

Poder Judicial de la Nación

//doba, 17 de noviembre de dos mil ocho.-

Y VISTOS:

Estos autos caratulados: "**CORNEJO TORINO, Jorge Antonio y GATTO, Marcelo Diego p.ss.aa. ESTRAGO EN F.M.R.T. (Expte. 42-C-06 - 48/2007)**", reunidos en acuerdo los Jueces integrantes de la **Sala A** del Tribunal a los fines de emitir pronunciamiento con motivo de la audiencia del art. 454 del C.P.P.N., en virtud de los recursos de apelación deducidos en primera instancia, respectivamente, por la defensa técnica de Carlos Saúl Menem, a cargo de los Dres. Carlos Hairabedian y José M. D'Antona, por la defensa técnica de Heriberto Jorge José Gerardo Baeza González, a cargo de los doctores Norberto Giletta y Gerardo Ibañez, por la defensa técnica de Norberto Osvaldo Emanuel, ejercida por la Defensora Pública Oficial Ad Hoc Dra. Gabriel Emilse Miranda, y por la querellante particular Ana Elba Gritti con el patrocinio letrado de los Dres. Aukha N. Barbero Becerra, Ricardo Monner Sans y Horacio G. Viqueira, en contra de la resolución dictada con fecha 15 de Agosto de 2008 por el Señor Juez Federal Subrogante de Río Cuarto, Dr. Oscar Armando Valentinuzzi, obrante a fs. 20.011/20.074 de autos, que dispone: "**RESUELVO: 1-** DICTAR auto de PROCESAMIENTO sin prisión preventiva en contra de **Carlos Saul MENEM**, sin sobrenombres o apodos, de nacionalidad argentina, de 77 años de edad, de estado civil divorciado, de profesión abogado, Senador de la Nación por la Pcia. de La Rioja, domiciliado en calle Cerrito 950 - Hotel Presidente - Buenos Aires, nacido en La Rioja el día 02-07-1930, hijo de Saúl (f.) y de Mohibe Akil (f.), titular del D.N.I. N° 6.705.066; de **Heriberto Jorge José Gerardo BAEZA GONZALEZ**, sin sobrenombres o apodos, de nacionalidad argentina, de 76 años de edad, de estado civil viudo, de ocupación jubilado autónomo, domiciliado en calle Guido N° 2660 4° piso de la Capital Federal, nacido en Guaymallén Mendoza, el día 09-07-1931, hijo de Heriberto BAEZA GONZÁLEZ (f.) y de Alicia GARCÍA DE ROSAS (f.), titular del D.N.I. N° 6.846.117; de **Norberto Osvaldo EMANUEL**, sin sobrenombres o apodos, de nacionalidad argentina, de 68 años de edad, de estado civil casado, actualmente jubilado, domiciliado en Avda. Figueroa

USO OFICIAL

Alcorta N° 3700 5° piso de la Capital Federal, donde nació el día 14-05-1939, hijo de Alfredo (f.) y de Carmen BARROS (f.), titular de la C.I.P.F.A. N° 4.579.784; en orden al delito de Estrago Doloso agravado por muerte de personas en grado de coautoría - por el hecho que fueran indagados (Cfme. art. 186 inciso 5° y 45 del Código Penal). **2-** DISPONER la TRABA DE EMBARGO sobre bienes de los encartados Carlos Saul MENEM, Heriberto Jorge José BAEZA GONZALEZ y Norberto Osvaldo EMANUEL, en lo suficiente hasta cubrir la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS (\$ 200.000-), importe en que han sido estimadas provisoriamente las costas del proceso. A tal fin, deberán librarse los exhortos de práctica. **3-** DICTAR auto de FALTA DE MÉRITO a favor de **Martín Antonio BALZA**, sin sobrenombres o apodos, de nacionalidad argentina, de 73 años de edad, de estado civil casado, de profesión Militar ® con el grado de Teniente General, actualmente embajador de la República Argentina en la República de Colombia, domiciliado en calle Santa Fe N° 2130 2° piso "A" de la Ciudad autónoma de Buenos Aires, nacido Salto Provincia de Buenos Aires el día 13-06-1934, hijo de Martín (f.) y de Ana Rosa DUHAU (f.), titular de la C.I.P.F.A. N° 4.832.479; **Raúl, Julio GOMEZ SABAINI**, sin sobrenombres o apodos, de nacionalidad argentina, de 71 años de edad, de estado civil casado, de profesión militar del Ejército ®, General de División, actualmente retirado, domiciliado en calle José Hernández N° 2176 3° "B" de la Capital Federal, donde nació el día 05-08-1936, hijo de Raúl Julio GÓMEZ (f.) y de Rosa Elena SABAINI (f.), titular de la L.E. N° 4.851.098; **Antolín MOSQUERA**, sin sobrenombres o apodos, de nacionalidad argentina, de 67 años de edad, de estado civil casado, de profesión General de Brigada ® del Ejército Argentino, actualmente retirado, domiciliado en calle Güemes N° 4426 1° piso "D" de la Ciudad autónoma de Buenos Aires, nacido en 04-06-1939, hijo de Antolín (f.) y de Josefina Rosa MAGRI (f.), titular del D.N.I. N° 4.878.872; **Jorge Jesús EZCURRA**, sin sobrenombres o apodos, de nacionalidad argentina, de 63 años de edad, de estado civil casado, de profesión Ingeniero en automotores y Coronel ® de Ejército, de ocupación empleado de una empresa dedicada al

rastreo y seguridad vehicular, domiciliado en calle Baradero N° 96 de Vicente López, Provincia de Buenos Aires, nacido en la Capital Federal el día 30-12-1943, hijo de Benito Secundino (f.) y de Virginia Angela CALVEIRA (f.), titular del D.N.I. N° 4.427.138 y **Máximo Rosendo GROBA**, sin sobrenombres o apodos, de nacionalidad argentina, de 70 años de edad, de estado civil casado, de profesión General de División R, actualmente jubilado, domiciliado en calle 3 de Febrero N° 1256 piso 18° "C" (C.P. 1426) de la Capital Federal, nacido en la ciudad de Buenos Aires el día 07-06-1937, hijo de Rosendo (f.) y de María Rosa LAVAGNINO (f.), titular de la L.E. N° 4.860.427, en orden al delito por los que fueran indagados, hasta la aparición de nuevos elementos que puedan demostrar lo contrario (cfme. art. 309 correlativos y concordantes del C.P.P.N.). Regístrese y hágase saber."

Y CONSIDERANDO:

I. ACERCA DE LA APERTURA DE LA PRESENTE INSTANCIA

Que se presenta a esta Sala la cuestión de responder a los recursos de apelación interpuestos en contra del decisorio de fecha 15 de Agosto de 2008 –cuyo fragmento resolutivo se lee transcrito en el párrafo precedente– por la defensa técnica de Carlos Saúl Menem, a cargo de los Dres. Carlos Hairabedian y José M. D’Antona, por la defensa técnica de Heriberto Jorge José Gerardo Baeza González, a cargo de los Dres. Norberto Giletta y Gerardo Ibañez, por la defensa técnica Norberto Osvaldo Emanuel, a cargo de la Defensora Pública Oficial Ad Hoc Dra. Gabriela Emilse Miranda, y por la querellante particular Ana Elba Gritti, con el patrocinio letrado de los Dres. Aukha N. Barbero Becerra, Ricardo Monner Sans y Horacio G. Viqueira.

II. RESPECTO DE LOS HECHOS E IMPUTACIONES

En orden a las imputaciones que se ventilan en la presente causa cabe tener presente, en primer lugar, que en el auto impugnado se ha ordenado el procesamiento sin prisión preventiva en contra de Carlos Saúl Menem, Heriberto Jorge José Gerardo Baeza González y Norberto Osvaldo Emanuel, en orden al delito de Estrago doloso agravado por la muerte de

personas, en grado de coautoría (arts. 186, inciso 5, y 45 del Código Penal y art. 306 del Código Procesal Penal de la Nación). Asimismo, se ha declarado la falta de mérito a favor de Martín Antonio Balza respecto del citado delito, por el que oportunamente fuera indagado (art. 309 del C.P.P.N.)

En concreto, se atribuye a los imputados de mención haber provocado, el día 03 de noviembre de 1995, aproximadamente hacia las 08:55 horas, **por intermedio de persona o personas** cuya identidad a la fecha aún se desconoce, **de manera intencional, programada y organizada, el incendio de un tambor de 200 litros de capacidad que, presuntamente, habría contenido en su interior mazarota de trotyl o trotyl de descarga.** Dicho tambor se hallaba depositado en un tinglado existente en la **Planta de Carga de la Fábrica Militar de Río III** (Pcia. de Córdoba), próximo al edificio 1-2, recipiente que, al incendiarse, habría transmitido el fuego al resto de tambores similares existentes en el lugar y, tras una rápida propagación (de pocos minutos), tuvo como efecto dos explosiones simultáneas ocurridas en el mismo tinglado, presuntamente en un cierto y determinado direccionamiento de la onda expansiva.

Asimismo, luego de transcurridos unos minutos de ese primer estallido y con idéntica modalidad (intencional, programada y organizada), se les atribuye a los mismos imputados haber provocado, por intermedio de persona o personas cuya identidad a la fecha aún se desconoce, otra explosión de mayor magnitud que las anteriores en los **Depósitos de Expedición y Suministro** situados hacia el sector sur de la Planta de Carga, en cuyo interior se hallaba una gran cantidad de explosivos, municiones y proyectiles. Esta detonación habría generado –por simpatía– una importante onda expansiva que dispersó centenares de proyectiles y esquirlas sobre la población y viviendas adyacentes de la localidad de Río III, con una violencia extraordinaria, afectando con mayor gravedad al Barrio Las Violetas, como así también a otros ubicados en las inmediaciones de la Fábrica Militar de Río III, establecimiento dependiente por entonces de la

Poder Judicial de la Nación

Dirección General de Fabricaciones Militares como entidad pública estatal descentralizada del Estado Nacional.

Atento a las hipótesis planteadas en la instrucción, dicho accionar habría tenido como móvil delictuoso el presunto objeto de ocultar un significativo faltante de proyectiles, municiones y/o explosivos que debían haber estado depositados en dicha planta.

Conforme a la diferencia que resulta de contrastar la pericia contable efectuada en autos (que, en base al último balance realizado el día 31.10.1995, ascendía a las **72.405** piezas de artillería, entre proyectiles, y/o cartuchos y/o tiros completos) con la documentación aportada por las autoridades a cargo entonces de la fábrica (en cuyos registros constaban **58.422** unidades, 49.948 proyectiles y 8.474 cartuchos), ello evidenciaría una grave irregularidad y/o imprecisión contable deliberada dentro de la F.M.R.T. y la D.G.F.M.

Surge así un **faltante aproximado a las 35.576 unidades**, entre el monto total peritado y lo recuperado posteriormente por el personal de seguridad actuante después del suceso ocurrido el 3.11.1995, así como de piezas de artillería en un número aún no determinado, circunstancia a la que se le ha atribuido potencialmente una posible vinculación con el tráfico de armas y proyectiles que se investiga en el marco de la causa caratulada "SARLENGA, Luis Eutaquio y otros p.ss.aa. Contrabando" (Expte. N° 8.830/95), con trámite ante la Justicia Nacional en lo Penal Económico de Capital Federal.

En cuanto a las gravísimas consecuencias derivadas de estos hechos, no está de más recordar que costó la vida, de manera directa y/o indirecta, a siete personas, a saber: **Aldo Vicente Aguirre, Leonardo Mario Solleveld, Romina Marcela Susana Torres, Laura Andrea Muñoz y Hoder Francisco Dalmaso** el mismo día **3 de noviembre de 1995**, mientras que **José Andrés Varela y Elena Sofía Ribas de Quiroga** fallecieron **los días 4 y 7 del mismo mes y año**, respectivamente, así como también deben contarse numerosas lesiones físicas y psíquicas de diversa consideración a un número no determinado de

personas, sumadas a los cuantiosos daños materiales a la población de la ciudad de Río Tercero, que hasta la actualidad no han sido determinados con exactitud.

III. EN CUANTO AL FALLO IMPUGNADO

Respecto de la resolución de primera instancia cabe reseñar, en forma sucinta, que en ella se enuncia primeramente el hecho que motivó el inicio de las actuaciones y las consiguientes imputaciones delictivas que pesan sobre los imputados y, seguidamente, se enumeran las pruebas colectadas a lo largo de la instrucción y, en lo sustancial, las declaraciones indagatorias de los imputados.

Sobre la base de tales elementos, se han realizado allí una serie de consideraciones teóricas acerca de la participación criminal, para postular que la investigación se orientó esencialmente a determinar la materialidad de los sucesos y el posible móvil de los mismos. Así, la instrucción arriba a la hipótesis de que los mismos habrían sido intencionales, con el posible antecedente en las operaciones de venta ilegal de armas y/o contrabando agravado que se investiga por ante el Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 3 de Capital Federal, en los autos caratulados "SARLENGA, Luis Eustaquio y otros p.ss.aa. Contrabando". De tal manera, estas dos cuestiones -materialidad y móvil- son los elementos que, a criterio del Juzgador, deben ser tenidos en cuenta para el análisis de la responsabilidad penal de los acusados.

Siguiendo los lineamientos fijados por este Tribunal de Alzada en relación con la situación procesal de los co-imputados de autos (Sentencia de fecha 19.06.2008, L° 288 F° 75), se deja a salvo que -con independencia de cualquier discusión doctrinaria en torno al tema- corresponde aplicar al caso las reglas específicas del Código Penal Argentino, en todo lo concerniente a los institutos de autoría y participación criminal.

A renglón seguido la resolución impugnada plantea, en atención al esquema de responsabilidad resultante de la estructura de poder, que las complejas cuestiones vinculadas a esta cuestión se manifiestan respecto de la

Poder Judicial de la Nación

criminalidad estatal, dado que la estructura propia del Estado, con sus enormes recursos económicos y humanos y sus cadenas de funcionarios conformadores de una gigantesca burocracia, resulta ser la organización que mejor se adapta para este tipo de casos.

En tal sentido, el Magistrado subraya que, en casos semejantes, el denominado "hombre de atrás" no necesita recurrir ni a la coacción ni al engaño (hipótesis tradicionales de autoría mediata), puesto que sabe que, ante el incumplimiento de tareas por parte de uno de los muchos eslabones que han de colaborar en la realización de los delitos, de inmediato entrará otro en su lugar, sin que la ejecución del plan en su conjunto y en sus objetivos se vea perjudicada.

A continuación, la resolución se ocupa de analizar los hechos atribuidos y su relación con los imputados a la luz de las probanzas colectadas.

En primer lugar, el decisorio aborda la situación procesal de Norberto Osvaldo Emanuel, señalando que, en su condición de Sub-Interventor de la Dirección de Fabricaciones Militares, le cabe responsabilidad en la ejecución del hecho que se le endilga, en grado de coautor. El instructor entiende que, dada su condición, en modo alguno pudo ignorar el cuadro de situación de la Fábrica Militar de Río Tercero, a la época de las explosiones.

Enfatiza el Juez de instrucción en la trascendencia del panorama general de la fábrica, habida cuenta que -según ha dicho- habría constituido un escenario ideal para perpetrar los actos que luego se producirían o, bien, para facilitar y armar un teatro de operaciones a efectos de desconcertar a la opinión pública y así ocultar el verdadero propósito de las explosiones -perfectamente programadas y organizadas- tras la apariencia de un accidente.

La resolución redunda en la idea de que tal panorama no pudo ser desconocido por el Sub-Interventor de la Dirección General de Fabricaciones, por lo que resta credibilidad a las afirmaciones de este imputado, cuando

USO OFICIAL

pretende sostener que su responsabilidad en la Dirección General sólo competía a las empresas residuales (siendo que se trataba del estamento donde se realizaban las ventas), ello no obstante su pormenorizado relato sobre el modo de funcionamiento del Comité de Comercialización, que reconoció presidir.

En atención a una serie de argumentos contenidos en el pronunciamiento, así como a los fundamentos oportunamente vertidos con relación a los co-imputados Carlos Jorge Franke y Edberto González de la Vega, el Magistrado estima que se encuentran reunidos en autos los elementos de cargo suficientes para dictar el procesamiento de Norberto Osvaldo Emanuel, en los términos prescriptos por el art. 306 del C.P.P.N.

En el siguiente punto el decisorio examina la situación procesal de Heriberto Jorge José Gerardo Baeza González, para lo cual toma especialmente en cuenta el dominio del hecho dentro del sistema organizativo de la Fábrica Militar de Río Tercero, según los fundamentos desarrollados en el auto interlocutorio de fecha 26 de octubre de 2007, en el que el Inferior sostuvo que tal circunstancia no era desconocida por la Dirección General de Fabricaciones Militares, organismo del cual dependía la mencionada fábrica militar.

A continuación la resolución impugnada afirma que, del conjunto de pruebas recopiladas en la causa y tras analizar el hilo conductor de los acontecimientos, es factible inferir que lo ocurrido antes y después de la explosión habría sido el resultado de decisiones adoptadas en el marco de una organización integrada por individuos con asiento en Buenos Aires y en la propia localidad de Río Tercero, desde donde se impartieron las órdenes del acto criminal.

De acuerdo con ello, el Juez afirma, con el grado de probabilidad requerido, que las decisiones sobre lo acontecido en Río Tercero habrían sido adoptadas por funcionarios que tenían bajo su órbita el manejo de la Fábrica Militar y, al respecto, expresa que la adopción de

Poder Judicial de la Nación

órdenes a tales efectos no habría podido darse de otro modo que poniendo en movimiento ciertos eslabones de la intrincada maquinaria estatal, partiendo del propio vértice de la estructura, esto es, de quien detentaba la Presidencia de la Nación y constitucionalmente revestía el cargo de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas.

En este sentido, el Juez remarca la circunstancia de que todo lo que ocurría en Río Tercero era directamente manipulado desde la Dirección General de Fabricaciones Militares, cuyo funcionamiento dependía del Ministerio de Defensa de la Nación, es decir, del Poder Ejecutivo Nacional, y, dentro de dicha estructura, aparece la figura de Baeza González, quien desplegaba una función asimilable a la de Vice Ministro, cuya denominación técnica era la de Secretario de Asuntos Militares, cuya propia naturaleza era cubrir las cuestiones estrictamente militares, figura que es asimilada por el instructor como una pieza de articulación del plan, al interrogarse acerca de qué otro era el más indicado que el Asesor en Asuntos Militares, perteneciente al Ministerio de Defensa, en la órbita del Poder Ejecutivo Nacional y, por ende, con rango de jerarquía superior en relación a la Dirección General de Fabricaciones Militares y como su consecuencia a la Fábrica Militar de Río Tercero.

Al respecto afirma que, conforme el sistema de estructura vertical y de conectividad entre los mentados organismos y dependencias, existe un fuerte grado de probabilidad de que Baeza González fuese conocedor de todo lo atinente a la existencia de material de guerra, de los faltantes en la Fábrica Militar de Río Tercero, del manejo en la conducción de la misma y demás pormenores, así también como de que los mismos datos que estaban dentro de la esfera de su conocimiento eran transmitidos por su iniciativa al Titular del Poder Ejecutivo Nacional o por requerimiento de éste.

En consonancia con ello, entiende que el imputado de mención debía, por su función, conocer el dictado de los decretos que fueran, en definitiva, utilizados para la exportación ilegítima de armamento de guerra a Ecuador y

Croacia que, incluso, debió haberle sido consultado, requerido o prestado su asesoramiento.

Con relación a Heriberto Baeza González, el pronunciamiento toma en cuenta su condición de asesor en Asuntos Militares del Ministerio de Defensa y, por ende, del Poder Ejecutivo Nacional, lo que -en opinión del Instructor- lo coloca en situación de tener acabado dominio del hecho y de operación dentro del mismo.

Por último, se hace referencia a cierta intención de desviar el conocimiento de la opinión pública, proporcionando nombres y apellidos comunes de víctimas de la explosión, que, según luego se corroboraría, nada tenían que ver con aquellas personas que efectivamente perdieran la vida en el estrago doloso. Todo ello conduce al Juez a afirmar la existencia de semiplena prueba respecto de la participación de Baeza González en la comisión del ilícito, dictando así su procesamiento (art. 306, C.P.P.N.).

En el capítulo siguiente, el auto impugnado analiza la situación procesal de Carlos Saúl Menem, a cuyo efecto introduce algunas disquisiciones en torno a la tesis del dominio del hecho. En este contexto pone de resalto que no existe por parte del órgano directivo una responsabilidad genérica o difusa en materia penal por todo lo que suceda en la organización y que, justamente, la división de funciones, la organización jerárquica y la delegación de tareas persigue asegurar ámbitos de competencia con cierta autonomía y libertad, a fin de obtener una mayor dedicación a los temas específicos que se distribuyen, una mayor especialización y, a la vez, un mayor grado de compromiso.

Continuando esta línea de razonamiento, el Juez advierte que, en materia penal, el delegante no queda totalmente excluido de responsabilidades por el solo hecho de delegar sus funciones y que los delitos de comisión han de complementarse con la variante de la omisión, cuando quien omite -junto con otros requisitos acumulativos- resulta ser garante para evitar el resultado.

Propugna, así, que la posición de garante es precisa para que la no evitación de un resultado lesivo pueda

Poder Judicial de la Nación

equipararse al del propio agente causal positivo y castigarse con arreglo al precepto que sanciona su producción. Previo a analizar la estructura del tipo de comisión por omisión, el Inferior pone de resalto que el causante tiene deberes que le imponen cuidar que los peligros que se deriven de la propia organización respecto de los bienes jurídicos que el derecho protege.

Se trae luego a colación la causa "SARLENGA, Luis Eustaquio Agustín y otros s/contrabando de armas y material bélico", en la que, con fecha 07.09.2007, se ordenó el procesamiento del imputado, indicándose entonces que Menem estaba a cargo de uno de los poderes públicos del Estado y que su intervención se vincula a la firma de los decretos Nº 1697/91, 2283/91 y 103/95, lo cual tuvo lugar en ejercicio de una de sus atribuciones presidenciales vinculadas con las autoridades administrativas militares o internacionales de la Nación.

Prosigue la resolución citando extractos de aquel dispositivo, para señalar que tales decretos habrían permitido que se configurara la situación fáctica y que, cuando menos, Menem habría advertido la posibilidad de que las armas no tuvieran por destino Panamá y Venezuela, sino que fueran desviadas a un país en conflicto, siendo así que esta advertencia implica el decaimiento del principio de confianza en sus subordinados, toda vez que habría resultado evidente que los depositarios de aquella confianza no habrían actuado conforme lo esperado de su rol.

Ya adentrándose en el tratamiento de la situación procesal de Menem, el Juez menciona que, a la época de los hechos, revestía el cargo de Presidente de la Nación y que, en dicha calidad, era el Jefe Supremo de la Nación, Jefe del Gobierno y responsable político de la administración general del país. Conforme el texto constitucional, desde el momento en que el Presidente de la Nación conserva la Jefatura de la Administración, le cabe el control de los actos que emite, en tanto pueda observarse desviación de poder en ellos. Resalta, en tal sentido, que la finalidad del acto administrativo – honesta, verdadera, no encubierta, ni falsa, etc.– según su

causa, objeto y/o contenido, proporciona una pauta de control de eventual desviación de poder. Así, se indica entonces que el texto constitucional ubica al Presidente en la "posición de garante" de los bienes jurídicos tutelados, función que fue efectivamente ejercida por el encartado Menem al momento de concretarse los hechos delictivos de autos.

Continúa describiendo que la comandancia del Presidente de la Nación es política, militar y administrativa y que la coordinación de la jefatura militar del Presidente se instrumenta por medio del Ministerio de Defensa, a cargo de las responsabilidades básicas de defensa nacional en caso de guerra, así como de intervenir en el nombramiento de los cargos superiores que le están subordinados, administrar justicia y disciplina militar a través de los tribunales que de aquél dependan. A ello suma que, como primera autoridad militar del país, el Presidente ejerce en última instancia la función disciplinaria, mandando a cumplir la sanción impuesta por los organismos y autoridades pertinentes.

De esa manera, el Magistrado deja en claro que la atribución de disposición de las fuerzas armadas, organización y distribución es ejercida por el Presidente, reglamentando y aplicando las disposiciones normativas que corresponde dictar al Congreso Federal.

Sentado así este criterio, destaca la resolución que, al momento de los hechos, Menem ejercía la función pública en uno de los Poderes del Estado y, cumpliendo ese rol específico de Presidente de la Nación, tuvo intervención en el dictado de los citados Decretos N 1697/91, 2283/91 y 103/95 mediante los cuales se permitió la venta de armamento al exterior.

Se remite una vez más al decisorio de fecha 26.10.2007, donde se dejó asentado que la Fábrica Militar de Río Tercero tuvo un rol protagónico en el tráfico ilegal de armas, municiones y pólvora en la Argentina, entre los años 1991 y 1995. Afirma en tal sentido que, de acuerdo a la prueba reunida, la Fábrica Militar de Río Tercero operó como centro de almacenamiento y distribución de pertrechos que salieron clandestinamente del país rumbo a Ecuador y Croacia.

Poder Judicial de la Nación

Ahonda en las responsabilidades que, al respecto, les cabrían a los directivos de la propia fábrica, así como a los encargados de Producción Militar y Comercialización de la Dirección General de Fabricaciones Militares, y menciona extremos significativos, tales como la flexibilidad absoluta de controles (especialmente el día y hora del suceso, 03.11.1995), el ingreso de material bélico que se camuflaba con pintadas de otros países y el faltante de material de guerra (tal como lo corroboran las pericias técnicas), movimientos de vehículos que ingresaban y egresaban sin especificación de destinos, cargas y descargas de material sin el debido registro contable, etc.

Siempre siguiendo los razonamientos del auto cuestionado, se destaca que, habiendo tomado estado público dicha operatoria ilegal con armamentos y tras develarse en el orden interno e internacional la torpe intención de lucrar con las operaciones, se tornaba necesario ocultar el origen, las formas y los medios utilizados para llevar a cabo ese accionar ilegal.

De ello se infiere que la explosión habría obedecido a decisiones adoptadas en Buenos Aires, en el centro mismo del poder, y que, necesariamente, implicó poner en movimiento engranajes de la maquinaria estatal para llevarla a cabo, partiendo del propio vértice de la estructura, la Presidencia de la Nación, por entonces ejercida por Menem.

Puntualiza que la ley N° 12.709 –regulatoria del funcionamiento de la Dirección General de Fabricaciones Militares–, más específicamente en sus artículos 3 y 6, inserta la industrialización del material de guerra con destino a exportación, no obstante lo cual observa que tal material, calificado como sensible, de acuerdo a lo prescripto por el Decreto N° 603/92 y sus modificatorias, requiere la aprobación previa de la Comisión especial indicada por la norma; extremo éste que no fue respetado en los mencionados Decretos N° 1697/91, 2283/91 y 103/95. Enfatiza, por tanto, la relevancia de la intervención del

USO OFICIAL

imputado en la suscripción de diversos actos jurídicos de aquel tipo.

El Inferior plantea que es preciso ampliar la imputación a otras responsabilidades funcionales superiores, en concreto, hacia la esfera política, señalando al funcionario de la Cartera de Defensa Heriberto José Jorge Gerardo Baeza González, a quien le atribuye pleno conocimiento del asunto y relación inmediata en el tema con el ex Presidente, como asesor en Asuntos Militares.

A la vez la resolución resalta, como hecho altamente sugestivo, la interpretación que pretendió imponer a la opinión pública el Presidente –inmediatamente después de acaecido el suceso y antes de cualquier pericia o inspección– como un hecho puramente accidental, para lo cual el decisorio cita concretamente las intervenciones públicas de Menem en dicha oportunidad. En función de todo ello, entiende que corresponde ordenar el procesamiento de Carlos Saúl Menem, como coautor del hecho investigado.

El último capítulo de la resolución se ocupa del tratamiento conjunto de la situación procesal de Martín Antonio Balza, Raúl Julio Gómez Sabaini, Antolín Mosquera, Jorge Jesús Ezcurra y Máximo Rosendo Groba. Sostiene, al respecto, que en razón de sus funciones todos ellos conocieron acerca de la vinculación existente entre la Dirección General de Fabricaciones Militares y el Ejército, así como de la existencia de convenios de trabajo entre ambas instituciones y, en particular, que material bélico perteneciente al Ejército Argentino fue remitido a la órbita de la Dirección General de Fabricaciones Militares con el supuesto fin de reparación y/o re-potenciación.

No obstante ello, el Magistrado plantea que no concurren elementos que permitan vincularlos con el hecho investigado, toda vez que evalúa que, si bien es cierto que la relación comercial entre el Ejército y la Dirección General de Fabricaciones Militares existía, no se comprobó que hubiera sido algo más que ello –una relación comercial– y que el Ejército no tenía injerencia en las decisiones que se adoptaran en la órbita de la Dirección General de

Fabricaciones Militares, sin perjuicio de que algunos de sus integrantes tuviera grado militar.

Repara en el informe brindado por el General Brinzoni, a requerimiento del Teniente Coronel Martín Antonio Balza, fechado 02.05.2000, cuyo fragmento transcribe, y pondera que el mismo hasta el momento no ha sido conmovido. Asimismo, tampoco encuentra el magistrado elementos que permitan desvincularlos definitivamente de los hechos investigados y, en consecuencia, declara la falta de mérito con relación a los mismos.

Por último, el Juez de instrucción destaca la inactividad del Ministerio Público Fiscal y de la querrela, en cuanto a arrimar a autos elementos que de algún modo pudieran haber corroborado la convicción que pusieron de manifiesto al momento de proponer la recepción de declaración indagatoria del personal militar, conforme lo peticionado en sendas requisitorias de fs. 18.873/18.888 y 18.905/18.910.

IV. SOBRE EL CONTENIDO DE LAS APELACIONES

Dicho decisorio fue impugnado por las respectivas defensas técnicas de los imputados Carlos Saúl Menem, Heriberto Jorge José Gerardo Baeza González y Norberto Osvaldo Emmanuel, así como por la querellante particular Ana Elba Gritti, mediante respectivas presentaciones glosadas al expediente, lo cual resulta, precisamente, el motivo de apertura de esta instancia procesal.

a) El abogado defensor **Dr. Norberto A. Giletta**, en representación de **Heriberto J. J. G. Baeza González**, sustenta el remedio impetrado en los siguientes motivos: en primer lugar, precisa que la resolución atacada agravia los derechos constitucionales de defensa en juicio y debido proceso legal que asisten a su defendido, toda vez que quiebra lo estipulado en el art. 123 del Código Procesal Penal de la Nación, al estimar que, sin fundamentos válidos suficientes, resuelve el procesamiento de su defendido y, en consecuencia, es nula.

Prosiguiendo con el desarrollo de los motivos, refiere que la incorporación del nombrado al proceso fue un reclamo de la querrela con una endeble base, y sobre ella el

USO OFICIAL

Juez lo indagó, imputándole por cargos sin precisa definición, al entender que se le achaca alguna forma de participación en la voladura del arsenal militar y en la producción de muertes por su actuación anterior. Afirma que luego lo procesa por considerar que, de alguna forma, debe haber intervenido en el hecho antes de que sucediera. Por considerar inexistentes los medios de prueba en orden a la participación endilgada a su defendido, estima arbitraria la imputación y solicita se haga lugar al remedio intentado. Hace reserva de protestar en casación y de acudir ante la Corte Suprema de Justicia.

En ocasión de informar ante esta Alzada, el abogado co-defensor **Dr. Gerardo Ibañez** desarrolla extensamente sus argumentos y comienza advirtiéndolo acerca de que su defendido en un primer momento no comprendió la imputación que recaía sobre su persona y que, por esta situación, es que con posterioridad solicitó ampliar su indagatoria, adjuntando entonces copia del Decreto n° 1041/95 y del organigrama del Ministerio de Defensa. En este contexto, señala el letrado que tanto se parta de la hipótesis de un accidente como de un hecho intencional, Baeza González es totalmente ajeno al mismo.

Continúa con su informe, relatando que su defendido, con fecha 05.10.2005 (fs. 14.719/25), declaró como testigo en la causa y refirió todo lo que conocía según los datos que le daba Groba. Considera que no hay ningún elemento que señale cuál conducta puede atribuirse a su pupilo procesal, ello pues el mismo no tenía relación alguna con la Dirección General de Fabricaciones Militares y ni siquiera fue imputado en la causa "Armas", ni menos mencionado en ella.

Agrega que Baeza González fue llamado a indagatoria solamente por el escrito presentado por la parte querellante, y en ello se basó el Juez para asignarle coautoría en la comisión del hecho. Remarca el letrado que la Dirección General de Fabricaciones Militares no tenía ninguna relación con la Secretaría que estaba a cargo de su asistido, mencionando que sí tenía que ver con lo económico, por ser

Poder Judicial de la Nación

especialista, Etchechoury, pues Baeza González ni siquiera era idóneo para tales cuestiones. Refiere que todo ello lo demuestran las pruebas aportadas en la ampliación de la indagatoria, las que -puntualiza- no son prueba nueva porque la normativa del Decreto ya existía sino que se acercaron a autos como un fundamento.

Ante preguntas formuladas por el Tribunal, el letrado informante expresa que Baeza González solamente podía ejercer funciones de Viceministro en caso de viaje y siempre que no existiera ninguna otra autoridad dentro del Ministerio. No obstante lo cual, el día de los hechos, y mucho tiempo antes, Baeza González no había asumido la función de Vice-ministro, añadiendo que aún así su defendido habría tenido que atravesar por áreas que no eran de su responsabilidad.

Menciona luego que, teniendo el mismo grado Baeza González que Etchechoury, podría haber sido Viceministro Etchechoury, afirmando el letrado que eran autoridades paralelas, que Baeza González tenía a su cargo las Fuerzas Armadas y no las empresas y que en materia de defensa era más idóneo Baeza González que Etchechoury que era el especializado en la parte económica. En cuanto a la posibilidad de que Baeza González haya podido ser el número uno del Ministerio de Defensa, el defensor expresa que Camilión renunció unos meses antes que Baeza González y entiende que esa fue la única ocasión en que quedó como Ministro hasta que asumió Jorge Domínguez en el cargo de Ministro, puntualizando que ocurrieron las explosiones era Ministro Camilión y fue quien viajó a Córdoba, dando las órdenes e instrucciones.

En el desarrollo de la exposición de agravios, el Dr. Ibañez plantea que el Juez valora en su resolución que, dentro del Ministerio de Defensa, aparece con nitidez la figura de Baeza González, expresando el letrado que no entiende cuál es la nitidez si en once años de investigación nunca se lo mencionó a su defendido. Refiere que el Juez cae en error al hacer una inferencia con el nombre de la Secretaría que encabezaba su asistido, sosteniendo que Baeza

USO OFICIAL

González no podía ordenar nada a la Dirección General de Fabricaciones Militares, ni lícito ni ilícito.

La defensa expresa luego que la Dirección de Fabricaciones Militares en ningún momento estuvo a cargo de Baeza González y, ante preguntas del Tribunal, refiere que cree que en los actos preparatorios de un decreto interviene todo un sistema burocrático, agregando que, de hecho, en la causa "Armas" hay imputados por ello.

Finalmente, el recurrente precisa su petición, requiriendo a este Tribunal se dicte el sobreseimiento del nombrado, de conformidad con el art. 336 inc. 4 del C.P.P.N. y, subsidiariamente, para el caso que resten diligencias probatorias, se dicte la falta de mérito. Hace reserva de recurrir en casación y en extraordinario federal. (v. acta de audiencia de fecha 04.11.2008, incorporada a fs. 20.823/30vta. de autos).

b) Al presentar su apelación los **Dres. Carlos Hairabedian y José Miguel D'Antona**, en representación de **Carlos Saúl Menem**, ponen en cuestión el pronunciamiento, al enumerar los siguientes puntos de agravio: "a) La existencia del hecho conforme fuera intimado a su defendido; b) La participación atribuida y c) La existencia de vicios en el procedimiento que vulneran garantías constitucionales de nuestro defendido".

En ocasión de informar verbalmente ante esta Alzada, esta parte recurrente desarrolla extensamente tales motivos. En concreto, el codefensor **José M. D'Antona** refiere que en la resolución cuestionada hay un razonamiento falaz, pues a su criterio el Juez hace caso omiso de lo dispuesto por esta Cámara Federal de Apelaciones sobre la calificación legal de la participación criminal. Repara en que no existe prueba alguna y que, sin embargo, se ha dispuesto su procesamiento. Añade que Menem llega al proceso 11 años y 344 días después del hecho -31 días antes de que expire la pena máxima prevista-, afirmando que su llegada se debe a una frase vertida por su defendido el mismo 03.11.1995 en la ciudad de Río Tercero "...El gobierno Argentino les está diciendo que se trata de un accidente y no de un atentado.

Poder Judicial de la Nación

Uds. tienen la obligación de difundir esta palabra, no de entrar a dudar de lo que estamos diciendo. El que duda debe tener algún fundamento y no una llamada anónima que pueda hacer algún irresponsable...".

Meritúa que ello no puede ser considerado como prueba, ni siquiera como un indicio por lo cual valora como grave el hecho de que el Juez transcribiera textualmente estas palabras del escrito de la querellante y encima agrega "...su contundencia me exime de efectuar mayores comentarios...". A ello el letrado informante se pregunta cual contundencia lo exime al señor Juez de motivar o fundamentar y agrega que mucho menos explica de que manera se produce la legal incorporación de esta supuesta prueba.

Se detiene el Dr. D'Antona en la mención de que esta frase fue dicha por Menem en Río Tercero a escasas horas del acontecimiento, con la información que el primer mandatario tenía por lo que le había informado el Ministro de Defensa, para arrimar cuota de tranquilidad a la sociedad conmocionada.; ello no quita que en lo político pueda ser cuestionado.

Plantea un nuevo interrogante el letrado sobre cómo se llega al procesamiento de su pupilo procesal ya que ni siquiera está en autos el Ministro de Defensa que es el N° 2 de la estructura.

Tras ello, la defensa indica que en la presente causa estamos frente a nulidades de carácter absoluto, las que plantearon en una oportunidad y que llamativamente fueron rechazadas a las dos horas por el Juzgado instructor. En tal sentido, solicita se declare la nulidad de la resolución n° 474, de fecha 05.10.2007, obrante a fs. 18.920, en cuanto dispuso citar a indagatoria a Carlos Saúl Menem, sustentando el planteo en los arts. 166, 167 inc. 2 y 168 del Código Procesal Penal de la Nación por incumplimiento de las exigencias de los arts. 123, 65, 69, 180, 188 *in fine* y 294 del mismo texto legal.

La parte arguye que la resolución impugnada vulnera garantías del debido proceso, en cuanto el Inferior ha dado por cumplidos los requisitos del art. 188 *in fine* del

C.P.P.N. y considera acreditado el grado de sospecha del art. 294 de la ley ritual. Agrega que el Ministerio Público Fiscal no realizó el acto de requerir instrucción sino que se limitó a decir que no encuentra objeción a que el señor Juez recepte indagatoria a los señalados por la querellante. Entiende que, lejos de realizar requerimiento, el Ministerio Público Fiscal ha opinado de manera condicional, remitiéndose a lo que el Juez considere que ese estado de sospecha salga del escrito de la querellante.

Sostiene que la inobservancia de estos preceptos torna insubsanablemente nula la decisión, por no ser fundada, ni motivada, ni fundamentada. Solicita en consecuencia la declaración de nulidad de la resolución N° 474, en cuanto dispuso la citación a indagatoria de Carlos Saúl Menem.

Por otra parte, el letrado analiza el agravio por el cual considera la inexistencia del hecho tal cual fue intimado a su defendido, pues al plantear el Instructor que Río Tercero fue el medio para el fin del contrabando, entiende que la causa es una hipótesis basada en otra hipótesis. Advierte el apelante que el Juez, en una hoja y media, resolvió la situación procesal de cinco imputados e hizo referencia a la inactividad del Ministerio Público Fiscal y de la parte querellante para acercar pruebas, aunque no sostuvo lo mismo respecto de su asistido.

De esta forma, la defensa solicita la suspensión del ejercicio de la acción penal respecto de Carlos Saúl Menem por existir una causa penal sin sentencia previa conforme el art. 10 del C.P.P.N.

Sintetiza la petición en los siguientes términos: en primer lugar, solicita que se declare la nulidad absoluta de la resolución N° 474 (fs. 18.920/vta.), dictada el día 05.10.2007, y de todos los actos consecutivos que de ella dependan (art. 172 del C.P.P.N.); en segundo lugar, requiere se ordene el sobreseimiento parcial de la presente causa a favor de Carlos Saúl Menem (arts. 336 inc. 2° C.P.P.N.), o en su defecto se disponga falta de mérito en su favor, atento a la inexistencia del hecho (arts. 309 C.P.P.N.); y, subsidiariamente, atento a existir una cuestión de

prejudicialidad penal de la cual depende indefectiblemente la existencia del delito que se investiga en los presentes autos, pide se actúe conforme a derecho y, en consecuencia, se suspenda la acción penal entablada hasta tanto recaiga sentencia firme en la causa supra referida (arts. 10 y 11 del C.P.P.N.).

La exposición de la parte es complementada por el co-defensor **Dr. Carlos Hairabedian**, quien manifiesta que la resolución N° 378 del 15.08.2008, causa agravio a esa defensa, en atención a la participación criminal, ya que considera que el Instructor, de manera simulada, no ha acatado el fallo de esta Cámara Federal de Apelaciones.

Siguiendo con el informe, el letrado meritúa que si se desvinculó a Camilion y se lo ha vinculado a Menem, no entiende la manera en que puede haber tomado parte del estrago doloso. Plantea el interrogante de cual fue la participación en la orden del hombre de atrás y cual fue la convergencia con los otros imputados, agregando que Menem nunca pudo cooperar en la comisión del ilícito y que hay total falta de elementos probatorios. Al respecto, aduce que su defendido no accionó el botón y ordenó llevar a cabo el plan por el comentario hecho a la prensa. Finaliza solicitando se revoque la resolución N° 378 en cuanto dispuso el procesamiento de Carlos Saúl Menem por el delito de estrago doloso y, en consecuencia, se ordene su sobreseimiento. (v. acta de audiencia de fecha 04.11.2008, glosada a fs. 20.823/30vta. de autos).-

c) En lo que concierne al recurso de apelación deducido por la **señora Defensora Público Oficial "Ad Hoc", Dra. Gabriela Emilse Miranda**, en representación de **Norberto Osvaldo Emanuel**, tal como lo expone en su escrito recursivo, se agravia por considerar que la resolución de procesamiento dictada en contra de su defendido adolece de una serie de yerros procesales.

En primer lugar, refiere agraviarse con respecto a la calificación legal atribuida, y señala que los fundamentos expuestos por el a-quo contrastados con la

USO OFICIAL

totalidad de las prueba colectadas y la figura atribuida a su defendido, evidencia una total incoherencia e incongruencia.

Sobre el punto, analiza que la figura no sólo implica producirla de propia mano sino también contribuir eficazmente a causarlo mediante actos comisivos o permitiendo que ello suceda cuando se está obligado a impedirlo; en ese sentido, una simple omisión de deberes no puede caer bajo esta tipificación legal.

Desde esta perspectiva, considera que no existe en autos prueba de cargo alguna que vincule a Emanuel con el hecho por el cual se encuentra imputado y procesado, sobre todo porque el encargado no se encuentra vinculado a la causa en que se investiga sobre la venta ilegal de armas a Croacia y Ecuador.

Prosigue argumentando que la resolución en cuestión agravia a su defendido en relación con la "coautoría mediata" que se le asigna. Al respecto esgrime la inexistencia de elementos de juicio que indique que Emanuel ejercía el dominio del hecho y que tampoco está probado que al momento de los hechos la Dirección General de Fabricaciones Militares se haya encontrado al margen del Estado de Derecho; por ello, tras desarrollar algunas consideraciones, afirma que su aplicación es poco menos que imposible en la presente causa y que carece de fundamentos en relación a la situación procesal de su asistido.

Seguidamente precisa los agravios, refiriendo que no encuentra en el plexo probatorio obrante en autos el más mínimo elemento de cargo en contra de Emanuel, y que tampoco existen elementos de juicio que indiquen quién o quiénes fueron los sujetos de los que supuestamente se habría valido su asistido para provocar el estrago que se le atribuye.

La defensa sostiene que encuentra una total orfandad de argumentos probatorios para fundamentar el dictado del auto de procesamiento en contra de Emanuel. Así, pone de relieve que su pupilo procesal ejercía funciones meramente contables, y que se pretende atribuirle el mal funcionamiento de la Fábrica Militar de Río Tercero cuando, a su entender, ha quedado aclarado que a él sólo le competía

Poder Judicial de la Nación

funcionalmente la contabilidad de las fábricas dependientes de la Dirección General de Fabricaciones Militares y no así lo relativo a las vicisitudes que podían llegar a provocar el déficit en que se encontraba.

Añade que se encuentra hartamente probado que quien ejercía el control directo de la Fábrica Militar de Río Tercero era el Director de Producción, de lo que surge que había otro cargo en la Dirección General de Fabricaciones Militares que tenía el deber de contactarse directamente con las fábricas militares y de quien recibían las órdenes.

Finalmente aclara que su asistido no tenía ningún tipo de incidencia en las determinaciones y movimientos que involucran a las fábricas militares dependientes de la Dirección General de Fabricaciones Militares; que no tenía el deber de conocer el estado de las mismas, toda vez que esa función pertenecía a otro cargo y jerarquía ejercida por un militar en la Dirección de Producción, y que al imputado sólo le competía la evaluación de las finanzas. Indica que lo contrario implicaría pensar que el Juez ha incurrido en el error de procesar a su asistido sólo por el cargo jerárquico que ocupaba dentro de la Dirección General de Fabricaciones Militares. Por todo ello, solicita se revoque el decisorio en crisis y se dicte el sobreseimiento de Norberto Osvaldo Emanuel.

En lo que atañe al contenido de esta apelación - según los términos del desarrollo efectuado en audiencia ante este Tribunal, por la **Sra. Defensora Oficial Dra. María Mercedes Crespi**-, cabe puntualizar que la parte se agravia de la disposición de procesamiento sin prisión preventiva dispuesta en contra de Emanuel, como probable coautor del delito de Estrago doloso, por el que oportunamente fuera indagado en autos (v. acta de fecha 10.11.2008, cuya copia obra glosada a fs. 20.835/39 vta. de autos).

En ocasión de informar ante esta Alzada la **Sra. Defensora Pública Oficial Dra. María Mercedes Crespi**, en ejercicio de la defensa técnica de **Norberto Osvaldo Emanuel**, realiza, en primer lugar, una descripción sobre las consideraciones llevadas a cabo en el decisorio apelado. Así,

frente a la postura del Juez de no dar credibilidad a la postura defensiva de su asistido y de considerar que, por su cargo, no pudo desconocer las condiciones de la Fábrica Militar de Río Tercero, la letrada informante encuentra en este razonamiento una falacia de falsa causa que consiste en mal identificar la causa de un hecho al razonar "...como era sub-interventor debía saber...", ello implicaría que todo lo que sucede en un ámbito a su cargo lo debe saber.

Postula que en el derecho penal la imputación debe ser subjetiva, conforme la pauta constitucional consagrada en el art. 18, y arriba a la conclusión de que el Juez recurre a esta falacia porque no tiene forma de probar, afirmando que cuando un juez resuelve sin pruebas incurre en arbitrariedad. Continúa con su informe refiriendo que el Juez nunca precisa el grado de participación que tendría Emmanuel en los hechos, ni prueba cuál habría sido su aporte.

Luego, trae a colación lo valorado en el decisorio respecto de la indagatoria prestada por Mosquera de quien colige, por las probanzas de autos, que son mentira y, sin embargo, luego se le dicta la falta de mérito poniéndolo en mejor situación procesal que a su pupilo, en orden al cual, insiste, no hay elemento de prueba alguno que desvirtúe sus relatos. Afirma en este sentido que es el Estado el que debe probar, y en la medida en que no reúna pruebas de cargo debe dictar la falta de mérito por el principio de inocencia y la duda a favor del reo.

La letrada refiere después a la circunstancia de que su patrocinado no fue nunca citado en el marco de la causa "Armas", lo que obedece a que no conocía ni tenía participación en la venta de armas. Con relación a la participación criminal, considera que el Juez ha incurrido en un prolijo "corta y pegue" de teorías, no resultando posible saber cual de ellas sigue en definitiva. Expresa que encuentra en el Magistrado una locura por citar a autores alemanes, pero tergiversa la doctrina por no comprenderla, advirtiendo que la misma no tiene ninguna relevancia práctica en nuestro derecho penal.

En atención a lo dicho, la Defensora Oficial

Poder Judicial de la Nación

califica el fallo de arbitrario, contradictorio y carente de motivación. Finalmente, introduce la cuestión federal, por no constituir una derivación razonada del derecho vigente y por afectación del art. 18 de la Constitución Nacional y de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Solicita, en definitiva, la revocación del auto apelado y el dictado del sobreseimiento a favor de Norberto Osvaldo Emanuel.

d) Por último, la querellante particular, **Ana Elba Gritti**, con el patrocinio letrado de los **Dres. Aukha N. Barbero, Ricardo Monner Sans y Horacio G. Viqueira**, direcciona el remedio impugnatorio intentado con relación a la falta de mérito de Martín Antonio Balza, reclamando su procesamiento como coautor de estrago doloso agravado.

Motiva la apelación en la condición que Balza revestía al momento de los hechos, esto es, en su posición al frente al Ejército Argentino.

Encuentra demostrado que, si bien en lo formal Fabricaciones Militares revistaba en jurisdicción ajena a la del Ejército Argentino, en lo sustancial la incidencia del Ejército -por tanto, de su Comandante en Jefe- ha sido determinante. En este contexto, transcribe extractos del resolutorio de esta Alzada de fecha 19 de junio del corriente año.

Prosigue así detallando todos los elementos que, a su juicio, dan cabal apoyo a su razonamiento. Al respecto apunta que los militares que necesariamente debían estar al frente de las fábricas militares, eran calificados por el Ejército Argentino y que, por lo tanto, debía haber una compenetración importante; que los oficiales del Ejército que prestaban servicios en la Dirección General de Fabricaciones Militares y en las distintas Fábricas Militares eran Oficiales Ingenieros Militares; que los nombraba y los removía o trasladaba el Ejército, así como que a sus sueldos los pagaba el Ejército; que los ascensos o castigos eran dispuestos por el Ejército, siendo su Jefe Balza; que, al cabo, todos los oficiales que se hallan hoy con procesamiento firme dependían de Balza.

USO OFICIAL

Trae a colación el testimonio del ex Ministro de Defensa Camilion, quien reconoce que la Dirección de Fabricaciones Militares y las Fábricas Militares eran destinos militares. Entiende que la ignorancia no puede ser invocada en el expediente porque en la realidad ha sido insostenible, conclusión que refuerza con datos como la existencia de un destacamento de miembros del Ejército Argentino para garantizar la guardia de las fábricas militares, así como con lo dicho por Sarlenga en cuanto a los contactos de Balza con Fabricaciones Militares y a la muy fundada preocupación del Ejército Argentino por la falta de devolución de armamentos.

Tiene en cuenta que Balza jamás se preocupó sobre el porqué de la explosión, ni dispuso investigación administrativa y, así, valora que sus omisiones eran necesarias para cohonestar la tesis de "accidente" que manejó entonces el propio Presidente de la Nación.

Toma posición sobre lo que pondera una estrechísima relación entre Fabricaciones Militares y el Ejército y relaciona una serie de elementos que considera pertinentes para dar acabada cuenta del extremo que sostiene.

A todo ello agrega que debió existir una "estructura criminal" para ejecutar el plan y, dentro de aquélla, tanto las autoridades de la Fábrica Militar de Río Tercero como las de la Dirección General de Fabricaciones Militares y del Ejército eran quienes podían allanar el terreno para la preparación del siniestro.

Finaliza sosteniendo que el decisorio atacado le acarrea un gravamen irreparable y formula reserva de recurrir en Casación y Cuestión Federal Constitucional suficiente.

En ocasión de informar ante esta Alzada en los términos del art. 454 del C.P.P.N., los Dres. Horacio G. Viqueira y Ricardo Monner Sans explicitan sus argumentos en torno a los citados motivos de agravio, ocupándose de argumentar acerca de su discrepancia sobre la disposición de falta de mérito en contra de Martín Antonio Balza (v. acta de audiencia de fecha 04.11.2008, que luce agregada a fs. 20.823/30vta.).

Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL

El Dr. Horacio Viqueira solicita se revoque la falta de mérito dictada a favor de Martín Antonio Balza y, en consecuencia, se dicte su procesamiento. Alude a una serie de elementos que, a su entender, evidencian vinculación de los acontecimientos investigados con la estructura militar de la que Balza era la cabeza, destacando que el mismo imputado atestiguó que conocía que había armas en Croacia, cuestión que se condice con los dichos de Palleros en cuanto relata haber estado con un militar Croata en Río Tercero en el año 1994 lugar al que arribaron en un avión del Ejército. Este relato efectuado en alusión a la visita a la Fábrica Militar de Río Tercero por Diego Emilio Palleros en compañía del croata Vlado Zagorek en el año 1994. Aclara que cuando manifiesta que Andreoli pide que lo ayuden y no lo dejen solo en esto a Cornejo Torino, hace referencia a que, en un evento social, a Rodríguez Larreta se le acercó Andreoli y le manifestó ello, siendo relatado dicho encuentro por Urien Berri en un artículo periodístico.

Prosiguiendo con el informe, el Dr. Ricardo Monner Sans ratifica en todas sus partes el escrito recursivo oportunamente interpuesto y cuestiona la resolución atacada, por entender que el Juez incurre en incongruencia al definir la situación procesal de Balza, pues no entiende porque corre una suerte distinta a la del imputado Menem. Agrega que Fabricaciones Militares era una estructura del mundo militar, por lo que las causas "Armas" y "Río Tercero" están unidas por una relación causa-efecto. Apunta que en el desmanejo de armas durante los tiempos de Balza estuvo Moser Alcazar, y estuvo en la fábrica de Fray Luis Beltrán según una versión oral. Añade que Nilda Garré, en alguna presentación, ha manifestado que la Fábrica Militar de Río Tercero era un "destino militar". Finalmente el doctor Monner Sans precisa su petición solicitando se revoque el pronunciamiento apelado con relación a la falta de mérito dictada a favor de Martín Antonio Balza, y en consecuencia se dicte su procesamiento como coautor del delito de estrago doloso. Hace reserva de recurrir en casación y de cuestión federal constitucional federal, conforme los arts. 14 y 15 de la ley 48.

e) Al momento de formular aclaraciones en el desarrollo de la audiencia del art. 454 del C.P.P.N. (según reforma introducida por Ley 26.374), celebrada el 10 de noviembre pasado, tal como consta en el acta labrada (fs. 20.835/39vta.), el defensor de **Martín Antonio Balza**, abogado **Dr. Manuel Omar Lozano**, comienza sus aclaraciones indicando que no hay ningún elemento de juicio que revele algún proceder de Balza, siendo que el mismo se encontraba en la ciudad de Buenos Aires el día del hecho y nunca hubo faltantes en el Ejército Argentino.

Tiene en cuenta que su defendido en el mes de septiembre de 2003 fue sobreseído en el marco de la llamada causa "Armas", por lo que no podría haber vínculo entre un evento y otro que lo relacione a su asistido. Encuentra el doctor Lozano falta de corroboración en la herramienta recursiva intentada por la parte querellante, ello por entender que hay un apartamiento de la realidad e inviabilidad en cuanto a su progreso. Refuta los dichos de la querrela en cuanto a la vinculación del mismo, pues en el helicóptero en que perdiera la vida Andreoli, también la perdió la cuñada del General Balza y un hermano de la esposa de el quedó seriamente lesionado.

En la exposición de sus argumentos, la defensa refiere que los cañones encontrados en Croacia no eran del Ejército Argentino. En orden a la devolución de cañones por parte de la Fábrica Militar de Río Tercero, el letrado afirma que fue Broguín quien dio esa versión, y que ello fue en calidad de testigo en la causa armas.

Destaca, asimismo, que efectivamente la Fábrica Militar era un destino militar pero es un destino extra fuerza y no un destino dentro del Ejército. El letrado expresa que el Jefe del Ejército Argentino propone a requerimiento, no designa, obrando en la causa documentos en los que Erman González solicita al Jefe del Estado Mayor que designe y en otros se le solicita que recomiende personal y propone una terna. Acerca de la ley 12.169, sobre el estatuto orgánico de la Dirección General de Fabricaciones Militares - que establece que el Ministro de Guerra es quien designa al

Poder Judicial de la Nación

Director- el Dr. Lozano manifiesta que como el Ministro de Defensa no era un militar y no conocía muchas cosas se estableció la proposición del Jefe del Estado Mayor. Continuando con la palabra el replicante enfatiza que dos años antes de la causa armas y tres antes del hecho en Río Tercero, el 21 de septiembre de 1992 su pupilo informó al Ministro de Defensa que había armas de origen argentino en Croacia, siendo el primero en denunciar el mismo Balza.

El Dr. Lozano se ocupa después de aclarar sobre la relación de Balza con Andreoli, manifestando que la misma no era en absoluto personal, ya que tenían destinos distintos, por sus funciones. Continúa la exposición, afirmando que se reprocha a Balza no haber iniciado una investigación de los acontecimientos ocurridos, y por ello se le esta reprochando no haber cometido un delito toda vez que por ley tenía terminantemente prohibido realizar actividades de inteligencia interior y porque la Fábrica Militar de Río Tercero no era una unidad militar. Apunta que la situación de Balza efectivamente es distinta a la de Menem, pues nunca calificaba el Jefe del Estado Mayor, sino que lo realizaban las dos instancias superiores al calificado; tampoco las designaciones las realizaba él, sino que era función del Presidente de la Nación o del Ministro de Defensa, según corresponda; lo único que hizo en su momento fueron proposiciones, primero un militar retirado que fue rechazado y luego una terna de la que se seleccionó a Andreoli. Encuentra que tal es la desvinculación de Balza con los hechos, que la misma Ministra Nilda Garré lo reconoce en contestación a una nota del hijo del imputado.

El Dr. Lozano se detiene luego en distintos considerandos del sobreseimiento que se dictara con relación a su asistido en torno a la causa Armas. En último término, solicita se dicte el sobreseimiento de Martín Antonio Balza por las razones de hecho y derecho apuntadas y, en forma subsidiaria, peticiona la confirmación de la falta de mérito oportunamente dictada. Por último hace reserva de casación y de cuestión federal.

USO OFICIAL

En último lugar, el defensor realiza puntualizaciones en orden a cinco aspectos que estima relevantes: en primer lugar, enfatiza la legitimidad del obrar de la parte querellante; en segundo lugar, destaca que ni el Ministerio Fiscal ni la querrela han excitado la comparecencia de su asistido al proceso; en tercer lugar, analiza la falta de probabilidad respecto de la responsabilidad de su asistido en la ejecución del ilícito; en cuarto lugar, expresa que, a su juicio, el Juez ha efectuado una lectura errónea de las teorías de la autoría mediata y del garante; por último, afirma que las pruebas de autos no bastan para tener por acreditado el hecho y la participación Balza, según el grado de probabilidad exigido por la ley procesal para esta etapa procesal.

Por su parte, el Sr. **Fiscal General Dr. Alberto Gabriel Lozada** introduce las aclaraciones haciendo alusión al planteo de nulidad, por falta de requerimiento fiscal de instrucción, incoado por la defensa del imputado Menem. Entiende que dicha cuestión debe ser rechazada por cuanto se ha intentado plantear un criterio subjetivo respecto del requerimiento de instrucción. Sobre el punto, hace hincapié en que en la causa se ha efectuado un requerimiento de instrucción por el hecho investigado, siendo innecesario -a su criterio- la realización de requerimiento por cada partícipe que se vaya individualizando a lo largo de la instrucción. Agrega que la acción penal está promovida y no es necesario un requerimiento de instrucción fiscal ampliatorio con relación a cada uno de los supuestos implicados. 1

Seguidamente, el Fiscal General pasa a analizar el planteo de prejudicialidad, introducido por la defensa técnica del imputado Menem, entendiendo que el mismo también debe ser rechazado. Dicha prejudicialidad se refiere a la afirmación de que los hechos de autos se habrían cometido para encubrir maniobras delictivas que se investigan en otra causa penal. Postula que la prejudicialidad del art. 10 del C.P.P.N. refiere únicamente a las cuestiones prejudiciales establecidas por la ley, esto es, a las del art. 1104, inciso

Poder Judicial de la Nación

1º, del Código Civil (cuestiones matrimoniales y de quiebra). Se detiene en la mención que aquí no se hallan comprometidas ni cuestiones matrimoniales ni de quiebra, por lo cual entiende que el planteo realizado no reviste el carácter de prejudicial. La cuestión debe ser solucionada sea acumulando las causas, sea unificando las penas si recayere condena en ambos juicios.

Continuando con sus aclaraciones, el Dr. Lozada expresa que, de admitir la cuestión suscitada, el art. 11 de la ley ritual faculta a los jueces a apreciar si la cuestión es seria, fundada y verosímil, y así disponer no suspender la causa y proseguir con la misma. Considera que la cuestión ha sido instaurada para evitar la realización del juicio oral y que es su deber, como representante del Ministerio Público Fiscal, develar cuál es la estrategia de la defensa. Peticiona, por tanto, que se rechacen ambos planteos impetrados por esa parte. Finalmente, hace reserva de casación y de caso federal.

A su turno, la **parte querellante**, representada por el **Dr. Horacio Viqueira**, hace referencia a las manifestaciones del Juez de Cámara Dr. Pérez Villalobo en cuanto a las pericias practicadas en autos. Realza después la actuación de la querrela en el curso del proceso de marras y trae a colación el voto del Dr. Luis Roberto Rueda en la resolución que confirmara los procesamientos de los consortes de causa, haciendo citas del mismo.

Prosiguiendo con sus aclaraciones, el letrado considera que existen pruebas suficientes, mencionando al respecto los tres decretos que ordenaran la exportación de armas, a los que valora como ideológicamente falsos, analizando el papel de los imputados en los mismos.

Luego, el letrado califica de peyorativas e infundadas las versiones que, acerca de los hechos investigados, daban cuenta de un accidente, resaltando en tal sentido los dichos de Camilión. Tras referir a diversos elementos incorporados en autos, la parte peticona la ratificación de la resolución recurrida en cuanto dispone el procesamiento de los imputados Menem, Baeza González y

USO OFICIAL

Emanuel y solicita el revocamiento de la falta de mérito dispuesta a favor de Balza.

Por su parte, el **Dr. Gerardo Ibáñez**, en ejercicio de la defensa del imputado **Baeza González**, aclara que nunca ha pretendido descalificar, ni menoscabar, a la parte querellante. Expresa que tampoco ha sido su intención entrometerse en la cuestión de si el hecho fue voluntario o meramente accidental, aunque sí dar cuenta de que no es cierta la relación de su pupilo Baeza González con Fabricaciones Militares.

Después, el letrado hace suyas las palabras de la Defensora Oficial en torno a la atribución objetiva de responsabilidad penal. Prosigue dando cuenta de distintos elementos que, a su juicio, deslindan la responsabilidad de su representado y finaliza trayendo a colación un par de decretos del Poder Ejecutivo Nacional, dictados a propósito de las renunciaciones de Emanuel y del entonces Ministro Camilión.

A su turno la **señora Defensora Pública Oficial** manifestó su coincidencia con lo apuntando por la querella en cuanto a la responsabilidad estatal en los siniestros acaecidos, más sostuvo la orfandad probatoria y consideró al fallo impugnado como arbitrario y basado en meros dogmatismos.

En ejercicio de la facultad de aclaración la defensa de **Carlos Saúl Menem** ratifica el pedido de nulidad del decreto de imputación de su cliente y sostiene que, más allá de que los requerimientos de instrucción tengan por objeto los hechos, es conveniente tener presente que en autos se dieron hechos nuevos: durante siete años se investigó un estrago culposo y en la actualidad se instruye un estrago doloso.

Acerca del planteo de prejudicialidad, el **Dr. José M. D'Antona** repara en que no se trata de una prejudicialidad en materia civil en el proceso penal, sino de una prejudicialidad penal. Aclara, en el punto, que no constituye una estrategia dilatoria de la parte, pues si esa hubiera sido su intención habría llevado adelante otros planteos nulificantes que dejó precluir. Ratifica entonces la

petición formulada y deja en claro que en ningún momento intentó menoscabar la imagen de la señora querellante particular, abundando sobre aspectos ya vertidos en el informe.

V. DEL ANÁLISIS DE LAS APELACIONES INCOADAS

Sentadas así y reseñadas en los parágrafos precedentes las diversas posturas asumidas por las partes, corresponde introducirse propiamente en el tratamiento de las apelaciones. A tal efecto, se sigue el orden de votación establecido en autos, según el cual corresponde expedirse en primer lugar al doctor Ignacio María Vélez Funes, en segundo lugar, al doctor Luis Roberto Rueda y, en tercer lugar, a la doctora María Alba Iriarte de Lofiego (v. certificado actuarial de fs. 20.840), según los respectivos fundamentos que siguen:

El señor Juez de Cámara doctor Don Ignacio María Vélez Funes dijo:

1) Sobre la petición de nulidad

La defensa técnica de Carlos Saúl Menem solicita la nulidad de la resolución N° 474, dictada el 05 de octubre de 2007 (fs. 18.920), por la cual se dispuso citar a prestar declaración indagatoria al nombrado defendido a su cargo.

Según ha quedado precisado en la relación de causa del presente decisorio, la instancia de nulidad efectuada por la defensa técnica en la audiencia del pasado 04 de noviembre se articula invocando las previsiones legales de los artículos 166, 167 inciso 2° y 168 del C.P.P.N., por incumplimiento de las exigencias de los arts. 123, 65, 69, 180, 188 *in fine* y 294 del C.P.P.N. Ello, en el entendimiento de la parte de que aquella resolución ha vulnerado de manera insubsanable las garantías constitucionales del debido proceso y defensa en juicio del imputado (art. 18, C.N.), y de que el planteo es válido en cualquier instancia de la causa por su alcance de nulidad absoluta.

En sustancia, la parte arguye que el Inferior ha dado por cumplimentados los requisitos del art. 188 *in fine* del C.P.P.N. y por acreditado el grado de sospecha del art. 294 del mismo cuerpo normativo. Apunta que, no obstante ello,

USO OFICIAL

el Ministerio Público Fiscal no realizó el acto de requerir instrucción sino que se limitó a decir que no encuentra objeción a que el señor Juez recepte indagatoria a los imputados señalados por la querrela. De tal modo, entiende que, lejos de formular requerimiento, el Ministerio Público Fiscal "...ha opinado de manera condicional...", remitiéndose a lo que el Juez considere que ese estado de sospecha pueda resultar del escrito de la querellante donde solicitó la citación a indagatoria de Menem y Baeza González.

Es preciso consignar que esta argumentación defensiva planteada por el Dr. José M. D'Antona a favor de Carlos Saúl Menem no resulta sorprendente en el curso del proceso, toda vez que la parte había hecho ya similar planteamiento ante el Juez Federal Valentinuzzi, el 17.12.2007 (v. fs. 19.485/87), que fuera rechazado por este Magistrado en primera instancia, según puede leerse en decreto fechado 17.12.2007 (fs. 19.504 y vta.).

Aunque esta negativa motivó la interposición de apelación por parte de la defensa –recurso que fuera concedido por el instructor–, hay que señalar que posteriormente el recurso fue declarado abstracto por el Juez actuante, con motivo de la comparecencia espontánea de Carlos Saúl Menem a indagatoria el pasado 27 de diciembre de 2007 en la ciudad de Río Cuarto (v. providencia de fecha 27.12.2007, obrante a fs. 19.567), sin que esta cuestión hubiera quedado después radicada en esta Alzada, a los fines de conocer y decidir sobre ella definitivamente razón por la cual subsiste válidamente la nulidad reiterada ante este Tribunal de segunda instancia.

a) Trámite en primera instancia y constancias de autos

Mediante presentación de fecha **26.09.2007**, la querellante particular Dra. Ana Elba Gritti solicitó en autos el llamado a prestar declaración indagatoria, en carácter de imputados, al ex Presidente Carlos Saúl Menem y al ex Secretario de Asuntos Militares del Ministerio de Defensa Jorge Baeza, en los términos del art. 294 del C.P.P.N., advirtiéndole al Juez sobre la urgencia de la medida procesal,

Poder Judicial de la Nación

en razón de la inminente prescripción de la acción penal en los treinta días subsiguientes (v. presentación de fs. 18.883/88).

En dicho escrito, la parte efectuó una serie de consideraciones en orden al objeto de la causa (materialidad del hecho investigado y su vinculación con las operaciones de venta ilegal de armamento al exterior, a la luz de una serie de elementos de prueba reseñado), así como también en orden a los motivos de las nuevas imputaciones solicitadas que, en principio, se vinculan a manifestaciones públicas vertidas por Menem en su carácter de Presidente de la República y Baeza, tras los sucesos ocurridos del 3 de noviembre de 2005.

Proveyendo dicho pedido de la querrela con relación a Menem y Baeza, con fecha **01 de octubre de 2007** el Juez Federal dispuso: "Confíérase vista al Señor Agente Fiscal para que dictamine en los términos del artículo 180 C.P.P.N., acerca de la procedencia de lo solicitado por la querellante particular respecto de Carlos Saúl MENEM y Jorge BAEZA a fs. 18.878/18.888." (fs. 18.912), habiendo notificado ello al Fiscal Federal Subrogante Dr. Alberto José Saissac, en forma personal y el mismo día, según constancia de autos.

Al día siguiente y mediante telefax, el Fiscal Federal Carlos Stornelli responde en escueto escrito la vista que le fuera conferida sobre el pedido de la querrela con relación a Menem y Baeza, oportunidad en la que se pronunció en los siguientes términos: "... esta Fiscalía **no encuentra objeción alguna** a que V.S. ordene recibir las declaraciones indagatorias solicitadas por la parte querellante, **siempre que de los argumentos esgrimidos por la misma Usía encuentre conformado el estado de sospecha** enmarcado en el art. 294 del Código Procesal Penal de la Nación..." (el destacado nos pertenece, v. fs. 18.913/14).

En dicha presentación ante el Juez Valentinuzzi, el Fiscal Stornelli aprovechó la ocasión para "**ratificar y reiterar el resto de los requerimientos efectuados por esta Fiscalía en fecha 27 de setiembre de 2007**, además de la recepción de declaración indagatoria del Teniente General Balza, en cuanto a que idéntico temperamento se adopte en

relación al General de División Raúl Gómez Sabaini -Subjefe del Estado Mayor General del Ejército-, al General Antolín Mosquera -Jefatura IV Logística-, al Coronel Jorge Jesús Ezcurra, entonces a cargo de la Dirección de Arsenales de la Fuerza, y al General Máximo Rosendo Groba, entonces Comandante del III Cuerpo del Ejército, por entender plenamente conformado el cuadro de sospecha receptado por la norma" (v. fs. 18.913/14).

Cabe puntualizar a la vez que la presentación del 27.09.2007 a la que alude el Fiscal Stornelli constituye la expresa promoción de acción contra Martín Antonio Balza, Raúl Julio Gómez Sabaini, Antolín Mosquera, Jorge Jesús Ezcurra y Máximo Rosendo Groba, **que no incluyó a Menem ni Baeza**, a pesar que esa petición del Ministerio Público Fiscal es posterior a la solicitud de la querrela presentada el 26.09.2007 requiriendo citación de indagatoria de los mencionados Menem y Baeza González, tal como consta en autos y ha sido reseñado.

Mediante **resolución N° 474** de fecha 05.10.2007 (fs. 18.900), el Juez Valentinuzzi -previo relato de lo antes consignado por este Juzgador-, dispuso al respecto, en lo que concierne a Carlos Saúl Menem y Jorge Baeza, que "...En este orden y hallándose reunidos los requisitos exigidos por el art. 188 "in fine" del Código Procesal Penal de la Nación **y considerando el suscripto acreditado el grado de sospecha que la etapa procesal requiere, cítese a prestar declaración indagatoria al ex Presidente Carlos Saúl MENEM ... y Sr. Jorge BAEZA...**", además de mencionar a otros imputados respecto de los cuales el Ministerio Público representado por el Fiscal Stornelli había promovido acción penal, en forma, con fecha 27.09.2007.

Es preciso señalar que en la citada resolución N° 474 el Sr. Juez Federal, tal como ha sido destacado precedentemente, al objeto de disponer la citación a indagatoria de Menem y Baeza sostuvo solamente que consideraba **"...acreditado el grado de sospecha que la etapa procesal requiere..."**, sin que el Ministerio Público Fiscal a cargo del Fiscal Stornelli hubiere solicitado promoción de

Poder Judicial de la Nación

acción penal alguna respecto de los citados imputados, al contestar la vista que oportunamente le fuera corrida por el Instructor, ni tampoco que el Juez hubiere explicitado o despejado la condición resolutoria que entonces le señalara el mismo Fiscal Stornelli, en cuanto a "...**siempre que de los argumentos esgrimidos por la misma Usía encuentre conformado el estado de sospecha enmarcado en el artículo 294 del Código Procesal Penal de la Nación...**" (sic).

Lo hasta aquí señalado y reiterado por el suscripto tiene por objeto poner de resalto que ni el Fiscal Stornelli promovió acción penal en contra de los imputados Menem y Baeza (aún cuando lo hizo respecto de los otros imputados escasos días antes), ni tampoco el Juez explicitó en la mentada resolución N° 474 los motivos por los cuales era procedente la citación a indagatoria de aquellos dos imputados, o bien cuál era la sospecha que pesaba respecto de cada uno de ellos, según las exigencias prescriptas por el art. 294 del C.P.P.N. dando razones y fundamentos para ello.

Todas estas precisiones resultan pertinentes para señalar la errónea afirmación efectuada por el Juez en la ahora apelada resolución (N° 378, de fecha 15.08.2008), cuando en sus consideraciones expresó, textualmente, que: "...ingresando al análisis de los hechos investigados en la presente causa y la vinculación con los mismos por parte del imputado Carlos Saúl MENEM, y conforme el esquema doctrinario que antecede, teniendo en cuenta que se atribuye al antes nombrado la supuesta comisión del delito de estrago doloso **agravado por muerte de personas, conforme fuera propugnado tanto por el Sr. Fiscal Federal cuanto por la parte querellante...**" (el destacado nos pertenece, fs. 20.067).

Dicha reseña de las constancias de autos y sus correspondientes resaltados pone claramente de manifiesto que el **Ministerio Público Fiscal no propugnó, ni instó, ni tampoco excitó, de manera alguna, requerimiento de instrucción o promoción de acción penal en contra de Menem ni de Baeza González, después del pedido de citación a indagatoria que efectuara en autos la parte querellante, el 26.09.2007 (fs. 18.873/88), a lo cual no está de más recordar**

que la querellante particular Ana Elba Gritti –así como tampoco cualquier querellante en cualquier otro proceso penal– carece en esta causa de legitimación procesal suficiente para promover por sí misma acción penal o requerimiento de instrucción en perjuicio de algún sospechado.

Sólo al Ministerio Público Fiscal le compete dicha atribución, de manera exclusiva y excluyente, respecto de delitos de acción pública (de conformidad a los arts. 180 y 82 del C.P.P.N. y art. 71 del C.P.).

Así, tal lo ha interpretado pacíficamente la doctrina y jurisprudencia, la persecución penal en delitos de acción pública sólo corresponde al Ministerio Público Fiscal, en representación de la comunidad social, para ejercitar en nombre del Estado ese cometido estatal, cuando se verifiquen infracciones a la ley penal vigente. Al respecto, se reitera lo expresado en el voto del suscripto en esta misma causa – con la adhesión de los entonces Camaristas Becerra Ferrer y Aliaga Jofre– sobre la función y misión del Ministerio Público Fiscal y sus diferencias con la actuación del querellante particular.

En dicha ocasión, el suscripto sostuvo: "...Los intereses de la sociedad en la persecución de autores, cómplices o encubridores por supuestos ilícitos penales, están a debido resguardo con la intervención del **Ministerio Público Fiscal** en esta causa penal; quien ejerce, en definitiva, la política de persecución penal del mismo Estado Nacional y garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva que **"...implica que la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas"**, entendiendo a la persecución penal como un corolario necesario del derecho de todo individuo a obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en el que se establezca la existencia o no de la violación de su derecho, se identifique a los responsables y se les impongan las **sanciones pertinentes...**" (Caso 28.535: "MASOLA, Mirta" del

24.05.06 -Cam. Nac. Crim. y Correccional de la Capital Federal)" (L° 268 F° 59 del Protocolo de este Tribunal, de fecha 29.06.2007).

b) Inexistencia de requerimiento de instrucción

Acerca de la situación planteada en el proceso de autos, debe señalarse que es regla medular de nuestro sistema jurídico actual aquella por la que el juez no puede promover proceso penal a iniciativa propia, esto es, no puede cumplir la función que le es propia sin excitación de la jurisdicción por parte de un acusador habilitado por la ley, a través del ejercicio de la acción penal en nombre de los intereses de la sociedad.

En efecto, nuestra ley distingue con claridad las funciones de acusar y juzgar, de modo que quien formula la pretensión en contra del imputado -mediante la promoción de acción penal- debe ser un órgano distinto de quien debe aceptar o rehusar dicha pretensión. Se elimina así la posibilidad de actuación de oficio del órgano jurisdiccional, el cual, para hacer válida su actividad, debe contar inexcusablemente con la acción instada por el Fiscal en nombre del Ministerio Público.

La actividad requirente ha sido conferida al Ministerio Público Fiscal como potestad de un órgano del Estado (art. 120, C.N.), compitiéndole de tal modo la excitación del ejercicio de la función jurisdiccional y la provocación y requerimiento de actuaciones de la ley para que se haga justicia. Tal acto resulta sustancial e indispensable como presupuesto procesal de la continuidad del proceso y, no pudiendo ser omitido, debe ser obligatoriamente cumplido por el Ministerio Público Fiscal.

En concordancia con ello, la ley procesal regula la función del Ministerio Fiscal en el proceso disponiendo expresamente que "promoverá y ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley" (art. 65 del C.P.P.N.). Acerca de la forma de actuación, establece además que sus representantes "formularán, motivada y específicamente, sus requerimientos y conclusiones; nunca podrán remitirse a las decisiones del Juez..." (art. 69, *ibid*), exigencia ésta que

USO OFICIAL

procura asegurar el control de tales dictámenes, dado que constituyen órganos de la función jurisdiccional.

El esquema se completa con los dispositivos legales de los arts. 180 y 188 del C.P.P.N., de los cuales el primero veda al juez la posibilidad de proceder de oficio, **dejando en claro que su actividad sólo quedará habilitada luego del pertinente requerimiento de instrucción por el ministerio público fiscal**, y el segundo contiene la fórmula de iniciación de la instrucción, a través de requerimiento fiscal y establece el contenido de dicho acto, señalando sus elementos esenciales.

La doctrina ha expresado respecto de dicho marco regulatorio que "...la excitación omitida impide considerar válidamente ejercida la jurisdicción [...]. Dicha omisión (que hace a la intervención del fiscal cuando resulte obligatoria, art. 167, inciso 2) incide perjudicialmente en la garantía constitucional del imputado al debido proceso legal, con lo cual, advertida, la invalidez que origina puede ser declarada de oficio y en cualquier estado y grado del proceso, irradiándose a los actos consecuentes, al margen de la eventual ocurrencia de actos del acusador que pudieren implicar tácita ratificación de lo actuado, desde que no es su interés el exclusivamente protegido." (**NAVARRO, Guillermo R/DARAY, Roberto R.**, *Código Procesal Penal de la Nación*, Tomo 1, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2ª edición, 2006, p. 474).

Por su parte, la jurisprudencia ha considerado que "...el marco regulatorio previsto a partir del art. 180 del rito y muy especialmente el art. 188 del digesto, le imponen al representante del Ministerio Público Fiscal la formulación del pertinente requerimiento de instrucción. Dentro del diseño del sistema judicial instituido por nuestro código que garantiza los principios '**ne procedat iudex et officio**' y '**nemo iudex sine actore**', ante la noticia de un evento criminoso perseguible de oficio [...] deberá la fiscalía formular requerimiento con invocación de los datos individuales que posea del o de los imputados, una relación circunstanciada del hecho y la proposición de diligencias pertinentes. El incumplimiento de lo prescripto por los arts.

Poder Judicial de la Nación

180, 188 y 195 aparece afectando los principios de inviolabilidad de defensa en juicio y del debido proceso (art. 18 y sus correlativos de los pactos internacionales previstos en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional...) (C.N.C.P., Sala III, voto de la Dra. Ledesma, Reg. n° 1109.06.3. "D.R., T s/ recurso de casación")

Continúa diciendo el Tribunal citado: "De la citada normativa surge el imperativo constitucional de que los jueces no pueden iniciar los procesos penales de oficio -sino que es necesaria la previa excitación de un órgano ajeno a aquellos- misión que corresponde al Ministerio Público por un mandato superior (art. 120, C.N.)..." (C.N.C.P., Sala III, causa "D.R., T s/ recurso de casación").

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por su parte, en oportunidad de decidir acerca de la inconstitucionalidad del art. 348 del C.P.P.N., señaló, como derivados de las reglas estructurales del proceso penal, que "...la violación del principio *ne procedat iudex ex officio* pone en riesgo las garantías de imparcialidad, defensa en juicio y debido procesal legal.", añadiendo a ello que "permitir que el órgano encargado de dirimir el pleito se involucre con la función requirente [...] deriva necesariamente en la pérdida de toda posibilidad de garantizar al imputado un proceso juzgado por un órgano imparcial." (C.S.J.N., Fallos: 327:5863, causa "Quiroga, Edgardo Oscar", 23.04.2004, considerando 7° del voto de los jueces Highton y Petracchi, pronunciándose en idéntico sentido el juez Zaffaroni). Ciertamente que este criterio del Máximo Tribunal reviste especial trascendencia, de cara a aquellos casos en los que la jurisdicción hubo de actuar con prescindencia del requerimiento fiscal de instrucción.

A lo anterior cabe añadir que, según es sabido, el requerimiento de instrucción delimita el ámbito fáctico de la pretensión, estableciendo los límites objetivos y subjetivos del impulso procesal, lo cual -a entender del suscripto- conlleva la necesidad insoslayable de formular un nuevo requerimiento en relación con otros o nuevos imputados del proceso.

Ello es así, habida cuenta que el pronunciamiento de promoción de acción por el fiscal importa la afirmación de un delito presuntamente cometido por un individuo.

Pues bien, de acuerdo a la secuencia de actos procesales llevados adelante en la causa, se advierte que **el Juez ha encausado la pesquisa hacia personas distintas de las que figuraban en los requerimientos fiscales anteriores** (v. fs. 13.386/412vta. y fs. 18.905/10) –Carlos Saúl Menem y Heriberto Jorge Baeza González–, procediendo a receptarles declaración indagatoria y, más tarde, a dictarles auto de procesamiento.

Sin embargo, en razón de tratarse de **nuevos sujetos** sobrevinientes, susceptibles de una **nueva imputación penal**, el Magistrado debió contar para ello con el correspondiente **requerimiento fiscal particularizado** respecto de los mismos, esto es, con el estímulo de la actuación judicial en esa dirección.

El Fiscal General Dr. Alberto G. Lozada ha expresado al respecto que la solicitud de nulidad impetrada por la defensa de Carlos Saúl Menem debe ser rechazada, por cuanto *"se ha intentado plantear un criterio subjetivo respecto del requerimiento de instrucción"*, haciendo hincapié en que *"en la causa se ha realizado un requerimiento de instrucción por el hecho investigado y, a su criterio, ello no debe hacerse respecto de cada partícipe que se vaya individualizando a lo largo de la instrucción"*. A ello ha añadido que *"la acción penal está promovida y no es necesario que haya imprescindiblemente un requerimiento de instrucción fiscal ampliatorio con relación a cada uno los sujetos implicados"* (v. acta del 10.11.2008 agregada a fs. 20.835/39vta.).

Se pone de resalto, en el punto, la discrepancia con el criterio sustentado por el Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Alberto G. Lozada, al postular en la audiencia del art. 454 del C.P.P.N. que el requerimiento fiscal constituye un acto meramente objetivo, referente a hechos, y no subjetivo, referente a personas.

Poder Judicial de la Nación

Cabe asimismo destacar que, al regular la sanción de nulidad de orden general, el art. 167 del Código de Rito establece que se entenderá prescripta bajo pena de nulidad la inobservancia de las disposiciones concernientes a la intervención y participación del Juez, Ministerio fiscal y querellante en el proceso (inciso 2º), aludiendo a los actos y diligencias que deben realizar por deberes expresamente consignados en la ley. Pues bien, el Ministerio Fiscal interviene y participa en el proceso promoviendo y ejercitando la acción penal como actividad esencial de su propio ministerio, en estos casos su participación es obligatoria y su omisión acarrea la nulidad del proceso (**WASHINGTON ABALOS, Raúl**, *Código Procesal Penal de la Nación*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Chile, 1994, p. 368 y ss.).

Es oportuno poner de resalto que tales lineamientos se condicen, pues, con la posición asumida sobre la cuestión por esta Cámara en fallos anteriores (v., en tal sentido, **"Barroso"**, de fecha **26.05.2008**, registrado en Lº 286 Fº 37 del Protocolo del Tribunal).

Resta decir que **no existe norma alguna en nuestro sistema jurídico que autorice a la querella a promover acción penal pública**, como así también que las facultades del acusador particular -contempladas en los arts. 82 a 86 del C.P.P.N.- presuponen necesariamente el inicio y sustanciación de un proceso penal válido. Ni siquiera a *contrario sensu* o por defecto residual puede interpretarse que esta potestad de persecución penal pueda ejercerla el querellante particular, cuando ha omitido hacerlo expresa y particularmente el Ministerio Público Fiscal.

Ello resulta así por cuanto, al regular la distinción sobre las acciones penales plasmada en los artículos 71, 72 y 73 del Código Penal -acciones públicas, públicas dependientes de instancia privada y privadas-, consagrando el principio de legalidad procesal, la ley de procedimiento ha dispuesto con claridad cuáles son los modos de iniciación del proceso para delitos de acción pública, como asimismo que ésta se ejercerá por el Ministerio Público

Fiscal, siempre que no dependa de instancia privada (arts. 5 y 65 del C.P.P.N.).

La claridad del legislador en la diferenciación de los procesos surge palmaria: aquél donde la persecución penal sólo puede ser iniciada de oficio, por un lado, y, por el otro, aquél donde gobierna la voluntad del ofendido, quien puede desistir de su acción sin perjuicio de las responsabilidades emergentes de sus actos anteriores (cfse. **PALACIOS, Juan Carlos**, "*¿Es la querrela un medio legítimo de inicio de un proceso penal por delito de acción pública?*", *Revista de Derecho Procesal Penal, La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal - I*, 2007-2, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2007, p. 523-39).

De tal modo, con relación al ejercicio de la acción y la figura de la querrela se ha sostenido: "...el querellante no está impuesto ni excluido; pero el deber de iniciarse de oficio la acción surge como límite, para el caso de admitirlo, la imposibilidad de que él promueva el proceso. La instancia promotora corresponde al Ministerio Fiscal, lo que implica limitar la autonomía del querellante conjunto" (**CLARIA OLMEDO, Jorge**, *Derecho Procesal Penal*, Rubinzal-Culzoni, T. II, p. 40).

Por tanto, en el actual régimen de enjuiciamiento penal, la admisión de la actuación del querellante particular en el proceso no importa delegar en él el ejercicio de la acción penal, que sólo compete al Estado (mediante el monopolio persecutorio del ministerio público), por lo que el desenvolvimiento de ese rol debe comportar el respeto inexorable de las restricciones establecidas a propósito de ello en la legislación. Sobre el tópico, la jurisprudencia ha destacado: "...al ser el querellante un actor no esencial en el proceso, su participación en él debe encontrarse circunscripta a los casos y bajo las condiciones que la ley establece, dado que lo contrario necesariamente conduciría a la afectación de los derechos del imputado." (cfse. C.N.C.P., en pleno, plenario N° 11, "Zichy Thyseen, Federico y otro", 23.06.2006").

A resultas de lo cual, es conveniente insistir en la noción de que "una de las características básicas del sistema actual de administración de justicia penal reside, sin duda, en atribuir la persecución penal al Estado [...]. Desde el punto de vista político, tal decisión significa atribuir formalmente al Estado, en gran medida, el poder penal, v.gr., la herramienta más poderosa que posee para el control social de los habitantes sometidos a su soberanía." (MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, *Fundamentos*, Editores del Puerto, Bs. As., 2002, p. 825).

c) Acusación en la audiencia indagatoria

Es preciso afirmar que, frente a la inexistencia de requerimiento fiscal de instrucción respecto de Carlos Saúl Menem, sin embargo, en oportunidad de la celebración de la audiencia indagatoria, el 27 de diciembre de 2007, el Juez interviniente, **sin referencia a requerimiento fiscal de instrucción alguno**, invocando el art. 298 del C.P.P.N., ha descripto al imputado el hecho que se le atribuye, en los siguientes términos: "...haber provocado el día 03.11.1995 hacia las 08:55 horas aproximadamente, por intermedio de persona o personas cuya identidad a la fecha aún se desconoce y en su oportuna calidad de Presidente de la Nación y Comandante en Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas, se manera intencional, programada y organizada el incendio del contenido de un tambor que presuntamente habría tenido en su interior mazarota de trotyl o trotyl de descarga, el que se hallaba ubicado en un tinglado existente en la Planta de Carga de la F.M.R.T. (cercano al edificio 1-2), incendio que luego de haber tomado repentinamente al resto de los tambores del lugar con gran desarrollo de sus llamas, fuera seguido tan solo a pocos minutos de dos explosiones simultáneas ocurridas en el mismo tinglado, obteniendo como resultado de dicho accionar, el direccionamiento de la onda expansiva. Asimismo, habiendo transcurrido unos minutos de ese primer estallido y con idéntica modalidad (intencional, programada y organizada), haber provocado por intermedio de persona o personas cuya identidad a la fecha aún se desconoce, otra explosión de

USO OFICIAL

mayor magnitud que las anteriores, la que tuviera lugar en los depósitos de Expedición y Suministro situados hacia el sector sur de la Planta de Carga, los que en su interior contuvieran gran cantidad de explosivos, municiones y proyectiles, detonación ésta que generó una gran onda expansiva que dispersó de manera violenta tales proyectiles y esquivó sobre la población de Río III, afectando con mayor intensidad al Barrio Las Violetas como también otros ubicados en las inmediaciones de la Fábrica Militar siniestrada; todo ello con el objeto de ocultar un faltante de proyectiles, municiones y/o explosivos que de acuerdo a la pericia contable efectuada en autos, su existencia en base al último balance realizado el día 31-10-1995, ascendía a las 72.405 piezas de artillería (proyectiles, y/o cartuchos y/o tiros completos), en tanto que de acuerdo a la documentación aportada por las autoridades de la fábrica, era de 58.422 unidades (49.948 proyectiles y 8.474 cartuchos), lo que evidenciaría graves irregularidades y/o imprecisiones contables adrede dentro de la F.M.R.T./D.G.F.M. al surgir una diferencia aproximada a las 35.576 unidades entre el monto total peritado y lo recuperado por el personal de seguridad actuante, así como de piezas de artillería en un número no determinado aún, circunstancia que podría tener vinculación con el tráfico de armas y proyectiles que se investiga en el marco de la causa "SARLENGA" N° 8.830/95 en la Capital Federal. Hechos ocurridos el día 03-11-95 a partir de las 08:55 horas aproximadamente en el sector, como se dijera, de la Planta de Carga de la F.M.R.T. ubicada en la ciudad del mismo nombre y que le costara la vida de manera directa y/o indirecta a 7 personas, a saber: Aldo Vicente AGUIRRE, Leonardo Mario SOLLEVELD, Romina Marcela Susana TORRES, Laura Andrea MUÑOZ y Hoder Francisco DALMASSO el mismo día 3 de noviembre de 1995, mientras que José Andrés VARELA y Elena Sofía RIBAS de QUIROGA fallecieron los días 4 y 7 del mismo mes y año, respectivamente; así como lesiones a un número no determinado de personas y cuantiosos daños materiales a la población de la ciudad de Río Tercero. Conductas que "prima facie" encuadran en la figura contenida en los arts. 186 inc.

5° del Código Penal a título de Estrago doloso y 45 ibidem, a título de coautoría mediata." (fs. 19.563/64).

No resulta superfluo destacar aquí que, en orden a la recepción de declaración indagatoria del imputado, el art. 298 del C.P.P.N. establece las formalidades previas que deben cumplirse, señalando que en dicho acto procesal de trascendencia para la defensa el magistrado "informará detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuye, cuáles son las pruebas existentes en su contra...".

Esto implica que el **"acusador" ha sido el propio Juez**, formalmente recién a partir del 27.12.2007, cuando recibió indagatoria a Menem, y en ocasión de formularle la imputación delictiva mediante la descripción del hecho que le atribuye, según la transcripción precedente, siendo que el Fiscal Stornelli, ni ningún otro representante del Ministerio Público, le formuló requerimiento de instrucción en tales o similares términos, a pesar de la solicitud expresa formulada en tal sentido por la querellante particular, el 26.09.2007.

A juicio del suscripto, el Ministerio Público **no hizo nunca suyo el requerimiento de citación a indagatoria de la querrela en contra de Carlos Saúl Menem, ni tampoco de Heriberto J. Baeza González**, según los fundamentos dados por ellos en esa oportunidad. Esta circunstancia procesal de trascendencia para el debido proceso y resguardo de la tutela judicial efectiva no puede ser ignorada ni pasada por alto por el suscripto por la importancia y efectos jurídicos en la misma causa y respecto de los mismos interesados afectados.

d) Procedencia de la nulidad absoluta

En función de los argumentos expuestos, se considera procedente la petición nulificante del impugnante, debiendo declarar de la nulidad de la resolución n° 474 de fecha 05.10.2007, glosada a fs. 18.920 de autos, en cuanto dispuso citar a indagatoria a Carlos Saúl Menem, por imperio de lo prescripto por los arts. 166, 167 inc. 2 y 168 del C.P.P.N., por inobservancia de las exigencias de los arts. 123, 65, 69, 180, 188 *in fine* y 294 del mismo texto legal, habida cuenta que en dicho decisorio el Magistrado ha dado por cumplimentados los requisitos del art. 188 *in fine* del

USO OFICIAL

C.P.P.N. y ha considerado acreditado el grado de sospecha del art. 294 de la ley ritual.

Sin embargo, es preciso insistir en que, según la reseña que antecede, el Ministerio Público Fiscal no efectuó requerimiento de instrucción con relación al imputado de mención, como así tampoco respecto de Heriberto Baeza González. Por el contrario, el Fiscal Federal se limitó a expresar **su falta de objeción para la recepción de declaración indagatoria, condicionando incluso ello a la circunstancia de que el Magistrado encuentre reunidos los recaudos del art. 294 del C.P.P.N.**

No haber tenido objeción por el Ministerio Público Fiscal al pedido efectuado por la querrela no suple la exigencia de acusación individual y particular exigida por la ley procesal y las garantías constitucionales.

Al respecto, el suscripto no encuentra razones para que el Ministerio Público a cargo entonces del Fiscal Stornelli, ante el Juez de primera instancia, omitió con precisión y particularmente acusar en legal forma -mediante el requerimiento de instrucción a Menem y Baeza González-, siendo que escasos días antes lo efectuó con relación a otros imputados. Tampoco se justifica que el Juez haya formulado intimación a Menem y a Baeza González al indagarlos, cuando no había forma y debida promoción de acción penal respecto de cada uno de ellos.

La inobservancia de los preceptos legales de los artículos 188 *in fine* y 294 del C.P.P.N., señalados en la resolución N° 474 de autos, torna nula esta decisión jurisdiccional que, en rigor, carece de fundamentación (cfme. art. 123 del C.P.P.N.).

e) Nulidad insalvable extensiva a Baeza González

De acuerdo a las constancias obrantes en el expediente, que fueran ya objeto de revisión en este pronunciamiento, es dable afirmar que el conjunto de consideraciones vertidas en torno al llamado al proceso de Carlos Saúl Menem resultan aplicables necesariamente al co-imputado **Heriberto Jorge José Gerardo Baeza González**, respecto de quien el Ministerio Público Fiscal tampoco

formuló requerimiento de instrucción, en contestación a la vista que le fue corrida por el Juez en los términos previstos por el art. 180 del C.P.P.N. (v., en tal sentido, providencia de fs. 18.912 y presentaciones de fs. 18.905/10 y 18.913).

En atención a ello y a la circunstancia de que la sanción de nulidad de que se trata reviste el carácter de absoluta e insubsanable, la sanción por el vicio es declarable de oficio, por las razones dadas.

A efectos de garantizar la igualdad de trato y el ejercicio de la tutela judicial efectiva, se estima que, **sin perjuicio de que no fue requerido por la defensa**, corresponde declarar asimismo la nulidad de la resolución N° 474, en cuanto dispuso también la citación a prestar declaración indagatoria de Baeza González, así como de todos los actos consecutivos que de ella dependan respecto del mismo (por aplicación de los arts. 166, 167, inciso 2°, 172 y concordantes del C.P.P.N.).

2) Sobre la petición de suspensión de la acción penal

Prosiguiendo con el tratamiento de las cuestiones introducidas ante esta Alzada, corresponde abordar a continuación, por razones metodológicas, la solicitud efectuada por la defensa técnica de Carlos S. Menem relativa a la suspensión del ejercicio de la acción penal iniciada en contra del nombrado, atento a hallarse en presencia de una causa penal en extraña jurisdicción, cuya resolución resulta -según la defensa- una cuestión previa o prejudicial de la cual vendría a depender la existencia hipotética del delito que se investiga en el proceso de autos.

En forma preliminar cabe tener presente que, no obstante la declaración de nulidad de la resolución de primera instancia N° 474 -en cuanto dispuso la citación a prestar audiencia indagatoria a Carlos Saúl Menem y Jorge Baeza González, y de los actos procesales consecutivos, según el desarrollo del apartado que antecede-, corresponde analizar este segundo planteo del recurrente sobre la procedencia o no de la suspensión de la acción penal, habida

USO OFICIAL

cuenta que la decisión sobre el mismo alcanza a los co-imputados de autos, cuya situación procesal puede así quedar supeditada a lo que, en definitiva, disponga este Tribunal acerca del punto.

En orden a ello, debe tenerse en cuenta la afirmación del recurrente, cuando refiere que la imputación delictiva de autos estaría conformada por una hipótesis según la cual el estrago doloso investigado en el proceso **habría sido ocasionado por aquellos que supuestamente participaron en la venta ilegal de armas**, como un medio de ocultamiento de dicha maniobra ilícita (v. síntesis de la grabación de la audiencia de fs. 4.11.2008). La defensa alude a los autos caratulados "SARLENGA, Luis Eustaquio y otros p.ss.aa. Contrabando", expediente N° 798/95 radicado ante la justicia de Capital Federal, en los que se investiga la venta ilegal de armas.

Cabe anotar aquí que el Sr. Fiscal General Dr. Alberto G. Lozada solicitó al Tribunal el rechazo del planteo, por entender que no se verifican las circunstancias del art. 10 del C.P.P.N., pidiendo a la vez, para el caso de interpretación diferente, que se haga uso de la facultad prevista por el art. 11 del citado cuerpo legal.

Pues bien, acerca de este planteo -introducido ante la Alzada como excepción-, es preciso recordar que el mismo fue formulado ya con anterioridad por la defensa técnica de Menem ante el Juzgado de instrucción (v. presentación de fecha 17.12.2007, glosada a fs. 19.488/89vta.) y rechazado por el Magistrado mediante providencia de fecha 17.12.2007 (v. fs. 19.504). En contra de esta decisión jurisdiccional, la parte interpuso recurso de apelación (v. fs. 19.549/50) que, concedido por el Juez mediante decreto de fecha 26.12.2007 (v. fs. 19.559), fue ulteriormente declarado abstracto, con fundamento en la presentación del imputado a prestar declaración indagatoria en la causa de marras, según puede leerse del tenor del decreto de fecha 27.12.2007, obrante a fs. 19.567.

Esta salvedad permite advertir la circunstancia de que la parte ha reeditado aquí una cuestión que, aunque fue

previamente articulada en el proceso, no ha sido objeto de tratamiento por esta Cámara, en razón de que no fue elevado a esta Alzada incidente alguno de apelación en relación con el asunto.

Pues bien, cabe comenzar el tratamiento del planteo recordando que, en estrictos términos, la cuestión prejudicial se halla prevista expresamente por la ley, con la exigencia de que sea resuelta por el juez no penal, cuya decisión causa estado con respecto a la existencia o inexistencia del elemento del delito al cual se relaciona. La cuestión no es penal y debe ser resuelta en firme por el juez competente conforme a su naturaleza, pero de esa resolución dependerá la existencia del delito que ha de juzgar el juez penal, por lo cual queda vinculado a ella (**CLARIÁ OLMEDO, Jorge A.**, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, pág. 180).

USO OFICIAL

De tal modo, la prejudicialidad implica la presencia de alguna cuestión importante para la decisión del caso penal que no puede ser resuelta por la vía del procedimiento penal en trámite, sino que debe ser decidida en un procedimiento judicial autónomo o independiente de aquél, porque así lo establece rigurosamente la ley o, al menos, lo permite, y que normalmente genera la consecuencia de suspender total o parcialmente el trámite del procedimiento.

Tal surge de lo prescripto por el artículo 10 del C.P.P.N., al disponer: "cuando la existencia del delito dependa de una cuestión prejudicial establecida por la ley, el ejercicio de la acción penal se suspenderá aún de oficio, hasta que en la otra jurisdicción recaiga sobre ella sentencia firme."

Es conveniente añadir que la cuestión es importante cuando de su existencia o inexistencia depende la aplicación misma de la ley penal.

De tal modo, se ha delimitado la hipótesis a los supuestos concretos derivados del artículo 1104 del Código Civil, que versan sobre la validez o nulidad de los matrimonios y la calificación de las quiebras de los comerciantes, advirtiéndose incluso que "En nuestro derecho

penal, las cuestiones prejudiciales constituyen una verdadera rareza: la única cuestión prejudicial subsistente, en el Derecho penal llamado nuclear, es la relativa a la validez o nulidad del matrimonio y al estado civil o parentesco de las personas, en tanto su determinación dependa de la cuestión nombrada anteriormente" (MAIER, Julio B., *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Ed. Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004, pág. 114 y ss.). Incluso, se ha ceñido más el extremo sosteniéndose que, en el estado actual de nuestra legislación, la única cuestión prejudicial válida para el juez penal es la relativa a la declaración de nulidad o validez del matrimonio anterior (art. 1104, C.C.), a decidirse por el juez civil (ibidem).

En tal sentido, se ha considerado que "la creación pretoriana de una causal de interrupción o suspensión de la acción resulta contraria a la garantía del debido proceso penal (por lo cual) tanto por el principio de progresividad cuanto por el de preclusión, que reconocen su fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable (debe evitarse) que los procesos penales se prolonguen indefinidamente" (C.N.C.P., Sala III, J.P.B.A., 116-91-231).

Ciertamente que el efecto de la prejudicialidad consiste en la suspensión del procedimiento hasta que aquélla sea resuelta en el litigio autónomo y ante los tribunales competentes. De tal modo que, de ordinario, la misma funciona como un verdadero impedimento objetivo para la realización del procedimiento, pues, al suspenderlo, impide temporalmente (hasta que se decida el extremo) la persecución penal, para cualquier persona sospechada como partícipe en el hecho punible.

Ahora bien, en función de ello, puede afirmarse que **los supuestos de conexión de causas no revisten la pretendida calidad de prejudicialidad** o, en otras palabras, puede decirse que en nuestro derecho situaciones de ese tipo no representan o conforman, propiamente, una prejudicialidad. Hay conexión de causas, verbigracia, cuando se hubiere cometido un delito para perpetrar o facilitar la comisión de

otro, o para procurar al culpable el provecho o la impunidad, lo cual se correspondería con el caso de autos, desde el momento en que se ha planteado la hipótesis de que la explosión de la planta de Río Tercero habría sido un hecho de tipo intencional conexo a la causa del contrabando de armas, precisamente al objeto del ocultamiento de pruebas de esta última.

Tanto es así que en este tipo de hipótesis podría propiciarse, en todo caso, la conveniencia de prioridad de juzgamiento de un proceso respecto del otro, pero -como bien señala la doctrina- **los tribunales intervinientes pueden resolver los hechos investigados en el marco de cada uno de los distintos procesos penales, valorando las pruebas colectadas en cada uno de ellos en orden a los respectivos delitos, sin perjuicio de que después proceda revisión en caso de condena** (CLARIA OLMEDO, op. cit., p. 182).

En efecto, es preciso reparar en que, frente a situaciones semejantes, la regla debe ser la continuación del trámite del proceso y la paralización del ejercicio de la pretensión por dependencia de objetos procesales debe ser su estricta excepción, que habrá de interpretarse entonces en forma restrictiva (NAVARRO, Guillermo Rafael/DARAY, Roberto Raúl, *Código Procesal Penal de la Nación*, Tomo I, Ed. Hammurabi, 2º edición, Buenos Aires). En todo caso, el eventual resultado perjudicial que pudiere derivar de una investigación no diferida, puede ser luego neutralizado a través del remedio de la revisión de la sentencia, contemplado en el dispositivo legal del art. 479, inciso 1º, del C.P.P.N.

En un todo de acuerdo con las manifestaciones vertidas por el Sr. Fiscal General Dr. Alberto Gabriel Lozada en el marco de la audiencia del art. 454 del C.P.P.N., se estima que la consecuencia de la conexión de causas judiciales es la acumulación de los procesos para unificar los procedimientos, según las reglas jurídicas aplicables y siempre que con ello no se extralimite el ámbito propio de cada órgano jurisdiccional.

A dicha opción procesal de acumulación de causas se añade una segunda alternativa, consistente en la unificación de sentencias del art. 58 del C.P, al cabo de la sustanciación independiente de los distintos procesos vinculados.

Resta mencionar que, a tenor de las prescripciones del art. 11 del C.P.P.N., la suspensión del procedimiento por prejudicialidad debe ser declarada judicialmente, para lo cual el tribunal ante el cual se formula la petición debe "apreciar si la cuestión prejudicial invocada es seria, fundada y verosímil", debiendo ordenar la continuación del trámite, "en caso de que aparezca opuesta con el exclusivo propósito de dilatar el proceso".

Ello significa que, al resolver la excepción, el juzgador debe apreciar las pautas fijadas en el citado dispositivo legal ya que, por su índole, la cuestión planteada puede constituir un pretexto para impedir o demorar la causa penal.

En función de las consideraciones que anteceden, corresponde rechazar la petición de suspensión de la acción penal, habida cuenta que el caso de autos no configura cuestión prejudicial, en los términos preceptuados por el art. 10 del C.P.P.N. y que, en uso de las facultades de apreciación que emanan del art. 11 de dicho cuerpo normativo, por prudente arbitrio judicial la causa debe continuar con su tramitación, según su estado.

3) Sobre las situaciones procesales de los imputados

Continuando con el recuento y análisis de los planteos recursivos, es preciso abordar ahora la revisión de las situaciones procesales de los imputados Norberto Osvaldo Emanuel y Martín Antonio Balza, tal como quedaran establecidas en el auto impugnado.

Se aclara que, en atención a la solución propiciada más arriba -en orden a la declaración de nulidad de la resolución N° 474 de primera instancia, en cuanto dispuso citar a indagatoria a Carlos Saúl Menem y Heriberto Jorge J. G. Baeza González-, no corresponde, por su parte, analizar

los agravios que han sustentado las defensas técnicas de ambos imputados, con relación al procesamiento ordenado en su contra en la resolución apelada.

a) Precisiones sobre los hechos atribuidos

A la hora de establecer las respectivas participaciones penales, el auto de primera instancia ha dejado fijada, en primer lugar, la plataforma fáctica sobre la cual las mismas convergen, señalando así –como cuestión central– que el conjunto de elementos de convicción reunidos en el proceso permiten tener por válida la tesis de estrago doloso. Se afirma a la vez que, convertida la fábrica de Río Tercero en epicentro de un operar ilegítimo (el contrabando de material bélico al exterior), no resulta factible sostener que el estado que presentaba la misma a la época del hecho pudiera ser ignorado por los imputados procesados.

A ese efecto, el decisorio insiste –siguiendo en ello también la resolución de este Tribunal del pasado 19.06.2008 (L° 288 F° 75)– en el extremo atinente a que, de conformidad a las conclusiones emanadas del informe pericial químico (fs. 12.695/12.847), la explosión de trotyl no hubiese resultado posible de no haber mediado un detonador u otro medio idóneo para impulsar el fuego. Ello encuentra pleno correlato en diversos testimonios rendidos en la causa, subrayándose en particular los de quienes el día del hecho trabajaban en el depósito de cargas, los operarios Emilio J. Ostera, Emilio M. García y Elio Roberto Acosta (v. fs. 14.365/67, 14.376 y 18.140/41; y 14.363/64, respectivamente). Tales elementos conducen al Magistrado a afirmar que en los tambores había trotyl de descarga y que los mismos fueron manipulados para incendiar y luego explotar, mediante algún tipo de detonador, reforzador u otro medio mecánico, añadiendo la circunstancia de que los registros fotográficos revelan asimismo un cierto direccionamiento de la onda expansiva (v. Anexos de Prueba 13, 16, 18 y 215, reservados en Secretaría).

La resolución alude además a la pericia contable (fs. 6.169/72 y fs. 16.394/16.411), de la que surge un significativo faltante de municiones y material de guerra, al

USO OFICIAL

referir números notoriamente diferentes a los resultantes de los balances de fecha próxima al episodio (31.10.1995).

Tras referir lo anterior, el Juzgador se ocupa entonces de considerar, con buen criterio, la situación de la Fábrica Militar de Río Tercero a la época de las explosiones, en aspectos varios, tales como el edilicio, el laboral, el equipamiento y materiales de trabajo, modalidades operativas en su calidad de productora de armas, y se detiene puntualmente en su organigrama, que da cuenta que esta fábrica, como otras, dependía de la Dirección General de Fabricaciones Militares (v. Anexo de Prueba 132, en especial fs. 28, que obra reservado en Secretaría).

Habiendo descripto, pues, el cuadro general de la fábrica sobre el cual después establecerá y definirá las responsabilidades de los acusados, refiere que, según manifestaciones de muchos operarios, el estado edilicio era a la sazón deplorable, al igual que el sistema de mantenimiento de equipos y maquinarias de trabajo. En cuanto a las condiciones laborales, de la prueba reunida en autos surge una notoria falta de control de las autoridades de la F.M.R.T., aspecto llamativo por el tipo de material con el que se operaba. En efecto, los ya deficientes controles habituales habían mermado todavía más a la época de las explosiones, pudiendo citarse, a modo ilustrativo, que, una vez reabierta la Planta de Carga (tras un período sin funcionar), la Portería de la misma se mantuvo inactiva, habiendo sido su función tradicional la de controlar el acceso de personas y objetos de peligro al lugar, así como supervisar cuestiones netamente operativas (como el uso del arrestallama en la zampi móvil o los horarios de funcionamiento de la citada Planta). A juicio del Magistrado, dicho panorama general constituía un escenario ideal para perpetrar los actos que luego se producirían.

A tales anotaciones, se suman otras como la referencia de testigos a movimientos de vehículos durante la noche previa a las explosiones (v., al respecto, declaraciones de Miguel A. Arias, de fs. 14.500, entre otras), o el horario en que acaecieron los hechos: durante el

refrigerio y, por ser día de pago de salarios, cuando la gran mayoría del personal se encontraba lejos del centro de la explosión. Vale decir, en términos del Juez "se habría facilitado y armado un teatro de operaciones para desconcertar la opinión y ocultar de esta manera lo que se pensaba hacer, cual es efectuar explosiones programadas y organizadas, haciendo aparecer lo acontecido como un accidente" (v. fs. 19.105 vta.).

b) Situaciones procesales en particular

Pues bien, luego de las precisiones acerca de los hechos que anteceden, corresponde examinar en lo sucesivo lo dispuesto en la resolución cuestionada respecto de las responsabilidades penales de cada uno de los imputados, a la luz tanto de las probanzas colectadas en la causa cuanto de los agravios formulados por los recurrentes, a saber:

NORBERTO OSVALDO EMANUEL

En orden a la situación procesal de Norberto Osvaldo Emanuel, procesado en autos como supuesto coautor del delito de Estrago doloso agravado por la muerte de personas (arts. 45 y 186, inciso 5, del C.P.), se anticipa la coincidencia del suscripto con el criterio sustentado por el Juez de instrucción, en cuanto a la concurrencia de elementos de juicio suficientes para afirmar su participación criminal, de acuerdo al grado de probabilidad requerido para la presente etapa procesal, en los términos prescriptos por el art. 306 del Código de Forma.

Cabe puntualizar que la defensa de Emanuel, a cargo de la Defensoría Oficial, se agravia de la atribución de responsabilidad efectuada por el Inferior, sosteniendo que de ningún modo tuvo intervención en la comisión del hecho que se le endilga, además de considerar que la prueba reunida resulta insuficiente a tales efectos, discrepando -en términos amplios- con la valoración que el juez ha elaborado en base a la misma.

Pues bien, cabe ingresar al estudio diciendo que, por la responsabilidad que tenía en la Dirección General de Fabricaciones Militares -a la época de los hechos (año 1995) y en su condición de Subinterventor-, el imputado Norberto

USO OFICIAL

Oswaldo Emanuel no podía desconocer las cuestiones propias del funcionamiento de las distintas fábricas militares que integraban aquella dirección, ni las situaciones atravesadas por ellas.

En ese contexto, Emanuel no podía hallarse al margen de las ya aludidas condiciones particulares en que se hallaba la Fábrica Militar de Río Tercero, respecto del concreto estado operativo y de la existencia real de materiales en depósito, al tiempo del siniestro y que, sin duda y tal como ha sido establecido por este Tribunal en el pronunciamiento anterior del 19.06.2008, habrían representado el escenario propicio para el presunto móvil de venta ilegal de armas al exterior y, en definitiva, para la propia perpetración de la explosión investigada en autos. A respecto, cobran particular valor los organigramas o estructuras de funcionamiento correspondientes a la Dirección General de Fabricaciones Militares y vigentes al tiempo del suceso ilícito ocurrido el 3 de noviembre de 1995, según las respectivas jerarquías o responsabilidades funcionales que emanan de la Disposición N° 8 de la D.G.F.M. del 08.04.1998, sobre orgánica funcional (v. fs. 16.124/25).

Contra las hipótesis articuladas en el decisorio cuestionado respecto a la intervención penal atribuida allí al nombrado y contra las propias indicaciones que emanan de la referida estructura funcional de Fabricaciones Militares, la defensa brinda argumentaciones exculpatorias que, *prima facie*, o bien resultan intrascendentes, o bien no resultan convincentes a tales efectos (v. declaración indagatoria de fecha 04.12.2007, obrante a fs. 19.408/10, e informe de la defensa en el curso de la audiencia).

En efecto, Emanuel ha negado responsabilidad en la comisión del ilícito, sobre lo cual hizo manifestaciones acerca de las circunstancias en que tomó conocimiento de la explosión. En cuanto a sus funciones, ha expresado que, como subinterventor, estaba a su cargo el análisis de balances de la actividad de la fábrica de Río Tercero, habiendo aclarado que de ellos no surge el tipo de material que se fabricaba, agregando que lo que sí estaba a la vista era que daba

pérdidas. Afirmó que de sus análisis contables pudo determinar la existencia de exportaciones de material bélico fabricado por la D.G.F.M. al exterior, mencionando que durante su gestión hubo una a Venezuela. Respecto del Comité de Comercialización señaló dos integraciones, una con Sarlenga, la otra con Andreoli, refiriendo que el primero no era formal en su funcionamiento y que no todos los pedidos de cotización o ventas celebradas pasaban por dicho Comité, con lo cual él no veía todas las ventas que se hacían. Indicó que, en el primer Comité era un integrante más, en tanto que fue presidente del segundo. Ilustró también sobre la dinámica de funcionamiento del Comité, explicando que su función era la asesoramiento, con elevación de propuestas al interventor o directamente al Director de Producción. En cuanto a los estados contables, manifestó tener acceso directo a los mismos durante la época de Andreoli, ya que durante la gestión de Sarlenga se ocupaba de las empresas residuales (fs. 19.408/10).

A propósito de ello, y tal como lo apunta el Juez inferior, no resulta en absoluto creíble la afirmación del acusado en el sentido de que su intervención en la Dirección General se habría limitado a las empresas residuales, en especial cuando el nombrado se ha explayado y descripto con precisión el funcionamiento del Comité de Comercialización - que admitió haber presidido-, ámbito en el que, precisamente, tenía lugar todo lo concerniente al análisis y consideración de las operaciones de venta.

El organigrama de la Dirección General de Fabricaciones Militares da cuenta, justamente, de la dependencia que tenían todas fábricas militares -entre ellas la Fábrica Militar de Río Tercero- del interventor y subinterventor, a través de la Dirección de Producción, y no únicamente las empresas residuales, como ha pretendido sostener el acusado en ejercicio material del derecho de defensa. Más aún, del citado organigrama puede colegirse la función desempeñada por el subintervenitor, definida en términos de colaboración con el interventor, a quien debía

incluso suplantar en atribuciones y deberes en caso de ausencia suya (v. fs. 16.124/25).

Se discrepa, además, con lo argüido por la Defensoría Oficial en el sentido de que una serie de elementos de juicio obrantes en el expediente refieren al co-imputado Carlos Franke como el vínculo o nexo entre la Fábrica Militar de Río Tercero y Fabricaciones Militares (puntualmente, los testimonios rendidos por Justino M. Berttoto -fs. 16.630/31-, Luis E. Sarlenga -fs. 15.965/70- y Alfredo Ramirez -fs. 16740/41-, además de los dichos de Jorge A. Cornejo Torino). A propósito de ello hay que decir que la circunstancia de que fuese Franke quien entonces estuviera a cargo de la Dirección de Producción y quien, desde allí, estableciera frecuentes contactos con la fábrica -del modo en que fue valorado ya por este Tribunal, en sentencia del pasado 19 de junio- no obsta la conclusión que antecede, en cuanto a la presunta compenetración que, por sus funciones de Sub-interventor, habría tenido Emanuel en orden a la situación general de la fábrica de Río Tercero, así como respecto de las solapadas razones a que ello habría obedecido, de acuerdo a lo antes mencionado.

Se estima así que, en el punto, el Magistrado ha valorado pertinentemente lo concerniente a la imputación delictiva que pesa sobre Emanuel, habiendo arribado a una conclusión ajustada a derecho en torno a su presunta responsabilidad penal del nombrado en la ejecución del hecho.

Por ello y en el uso de la facultad conferida por el art. 455 a *contrario sensu* del C.P.P.N. (texto ordenado por Ley 26.374, según el cual deben exponerse los fundamentos en caso de revocación de la decisión cuestionada, de confirmación en base a criterios no contemplados por el juez que previno, o de decisión adoptada sin unanimidad), se estima que, hallándose reunidos los elementos de prueba suficientes para alcanzar el grado de probabilidad acorde a la presente etapa procesal (art. 306, C.P.P.N.), corresponde confirmar la resolución de primera instancia en cuanto dispuso el procesamiento de Emanuel, como presunto coautor del hecho que se le endilga.

Poder Judicial de la Nación

Establecido lo anterior, corresponde ahora efectuar algunas precisiones conceptuales en torno a la definición de la participación criminal, habida cuenta que la defensa técnica de Emanuel se agravia asimismo de la definición que el auto de procesamiento hace de la misma, en términos de autoría mediata según la tesis del dominio del hecho a través de aparatos organizados de poder.

Para este objeto, es oportuno recurrir nuevamente al conjunto de reflexiones vertidas por nuestra parte en la sentencia dictada por este Tribunal con relación a los co-imputados de autos (sentencia de fecha 19.06.2008)–, en la que, según fue explicitado, la cuestión quedó delimitada al campo de análisis de los hechos efectivamente acaecidos y al imperio de las disposiciones legales que rigen la materia (C.P., art. 45 y ss.), más allá de cualquier discusión doctrinaria.

El accionar objeto de reproche penal en autos fue definido en términos de coautoría (art. 45, C.P.), en lugar de autores mediatos, según la definición que fuera propiciada por el Juez de Instrucción.

Se postuló en aquel decisorio que "dicha solución se compadece con la definición legal de coautoría (art. 45, C.P.) en cuanto comisión común o codominio del hecho, que alcanza a quienes toman parte en su ejecución y se verifica en la división funcional de tareas de acuerdo a un plan común. En efecto: este concepto presupone división de tareas enfocadas a la ejecución del delito, y engloba a todos aquellos actos principales y accesorios que, en el caso específico, integran el accionar que presupone la comisión del mismo, el cual viene a abarcar tanto a quienes asumen los actos típicamente consumativos, cuanto a aquellos que cumplen actos que ayudan o complementan los otros".

Siguiendo a Maurach, se señaló además la noción de coautoría como "*...conurrencia querida, consciente y con división de trabajo de varios autores, con el fin de obtener el mismo resultado típico*" (Reinhart Maurach, *Derecho Penal. Parte General 2*, Ed. Astrea, Bs. As., 1995). Se resaltó incluso que, en este caso, el dominio colectivo del hecho se

USO OFICIAL

caracteriza por la circunstancia de que la dirección final del desarrollo típico del acontecer no se encuentra en manos de una persona individual, sino de un **conjunto de personas**. De tal modo, se puntualizó que *"toma parte de esta coautoría todo aquel que con su aporte parcial da fundamento y posibilita la dirección final del desarrollo objetivo del acontecer, de manera tal que la realización del resultado global pase a depender también de su voluntad"* (op. cit., pág. 368).

Asimismo, en la anterior resolución dictada en autos, se dejó expresado que *"En la coautoría, el reparto funcional de roles da lugar a una autoría compartida, abarcando incluso formas de realización de delitos en las que el principal responsable o cerebro no está presente en la ejecución (Francisco Muñoz Conde, *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, Valencia, 2000, pág. 155). Es por tanto imprescindible destacar esta idea de división de tareas tendiente a un determinado resultado, donde cada uno de los concurrentes, en definitiva, tiene dominio final del hecho con respecto a la globalidad del suceso acontecido. Ahora bien, este concepto no exige que todos los elementos típicos sean ejecutados en común por todos los que toman parte en el suceso, sino que es necesario que los sujetos particulares realicen las acciones necesarias para la configuración del tipo, de manera que el "mosaico delictivo" se complete en su colaboración respectiva."*

Se ilustró además la cuestión citando a Mir Puig, en cuanto a que *"la fenomenología de la codelincuencia muestra que en la realización colectiva de un hecho no siempre los actos literalmente ejecutivos constituyen la parte más difícil o insustituible y que, en cambio, el éxito del plan depende de todos quienes asumen una función importante en el seno del mismo. Lo acertado es, pues, considerar coautores no sólo a los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, sino a todos quienes aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva. A todos ellos "pertenece" el hecho..."* (Santiago

Poder Judicial de la Nación

Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. P.P.U., Barcelona, 1995, pág. 416)."

En función de todo ello, estos Jueces concluyeron en dicha resolución: "es coautor quien, sin poner mano propia, supervisa el acontecer típico, regulándolo, dominándolo; definiéndose como tal, por tanto, al jefe que dirige desde lejos la intervención de los miembros de la banda (Edgardo A. Donna, "El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de Roxin" en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*, Ed. Lerner, Córdoba, pág. 297)."

MARTÍN ANTONIO BALZA

Pasando a revisar en este apartado la situación procesal de Martín Antonio Balza –respecto de quien el auto impugnado declaró la falta de mérito–, resulta menester efectuar una aclaración preliminar, ya que, en el marco de la audiencia del art. 454 del C.P.P.N., su defensa técnica –ejercida por el Dr. Manuel Omar Lozano–, luego de desarrollar un conjunto de aclaraciones en torno al informe de la querrela, formuló al Tribunal expresa petición de sobreseimiento a favor de su representado.

Acerca de este planteo conviene recordar que el precepto legal del art. 311 del C.P.P.N. habilita únicamente la impugnación de la falta de mérito por parte del fiscal y el querellante. Por el contrario, y pese a que la decisión conlleva necesariamente la prolongación del proceso, no se le otorga al imputado tal facultad de apelación. Así, importa consignar que esta restricción al sujeto pasivo de la imputación responde al carácter esencialmente provisorio de la medida en cuestión (en tanto no causa estado), situación que, a la postre, derivará en sobreseimiento o procesamiento recurrible por él, esto es, en razón de que su dictado no le causa agravio irreparable, más allá de la aflicción por la demora.

Por lo tanto, a pesar de que la solicitud de la parte **no ha sido introducida ante esta Alzada mediante interposición de recurso alguno** sino que fue deducida en el

marco de las aclaraciones vertidas en la audiencia del art. 454 del C.P.P.N., la misma resulta formalmente improcedente.

No obstante ello, debe dejarse aclarado que la disposición de falta de mérito a favor de Balza será abordada y examinada aquí, en función de que ha sido materia de impugnación por parte de la querella (v. presentación de fs. 20.653/66).

Pues bien, en orden a la participación de Martín Antonio Balza en el hecho que se le imputa, el Juez instructor ha advertido en su decisorio que no convergen en autos elementos de convicción suficientes para ordenar su procesamiento, según lo prescripto por el art. 306 del C.P.P.N. En efecto, tal como ha sido puesto de resalto por el Magistrado no ha resultado factible a la instrucción obtener constancias relativas a esa posible responsabilidad, siendo que la prueba colectada no ofrece ningún dato relevante en este sentido.

En cuanto a los argumentos planteados por la parte querellante tanto en su escrito de apelación cuanto en el ulterior informe de desarrollo de agravios, se apunta que -según ha quedado plasmado en la relación de causa del presente decisorio- ella ha señalado la existencia de pruebas de cargo suficientes para sostener la imputación delictiva efectuada a Balza.

En concreto, la querella ha referido la vinculación de los hechos investigados en la causa con la estructura militar, cuya máxima autoridad era entonces ejercida por Balza, así como el conocimiento que éste tenía de las operaciones de venta de armamentos, extremo refrendado -según manifestaciones de la parte- por el testimonio de Diego Emilio Palleros.

En resumidas cuentas, la querella afirma que no puede aducirse ignorancia desde la estructura militar respecto de la perpetración de la explosión que se investiga, como tampoco puede considerarse a la fábrica militar como ajena a aquella estructura, desde el momento en que sus titulares eran militares -calificados, sostenidos, nombrados o removidos por la propia autoridad castrense-.

Poder Judicial de la Nación

Por último, la parte apelante afirma la hipótesis de que Balza jamás se interesó por la investigación y el esclarecimiento del hecho, para "cohonestar" la tesis del accidente que habría pretendido imponerse desde la cúpula gubernamental.

No obstante la línea argumentativa sustentada por la querrela, cabe decir que, en rigor, no señala elementos de cargo que, en rigor, hubieran sido soslayados en el desarrollo del análisis del Inferior y que, de tal modo y por su peso convictivo, pudieran inducir a una valoración diferente del caso como para revertir el decisorio.

Repárese, por otra parte, en la posición exculpatoria asumida por Balza en declaración indagatoria, en el sentido de aclarar que la Dirección General de Fabricaciones Militares no tenía vinculación alguna con el Ejército Argentino, dependiendo del Ministerio de Defensa. A propósito de ello, mencionó que la fábricas requieren de una especialidad en cuanto a su producción, por lo que al tiempo de su gestión el Ministerio de Defensa pedía al Ejército un número determinado de ingenieros militares con distintas especialidades, a partir de lo cual intervenían los órganos de selección correspondientes, a saber, la Dirección de personal del E.M.G.E., la Dirección Operaciones, Logística y, obviamente, el Director del Estado Mayor, con opinión también de los consejos asesores de cada arma, refiriendo que las propuestas eran aprobadas por los altos mandos, los Generales de División. De igual modo, Balza aludió al procedimiento habitual de designación dentro del Ejército, expresando que el personal designado mantenía una vinculación con la fuerza pero no funcional, es decir, el Ejército no podía dar órdenes al personal que estaba en un área de Fabricaciones Militares y, a su vez, éstos no podían cumplirlas. En cuanto a la designación del Gral. Andreoli, manifestó que propuso una terna al Ministro Camilión en la cual estaba el nombrado, sugiriéndolo por su experiencia en el área de Fabricaciones Militares. Balza refirió también en el año 1992 integró una comisión, conformada por el Presidente de la Nación y los Ministros González y Di Tella, además de otros funcionarios,

USO OFICIAL

que -según se supo después- firmaron los decretos luego cuestionados y vinculados a la venta ilegal de armas, época en la que el deponente no era Jefe del Estado Mayor, relatando al respecto que, entonces, el único que desconocía de la existencia de armamento argentino en Croacia era él (v. fs. 19.902/07).

Así como tampoco puede desmerecerse el relevante extremo de que el nombrado fuese ya desvinculado de la causa **"SARLENGA, Luis Eutaquio y otros p.ss.aa. Contrabando" (Expte. N° 8.830/95)**, mediante sobreseimiento definitivo dispuesto mediante resoluciones de fechas 11 de marzo y 09 de septiembre de 2003.

Por las razones dadas y en atención a lo prescripto por el art. 455 *a contrario sensu* del C.P.P.N. (según texto ordenado por Ley 26.374) que exime de mayores consideraciones al exigir exposición de fundamentos en caso de revocación de la decisión cuestionada, de confirmación en base a criterios no contemplados por el juez que previno, o de decisión adoptada sin unanimidad, corresponde confirmar la falta de mérito declarada en el auto con relación a Martín Antonio Balza. Esta decisión constituye, en definitiva, un pronunciamiento intermedio, de carácter dubitativo, entre el procesamiento y el sobreseimiento, que se dicta sin perjuicio de continuar con la investigación (art. 309, C.P.P.N.).

4) Otras consideraciones

Por último, hay que decir que no puede dejarse de tener en cuenta -al momento de ponderarse todo lo actuado hasta aquí- ciertas y concretas dificultades puestas de manifiesto por el Inferior, en especial cuando refiere a la "inactividad" tanto del Ministerio Público Fiscal como de la parte querellante en lo que respecta a las nuevas acusaciones atribuidas en la causa a los nuevos imputados en la resolución apelada del 15.08.2008, como también coincide el suscripto en apreciar que ambas partes no han propuesto o sumado nuevas y diferentes pruebas a las acumuladas con anterioridad para coadyuvar al sostenimiento de las atribuciones de presuntas responsabilidades penales, todo para conferir solidez al proceso en lo que concierne al

Poder Judicial de la Nación

reproche penal formulado respecto a Carlos Saúl Menem, Heriberto Jorge José Gerardo Baeza González, Martín Antonio Balza y Norberto Osvaldo Emanuel.

Esta observación no obsta para hacer una mención sobre el rol cumplido en todo el proceso por la querellante particular Dra. Ana Elba Gritti, cuya iniciativa individual – sostenida con encomiable persistencia y tenacidad– ha contribuido no sólo a encauzar el más legítimo reclamo particular de una de las familias que resultó ser víctima directa del suceso del 3 de noviembre de 1995, sino también al personalizar el interés colectivo por el definitivo esclarecimiento de la verdad de lo acontecido en la Fábrica Militar de Río Tercero, tal como aspira la sociedad toda en su conjunto. Así voto.-

El señor Juez de Cámara doctor Don Luis Roberto Rueda dijo:

1) Que comparto los fundamentos del distinguido colega preopinante respecto de la situación del imputado **Carlos Saúl Menem**, como así el remedio procesal que se propicia. Sin embargo, dado el alcance y contenido que el a quo otorga al tratamiento de la situación del nombrado, corresponde extenderse acerca de los argumentos vertidos para concluir en el dictado del procesamiento en su contra.

Que comienza el juez respecto del imputado una extensa fundamentación de diecisiete fojas (79/96), retomando una profusa exposición de la teoría del 'dominio del hecho' (como lo hiciera en la resolución anterior, fs. 20.565/20.611) que entiende aplicable al caso de autos, para pasar seguidamente a citar la causa "Sarlunga", aludiendo al procesamiento dictado en aquellos obrados en contra de Menem el 7 de septiembre de 2007, a tenor del cual el ex - Presidente habría tenido intervención en la firma de sucesivos Decretos como Presidente de la Nación, rúbricas que en esos autos se le reprochan penalmente.

Que en el menester, se ocupa el juzgador en reproducir prolongados párrafos de aquel resolutorio (fs. 80/85), a cuya lectura me remito sin perjuicio de lo que se dirá infra, y desde que a ese aspecto de la responsabilidad del justiciable - ventilada por lo dicho en otra jurisdicción

USO OFICIAL

- se dirige la acotación de las referencias que efectúa el juez de instrucción.

Que resulta necesario en el presente seguir, metodológicamente, un criterio claro de discernimiento, dada la estructura argumentativa con que el magistrado trata las situaciones procesales en general y la de Carlos Menem en particular, razón por la cual algunas de las observaciones a efectuar valen, también, para la consideración del resolutorio en toda su extensión. En ese orden, corresponde observar el tratamiento dado a la situación del nombrado, a la que ingresa empleando un extenso recordatorio entrecomillado de la resolución y causa de mención (también conocida como causa "Armas"), desde que su sola alusión, por robustecida retóricamente que esté con las citas relacionadas, no basta para explicar en el derrotero intelectual del juez, la vinculación de Menem con los hechos concretos que aquí se le endilgan.

2) Que así, inicia promisoriamente el juez lo que debiera haberlo introducido en lo medular de la cuestión: *"Ahora bien, ingresando al análisis (de) los **hechos investigados** en la presente causa y la vinculación con los mismos por parte de Carlos Saúl Menem, y conforme el esquema doctrinario que antecede, teniendo en cuenta que se atribuye al antes nombrado la supuesta comisión del delito de estrago doloso agravado por muerte de personas, conforme fuera propugnado tanto por el Sr. Fiscal (fs. 85) Federal cuanto por la parte querellante".* (Sobre lo que habría "propugnado" el representante del Ministerio Público Fiscal me remito a lo dicho por el Doctor Ignacio Vélez Funes en el voto precedente).

Que al respecto, corresponde en primer lugar, en resguardo de la claridad conceptual y el rigor metodológico propuesto, despejar de una primera confusión en el modo de tratar las cuestiones por parte del juez, desde que incurre en una *incorrecta fijación de las premisas* lo cual habrá de aparejar, necesariamente, consecuencias de relevancia en el desarrollo posterior de su argumentación y consiguiente definición del sub - exámen.

Poder Judicial de la Nación

Que en efecto: por una parte, alude a los '**hechos**' que motivan la causa y que le reprocha a Menem, y, por otra, al '**esquema doctrinario precedente**', dando por sentado que tal esquema, es decir, la nombrada teoría del dominio del hecho, resulta de aplicación al caso, y, por otra, parece no haber reparado en el criterio reciente sustentado al respecto por este vocal y por esta Cámara (v. fs. 20.598vta./20.600 de la resolución obrante en Libro de protocolos N° 288 - Folio N° 75, del 19 de junio de 2008), a cuyo respecto corresponde de mi parte una remisión a lo allí dicho.

No se me escapa en el menester que el abogado de la querrela, doctor Horacio Viqueira, citó en el momento de formular aclaraciones (art. 454 del C.P.P.N.) algunos párrafos de mi autoría en ese decisorio - en particular el de fs. 35 'in fine'/36 -, pero para abonar, conforme su predicción como parte en la causa, su posición a favor de esa concepción del derecho penal contemporáneo, acaso en algo disociado de lo que en el párrafo objetivamente se lee.

Que en esa línea de pensamiento, el juez ha dedicado un extenso espacio a la construcción doctrinaria de mención, haciendo uso de la discrecionalidad que en el marco de la sana crítica racional, concede el orden jurídico para fundamentar las sentencias. No obstante, cuando parecía encaminarse el juez hacia la fijación de los hechos que justificasen el esbozo teórico reseñado (es decir, la conducta de Menem en relación con el mismo) soslaya hacerlo empleando, por vía referencial, lo resuelto en la causa "Sarlunga", según se lee a partir de fs. 79. Allí comienzan las extensas citas de la resolución a la que hice referencia, lo cual acontece - sin solución de continuidad - desde fs. 80 a 85 (primeras trece líneas).

Que hasta aquí nos encontramos, sin fragmentar o suprimir argumento alguno del a-quo, con el invocado "esquema doctrinario que antecede", abonado en su totalidad por las referencias a la teoría comentada y a las citas de lo resuelto por el tribunal de Buenos Aires. No hay en consecuencia, hasta este punto del análisis, ninguna

USO OFICIAL

referencia a los hechos en la presente imputados, pues sólo por vía del absurdo podría tenerse por tales los que describe aquella decisión judicial, los que, obviamente, no son los que se le imputaran en el Juzgado de Río IV° al recibírsele declaración indagatoria al procesado en cuestión.

3) Que así las cosas, retomo desde fs. 85, donde dijera el juzgador que se referiría a los hechos imputados en esta causa a Carlos Saúl Menem, esto es - conviene reiterar - la supuesta comisión del delito de *estrago doloso agravado por muerte de personas*. Me propongo así no suprimir ni parcializar ningún aspecto de la motivación bajo estudio, por lo cual corresponde indicar que a renglón seguido, el magistrado efectúa dos consideraciones que se insinúan como un aparente marco histórico para avanzar sobre la fijación de los hechos que se imputan.

La primera consideración se refiere a los cambios producidos por Menem como Presidente de la Nación y el acercamiento con la globalización y la caída del muro de Berlín. En la segunda (segundo párrafo, fs. 85 'in fine') alude, "...sin ánimo de profundizar o efectuar un análisis de la función de gobierno desplegado por el hoy imputado...", a que hubo en esa época una política encaminada hacia una mínima participación del Estado, "...puesta de manifiesto en la venta al sector privado de las empresas estatales".

Prosigue el juez a fs. 86 agregando - con cita doctrinaria - una referencia al art. 99° inc. 1° de la Constitución Nacional, enfatizando seguidamente sobre el rol del Presidente de la Nación a partir de la reforma de 1994, remarcando su perfil político y ejecutivo, con lo cual direcciona su pensamiento hacia la "posición de garante" que la C.N. le otorga al Presidente, tarea funcional que cumpliera Menem en 1995, completando la foja citada con una extensa cita del art. 12° de nuestra Carta Magna tomada de una autora de la especialidad, a propósito de la estructura de las fuerzas armadas de la Nación.

Siguiendo el mismo texto constitucional y la misma fuente doctrinaria (fs. 88), expone el juez un breve análisis de los arts. 13° y 14° de la C.N., agregando a

Poder Judicial de la Nación

continuación una escueta mención al imputado Menem, más no en relación a los hechos imputados (voladura de la fábrica militar de Río Tercero), sino para expresar que Menem era entonces Presidente de la Nación, y, como tal, "...tuvo intervención con el dictado de los Decretos N° 1697/91, 2283/91 y 103/95 mediante los cuales se permitió la venta de armamento al exterior", lo cual, como ya es de público conocimiento, se juzga en la otra causa de mención.

Continúa el juzgador, tras advertir "...A riesgo de reiterar conceptos vertidos en mi anterior decisión de fecha 26-10-2007 sostengo que la Fábrica Militar de Río Tercero, sin duda alguna tuvo un rol protagónico en el tráfico ilegal de armas, municiones y pólvora en la argentina, entre los años 1991 y 1995". De allí en más, y "...conforme la **vasta prueba receptada...**" (lo destacado me pertenece), pasa, consecuente con la reiteración anunciada, a reproducir la descripción de los hechos por los que se procesara a los militares incluidos en el pronunciamiento de mención, confirmado por esta Cámara Federal en su actual integración.

Al respecto merece leerse, para un mejor entendimiento de lo que vengo diciendo, la parte final de fs. 88; la totalidad de la foja 89, hasta la culminación del primer párrafo de la foja 90, para advertir, aquí también, que no se menciona ni se ubica mínimamente al imputado Menem dentro de la facticidad descripta. Pero aún es dable suponer que todo esto podría constituir un prolegómeno a la inclusión del nombrado Menem en orden a los hechos reprochados, para así definir su situación procesal (esto es - una vez más - la participación como coautor mediato en la voladura de la Fábrica Militar de Río Tercero), según le fuera expuesto en el acto de su declaración indagatoria (fs. 19.563 vta.).

Pero, no obstante, la expectativa de quien suscribe para entrar en su específica labor, que no es otra que la de analizar la resolución en crisis evaluando las normas aplicables con relación a los hechos que se estiman probados, se ve nuevamente frustrada, pues de la lectura de los tres párrafos que subsiguen (completando la foja 90) solo

puede concluirse en que éstos consisten en tres dispersiones: la primera, una afirmación dogmática (el suceso hubo de provenir de la maquinaria estatal a cuya cabeza estaba Menem); la segunda, en un momento de locuacidad (la *'voracidad y el carácter vertiginoso con que se decidían los cambios en el contexto económico del país...'*), y la tercera en una explícita reiteración de lo anticipado (todo lo que acontecía en Río Tercero era *'directamente manipulado'* desde la ciudad de Buenos Aires, donde estaba la Presidencia de la Nación).

Que no menos sorpresa causa la circunstancia de que, inmediatamente después de tales expresiones, el señor juez vuelva sobre la causa "Sarlunga", a los referidos decretos y a la no poco curiosa referencia de que la normativa nacional para la industrialización del material de guerra, *"...es coincidente con la filosofía económica del gobierno que encabezara el imputado Menem"*, para agregar que no obstante, *"...observo que, tal material, calificado como sensible (...) requiere la previa aprobación de la Comisión especial que da cuenta tal norma"*.

En este punto, y dado el propósito del abajo firmante de no obviar ningún argumento del juez de instrucción según se tiene dicho, corresponde agregar que si en el menester se están trayendo a colación argumentos ajenos al asunto, precisamente porque constituyen la debilidad del razonamiento del instructor, y en tanto involucran el resultado del mismo. Prosiguiendo en este orden de ideas, comenta el magistrado de primera instancia que los referenciados decretos del Poder Ejecutivo Nacional durante la presidencia de Carlos Saúl Menem, no respetaron las normas que autorizan la exportación de armamento de Venezuela y Panamá, cuando sus destinos reales eran presuntamente Ecuador y Croacia.

Tras ello remata el apartado con una consideración que, como muchas de las aquí transcritas, bien pueden ser compartidas como apreciaciones políticas, sociológicas, o como opinión ciudadana, más no para quien aspire, en un proceso judicial, tener una sentencia justa de

Poder Judicial de la Nación

conformidad a los principios liminares y básicos de nuestro derecho penal liberal. En efecto, dice el juez: "Tal circunstancia tan irregular provocó la repulsa interna y mundial en razón de la posición ubicada a nuestro país como garante de paz, en el primero como conciliador, y en el segundo como integrante de la fuerza de paz de las Naciones Unidas", lo cual por otra parte, y como habitante de esta Nación, comparto totalmente.

4) Que en adelante, el magistrado instructor no se adentra en nada nuevo que no haya sido dicho ya en los párrafos bajo estudio, al punto de volverse su itinerario en ocasiones tautológico. Es así manifiesto el esfuerzo que efectúa para justificar el procesamiento del imputado por el hecho de haber sido el jefe máximo de la Nación y de quien, jurídica y políticamente, dependía una repartición dentro de la cual actuaron diversos sujetos para culminar con el resultado trágico de las explosiones en la fábrica de Río Tercero. En tal sentido me remito en un todo a lo expuesto en la resolución del 19 de junio de 2008, reafirmando mi criterio del modo en que, según mi entender, acontecieron los hechos, cuando menos en el espacio y en el tiempo en que acontecieron, lo cual no significa asumir con ingenuidad que no existieron intereses moralmente oscuros desde altos niveles de poder en la Argentina, pues el sentido común informa a cualquier desprevenido que no es para nada descabellado conjeturar sobre lo que Jeremías Bentham llamara la "doctrina de los intereses siniestros" para aludir a los intereses egoístas de las clases gobernantes (v. Marí, E.E.; *La problemática del castigo - El discurso de Jeremy Bentham y Michael Foucault*, Hachette, Bs.As.; p.29), es decir, que en el trasfondo de las explosiones del 3 de noviembre de 1995 hayan existido motivaciones de esa naturaleza.

Pero sucede que en la misma época en que Bentham desarrollaba su crítico ideario ético, jurídico y político, Feuerbach escribía el Código Penal de Baviera que sería, como es sabido, la principal fuente de la legislación penal argentina (por la obra de Carlos Tejedor), con todas las exigencias derivadas del art. 18 de la Constitución Nacional,

conforme a la cual hoy tenemos un derecho penal de culpabilidad, que no se satisface con impulsos retóricos disuasivos ni con férrea vocación de castigo, por más convencido que esté el juez, pues cuando se obvia el *nullum crimen* se desliza el juzgador por el escabroso sendero de las conjeturas con el consiguiente alejamiento de las reglas de la lógica, la experiencia y de la psicología común, y el raciocinio deviene, inevitablemente, en arbitrario.

Muestra de ello se lee a fs. 92: como Menem impulsaba férreamente la política de exportación, no podía serle desconocido el mecanismo utilizado, porque según la C.N. es el responsable directo y último del diseño de la política de Estado. A esta altura puedo afirmar sin hesitación (porque el juez se reitera en ello, ver. fs. siguientes) que no encuentro un solo elemento del juicio que vincule a Carlos Saúl Menem con la voladura del establecimiento fabril militar, con absoluta prescindencia de la responsabilidad política y jurídica que le pueda competir al respecto y con relación a la firma de los decretos por los que se lo juzga en ajena jurisdicción, estando ausente el nexo causal que habilite pensar en sentido contrario, descartada como esta por mi parte que dicha vinculación surja de la conferencia de prensa en la que pone énfasis la querrela, y a la que esta sala hace referencia supra (v. **IV.b**).

Que ello así, pues como quedó palmario en la audiencia oral del 10 del corriente, resulta atendible lo argumentado por el defensor D'Antona: como Presidente de la Nación y en la inmediatez y urgencia de los hechos, Menem dijo lo que le había informado su Ministro de Defensa o, en su caso y según entiendo como razonable, por lo que le informaran sus colaboradores directos. No desconozco que su afirmación de que se había tratado de un accidente resulta llamativa, pero, definitivamente, debo desecharla como prueba de cargo en su contra del modo como lo hace el magistrado actuante.

5) Que en la parte final del decisorio impugnado el a-quo se propone "evitar repeticiones odiosas" al volver

Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL

sobre el poder político detentado por el imputado, no obstante lo cual insiste una vez más con la hipótesis de que el procesado ex - mandatario "...conscientemente, mediante el uso arbitrario del poder que ostentara dentro de la estructura organizacional, haya montado y puesto en funcionamiento todo un engranaje para encubrir actor palmariamente (sic) inválidos por su finalidad, repudiando por su concepción y porque palmariamente se hayan materializado en la realidad" (fs. 94), continuando con su posición acerca de que con ello se trató de eliminar todo vestigio que permitiera inculparlo. El imputado "...tiene, para sí, el **dominio total del hecho**...". Como se puede advertir, el juez está imbuido en extremo por la referenciada teoría, no obstante lo ya discernido al respecto por esta Cámara, al punto de que el abuso que de la misma se hace deviene en verdaderamente patológico (v. Andruet, A., *Teoría general de la argumentación forense*, Alveroni, Córdoba, 2001, p.72 - con cita de Manuel Atienza).

Conviene aquí reafirmar lo más arriba expuesto, puesto que el seguimiento del itinerario del juez nos obliga a ello, a la vez que recuerda el grave interrogante vertido en la audiencia por el defensor Hairabedián, pues, en efecto, la cuestión central responde a la pregunta ¿De qué **hecho** estamos hablando?, o también: ¿Qué hecho tuvo bajo su dominio Menem? Recuérdese - una vez más - que esta causa se origina por la voladura intencional de la Fábrica Militar de Río Tercero, y cuya dilucidación judicial constituye, obviamente, su objeto procesal. Prosigue el juez en la conjetura de la "escala hacia abajo", vinculando a **Jorge Baeza González**, "...apropiado Asesor en Asuntos Militares...", a quien no logra insertar con algún éxito en el grado de responsabilidad consiguiente; esto es, que las falencias argumentativas apuntadas se suceden del mismo modo que acontece con Menem. Ya a fs. 69 había incurrido en otra afirmación dogmática el juzgador, al afirmar, sobre "las pruebas colectadas en esta causa" (que no menciona), que "...permiten claramente inferir, por existir un hilo conductor, que la que ocurriera antes y, especialmente con la explosión, eran producto de

decisiones adoptadas en el marco de una organización integrada por personajes con asiento en Buenos Aires y en la propia Río Tercero, desde donde se impartieron las órdenes del acto criminal", y, más forzado aún, cuando sostiene, a propósito de Baeza González, lo siguiente: "...la adopción de órdenes, partiendo del vértice de esta estructura, con lo que me quiero referir, a quién detentaba la Presidencia de la Nación y constitucionalmente revestía el cargo de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas. Me refiero concretamente al imputado Carlos Saúl Menem" (ver fs. 69).

Que al respecto y en relación a la foja citada, quiero destacar un aspecto que, por lo dicho en el pronunciamiento de esta Cámara el pasado 19 de junio, y por lo que muestra la propia realidad organizativa en la cual se encontraba el establecimiento siniestrado, no se puede desatender: todo lo que pasaba en Río Tercero era "...directamente manipulado desde la Dirección General de Fabricaciones Militares", lo cual ha quedado acreditado al fundamentar los procesamientos de mención. De allí en más, aún cuando al juez le parezca "...nítida la figura del señor Baeza González..." (v.fs.69/70), ello no se refleja en las pruebas arrimadas a estos autos.

Ello así, pues lo que hasta ahora se puede corroborar con el grado de probabilidad suficiente para esta estación procesal, es que los responsables de Fabricaciones Militares no pudieron de manera alguna resultar ajenos al evento criminoso en cuestión, por lo cual resulta congruente la inclusión del entonces subinterventor de la repartición **Norberto Osvaldo Emmanuel**, por los fundamentos dados por el juez a fs. 66/68, además de lo expuesto por el colega preopinante (supra, 3.b).

Pero de ello no se sigue que, en la oportunidad y en el ámbito judicial que corresponda, se pueda en algún momento determinar una posible vinculación del hecho motivo de los presentes obrados con los niveles y sujetos del poder de entonces del modo en que lo sostiene el juez de instrucción, dicho ello teniendo muy presente que tras la muerte del general Andreoli (sobre la que conjeturara como no

accidental el querellante Monner Sans en la audiencia), han quedado, en lo que a la presente concierne, no pocos interrogantes que hasta el momento de este fallo no se pueden válidamente responder.

6) Que asimismo, culminando en el presente el análisis de las extensas apreciaciones del instructor respecto de Carlos Saúl Menem, no se puede soslayar un argumento aparente del magistrado como resultado, también, de su erróneo (aunque consecuente) apego a la teoría del dominio del hecho, cuando menos en lo que a este procesado y en este estadio de la instrucción, se puede aseverar. A fs. 95, siempre girando sobre la idea de que la responsabilidad penal del imputado se genera por el puesto de poder que tenía, reitera su posición aludiendo a "...la intervención que le cabe en los movimientos de cargos inferiores (que) permiten dejar sentada su intervención en la designación de los militares que ocuparan los cargos de Fabricaciones Militares" (fs. 95).

En este punto debo referenciar que la motivación "...no tiende tanto a convencer a las parte de que el fallo es justo, sino más bien (o por lo menos, en primer término) a demostrar la fidelidad legal observada por el juez y **controlable por otro de grado superior, para impedir que la resolución se inspire en una vaga equidad, en simples conjeturas, en opiniones carentes de base legítima o en el capricho**" (Vélez Mariconde, A.; *Derecho Procesal Penal*, Lerner, Córdoba, 3ra. Edición, p. 364). En efecto: con el esquema propuesto, también le cabría al ex - presidente responsabilidad funcional por haber nominado ante el Senado de la Nación a jueces (como el suscripto) en el caso de que alguno o algunos de ellos incurriesen en una conducta delictual.

Por lo expuesto, forzoso es concluir en que los defectos insitos de la resolución apelada merecen serios reproches acerca del modo en que el a-quo ha valorado los elementos obrantes en la causa. Pero los defectos de raciocinio en las sentencias, no deben traducirse - cuando se basan en convicciones, como parece ser el caso de autos - en

USO OFICIAL

una forzada interpretación de la ley, en tanto ello trasunta una negación de garantías para el justiciable, y, "...si se mira el problema desde la perspectiva del destinatario de las normas, resulta necesario establecer un mínimo de criterios de corrección que limiten la interpretación jurídica meramente subjetiva o hermética" (Lorenzetti, R. L.; *Teoría de la decisión judicial*; Rubinzal - Culzoni, Bs. As. - Santa Fé, 2006, p.213).

Que así también, y en lo que hace a los aludidos y graves defectos lógicos a que se ha hecho referencia a lo largo del presente desarrollo, he obviado abundar en citas que avalarían lo sustentado, las que por otra parte en lo pertinente ya fueron hechas en la Resolución del 19 de junio del corriente año, particularmente en lo que hace a la función de este Tribunal de grado y al control de logicidad que le compete efectuar, más aún cuando se ven tan severamente afectados el principio lógico jurídico de razón suficiente y de no contradicción, lo cual se haya tratado con suficiencia en la obra de Olsen A. Ghirardi, como culminación de las restantes citadas, aparecida cuando este fallo se escribiera (*El control de logicidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*; Advocatus - Córdoba; 2008)

7) Que en consecuencia, si bien adhiero a la posición del magistrado del primer voto, por las razones oportunamente expuestas, dejo sentada mi opinión dado que, de no mediar el vicio procesal que genera la nulidad propiciada, la solución al presente sería la falta de mérito para Carlos Saúl Menem en este estadio de la instrucción (art. 309, C.P.P.N.), sin perjuicio de lo que resulte de la culminación de la misma o de lo que se resuelva en la causa que se tramita en otra jurisdicción. Así voto.

La señora Juez de Cámara doctora Doña María Alba Iriarte de Lofiego dijo:

1) Que comparto los fundamentos y conclusiones finales de los distinguidos señores Jueces preopinantes respecto de la nulidad procesal que se propicia, en orden a la resolución de citación a prestar declaración indagatoria de los imputados Carlos Saúl Menem y Heriberto Jorge José

Poder Judicial de la Nación

Gerardo Baeza González, como así también respecto de las situaciones procesales de los imputados Norberto Osvaldo Emanuel y Martín Antonio Balza. Pero considero que, dados los argumentos y teorías vertidos por el a-quo en la sentencia apelada, es un deber intelectual, hacer referencia a dichos razonamientos.

2) En su conferencia sobre "Problemática de la aplicación de la autoría mediata y alcance de un sustituto mecanismo dogmático de adecuación normativa" el Dr. Héctor Manuel Centeno Buendía, jurista peruano, explica: "La autoría mediata fue una tesis que ya en 1963, a partir del caso Eichmann introdujo en la dogmática penal el Profesor de la Universidad de Munich, Claus Roxin. Teoría que originariamente aparece en la revista *Goltdammer's Archiv* (1963) para luego plasmarla en su conocido trabajo "Täterschaft und Taherrschaft" 6º edición 1994. En versión española: "Autoría y dominio del hecho en derecho penal" (traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1998) que sigue defendiendo y completando hasta la actualidad. Se adhiere a esta doctrina Stratenweth, Schmidhäuser, Welzel, Maurach, Kai Ambos, Bustos Ramírez y Bacigalupo entre otros".

"La Fiscalía Argentina introdujo la teoría roxiniana fundamentada en el art. 45 del Código Penal Argentino, que en su última parte extiende la pena prevista para el autor, a quien determine directamente al mismo, y también en el art. 514 del Código de Justicia Militar de ese país, que señala "cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiera dado será el único responsable, sólo será considerado cómplice el inferior, cuando éste se hubiera excedido en el cumplimiento de dicha orden. La Cámara Federal que juzgó a la Junta Militar de la dictadura (1976-1983) reconoció la existencia de autoría mediata, a través de aparatos de poder organizados en forma militar. La Corte Suprema confirmó el fallo de la Cámara Federal por mayoría. Sin embargo, la posición de Roxin, seguida por los Tribunales Argentinos, cuenta con importantes detractores, entre ellos Jakobs, quien señala que esto surge como efecto de los crímenes

nacionalsocialistas, y que "no se puede dudar teniendo en cuenta la dinámica de grupos, de la situación de superioridad de quienes ordenaron la muerte de judíos", y agrega "pero apreciar autoría mediata es, sin embargo, tan superfluo como nocivo". Termina inclinándose Jakobs por la solución de la coautoría". (JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p.649, 1991).

Roxin le contesta a Jakobs en el Congreso de Huelva en 1998, señalando los recaudos que debe tomar el inductor frente al hecho que realizará el ejecutor (preparación, convencer al autor, etc.) y la ausencia de estos recaudos en el autor de escritorio que "usa" una estructura que facilita la comisión delictiva.

Por su parte, en España, Gimbernat Ordeig se manifiesta despectivamente en referencia directa al caso alemán respecto del cual se formuló la tesis, expresando que **"el autor detrás del autor"** es una expresión de un sentimiento de culpabilidad nacional que conduce a una apreciación escrupulosa de la situación. A su juicio, "el autor detrás del autor" es sólo un instigador, al cual puede castigarse con tanta o más severidad que al ejecutor, posición que en Chile adhiere el profesor CURY (*Derecho Penal*, 1992, p. 237).

Gimbernat Ordeig señala "...La teoría jurídica del delito es una de las grandes creaciones del pensamiento occidental. Es un edificio de una claridad conceptual y una elaboración realmente admirables. Ya quisieran los filósofos tener una construcción tan coherente, hasta el punto de que recientemente nada menos que Jürgen Habermas, en su libro "Factibilidad y Vigencia", habla de su respeto por las impresionantes aportaciones constructivas de la ciencia del Derecho..." (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Conversaciones con Jesús Barquín Sanz y Miguel Olmedo Cardenete*, Publicación Electrónica "Revista electrónica de ciencia penal y criminología", <http://criminet.ugr.es/recpc>).

Es necesario indicar que la autoría mediata tiene su base dogmática en el "dominio del hecho", el mismo que nos lleva al concepto que tengamos de "autor". De cualquier

forma, e independientemente de la teoría que se mantenga en torno de la autoría, puede decirse que en lo que coincide toda la doctrina es en exigir una aportación objetiva que parte del coautor, lo cual resulta obligado en cumplimiento del mandato constitucional que establece como garantía el principio de responsabilidad penal por el hecho (CENTENO BUENDÍA, Héctor, *La coautoría*, Estafeta jurídica virtual de la Academia de la Magistratura, publicación de fecha 21.07.2008).

La afirmación de Roxin en cuanto a que es autor cualquiera que, en el estadio que sea, mueva el aparato de poder ha sido replicada por Gimbernát como una teoría excesiva, formulando su tesis de que todos los sujetos intermedios que se hallen entre el que desde muy arriba da la orden de asesinato y el ejecutor son cómplices (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, 1966, pag. 176).

3) El Dr. Humberto Vidal en su "Crítica al concepto del Autoría Mediata" (*La Ley*, Córdoba, septiembre 2008) expresa: "Para nuestra ley son autores los que ejecutan el hecho típico, es decir aquellos cuyos comportamientos delictivos se desarrollan en un tiempo y un espacio determinado. Por ello, todo sujeto actuante fuera de ese tiempo y lugar típico, no puede ser coautor. El autor mediático sólo es admisible cuando el inmediato es inimputable o inculpable porque este adquiere el carácter de "longa mano" del autor mediato". Continúa el autor: "En nuestra doctrina no se ha reparado o no lo ha sido suficientemente, el potencial jurídico absorbente que tiene nuestra disposición (art. 45 C.P.). Soler, Fontán Balestra, Núñez han señalado correctamente las condiciones para la existencia de una autoría mediata; imputabilidad e inculpabilidad de parte del autor inmediato y, con buen tino, allí se han detenido porque debieron presumir, como nosotros (*Derecho Penal Argentino*, Advocatus, 1994), que la participación necesaria encierra esas conductas que las teorías de Wessel y Roxin ubican como autores o coautores mediatos".

USO OFICIAL

Finalmente el autor expresa: "En consecuencia, las teorías de Welzel y Roxin son inaplicables en nuestro sistema jurídico penal. Esta afirmación nos lleva a pensar que los juristas debemos realizar una más profunda exégesis de nuestros textos legales para extraer su razonable verdad, que enseñorearnos en teorías más efectistas que efectivas".

4) En definitiva, hechas estas salvedades precedentes que he estimado útil para valorar la sentencia recurrida, considero necesario ratificar mi postura sobre el tema, que fuera expresada en conjunto con los señores Jueces preopinantes en la resolución dictada el 19.06.2008 en autos, toda vez que el fallo analizado en esta oportunidad no ha modificado mi criterio (v. L° 288 F° 75 del Libro de Protocolo del Tribunal). Así voto.

Por todo ello y de acuerdo a los respectivos fundamentos dados por los señores Jueces;

SE RESUELVE:

POR UNANIMIDAD

1) **HACER LUGAR** al planteo de nulidad interpuesto por la defensa de Carlos Saúl Menem y, en consecuencia, **DECLARAR la nulidad absoluta e insubsanable** de la resolución N° 474 dictada el 05 de octubre de 2007 por el entonces señor Juez Federal Subrogante de Río Cuarto, Dr. Oscar Armando Valentinuzzi, en cuanto dispuso indebidamente la citación a prestar declaración indagatoria, sin requerimiento fiscal, de **Carlos Saúl Menem** y, por iguales razones, de **Heriberto Jorge José Gerardo Baeza González**, así como de todos los actos procesales consecutivos que de ella dependan, sólo respecto de los nombrados (arts. 166, 167, inciso 2, 168, 172, 65, 69, 180, 188 *in fine* y 294 del C.P.P.N.).

2) **RECHAZAR** la petición de suspensión de la prosecución de la acción penal de esta causa por supuesta prejudicialidad, formulada por la defensa de Carlos Saúl Menem (arts. 10 y 11 del C.P.P.N.), por resultar improcedente según los fundamentos dados.

3) **CONFIRMAR** la resolución apelada en cuanto dispone el procesamiento sin prisión preventiva de **Norberto Osvaldo Emanuel**, ya filiado en autos, en orden al delito de estrago

Poder Judicial de la Nación

doloso agravado por muerte de personas, en carácter de coautor (arts. 186, inciso 5, y 45 del C.P. y 306 del C.P.P.N.).

4) CONFIRMAR la resolución apelada en cuanto declara la falta de mérito de **Martín Antonio Balza**, ya filiado en autos, en orden al delito por el que fuera indagado (art. 309 del C.P.P.N.).

5) Todo sin costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.) y sin regulación de honorarios, por no haber sido solicitado por los interesados (art. 534, C.P.P.N. y Ley de Aranceles N° 21.839).

6) PROTOCOLÌCESE, HÁGASE SABER y BAJEN al Juzgado Federal de Río Cuarto, para su prosecución.-

Sala "A"

Ignacio María Vélez Funes

Luis Roberto Rueda

María Alba Iriarte de Lofiego

USO OFICIAL