no puede subsistir sin la potestad de legislar o condicionar, a los fines de la Carta Fundamental, la conducta de los ciudadanos en forma coactiva".

Del desarrollo anterior surge a todas luces evidente el rechazo de la solicitud de inconstitucionalidad de la ley 20.642, puesto que la reforma transitoria de la Constitución, a pesar de no haber sido efectuada como se dispone en el art. 30 CN., tuvo validez suficiente a los fines propuestos en la época de transición a la democracia que culminó con los correspondientes mandatos otorgados a las autoridades legítimamente electas por votación general, que en definitiva dictaron la norma que se impugna.

Como corolario de la doctrina expuesta y que desplegara el más Alto tribunal de la Nación, cobra singular relevancia lo dicho por ese cuerpo en el año 1973, en razón de la contemporaneidad con la validez que se impugna, en Fallos 286-62, en cuanto a que: "Las normas que dicta un gobierno de facto a título de leyes carecen en su origen de legalidad, pues no emanan del Poder Legislativo constitucional, pero pueden legitimarse en razón de su

efectividad. Esta consiste en la aplicación que hacen de ellas los gobernantes en sus actos, los jueces en sus sentencias y los particulares en su proceder, en tanto se atengan voluntaria o forzosamente a ellas como normas obligatorias”.

Por otra parte, el Gobierno de facto no podría haber llevado a cabo la reforma material de la Carta Magna por otro procedimiento que el que efectivamente utilizó, toda vez que es lógico que la propia Constitución no prevea entre sus normas procedimientos alternativos para el caso de que sea suspendida su vigencia como consecuencia de revoluciones o golpes de Estado.

Asimismo, llama a la reflexión el hecho de que la parte no reconozca la validez de la normativa dictada por el Congreso surgido de las elecciones generales convocada en aquella oportunidad, puesto que se trata del mismo cuerpo que dictara la amnistía general mediante la ley 20.508, invocada en su favor en el capítulo de las nulidades respecto de la agregación como prueba de causas beneficiadas con dicha legislación, restándole en consecuencia su valor probatorio y afirmando que en caso de su aceptación se violaría el derecho de defensa.

En definitiva, en caso de admitirse la pretensión de la parte en este punto, es de colegirse claramente que no sólo caería la norma que se ataca, sino que haría lo propio toda la normativa dictada por ese Congreso, lo que de conformidad con la doctrina antes señalada y aún vigente deviene en un todo improcedente.

La pena. a) Coincido con el Dr. Luft en cuanto se inclina por aplicar la pena de reclusión perpetua y no la de prisión con el mismo alcance, pero en lo que a mí respecta la elección se debe exclusivamente a la edad del procesado, su buen nivel de instrucción, demás condiciones personales e impresión recibida en la audiencia de conocimiento directo, elementos todos indicadores de un mayor reproche, pues revelan que contaba con posibilidades suficientes para evitar conductas ilícitas como las que desplegó. Asimismo tengo presente el alto índice de peligrosidad demostrado a través de las circunstancias de los hechos y los graves daños producidos lo que permite formular ahora un pronóstico probable de conducta, conforme a la valoración efectuada en consideración a todo lo recientemente consignado.

Las razones vertidas en el consid.11 del fallo —que recogen parte de las expuestas en la requisitoria fiscal en lo tocante al orden jurídico del país extraditante—, me llevan a admitir la imposición de la pena de reclusión perpetua, pero limitada su ejecución a la de 30 años de la misma especie, por lo que a ellas me remito "brevitatis causa", al igual que a las fundamentaciones normativas explicadas al tratar las nulidades en la presente (ap. 6).

b) Entiendo que no corresponde aplicar la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado, como lo hizo el a quo, habida cuenta de que comenzaría a correr a partir del vencimiento de la condena y, por ende, excedería la pena de 30 años impuesta por la sentencia extranjera como límite temporal de cumplimiento.

c) Corresponde al juez de 1a. instancia modificar la fecha de vencimiento de la condena impuesta, toda vez que de acuerdo a lo establecido en el art. 24 CP. procede computar por dos días de prisión preventiva uno de reclusión, cálculo que recién podrá efectuarse en ocasión de quedar firme este fallo. Consecuentemente, debe dejarse sin efecto la indicada en el punto dispositivo 3 de la sentencia.

Sanciones impuestas a los letrados: A f. 6384 la asistencia legal solicita que se dejen sin efecto las sanciones impuestas en los puntos 4 y 5 del fallo de 1a. instancia y la medida ordenada en el punto 8 del mismo dispositivo y que fuera tratada en el consid. 12.

Es menester aclarar que en razón de haber sido el Dr. Fernando Enrique Torres el único apelante en este sentido, corresponde analizar el tema tan solo a su respecto, toda vez que no puede esta alzada revisar las sanciones impuestas a los codefensores, por tratarse de resoluciones ceñidas exclusivamente a las conductas procesales de cada uno de los letrados. De tal modo, el agravio realizado conjuntamente, no puede extenderse a la totalidad de los patrocinantes, habida cuenta que no han interpuesto los pertinentes recursos para sus

respectivas defensas. Consecuentemente, considero que el punto dispositivo 5 del fallo ha quedado firme.

Esto no impide que en esta instancia se aplique también ahora una medida correctiva a los Dres. Semorile y Beatti, en atención a las expresiones que vertieron junto con el Dr. Torres en la presentación de f. 6249 efectuada ante este tribunal y que serán materia de evaluación en los párrafos que siguen.

Luego de una atenta lectura y análisis de los párrafos volcados por la asistencia técnica del procesado y que fueran motivo de sanción por parte del sentenciante, no puedo menos que decir que la valoración efectuada por el a quo al respecto ha sido por demás adecuada y mesurada.

Ello es así, toda vez que de los escritos presentados por la parte se desprende una constante y permanente agresión hacia el juez y el fiscal y también, ocasionalmente hacia terceros, manifestada con términos que considero van mucho más allá del “calor y ánimo político” e incursionan de lleno en el campo de los conceptos con contenido injurioso.

Me permito tan solo reproducir algunos de los pasajes cuestionados:

A f. 3337 vta. consta: “La temible dupla Juzgado- Fiscalía... arrasan con la garantía del debido proceso...”; a f. 3138 “...Las limitaciones del tratado de extradición impiden que la cosa sea más burda”; a f. 3126 “...como veremos en todo el transcurso de la causa en el sumario, la fiscalía privilegia el autoritarismo frente a la libertad, ya que obstaculiza el derecho a la defensa...”; a f. 3138 vta.: “Concluye la Fiscalía pidiendo la ampliación de indagatoria del Sr. Firmenich. Este naturalmente se niega a ser indagado en condiciones tan vejatorias...”. Lo transcrito, reitero, son tan solo algunas de las diatribas preferidas por la parte agraviada a lo largo del proceso.

Sus expresiones respecto de que no han sido injuriosas, no pueden ser acogidas favorablemente, toda vez que exceden el apasionamiento al que puede llevar una defensa y dejan traslucir un intento de menoscabar la dignidad y decoro de aquellos que se encuentran avocados a cumplir con una función que legalmente les ha sido asignada, o bien la de aquellos que son ajenos a este proceso, o que han tenido contacto con el mismo circunstancialmente por haber aportado elementos desfavorables para el procesado.

Menos excusas ofrece todavía que las ofensas fueran vertidas por escrito, pues sin duda es un medio que da más posibilidades de reflexionar y cambiar los conceptos agraviantes por otros que con la misma fuerza le hubieran permitido cumplir con su cometido, que no es otro que la defensa de su patrocinado.

Por otra parte, el Dr. Torres, no obstante haber sido sancionado por el juez en otra ocasión durante este proceso (ver incidente que corre por cuerda) y también en la sentencia debido a la expresión “autoritarismo”, entre otras, en esta instancia la vuelve a emplear a f. 6316 “in fine” y 6317; y en el sentido en que fue volcado no puede menos que tener un alto grado de carga injurioso, en razón de que es público y notorio en la realidad en que vivimos cuál es la traducción que se le asigna y cuáles son las circunstancias en que se la emplea.

Pero además, surgen de la lectura del legajo otras expresiones del mismo contenido consignadas por la defensa y que no han sido mencionadas por el sentenciante, tal como las que se leen a fs. 3157; 3160 vta. y 3161, que sólo indico a título ejemplificativo.

La defensa se queja también de las “críticas agrias” realizadas a su respecto por el ministerio público a través de los medios de difusión.

Escapa a toda lógica procurar justificar afrentas motivo de sanción, amparándose en la circunstancia de que otras, a su criterio, le fueron dirigidas públicamente por una de las partes aquí afectadas debido a esta cuestión; máxime cuando ni siquiera fueron vertidas en este juicio.

En el memorial presentado ante esta alzada abundan las frases con sentido irrespetuoso, y es aquí donde quedan sujetos a una nueva sanción los Dres. Semorile y Beatti como ya dijera anteriormente, la que también a mi modo de ver deberá soportar el Dr. Torres por su insistente inconducta.

En efecto, además del término "autoritarismo", que reiteran con el sentido y alcance antes explicado (y claramente desarrollado a f.3157), a f. 6309 se lee; "Si hay alguien que no puede hablar de amplitud de prueba es este Juzgado que maniató a la defensa, la esquivó con el secreto de sumario..." y continúa otros párrafos similares.

A f. 6310 dice: "Más adelante el Juzgado trata de hacerle decir a la defensa lo que no dijo..."

A f. 6315: "...en esta causa se han visto multiplicados los defectos del Código por falta de mensuración del Juzgado actuante".

Consecuentemente, atento que los nombrados profesionales Semorile y Beatti registran la sanción de apercibimiento, considero que en esta oportunidad cabe aplicarles como medida disciplinaria, una multa que ascienda a la suma de A mientras que al Dr. Torres teniendo presente que la que aquí propongo es la tercera entiendo que debe imponérsele el máximo legal que regía para esta especie de correctivo a la fecha de expresar agravios (art. 18 decreto ley 1285/58, con las aclaraciones de las leyes 17.116 y 21.708 y art. 3 resolución n. 50 de la Corte Sup.).

Finalmente y respecto a las actuaciones sobre la cuestión de privilegio que fueran acompañadas a la causa por la defensa y cuyo desglose ordenó en el fallo, comparto el criterio del juzgador de que es una circunstancia de agravación de la conducta procesal llevada a cabo por el Dr. Torres, debido a que no hace al objeto del proceso, ni tampoco a la mejor defensa de los derechos del imputado, sobre todo porque con anterioridad se dio una situación igual a raíz de una similar presentación.

En consecuencia, contrariamente a lo que se sostiene, esta cuestión no "hace a la causa". Y, en cuanto a que "da idea de cómo se luchó en este expediente", según también expresamente se destaca, debo decir que mediante la lectura de tales actuaciones, verdaderamente se aprecia, pero sólo en lo relativo a discusiones sobre temas ajenos y respecto a los cuales los letrados defensores ni siquiera fueron parte. Por consiguiente, procede homologar el decisorio también en este aspecto.

Honorarios. Habida cuenta que el procesado y el Dr. Torres al apelar de la sentencia no discriminaron cuáles eran los puntos motivo de agravio, que los recursos pertinentes en materia de honorarios no fueron concedidos y que al respecto guardaron silencio en esta instancia, entiendo que no corresponde avocarse a su tratamiento.

Atento el resultado del juicio, propongo fijar los honorarios del Dr. Torres por su labor en la alzada, en la suma de Australes ... que resultan de actualizar a la fecha los regulados en 1a. instancia, de acuerdo a los índices de precios al por mayor -nivel general- de los meses de abril de 1987 y agosto del corriente año y atendiendo a lo establecido en el art. 14 ley 21839.

En cuanto a los trabajos realizados por el Dr. Semorile, en consideración a iguales pautas, estimo que deben ser retribuidos en la cantidad de Australes ...

Por tanto, mi propuesta es la siguiente:

- 1) Rechazar el pedido de inconstitucionalidad de la ley 20.642; formulado por la defensa en esta instancia.
- 2) Confirmar el punto dispositivo 1 de la sentencia apelada por el que se rechazan las nulidades planteadas y no hacer lugar a las introducidas en esta alzada en cuanto al fallo recurrido.
- 3) Confirmar parcialmente los puntos 2 y 3 en cuanto imponen a Mario Eduardo Firmenich la pena de reclusión perpetua, con más la accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, limitando su cumplimiento a 30 años de la misma especie de pena, con costas, modificando en consecuencia la calificación, por considerarlo

coautor de los delitos de doble homicidio agravado por el propósito de consumir otro delito, en concurso ideal con doble secuestro extorsivo, calificado por el resultado y, dejando sin efecto la accesoria del art. 52 CP., así como la fecha de vencimiento de la pena impuesta, la que deberá fijar el juzgado de 1a. instancia mediante nuevo cómputo una vez firme este pronunciamiento. 4) Confirmar el punto 4 que aplica al Dr. Fernando Enrique Torres la multa de Australes ... e imponerle al nombrado igual sanción, cuyo monto asciende a Australes ..., y a los Dres. Gustavo Alberto Semorile y Osvaldo Joaquín Beatti aplicarles la sanción de multa de Australes ... 5) Confirmar el punto 8 por el que se ordena el desglose para su entrega al firmante de las piezas que obran a fs. 6001/89. 6) Fijar los honorarios del Dr. Fernando Enrique Torres por su labor en esta instancia, en la suma de Australes ... y los del Dr. Gustavo Semorile en la cantidad de Australes ... 7) Imponer costas dealzada.

La Dra. *Herrera* dijo:

El análisis exhaustivo y minucioso que el fallo de 1a. instancia y el voto de mi colega preopinante han efectuado sobre los cuestionamientos defensasistas acerca de la validez y efectividad de los elementos probatorios reunidos en autos y el rechazo de las nulidades articuladas me eximen de una nueva referencia al tópico a riesgo de resultar reiterativa.

Como corolario, parto de que la materialidad de los hechos enrostrados al procesado ha quedado suficientemente —y casi diría en exceso— demostrada. Y vierto esta aseveración por aquello de que los hechos más obvios, más públicamente desarrollados parecen en ocasiones los de más difícil comprobación conforme nuestro régimen jurídico. Porque los secuestros extorsivos aquí investigados, junto con otros hechos vergonzantes de nuestra historia delictiva de signo pretendidamente político deben haber sido unos de los más destacados a través de publicaciones, exposiciones verbales o filmaciones provenientes precisamente de la asociación ilícita que los llevó a cabo y por ende, conocedora de hasta sus mínimos detalles. Y quien era el conductor máximo de ella no puede ponerse en duda por razones similares de publicidad como también por el reconocimiento expreso efectuado por Firmenich en sede judicial. De todos modos, los hechos investigados han transitado los carriles procedimentales previstos en el derecho positivo vigente en el país y a través de estos con suficiente resguardo del derecho de defensa del procesado, se ha llegado a comprobar su materialidad y la responsabilidad que a éste le cupo en ellos como decía al iniciar mi voto.

En punto a las causales de justificación invocadas por el procesado Firmenich considero de interés detenerme en la que ocupó su atención preferencial en el alegato final que él prefirió pronunciar por sí ante este Tribunal por considerarse suficientemente solvente para proveer a su defensa. Y éste es el derecho de resistencia a la opresión, sobre el que sin duda han expuesto con acierto y profundidad el a quo y mi colega preopinante, lo que me exige de reiteraciones innecesarias.

Alega el jefe de la asociación ilícita Montoneros de un modo casi mesiánico, que era necesario su concurso activo para sanear la corrupción existente en el gobierno constitucionalmente elegido que a la sazón gobernaba el país. “Y allá fuimos”, agrega. Con todo lo que ello significó durante uno de los períodos más dolorosos de la Argentina.

El determinado orden de conductas que debe sustentar cualquier Estado —vid. Werner Goldschmidt, “La ciencia de la justicia”—, ha inducido a algunos a creer que debe estar imbuido de un contenido político de signo determinado, bajo pena de alterar su naturaleza. Y nada más alejado de la libertad del hombre. Si es verdad que éste no puede sobrevivir en sociedad de otro modo, no lo es menos que sólo el libre juego de las libertades individuales puede determinar el sistema en que decide desarrollar su vida. Pero la historia demuestra cuan habitual resulta que ciertos grupos de individuos se arroguen la facultad de seleccionar cómo debe vivir una generación, qué es conveniente, bueno, o malo para su desenvolvimiento. Y desde luego, esos grupos se sienten atraídos por el uso de la violencia, puesto que de otro modo la evolución social, siguiendo un cauce absolutamente natural desembocaría en su real elección en un tiempo que quizá resultara excesivo para los pretendidos conductores, apremiados por la necesidad de imponer su sistema. El hombre en la plenitud de sus facultades no requiere ser inducido a pensar de determinada forma; sólo precisa que le presenten opciones a partir de las cuales seleccionará el sistema que le permita desarrollarse en forma integral. No

hay individuos que puedan anular las mentes de otros, aun sintiéndose llenos de buenas intenciones, y por sobre todas las cosas, no hay violencia de ninguna orientación, que pueda justificarse entre los hombres. Los pueblos han demostrado sobradamente que pueden manejar su historia con naturalidad y en paz, si se les permite hacerlo.

El hecho de que los jueces que debemos juzgar los delitos subexamen seamos contemporáneos del procesado importa la ventaja de que hayamos transitado las mismas situaciones histórico políticas, lo que facilita la comprensión de aquellas circunstancias que a criterio de aquél lo compelieron a tomar las armas en contra del sistema imperante en la República. Esto pudo comprobarse en la larga entrevista que en virtud de lo dispuesto por el art. 41 CP. la Cámara celebró con Mario E. Firmenich, durante la cual éste describía circunstancias objetivas que rodearon a toda una generación. No pareció entonces una persona sometida a un proceso por alguno de sus actos. Exteriorizaba a mi modo de ver las cosas, que todo era producto de un accidente, tanto su detención como su enjuiciamiento.

Trató de dar una explicación política y no exteriorizó arrepentimiento alguno.

Pero también, la contemporaneidad a que hice mención facilita señalar, sin que ello implique emitir juicio de valor respecto de la forma en que se conducía el gobierno, que no se advierten configuradas las condiciones que exige en forma uniforme la doctrina, para justificar el extremo recurso de combatir con violencia aquellas formas, como bien lo señala el juez de 1a. instancia. En el país existían mecanismos legítimos para controlar los excesos, las arbitrariedades o corrupción que afectaron a las autoridades elegidas por el pueblo. Nada hemos visto que hubiera instrumentado la agrupación política que preside el aquí procesado. Por otro lado, optó por la clandestinidad, aunque hoy reconozca que fue un error. En definitiva, prefirió la violencia y por medio de ella tratar de imponer sus ideas.

La República Argentina ha exhibido en forma patética y elocuente a lo largo de su historia la forma en que ha erosionado su destino de país civilizado la inclinación mesiánica de ciertos grupos de variada ideología de conducir los destinos de sus habitantes, desdeñando los remedios establecidos por la estructura normativa, que en tales ocasiones han quedado reducidos a meros elementos decorativos sin efectividad alguna frente a la fuerza indiscutible de las armas y la violencia llevada a su máxima expresión. Para tales mesiánicos conductores quizá resultaba lento o innecesario acudir al convencimiento del pueblo para que mediante la instrucción cívica, que sin dudas resulta instrumento indispensable de la convivencia social, pudieran dar por tierra con los gobiernos inconvenientes o despóticos mediante los mecanismos constitucionales y haciendo valer el verdadero poder de la soberanía popular según ha sido concebida en la Carta Constitucional que otorgó perfil de Nación a la Argentina. Lejos de ello, se acudió con una reiteración inusitada a la ruptura institucional y más acá al libre juego de una violencia que derribó todos los límites imaginables de la naturaleza humana.

En medio de ello sucumbió toda una generación de argentinos.

El procesado Firmenich admite haber incurrido en un error histórico al disponer el pase a la clandestinidad de su grupo. Dice también que no tuvo otra opción que hacer uso del derecho de resistencia a la opresión.

A mi modo de ver, dicho "error" histórico fue el acto refundacional de una asociación ilícita que pretendió imponer sus ideas por la fuerza. Y digo refundacional, por cuanto esta asociación que dirige el aquí encartado, operó con anterioridad al gobierno constitucional instaurado en mayo de 1973, y supuestamente se incorporó al movimiento gobernante —al que manifestaba pertenecer— con el acto de olvido —amnistía— con que la sociedad política de aquel entonces resolvió su situación dándole una nueva oportunidad de convivir en una comunidad democrática.

Ese olvido es, repito, el que permitió su incorporación a la actividad política. También lo fue para la agrupación que dirige.

Si bien es cierto que la limitación extraditoria, nos impide inmiscuirnos respecto de Firmenich sobre la posible comisión del delito de asociación ilícita, tal circunstancia no obsta

que reflexione que debió ser también por ese olvido, por ese sacrificio que la sociedad política hizo de superar todo lo ocurrido con anterioridad a esa fecha, que en su conciencia debió imperar un criterio distinto, una posición espiritual distinta, que le evitara incurrir en lo que él llama error histórico de haber pasado a la clandestinidad. Porque el delito que no hemos de tratar ni analizar en toda su integridad por lo ya expuesto, tiene que ver, sustancialmente, con el peligro de comisión de otros delitos; y, en especial, con la preparación, sobre todo espiritual, que tienen sus integrantes, para perpetrar delitos en forma indeterminada.

Esta preparación espiritual es la que destaco, recordando la impresión que me produjo en oportunidad de la audiencia ya mencionada.

El procesado Firmenich ni siquiera ha alegado que intentara, antes de adoptar tan extrema decisión, poner en funcionamiento mecanismos legales —y pacíficos—, para neutralizar la corrupción que advertía en el sector gobernante, más allá de la vocinglera referencia panfletaria o vertida en actos partidarios. No ha mencionado que se hubieran promovido juicios políticos a jueces, legisladores o administradores venales, que se hubieran intentado denuncias formales o echado mano de tantas otras formas de control previstas en la normativa vigente que no es del caso enumerar. En términos de Bidart Campos, "Derecho Constitucional", t.1, no ha aducido haber agotado las instancias normales para remover la injusticia.

Por el contrario se recurrió a las armas —recurso que seguramente estimaron más rápido y convincente que el tratar de transmitir ideales a un pueblo educado en el desdén por la violencia—, en lo que, como lo esboza el juez de grado, más que una defensa de las instituciones de una Patria libre se muestra en mi criterio como el deseo de hacer predominar la particular óptica política del procesado y su entorno conductor sobre la que desarrollaba su antiguo aliado Perón y los herederos que había designado al frente del gobierno del país. Para justificar tan espuria finalidad grupal se apeló a la pretendida interpretación de la voluntad popular -como suele acontecer en casos similares-, y se inició una guerra sin cuartel en la que se impuso el secuestro —de las características de los que aquí se juzgan—, el asesinato y el terror indiscriminado de la población —sin duda no representada por éste—, como formas válidas de subsistencia. Y reitero que en medio de todo esto desapareció casi toda una generación de argentinos y se produjeron devastadores efectos en el ánimo del auténtico pueblo, del que con seguridad no ha logrado aún recuperarse.

En otro pasaje de su alegato considera el procesado que sólo el advenimiento de la justicia social pondría fin a su lucha, lo que inclina a preguntarse qué entiende por tal, no solamente porque nuestro país se halla enrolado en el grupo de aquellos que participan en la tendencia denominada constitucionalismo social — iniciada por la Constitución de México de 1917 y difundida internacionalmente por la de Weimar de 1919—, sino también porque precisamente una de las mayores críticas que dirigían sus opositores al gobierno durante el cual Firmenich consideró justificado recurrir a la violencia para luchar contra la opresión, radicaba en la excesiva participación que se había otorgado a representantes sindicales. Si se parte de las garantías individuales que se hallan consagradas en nuestra Carta Magna, que entre otras cosas permiten a los trabajadores verse representados por dirigentes por ellos elegidos y la activa participación que tenían varios de esos dirigentes en el gobierno de 1974, cabe preguntarse ¿a qué justicia social se refiere el procesado?. Si en su criterio se habían prostituido esos dirigentes, la reacción lógica era el cambio de hombres dentro del sistema que lo permitía, a menos que se intentara el cambio de sistemas desde la óptica de Montoneros, lo que deja en pie el interrogante de si ésta era también la de los trabajadores enrolados en los diferentes sindicatos. En realidad no parece factible que el procesado y el grupo bajo su comando recurriera al diálogo o la libre elección, cuando a través de sus consignas —como puede apreciarse en el video confeccionado por ellos—, reclamaban con insistencia notable el concurso de armas y municiones, como única alternativa y para cuya consecución debía recurrirse a cualquier medio, como el secuestro o el robo, hechos todos tipificados en el Código Penal.

Y aquí llegamos a otro punto que es mi intención tratar, sobre el que construye su argumentación defensiva el propio detenido.

Esto es, tratar de convertir en algo lícito, su accionar ilícito.

Pareciera un defecto compartido tratar de encontrar métodos justificativos de cualquier índole y para cualquier tipo de acción. No escapa a ello el procesado. Esto es, se trata de encontrar justificativos filosóficos supralegales.

En el caso de autos se invocó un derecho de resistencia a la opresión.

Tal posición, por todo lo expuesto, no resulta clara ni afortunada.

Como anticipé, los que me precedieron en la opinión analizaron exhaustivamente el derecho mencionado, pero quiero puntualizar que, en las condiciones históricas reseñadas las únicas causas de justificación son las que establece el Código Penal, y las que funcionan dentro de un Estado de Derecho, hasta tanto no sean modificadas por los mecanismos que la propia Constitución Nacional y las leyes determinan.

Es nuestra ley de fondo el Código Penal, la que delimita la cuestión.

En consecuencia, son las establecidas en este Código las únicas causas de justificación. O sea, que son éstas las únicas por las cuales son lícitos aquellos actos que por ser típicos, contienen un indicio de antijuridicidad.

Ello desde luego, partiendo de la conclusión supra expuesta de no darse en el caso la causa que justificara echar mano del derecho de resistencia a la opresión. Que además no era la de un adversario. Se trataba de una supuesta opresión dentro del propio partido gobernante.

La cuestión no resiste el análisis.

Resistir mediante la clandestinidad y pretender imponer sus ideas por la fuerza es más que un error de índole supuestamente política. Es un accionar, espiritualmente aceptado y objetivamente dirigido a un resultado previsto y querido.

Los delitos intencionalmente existentes que supone la asociación clandestina, son indeterminados al momento del pase a la clandestinidad. Pero dejan de serlo cuando se trata de un operativo concreto, como es el caso del que nos ocupamos. Aquí pasa a ser un delito predeterminado, concreto, con preparación, ideación y conducción, además de la propia ejecución.

Y llegamos así a la coparticipación criminosa. O sea la reunión para la ejecución de un delito determinado. Ese es el caso de autos, con las limitaciones que el propio acto extraditorio impuso.

Compartiendo la conclusión de mi colega preopinante en punto a la calificación de los hechos investigados considero de interés destacar, respecto de alevosía, que aun no dándose las condiciones objetivas y subjetivas que requiere la agravante, no deja de advertirse la diferencia que existía entre la capacidad de ataque del grupo captor y la de defensa de las víctimas, toda vez que poco era lo que podían hacer frente a 10 personas fuertemente armadas que rodearon los dos automóviles que debían detener. No obstante ello, aquéllas no quedaron inermes ni estaban atadas o en parecida situación que hiciera desaparecer totalmente el riesgo que pudieran correr los delincuentes, que aun mínimo, siempre existió, y ello pese al subterfugio de desviar la caravana hacia una calle menos concurrida, lo que lógicamente disminuía el peligro de enfrentamientos policiales, al ser menor la posibilidad de desplazamiento de agentes del orden por la zona. No puede perderse de vista que la importancia de las personas que debían proteger debió influir en la selección de custodias más capaces, los que aun sin haber podido reaccionar por la forma en que se desarrollaron los acontecimientos, no dejaban de comportar un determinado riesgo para los ejecutores.

Para concluir, y en orden a la pena, considero que mi distinguido colega preopinante ha arribado al respecto a la solución correcta, puesto que no es de aplicación la medida de seguridad que sentenciaría el juez de grado en el fallo recurrido, amén de las consabidas

diferencias existentes entre las medidas de seguridad y las penas, tanto en su naturaleza, como en su finalidad y conclusión.

Sin perjuicio de lo expuesto, y a mayor abundamiento, considero que proponer dicha medida eliminatória, implicaría sentenciar en violación al acuerdo extraditorio, toda vez que en el Derecho Penal de la República Federativa del Brasil no se contemplan este tipo de medidas de seguridad por la peligrosidad del agente (vid. arts. 96 a 99 CP. de ese país), donde se determinan las prevenciones a adoptar para sujetos de peligro.

Por otra parte, en el art. 42 del Código de esa República, se establece claramente que todos los tiempos que se sufran en privación de libertad en cualquier concepto, son considerados como períodos efectivos de prisión, por lo que es lícito colegir, que si se extiende la detención de Firmenich, aunque en nuestro Derecho es permitido por las distintas naturalezas de los institutos que rigen a la pena o medida de seguridad, se entraría a colisionar con lo pactado.

A su vez, en las notas al articulado del Código Brasileño, en la referencia al art. 98, se expresa claramente que se abolió el denominado "Sistema Binario", que define como la aplicación sucesiva de pena y medida de seguridad y con posterioridad a la reforma del 11 /6/84 se adoptó el "Sistema Vicariante" estableciéndose el mismo como pena para los imputables y medida de seguridad para los semiimputables o inimputables.

Adviértase también, que la plena vigencia del Estado de Derecho nos obliga, como integrantes del Poder Judicial a extremar el estudio y limitaciones que el propio acto extraditorio impuso al Gobierno Argentino. Ello, en especial, referido a los delitos que puedan ser juzgados, montos y tipos de pena.

Como colofón, adhiero a los fundamentos y conclusiones del voto que me precede.

El Dr. *Barral* dijo:

Correctamente desechadas —como lo han sido en el voto del Dr. Fossati— las nulidades articuladas por la defensa y las distintas impugnaciones que ella formuló acerca de la idoneidad de la prueba documental, instrumental y testimonial —sean por su origen, autenticidad o contenido—, debo tener por acabadamente demostrado, de conformidad con los elementos que en modo adecuado ha valorado el a quo, que luego de una exhaustiva investigación sobre la actividad y bienes de la familia Born, la organización "Montoneros" decidió el secuestro de los hermanos Juan Cristian Jorge Born y Jorge Born, hecho que se llevó a cabo —con la participación de aproximadamente 30 integrantes de la asociación ilícita— el día 19/9/74 en horas de la mañana, para lo cual se empleó una celada que desvió a aquéllos y su custodia de la ruta habitual, siendo capturados al bloqueárseles el desplazamiento con vehículos de mayor porte que los embistieron, oportunidad en que resultaron muertos por disparos de armas de fuego Alberto Luis Cayetano Bosch y Juan Carlos Pérez, acompañante y chofer, respectivamente, de los Born. A partir de entonces comenzaron a formularse distintas exigencias a la familia de los secuestrados entablándose tratativas que desembocaron a los 6 meses en la soltura de Juan Cristian Jorge Born, y posteriormente en la de Jorge Born, la que se cumplió el 20/6/75 en una conferencia de prensa secreta que ofreció el imputado. De las diversas prestaciones que debieron satisfacerse para lograr este desenlace, debe destacarse el pago de aproximadamente 60.000.000 millones de dólares que percibió la organización clandestina.

También considero suficientemente acreditada sobre la base de las apreciaciones del juez de grado y los aportes del vocal preopinante, que comparto, la intervención que se atribuye a Mario Eduardo Firmenich en los hechos de marras, y su consecuente responsabilidad penal.

El acabado tratamiento de las causas de justificación intentadas, tanto en la sentencia de 1a. instancia como en los votos precedentes, me eximen de volver sobre el derecho de resistencia a la opresión y la legítima defensa, toda vez que nada cabe añadir a lo allí expresado.

Acerca de que los homicidios deben ser calificados por su conexión final con otro delito, no me cabe ninguna duda. Reconozco, sin embargo, que se presenta alguna dificultad para determinar si se actuó con dolo directo o eventual. Las instrucciones generales adoptadas por la organización delictiva para este tipo de operaciones, donde se prevenía expresamente la "reducción y/o aniquilamiento de la guardia" que llevara la víctima del secuestro, permitirían inferir que existió una preordenación a homicidio para obtener dicha finalidad delictiva.

En este sentido, no parece absurdo deducir que los integrantes del grupo de ataque concurren al hecho anticipadamente dispuestos a matar, extremo que sólo se evitaría si se verificara una circunstancia extraña a su voluntad homicida, como era que al intentar el secuestro la custodia y acompañantes de los Born omitieran en absoluto cualquier resistencia. En otras palabras, podría suponerse que la decisión homicida existía concretamente asumida al iniciar la acción —ya que, por las circunstancias del caso, era prácticamente imposible descartar una resistencia—, y esa determinación criminal podría variar ante la pasividad total de los atacados. La condición para no matar, entonces, no dependía de ellos —ya que concurrían con designio homicida—, sino de la actitud que asumieran los emboscados. En este entendimiento podrá decirse que la decisión de matar no fue fruto del momento ni eventualmente aceptada, pues el propósito criminal ya existía desde el inicio del hecho y la falta de resistencia era casi imposible; tan es así que efectivamente debieron matar para cometer el secuestro, lo que demuestra que en definitiva, el curso de los hechos se ajustó precisamente a los pasos planificados, incluyendo la necesidad de aniquilar anticipadamente decidida. En estas condiciones, sería válido concluir que existió un dolo directo de consumir la agravante del CP. art. 80 inc. 7.

No obstante lo expresado, como de las circunstancias que con precisión detalla el vocal preopinante puede también admitirse que los homicidios hayan sido previstos sólo como un acontecimiento posible, y en resguardo del principio "favor rei", he de aceptar que aquellos sean atribuidos a título de dolo eventual, lo que de todos modos no excluye la calificante por su vinculación final con otro delito.

Corolario de lo expuesto es, necesariamente, la exclusión de la calificante relativa al concurso premeditado de dos o más personas, por las razones que se dan en el primer voto y, nuevamente aquí, en un exceso de celo para proteger el principio "in dubio pro reo".

En cuanto a la alevosía, entiendo que —como con total acierto lo señalan mis colegas— las circunstancias que revela este proceso imponen su eliminación en el caso, por no darse los supuestos que determinan su existencia.

Creo que los homicidios concurren materialmente con los secuestros, ya que se trata de hechos distintos que recaen sobre distintas víctimas y que también tienen diferentes adecuaciones típicas, con lo que se excluye la hipótesis del art. 54 CP. (Núñez, "Derecho Penal", t. 3, p. 57; Fontán Balestra, "Tratado", t. 4, p. 108; Creus, "Derecho Penal", t.1, p. 39; Terán Lomas, "Derecho Penal", t. 3, p. 111; Maggiore, "Derecho Penal", t. 4, ps. 288/89). Máxime cuando en la especie se atribuyen las muertes a título de dolo eventual, lo que supone una nueva determinación criminal concreta (distinta de la mera posibilidad antes aceptada) que se adopta en el momento preciso de ejecución, y con independencia relativa de la que primigeniamente llevaba el autor para cometer el otro delito. Son dos acciones distintas perfectamente diferenciadas: primero matan y luego secuestran, sin que deba atribuirse relevancia, en este aspecto, a la conexión final de la primera conducta con la segunda.

Admitida, pues, la concurrencia material de los delitos, prefiero encarar el tema de la participación que le cupo a Firmenich sobre la base de la teoría formal objetiva, con lo que habré de arribar a igual conclusión que el sentenciante de 1a. instancia. Debo aquí dejar precisamente aclarado que la tesis desarrollada por el Dr. Fossati resulta a todas luces acertada, a partir de la relación concursal que asignó a los delitos y adoptando como pauta de atribución los indicadores demostrativos del dominio del hecho por el imputado. Sin embargo, como anticipé, me inclino por resolverla participación en la medida de las acciones concretas que externalizan una conducta determinada, apreciándola desde la descripción típica y con ajuste preciso a las reglas suministradas al intérprete por el legislador en el Libro Primero, título

VII, del Código Penal. Creo que con ello se brinda mayor resguardo al principio de la ley previa que consagra el art. 18 CN., evitando una atribución extensiva como autor de las figuras contenidas en ese cuerpo sustantivo a quienes no han ejecutado ninguna de las conductas típicas allí descriptas.

Partiendo, entonces, de la concepción arriba citada, y dando por realizadas las conductas que el a quo asignó al procesado, cabe concluir, como aquél lo hizo, que los homicidios le son atribuibles a Firmenich a título de instigador en los términos del art. 45 último párr. CP., desde que aprobó la operación del secuestro —que incluía la previsión del homicidio— y dio la orden para que ella se llevara a cabo, determinando así directamente a otros a cometer los delitos, pero sin tomar parte, en esta etapa, en la ejecución del hecho. La circunstancia de que el dolo de los autores de los homicidios se haya caracterizado como eventual, no modifica la atribución al instigador toda vez que éste es también responsable por los hechos del instigado que pudo prever y que, pese a ello, no lo detuvieron en su decisión de determinarlo al delito (Fontán Balestra, “Tratado”, t. 2, p. 491; Soler, “Derecho Penal argentino”, t. 3, p. 294; Ricardo Núñez, “Tratado de Derecho Penal”, t. 2, p. 301; Fierro, “Teoría de la participación Criminal”, p. 271, Hans Heinrich Jeschenk, “Tratado de Derecho Penal”, t. 2, p. 957).

En cuanto a los secuestros extorsivos, si bien en una primera faz su participación quedó en el campo de la instigación, al intervenir posteriormente de manera directa en las negociaciones y en la retención de las víctimas, hasta su personal acto decisivo mediante el cual liberó a Jorge Born, lo convierten en coautor, desplazando aquella primera participación accesoría. Y aun extremando el concepto, como lo propone la defensa para excluir la comisión por Firmenich de cualquier acto típico, no podría escapar de su encuadre como cómplice primario (art. 45 CP.), toda vez que la colaboración prestada a la empresa delictiva, brindando a su cometido todo el aparato de la organización que conducía, que fue lo que posibilitó en definitiva el éxito de la operación y la impunidad de los autores materiales, lo colocan en esa situación. En síntesis, sea como coautor o como cómplice primario—definiciones que conllevan igual reproche—, su conducta queda alcanzada por la ley penal y debe responder ante la sociedad.

Por último, comparto plenamente la solución acordada a las demás cuestiones que han tratado quienes me preceden en esta sentencia, referidas al rechazo de la inconstitucionalidad articulada respecto de la ley 20.642, a la pena aplicable y a las restantes materias accesorias (sanciones a los letrados, honorarios y costas).

En definitiva, y con las salvedades antes apuntadas —que no modifican en sustancia la decisión final a aplicar en la especie— adhiero a los votos de los Dres. Fossati y Herrera.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, se resuelve: 1) Rechazar el pedido de inconstitucionalidad de la ley 20.642 formulado por la defensa en esta instancia.

2) Confirmar el punto dispositivo 1 de la sentencia apelada por el que se rechazan las nulidades planteadas y no hacer lugar a las introducidas en esta alzada en cuanto al fallo recurrido.

3) Confirmar parcialmente el punto 2 en cuanto impone a Mario Eduardo Firmenich la pena de reclusión perpetua, con más la accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, limitando su cumplimiento a 30 años de la misma especie de pena, con costas, modificando en consecuencia la calificación, por considerarlo coautor de los delitos de doble homicidio agravado por el propósito de consumir otro delito, en concurso ideal con doble secuestro extorsivo, calificado por el resultado y, dejando sin efecto la accesoria del art. 52 CP. (arts. 54, 80 inc. 7 y 170 CP.).

4) Dejar también sin efecto la fecha de vencimiento de la pena impuesta (punto dispositivo 3), la que deberá ser fijada por el juzgado de 1 a instancia mediante nuevo cómputo una vez firme este pronunciamiento (art. 24 CP.).

5) Confirmar el punto cuarto que aplica al Dr. Fernando Torres la sanción de multa de Australes ...

6) Imponer al nombrado letrado una nueva sanción de multa, cuyo monto asciende a Australes ... (art. 18 decreto ley 1285/58; leyes 17.116 y 21.708 y art. 3 resolución 50 de la Corte Sup.).

7) Aplicar a los Dres. Gustavo Alberto Semorile y Osvaldo Joaquín Beatti, como medida disciplinaria, una multa de Australes ... (art. 18 decreto ley 1285/58; leyes 17.116 y 21.708 y art. 3 resolución 50 Corte Sup.).

8) Confirmar el punto 8, por el que se ordena el desglose para su entrega al firmante de las piezas que obran a fs. 6001 /89.

9) Regular los honorarios del Dr. Fernando Enrique Torres por su labor en esta instancia, en la suma de Australes ..., y los del Dr. Gustavo Semorile en la cantidad de Australes..., (art. 14 ley 21.839).

10) Imponer al condenado costas en la alzada (art. 29 inc. 3 CP.).

— Hugo R. Fossati. — Marta Herrera. — Jorge E. Barral.