

FORMULA DENUNCIA POR MAL DESEMPEÑO CONTRA EL FISCAL MICHEL HORACIO SALMAN

Buenos Aires, 21 de mayo de 2014

De nuestra mayor consideración:

Gastón Chillier y Paula Litvachky, en representación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), constituyendo domicilio legal en la calle Piedras 547, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, decimos que:

Venimos a poner en su conocimiento la irregular actuación del fiscal Michel Horacio Salman en la causa en la que se investiga la responsabilidad del jefe del Ejército Cesar Milani¹ en hechos vinculados al terrorismo de Estado en la provincia de La Rioja en el año 1977. La actuación del fiscal ha sido contraria a las exigencias legales y a sus deberes funcionales al dictaminar que se clausure la investigación respecto de Milani, según su presentación de fecha 5 de mayo del corriente año en el Expediente N° FCB11873/2013/3 caratulado "Incidente de falta de acción en autos NN s/imposición de tortura agravada/(art. 144 ter inc.2), allanamiento, privación ilegal de la libertad agravada art. 142 inc. 5".

Tal como desarrollaremos a continuación, la conducta del fiscal impone que la Procuración General inicie la actuación disciplinaria, en los términos de la Resolución PGN 162/2007, para que se investigue seriamente la conducta de este magistrado. No se trata de una mera discrepancia con sus valoraciones jurídicas sino de la violación palmaria del deber de sostener la

¹ Expediente N° FCB11873/2013 caratulado "N.N. DERECHOS HUMANOS S/IMPOSICION DE TORTURA AGRAVADA (ART. 144 TER INC 2), ALLANAMIENTO, PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD AGRAVADA ART. 142 INC. 5 DENUNCIANTE OLIVERA RAMON ALFREDO", del registro de la Secretaría Penal del Juzgado Federal de La Rioja.

acción pública y promover la investigación, en especial, ante la posible responsabilidad del general Milani en hechos cometidos durante el terrorismo de Estado.

1. HECHOS

En julio de 2013, Ramón Olivera denunció que su padre, Pedro Olivera, fue detenido el 12 de marzo de 1977 en un operativo comandado por el entonces Sub Teniente César Milani, trasladado al Instituto de Rehabilitación Social (IRS) de la Rioja, en donde fue víctima de torturas y liberado dos días después. Por su parte, Ramón Olivera fue detenido el 14 de marzo de 1977, conducido al mismo instituto que su padre y sometido a tortura. Del IRS fue llevado al Juzgado Federal de La Rioja a cargo de Roberto Catalán, en un operativo en el que también habría participado Milani quien permaneció presente y lo hostilizó durante el interrogatorio.

El juez federal de La Rioja, Daniel Herrera Piedrabuena, remitió la denuncia a la fiscalía a cargo de Darío Illanes. El 22 de julio de 2013, la fiscal subrogante Marta Elena Kurnah, requirió la instrucción y pidió diversas medidas de prueba, entre ellas testimonios y constancias documentales del Batallón 141 de La Rioja. En diciembre de 2013, el fiscal Illanes fue recusado por César Milani. Illanes rechazó la recusación pero se inhibió de actuar en la causa y Michel Salman asumió como subrogante. Desde entonces, el fiscal subrogante Michel Salman no adoptó medidas de prueba relevantes y obstaculizó el acceso a la justicia de las víctimas.

Las abogadas que representan a Ramón Olivera, querellantes en la causa, denunciaron, el 4 de abril de 2014 por medio de una carta dirigida al titular de la Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad de la Procuración General de la Nación, Jorge Auat, los obstáculos impuestos por el fiscal Salman para el acceso al expediente. Salman decretó sin ninguna justificación legal que las abogadas debían pedir audiencia por escrito para tomar vista de las actuaciones.

El 23 de abril de 2014, la defensa de Milani solicitó que se declare la nulidad del requerimiento de instrucción y la excepción de falta de acción por atipicidad manifiesta. Ante la presentación, el juez Herrera Piedrabuena solicitó a las partes que se expidan. En un escrito del 5 de mayo de 2014, Salman convalidó el pedido de la defensa, solicitando que se declare la nulidad del requerimiento de instrucción del 25 de julio de 2013 "por falta de motivación" (art.123 y 69 del CPPN) y que se "haga lugar a la excepción de falta de acción por atipicidad manifiesta de la conducta imputada a Cesar Santos Gerardo del Corazón de Jesús Milani".

2. FUNDAMENTOS DEL MAL DESEMPEÑO

La actuación del fiscal Michel Horacio Salman representa una infracción del deber de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. El fiscal, bajo argumentos injustificados, dejó de impulsar la acción penal pública en violación a la Constitución Nacional y las leyes (cfr. art. 25 incs. a, b y c de la LOMP). Según lo previsto en el artículo 2 del Reglamento disciplinario de los magistrados del Ministerio Público Fiscal (Res. PGN N° 162/07), es deber de todo magistrado observar buena conducta dentro y fuera del ejercicio de sus funciones.

La presentación del fiscal Salman ha sido manifiestamente improcedente en un caso de suma trascendencia institucional. Para darle razón al imputado, el fiscal realizó una interpretación absurda de las normas procesales aplicables al caso y sus justificaciones, que importan una evaluación parcial y arbitraria del material probatorio acumulado para ese momento del trámite. A su vez, en forma despectiva, desestimó los testimonios de la víctima.

Además, para justificar su postura, otorgó validez a la Ley 20.840 y a los actos cometidos bajo su alcance, sin considerar que fue utilizada como instrumento de persecución de la disidencia política y de "blanqueo" de los secuestrados durante la última dictadura militar. Consideró, a su vez, que el Instituto de Rehabilitación Social (IRS) de La Rioja fue un lugar de detención legal, cuando, en realidad, allí funcionó el centro clandestino más importante de la provincia. Todo esto implica un desconocimiento de las diversas resoluciones judiciales emitidas a lo largo de 10 años de proceso de justicia por crímenes de lesa humanidad en Argentina, del cual el Ministerio Público Fiscal ha sido un protagonista central.

Es criterio de la Procuración General de la Nación, que la normativa constitucional y legal vigente impone que, ante la duda, el fiscal debe "bregar por el mantenimiento de la acción penal pública" y no por su extinción (Res MP 27/03 y sus citas). Según dicho criterio "si bien los señores fiscales no están obligados a hacer prevalecer el fin persecutorio por encima del interés en la fiel y justa aplicación de la ley, deben, cuando la ley y las normas en juego se encuentran seriamente controvertidas, preferir la interpretación que conduzca al mantenimiento y no a la extinción de la acción penal pública, cuya defensa les está confiada".

En forma independiente a lo que resuelva el órgano jurisdiccional en el caso, se trata de analizar si el fiscal Salman se excedió en los límites fijados por un razonable desempeño en el marco de su autonomía funcional. Como veremos a continuación, el fiscal violó las regulaciones que enmarcan su actuación y dejó de investigar seriamente en el caso. No solo optó por el cierre de

la investigación contra Milani en un estado prematuro de la investigación, a través de una valoración irrazonable e injustificada de la prueba, sino que aplicó las reglas procesales vigentes en forma totalmente arbitraria, dejando a la víctima sin el acompañamiento del Ministerio Público Fiscal en su búsqueda de justicia. Tal como lo expresó el Consejo de la Magistratura en el caso en el que se analizaba la conducta de dos camaristas que entorpecieron la investigación de la Masacre de Margarita Belén, lo resuelto se aparta de lo "jurídicamente opinable". Las normas que utilizó no eran las vigentes, a lo que se suma que prescindió de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino.²

El grave apartamiento de sus funciones (arts. 1 y 25 de la LOMP) y la inobservancia de los deberes a su cargo (art. 2 del Reglamento Disciplinario), en el marco de su actuación en la causa FCB11873/2013 caratulada "N.N. DERECHOS HUMANOS S/IMPOSICION DE TORTURA AGRAVADA (ART. 144 TER INC 2), ALLANAMIENTO, PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD AGRAVADA ART. 142 INC. 5 DENUNCIANTE OLIVERA RAMON ALFREDO", del registro de la Secretaria Penal del Juzgado Federal de La Rioja, configuran el supuesto de mal desempeño.

Esta inconducta funcional, por la violación de deberes que surgen de la normativa constitucional referidas a la actuación del Ministerio Público de la Nación, a las leyes que regulan la actuación fiscal y a las resoluciones de la Procuración General justifican, por su gravedad, justifican la promoción de la instancia de enjuiciamiento. La decisión de apartar a un magistrado de la importante función de la judicatura resulta de gravedad institucional, no sólo para quien debe soportar tal decisión, sino para toda la sociedad que depositó en ese magistrado sus más altas aspiraciones. Sin embargo, es esta la única decisión factible frente al daño que significaría mantener al magistrado en sus funciones en detrimento de los intereses generales de la Nación y, específicamente, de la correcta administración de justicia y el respeto por los derechos humanos. (Cfr. Resolución del Consejo de la Magistratura N° 453/05, citada).

a. Desconocimiento del derecho aplicable: la excepción de falta de acción no es admisible en este caso

El fiscal Salman solicitó al juez que se haga lugar a la excepción de falta de acción por atipicidad manifiesta promovida por la defensa de Milani. Este instituto procesal era totalmente

² Cfr. Resolución del Consejo de la Magistratura N° 453/05, del 13 de octubre 2005, Sala del Plenario del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, expediente 223/03, caratulado "Centro de Estudios Legales y Sociales c/ Dres. Fernández, María – Rojas, Diómedes y Inda, Tomás (Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia (Chaco))".

improcedente para el caso. Es entendible que la defensa intente evitar el llamado a indagatoria pero no es admisible que esto sea avalado por el representante del Ministerio Público Fiscal mediante una maniobra procesal que pretende interrumpir la investigación en forma anticipada.

La jurisprudencia y la doctrina acuerdan, en lo importante, que la procedencia de la excepción por falta de acción es muy limitada. Se trata de una excepción perentoria que lleva al cierre de la persecución penal.

Ésta es procesalmente viable cuando los hechos denunciados aparecen, de modo palmario, inequívoco, manifiesto o evidente, como atípicos. Se trata de una cuestión de pleno derecho. Es decir, que analizando el hecho imputado, éste no se encuadra en ninguna figura penal.

La Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, en el año 2004, estableció estos requisitos.³ Sostuvo que: *"...si bien es cierto que – en principio- una excepción de falta de acción no es el medio idóneo para plantear argumentos defensivos de fondo vinculados con la inexistencia fáctica o jurídica del delito investigado, no lo es menos que dicho principio cede cuando de la descripción de los hechos imputados o del examen de las actuaciones, surja palmaria y evidentemente la ausencia de encuadre típico de los mismos, constituyendo la prosecución del proceso un claro dispendio de la actividad jurisdiccional (conf. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II Causa N° 1780 'Bressi, Roberto Eduardo y otro s/rec. De casación', Reg. N° 2213, rta. El 6/10/1998; y Sala IV Causa N° 1500 'De Tezanos Pinto, Manuel S/rec. De casación', Reg. N° 2459 del 6/3/2000)....".* Y agregó: *"...el criterio expresado no es en absoluto novedoso. Es reiterada la jurisprudencia de la de Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal donde sostuvo que '...la excepción de falta de acción fundada en la ausencia de delito sólo es viable cuando'... 'surge en forma manifiesta la falta de adecuación típica del hecho incriminado...' (conf. entre otras: Sala Va, causa n° 27.284 'García H.' rta. el 22/7/1977; Sala Ila, causa n° 29.430 'Montenegro, C' rta. el 4/12/1984; Sala IVa., 'Fontevicchia, J' rta. el 10/10/1985; causa n° 33.106 'La Valle, L' rta. el 8/9/1987; y causa n° 39.384 'Timerman, J' rta. el 16/5/1991; y Sala Va., causa n° 28.429 'Console, J' rta. el 15/11/1991)..."*.

³ CNCP, Sala III, Causa Nro. 5292 "Wurzel, Néilda Sofía s/rec. de casación", Reg. 711/2004, Rta. 23.11.04.

En este mismo sentido, D'Albora explica que "...en general, tanto la jurisprudencia como la doctrina se muestran adversas a admitir que se aduzca la inexistencia de delito por vía de la falta de acción..., salvo que dicha inexistencia surja con toda evidencia del acto promotor o de lo actuado...". (Conf. Francisco D'Albora "La inexistencia de delito como excepción no legislada", El Derecho 1987, T° 121, pág. 975). Y a ello cabe agregar que tratándose de una excepción perentoria, la decisión que la admita implicaría el fin del proceso y el sobreseimiento en la causa del imputado al que ese dictado refiera. Lo mismo entiende D'Albora, quien al comentar el artículo 339 del CPPN explica que "...cabría añadir dentro de este género, la inexistencia de delito cuando resulte manifiesta de la mera descripción efectuada en el acto promotor (artículos 188, inciso.2° y 195) y el juez no hubiese rechazado el requerimiento fiscal tempestivamente...". (Francisco D'Albora, "Código Procesal Penal de la Nación", Ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, edición de 1993, págs. 329/330; edición de 1997, págs. 585/586).

La Cámara de Casación sostiene, en el fallo citado, que este tipo de excepciones no admiten *"debate alguno sobre cuestiones subjetivas, ni hechos controvertidos ni la producción de prueba"*, y agrega, *"la idoneidad de tal excepción se reservó, sin embargo, para aquellos casos en que ocurriera de modo patente y obvio, evitando que por esa vía, se plantearan cuestiones de fondo que hagan al objeto del proceso en forma anticipada a la oportunidad pertinente..."* (ver causa n° 30.408, "Fernández Mejjide, G. s/excepción de falta de acción", rta. el 14/04/99, reg. n° 228 y causa n° 42.491, "Belforte, Luciano Osvaldo s/excepción de falta de acción", rta. 23/12/08, reg. n° 1598, entre otras)."

Este último párrafo es el que permite advertir con mayor claridad la maniobra fiscal para dar un cierre anticipado a una causa penal en trámite que ni siquiera había llegado a la citación del imputado a indagatoria (en la cual debía describirse la imputación con todo detalle y ejercer con plenitud su defensa). Del escrito de la defensa y del fiscal, que los hace propios, surge en forma clara que los hechos denunciados no aparecen, de modo palmario o evidente, como atípicos. A su vez, que necesitan hacer argumentaciones defensasistas de fondo para sostener la acción.

La hipótesis que conforma el objeto procesal de la causa penal, en caso de ser corroborada finalmente en la investigación, resulta de indudable relevancia en el plano jurídico penal. Y ello es suficiente para que el fiscal promueva la acción penal pública respecto del acusado.

La Sala I de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, al rechazar una excepción de falta de

acción, sostiene que: "...mediante una investigación respetuosa de las garantías de los ciudadanos en el proceso penal, se irá avanzando gradualmente a través de los diferentes grados de probabilidad, partiendo del estado de duda que reina al inicio de las actuaciones, hasta llegar al mayor grado de certeza que resulte posible. Así, es preciso recordar que una de las finalidades de la etapa instructoria es, precisamente, "...(c)omprobar si existe un hecho delictuoso mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad...". El proceso está encaminado, entonces, en su primera etapa, a corroborar -o descartar- la ocurrencia del suceso que forma parte de la hipótesis de la acusación -el cual debe ajustarse, prima facie, a alguna de las conductas descritas por los tipos penales vigentes-, a la determinación de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que aquellos hubieran ocurrido y a la individualización de quienes hayan tenido intervención en el mismo (cfr. art. 193 Código Procesal Penal de la Nación)".⁴

En este sentido, tal como enseña Cafferata Nores⁵, el dictado de las resoluciones que determinan el inicio, avance o conclusión del proceso, se subordinan a determinados *estados intelectuales* del juez respecto de la verdad que se pretende descubrir. Así, para impulsar una investigación, en el inicio del proceso, no se requiere más que la afirmación de la posible existencia de un hecho delictivo, por parte del Ministerio Público o la Policía, para que el juez de instrucción se encuentre en la necesidad de dar comienzo a su actividad jurisdiccional. En seguida, para vincular a una persona con el proceso como eventual responsable del hecho delictivo, la ley requiere que existan *motivos bastantes* para sospechar de su participación en la comisión del delito (art. 294 CPPN), lo que se conoce como el llamado a indagatoria. Por su parte, luego del llamado a indagatoria, al momento de *resolver la situación legal del imputado*, para que el juez pueda dictar el sobreseimiento del imputado, en esta etapa procesal, es necesario que el tribunal hubiere adquirido una *certeza negativa*. Esto es, que sea evidente que la pretensión represiva se ha extinguido o que carece de fundamento -sea porque el hecho no fue cometido, o no lo fue por el imputado, o no encuadra en la figura penal o media alguna causa de justificación, inculpabilidad, inimputabilidad o excusa absoluta. (art. 336 CPPN)

El correlato de esto para el Ministerio Público Fiscal es que, tal como lo sostienen las resoluciones mencionadas de la PGN, el fiscal, ante duda o probabilidad, debe optar por el

⁴ CNCCF, del Reg. N° 1275 de la Sala I, Causa N° 45.732 "Fuentelba, Muriel Andrea s/ excepción de falta de acción", del 3 de noviembre de 2011.

⁵ Cafferata Nores, José I. La prueba en el proceso penal. 5ª Edición, Buenos Aires, Depalma, 2003. Pág. 9-12.

impulso de la investigación. Y para pedir su cierre debe tener certeza de que el delito no existió o que la persona no es la responsable. Su responsabilidad se agrava por haberlo planteado a través de una excepción inadmisibles en los primeros momentos de una investigación, cuando lo que se requiere es que ésta tenga unas pautas mínimas de verosimilitud y racionalidad (conf. Cafferata Nores, citado, pág. 9).

Los argumentos utilizados por el fiscal avalan nuestra postura. Para justificar la excepción por falta de acción por atipicidad manifiesta de los hechos denunciados sostuvo:

- Que la defensa técnica de Milani alega que si bien fue mencionado y reconocido "se encontraba ese día –conforme consta en su Legajo Personal- como "OFICIAL DE SERVICIO" con la imposibilidad de abandonar la Unidad". Y que "según el reglamento militar vigente dicha medida implicaba la imposibilidad de abandonar la Unidad y que su incumplimiento era considerado Abandono de Servicio". Y que por no dar la "novedades en tiempo y forma a su superior" se encontraba sancionado.
- Que el requerimiento se circunscribe a su participación en el arresto de Pedro Olivera, y no a los otros hechos denunciados sucedidos en el IRS.
- Que la valoración de la prueba es fundamental para el hecho 1 (arresto de Pedro Olivera). Ya que el reconocimiento fotográfico que hicieron los denunciantes "es de importancia relativa" frente a los dichos del denunciado y las pruebas de descargo que muestran que se encontraba en la Unidad y sancionado.
- Agrega que "la edad del presunto 'jefe del operativo' y su bajo grado, "atento que un operativo de secuestro habría sido comandado... por un SUBTENIENTE de VEINTIDOS (22) AÑOS de edad". "De esto y de la ajenidad alegada por Milani con la represión ilegal dan cuenta sobradamente la falta de antecedentes suyos en otras denuncias, tal como ha quedado acreditado en la causa con las certificaciones de causas con resultado negativo".

En relación con el primer hecho, entonces, concluye: "este Ministerio Público es de opinión que el mismo no fue cometido por el denunciado ... por lo que considero que no se encuentran reunidos los elementos objetivos del tipo penal de PRIVACIÓN ILEGITIMA DE LA LIBERTAD

imputables al denunciado de autos, o de violación de domicilio que podría considerarse en abstracto". "Los dichos del denunciante así como los testimonios de la familia OLIVERA con dudoso reconocimiento del denunciado apunta a vincular a MILANI en este hecho, lo cierto es que del Legajo Personal surge que MILANI materialmente no pudo estar fuera del Batallón y que por su jerarquía difícilmente haya podido comandar un procedimiento como el que se le atribuye".

Como se observa, sus argumentos son propios de un alegato de fondo de la defensa. Pero, además, el dictamen del fiscal incurre en una fuerte confusión y en una evidente contradicción. Ya no se trata de que el hecho sea atípico sino de que Milani no pudo haber sido su autor. Sin embargo, si ésta es la razón por la que no debe seguir la investigación, lo que corresponde es plantear la causal de sobreseimiento prevista en el artículo 336 inc. 3 y no la de atipicidad del inciso 2, en tanto la excepción de falta de acción no puede ser utilizada para discutir la vinculación del imputado con el hecho. Todo esto encubre, en realidad, un verdadero pedido de sobreseimiento para evitar seguir con la investigación.

En cuanto al segundo hecho respecto de Olivera hijo y su traslado desde el IRS al juzgado federal en el marco de la causa que se le había abierto por la presunta infracción de la ley 20840, el fiscal sostuvo que:

- "soy de la opinión que el "teniente Milani" al que hace referencia el denunciante OLIVERA en sus declaraciones, es confundido con otra persona, desde que acreditada la imposibilidad de haber participado en el procedimiento de fecha 12 de MARZO de 1977, tampoco aparece como probable que resulte la misma persona (personal perteneciente al Ejército Argentino) que trasladó al denunciante de autos desde el IRS a la sede del Juzgado Federal de La Rioja...".
- evalúa que "llama poderosamente la atención" que lo reconozcan por fotografía una fotografía posterior al año 1977 y que por el paso del tiempo su fisonomía cambia. Para ello, hace una comparación con las fotos del legajo.
- meritúa también que no existen otras denuncias contra Milani.
- descarta como prueba que requiera mayor investigación, la declaración testimonial de

Milani en la carpeta 11374 del expediente 82234 del Archivo Judicial Militar del Consejo Supremo de las FFAA en la que afirma que "en algunas oportunidades se ocupó de la custodia de los detenidos desde el establecimiento carcelario de La Rioja y hasta la sede del juzgado...".

- alega que en cualquier caso, esta conducta tampoco sería una conducta típica y antijurídica, ya que su proceder se encuadraría en un error de prohibición indirecto, "atento que resulta un agente encargado de llevar adelante una orden judicial de traslado de un centro de detención al Juzgado de un individuo cuya conducta se habría ajustado a las previsiones de la ley 20840. "Ningún elemento objetivo indica (ni siquiera del propio relato del denunciante) que Milani podía haber conocido el carácter ilegal de dicho traslado". "No se le puede reprochar válidamente su proceder ni exigir que actuara de manera distinto a como lo hizo, ya que actuó justificadamente pero con error o si su conducta es analizada en error sobre el elemento objetivo de la justificación, y si se analiza la conducta en el estrato de la culpabilidad, Milani actuó con error invencible sobre la justificación, toda vez que le era imposible verificar la ilegalidad de la detención debido a la manda judicial y al buen estado físico que presentaba el detenido, sin signos visibles de haber padecido tormentos y toda vez que no participó de las torturas a las que fue sometido Olivera". (39)
- afirma que "no existe un precedente en el que se haya imputado, indagado o procesado a un funcionario militar o policial que haya limitado a trasladar o supervisar el traslado de un preso político desde la puerta del IRS hasta el juzgado." (40)

Por ello, concluye que la conducta presuntamente desplegada debe admitirse como un error de prohibición indirecto: "Se trata de un error invencible (insuperable) que excluye la culpabilidad." Luego de esta afirmación hace largas menciones a doctrina que valida la solución de impunidad de los errores invencibles.

Aquí el fiscal vuelve a confundir varias cosas. Analiza la prueba en forma aislada y no en su conjunto y sostiene que el hecho no fue cometido por el imputado, cuestión que no puede resolverse con una excepción de falta de acción. Además, se basa para ello en prueba documental y desestima la prueba testimonial que plantea lo contrario. La jurisprudencia en estos casos ha sido clara en que los testimonios son clave para dilucidar los hechos que se

dieron al amparo de la clandestinidad y en el uso del aparato estatal para cometer delitos. Apartarse de la jurisprudencia de los tribunales superiores sin fundamento y motivos válidos, es causal de arbitrariedad.

Como queda claro de estas afirmaciones no puede sostenerse que se trata de un caso de atipicidad manifiesta que justifique hacer lugar a una excepción tan limitada. El fiscal hace valoraciones probatorias, toma los dichos de la defensa como si estuvieran probados, da credibilidad absoluta al planteo defensivo sobre su permanencia en la Unidad y realiza interpretaciones cuestionables de la legislación que funcionó como andamiaje normativo de la represión. (ver documento CELS que se adjunta)

Por último, desarrolla la idea de que existe un error de prohibición invencible para justificar la atipicidad manifiesta, lo que es una barbaridad jurídica. Además, resulta insostenible que pretenda alegar la existencia de un error de prohibición a esa altura del trámite. Y mucho más si se trata de una generalización del posible error de prohibición que militares de bajo rango pudieron haber tenido, al realizar conductas en el marco del plan represivo. Esto es algo que ya no se puede sostener en el marco del proceso de Verdad y Justicia. Solo es factible discutirlo sobre situaciones concretas, lo que de ningún modo es viable a través de una excepción perentoria de estas características.

En definitiva, no hay ninguna justificación posible para avalar el pedido de la defensa si es que no se quiere impedir el llamado a indagatoria. Los descargos realizados por la defensa debían ser analizados por el fiscal y el juez como corresponde, evacuar sus citas y resolver su situación procesal. Llegados a ese punto, si el fiscal considerara que no hay mérito para avanzar con la investigación, luego de analizar todo el material probatorio, debe pedir el sobreseimiento.

b. El pedido de nulidad del requerimiento de instrucción carece de sustento

Otro artificio del fiscal es pedir la nulidad del requerimiento de instrucción fiscal por falta de motivación. Sostiene que su "deficiente fundamentación" acarrea su "nulidad absoluta". El fiscal exige "explicitar cuál fue el razonamiento lógico utilizado para la imputación por Delitos de Lesa Humanidad" y concluye que hay una violación al debido proceso legal. Cita jurisprudencia y doctrina que nada tienen que ver con el razonamiento que pretende. Le exige una motivación al requerimiento de instrucción que tampoco se comprende.

En el requerimiento se describen los hechos que dan origen a la investigación. Y están tan claros estos hechos, que la defensa técnica de Milani, en su presentación hace un desarrollo bastante exhaustivo de por qué no hay delito o por qué Milani no puede ser el autor. El fiscal pareciera querer decir que el requerimiento ha sido aparente y por lo tanto, arbitrario. Expresa que la omisión de fundamentación “impide el control del proceso lógico” por el cual el fiscal anterior llegó a formular la imputación en el requerimiento de instrucción. Dice Salman que “[d]icha circunstancia deriva en una clara violación del debido proceso legal y del derecho de defensa en juicio del denunciado Cesar Santos Gerardo del Corazón de Jesús Milani, por lo que sin perjuicio que este Ministerio Público debe sostener que en caso de duda se ha de preferir el mantenimiento a la extinción de la acción penal, no es menos cierto que, concordante con ello, el artículo 120 de nuestra carta magna y artículo 1 de la ley 24946, establece que compete al Ministerio Público promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad”.

Esta exigencia de control del proceso lógico que impone al requerimiento de instrucción para justificar la nulidad de un acto previo del propio Ministerio Público Fiscal (fiscal contra fiscal) no está previsto, de ningún modo, en la normativa procesal vigente. Este es un estándar para que la defensa pueda controlar la propia indagatoria, un procesamiento o, sin duda, un requerimiento de elevación a juicio. La única razón que existe para avalar este pedido de nulidad es querer evitar el acto mismo de la indagatoria.

Pero además ¿de qué modo se puede compatibilizar la defensa minuciosa desplegada en el expediente (presentación espontánea, ofrecimiento de prueba, excepción de falta de acción) con la idea de que la ambigüedad y la falta de fundamentación del requerimiento no ha permitido ejercer el derecho de defensa a Milani y se ha violado el debido proceso?

Nuevamente, estas afirmaciones pueden ser legítimas como estrategia defensiva pero de ningún modo pueden ser avaladas por el representante del Ministerio Público Fiscal.

Por su parte, si el fiscal hubiera advertido, a partir de la presentación de la defensa, que el requerimiento fiscal tenía defectos, su deber era enderezarlo y resguardar la acción penal pública. Pero como entiende que esos defectos tienen que ver con que en realidad no hay delito, lo que postula es un sobreseimiento encubierto. En esta línea, es también inentendible el sentido del último párrafo del escrito que plantea que la investigación continúe abierta. Solo parece querer justificar un sobreseimiento encubierto y dejar dicho que la investigación no se cerró.

c. Las consideraciones de fondo para justificar que no hay delito

Son preocupantes las afirmaciones que realiza el fiscal en el análisis de fondo de la situación de Milani porque implican la validación de leyes represivas y el desestimar los testimonios de víctimas de la última dictadura militar. Para un mayor desarrollo de estos argumentos nos remitimos al documento del CELS, que se adjunta a esta denuncia.

d. El deber especial de investigar delitos de lesa humanidad

La presentación de Salman también resulta violatoria del deber especial de investigación que tiene el Estado respecto a los hechos que constituyen crímenes de lesa humanidad. Así lo establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 1, 8, 13 y 25) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁶.

El Estado Argentino se comprometió a perseguir eficazmente las violaciones a los derechos humanos, ello en el marco de la obligación general y objetiva de investigar dichas violaciones. En función de este deber de garantía, las autoridades estatales están obligadas a iniciar sin dilaciones **una investigación seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles**. Además, en los casos en los que las conductas que lesionan los derechos reconocidos por la Convención, e involucran la participación de agentes estatales, los Estados tienen una especial obligación de esclarecer los hechos y juzgar a los responsables⁷. Recientemente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, siguiendo los lineamientos de la Corte IDH, afirmó que: *"En el caso de que las conductas en cuestión sean atribuibles a particulares, de no ser investigadas con seriedad, comprometerían la responsabilidad internacional del Estado en carácter de auxiliador (nota omitida). En los casos en los que las conductas en cuestión puedan involucrar la participación de agentes estatales, los Estados tienen una especial obligación de esclarecer los hechos y juzgar a los responsables (el resaltado es propio)."*⁸

Este estándar exige de los responsables de la persecución penal, la mayor diligencia estatal posible. Es decir, es necesario tomar en cuenta circunstancias que podrían no ser requeridas en la investigación de otro tipo de delitos. Esta especial obligación de investigar implica el deber del

⁶ "El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación" (Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988).

⁷ Corte IDH, Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C, No. 186.

⁸ CIDH. Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 31/12/2009, párrafo 45.

Estado de remover todos los obstáculos de hecho y de derecho que puedan impedir el avance de la investigación. Y, en particular, el Estado está obligado a investigar de oficio este tipo de casos apenas aparezcan sospechas razonables. Desde luego, entonces, es necesario que exista voluntad del Estado para que una investigación pueda ser calificada como diligente y eficaz.

La Corte IDH en el caso Torres Millacura y Otros Vs. Argentina, párr. 112 y 122 estableció que las investigaciones deben ser diligentes y exhaustivas, a saber: *"El Tribunal ya ha señalado que la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas **positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención**⁹, de conformidad con el artículo 1.1 de la misma. Este deber es una obligación de medio y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas, de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios¹⁰". (Párrafo 112)*

Esta especial obligación de investigar implica que el Estado, además de realizar todas las medidas tendientes a investigar esta clase de delitos, deba remover todos los obstáculos de hecho y de derecho que impidan su avance.

La falta de impulso a la investigación, los impedimentos que padecieron los querellantes para acceder al expediente y, por último, la solicitud para que se haga lugar a la falta de acción y se declare nulo el requerimiento de instrucción, constituyen una clara violación a este deber especial.

3. ADJUNTA Y SOLICITA

Se adjunta a la presente:

- a) Copia del escrito del Fiscal Michel Horacio Salman por el que solicita se haga lugar a la excepción de falta de acción y a la nulidad del requerimiento de instrucción, de fecha 5 de mayo del corriente año;

⁹Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, supra nota 21, párr. 167; *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 175, y *Caso Gelman Vs. Uruguay*, supra nota 76, párr. 184.

¹⁰ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, supra nota 21, párr. 177; *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, supra nota 110, párr. 175, y *Caso Gelman Vs. Uruguay*, supra nota 76, párr. 184. Caso Ivan Torres párrafo 112

- b) Copia del escrito de la defensa técnica de Cesar Milani de fecha 24 de abril pasado; y
- c) Copia del documento de posición difundido por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el día 17 de mayo.

Se solicita la certificación de la documentación aportada, obrante en el Expediente N° FCB11873/2013/3 caratulado "Incidente de falta de acción en autos NN s/imposición de tortura agravada/(art. 144 ter inc.2), allanamiento, privación ilegal de la libertad agravada art. 142 inc. 5", referido al comienzo de esta presentación.

POR LO EXPUESTO:

- a. Solicitamos se tenga por presentada esta denuncia;
- b. Por adjuntada la documental; y
- c. Se de trámite al procedimiento disciplinario contra el fiscal Michel Horacio Salman y se le aplique la sanción correspondiente según los hechos denunciados.