

Causa Nro. 15314 -Sala IV- C.F.C.P. "MIGNO PIPAON, Dardo y otros s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

REGISTRO Nro:2042/12

//la ciudad de Buenos Aires, a los 31 días del mes de octubre del año dos mil doce, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Mariano Hernán Borinsky como Presidente, los doctores Juan Carlos Gemignani y Gustavo M. Hornos como Vocales, asistidos por la Prosecretaria de Cámara Doctora Jesica Y. Sircovich, a los efectos de resolver los recursos de casación de fs. 548/562 y 570/618, de la presente causa nro. 15314 del registro de esta Sala, caratulada: **"MIGNO PIPAON, Dardo y otros s/recurso de casación"**; de la que RESULTA:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 1 de Mendoza, en el marco de los autos 001-M de su registro, en la sentencia dictada con fecha 6 de octubre de 2011, cuyos fundamentos fueron conocidos el día 28 del mismo mes y año, resolvió, en lo que aquí interesa: 1. CONDENAR a Juan Agustín OYARZABAL NAVARRO a la pena de PRISIÓN PERPETUA e INHABILITACIÓN ABSOLUTA PERPETUA, accesorias legales por igual tiempo de la condena y costas, por ser autor mediato, penalmente responsable, de los delitos de privación abusiva de la libertad agravada por violencia y amenazas (art. 144 bis, inc. 1º y art. 142 inc. 1º del Código Penal, texto conforme ley 14616 y 20642), en perjuicio de Ricardo Luis Sánchez Coronel, Rafael Olivera, Nora Ercilia Rodríguez Jurado, Rosario Aníbal Torres y Alicia Cora Raboy; imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima (art. 144 ter, 1º y 2º párrafos conforme texto de la ley 14616) en perjuicio de Luis Sánchez Coronel, Rosario Aníbal Torres y Alicia Cora Raboy; homicidio calificado por alevosía, por el concurso premeditado de dos o más personas con el fin de procurar impunidad (art. 80, incisos 2º, 3º y 4º, conforme leyes 11179, 11221 y 20642) en perjuicio de Luis Sánchez Coronel, Rafael Olivera, Nora Ercilia Rodríguez Jurado, Rosario Aníbal Torres y Alicia Cora Raboy y homicidio calificado por alevosía y por el concurso premeditado de dos o más personas (art. 80, incisos 2º y 4º, conforme leyes 11179, 11221 y 20642) en perjuicio de Francisco Reynaldo Urondo, todos del Código Penal y en concurso real (art. 55 del C.P.), calificándolos como delitos de lesa humanidad y cometidos en el contexto del delito internacional de genocidio (arts. 12, 19, 29 inc. 3º, 40 y 41 del C.P.; 530 y 531 y concordantes del C.P.P.N.); 2)

CONDENAR a Eduardo SMAHA BORZUK a la pena de PRISIÓN PERPETUA e INHABILITACIÓN ABSOLUTA Y PERPETUA, accesorias legales por igual tiempo del de la condena y costas, por ser autor mediato, penalmente responsable, de los delitos de privación abusiva de la libertad agravada por mediar violencia y amenazas (art. 144 bis, inc. 1º y art. 142 inc. 1º del Código Penal, texto conforme ley 14616 y 20642), en perjuicio de Rosario Aníbal Torres, Alicia Cora Raboy y Salvador Alberto Moyano; imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima (art. 144 ter, 1º y 2º párrafos conforme texto de la ley 14616) en perjuicio de Rosario Aníbal Torres y Alicia Cora Raboy; y homicidio calificado por alevosía, por el concurso premeditado de dos o más personas con el fin de procurar impunidad (art. 80, incisos 2º, 3º y 4º, conforme leyes 11179, 11221 y 20642) en perjuicio de Rosario Aníbal Torres y Alicia Cora Raboy; homicidio calificado por alevosía y por el concurso premeditado de dos o más personas en perjuicio de Francisco Reynaldo Urondo (art. 80, incisos 2º y 6º, conforme leyes 11179, 11221 y 20642) y homicidio calificado por alevosía, por el concurso premeditado de dos o más personas con el fin de procurar impunidad (art. 80, incisos 2º, 3º y 4º, conforme leyes 11179, 11221 y 20642) en perjuicio de Salvador Alberto Moyano; todos del Código Penal, en concurso real (art. 55 del C.P.), calificándolos como delitos de lesa humanidad y cometidos en el contexto del delito internacional de genocidio (arts. 12, 19, 29 inc. 3º, 40 y 41 del C.P.; 530 y 531 y concordantes del C.P.P.N.); 3) CONDENAR a Celustiano LUCERO LORCA y a Luis Alberto RODRÍGUEZ VAZQUEZ a la pena de PRISIÓN PERPETUA e INHABILITACIÓN ABSOLUTA PERPETUA, accesorias legales por igual tiempo del de la condena y costas, por ser autores materiales, penalmente responsables, del delito de homicidio calificado por alevosía y por el concurso premeditado de dos o más personas en perjuicio de Francisco Reynaldo Urondo (art. 80, incisos 2º, 3º y 4º, conforme leyes 11179, 11221 y 20642), calificándolos como delitos de lesa humanidad y cometidos en el contexto del delito internacional de genocidio (arts. 12, 19, 29 inc. 3º, 40 y 41 del C.P.; 530 y 531 y concordantes del C.P.P.N.); 4) CONDENAR a Dardo MIGNO PIPAON a la pena de DOCE AÑOS DE PRISIÓN e INHABILITACIÓN ABSOLUTA Y PERPETUA, accesorias legales por igual tiempo del de la condena y costas, por ser autor mediato, penalmente responsable, de los delitos de privación abusiva de la libertad agravada por mediar violencia y amenazas (art. 144 bis, inc. 1º y art. 142 inc. 1º del Código Penal, texto conforme ley 14616 y 20642) e imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima (art. 144 ter, 1º y 2º párrafos conforme texto de la ley 14616) en perjuicio de Ángel Bartolo Bustelo, en concurso real (art. 55 del C.P.), calificándolos como delitos de lesa humanidad y cometidos en el contexto del delito

Causa Nro. 15314 -Sala IV- C.F.C.P. "MIGNO PIPAON, Dardo y otros s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

internacional de genocidio (arts. 12, 19, 29 inc. 3º, 40 y 41 del C.P.; 530 y 531 y concordantes del C.P.P.N.); 5) ABSOLVER a Eduardo SMAHA BORZUK del delito de allanamiento ilegal de domicilio (art. 151 del Código Penal), en perjuicio de Arturo Elías Rodríguez y Marta Godoy, cuya comisión se le imputara en los autos acumulados Nº 032-S, por extinción de la acción penal por prescripción (arts. 59 inc. 3º y 62 inc. 2º del C.P.); y 6) ABSOLVER A Paulino Enrique FURIO ETCHEVERRI de los delitos cuya comisión se le imputara en los autos acumulados Nº 010-M, en perjuicio de Jorge del Carmen Fonseca (art. 3º del C.P.P.N.), disponiéndose el cese de la custodia policial dispuesta a su respecto.

II. Que contra los puntos 1), 2), 3) y 4) de dicha resolución, la doctora Andrea Duranti, Defensora Pública Oficial, el doctor Alejo Amuchastegui, Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación y Defensor Público Oficial Ad-hoc, y el doctor Gabriel Darío Sánchez, Defensor Público Oficial Ad-hoc –en representación de los encartados Juan Agustín OYARZABAL NAVARRO, Eduardo SMAHA BORZUK, Celustiano LUCERO LORCA, Luis Eduardo RODRÍGUEZ VAZQUEZ y Dardo MIGNO PIPAON–, dedujeron el recurso de casación de fs. 570/618; mientras que el Fiscal General Subrogante, doctor Dante Marcelo Vega interpuso el recurso de casación de fs. 548/562 contra los puntos 5) y 6) –en cuanto a las absoluciones dictadas en favor de Eduardo SMAHA BORZUK y Enrique FURIO ETCHEVERRI– y contra todos los puntos de la sentencia en orden a la no incorporación del delito de asociación ilícita en las calificación legal. Los recursos fueron concedidos a fs. 619/621vta., y mantenidos a fs. 638 (el Ministerio Público Fiscal) y 641 (la defensa).

III. Que la defensa invocó los motivos previstos en ambos incisos del art. 456 del C.P.P.N.. Con relación a ello, se plantearon los siguientes agravios:

1) Inobservancia de los arts. 381 del C.P.P.N. y los arts. 18 y 75 inc. 22º de la Constitución Nacional, como consecuencia del dictado de condena por hechos que fueron objeto de ampliación del requerimiento de elevación a juicio durante la sustanciación del juicio oral, sin que se hayan verificado los supuestos legales que habilitan a realizar la referida ampliación, con la consiguiente vulneración del principio de congruencia. Manifestaron, al respecto, que en su oportunidad, esa defensa se había opuesto a la pretensión de las partes acusadoras, arguyendo que no se habían producido en el debate las circunstancias previstas en el art. 381 del código de rito -

esto es: que la modificación surgiera de las declaraciones del imputado o de las pruebas del debate-, siendo rechazada la solicitud de inadmisibilidad por el tribunal a quo, que condenó a los imputados según la calificación legal ampliada de forma irregular.

2) Los recurrentes se agraviaron también de la violación al principio de congruencia derivado de la alteración de la plataforma fáctica al momento de ampliarse la calificación legal de los hechos atribuidos a los encartados, por entender que el procedimiento lógico de subsunción se llevó a cabo de modo inverso. Destacaron, al respecto, que en el decisorio atacado los sentenciantes efectuaron el juicio de subsunción a partir del análisis de si los tipos penales estaban comprendidos en los hechos descritos y no a la inversa, es decir si los hechos descritos encontraban adecuación en algún tipo penal.

3) La defensa objetó también la presunta arbitrariedad de la resolución puesta en crisis en razón de haberse valorado, como prueba dirimente, la declaración de Pedro Dante Sánchez Camargo, que fue prestada sin control de la defensa oficial, además de tratarse de los dichos de un coimputado en perjuicio de sus subalternos (en violación a los arts. 8.2.f CADH y 14.3.e PIDCyP).

4) Por añadidura, los recurrentes entendieron que la sentencia resultó arbitraria por fundamentación aparente, en razón de haberse apoyado en las manifestaciones vertidas por la investigadora francesa Monique Robin. Señalaron, al respecto, que el tribunal a quo, en abierta contradicción con el principio acusatorio, citó a una testigo no ofrecida por las partes, haciendo un uso abusivo del art. 356 segunda parte del C.P.P.N., creando de esa manera la prueba que luego utilizó contra los imputados.

5) Los impugnantes plantearon también la imposibilidad de utilizar las declaraciones de los policías Julio César Livellara y Alfredo Edgard Gómez, por tratarse de declaraciones testimoniales prestadas en causa propia y en perjuicio de sus consortes de causa. Con relación a ello, refirieron que si bien la fiscalía dijo en su alegato que no iba a valorar la declaración del policía del Departamento de Informaciones (D-2) Alfredo Gómez por considerar que podría estar incurso en los hechos delictivos respecto de los que se le preguntaban, las partes querellantes sí lo hicieron, al igual que los sentenciantes.

Apuntaron, asimismo, que tanto el Ministerio Público Fiscal como los querellantes *"...solicitaron compulsas a fin de que se investigue a Gómez y Livellara para establecer su posible participación en los hechos"*, no obstante lo cual *"...el Tribunal Oral usó estas manifestaciones para incriminar a nuestros defendidos, otorgándole valor dirimente, especialmente lo declarado por Gómez"*.

Causa Nro. 15314 -Sala
 IV- C.F.C.P. "MIGNO
 PIPAON, Dardo y otros
 s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

6) En el recurso de casación deducido por la defensa se objetó también la acreditación de los hechos en base a una arbitraria valoración de la prueba, concretamente en punto a la interpretación arbitraria y parcial de la fotocopia del libro de Actuaciones Sumariales del D-2.

En orden a ello, manifestaron que el tribunal a quo concluyó "...que la columna referida de la fotocopia de fs. 226 dice 'exponente' y a partir de tal extremo entiende que las personas que figuran en ese casillero habrían pasado por el D-2, 'en su carácter de deponente'", interpretación que consideraron parcial y arbitraria en razón de que "No se realizó durante el proceso peritaje caligráfico o documentológico sobre la fotocopia referida que demuestre que dicen esas grafías. Por lo cual, no sólo no puede establecerse quién realizó las escrituras sino tampoco cuáles son las palabras exactas que allí se consignaron". Concluyeron, en base a esas consideraciones, que no correspondía valorar dicha fotocopia como prueba dirimente.

7) Los impugnantes se agraviaron, asimismo, de la arbitraria valoración de una constancia de felicitación incorporada a los legajos personales de los encartados, destacando que se trató de una constancia meramente formal y general para todo el personal, que no indicaba nada en cuanto a la real intervención de los nombrados en los hechos por los que han sido enjuiciados.

8) Por añadidura, la defensa planteó la inobservancia de los arts. 1, 123, 398 y 402 del C.P.P.N., 18 y 75 inc. 22º de la CN, XVII de la DADH, 10 de la DUDH, 8.1 de la CADH y 14 del PIDCyP, en punto a la acreditación de la materialidad de los hechos a partir de una arbitraria valoración de la prueba producida en el debate.

9) Finalmente, se objetó la errónea interpretación del art. 2 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, destacándose que al momento de alegar la defensa señaló la imposibilidad de plantear la figura de genocidio en el juicio, cuando la misma no había sido objeto de requisitoria de elevación a juicio.

De igual manera, consideraron inaplicable el delito de genocidio en vista de que la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio tipifica únicamente la destrucción total o parcial de grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos, excluyendo la persecución por motivos políticos. Cuestionaron, en tal sentido, la interpretación efectuada por el tribunal a quo con respecto al concepto de

“grupo nacional”, argumentando que escapa a lo dispuesto en las normas respectivas y en la doctrina, toda vez que si bien las víctimas pertenecían a una nacionalidad (la argentina, en su gran mayoría), no fueron perseguidos por ello, sino por ser integrantes de grupos políticos que la dictadura militar consideraba opositores.

Por su parte, el representante del Ministerio Público Fiscal señaló, en su recurso de casación de fs. 548/562 la existencia de tres vicios *in procedendo* en el decisorio atacado. A saber:

A) La no aplicación de la figura de la asociación ilícita en base a fundamentos aparentes de índole procesal: al respecto, se agravió de lo afirmado por el tribunal a quo en punto a que dicho delito no podía ser incluido en la condena por cuanto ninguno de los imputados había sido intimado a su respecto, señalando que *“...siempre que un imputado sea intimado oportunamente como interviniente en la comisión de un delito de lesa humanidad como formando parte de un aparato organizado de poder, se encuentra allí la base fáctica para poder imputar el delito de asociación ilícita”*.

B) La absolución de Eduardo SMAHA BORZUK en orden al delito de allanamiento de morada, por entender que el tribunal a quo consideró erróneamente que la acción penal respecto a dicho delito se encontraba prescripta por no guardar relación ese hecho con delitos de lesa humanidad. Sobre esta cuestión, el impugnante entendió que habida cuenta que los sentenciantes reconocieron que estos ataques a la propiedad constituían el primer eslabón del *iter criminis* propio del terrorismo de Estado, *“...ese dato ya suministra el nexo necesario para considerar al allanamiento ilegítimo de morada que se ventila en esta causa como un delito conexo a delitos de lesa humanidad y, por ende, imprescriptible”*.

C) La absolución de Paulino FURIO ETCHEVERRI, a partir de lo que —a juicio del recurrente— fue una interpretación arbitraria de la prueba producida en el debate. Con relación a esta cuestión, el representante del Ministerio Público Fiscal consideró que la evidencia disponible demuestra que la desaparición de Jorge del Carmen Fonseca (atribuida, conjuntamente con su homicidio, a FURIO ETCHEVERRI) se produjo en la provincia de Mendoza, área sobre la cual tenía competencia el imputado en lo atinente a la represión ilegal contra el Partido Comunista Maoísta Leninista y otras organizaciones consideradas “subversivas” por el régimen militar.

A partir de los referidos argumentos, solicitó que se case el decisorio que viene recurrido y que: a) se proceda a incorporar el tipo de la asociación ilícita al elenco de delitos verificados en cada caso objeto del juicio; b) se condene a Eduardo SMAHA BORZUK por el delito de allanamiento ilegal de domicilio previsto en el art. 151 del Código Penal en perjuicio

Causa Nro. 15314 -Sala
 IV- C.F.C.P. "MIGNO
 PIPAON, Dardo y otros
 s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

de Arturo Elías Rodríguez y Marta Godoy en calidad de autor directo, calificando el mismo como delito de lesa humanidad y cometido en el contexto del delito internacional de genocidio, de acuerdo a los parámetros expuestos en la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio de 1948, ratificada por nuestro país en el Decreto-Ley 6286/56; c) se condene a Paulino Enrique FURIO ETCHEVERRI por los delitos de privación abusiva de la libertad agravada por haber mediado violencia y amenazas (art. 144 bis inciso 1º y último párrafo, este último en función del art. 142 inciso 1º, todos del C.P., texto vigente al momento de los hechos) en concurso real con homicidio doblemente calificado por alevosía y por el concurso premeditado de dos o más personas (previsto en el art. 80, incisos 2º y 6º del C.P., texto según ley 21338) cometidos en perjuicio de Jorge del Carmen Fonseca y todo en calidad de autor mediato, calificándolo como delitos de lesa humanidad y cometidos en el contexto del delito internacional de genocidio.

Ambas partes efectuaron reserva del caso federal.

IV. Que en el término de oficina, se presentaron los doctores Hugo Celaya y Matías de la Fuente, Defensores Ad-hoc de la Unidad de Letrados Móviles ante la Cámara Federal de Casación Penal, y postularon que se rechace el recurso de casación deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal y se revoquen las condenas dictadas por el tribunal *a quo*, adhiriendo en lo sustancial a los agravios formulados por su colega de la instancia anterior (fs. 645/669vta.).

Que en igual oportunidad, se presentó también el señor Fiscal General ante esta Cámara Federal de Casación Penal, doctor Raúl Omar Pleé, cuyo escrito obra glosado a fs. 670/689, solicitando que se rechace el recurso de casación interpuesto por la defensa y se haga lugar al deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal.

V. Que en ocasión de realizarse la audiencia prevista en los arts. 465, último párrafo y 468 del C.P.P.N. (fs. 899), se presentaron el doctor Matías De la Fuente, de la Unidad de Letrados Móviles de la Defensoría General de la Nación; y los doctores Dante Vega, Omar Palermo y Jorge Auat en representación del Ministerio Público Fiscal. También asistió, por la querrela, el doctor Alfredo Ramón Guevara Escayola. En dicha oportunidad, la defensa se remitió a lo planteado en el recurso de casación de fs. 570/618, así como a las breves notas glosadas a fs. 900/912vta.. En tal sentido, planteó la inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público

Fiscal, argumentando que habida cuenta de las penas impuestas por el tribunal *a quo*, no se encuentra cumplido a su respecto el requisito previsto en el art. 458 del C.P.P.N., destacando asimismo que en virtud de lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Arce", el fiscal no se encuentra amparado por el derecho al recurso establecido en el art. 8.2.h de la CADH. Por añadidura, planteó la inconstitucionalidad de las penas de prisión perpetua impuestas a los imputados SMAHA BORZUK, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, LUCERO LORCA y OYARZABAL NAVARRO, destacando que habida cuenta de la edad de los nombrados, no estarán en condiciones de cumplir con las etapas de progresividad previstas en la normativa, con lo cual se vulnera la finalidad de resocialización de la pena establecida en la Constitución Nacional y los tratados internacionales de Derechos Humanos incorporados a la misma.

Por su parte, los representantes del Ministerio Público Fiscal solicitaron que se haga lugar a su recurso de casación de fs. 548/562, como así también que se rechace el recurso deducido por la defensa. Se remitió, en tal sentido, a los argumentos desarrollados en el recurso de casación y a los volcados por el Fiscal General ante esta instancia en su presentación durante el término de oficina. Sin perjuicio de ello señaló, en lo tocante a lo expresado por la defensa en punto a la admisibilidad del recurso del Ministerio Público Fiscal, que dicha parte entiende que desde el punto de vista simbólico, resulta esencial que se afirme que en la época de los hechos, el Estado Nacional se organizó en forma ilícita. Asimismo, se realizaron las audiencias de visu ante esta instancia respecto de los encausados Paulino Enrique FURIO ETCHEVERRI y Dardo MIGNO PIPAÓN (fs. 927/928).

Superada dicha etapa, de lo que se dejó constancia en autos, quedaron las actuaciones en estado de ser votadas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Mariano Hernán Borinsky, Gustavo M. Hornos y Juan Carlos Gemignani.

El **señor juez Mariano Hernán Borinsky** dijo:

I. Admisibilidad de los recursos

Inicialmente, corresponde señalar que los recursos de casación interpuestos por las defensas de los imputados son formalmente admisibles, toda vez que la sentencia recurrida es de aquéllas consideradas definitivas (art. 457 del C.P.P.N.), las partes recurrentes se encuentran legitimadas para impugnarla (art. 459 del C.P.P.N.) y los planteos esgrimidos se enmarcan dentro de los motivos previstos por el art. 456, inciso 1 y 2 del C.P.P.N., habiéndose cumplido los requisitos de temporaneidad y de fundamentación requeridos por el art. 463 del citado código ritual.

Causa Nro. 15314 -Sala
 IV- C.F.C.P. "MIGNO
 PIPAON, Dardo y otros
 s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

Al respecto, y con relación al planteo formulado por el representante de la Defensoría Pública Oficial ante esta instancia durante la audiencia prevista en los arts. 465 (último párrafo) y 468 del C.P.P.N. con respecto a la admisibilidad del recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, es menester tener en cuenta que la impugnación del representante de la vindicta pública se encuentra habilitada, en el presente caso, a partir de lo establecido en el art. 458 inc. 1º del código de rito, en cuanto establece que el fiscal puede recurrir "De la sentencia absolutoria, cuando haya pedido condena del imputado a más de tres (3) años de prisión privativa de la libertad". Ello así, por cuanto se advierte que en lo que atañe a los delitos que son materia de agravio en el recurso del Ministerio Público Fiscal, el tribunal a quo no dictó una sentencia condenatoria contra los imputados, y que el pedido de pena del fiscal excedió con creces el límite de tres años de prisión previsto en el artículo citado.

II. Resumen de los hechos imputados

A) En lo que respecta a los hechos de los que resultó víctima Ricardo Luis Coronel, se consideró acreditado que el día 4 de junio de 1976 se constituyeron en la sede del Banco de Mendoza un grupo de personas, presumiblemente miembros de las Fuerzas de Seguridad del Ejército Argentino, vestidos de civil, portando armas de fuego, quienes sin orden de allanamiento ni orden de arresto alguna, y mediando violencia y amenazas, detuvieron sin derecho al ciudadano Ricardo Luis Sánchez Coronel, quien se encontraba prestando servicios laborales como personal de maestranza en dicha entidad bancaria y actualmente se encuentra desaparecido. Se responsabilizó por dichos hechos al imputado Juan Agustín OYARZABAL NAVARRO (Identificado como "Causa I" por el tribunal).

B) Con relación a los sucesos que afectaron a Ángel Bartolo Bustelo, el tribunal a quo señaló que entre los días 12 y 14 de agosto de 1976, personal del Ejército allanó en primer lugar el estudio jurídico del nombrado en la calle Patricias Mendocinas N° 579 de Ciudad, Mendoza, y su domicilio particular sito en calle Tiburcio Benegas N° 1273, procedimiento en el cual sin la presencia del denunciante, se revisaron libros, papeles, sin que se labre el acta de procedimiento correspondiente, y no dejándose constancia de las cosas que se llevaron. Posteriormente el 3 de Setiembre de 1976, personal uniformado del Ejército ingresó violentamente en su domicilio particular, encapuchando a su esposa, atando de manos a su hijo y llevándose

por la fuerza, de manos atadas y encapuchado, al denunciante en un vehículo del ejército, detención de la que no se dio intervención al juez competente.

Añadió que luego de ser detenido y de dar varias vueltas, Bustelo fue llevado en primer lugar al edificio del Comando de la Brigada, donde encapuchado fue interrogado por un oficial del Ejército. Posteriormente fue conducido a otro sitio que luego se estableció que era el Cuartel de la Compañía de Comunicaciones N° 8, donde fue dejado por unos momentos a la intemperie, en una noche en la cual nevaba, escuchando ruidos de armas, teniendo la sensación de que iba a ser fusilado, dadas las condiciones imperantes de la época. Luego ingresó a un galpón en el que habían alrededor de cien personas, quienes le comentaron acerca de las torturas que allí recibían al ser interrogados. Al día siguiente, luego de ser entrevistado por el Teniente MIGNO, quien estaba a cargo de los detenidos, fue llevado a una celda de aislamiento y que si bien allí no recibió ningún tipo de tormentos, dicha celda carecía de toda comodidad ya que no tenía cama, hacía mucho frío y no se le daba de comer. Que días más tarde, le comunicaron a Bustelo que se encontraba a disposición del Poder Ejecutivo Nacional (P.E.N.), y fue trasladado a la Penitenciaría Provincial, siendo alojado en el pabellón de terroristas peligrosos. Refirió también que el 27 de setiembre de ese año, en forma violenta y con malos tratos, personal del Ejército y de Policía Federal, procedió a subir a Bustelo, juntamente con otros detenidos, a un avión Hércules, para trasladarlos hasta la Unidad 9 de la Ciudad de La Plata, siendo que tanto en el vuelo de ida, como en La Plata el nombrado fue sometido a tormentos y malos tratos físicos. Se responsabilizó por estos hechos a Dardo MIGNO PIPAON (Identificado cómo "Causa II" por el tribunal).

C) En lo atinente a la desaparición de Jorge del Carmen Fonseca, los sentenciantes tuvieron por probado que el nombrado se encontraba cursando el cuarto año de la carrera de Abogacía en la ciudad de La Plata y debido a los conflictos existentes y la persecución efectuada a los estudiantes, debió abandonar la facultad y se dirigió a la provincia de Mendoza, donde trabajó en una empresa viñatera. Que aproximadamente el 20 de noviembre de 1977, los padres de la víctima recibieron, en su domicilio, un anónimo que decía que Jorge del Carmen había sido detenido por sospechoso, agregando "ustedes, la familia, hagan algo por él". A pesar de que fue buscado por numerosos medios, nunca se supo algo más respecto del paradero o estado de Jorge del Carmen Fonseca. Los acusadores responsabilizaron a Paulino Enrique FURIO ETCHEVERRI, en su carácter de Jefe de la División Inteligencia (G2) de la VIII Brigada de Infantería de Mendoza e integrante del Comando de Operaciones Tácticas (C.O.T.) dependiente del Comandante del III Cuerpo de Ejército, por el procedimiento que diera lugar a la privación ilegítima de la

Causa Nro. 15314 -Sala IV- C.F.C.P. "MIGNO PIPAON, Dardo y otros s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

**JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara**

libertad de Jorge Del Carmen Fonseca, que se habría producido a fines del mes de noviembre o principio de diciembre de 1977 por personal de la policía de Mendoza y que culminó con la desaparición física de la víctima mencionada (Identificado como "Causa III" por el tribunal).

D) Las presentes actuaciones también tuvieron por objeto la desaparición de Salvador Alberto Moyano Almonacid, ocurrida aproximadamente entre las 21:00 y las 21:30 horas, del 27 de setiembre de 1976, en las cercanías de su domicilio sito en calle Chile 4842, Villa Nueva, Guaymallén, Mendoza. Se consideró acreditado que previo a su detención, la vivienda de Moyano era vigilada por un sujeto que fue reconocido por la víctima como un compañero de la época en que prestaba servicios en la Policía, y que momentos después, al dirigirse al quiosco ubicado en la esquina de su domicilio, Moyano fue secuestrado por tres sujetos vestidos de civil, que se encontraban armados y mediante forcejeos y disparos fue subido a un vehículo que se dio a la fuga con rumbo desconocido. Se responsabilizó por el hecho a Eduardo SMAHA BORZUK (Identificado como "Causa IV" por el tribunal).

E) Con relación a la desaparición de Rafael Olivera y Nora Rodríguez Jurado, el tribunal consideró probado que el 13 de julio de 1976, aproximadamente a las 14:30 horas, Rafael Olivera salió de su casa en bicicleta siendo perseguido por un sujeto de civil que no ha podido ser identificado, quien lo detuvo y le propinó una golpiza utilizando como elemento contundente la culata del arma que portaba, y que luego de ello nada se supo del posterior paradero de Rafael Olivera. También refirieron los sentenciantes que ese mismo día, Nora Rodríguez Jurado de Olivera llevó a sus tres hijas más grandes a una guardería que funcionaba en el Jardín de Infantes del Gimnasio Municipal N° 3, ubicado en calle Ituzaingó 2147 de la Ciudad de Mendoza. Al llegar al mismo, Ximena le manifestó que le dolía el estómago y que prefería no quedarse, por lo que su madre se retiró con ella dejando a Soledad y Rosario. Luego de ir a un supermercado, cuando Nora y Ximena estaban por llegar a su casa, fueron interceptadas por un grupo de hombres que, después de cubrir el rostro de Nora Rodríguez Jurado con una bufanda, las introdujeron a las dos en un vehículo y se dirigieron a su domicilio donde permanecieron hasta el otro día. En ese ínterin, le dieron a Ximena leche chocolatada y unas fibras para que se entretuviera y le dijeron a Ximena que su mamá tenía que viajar a Buenos Aires, pero la señora Rodríguez Jurado no volvió a

aparecer. Se imputó este hecho al encausado Juan Agustín OYARZABAL NAVARRO (Identificado como "Causa V" por el tribunal).

F) En lo tocante a la desaparición de Rosario Aníbal Torres, quien se desempeñaba como policía en el Departamento de San Martín, Provincia de San Luis, se consideró acreditado que el nombrado fue detenido en esa jurisdicción y traslado al Departamento de Informaciones de la Policía de Mendoza (D-2), donde permaneció alojado, desconociéndose su destino final. Se responsabilizó por este hecho a los imputados Juan Agustín OYARZABAL NAVARRO y Eduardo SMAHA BORZUK (Identificado como "Causa VI" por el tribunal).

G) En lo que atañe al hecho en el que resultó perjudicado Arturo Elías Rodríguez, los acusadores manifestaron que el 16 de setiembre de 1976, aproximadamente a las 23:30 horas, el entonces Oficial de la Policía de Mendoza Eduardo SMAHA BORZUK, junto a aproximadamente cuatro personas más, que no han podido ser identificadas, portando armas largas, se hicieron presente en el domicilio de Arturo Elías Rodríguez, sito en calle Benavente 819 del Barrio Decavial, en el departamento de Godoy Cruz, mientras éste se encontraba durmiendo junto a su esposa e hijo y comenzaron a tocar reiteradamente el timbre y a golpear violentamente la puerta de ingreso a la vivienda. Al escuchar estos ruidos, Rodríguez se levantó y observó al grupo a través de la ventana de la cocina. Luego se levantó su esposa preguntándole qué pasaba. Al oír las voces de los ocupantes del inmueble, SMAHA BORZUK y el resto de los sujetos comenzaron a gritar que abrieran la puerta porque eran de la Policía e iban a allanar el domicilio, ante ello Rodríguez les preguntó si tenían la orden para llevar a cabo la medida, enseñándole uno de los sujetos una credencial de la Policía.

Luego de que Rodríguez abriera la puerta de acceso a la vivienda, ingresaron a la misma tres sujetos que apuntaron a los moradores y les preguntaron sus nombres. Posteriormente uno de los sujetos acompañó a Rodríguez hasta la cochera a buscar su cédula de identidad y en ese momento Rodríguez pudo reconocer a Eduardo SMAHA BORZUK, manifestándole que lo conocía porque le había pagado sus sueldos de Policía en forma personal. Inmediatamente después, SMAHA BORZUK les manifestó a los sujetos que lo acompañaban que se habían equivocado y se retiraron del inmueble en un Citroën color gris (Identificado como "Causa VII" por el tribunal).

H) En lo tocante a los hechos cometidos en perjuicio de Francisco Reynaldo Urondo y Alicia Cora Raboy, el tribunal consideró acreditado que el primero de estos hechos tuvo lugar el 17 de junio del año 1976, en ocasión de efectuarse un procedimiento policial dispuesto por las autoridades del Tercer Cuerpo del Ejército, con la intervención del Comando de la Octava Brigada de Infantería de Montaña (fs 191/192). En la

Causa Nro. 15314 -Sala IV- C.F.C.P. "MIGNO PIPAON, Dardo y otros s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

**JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara**

fecha señalada, una comitiva policial se encontraba apostada en las inmediaciones de calle Guillermo Molina desde calle Dorrego hasta Avenida Costanera de Dorrego, en pos de unos sujetos catalogados como subversivos por la Policía de Mendoza, los que aparentemente tendrían una cita control en la primera de las arterias aludidas. Para dicho operativo fueron utilizados tres vehículos sin ningún tipo de identificación, distribuidos en la zona. Así es que los efectivos ubicados en uno de estos rodados, observan pasar en repetidas ocasiones, por calle Molina, a un automóvil Renault 6 de color verde lago, que era conducido por una persona de sexo masculino, transportando además en el asiento trasero, a dos mujeres con el cabello abultado "tipo peluca". En la tercera ocasión que pasaron, los policías se dispusieron a seguirlos, circunstancia que es advertida por los individuos, quienes luego de ser seguidos por unas tres cuadras comenzaron a acelerar, llegando a calle Falucho, donde giraron en dirección al Norte y, transcurridas otras tres cuadras los miembros del aparato del terrorismo de estado empezaron a disparar contra los integrantes del automóvil. Así es que la persecución y los disparos contra los perseguidos se prolongaron aproximadamente por unas treinta cuadras, durante las cuales Francisco Reynaldo Urondo, Alicia Cora Raboy y Rene Ahualli (ocupantes del automóvil) intentaron evitar ser interceptados, realizando movimientos bruscos con el auto y doblando en casi todas las esquinas, terminando la persecución en calle Remedios de Escalada y Tucumán de Dorrego, luego de que los efectivos policiales efectuaran una ráfaga de ametralladora que hizo saltar los vidrios de la luneta trasera del Renault 6, el cual frenó en el lugar. Inmediatamente, las dos mujeres descendieron rápidamente del rodado, y huyeron hacia un corralón ubicado en la esquina Noreste, motivo por el cual los perseguidores bajaron del auto, se dirigieron al Renault 6, lo rodearon, bajaron a Urondo del auto y lo asesinaron a golpes en la cabeza. Se responsabilizó por este hecho a Juan Agustín OYARZABAL NAVARRO, Eduardo SMAHA BORZUK, Celustiano LUCERO LORCA y Luis Eduardo RODRÍGUEZ VAZQUEZ.

El tribunal también consideró probado que Alicia Cora Raboy ingresó al corralón junto con su hija (Ángela Urondo) y tras entregársela al hermano del dueño del lugar, mientras era perseguida por personal del ejército, subió a la escalera del negocio y se encontró con que no tenía salida, siendo atrapada por sus perseguidores al bajar y sacada a patadas a la calle. Tras ser detenida del modo descripto, la señora Raboy permaneció

privada de su libertad en dependencias del Departamento de Informaciones (D2) de la Policía de la Provincia de Mendoza, encontrándose desaparecida al día de la fecha. Por este último hecho se responsabilizó a los imputados Juan Agustín OYARZABAL NAVARRO y Eduardo SMAHA BORZUK (Identificado como "Causa VIII" por el tribunal).

III. Agravios de la defensa

A) Agravios vinculados a la vulneración del principio de congruencia (identificados como agravios nros. 1 y 2 en el recurso de la defensa)

En lo tocante a esta cuestión, la defensa efectuó, en su recurso de casación, una reseña comparativa de la descripción de los hechos imputados a los encartados Juan Agustín OYARZABAL NAVARRO, Eduardo SMAHA BORZUK, Celustiano LUCERO LORCA, Luis Eduardo RODRÍGUEZ VÁZQUEZ y Dardo MIGNO PIPAON en las indagatorias que prestaron durante la etapa de instrucción y en los requerimientos de elevación a juicio, contrastándola con la que resultó de la ampliación de la acusación penal solicitada por el Ministerio Público Fiscal durante el debate, posteriormente reflejada en las condenas dictadas respecto de los nombrados.

En base a dicha comparación, sostuvo que *"Aquí no sólo hubo una modificación de la calificación legal, sino por el contrario se produjo un cambio y/o una variación de los hechos: se sitúan los hechos en provincias distintas, se dan dos fechas probables y se cambia la actividad endilgada de participar directamente en un procedimiento a colaborar o prestar ayuda o poseer un cargo jerárquico"*, concluyendo, en consecuencia, que se produjo un quiebre del principio de congruencia.

Previo a ingresar en la resolución del agravio en estudio, cabe recordar que según explica Julio B.J. MAIER, el contenido del referido principio se vincula estrechamente con *"[la]reglamentación rigurosa del derecho a ser oído [el que] no tendría sentido si no se previera, también, que la sentencia sólo se debe expedir sobre el hecho y las circunstancias que contiene la acusación, que han sido intimadas al acusado y, por consiguiente, sobre aquellos elementos de la imputación acerca de los cuales él ha tenido oportunidad de ser oído; ello implica vedar que el fallo se extienda a hechos o circunstancias no contenidos en el proceso que garantiza el derecho de audiencia (ne est iudex ultra petita)...La regla fija el alcance del fallo penal, su ámbito máximo de decisión, que se corresponde con el hecho descripto en la acusación...en todas sus circunstancias y elementos, tanto materiales como normativo, físico y psíquico"*. (aut. cit., *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, pág. 568).

Sobre el punto, corresponde señalar que teniendo en cuenta el sistema mixto consagrado en el Código Procesal Penal

Causa Nro. 15314 -Sala IV- C.F.C.P. "MIGNO PIPAON, Dardo y otros s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

de la Nación, la etapa de instrucción tiende a decidir y precisar la imputación que será sometida a juzgamiento. Por ello, si bien la acusación puede ser fluida y experimentar ciertas modificaciones en esa primera etapa procesal –de ahí que la calificación dada en el auto de procesamiento resulte provisoria-, con el requerimiento de elevación adquiere una configuración precisa y determinada. En dicho acto, se erige una concreta hipótesis fáctica que el actor penal somete al órgano jurisdiccional como base del juicio, de modo que sobre ella incide todo examen ulterior: la defensa del imputado, la prueba la discusión y la decisión definitiva del Tribunal. Es una hipótesis que inspira, determina y circunscribe la actividad de los sujetos procesales, de suerte que estos no pueden traspasar sus límites (Cfr. Leone, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, edit. Ejea, 1990, págs. 217 y ss.).

Por dicho motivo, esta Cámara desde sus inicios ha sostenido que el requerimiento de elevación a juicio delimita el *"thema decidendum"* sobre el que versará toda la actividad contradictoria y jurisdiccional de la etapa de juicio (causa Nro. 189 de esta Sala IV, "Medina, Carlos Alberto s/recurso de casación", Reg. 370, del 14/08/95; entre muchos otros), siendo que la necesaria correlación entre acusación y sentencia que establece la regla del art. 401 del C.P.P.N., supone que la base fáctica contenida en el requerimiento de elevación a juicio sea trasladada sin alteraciones esenciales a la sentencia.

Sin perjuicio de lo expuesto, es menester tener presente que tal como señalan NAVARRO y DARAY (*Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, T. 3, pág. 120), la inmutabilidad de la acusación, representada por el requerimiento de elevación o por el auto de remisión, **tiene específica excepción en la norma del art. 381 del C.P.P.N.**, en cuyo marco se produjo, en estas actuaciones, la ampliación de la acusación dirigida contra Juan Agustín OYARZABAL NAVARRO, Eduardo SMAHA BORZUK, Celustiano LUCERO LORCA, Luis Eduardo RODRÍGUEZ VÁZQUEZ y Dardo MIGNO PIPAON, que ahora motiva el agravio de los recurrentes.

En tanto se trata de una excepción al principio de la inmutabilidad de la plataforma fáctica objeto de la acusación, resulta claro que el procedimiento previsto en el artículo citado precedentemente admite la modificación de la hipótesis delictiva reprochada a los imputados, no encontrándose limitada únicamente al cambio de calificación. Ello así, por cuanto el cambio de encuadre jurídico, cuando se produce sin alterar la

plataforma fáctica, puede darse en cualquier momento del proceso hasta el dictado de la sentencia condenatoria por imperio del principio *iura novit curia*, no requiriendo en consecuencia del trámite del art. 381 C.P.P.N. para su concreción.

Lo que se exige para que la ampliación prevista en el artículo citado sea válida es que los hechos no sean propiamente nuevos, esto es: independientes de aquél o aquéllos que fueron materia de requisitoria, ni su contenido implicar una modificación **sustancial** de aquéllos (Cfr. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ediar, Buenos Aires, 1960/1968, T. IV, pág. 415). La mención a elementos "sustanciales" redundante en que, para que pueda considerarse operada una modificación violatoria del principio de congruencia y la defensa en juicio, ésta debe recaer sobre los elementos esenciales y realmente influyentes del hecho, toda vez que la identidad de la plataforma fáctica no necesariamente debe ser absoluta o matemática (Cfr. VELEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Lerner, Buenos Aires, 1969, T. II, pág. 239). Cumplida dicha exigencia, con la ampliación queda fijado nuevamente el *factum* de la sentencia final (Cfr. NAVARRO, Guillermo Rafael/DARAY, Roberto Raúl, op. cit., pág. 120) que será legítima en la medida en que se ajuste al contenido (modificado) de la acusación.

A su vez, del texto del artículo 381 del código de rito se desprende que la ampliación es factible en la medida en que "del debate" surjan "*circunstancias agravantes de calificación no contenidas en el requerimiento fiscal o en el auto de remisión, pero [que estén] vinculadas al delito que las motiva*". Con buen criterio, el tribunal a quo estimó cumplido dicho requisito en el presente caso, sin que los recurrentes hayan desarrollado argumentos que permitan desvirtuar dicha apreciación.

Sentado cuanto precede, entiendo que la defensa no ha logrado demostrar la existencia de un perjuicio concreto respecto del derecho de defensa de los imputados, que habilite la tacha de nulidad que pretende. En este orden de ideas, cabe tener presente que según explica D'ALBORA, lo que se requiere para evitar "*...una incuestionable nulidad absoluta*" es la advertencia de la pretensión del Fiscal de ampliar el requerimiento, ya que es la no concesión de la posibilidad de contestar y producir pruebas frente a una descripción diferente lo que agrede la inviolabilidad de la defensa. El autor citado expresa, asimismo, que para que se pueda condenar por una calificación de delito distinta de la contenida en el auto de remisión o en el requerimiento fiscal, lo que se exige es que "*...el imputado debe haber tenido puntual noticia del hecho atribuido y encontrarse en situación oportuna para ejercer su defensa respecto de la calificación seleccionada en definitiva*"

Causa Nro. 15314 -Sala IV- C.F.C.P. "MIGNO PIPAON, Dardo y otros s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

(Cfr. aut. cit., *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado -9ª edición-*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, págs. 698/699).

En el presente caso, surge de las actuaciones que el tribunal a quo actuó de conformidad con los parámetros precedentemente mencionados. Sobre el punto, los sentenciantes explicaron que *"En la causa que nos ocupa, se ha dado cumplimiento a todas las garantías procesales y la defensa ha tenido la oportunidad de contestar al planteo de los acusadores, e inclusive solicitó la suspensión del debate por el tiempo que se dejó constancia en el acta, a efectos de una reorganización de la defensa"*. Asimismo, se convocó a todos los imputados a que prestaran declaración indagatoria con relación a la acusación ampliada, ocasión en la que todos ellos hicieron uso de su derecho a negarse a declarar.

En tal contexto, entiendo que no se ha verificado la vulneración al derecho de defensa en juicio denunciada por los recurrentes, toda vez que de las propias constancias de la causa surge que la defensa fue debidamente notificada de la modificación operada en la acusación y tuvo oportunidad de hacer frente a esa circunstancia, advirtiéndose que los hechos enrostrados a los imputados con posterioridad a la ampliación solicitada por el Fiscal guardan la debida conexión con los que fueran descriptos en los requerimientos de elevación a juicio, por lo que no configuran una modificación "sustancial" de la imputación que habilite la tacha de nulidad intentada.

No obsta a lo expuesto la circunstancia señalada por la defensa en ocasión de celebrarse la audiencia prevista en los arts. 465 (segundo párrafo) y 468 del C.P.P.n. (fs. 899), en cuanto a que si bien el encausado Luis Alberto RODRÍGUEZ VÁZQUEZ fue indagado originalmente por los delitos de homicidio y encubrimiento (con relación a la muerte de Francisco Reynaldo Urondo), posteriormente se le dictó la falta de mérito en orden al homicidio, siendo procesado y requiriéndose la elevación a juicio de las actuaciones a su respecto únicamente por el delito de encubrimiento. Ello así, toda vez que de la descripción de los hechos en cuestión en el requerimiento de elevación a juicio surge claramente su intervención en el operativo que culminó con la muerte de Urondo, motivo por el cual no puede afirmarse que se haya operado una modificación sustancial o sorpresiva de la imputación dirigida contra RODRÍGUEZ VÁZQUEZ por este homicidio.

Tampoco se advierte la vulneración al principio de *ne bis in idem* invocada por la defensa en orden a esta cuestión, la

cual –en todo caso– podría configurarse en el supuesto de que se prosiga con la acción penal por el homicidio de Urondo en el marco de las actuaciones en trámite ante el juzgado instructor a pesar de la condena dictada por ese hecho en el decisorio atacado, pues solo en tal supuesto podría alegarse un efectivo perjuicio derivado de la doble persecución de RODRÍGUEZ VÁZQUEZ por el ilícito cometido en perjuicio de Urondo.

Entiendo, en consecuencia, que el planteo vinculado a la presunta violación del principio de congruencia y la defensa en juicio no puede prosperar, tanto más cuando *“...la Corte Suprema Nacional en sus sentencias parece requerir como condición para casar el fallo no sólo la indicación puntual del elemento sorpresivo que se incluye en él, sino también [de] las defensas concretas que se hubieran opuesto de no mediar la sorpresa y, en especial, los medios de prueba omitidos por esa circunstancia”* (Cfr. C.F.C.P., Sala I, *in re*: “Gómez, Miguel Ángel s/recurso de casación”, Causa N° 5996, Reg. N° 15840, rta. el 11/5/2010 –con cita a MAIER, op. cit., pág. 596), exigencia que no ha sido cumplida por los impugnantes en su recurso de casación.

Por los mismos motivos (ausencia de un perjuicio concreto demostrado por los recurrentes) debe rechazarse también el agravio de la defensa referido a un presunto error del tribunal a quo en el proceso de subsunción. Al respecto, cabe señalar que ninguna norma establece que el mencionado proceso deba efectuarse del modo que postulan los impugnantes (comprobando si los hechos encuadran en un tipo penal, y no al revés), siendo que lo decisivo es que, como corolario del juicio de subsunción, se compruebe debidamente la coincidencia entre los hechos acreditados en el debate y los requisitos típicos objetivos y subjetivos de los tipos penales que integran la calificación legal. Así las cosas, y en vista de que los recurrentes no han efectuado una crítica concreta que permita desvirtuar las conclusiones a las que arribó el tribunal a quo, corresponde desestimar el planteo en estudio.

B) Agravios vinculados a la valoración de las declaraciones de coimputados (identificados como agravios nros. 3 y 5 en el recurso de la defensa

La defensa argumentó, en primer término, que el decisorio atacado resulta arbitrario en lo atinente a fundamentación de la condena aplicada a Eduardo SMAHA BORZUK en orden a los delitos de privación abusiva de la libertad agravada por mediar violencia y amenazas, imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima y homicidio calificado por alevosía, en perjuicio de Salvador Moyano y Rosario Aníbal Torres. Ello así, por haberse basado en forma decisiva en las manifestaciones efectuadas por Pedro Sánchez Camargo (ex Jefe del D-2, fallecido antes del debate oral) en su indagatoria, las que fueron incorporadas por lectura

Causa Nro. 15314 -Sala IV- C.F.C.P. "MIGNO PIPAON, Dardo y otros s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

y no pudieron ser controladas por las partes. En sustento de dicha objeción, hizo referencia a la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Benítez, Aníbal Leonel s/lesiones graves" (Fallos: 329:5556), en el cual el referido tribunal manifestó que "...lo decisivo no es la legitimidad del procedimiento de incorporación por lectura, el cual, bajo ciertas condiciones, bien puede resultar admisible, sino que lo que se debe garantizar es que al utilizar tales declaraciones como prueba se respete el derecho de defensa del acusado".

Por consiguiente, para establecer si corresponde aplicar al *sub lite* la solución adoptada por la Corte en el citado precedente "Benítez" (nulidad de la sentencia condenatoria), debe determinarse si la prueba que no pudo ser controlada por la defensa tenía, o no, carácter decisivo o dirimente para la resolución del caso. A tal efecto, cabe recordar que según explica Fernando DE LA RUA, para apreciar si la prueba omitida es decisiva, el tribunal de casación debe acudir al método de la supresión hipotética, según el cual una prueba tendrá tal carácter, y su invalidez o ausencia afectará de manera fundamental a la motivación, cuando -si mentalmente se la suprimiera- las conclusiones hubieran sido necesariamente distintas (Cfr. aut. cit., *La casación penal. El recurso de casación penal en el nuevo Código Procesal de la Nación*, Depalma, Buenos Aires, 1994, págs. 144 -énfasis eliminado).

Así lo ha entendido también la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto estableció que es preciso analizar la totalidad de la prueba analizada por el tribunal a quo, a fin de examinar si de estas se deriva la existencia de un curso causal probatorio independiente (*in re*: "Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa Gallo López, Javier s/ causa Nº 2222", G. 1359. XLIII, rta. el 7/6/2011"). Por ende, a efectos de dilucidar la cuestión objeto del presente agravio, es preciso analizar si la prueba incorporada por lectura resultó, o no, un elemento central en el veredicto condenatorio dictado respecto de SMAHA BORZUK, como así también si existía un sustrato probatorio suficiente como para brindar sustento a la condena con independencia del contenido de la declaración prestada por el coimputado Sánchez Camargo.

En tal contexto, no cabe asignarle a las declaraciones de Sánchez Camargo el carácter de prueba dirimente que pretende asignarles la defensa, con relación a la fundamentación de la

condena impuesta a SMAHA BORZUK. Al respecto, vale recordar que en referencia a los hechos de los que resultó víctima Salvador Moyano, el tribunal *a quo* sólo hizo mención a la declaración de aquel coimputado valorándola como un indicio más, que vino a corroborar las manifestaciones de la esposa, la hermana y un vecino de la víctima respecto del modo en que se produjo el secuestro de éste. Incluso, se aclaró que se las agregó *"a pesar de ser reiterativo"*.

A lo expuesto, cabe añadir que Sánchez Camargo no mencionó expresamente a SMAHA BORZUK como uno de los responsables del procedimiento que culminó con la aprehensión de Moyano, sino que únicamente afirmó que aquél era uno de los que "preferentemente" intervenían en dichos procedimientos. Todo lo cual demuestra el carácter "complementario" (en oposición al de "dirimente") que tuvieron estas manifestaciones, el que –por otra parte– fue implícitamente admitido por los recurrentes en cuanto destacaron, en otro tramo de su recurso, que al ser interrogado sobre Moyano, Sánchez Camargo *"...dice que recuerda a dos (2) personas de apellido Moyano, quizá la víctima de autos y Daniel Moyano, [y] cuando declara no sabe cual de ellos se trataba, por lo que nada aporta en definitiva"* (énfasis añadido).

Igualmente complementarias resultaron las manifestaciones de Sánchez Camargo en lo tocante a la acreditación de la responsabilidad de SMAHA BORZUK en la desaparición de Rosario Aníbal Torres, ya que los sentenciantes las valoraron en conjunto con otras tantas declaraciones, arribando a la certeza requerida para la condena a partir de la consideración conjunta de todos los indicios que componían la prueba de cargo. De ello se deriva, como se adelantara, la falta del carácter de prueba dirimente de la declaración de Sánchez Camargo –necesario para que resulte aplicable al caso la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el citado precedente "Benítez"–, lo cual torna improcedente el planteo de la defensa sobre esta cuestión.

Por añadidura, los recurrentes postularon la exclusión de las testimoniales de los policías Alfredo Edgar Gómez (quien prestó servicios en el D-2) y Julio César Livellara, por entender que no podían deponer como testigos ya que lo hacían en causa propia, a efectos de evitar ser incriminados en los hechos objeto de juzgamiento. Con relación a ello, sostuvieron que habida cuenta del carácter dirimente que le asignó el tribunal *a quo* a las declaraciones de los nombrados, las condenas basadas en dicha prueba resultan arbitrarias y deben ser invalidadas.

Liminarmente, respecto de las objeciones planteadas por la defensa, se advierte que la convocatoria a Alfredo Edgar Gómez y Julio César Livellara a prestar declaración en el debate oral en carácter de testigos resultó improcedente, toda vez que

Causa Nro. 15314 -Sala
 IV- C.F.C.P. "MIGNO
 PIPAON, Dardo y otros
 s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

los nombrados se encontraban alcanzados por la garantía que proscribe obligar a una persona a declarar contra sí mismo (art. 18 de la C.N.). Ello así, por cuanto en vista de su cercanía con los hechos objeto de imputación en el debate –derivada de su actuación como funcionarios policiales a la época de los sucesos–, no se encontraban en condiciones de declarar libremente, como lo demuestra la circunstancia de que tanto el Ministerio Público Fiscal como las querellas hayan solicitado que se los investigase por su presunta participación en dichos hechos.

En este orden de ideas, cabe recordar que –como explica BINDER– *"La garantía de no ser obligado a declarar contra uno mismo no surge del hecho de que una persona sea 'formalmente imputada'. Al contrario, toda vez que la información que alguien podría ingresar al proceso pueda causarle un perjuicio directo o lo pueda poner en riesgo de ser sometido a un proceso penal, la persona tiene derecho a negarse a declarar. Es decir, esta garantía [contra la autoincriminación, prevista en el art. 18º de la CN] no sólo cubre al imputado, sino también al testigo, ya que constituye un límite al deber de declarar la verdad"* (Cfr. aut. cit., *Introducción al derecho procesal penal -2ª edición-*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 182). Al respecto, BINDER señala también que aunque la citada garantía rige en todas las etapas del proceso, *"...adquiere su mayor relevancia en la etapa de juicio, que es donde se produce la actividad probatoria por excelencia"* (Aut. y op. cits., pág. 184).

Tal como explica Cecilia L. MAGE, la primera consecuencia que surge de la constatación de la existencia de prueba prohibida es *"...la inutilizabilidad (sic) en orden a fundamentar con ello una decisión o sentencia definitiva"* (Cfr. aut. cit., "Prohibiciones probatorias", en *Revista de Derecho Penal. Garantías constitucionales y nulidades procesales-II*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, T. 2001-2, pág. 210). Vale aclarar, sin embargo, que para que la exclusión de las declaraciones de Gómez y Livellara importase la nulidad de la sentencia por falta de fundamentación, resulta ineludible acreditar el carácter decisivo de dicha prueba respecto de la decisión finalmente adoptada por los sentenciantes, de conformidad con el método de la "supresión mental hipotética" descripto *supra*, lo que no ocurre respecto de ninguna de las condenas dictada por el tribunal.

En tal sentido, cabe tener presente que si bien en el decisorio puesto en crisis, los dichos de Livellara fueron analizados con relación a los hechos que damnificaron a Salvador Moyano, su aporte –según la valoración efectuada por el tribunal a quo– se limitó a relatar que en la provincia de Mendoza se llevaban a cabo “maniobras que se encubrían y con las que no estaba de acuerdo”, de las que habría tomado conocimiento por denuncias en las cuales les decían que en un lugar determinado había una persona fallecida, encontrando al llegar rastros de sangre y casquillos pero no un cadáver. Esto es: datos que, a lo sumo, alcanzarían para acreditar el “dato notorio” (ver, al respecto, *infra*, acápite I.C) de que en esa parte del país también se llevaban a cabo acciones propias del terrorismo de Estado, lo que en modo alguno permite asignarles el valor de prueba dirimente.

Asimismo, las declaraciones de Livellara también se evaluaron (conjuntamente con las de Gómez) en punto a los hechos en perjuicio de Rosario Aníbal Torres, reseñándose los tramos de las mismas en los que sindicaron a los imputados SMAHA BORZUK, OYARZABAL y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ como integrantes de “un grupo de tareas contra la subversión”. A pesar de ello, entiendo que tampoco en lo tocante a estos hechos resultaron decisivas las manifestaciones de los nombrados, habida cuenta de que el tribunal a quo tuvo en cuenta adicionalmente múltiples testimonios y documentos que acreditaban la pertenencia de los encartados al D-2, así como la intervención del personal de dicha dependencia en la represión ilegal y –puntualmente– en la desaparición de Torres.

Por otra parte, en el marco del análisis de la desaparición forzada de Francisco Reynaldo Urondo y Alicia Cora Raboy, se advierte que si bien los sentenciantes hicieron mención a los dichos de Gómez, no surge de los considerandos que lo hayan valorado como prueba de cargo contra los imputados SMAHA BORZUK, OYARZABAL, LUCERO LORCA y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ. Mientras que en lo tocante a la resolución de la imputación vinculada a los hechos que tuvieron como víctimas a Rafael Olivera y Nora Rodríguez Jurado, los dichos de Gómez se tomaron como un indicio adicional que acreditaba la existencia de un procedimiento habitual por parte de los integrantes del grupo de tareas, consistente en ocupar el domicilio de un “elemento subversivo” detenido, circunstancia que ya había quedado sobradamente demostrada mediante testimonios por haber sido la modalidad utilizada con posterioridad al homicidio y captura –respectivamente– de Francisco Urondo y Alicia Cora Raboy.

Sentado cuanto precede, considero que al no haberse verificado los extremos que podrían dar sustento a la invalidez de la sentencia pretendida por los recurrentes, corresponde rechazar sus objeciones en punto a la valoración de los dichos de coimputados.

Causa Nro. 15314 -Sala IV- C.F.C.P. "MIGNO PIPAON, Dardo y otros s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

C) Agravio referido a la declaración de la investigadora francesa Monique Robin (identificado con el número 4 en el recurso de la defensa)

Con relación a la declaración de la señora Robin, la defensa afirmó que la nombrada no podía ser considerada testigo porque no percibió por sus sentidos los hechos sobre los que depuso ni tuvo contacto con sus asistidos, como así tampoco realizó ningún peritaje. En base a ello, entendió que sus declaraciones no cumplimentan las exigencias requeridas para que puedan fundar las sentencias en general. Por añadidura, argumentó que los dichos de la investigadora constituyen una "prueba espuria" creada por el tribunal a quo en abierta violación al principio acusatorio, dado que se citó a un testigo no solicitada por las partes, quienes ofrecieron abundante prueba en cada una de las causas.

En orden a la primera cuestión aludida, entiendo que lo aseverado por los recurrentes -que Monique Robin no declaró respecto a cuestiones que percibió "por sus sentidos"- no se ajusta a la realidad. Ello así, por cuanto de los considerandos de la sentencia atacada se desprende, con claridad, que los dichos de la nombrada durante el debate estuvieron vinculados a la existencia de un plan sistemático de persecución a los opositores políticos por parte del régimen militar imperante en la época de los hechos, como así también sobre la utilización de una metodología específica para lograr esos fines, tomada de la experiencia de las fuerzas armadas francesas en la represión de alzamientos en sus colonias.

En este orden de ideas, se advierte que lo que los magistrados sentenciantes valoraron fueron los dichos de la señora Robin, en cuanto refirió las manifestaciones que a su vez le efectuaron, sobre la cuestión reseñada precedentemente, varios de los altos mandos militares que estuvieron a cargo del diseño e implementación del mencionado plan (Alcides López Aufranc, Reinaldo Benito Bignone, Ramón Genaro Díaz Bessone y Albano Harguindeguy), así como por los militares franceses que les brindaron asesoramiento. Así las cosas, y habida cuenta de que dichas manifestaciones fueron percibidas por la investigadora en forma directa por sus sentidos, en el marco de entrevistas personales mantenidas con los nombrados, resulta claro que no puede sostenerse lo afirmado por la defensa en orden a que aquella no revistió el carácter de testigo.

Por otro lado, en lo tocante a la presunta violación al principio acusatorio como consecuencia de la convocatoria

efectuada (de oficio) por el tribunal a quo a la señora Robin para que depusiese en el juicio oral, cabe tener presente que en la actualidad, el citado principio no rige en forma plena en el ordenamiento procesal federal, aspecto que fue expresamente reconocido por el máximo tribunal de la República en el precedente "Quiroga, Edgardo Oscar s/recurso de hecho" (Fallos: 327:5863). En tal sentido, la Corte destacó que en el código procesal perduran innumerables elementos inquisitivos, aclarando que no se los puede considerar "tácitamente derogados" ni por el art. 120 de la Constitución Nacional reformada ni por la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Idéntico criterio ha sostenido esta Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal *in re*: "ROJAS, Martín Raúl s/recurso de casación" (Reg. Nº 51912.4, causa Nº 11.465, rta. el 16/4/2012).

A su vez, la postura sentada por el máximo tribunal de la República es compartida por buena parte de la doctrina nacional, en cuyo ámbito se afirma que *"Cuando se concibe a la fiscalía gobernada por los mismos principios que gobiernan la actividad de los jueces –hallazgo de la verdad histórica (correspondencia) y realización de la ley penal como sinónimo de justicia, valores que, parcialmente, representan el residuo del procedimiento inquisitivo y, en parte, reglas de igualdad y garantía reformuladas por el Estado de Derecho–, dicho sintéticamente, cuando se la concibe como custodio o guardián de la ley, resulta difícil sostener alguna diferencia con la actividad que cumplen los jueces, desde el punto de vista material, tanto en la posición institucional que debe tener el Ministerio Público, como en su organización interna. Quién así concibe al ministerio público sólo puede hallar distinciones formales entre la función que cumplen los funcionarios de la fiscalía y los jueces, en el sentido de que, por razones vinculadas a asegurar la defensa en juicio y la imparcialidad de los jueces que juzgan (CN, 18), y, por ende, a **acercar el procedimiento estatal para aplicar una pena –sólo formalmente– al procedimiento de características acusatorias**, resulta necesario separar las funciones de decidir y de perseguir"* (Cfr. MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal. II Parte general. Sujetos procesales*, Del Puerto, Buenos Aires, 2004, págs. 319/320 –énfasis agregado).

Añade el mismo autor que *"De allí a sostener, por esta misma razón, que la fiscalía no cumple la función material de una parte del procedimiento, sino que, antes bien, sólo formalmente está puesta en esa condición, para facilitar la defensa del imputado, que, por ello, el proceso penal no es un proceso de partes, a semejanza de otros procedimientos judiciales, y, por fin, que la fiscalía no cumple el papel material de un acusador, no hay ni siquiera un trecho: tales afirmaciones representan sólo un desarrollo del principio"* (Aut.

Causa Nro. 15314 -Sala IV- C.F.C.P. "MIGNO PIPAON, Dardo y otros s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

y op. cit., pág. 323 —énfasis eliminado).

En consecuencia, queda claro que no puede derivarse la existencia de un perjuicio a partir de una presunta desviación del principio acusatorio, si dicho principio no rige plenamente en nuestro ordenamiento procesal. Tanto más cuando —contrariamente a lo sostenido por los recurrentes— la convocatoria de la señora Robin por parte del tribunal a quo se llevó a cabo sin exceder las facultades que el C.P.P.N. le asigna, entre las que se incluye la de introducir prueba oficiosamente (Cfr. NAVARRO, Guillermo Rafael / DARAY, Roberto Raúl, op. cit., pág. 62).

Finalmente, con relación al agravio en estudio cabe señalar que en cualquier caso, la declaración de la señora Robin no puede ser considerada como prueba dirimente, toda vez que la materia sobre la cual depuso —la existencia de un plan sistemático de persecución y exterminio de los opositores políticos por parte de las fuerzas armadas, diseñado a partir de la experiencia de los militares franceses— constituye un "hecho notorio", que no requería de acreditación expresa en la sentencia condenatoria. Ello así, desde que están incluidos en esta categoría "*...todos aquellos de los cuales normalmente tienen conocimiento las personas sensatas o sobre los que ellas se pueden informar en fuentes confiables*" (Cfr. ROXIN, Claus: *Derecho Procesal Penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 187), definición que comprende a las cuestiones sobre las que versó la declaración de Robin. Por todo ello, deben rechazarse también las objeciones de la defensa sobre este punto.

D) Agravios relacionados con el análisis presuntamente arbitrario de constancias documentales agregadas a la causa (identificados como agravios Nros. 6 y 7 en el recurso de la defensa)

En primer lugar, los recurrentes objetaron la interpretación que hizo el tribunal de juicio de las constancias de la fs. 226 del libro de actuaciones sumariales del D-2, la que fue utilizada —junto con otros elementos de prueba— para tener por acreditado que Rafael Olivera y Nora Ercilia Rodríguez Jurado estuvieron detenidos en dicha dependencia. Este tema ya había sido planteado durante el debate oral, oportunidad en que la defensa afirmó que dicha foja hace referencia a "expedientes" y no a "exponentes", como entendió el tribunal. Frente a ello, los sentenciantes señalaron que la argumentación de la defensa sobre esta cuestión "*...no resiste el más mínimo análisis ya que en la foja referenciada [...] se lee perfectamente 'exponente'.*

Por otra parte cuando se le toma declaración indagatoria al Jefe del D-2 Sr. Sánchez Camargo y –oportunidad en la que se tenía a la vista el libro de sumarios del D2 [...]– se le pregunta expresamente al indagado sobre el significado que tienen la palabra exponente contenida en la foja mencionada, a lo que responde que se trata de la persona que está exponiendo o declarando”.

A su vez, en su recurso de casación los impugnantes manifestaron que lo afirmado por el tribunal a quo no desvirtuó sus objeciones, ya que “...el argumento del Tribunal Oral es el mismo que la cuestión a dilucidar: qué es lo que en realidad dice allí”, cuestión que –en opinión de la defensa– no se pudo establecer por no haberse realizado un peritaje caligráfico o documentológico que permitiese determinar quien realizó las escrituras y cuáles son las palabras exactas que allí se consignaron.

Entiendo, sin embargo, que el razonamiento desarrollado por los recurrentes carece de sustento, por cuanto se basa en una afirmación meramente dogmática: la de que existen motivos para dudar respecto de si en la foja de referencia dice “exponente” o “expediente”. Al respecto, vale destacar que la mera circunstancia de que las inscripciones volcadas en un documento sean manuscritas no importa necesariamente que se requiera de una pericia caligráfica o documentológica para interpretarlas, por cuanto existen (numerosos) supuestos en los que las grafías son perfectamente legibles. Tal es el caso del documento que se examina, a partir de cuya lectura se advierte, sin lugar a dudas, que la palabra en el encabezamiento es “exponentes” (ver copia certificada de la referida constancia, obrante a fs. 697).

Así las cosas, una cuestión que no admite discusión por ser en sí misma evidente no puede tornarse controvertida por la sola voluntad de una de las partes, como así tampoco sostenerse válidamente que la decisión del tribunal a quo que refleja el carácter indubitable del tema sea arbitraria o carente de fundamentación en razón de limitarse a la constatación de lo que es obvio. A lo que cabe añadir que –no obstante los esfuerzos de la defensa– el análisis de la demás evidencia valorada por los sentenciantes para resolver esta cuestión abona la postura finalmente asumida por ellos, a la vez que descarta la alternativa.

Por otra parte, en lo tocante a la crítica efectuada por la defensa al modo en que los sentenciantes valoraron la constancia de felicitación obrante en el legajo personal del encartado SMAHA BORZUK (que reza: “El jefe de policía felicita y recomienda a la consideración del personal del causante, quien juntamente a los demás integrantes del D2 lograron detectar, desbaratar y posteriormente aprehender a una célula de delincuentes subversivos que actuaban en nuestro medio”),

Causa Nro. 15314 -Sala IV- C.F.C.P. "MIGNO PIPAON, Dardo y otros s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

entiendo que las objeciones de los recurrentes no logran desvirtuar las conclusiones a las que arribó el tribunal a quo a partir del documento de mención. Ello así, por cuanto las cuestiones señaladas por la defensa –que la felicitación fue de carácter general, y que se la incluyó por acciones anteriores a las que fueron juzgadas en estas actuaciones- no se contradicen con el razonamiento desarrollado por los sentenciantes.

En efecto, de la lectura de los tramos del decisorio atacado en que se trata este tema, se desprende que el tribunal entendió que las imputaciones dirigidas contra SMAHA BORZUK en el debate oral se vinculaban con su intervención en procedimientos ilegales en aquella época (esto es, durante el denominado "Proceso de reorganización nacional"), siendo que la felicitación es demostrativa de dicha participación. Es decir que los sentenciantes no dijeron –como parecen interpretar los recurrentes- que la constancia bajo análisis podía servir para acreditar en forma directa la intervención de SMAHA BORZUK en **estos** hechos, sino que aquella demuestra que tuvo activa participación en la represión ilegal **en general**, lo que a su vez es tomado como indicio de que **también** estuvo involucrado en las acciones que se le imputaron en el debate oral. De allí que deba descartarse también la tacha de arbitrariedad formulada por la defensa en orden a esta cuestión.

E) Agravios sobre la valoración de la prueba por parte del tribunal a quo (identificado cómo agravio Nº 8 en el recurso de la defensa)

En el marco del agravio en estudio, la defensa puso en duda la materialidad de los hechos por los que resultaron condenados Juan Agustín OYARZABAL NAVARRO, Eduardo SMAHA BORZUK, Celustiano LUCERO LORCA, Luis Eduardo RODRÍGUEZ VÁZQUEZ y Dardo MIGNO PIPAON.

En tal contexto, los recurrentes argumentaron que en el decisorio puesto en crisis no se demostró que sus defendidos hayan tenido dominio del hecho respecto de los delitos que se les imputaron. Aludieron, en concreto, a los casos de Juan Agustín OYARZABAL NAVARRO, Eduardo SMAHA BORZUK y Dardo MIGNO PIPAON, destacando que –en los primeros dos casos- no eran ellos, sino Pedro Dante Sánchez Camargo, quien comandaba el D-2, por lo que los nombrados no tenían autoridad para configurar el curso causal; mientras que en lo atinente a MIGNO PIPAON, tampoco era jefe de la Compañía de Comunicaciones 8, cargo que ocupaba el Mayor Ramón Ángel Puebla. Afirmaron, en base a ello,

que los nombrados no pudieron “impulsar autónomamente el movimiento de la maquinaria (del terrorismo de Estado)”, motivo por el cual no pueden ser considerados autores sino partícipes.

En respuesta al planteo precedentemente reseñado, cabe señalar que de conformidad con lo expresado por esta Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal –con otra integración– in re: “Mansilla, Pedro Pablo y otro” (Reg. 15668, causa Nº 11545, rta. el 26/9/2011), para dilucidar estas cuestiones es preciso tener en cuenta que “...los hechos que se ventilan en autos no resultan sucesos aislados, inspirados en la voluntad individual de un agente. Todo lo contrario. Se enmarcan [...] en la multiplicidad de delitos planificados y ejecutados por el aparato burocrático estatal utilizado por la Junta Militar que usurpó la suma del poder público a partir del 24 de marzo de 1976 al derrocar, golpe militar mediante, al gobierno democrático; [extremo que] no requiere mayores agregados a partir de las conclusiones a las que se llegó en el histórico juicio a los Comandantes Militares (causa 13/84 de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal)”.

En este orden de ideas, cabe recordar que en la mencionada “causa 13/84” se afirmó que: “Según ha quedado acreditado en la causa, [los] Comandantes en Jefe de sus respectivas Fuerzas, ordenaron una manera de luchar contra la subversión terrorista que básicamente consistía en: a) capturar a quienes pudieran resultar sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; b) conducirlos a lugares situados dentro de unidades militares o bajo su dependencia; c) una vez allí, interrogarlos bajo tormentos, a fin de obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas; d) someterlos a condiciones de vida inhumanas, con el objeto de quebrar su resistencia moral; e) efectuar todo lo descripto anteriormente en la clandestinidad más absoluta, para lo cual los secuestradores debían ocultar su identidad; realizar los operativos preferentemente en horas de la noche, las víctimas debían permanecer totalmente incomunicadas, con los ojos vendados y se debía negar a cualquier autoridad, familiar o allegado, la existencia del secuestrado y la de eventuales lugares de alojamiento; f) **amplia libertad de los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido**, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, sometido a proceso militar o civil, o bien eliminado físicamente.”. (Fallos 309, tomo II, páginas 1584-1585 –énfasis añadido”).

Lo expuesto redundante en que –de conformidad con el criterio establecido en el precedente “Mansilla”, citado supra– la responsabilidad penal de los imputados deba ser analizada a partir de su demostrada pertenencia a la maquinaria de poder que posibilitó la consagración de los delitos de Estado acreditados

Causa Nro. 15314 -Sala
 IV- C.F.C.P. "MIGNO
 PIPAON, Dardo y otros
 s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

en el legajo. Ello, en consonancia con lo sostenido por ROXIN, quien explicó que "[Los] crímenes de guerra, de Estado y de organizaciones como los que aquí se analizan no pueden aprehenderse adecuadamente con los solos baremos del delito individual. De donde se deduce que las figuras jurídicas de autoría, inducción y complicidad, que están concebidas a la medida de los hechos individuales, no pueden dar debida cuenta de tales sucesos colectivos, contemplados como fenómeno global" (Cfr. aut. cit., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1998, pág. 268).

Al respecto, cabe aclarar que la herramienta dogmática desarrollada por ROXIN y adoptada por el tribunal a quo para fundar el reproche penal dirigido contra los encartados (dominio por organización en el marco de un aparato organizado de poder) no exige que para ser considerados autores de los delitos que se les enrostraron, OYARZABAL NAVARRO, SMAHA BORZUK o MIGNO PIPAON debieran ser jefes o estar a cargo de las dependencias en las que cumplían funciones. Ello así, por cuanto "...en las situaciones especiales que aquí se discuten precisamente el dominio por parte de la cima de la organización se ve posibilitado precisamente por el hecho de que, de camino desde el plan a la realización del delito, cada instancia sigue dirigiendo gradualmente la parte de la cadena que surge de ella" (Cfr. ROXIN, Claus, op. cit., pág. 274).

Por ende, la circunstancia de que los individuos que ocupan los sustratos medios y bajos de la maquinaria carezcan de poder real para detener su funcionamiento (en el sentido de que aún en el supuesto de que se negaran a ejecutar o retransmitir las órdenes que les fueron impartidas, alguien más lo haría) no excluye su responsabilidad por los hechos cometidos por el aparato represivo, habida cuenta que la fungibilidad de los ejecutores constituye la nota esencial de dicha teoría. Ello así, desde que esta fungibilidad "...no depende del modo de comisión del delito, sino de la particular integración del individuo a la organización en cuestión. La disposición del aparato convierte al ejecutor en un instrumento arbitrariamente intercambiable. En el seno del aparato en el que se incluye, no puede obviarse tal carácter. Es fungible desde el momento en que el hombre de atrás puede contar con su sustituibilidad, por ejemplo, ante el previo conocimiento de que va a negarse a cumplir la orden cometida" (Cfr. FERNÁNDEZ IBAÑEZ, Eva: "¿Constituye la 'fungibilidad' del ejecutor inmediato un presupuesto estructural imprescindible de la autoría mediata en

aparatos organizados de poder?, en Revista de Derecho Penal. Autoría y participación-I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, T. 2005-1, pág. 345).

De ello se deriva, a su vez, la principal diferencia entre la teoría antes mencionada y otros supuestos de autoría mediata, que es que en el marco de aquélla, la punibilidad del "instrumento" que lleva a cabo una etapa intermedia de una operación de exterminio o privación de la libertad de un grupo de personas no es discutida (Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte general* -2ª edición-, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 510). Por el contrario, en la medida en que se acredite la pertenencia y el aporte material de los imputados a la maquinaria de poder (por ejemplo, formando parte de dependencias encargadas de llevar adelante la represión ilegal y, en tal contexto, ejecutando o retransmitiendo las órdenes recibidas a otros subalternos), se sostiene la imputación dirigida contra ellos a título de coautores.

Ello ha ocurrido en el presente caso, en el que se acreditó, a través de las declaraciones de varios testigos, la participación directa de OYARZABAL NAVARRO y SMAHA BORZUK en interrogatorios y tormentos, así como su intervención en las tareas de "lucha contra la subversión" que llevaba a cabo el D-2. De igual modo, con relación a MIGNO PIPAON, testimonios como los de Roberto Edmundo Velez, Luis Toledo y Rafael Morán dan cuenta de que —en la práctica— el nombrado estaba a cargo de la dependencia en lo tocante al trato dado a los prisioneros, lo que se ve reforzado por lo afirmado por la víctima (Ángel Bartolo Bustelo) en punto a que su traslado a la penitenciaría fue consecuencia de un reclamo que le efectuara a MIGNO PIPAON por el trato que recibían los presos. Finalmente, el testigo-víctima Julián Martínez Baca dio cuenta de la intervención directa del encartado en la aplicación de tormentos a los detenidos. Por dicho motivo, corresponde rechazar las objeciones de la defensa sobre la calificación de coautores asignada a los encartados OYARZABAL NAVARRO, SMAHA BORZUK y MIGNO PIPAON.

De igual manera, corresponde rechazar también el agravio de los recurrentes contra la condena dictada respecto del imputado mencionado en último término por los delitos de privación abusiva de la libertad agravada por mediar violencia y amenazas e imposición de tormentos (agravada por la condición de perseguido político de la víctima) en perjuicio de Ángel Bartolo Bustelo. Con relación a esta cuestión, la defensa entendió que sólo correspondía aplicar la figura del art. 144 bis, inc. 3º del C.P., toda vez que el señor Bustelo sólo estuvo privado de su libertad en la Compañía de Comunicaciones N° 8 (en la que prestaba funciones MIGNO PIPAON) durante dos días, no habiendo intervenido ese imputado en su detención.

Así las cosas, cabe señalar que no se advierte que —como afirma la defensa— la condenada dictada por el tribunal a quo

Causa Nro. 15314 -Sala
 IV- C.F.C.P. "MIGNO
 PIPAON, Dardo y otros
 s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

respecto de MIGNO PIPAON haya vulnerado los principios de la teoría del dominio del hecho o consagrado un supuesto de "responsabilidad objetiva". Ello así, desde que la circunstancia de que la víctima haya permanecido detenida ilícitamente en la dependencia en la que cumplía funciones el nombrado por sólo dos días no es óbice para que se encuadre su conducta en los tipos penales escogidos por los sentenciantes, siendo que lo decisivo es el aporte que efectuó MIGNO PIPAON (en el marco de su competencia) a los delitos cometidos por la maquinaria del terrorismo de Estado, a sabiendas de que estaba cooperando con un plan sistemático de persecución y exterminio de opositores políticos.

En tal sentido, entiendo que MIGNO PIPAON contribuyó con su aporte (concretado durante los dos días en los que Bustelo permaneció bajo su vigilancia en la Compañía de Comunicaciones Nº 8) a la ejecución del delito de privación ilegal de la libertad que ya venía sufriendo Ángel Bartolo Bustelo, en cuyo inicio no intervino pero en la que realizó aportes con anterioridad a que ésta dejara de cometerse, conociendo y aceptando su ilegalidad.

Por consiguiente, la conducta desplegada por MIGNO PIPAON con relación a la privación abusiva de la libertad de Ángel Bartolo Bustelo le es imputable, a título de coautor, de conformidad con los parámetros de la coautoría sucesiva, la que *"...es posible en la forma que alguien coopera con otro, que está ejecutando el delito, antes de la conclusión del mismo y a los fines de la continuación conjunta del comportamiento punible. En este sentido es suficiente que el autor que entra después realice cualquier aporte para la ejecución del hecho"* (Cfr. GÖSSEL, Karl Heinz: "Coautoría sucesiva y teorías de la autoría" en Revista de Derecho Penal. Autoría y participación-I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, T.2005-1, pág. 43 -énfasis añadido). Ello, desde que se ha afirmado que *"...cuando alguien entra como coautor con conocimiento y aprobación del comportamiento anterior, así su consentimiento se refiere a un plan criminal global y tiene el efecto que el delito uniforme le va a ser imputado penalmente"* (aut. y op. cits., con cita a BGHSt 2, 344, 346 -énfasis añadido).

En contra de lo afirmado por la defensa, no luce como un supuesto de extensión indebida de la responsabilidad penal la imputación penal a MIGNO PIPAON en orden a los tormentos sufridos por Bustelo, puesto que -más allá de los expresado por

el tribunal *a quo*, en la sentencia atacada, respecto de los vejámenes a los que fue expuesto aquél durante su estadía en la Compañía de Comunicaciones Nº 8- el reproche penal al nombrado también encuentra sustento en las circunstancias en que se produjo la intervención de MIGNO PIPAON, esto es: en el marco de un plan sistemático de persecución, tortura y exterminio de opositores políticos. La citada coyuntura redundaba en que -más allá de haber actuado como un virtual "pasamanos" entre quienes concretaron el secuestro de Bustelo y los que se encargaron de dicha víctima con posterioridad a su estancia en la Compañía de Comunicaciones Nº 8-, resulte evidente que MIGNO PIPAON obró en todo momento con el conocimiento de que trataba con una persona privada ilegalmente de su libertad, y participó en la entrega de dicha persona a sus siguientes carceleros a sabiendas de que el destino de los prisioneros políticos (de conformidad con el referido plan sistemático, descripto en el fallo dictado en la causa 13/84 de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal -citado *supra*) era el interrogatorio bajo tortura.

A esto cabe añadir que de conformidad con lo expresado por los testigos Valentín Montemayor, Roberto Edmundo Velez y el propio Bustelo, el traslado de este último a la penitenciaría (donde fue sometido a graves torturas) fue (cuanto menos) propiciada por MIGNO PIPAON en represalia por los reclamos efectuados por Bustelo por el trato que recibían los detenidos. Todo lo cual permite descartar la ajenidad -alegada por la defensa- del nombrado respecto del destino de su prisionero, así como demostrar su pleno conocimiento de lo que le ocurriría a aquél cuando fuese trasladado a la penitenciaría, ya que dicho traslado se dispuso precisamente para castigarlo por los reclamos que realizara.

El criterio expuesto precedentemente resulta de aplicación también a las objeciones planteadas por la defensa en punto a la condena impuesta a OYARZABAL NAVARRO por la muerte de Ricardo Luis Sánchez Coronel. Con relación a ello, los impugnantes sostuvieron que la evidencia no demostró que hubiese fallecido mientras se encontraba detenido en el D-2, sino que fue conducido con vida al Hospital Militar de Mendoza por integrantes del ejército, desconociéndose cualquier otra circunstancia sobre su paradero con posterioridad a ello. Por tal motivo, entendieron que no se podía responsabilizar a OYARZABAL NAVARRO por ese hecho. En sentido opuesto, cabe señalar que con independencia de que sección o grupo de la maquinaria represiva estatal concretó finalmente el homicidio de Sánchez Coronel, lo cierto es que el hecho de que todos ellos operaran de acuerdo a un plan común (consistente en la captura, tormento y en muchas ocasiones, asesinato de los opositores políticos) habilita el reproche contra el imputado de mención por aquél delito. Ello, toda vez que su contribución al *iter criminis* que culminó con el asesinato de Sánchez Coronel se

Causa Nro. 15314 -Sala
 IV- C.F.C.P. "MIGNO
 PIPAON, Dardo y otros
 s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

efectuó a sabiendas de que no era improbable que la secuencia de sucesos tuviera ese final.

Por otra parte, los representantes de la Defensa Pública Oficial también efectuaron una crítica al modo en que el tribunal *a quo* valoró la prueba producida en el debate, a fin de tener por acreditada la responsabilidad de sus defendidos en los hechos por los que fueron condenados. Así, cuestionaron la condena aplicada a OYARZABAL NAVARRO en orden a la detención del matrimonio conformado por Rafael Olivera y Nora Ercilia Rodríguez Jurado, señalando que la evidencia disponible apunta, en realidad, a que fue el Ejército el que concretó la captura de dichas víctimas.

Asimismo, en lo que atañe a la desaparición de Salvador Moyano, la defensa argumentó que no se pudo probar que haya intervenido en la misma el D-2, y mucho menos Eduardo SMAHA BORZUK. Se señaló, al respecto, que los testigos directos de la captura de Moyano (Aurora Elsa Albarado y Jorge Alberto Nieto) no reconocieron a integrantes de esa dependencia en los reconocimientos fotográficos, ni tampoco surgió de los testimonios de las víctimas-testigos que Moyano haya estado detenido en el D-2. Los impugnantes puntualizaron, además, que hubo otras dependencias que también intervinieron en la "lucha contra la subversión" en la provincia de Mendoza, entre ellas la seccional 4ª de la policía provincial, en la que Moyano revistó durante un año y lo que podría explicar la alusión que le hizo a su esposa respecto de que había visto a un "compañero" espiándolo.

Por añadidura, la defensa se agravió de la condena recaída sobre SMAHA BORZUK y OYARZABAL NAVARRO respecto de la privación ilegal de la libertad, tortura y muerte de Rosario Aníbal Torres. Sobre el particular, argumentó que el tribunal *a quo* debió haber tomado en cuenta las fechas en las que fue detenida la víctima (entre el 14 y el 15 de junio de 1976), ya que en esos días SMAHA BORZUK se encontraba de licencia. En cuanto a OYARZABAL NAVARRO, reiteró lo ya manifestado respecto de que no era el jefe del D-2.

Por otro lado, los recurrentes cuestionaron también la fundamentación del reproche penal a OYARZABAL NAVARRO por el secuestro y muerte de Alicia Cora Raboy, por entender que se basó en una circunstancia que no fue debidamente acreditada: que dicho imputado supo de la ingesta de una pastilla de cianuro por parte de Francisco Urondo por haber torturado a Raboy. Destacaron, además, que no se pudo determinar qué fuerza detuvo

a la víctima, como así tampoco existen pruebas de que Raboy haya estado detenida en el D-2, no existiendo elementos que acrediten la intervención de OYAZABAL NAVARRO, SMAHA BORZUK y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ en los hechos cometidos en perjuicio de Urondo y Raboy.

Finalmente, en lo tocante a la muerte de Francisco Reynaldo Urondo, los impugnantes señalaron que lo afirmado por el encartado Celustiano LUCERO LORCA sobre que golpeó a la víctima en la cabeza con su arma porque éste hizo ademán de recargar su pistola, no fue controvertido por ningún elemento de prueba obtenido durante la instrucción ni en el debate, careciendo de sustento probatorio lo sostenido por el tribunal oral en punto a que Urondo detuvo su auto (luego de sostener un intenso tiroteo con el personal de las fuerzas armadas que intentaba aprehenderlo) con el fin de entregarse. Afirmaron que la muerte de Urondo debió ser encuadrada en el tipo penal de "homicidio preterintencional" previsto en el art. 81, inc. b) del Código Penal.

Adentrándome en el análisis de esta última serie de planteos, cabe señalar -en primer término- que en cuanto a lo aseverado por la defensa respecto de la posibilidad de que otras dependencias -distintas del D-2- hayan intervenido en los hechos de los que resultaron víctimas Rafael Olivera, Nora Ercilia Rodríguez Jurado, Salvador Moyano y Alicia Cora Raboy, la lectura integral del legajo permite concluir que las críticas que formularon los impugnantes no guardan relación con los concretos elementos de juicio observados por los juzgadores al tiempo de definir la situación procesal de los encartados. Ello así, por cuanto la inteligencia que proponen se encuentra anclada en un juicio meramente conjetural que, además de no encontrar respaldo fáctico y probatorio, ha sido superado ampliamente a través de la prueba debatida en el juicio, la que fue correctamente valorada por los sentenciantes a la luz de las reglas de la sana crítica.

Así, en orden a la detención del matrimonio conformado por Rafael Olivera y Nora Ercilia Rodríguez Jurado, cabe tener presente que -tal como se reseñó *supra*, en el acápite I.E)- de la constancia obrante a fs. 226 del libro de actuaciones sumariales del D-2 se desprende que los nombrados estuvieron entre los "exponentes" detenidos allí, surgiendo también del mencionado libro que en esa dependencia estaban al tanto del verdadero domicilio de los Olivera y Rodríguez Jurado, el que no figuraba en registro alguno y sólo pudo haber sido conocido a partir de las tareas de investigación que culminaron con el secuestro de los nombrados.

En cuanto a la intervención del D-2 en el secuestro de Salvador Moyano, resulta especialmente atendible el argumento esgrimido por el tribunal *a quo* en punto a que es "...significativa la designación que hace el padre del desaparecido cuando dice que [la persona vista vigilando a

Causa Nro. 15314 -Sala IV- C.F.C.P. "MIGNO PIPAON, Dardo y otros s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

**JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara**

Moyano] es un policía del 'D2'. Este es un código que a esa época era conocido sólo por el personal policial y gente vinculada al área, pues lo normal era que se lo designara como Departamento de Informaciones. Fue en la historia posterior al año 1976, que se convierte en centro clandestino de detención y con fama en todo el país, que se lo va a empezar a designar con este código. Así, la referencia hecha por el recurrente en el año 1976 provenía de una persona conocedora de la actividad policial y bien podemos concluir que Teodoro Moyano supo el dato por el conocimiento que su hijo tenía del ámbito policial, bien a través de su nuera o directamente de él y así lo plasmó en su escrito [de habeas corpus]". A lo que se suma, a su vez, la circunstancia de que el D-2 contaba con dos autos similares a los que los testigos presenciales de la captura de Moyano afirman haber visto intervenir en ese procedimiento.

Asimismo, la intervención del D-2 en el procedimiento que terminó con la muerte de Francisco Reynaldo Urondo y la captura de Alicia Cora Raboy se vio confirmada por los testimonios del Juez Federal de Instrucción Matías Modesto Pedraza Araya (que relató que al llegar al lugar de los hechos un policía le manifestó que el procedimiento había estado a cargo del Comisario General Sánchez –Jefe de dicha dependencia) y de los miembros del D-2 Enrique Manuel Funes Arias y Regino Santiago Ríos, que refirieron haber asistido en tal carácter al lugar del operativo una vez terminado el mismo. También se desprende de las propias declaraciones del imputado Celustiano LUCERO LORCA, que intervino en aquél y manifestó que la orden era detener a los objetivos con vida y llevarlos al D-2, señalando también que en ese operativo estuvo bajo las órdenes de OYARZABAL NAVARRO, y que en la investigación referida a los Montoneros (organización en la que militaban Urondo y Raboy) intervenía también SMAHA BORZUK. Esto abona también la conclusión a la que arribó el tribunal a quo en punto a que Alicia Cora Raboy estuvo detenida en la referida dependencia.

En cuanto a la privación ilegal de la libertad, imposición de tormentos y homicidio de Rosario Aníbal Torres, entiendo que lo decisivo no es la fecha exacta en la que se produjo la captura del nombrado, sino la circunstancia de que con posterioridad a la misma estuvo detenido en la sede del D-2, donde fue torturado. Al respecto, vale tener en cuenta que la presencia de Torres en ese lugar fue debidamente acreditada no sólo por figurar su nombre en la nómina de "exponentes" mencionados en el libro de actuaciones sumariales del D-2, sino

también por los dichos de Juan Carlos González, quien fue detenido casi en las mismas circunstancias que Torres y llevado al D-2, donde permaneció privado de su libertad y sometido a tormentos, enterándose por intermedio de otros prisioneros de que Torres había estado allí. A lo que se añaden los múltiples testimonios que dan cuenta de las severas torturas impuestas a la víctima en ese lugar. Por consiguiente, y en atención a las funciones que cumplían OYARZABAL NAVARRO y SMAHA BORZUK en el D-2 de conformidad con la prueba reunida en el debate —que incluían la de interrogar a los prisioneros— resulta incuestionable la responsabilidad de los nombrados en punto a la privación ilegal de la libertad y los tormentos sufridos por Rosario Aníbal Torres, así como de su homicidio.

Por último, y en lo que atañe al planteo de la defensa referido a la calificación de la muerte de Francisco Reynaldo Urondo como homicidio agravado por la intervención de dos o más personas —en lugar de subsumirlo en la figura de homicidio preterintencional postulada por esa parte en su alegato— cabe señalar que la argumentación desarrollada por el tribunal *a quo* para descartar la postura defensiva en punto al análisis de la conducta desplegada por Celustiano LUCERO LORCA encuentra adecuado fundamento en la evidencia producida durante el debate, evaluada de conformidad con las reglas de la sana crítica racional. Al respecto, vale recordar que la “sana crítica” ha sido descripta como un sistema de apreciación de las circunstancias fácticas de las figuras delictivas y de los hechos “...conforme las leyes fundamentales de la lógica, de la psicología, de la experiencia social, de la ética y de la cultura colectiva” (Cfr. CABALLERO, José S.: “La sana crítica en la legislación procesal argentina”, en *La Ley*, T. 1995-E, pág. 630), y establece la plena libertad para el convencimiento de los jueces, reconociendo como límite respecto de las normas que gobiernan la corrección del pensamiento, es decir las leyes de la lógica, de la psicología y de la experiencia común (Cfr. NAVARRO, Guillermo Rafael / DARAY, Roberto Raúl, *Código procesal penal de la Nación, análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008 T. II, pág. 1196).

En este orden de ideas, se advierte que los sentenciantes se apoyaron en las reglas citadas para descartar, con fundamentos suficientes, lo afirmado por la defensa en cuanto a que operó, con relación a LUCERO LORCA, un estado de necesidad exculpante, como así también que el nombrado no obró con dolo de matar sino en todo caso de lesionar, por lo que su conducta, a criterio de la defensa, debió haber sido encuadrada en el delito previsto en el art. 81, párrafo primero, inc. b) del Código Penal. Es así que en su recurso de casación, el impugnante pretende desvirtuar lo expresado por el tribunal argumentando que la evidencia disponible permite presumir que LUCERO LORCA actuó de la manera que lo hizo (golpeando a

Causa Nro. 15314 -Sala IV- C.F.C.P. "MIGNO PIPAON, Dardo y otros s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

Francisco Reynaldo Urondo con las cachas de su pistola, lo que le causó la muerte) en razón de que la víctima hizo el ademán de cargar su arma para dispararla contra él, por lo que *"...se vio ante el dilema de disparar para defenderse o cumplir con la orden de sus superiores, que le habían ordenado detener con vida a las personas involucradas en el operativo"*, concluyendo que *"Así las cosas tuvo que elegir y a fin de neutralizar a la persona que estaba en el auto le propinó un golpe en la cabeza con el arma que empuñaba"*. El recurrente señaló también que *"El medio empleado por LUCERO, esto es el arma utilizada impropriamente para golpear a Urondo, también nos permite afirmar la ausencia de dolo homicida, aunque sí la existencia de dolo de lesión"*.

Sin embargo, considero que estos argumentos resultan insuficientes para conmovir la fundamentación del decisorio atacado en orden al reproche penal dirigido contra LUCERO LORCA por la muerte de Francisco Reynaldo Urondo. Ello, desde que se advierte que el alegado carácter "defensivo" del accionar del imputado queda desacreditado no bien se toma en consideración – como lo hizo el tribunal a quo en la resolución puesta en crisis– *"...la escasa altura del techo del vehículo con las características del Renault 6 de Urondo"*, de lo que se extrae que *"...primero debió abrirse la puerta para arrastrar hacia el exterior al menos la parte superior del cuerpo del conductor, posibilitando al agresor imprimir al golpe la potencialidad adecuada para producir el resultado que efectivamente se concretó, la muerte de la víctima"*.

De ello se sigue que para que LUCERO LORCA pudiese producir los daños constatados en la autopsia, respecto del cuerpo de Urondo, la agresión tuvo que haberse concretado de un modo que no resulta compatible con el relato efectuado por el encartado en sus descargos, como así tampoco con los argumentos ensayados por la defensa. Sobre el punto, vale destacar que las conclusiones de la autopsia también le restan apoyo a lo afirmado por los defensores en punto a la falta de dolo, ya que la necropsia puso en evidencia que no hubo un único golpe sino una reiteración de ellos, los que *"...demuestran la excesiva fuerza y agresividad desplegadas ante una víctima que se encontraba indefensa frente al atacante, ante el que se mostró pasiva y si se advertía algún conato de agresividad, debió quedar luego de recibir el primer golpe en el cráneo, incapacitada para prestar resistencia"*.

Se advierte, en efecto, que aun si se aceptara, por

vía de hipótesis, que el imputado podría no haberse representado la probabilidad de matar a Urondo propinándole un único culatazo, de ninguna manera puede convalidarse esa misma conclusión frente a la reiteración y la violencia de los golpes que LUCERO LORCA le asestó a su víctima. Dicha circunstancia fue correctamente valorada por los sentenciantes, quienes destacaron que *"Basta examinar las fotografías del cadáver [...] para advertir la magnitud del daño físico inferido, provocando deformaciones en el rostro, desgarramientos y hematomas"*. Así pues, habiéndose acreditado que LUCERO LORCA sacó el cuerpo de Urondo fuera del automóvil para poder golpearlo con más fuerza, y que le asestó no uno sino una serie de violentísimos culatazos, no queda más que concluir que el encartado tuvo pleno conocimiento de que la muerte de aquél como consecuencia de la agresión no era improbable, lo que evidencia su voluntad de actuar en forma contraria al derecho. Esto es: con dolo de matar.

De igual manera, habré de coincidir con el criterio adoptado por el tribunal a quo en orden a la aplicación al caso de la agravante por el concurso premeditado de dos o más personas (art. 80 inc. 6º del CP). Con relación a esta cuestión, los sentenciantes destacaron que si bien el operativo de referencia *"...estaba destinado a detener a delincuentes subversivos"*; *"No es posible [...] que la muerte de los 'blancos' no haya sido evaluada y asumida como probabilidad por quienes dispusieron y llevaron a cabo las operaciones, máxime si se trataba, como se presentó en la versión oficial, de un 'enfrentamiento' en el que se 'repelía' una agresión armada. Por tanto, la culpa o negligencia no puede[n] tener cabida en este homicidio"*. De este modo, los sentenciantes tuvieron por acreditado el elemento subjetivo requerido por la figura penal en estudio, a cuyo efecto se tuvo en consideración, asimismo, el lugar que ocupaban RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, OYARZABAL NAVARRO y SMAHA BORZUK en el aparato organizado de poder. Ello, desde que el homicidio doloso de aquél fue cometido materialmente por un integrante de dicho aparato (LUCERO LORCA), actuando en el marco de un operativo diseñado y ejecutado por los nombrados, de lo que se sigue que aquellos tuvieron dominio del hecho respecto del curso causal que culminó con el homicidio de Urondo.

En este orden de ideas, y con respecto a la configuración de la agravante de alevosía, cabe recordar que esta requiere que la víctima se encuentre en un estado de indefensión que le impida oponer una resistencia que se transforme en un riesgo para el agente, aunque no es indispensable la ausencia total de posibilidades de resistencia. Se afirma, asimismo, que la indefensión puede haber sido procurada por el autor o simplemente aprovechada por él (Cfr. D'ALESSIO, Andrés José, op. cit., pág. 11). En cuanto a los requisitos subjetivos, *"...el tipo requiere que el autor obre*

Causa Nro. 15314 -Sala IV- C.F.C.P. "MIGNO PIPAON, Dardo y otros s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

sobre seguro, esto es, sin el riesgo que puede significar la reacción de la víctima o de terceros con el fin de oponerse a la agresión. Ello requiere una preordenación de la actividad del agente para actuar con esa seguridad, es decir, la procuración o el aprovechamiento del estado de indefensión" (Aut. y op. cit., pág. 12 –énfasis añadido-. En igual sentido, se pronuncian CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, Astrea, Buenos Aires, 1997, T. 1, págs. 20/21; SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Editorial Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, T. III, págs. 28/29; y FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, págs. 36/37).

En el caso concreto, entiendo que de la evidencia producida en el debate se desprende que el autor material del homicidio de Urondo, Celustiano LUCERO LORCA, tomó partido de una situación de indefensión en la que había sido colocada su víctima a partir del accionar de los coimputados, que culminó con Urondo inmovilizado en su automóvil, inerme frente a la agresión a la que lo sometió LUCERO LORCA que, finalmente, le causó la muerte. La circunstancia de que tanto la situación de indefensión causada, como su aprovechamiento para causar la muerte de Urondo, fueran conocidas y aceptadas por LUCERO LORCA, OYARZABAL NAVARRO, SMAHA BORZUK y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, legitima la aplicación de la agravante prevista en el art. 80 inc. 2º del Código Penal a su respecto.

Por ende, corresponde confirmar la condena impuesta a Celustiano LUCERO LORCA, Juan Agustín OYARZABAL NAVARRO, Eduardo SMAHA BORZUK y Luis Alberto RODRÍGUEZ VÁZQUEZ en orden al homicidio de Francisco Reynaldo Urondo, encuadrándola en la figura de homicidio calificado por alevosía y por el concurso premeditado de dos o más personas (art. 80 incs. 2º y 6º del Código Penal).

F) Agravio vinculado a la incorporación de la figura de genocidio en la calificación legal de las condenas

Con relación al agravio en trato, cabe señalar que más allá de la controversia suscitada en la doctrina respecto de si los hechos de terrorismo de Estado ocurridos en nuestro país durante la dictadura militar (entre los que se encuentran las conductas objeto de las presentes actuaciones) encuadran, o no, en la categoría de "genocidio" prevista en el art. II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y en el art. 7º del Estatuto de Roma, lo cierto es que no corresponde que la referida cuestión sea resuelta en esta

instancia. Ello así, por cuanto la circunstancia de que el tribunal a quo haya incluido, dentro de la calificación legal asignada a los hechos sobre los que se dictó condena en el pronunciamiento atacado, la **declaración** de que esos hechos se cometieron "en el contexto del delito internacional de genocidio", no produjo efectos jurídicos concretos respecto de la situación de los condenados; de lo que se deriva que el acierto o error de dicha declaración no importe una cuestión susceptible de ser analizada por esta Cámara Federal de Casación Penal.

En efecto, se advierte que las consecuencias jurídicas que permitieron el juzgamiento de las conductas reprochadas a los imputados en el debate oral que culminó con el dictado del decisorio puesto en crisis –como la imprescriptibilidad– se derivaron de haberse considerado que los hechos encuadraban en la categoría de "crímenes de lesa humanidad" prevista en el art. 8º del Estatuto de Roma, cuestión que no fue controvertida por la defensa en su recurso de casación. Por ende, el agregado de la referencia al "delito internacional de genocidio" –que no reemplaza a la tipificación como delito de lesa humanidad, sino que se suma a ella– no vino a modificar la situación legal de los encartados, que se mantuvo inalterada.

En ese orden de ideas, cabe recordar "*Que desde sus inicios, al examinar la naturaleza de la actividad jurisdiccional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que [...] los jueces sólo pueden pronunciarse respecto de un caso concreto; y no pueden hacer declaraciones en abstracto o de carácter general*" (Fallos: 306:1125 y sus citas). Ello, toda vez que es de la "*...esencia del poder judicial decidir colisiones efectivas de derechos*", razón por la cual no compete a los jueces de la Nación "*hacer declaraciones generales o abstractas*" (Fallos: 2:254; 12:372; 24:248; 94:444; 107:179; 115:163; 193:524, entre muchos otros). Siendo que, por consiguiente, no se consideran como cuestiones justiciables las consultas y **las resoluciones puramente normativas** (Fallos 28:404; 32:62; 52:432; 100:205; 188:179, entre muchos otros; cfr. IMAZ, Esteban / REY, Ricardo E., *El recurso extraordinario*, Ediciones de la Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1943, pág. 40 y ss. –énfasis añadido). Por ende, deviene insustancial el tratamiento del agravio deducido por la defensa en orden a esta cuestión.

G) Agravio referido a la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua (introducido por la Defensoría Pública Oficial en la audiencia prevista en los arts. 465 y 468 del C.P.P.N.)

En cuanto al planteo referido a la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, vale recordar que esta cuestión ha sido resuelta por esta Sala IV en el marco de la causa "ARRILLAGA, Alfredo Manuel, PERTUSIO,

Causa Nro. 15314 -Sala IV- C.F.C.P. "MIGNO PIPAON, Dardo y otros s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

Roberto Luis y ORTIZ, Justo Alberto Ignacio s/rec. de casación" (causa Nº 14075, Reg. Nº 743/12, rta. el 14/5/2012), siendo el criterio sentado en ese fallo aplicable al planteo deducido por el doctor De La Fuente con relación a las penas impuestas a los encartados SMAHA BORZUK, LUCERO LORCA, RODRÍGUEZ VÁSQUEZ y OYARZABAL NAVARRO.

En el referido precedente, se recordó que la única restricción admitida por nuestro Estado en torno a la aplicación de la pena de prisión perpetua es la que emana del art. 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que prohíbe la imposición a los menores de dicha pena "sin posibilidad de excarcelación". De allí que, en sentido opuesto, no resulta opuesto a la normativa constitucional la aplicación de dicha pena para el delincuente mayor, siendo que tampoco surge implícita su contradicción con los derechos humanos que aquella tutela.

En ese orden de ideas, y de conformidad con el criterio establecido en los precedentes mencionados *supra*, considero que tampoco puede afirmarse que la pena de prisión perpetua impuesta a SMAHA BORZUK, LUCERO LORCA, RODRÍGUEZ VÁSQUEZ y OYARZABAL NAVARRO incumpla la finalidad establecida por las normas internacionales, la reforma y readaptación social del condenado (específicamente artículo 5, inciso 6), del Pacto de San José de Costa Rica y artículo 10, inciso 3), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Ello, desde que si bien las normas citadas indican la finalidad "esencial" que debe perseguir el Estado en el legítimo ejercicio del *ius punendi*, cual es la "reforma y readaptación social" de los condenados – con lo que marcan una clara preferencia en torno a aquel objetivo llamado de prevención especial, del que no resultan excluidos los condenados a prisión perpetua- no obstaculizan otros fines que el legislador adopte, y que no se enfrenten a la interdicción también prevista en nuestra Constitución Nacional de que las cárceles sean para castigo (Cfr. Carlos E. Colautti, *Derechos Humanos*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1995, pág. 64).

IV. Agravios del representante del Ministerio Público

Fiscal

A) Primer agravio: rechazo a la inclusión del delito de asociación ilícita en la calificación legal

El representante del Ministerio Público Fiscal se agravió de la decisión del tribunal a quo de no incorporar, en la condena impuesta a Juan Agustín OYARZABAL NAVARRO, Eduardo SMAHA BORZUK, Celustiano LUCERO LORCA, Luis Eduardo RODRÍGUEZ

VÁZQUEZ y Dardo MIGNO PIPAON (como así también respecto de Paulino Enrique FURIO ETCHEVERRI, quien resultó absuelto), el tipo penal de asociación ilícita prevista en los arts. 210 y 210 bis del Código Penal, conforme lo había solicitado el recurrente en ocasión de formular su alegato en el juicio oral.

Si bien la incorporación del delito precedentemente mencionado había sido planteada (conjuntamente con la de otros delitos) en ocasión de requerirse la ampliación de la acusación en virtud de lo dispuesto en el art. 381 del C.P.P.N., el tribunal *a quo*, al resolver sobre la procedencia de dicha ampliación en la sentencia atacada efectuó una distinción entre esta figura y las que sí fueron incorporadas en la calificación legal de la sentencia finalmente aplicada a los encartados. Para así resolver, los sentenciantes tuvieron en cuenta que *"...son tres requisitos previstos por el art. 210 del Código Penal a) tomar parte de una asociación ilícita o banda; b) un número mínimo de partícipes y c) un propósito colectivo de cometer delitos"*. Por ello, entendieron que resultaba *"...insuficiente, a los efectos de la congruencia, la remisión que se hizo a los hechos que motivaron los delitos por los cuales los procesados venían acusados"*. Así, el tribunal *a quo* concluyó que no se habían cumplido en el caso los requisitos previstos en el art. 381 del C.P.P.N. para fundamentar el cambio de calificación pretendido, motivo por el cual no se hizo lugar a la pretensión de los acusadores de encuadrar la conducta de los encartados en la figura del art. 210 del Código Penal.

En sentido opuesto, el impugnante señaló que el cambio de calificación postulado no importa un desmedro una infracción del principio de congruencia, por cuanto entiende que *"...siempre que un imputado sea intimado oportunamente como interviniente en la comisión de un delito de lesa humanidad como formando parte de un aparato organizado de poder, se encuentra allí la base fáctica para poder imputar el delito de asociación ilícita"*.

Tal como señalara *supra* -al tratar los agravios de la defensa referidos a la presunta violación al principio de congruencia como resultado de la ampliación de la acusación que tuvo lugar durante el debate-, el requisito a cumplir para que la modificación de la hipótesis delictiva imputada no afecte el principio de congruencia reside en que ella no redunde en una modificación sustancial de la plataforma fáctica originaria, lo que ocurre cuando los hechos añadidos son realmente nuevos, y no guardan relación con los que fueran descriptos en la requisitoria de elevación a juicio. En orden a ello, cabe reconocer que el delito de asociación ilícita y la teoría del dominio por organización en el marco de un aparato organizado de poder no son conceptos equivalentes, toda vez que en el marco de esta teoría, lo decisivo es que el agente haya efectuado un aporte concreto para la comisión del/los hecho/s que se le

Causa Nro. 15314 -Sala
 IV- C.F.C.P. "MIGNO
 PIPAON, Dardo y otros
 s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

imputa/n, con independencia de su disposición subjetiva hacia esos sucesos, mientras que en la asociación ilícita lo decisivo es la mera pertenencia a la asociación con la finalidad de cometer delitos indeterminados, aun cuando no se haya realizado todavía ninguna acción tendiente a la ejecución de los crímenes planeados.

Sobre el particular, Francisco MUÑOZ CONDE explica que la teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder es una herramienta dogmática *"...que sirve para fundamentar –sin quebrantar y, más bien, confirmando el criterio material del dominio del hecho [...]– la autoría mediata de los que están detrás de los autores materiales o ejecutores de muchos de los delitos cometidos a través de organizaciones estatales o paraestatales de poder"* (Cfr. aut. cit., *"¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial"*, en *Revista de Derecho Penal. Garantías constitucionales y nulidades procesales-II*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, T. 2001-2, pág. 758).

La asociación ilícita, en cambio, es un delito autónomo, en el que la acción típica consiste, según surge del texto del art. 210 del Código Penal, en *"tomar parte en una asociación o banda"*, lo cual ha llevado a parte de la doctrina y jurisprudencia argentinas a concluir que *"...para la punibilidad de la conducta ya es suficiente con el mero 'asociarse', de tal modo que, fuera de la existencia del pacto, no sería necesaria ninguna actividad exterior"*. Al mismo tiempo, otro sector sostiene que es necesario que el autor realice *"...algún aporte efectivo a la asociación, que se traduzca exteriormente como tal frente a los otros miembros, aun cuando se admita que éste consista –bajo ciertas circunstancias y al igual que en la participación en delitos en particular–, en brindar soporte psicológico a los demás miembros"*. (Cfr. ZIFFER, Patricia S., *El delito de asociación ilícita*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pág. 67).

Asimismo, es preciso señalar que aun cuando el texto del tipo penal en estudio aluda a la intervención en una "banda", ello no implica asimilar el concepto de asociación ilícita con el de "banda" que califica como agravante el delito de robo, toda vez que éstos no son coextensivos. Cada uno de ellos tiene su propia denotación. Esto es así pues el concepto de "banda" que califica como agravante el delito de robo hace

referencia al modo de ejecución del injusto, en tanto exige que en la comisión del robo partipen tres o más personas con el fin común de realizarlo. Por el contrario, el delito de "asociación ilícita" previsto en el art. 210 del C.P. requiere, para su configuración, *"unidad de acuerdo y pluralidad de contextos delictivos a realizar sucesivamente, mientras que la banda (que también debe estar integrada por tres o más personas) –de acuerdo a lo que surge del art. 210– constituye la agravante de otros delitos y es, para esta postura, una mera agrupación circunstancial, eventual, fugaz, transitoria"* (Cfr. D´ALESIO, Andrés, *Código Penal. Comentado y Anotado*, Edit. La Ley, Bs. As., 2006, pág. 687).

Es decir que, a tenor de lo prescripto por la norma en examen, el delito de "asociación ilícita" exige la existencia de un acuerdo de voluntades, de carácter estable y con atributos de cohesión y organización, entre tres (3) o más personas imputables, con la finalidad de cometer delitos indeterminados, sea que éstos reconozcan, o no, una misma modalidad delictiva. En otras palabras, la configuración de la figura en estudio demanda un mínimo de cohesión dentro del grupo, un cierto grado de "organización estructurada". Ello implica la existencia de algunas reglas vinculantes para todos los miembros con respecto a la formación de la "voluntad social". Para que la agrupación funcione como tal es requisito la aceptación común de dichas reglas y sus miembros se deben haber comprometido a cometer los hechos en forma comunitaria (como propios de la asociación). Consecuentemente, los requisitos para afirmar la existencia de una asociación ilícita son: 1) el acuerdo entre tres o más personas para el logro de un fin (cometer delitos indeterminados); 2) la existencia de una estructura para la toma de decisiones aceptada por los miembros; 3) la actuación coordinada entre ellos, con un aporte personal de cada miembro y 4) la "permanencia" del acuerdo. Aspectos que no deben concurrir para la configuración de la banda como agravante del delito de robo -arts. 166 inc. 2º, y 167 inc. 2º del C.P. (texto según ley 23.077, B.O.: 27/08/84).

Por añadidura, vale recordar que según explica ZIFFER, *"La doctrina tradicional argentina sentó, en su momento, la idea –que hasta hoy se mantiene inalterada– de que la asociación ilícita es un delito permanente, que se consuma con el mero acuerdo entre sus miembros, sin que dicha consumación dependa de que se llegue a la efectiva comisión de los delitos que constituyen el objeto de la asociación; tales delitos, en caso de que lleguen a concretarse, son considerados hechos independientes, y por lo tanto concurren materialmente con el art. 210, CP"* (Cfr. aut. y op. cit., pág. 111 –énfasis eliminado). El propio impugnante parece coincidir con esta postura, toda vez que requirió, en su alegato, que se condenase a los encartados por asociación ilícita en concurso real con el

Causa Nro. 15314 -Sala IV- C.F.C.P. "MIGNO PIPAON, Dardo y otros s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

resto de los delitos reprochados.

Cabe recordar, asimismo, que esta Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal (con otra integración) ha expresado que el delito de asociación ilícita *"...es independiente de la comisión o no de delitos, bastando que se compruebe el acuerdo de voluntades entre los componentes, en el sentido de cometer delitos en cuanto ello sea posible y se presente la oportunidad; pues la punibilidad del pacto no está en la punibilidad de los autores de los ilícitos que los asociados en su cumplimiento cometan, sino en el peligro que por sí implica una organización criminal de cierta permanencia"* (in re: "Somma, José y otros s/recurso de casación", Reg. Nro. 7995.4, Causa Nro. 6244 rta. 27/10/06. En igual sentido, en causa Nro. 3568, "Bernasconi, Hernán Gustavo s/recurso de casación", Reg. Nro. 5138, rta. 29/08/03, con citas: Cornejo, Abel, "Asociación ilícita y Delitos contra el Orden Público", Ed. Rubin-zal-Culzoni, pág. 56; Soler, Sebastián", Derecho Penal Argentino", Tº IV, Ed. Tea, pág. 602/603; Vera Barros, O.T., "Asociación ilícita (art. 210 C.P.). Algunas Consideraciones", en "Nuevas formulaciones de las Ciencias Penales", Ed. Lerner, Córdoba, pág. 596).

Sin perjuicio de ello, entiendo que a pesar de las diferencias apuntadas, existe entre la imputación de pertenecer a una asociación ilícita y la de haber tomado parte en los restantes delitos de lesa humanidad que les fueron reprochados a los encartados, una relación extremadamente cercana. Y, por tal motivo, no puede afirmarse que la inclusión de aquel delito en el marco de una ampliación de la acusación conforme al procedimiento previsto en el art. 381 del C.P.P.N. importe una modificación **sustancial** de la imputación originaria, en infracción al principio de congruencia. Tanto más cuando durante todo el proceso, se le enrostró a los encartados haber actuado dentro de grupos o bandas conformadas en el seno de las fuerzas armadas o de seguridad, llevando adelante un plan sistemático de persecución y exterminio de personas pertenecientes a agrupaciones políticas consideradas "subversivas" u opositoras por el régimen militar.

A ello se suma la circunstancia de que –como se señaló *supra*– el tribunal a quo notificó debidamente a la defensa de la ampliación solicitada por el Fiscal, brindándole la oportunidad de ejercer la defensa respecto de los nuevos hechos incorporados a la acusación (conforme surge del acta correspondiente a la

audiencia de fecha 24 de noviembre de 2010, obrante a fs. 5673/5680). De lo que se sigue que la inclusión del delito de asociación ilícita en la calificación jurídica aplicada a las condenas dictadas contra Juan Agustín OYARZABAL NAVARRO, Eduardo SMAHA BARZUK, Celustiano LUCERO LORCA, Luis Alberto RODRÍGUEZ VAZQUEZ y Dardo MIGNO PIPAON no vulnera el principio de congruencia ni el derecho de defensa en juicio, como así tampoco la eventual condena de FURIO ETCHEVERRI por ese delito.

Por consiguiente, entiendo que la decisión adoptada por los sentenciantes en orden a este punto no fue correctamente motivada, toda vez que no explicaron con fundamentos suficientes el perjuicio potencial que consideraban que podía derivarse de la inclusión del delito de asociación ilícita. Ello redundaba en que el decisorio atacado contenga una decisión sólo aparente con relación a esta cuestión, lo que equivale a la ausencia de fundamentación.

En consecuencia corresponde, por no ser necesaria otra sustanciación, hacer lugar al planteo deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal y CONDENAR a Juan Agustín OYARZABAL NAVARRO, Eduardo SMAHA BORZUK, Celustiano LUCERO LORCA, Luis Alberto RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Dardo MIGNO PIPAON y Paulino Enrique FURIO ETCHEVERRI por el delito de asociación ilícita (art. 210 del CP). Ello así, por cuanto de la evidencia producida en el debate –y valorada por los sentenciantes en el pronunciamiento recurrido– se desprende que se encuentran reunidos en autos el acuerdo de voluntades de los imputados, previo y persistente durante el tiempo en que se registraron los hechos, de llevar adelante un plan criminal con indeterminación delictiva so pretexto de combatir la subversión. Como así también la pluralidad delictiva del plan, independientemente de las infracciones penales constatadas en la encuesta, se encuentra acreditada a partir de la distinta suerte corrida por las víctimas, según pudo comprobarse en el juicio oral.

Al respecto, cabe destacar que habida cuenta de la naturaleza de los elementos probatorios producidos durante el debate, se advierte que su valoración por parte de esta Cámara Federal de Casación Penal no se ve limitada por el principio de la inmediación, lo que permite que el análisis de la evidencia por parte de este tribunal *ad quem* se lleve a cabo desde la misma base de conocimiento o fuente de información de la que partió el *a quo* (*par conditio*). Tampoco se ve afectado el derecho de defensa de los imputados, toda vez que su asistencia técnica tuvo ocasión de ejercer dicho derecho tanto en la etapa de juicio oral (en ocasión de solicitar, el representante del Ministerio Público Fiscal, la ampliación de la acusación en virtud del art. 381 del C.P.P.N., lo que fue debidamente notificado a la defensa) como en esta instancia, en la que contravirtió los argumentos del recurrente en la presentación de fs. 645/699 vta.

Causa Nro. 15314 -Sala IV- C.F.C.P. "MIGNO PIPAON, Dardo y otros s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

Así las cosas, y en lo tocante a Juan Agustín OYARZABAL NAVARRO, Eduardo SMAHA BORZUK, Celustiano LUCERO LORCA y Luis Alberto RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, entiendo que corresponde mantener las penas de PRISIÓN PERPETUA e INHABILITACIÓN ABSOLUTA PERPETUA, accesorias legales por igual tiempo de la condena y costas impuestas por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 1 de Mendoza.

Por otro lado, en lo referido a Dardo MIGNO PIPAON, es menester tener presente que el fiscal de juicio solicitó, en su alegato, que se le impusiese la pena de doce de prisión, inhabilitación absoluta y perpetua, accesorias legales y costas por su responsabilidad en la comisión de los delitos de asociación ilícita (respecto del cual resultó absuelto por el tribunal a quo) en concurso real con privación abusiva de la libertad agravada por mediar violencia y amenazas en concurso real con imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima (por los cuales fue condenado en la instancia anterior), siendo aquella la pena finalmente aplicada por el tribunal de juicio en el decisorio que viene recurrido. Al respecto, vale tener en cuenta que en la audiencia de informes ante esta instancia, el Ministerio Público Fiscal ratificó la acusación formulada durante el juicio.

En estas condiciones, el monto del pedido de pena formulado por el Ministerio Público Fiscal se erige como un límite para la determinación del *quantum* de la sanción a imponer en la presente instancia con motivo de la incorporación del delito de asociación ilícita en el conjunto de hechos delictivos reprochados a MIGNO PIPAON. Ello así, por cuanto la imposición de una pena superior a la requerida por el fiscal importaría una violación a la garantía de imparcialidad del juzgador, el debido proceso y la defensa en juicio. Es que la acusación, como componente de una de las formas esenciales del proceso (cfr. Fallos 331:1664; 330:5187; 330: 1066; 329: 4688, entre otros), deriva en que el contenido del reproche penal dirigido por el acusador contra los imputados, así como el concreto pedido de pena vinculado a aquél, limiten el margen de actuación del órgano jurisdiccional, de manera tal que cualquier extralimitación en tal sentido importa un ilegítimo ejercicio jurisdiccional *extra petita* o *ultra petita*.

Vale recordar, en tal sentido, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha elaborado una amplia jurisprudencia en torno a la limitación del poder jurisdiccional, subordinando su actuación a la pretensión punitiva de un órgano acusador externo

-público o privado- en resguardo del debido proceso y el aseguramiento del derecho de defensa que, *mutatis mutandi* resultan aplicables. En efecto, los antecedentes "García" (Fallos: 317:2043), "Cattonar" (Fallos: 318:1234), "Cáceres" (Fallos: 320:1891), "Santillán" (Fallos: 321:2021), "Tarifeño" (Fallos: 325:2019), "Mostaccio" (Fallos: 327:120), "Quiroga" (Fallos: 327:5863) y "Dell Ollio" (Fallos: 329:2596), son claros ejemplos, pues allí se sostuvo, en prietísima síntesis, que de no mediar acusación en la audiencia de debate, el tribunal de juicio se ve impedido de pronunciar una sentencia condenatoria.

Asimismo, en el voto en disidencia de los doctores Lorenzetti y Zaffaroni en el precedente "Amodio" (Fallos: 330:2658), se profundizaron los alcances sobre la correspondencia que debe existir entre acusación y sentencia. Allí, los ministros sostuvieron que "*...toda vez que el derecho de defensa impone que la facultad de juzgar conferida por el Estado a los tribunales de justicia debe ejercitarse de acuerdo con el alcance que fija la acusación, y dado que la pretensión punitiva constituye una parte esencial de ella [...], cualquier intento por superar aquella pretensión incurre en un ejercicio jurisdiccional extra o ultra petita*" (énfasis añadido). Esta doctrina se ha visto reflejada, con el alcance fijado en los precedentes de cita, en la jurisprudencia de esta Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal *in re*: "WAGNER, Pablo Nicolás y otros s/recurso de casación" (causa Nº 11616, Reg. 1390/12, rta. el 21/8/2012), en la cual se sostuvo también que el monto de pena requerido por el fiscal de juicio constituye un límite para la actuación de los tribunales en punto a la determinación del *quantum* de la sanción a imponer.

En consecuencia, entiendo que en lo que respecta a Dardo MIGNO PIPAÓN, debe estarse al monto de pena solicitado oportunamente por el Ministerio Público Fiscal en su alegato, por lo que corresponde mantener la pena de doce años de prisión, inhabilitación absoluta y perpetua, accesorias legales y costas que le fuera impuesta a Dardo MIGNO PIPAÓN por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 1 de Mendoza en el decisorio impugnado. Por otra parte, en lo que atañe a Paulino Enrique FURIO ETCHEVERRI, habré de expedirme *infra* (acápites IV c) del presente voto), al analizar el agravio formulado por el Ministerio Público Fiscal con relación a la absolución dictada respecto del nombrado en orden a la desaparición de Jorge del Carmen Fonseca.

B) Segundo agravio: prescripción de la acción penal respecto del allanamiento de morada en perjuicio de Arturo Elías Rodríguez y Marta Gladys Godoy Castillo, imputado a Eduardo SMAHA BORZUK

La cuestión central objeto del presente agravio es si

Causa Nro. 15314 -Sala IV- C.F.C.P. "MIGNO PIPAON, Dardo y otros s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

el allanamiento de morada sufrido por las personas nombradas precedentemente -el cual se produjo en el marco de un operativo de las fuerzas represivas que no concluyó con el secuestro de las víctimas, sino que se interrumpió por propia iniciativa del imputado, Eduardo SMAHA BORZUK- constituyó, o no, un crimen de lesa humanidad. Al respecto, cabe recordar que esta Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal ha expresado (*in re*: "Molina, Gregorio Rafael s/recurso de casación", causa N° 12821, Reg. N° 162/12, rta. el 17/2/2012) que "Para que un hecho configure un crimen de lesa humanidad, resulta necesaria la concurrencia de los elementos que pueden sistematizarse del siguiente modo: (i) Debe existir un ataque; (ii) el ataque debe ser generalizado o sistemático (no siendo necesario que ambos requisitos se den conjuntamente); (iii) el ataque debe estar dirigido, al menos, contra una porción de la población; (iv) la porción de la población objeto del ataque no debe haber sido seleccionada de modo aleatorio" (voto del doctor Hornos, el que formó parte del criterio unánime de la sala sobre la cuestión).

En este orden de ideas, entiendo que de conformidad con los parámetros antes mencionados, el hecho reprochado a SMAHA BORZUK debe ser incluido dentro de la categoría de los crímenes de lesa humanidad, toda vez que se trató de un ataque firmemente enraizado en la metodología propia del plan sistemático llevado adelante por la Dictadura Militar contra un sector específico de la población (aquellos considerados como "opositores" por el régimen), cuya existencia fue acreditada en la causa 13/84 de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal (C.S.J.N Fallos: 309:1). Esta metodología consistió en "...la práctica sistemática de secuestro de personas con características comunes: 1) llevados a cabo por fuerzas de seguridad que adoptaban precauciones para no ser identificados, 2) intervención de un número considerable de personas fuertemente armadas, 3) los operativos contaban con aviso a la autoridad de la zona "Área Libre", 4) los secuestros ocurrían durante la noche en los domicilios de las víctimas siendo acompañados del saqueo de los bienes de la vivienda, 5) se introducía a las víctimas en vehículos impidiéndosele ver o comunicarse y adoptándose medidas para ocultarlas de la vista del público- (capítulo XI), siendo llevados de inmediato a centros clandestinos de detención".

Así las cosas, y no obstante que en el presente caso la secuencia antes mencionada no se extendió hasta sus últimos tramos (esto es: el secuestro, tortura y -eventual- muerte de

las víctimas), no puede negarse la plena identidad entre el accionar de SMAHA BORZUK en perjuicio de Arturo Elías Rodríguez y Marta Gladys Godoy Castillo acreditado en el debate oral, y el que se llevaba adelante en el marco del plan sistemático referenciado en el párrafo precedente. Sobre el punto, vale recordar también lo sostenido por el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia en orden a la relación entre el acto individual y el ataque sistemático o generalizado, la cual puede identificarse sobre la base de los siguientes dos parámetros: “(i) la comisión del acto, por su naturaleza o consecuencias, resulta objetivamente parte del ataque; junto con (ii) el conocimiento por parte del acusado de que existe un ataque contra la población civil y que su acto es parte de aquél” (Cfr. TPIY, “Prosecutor v. Kunarac, loc. cit., párr. 99; en igual sentido, TPIR, “Prosecutor v. Semanza”, ICTR-9720-T, del 15 de mayo de 2003, párr. 326).

Habida cuenta que ha quedado plenamente demostrado en autos que ambos extremos se verificaron en el caso en estudio, no queda más que concluir que el hecho imputado a SMAHA BORZUK configuró un delito de lesa humanidad, de lo que se sigue su imprescriptibilidad de conformidad con la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes “Arancibia Clavel” (Fallos: 327:3312) y “Simón” (Fallos: 328:2056) y “Mazzeo” (Fallos: 330:3248). Por consiguiente, corresponde hacer lugar al agravio deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal y condenar a Eduardo SMAHA BORZUK por el delito de allanamiento ilegal de domicilio previsto en el art. 151 del Código Penal en perjuicio de Arturo Elías Rodríguez y Marta Godoy en calidad de autor directo -calificando el mismo como delito de lesa humanidad-; el que concurre materialmente con los delitos por los que ya venía condenado, consistentes en privación abusiva de la libertad agravada por mediar violencia y amenazas (en perjuicio de Rosario Aníbal Torres, Alicia Cora Raboy y Salvador Alberto Moyano), imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima (en perjuicio de Rosario Aníbal Torres y Alicia Cora Raboy), homicidio calificado por alevosía, por el concurso premeditado de dos o más personas con el fin de procurar impunidad (en perjuicio de Rosario Aníbal Torres, Alicia Cora Raboy y Salvador Alberto Moyano) y homicidio calificado por alevosía (en perjuicio de Francisco Reynaldo Urondo); manteniendo la pena de PRISIÓN PERPETUA e INHABILITACIÓN ABSOLUTA PERPETUA que le fuera impuesta por el tribunal a quo.

C) Tercer agravio: absolució n de Paulino Enrique FURIO ETCHEVERRI

Por último, el representante del Ministerio Público Fiscal se agravió de la absolució n de Enrique FURIO ETCHEVERRI en orden a la desaparición de Jorge del Carmen Fonseca, la que – a juicio del recurrente– se basó en una interpretació n

Causa Nro. 15314 -Sala
 IV- C.F.C.P. "MIGNO
 PIPAON, Dardo y otros
 s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

arbitraria de la prueba producida en el debate.

En tal sentido, entiendo que asiste razón al recurrente, toda vez que se advierte que el tribunal *a quo* ha omitido valorar de forma adecuada la evidencia que acredita que Jorge Del Carmen Fonseca fue secuestrado en el Gran Mendoza (área sobre la cual tenía competencia, a los efectos de la represión ilegal, el imputado FURIO ETCHEVERRI). Esta incluye a la circunstancia (debidamente probada en el debate) de que Fonseca arribó a ese destino luego de su paso por la ciudad de La Plata y tenía su residencia en ese lugar. Pero fundamentalmente al contenido de la misiva recibida por el matrimonio Castillo-Aldizone (enviada por Elsa Becerra, militante junto con Fonseca del Partido Comunista Marxista Leninista), la que da cuenta de que el nombrado había sido "chupado" en el Gran Mendoza.

A las referidas probanzas se agregan también dos pruebas documentales que fueron mencionadas por el Ministerio Público Fiscal en su alegato. La primera de ellas es el habeas corpus presentado por Juan Fonseca a favor de su hermano, en el que se consigna que Jorge Del Carmen desapareció en la Ciudad de Mendoza a fines de noviembre de 1977 o en la primera quincena de diciembre de ese año. La segunda es la declaración de Luis Ricardo Fonseca ante la Comisión Legislativa de los Derechos Humanos de la Ciudad de Neuquén, en la que también se afirmó que la desaparición de Jorge Del Carmen Fonseca se había producido en el Gran Mendoza, durante el período antes mencionado. En este orden de ideas, resulta claro que si estas personas afirmaron, en el marco de un procedimiento tendiente a recuperar a un pariente cercano, que el lugar de su desaparición era ese, es porque tenían una razonable certeza sobre el punto.

Un último elemento de juicio aportado por el Ministerio Público Fiscal -y soslayado por el tribunal *a quo* en el decisorio atacado- es el operativo a gran escala que estaba desarrollándose en Mendoza a la época de los hechos, dirigido específicamente contra el Partido Comunista Maoista Leninista (PCML) en el que militaba Fonseca, en cuyo marco se produjo la desaparición de otros ocho militantes locales de dicho partido en los primeros días del mes de diciembre de 1977, los que -al igual que el nombrado- permanecen desaparecidos hasta el día de hoy.

Así las cosas, la circunstancia de que no se haya valorado adecuadamente la prueba de cargo antes referenciada, afecta de modo decisivo la motivación del decisorio recurrido en

lo que atañe a la absolución de FURIO ETCHEVERRI. No obstante ello, y por no ser necesaria otra sustanciación, entiendo que corresponde hacer lugar al planteo deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal y CONDENAR a Paulino Enrique FURIO ETCHEVERRI por ser autor penalmente responsable de los delitos de privación abusiva de la libertad agravada por haber mediado violencia y amenazas en concurso real con homicidio doblemente calificado por alevosía y por el concurso premeditado de dos o más personas, cometidos en perjuicio de Jorge del Carmen Fonseca, los que a su vez concurren materialmente con el de asociación ilícita al que se hace referencia en el acápite IV a) del presente voto.

Por los motivos precedentemente expuestos, considero que corresponde:

I. HACER LUGAR al recurso de casación de fs. 548/562, deducido por el Fiscal General Subrogante, doctor Dante Marcelo VEGA, sin costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

II. CASAR el decisorio que viene recurrido, y CONDENAR a Juan Agustín OYARZABAL NAVARRO, Eduardo SMAHA BORZUK, Celustiano LUCERO LORCA, Luis Alberto RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Dardo MIGNO PIPAON y Paulino Enrique FURIO ETCHEVERRI por el delito de asociación ilícita, en carácter de autores y en concurso real con aquellos por los que vienen condenados –consistentes en privación abusiva de la libertad agravada por violencia y amenazas (OYARZABAL NAVARRO, SMAHA BORZUK y MIGNO PIPAON), imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima (OYARZABAL NAVARRO, SMAHA BORZUK y MIGNO PIPAON), homicidio calificado por alevosía, por el concurso premeditado de dos o más personas con el fin de procurar impunidad (OYARZABAL NAVARRO y SMAHA BORZUK) y homicidio calificado por alevosía (OYARZABAL NAVARRO, SMAHA BORZUK, LUCERO LORCA y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ)- (arts. 45, 55 y 210 del C.P., 470 del C.P.P.N); manteniendo las penas de PRISIÓN PERPETUA e INHABILITACIÓN ABSOLUTA PERPETUA, accesorias legales por igual tiempo de la condena y costas impuestas a los imputados Eduardo SMAHA BORZUK, Celustiano LUCERO LORCA, Juan Agustín OYARZABAL NAVARRO y Luis Alberto RODRÍGUEZ VÁZQUEZ por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 1 de Mendoza; y la de DOCE AÑOS DE PRISIÓN e INHABILITACIÓN ABSOLUTA PERPETUA, accesorias legales por igual tiempo de la condena y costas de la instancia anterior aplicada por el referido tribunal a Dardo MIGNO PIPAON. Asimismo, CONDENAR a Eduardo SMAHA BORZUK por el delito de allanamiento ilegal de domicilio previsto en el art. 151 del Código Penal en perjuicio de Arturo Elías Rodríguez y Marta Godoy en calidad de autor directo, en concurso real con los delitos por los que viene condenado; manteniendo a su respecto la pena de PRISIÓN PERPETUA e INHABILITACIÓN ABSOLUTA PERPETUA, accesorias legales por igual tiempo de la condena y costas impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 1 de

Causa Nro. 15314 -Sala IV- C.F.C.P. "MIGNO PIPAON, Dardo y otros s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

Mendoza; y CONDENAR a Enrique FURIO ETCHEVERRI como autor penalmente responsable de los delitos de privación abusiva de la libertad agravada por haber mediado violencia y amenazas en concurso real con homicidio doblemente calificado por alevosía y por el concurso premeditado de dos o más personas, cometidos en perjuicio de Jorge del Carmen Fonseca, los que a su vez concurren materialmente con el de asociación ilícita, a la pena de PRISIÓN PERPETUA e INHABILITACIÓN ABSOLUTA PERPETUA, accesorias legales por igual tiempo de la condena y costas de la instancia anterior (arts. 12, 29 inc. 3º, 45, 55, 80 incs. 2 y 6, 144 bis inc. 1º y art. 142 inc. 1º -texto conforme ley 14616 y 20642- del C.P., 530 y 531 del C.P.P.N.).

III. RECHAZAR el recurso de casación de fs. 570/618, deducido por los representantes de la Defensa Pública Oficial, doctora Andrea Duranti y doctores Alejo Amuchástegui y Gabriel Darío Sánchez, sin costas (arts. 530 y 531 *in fine* del C.P.P.N.).

IV. Tener presentes las reservas del caso federal.-
 El **señor juez Gustavo M. Hornos** dijo:

I. Inicialmente, corresponde señalar, por un lado, que el recurso de casación interpuesto por la defensa es formalmente admisible, toda vez que la sentencia recurrida es de aquellas consideradas definitivas (art. 457 del C.P.P.N.), la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla (art. 459 del C.P.P.N.) y los planteos esgrimidos se enmarcan dentro de los motivos previstos por el artículo 456, incisos 1 y 2 del Código Procesal Penal de la Nación, habiéndose cumplido los requisitos de temporaneidad y de fundamentación requeridos por el artículo 463 del citado código ritual.

En tanto que, en relación con el planteo de inadmisibilidad del recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal que fue realizado por la Defensa Oficial en ocasión de celebrarse la audiencia prevista en autos, habré de coincidir con el rechazo propugnado por el juez Borinsky.

II. Antes de ingresar en el estudio de los agravios introducidos por la defensa técnica de los recurrentes y el Ministerio Público Fiscal, he de adelantar que comparto y hago propias, en lo sustancial, las fundamentaciones y conclusiones que fueron extensamente desarrolladas en la ponencia del distinguido colega que me precede en orden votación, lo que en consecuencia me lleva a adherir a la solución propuesta.

En este marco, habré de concentrar los esfuerzos que sustenten este voto concurrente en aquellos puntos de reclamo en los que considere que un aporte puede resultar valioso o sobre los que ya he formulado una opinión fundada con anterioridad.

En este orden de ideas, adelanto que habré de invertir el orden de los planteos efectuados a efectos de lograr una mayor claridad expositiva.

III. Imprescriptibilidad.

Como cuestión preliminar, he de indicar que, tal como lo expuse en mis votos en las causas "Plá" (causa nº 11.076, registro nº 14.839.4, del 2/05/11), "Mansilla" (causa nº 11.545, registro nº 15.668.4, del 26/09/11), "Molina" (causa nº 12.821, registro nº 162.12.4, del 17/02/12) y "Olivera Róvere" (causa nº 12.083 registro nº 939/12.4, del 13/06/2012) de la Sala IV – entre otras– de este Tribunal, ya he tenido oportunidad de expedirme sobre algunas de las cuestiones medulares en relación con la prescripción de los crímenes de lesa humanidad al analizar en detalle las leyes de "obediencia debida" y "punto final" (nº 23.492 y nº 23.521, respectivamente) así como a la Ley nº 25.779 –"ley de justicia", que las declaró insalvablemente nulas– (ver, en este sentido, causa nº 5023, "Aleman, José Ignacio y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad", registro nº 7641.4, del 14/07/06; y causa nº 5488, "Rodríguez Valiente, José Francisco s/ recurso de inconstitucionalidad", registro nº 8449.4, del 26/03/07).

Aquella posición que, vale la pena señalar, fue respaldada oportunamente en el erudito voto de la Sra. Ministro Carmen Argibay en la causa "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad"; M. 2333. XLII. del 13 de julio de 2007 (Fallos 330:3248); así como en la no menos versada y fundada postura anterior del Ministro Carlos S. Fayt en el multicitado caso "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.", S. 1767. XXXVIII, del 14 de junio de 2005 (Fallos: 328:2056) ha sido actualmente superada; pues la Corte Suprema de Justicia de la Nación –así como esta Cámara Federal de Casación Penal– ha sido categórica en estos casos decididos por amplias mayorías.

La contundencia de los desarrollos argumentales allí plasmados junto a la evolución operada en distintos niveles del pensamiento jurídico y del debate jurisprudencial y doctrinario al respecto, más allá de las razones de economía procesal y sentido práctico para la mejor administración de justicia, indican la pertinencia de seguir dicha insoslayable doctrina judicial (en ese sentido ver mi voto en causa nº 5196, "Marenchino, Hugo Roberto s/ recurso de queja", registro nº 9436.4, del 19/10/07; causa nº 8317, Menéndez, Luciano Benjamín y otros s/ recurso de queja", registro nº 9272.4, del 28/09/07; causa nº 8293, "Yapur, Tamer s/ recurso de queja", registro nº

Causa Nro. 15314 -Sala IV- C.F.C.P. "MIGNO PIPAON, Dardo y otros s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

9268.4, del 28/09/07), a menos que se incorporen nuevos argumentos con seriedad y fundamentación suficiente para justificar la revisión de la doctrina judicial vigente (Fallos: 318:2060; 326:2060; 326:1138; 327:3087, entre otros).

En esta tesitura, no ha sido conmovido el criterio sostenido por la CSJN respecto de la constitucionalidad de la ley nº 25.779 en el ya citado fallo "Simón", así como en "Mazzeo" en el cual, a su vez, se recordaron los fundamentos que llevaron al Alto Tribunal a "...reconocer el carácter imprescriptible de los delitos de lesa humanidad ('Arancibia Clavel', Fallos: 327:3312); a declarar la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final ('Simón', Fallos: 328:2056); a reconocer el derecho a la verdad sobre los hechos que implicaron graves violaciones de los derechos humanos ('Urteaga', Fallos: 321:2767); a otorgar rol protagónico de la víctima en este tipo de procesos ('Hagelin', Fallos: 326:3268); y también a replantear el alcance de la garantía de cosa juzgada compatible con los delitos investigados ('Videla' Fallos: 326:2805)".

Concretamente, ha de recordarse que la reforma constitucional de 1994 incluyó –con esa jerarquía– a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional) "en las condiciones de su vigencia", es decir, teniendo en cuenta las recomendaciones y decisiones de órganos de interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales, en el marco de sus competencias (causa "Girolodi", Fallos: 318:514, considerando 11; Fallos: 319:1840, considerando 8, Fallos: 327:3312, considerando 11; disidencia parcial del juez Maqueda en "Gualtieri Rugnone de Prieto", G 291 XLIII, considerando 22).

Esta postura ha sido aplicada en reiteradas ocasiones por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al considerar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conf. "Simón" ya citado, Fallos: 326:2805, voto del juez Petracchi, Fallos: 315:1492; 318:514; 321:2031; 323:4008).

El mismo valor poseen –en los términos aludidos– la interpretación del Comité de Derechos Humanos respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no sólo por lo prescripto en el tratado internacional antedicho y en su

protocolo facultativo, sino también en virtud del instrumento de ratificación depositado por el Estado argentino, en donde se reconoce expresamente la competencia del mencionado Comité.

Ese Comité, específicamente al referirse al caso argentino, consideró que las leyes de punto final y de obediencia debida, y el indulto presidencial de altos militares son contrarios a los requisitos del Pacto pues niegan a las víctimas de las violaciones a los derechos humanos durante el período autoritario de un recurso efectivo para la tutela de sus derechos, en violación a los artículos 2 y 9 del Pacto (Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Argentina, 5 de abril de 1995, CCPR/C/79/Add. 46; A/50/40, párr. 144-165, citado por la C.S.J.N en "Mazzeo", ya mencionado).

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 28/92 ("Consuelo Herrera v. Argentina", casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, informe nº 28, del 2 de octubre de 1992) expresó que el hecho de que los juicios criminales por violaciones a los derechos humanos – desapariciones, ejecuciones sumarias, torturas, secuestros– cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas hayan sido cancelados, impedidos o dificultados por las leyes 23.492 y 23.521, y por el decreto 1002/89, resulta violatorio de derechos garantizados por la Convención, y entendió que tales disposiciones son incompatibles con el artículo 18 (derecho de justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 1, 8 y 25 de la de la C.A.D.H.

La trascendencia de la interpretación de la Comisión Interamericana respecto de la Convención ha sido expresamente reconocida no sólo en el plano local, sino también en el internacional. Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en diversas ocasiones que los informes o recomendaciones de la Comisión Interamericana no son vinculantes para los Estados Parte (conf. caso "Caballero Delgado y Santana vs. Colombia", sentencia de fondo de 8 de diciembre de 1995, serie C, nº 22; caso "Genie Lacayo vs. Nicaragua", sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas de 29 de enero de 1997, serie C, nº 30), ha aclarado que éstos tienen el deber de tener en cuenta y realizar los mejores esfuerzos para aplicarlas (ver dictamen del Procurador General de la Nación en "Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional –Ministerio de Relaciones Exteriores– Provincia de Chubut", SCC 594; L XLIV).

Ello, pues "*...en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Americana*" y "*el artículo 33 de*

Causa Nro. 15314 -Sala
 IV- C.F.C.P. "MIGNO
 PIPAON, Dardo y otros
 s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes, por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes" (ambas citas de la Corte IDH, caso "Loayza Tamayo vs. Perú", sentencia sobre el fondo de 17 de septiembre de 1997; en el mismo sentido, ver caso "Blake vs. Guatemala", sentencia sobre el fondo de 24 de enero de 1998, serie C, nº 36).

Por su parte, en el caso "Barrios Altos" (caso "Chumbipuna Aguirre vs. Perú", sentencia del 14 de marzo de 2001, serie C nº 75) la Corte IDH ratificó que "son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos" (p. 41).

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Simón" expresó que las consideraciones transcriptas —efectuadas por la Corte Internacional con carácter de *obiter dictum*—, son trasladables al caso Argentino (ver p. 23); por lo que las diferencias entre ambos casos, no tuvieron efecto alguno en la aplicación al caso "Simón" de la doctrina *obiter dictum* emanada de "Barrios Altos" (más allá de que los casos no eran análogos, puesto que, a diferencia del caso Argentino, el caso "Barrios Altos" trataba sobre leyes de autoamnistía).

IV. Prescripción de la acción penal respecto del delito de allanamiento ilegal de domicilio imputado a Smaha Borzuk.

El carácter de lesa humanidad del delito allanamiento ilegal de domicilio imputado a Eduardo Smaha Borzuk en perjuicio de Arturo Elías Rodríguez y Marta Godoy resulta, pues, ineludible, aspecto en el que coincido con el colega del primer voto.

En efecto, los argumentos vertidos por el juez Borinsky son coincidentes en lo sustancial con el tratamiento de la cuestión que he desarrollado al votar en la causa nº 9822, "Bussi, Antonio Domingo s/ recurso de casación" (registro nº

13.073.4, del 12/03/2010) y los aportes posteriores que he formulado, destinados a establecer un criterio que sirva como guía para determinar las condiciones que debe satisfacer una conducta para constituir un crimen contra la humanidad, luego de haberse establecido que concurre en el caso un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Sobre esa cuestión, por razones de brevedad, me remito a lo establecido en las causas nº 12.821, "Molina, Gregorio Rafael s/recurso de casación" registro nº 162/12.4 del 17/2/2012 y nº 14.536 "Liendo Roca, Arturo y otro s/ recurso de casación", registro 1242/12.4 del 01/08/2012.

V. Asociación ilícita.

En relación con el cuestionamiento realizado en orden al delito de asociación ilícita, habré de coincidir con la solución propuesta por el voto del colega preopinante, pues el criterio allí desarrollado resulta en lo sustancial similar al que he tenido oportunidad de sostener en la causa "Bussi" ya citada y en la causa nº 10.609 "Reinhold, Oscar Lorenzo y otros s/recurso de casación" (registro nº 137.12.4, del 13/02/12).

Es que teniendo por acreditada la pluralidad de integrantes exigidas por la norma, he manifestado en las oportunidades precedentes que la figura básica contenida en el artículo 210 del Código Penal está compuesta –como delito de peligro abstracto– por tres elementos principales: a) la acción de formar parte o conformar una asociación criminal, b) un número mínimo de autores, y c) un fin delictivo; constituyéndose así un delito doloso, abarcando el dolo el conocimiento del número que compone la asociación y la finalidad delictiva de la misma. El conocimiento del propósito de delinquir es estrictamente individual, propio de cada uno de los miembros de la organización y, por lo tanto, la demostración de este elemento subjetivo es esencial en el caso judicial para probar la existencia del delito.

En la asociación ilícita, el acuerdo de sus miembros debe ser previo y permanente, pues a su integración se pertenece en forma estable y el dolo consiste en la intención de pertenecer a esa sociedad y en el conocimiento de la ilicitud de esos planes, de ahí que es posible ligar los diferentes hechos ilícitos o delitos indeterminados entre sí, tal como ocurrió en el caso, lo que quedó evidenciado en el juicio oral.

A mayor abundamiento, resulta útil recordar que los asociados deben proponerse, *"...con su programa de acción, la comisión de delitos, de manera que su actividad no quede limitada a la mera ejecución de un plan que comprenda un número determinado de hechos previstos de antemano, pues lo que le otorga peculiaridad a este delito es el peligro de la variedad y de la repetición del crimen, el riesgo de su propagación"* (Cornejo "Asociación ilícita y delitos contra el orden público",

Causa Nro. 15314 -Sala IV- C.F.C.P. "MIGNO PIPAON, Dardo y otros s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, pág. 60).

Es que, como dijo Soler, "...cuando se trata de una verdadera asociación, pareciera que psicológicamente, el propósito genérico de cometer delitos (una pluralidad) precediera a la efectiva concreción de un plan y que, por otra parte, la efectiva preparación de un plan determinado no agotara los fines de la asociación, los cuales diríase que desbordan del plan concreto para dirigirse, un poco ciega y ansiosamente, a otros hechos distintos" (conf. "Derecho Penal Argentino", Tomo IV, Ed. TEA, Buenos Aires, 1978, pág. 602/603).

Con estas breves consideraciones, entiendo —como lo propone el juez Borinsky— que el cuestionamiento realizado por el Ministerio Público Fiscal sobre el particular habrá de tener favorable acepción.

En este sentido, respecto de la pena que corresponde aplicar en la especie a Dardo Migno Pipaon, habré de adherir a la propuesta propiciada por el colega preopinante, por los fundamentos que tuve oportunidad de desarrollar en diversos precedentes acerca de los límites de la potestad jurisdiccional directamente relacionados con el o los requerimientos de condena en el proceso, por aplicación de los principios acusatorio y contradictorio (cfr. mi voto en esta Sala IV: causa Nro. 8030, "Silva, Oscar Alberto y otros s/ recurso de casación", Reg. Nro. 10.890, rta. el 26/9/08 y causa Nro. 8469, "Teodorovich, Cristian David s/ recurso de casación", Reg. Nro. 11.216, rta. el 6/2/08, entre varios otros).

VI. Inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua.

El planteo de inconstitucionalidad efectuado por la defensa respecto de la pena de prisión perpetua debe ser rechazado, pues corresponde recordar que tal como tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable; y que cuando conoce en la causa por la vía del art. 14 de la ley 48, la puesta en práctica de tan delicada facultad también requiere que el planteo efectuado ofrezca la adecuada fundamentación que exigen el art. 15 de esa norma y la jurisprudencia del Tribunal (Fallos: 59

226:688; 242:73; 300:241; 1087; causa E. 73. XXI, 'Entel c/Municipalidad de Córdoba s/sumario', fallada el 8 de septiembre de 1987, entre otros)". Por otra parte, debe demostrarse "de qué manera la disposición contraría la Constitución Nacional" (C.S.J.N., Fallos: 253:362; 257:127; 308:1631; entre otros).

De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado y para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (Fallos: 226:688; 242:73, 285:369; 314:424, entre otros).

Ahora bien, sobre la cuestión traída a estudio de esta Sala habré de remitirme a las consideraciones oportunamente efectuadas en mi voto en la causa Nº 614 "Rojas, César Almilcar s/recurso de inconstitucionalidad" (registro 1623.4, rta. el 30/11/98); y causa Nº 3927, "Velaztiqui, Juan de Dios s/recurso de casación e inconstitucionalidad" (registro 5477.4, del 17/2/04), que fueron reiteradas en lo sustancial en mi voto en la causa Nº 9822 "Bussi, Antonio Domingo y otro s/recurso de casación" (registro 13.073.4, del 12/3/10 –ya citada–) y en la causa Nº 14.075 "Arrillaga, Alfredo Manuel y otros s/recurso de casación" (registro 743/12.4, del 14/05/12).

Sostuve que, en primer lugar, es del caso señalar la significación jurídica de los términos "inhumano" y "degradante". En este sentido el Tribunal Constitucional Español ha establecido que "trato inhumano" se define como aquel que "acarree sufrimientos de una especial intensidad" y "degradante" es aquel que "provoque una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que puede llevar aparejada la simple imposición de la condena".

En similar sentido afirma Binder que "[u]na pena cruel, es aquella que impone un sufrimiento que no tiene ninguna relación con el hecho o le da una intensidad a ese sufrimiento que implica una autorización inadmisibles, planteando un problema similar al de la pena de muerte. Es infamante una pena que impone una deshonra que, al igual que la crueldad, no tiene relación con el hecho que ha provocado la reacción estatal y busca otra finalidad. Las penas crueles e infamantes buscan destruir a la persona como si se tratara de la muerte y, por ende [...] son formas de destrucción humana" (cfr. Binder, Alberto "Introducción al Derecho Penal", Ed. Ad-Hoc, primera edición, Bs. As., 2004, pág. 301/302).

En concordancia con el marco dogmático reseñado, entiendo que la pena de prisión perpetua en nuestro país, pese a

Causa Nro. 15314 -Sala
 IV- C.F.C.P. "MIGNO
 PIPAON, Dardo y otros
 s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

su severidad, no puede ser encuadrada en la definición citada.

En efecto, la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, Nro. 24.660, consagra normas que aseguran al interno asistencia espiritual y médica integral, derecho a comunicarse con su familia y allegados, así como también normas que garanticen el ejercicio del derecho a aprender; estableciendo en su artículo 9 expresamente que "la ejecución de la pena estará exenta de tratos crueles inhumanos y degradantes", previendo además para quien ordene, realice o tolere tales excesos sanciones establecidas en el Código Penal.

Por otra parte, la cuestión se encuentra íntimamente relacionada con el principio de racionalidad de la pena, que exige que ésta sea proporcional a la magnitud del injusto y de la culpabilidad y que, en definitiva, reclama un examen de adecuación de la respuesta punitiva al caso concreto que, itero, no ha podido ser conmovido por la recurrente en el *sub examine*.

Asimismo, cabe agregar que en el citado precedente "Rojas", se sostuvo que "[d]el análisis de los *Tratados Internacionales incorporados a nuestra normativa constitucional en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la C.N., no surge expresamente, ni tampoco puede inferirse, que sus previsiones resulten inconciliables con la aplicación de la pena de prisión perpetua, siempre que se respete -al igual que en el caso de aquellas temporalmente determinadas- la integridad de la persona condenada (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, art. 5, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 26, Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 5, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 7, 10, Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels Inhumanos o Degradantes, arts. 11 y 16, Convención sobre los Derechos del Niño, art. 37)*".

Que "[d]el estudio global y armónico de la Constitución Nacional y los tratados a ella incorporados, surge que la única restricción admitida por nuestro Estado en torno a la aplicación de la pena de prisión perpetua es la que emana del art. 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que prohíbe la imposición a los menores de dicha pena 'sin posibilidad de excarcelación'. Con más razón entiendo no pugna con la normativa constitucional que ella se vea conminada para el delincuente mayor cuando, como dije, no sólo no existe norma alguna en el plexo constitucional que lo prohíba, sino que tampoco surge implícita su contradicción con los derechos

61

humanos que aquél tutela”.

Entonces “[m]ás allá de las autorizadas críticas que se le efectúan a la pena de prisión perpetua desde el punto de vista criminológico en orden a su conveniencia o eficacia - ámbito que, reitero, hace a la exclusiva competencia del Legislador y no a la de los jueces-, ella es uno de los tantos instrumentos elegidos por aquel órgano para lograr el cumplimiento de las máximas constitucionales que limitan los derechos de cada hombre por los de los demás, por la seguridad de todos y por el bienestar general (en ese sentido ver art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y art. 32 del Pacto de San José de Costa Rica)”.

También se ha dado respuesta en el precedente citado al planteo de que la pena de prisión perpetua incumple la finalidad establecida por las normas internacionales, la reforma y readaptación social del condenado (específicamente artículo 5, inciso 6º, del Pacto de San José de Costa Rica y artículo 10, inciso 3º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En este sentido, se ha señalado que esas normas indican “...la finalidad ‘esencial’ que debe perseguir el Estado en el legítimo ejercicio del ‘ius punendi’, cual es la ‘reforma y readaptación social’ de los condenados; y si bien, de tal suerte, marcan una clara preferencia en torno a aquel objetivo llamado de prevención especial -del que no resultan excluidos los condenados a prisión perpetua- evidentemente no obstaculizan otros fines que el legislador adopte, y que no se enfrenten a la interdicción también prevista en nuestra Constitución Nacional de que las cárceles sean para castigo (en este sentido Carlos E. Colautti, “Derechos Humanos”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1995, pág. 64)”.

Por lo hasta aquí expuesto, el presente cuestionamiento no habrá de tener favorable recepción.

VII. Absolución de Paulino Furio Etcheverri.

En cuanto a este asunto, tal como anticipé, habré de suscribir el voto del juez Borinsky, en tanto comparto en lo sustancial la argumentación allí plasmada.

En efecto, tal como puso de manifiesto el colega, el tribunal a quo omitió efectuar una valoración comprensiva de los distintos elementos de juicio a fin de corroborar los extremos de la imputación dirigida contra Furio Etcheverri [en su carácter de Jefe de la División Inteligencia (G2) de la VIII Brigada de Infantería de Mendoza e integrante del Comando de Operaciones Tácticas (C.O.T.) dependiente del Comandante del III Cuerpo de Ejército].

En tal sentido, debe tenerse presente las diferentes circunstancias mencionadas y descriptas en el voto que lidera el acuerdo; es decir, por un lado, que Jorge del Carmen Fonseca fue secuestrado en el “Gran Mendoza”, lugar donde arribó luego de su

Causa Nro. 15314 -Sala
 IV- C.F.C.P. "MIGNO
 PIPAON, Dardo y otros
 s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

paso por la ciudad de La Plata y en el que tenía su residencia así como también la misiva recibida por el matrimonio Castillo-Aldizone, que dan cuenta que el nombrado habría sido "chupado"; y por otro, la prueba documental existente, entre ellas, el habeas corpus presentado por Juan Fonseca en favor de su hermano, y la declaración de Luis Ricardo Fonseca ante la Comisión Legislativa de Derechos Humanos de la Ciudad de Neuquén (en las cuales se indica que la víctima desapareció en la ciudad de Mendoza o en el "Gran Mendoza" a fines de noviembre de 1977 o en la primera quincena de diciembre de ese año). Por último, la circunstancia de que a la época de los hechos, se estaba desarrollando en Mendoza un operativo a gran escala, dirigido específicamente contra el Partido Comunista Maoísta Leninista (PCML) en el que militaba Fonseca.

Por lo expuesto y de conformidad con mi voto en la causa n° 11.545 "Mansilla, Pedro Pablo y otro s/ recurso de casación", registro n° 15.668.4, del 26/09/2011 y en la causa n° 12.083 "Olivera Róvere y otros s/ recurso de casación", registro n° 939/12.4, del 13/06/2012 (conforme lo sostuve originariamente en causa n° 12.260 "Deutsch", registro 14.842.4, del 3/05/11) en orden a las facultades de esta Cámara para proceder del modo propuesto –tanto en este asunto como en aquellas cuestiones que en igual sentido propone el juez Borinsky, a las que adherí– corresponde hacer lugar al recurso fiscal y, en consecuencia, emitir un pronunciamiento condenatorio con respecto a Paulino Enrique Furio Etcheverri, en los términos expresados en el punto IV.C. del voto del colega que me antecede en orden, los que, en extenso, hago propios.

VIII. En definitiva, corresponde hacer lugar a la impugnación del Ministerio Público Fiscal en los términos aludidos en el voto del colega preopinante, sin costas (arts. 530 y 532, C.P.P.N.); y rechazar el recurso interpuesto por la defensa, sin costas, por haberse efectuado un razonable ejercicio del derecho al recurso (arts. 8.2.h, C.A.D.H., y arts. 530 y 531, C.P.P.N.). Ténganse presente las reservas del caso federal efectuadas por las partes.

El **señor juez Juan Carlos Gemignani** dijo:

I. Que en orden al análisis de admisibilidad formal de los recursos sometidos a consideración, lleva razón el colega que lidera el presente acuerdo, doctor Borinsky, en cuanto que los mismos satisfacen las exigencias legales adjetivas, tanto las de carácter objetivas como subjetivas, conforme lo prevén

los arts. 456 -ambos incisos-, 457, 458, 459, 460 y 463, todos del Código Procesal Penal de la Nación.

Sin embargo, en relación a las cuestiones alegadas por la Defensa Pública Oficial ante esta instancia, que fueron invocadas en oportunidad de realizarse la audiencia prevista en los arts. 465 (último párrafo) y 468 del C.P.P.N., las cuales versan acerca de la inadmisibilidad del recurso fiscal y de la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, habré de realizar las siguientes consideraciones.

En primer lugar, he de precisar que, según entiendo, este tribunal de alzada debe limitarse al estudio de los motivos casatorios expuestos *ab initio* en ocasión de interponerse el recurso de que se trate, salvo, claro está, que el asunto propuesto a revisión una vez expirada esa oportunidad procesal, sea susceptible de acarrear cuestión federal dirimente o se cuestione la validez de algún acto del proceso factible de fulminárselo con nulidad absoluta; circunstancias que, en parte, no observan los agravios introducidos por el Defensor *ad hoc* de la Unidad de Letrados Móviles ante la Cámara Federal de Casación Penal, doctor Matías de la Fuente.

Es que si bien el art. 468 del código de rito, que reglamenta la audiencia de debate en esta instancia casatoria, no hace mención expresa a la posibilidad de ampliar fundamentos, su remisión al trámite del término de oficina puede entenderse extensivas las previsiones de los arts. 465 y 466 ídem.

En atención a ello, habré de recordar que los verbos "desarrollar" y "ampliar" contenidos en la última norma de mención, son cabal muestra que lo que persiguió el legislador con su dictado, no era otra cosa que dar a la parte recurrente una oportunidad para que se extendiera o profundicen los motivos que fueron introducidos en la oportunidad del art. 463 del C.P.P.N., es decir, que pueda completarlos o perfeccionarlos, más no incorporar o adicionar otros volcados en el recurso de que se trate.

Similar inteligencia le otorga a la norma examinada, la palabra autorizada del jurista Francisco J. D'Albora al aducir que: "[...] *ni en la oportunidad [prevista por el art. 466 del C.P.P.N.] ni durante la audiencia establecida por el art. 468 las partes se encuentran facultadas para introducir nuevos motivos de casación; éstos quedan fijados a través del escrito de interposición y sólo pueden ser ampliados o desarrollados luego [...]. Salvo que se trate de nulidades insubsanables, pues pueden ser declarados de oficio en cualquier estado y grado del proceso*" (confr. "Código Procesal Penal de la Nación", Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2002, pág. 1026).

Haciendo foco en esa exégesis, y a fin de dar tratamiento a los planteos mencionados en párrafos anteriores, toda vez que coincido con las consideraciones expuestas por el primer votante, adhiero a la solución por él propuesta.

Causa Nro. 15314 -Sala
 IV- C.F.C.P. "MIGNO
 PIPAON, Dardo y otros
 s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

II. Ahora bien, atento a la multiplicidad de motivos casatorios interpuestos por los recurrentes, y a la diversidad de respuestas y argumentos brindados por mi distinguido colega doctor Borinsky, -los que, atento a su claridad expositiva y armonía con las constancias obrantes en autos, habré de compartir la solución propuesta en los puntos **III.A), B), C), D), E)** (sólo en lo que respecta al análisis de la figura penal de homicidio doblemente agravado por alevosía y por la intervención de dos o más personas -art. 80 incs. 2º y 6º del C.P.-), **F)** y puntos **IV.A)** y **B)** (en cuanto a estos dos últimos puntos de estudio habré de exponer algunas precisiones que entiendo necesarias en cuanto a la imposición de la pena en esta instancia procesal)-; sin embargo, encuentro inevitable realizar puntuales consideraciones respecto de algunos de los agravios planteados.

III. Liminarmente, formalizaré algunas precisiones que habrán de modificar, en orden a los argumentos que fundamentarán las mismas, la razón del título de imputación fundante de la responsabilidad de los condenados en autos.

En tren de rescatar coincidencias, a fin de respetar la claridad que toda sentencia habrá de poseer como condición constituyente, y por ello para no desandar el recto camino desarrollado en tributo a la misma por el voto que lidera el acuerdo, debo expresar mi coincidencia también en relación al grado del título de imputación de los hechos a los encartados: se trata, en todos los casos, de prestaciones que resultan merecedoras de la imputación penal plena, esto es, de la asociación de los hechos a los responsables en calidad de autores.

Empero, de una parte esa autoría no conforma autoría mediata; y por la otra, la misma no puede fundarse meramente en el factual co-dominio funcional de los hechos; y ello así, conforme las razones que a continuación expondré.

En primer lugar y según mi parecer, corresponde descartar de manera general y definitiva la autoría mediata para toda hipótesis en la que los ejecutores materiales de las órdenes resulten plenamente responsables por esa ejecución, justamente esa circunstancia se presenta para todo caso de utilización de un aparato organizado de poder, y es lo que en estos autos se ha verificado.

Así, la consecuente responsabilidad del ejecutor material de la orden, y la valoración de la libertad que está

implícita en esa asignación de responsabilidad –circunstancia que el arsenal de cualquier sistema imputativo estipulará como condición–, imponen descartar la valoración de su aporte al hecho, como mero “engranaje fungible” del plan de ejecución global.

Ello así, aún cuando efectivamente la ejecución de la orden haya resultado posible merced a la sustitución del ejecutor que se negara a proceder, toda vez que la responsabilidad del hombre de atrás no puede fundarse a costa de la libertad del hombre de adelante.

En palabras de Herzberg: *“En tanto, personas que actúan autónomamente, los receptores de la orden también pueden quebrar incluso la decisión más firme, seguir su conciencia, fallar el objetivo trazado por torpeza, permanecer inactivos por pereza o dejarse sobornar”* (Herzberg, Rolf D.: *“La sentencia-Fujimori: Sobre la intervención del superior en los crímenes de su aparato de poder”* en *“La autoría mediata”*, Editores Ara, 2.010, pág. 133).

Pero por lo demás, fundar la autoría en la certeza para el autor del acaecimiento del resultado –para el caso en la existencia de un aparato organizado de poder con ejecutores fungibles– supone una argumentación que trasladada a la generalidad de casos, no resulta explicable, y rompe por ello la ineludible sistemática que debe exhibir todo sistema de imputación. Recurriendo a la siempre esclarecedora ejemplificación, impondría afirmar, que la autoría se funda –en una hipótesis de la denominada autoría directa– en la precisión de las previsiones del autor sobre el curso planificado, por ejemplo en la calidad del arma elegida para matar, en la sofisticación del medio ardidoso, en la verosimilitud de la apariencia de la falsificación, etc..

Con evidencia se trata de circunstancias que podrían resultar relevantes para la evaluación de la idoneidad de la conducta en relación a su virtualidad para ingresar al ámbito del riesgo prohibido, pero no pertinentes para afirmar la autoría.

Pese a ello, y de manera además explícita para su original diseñador Claus Roxin, la existencia de una organización en la que, en atención a la fungibilidad de sus subalternos garantiza la ejecución de la orden, no configura sino una específica expresión de la idea del dominio, y ésta última, si bien ha sido una idea fundante históricamente de la autoría, no milita en sus pretensiones en soledad (cfr. originalmente sobre la idea de dominio como fundamento para la autoría mediata: Hegler, *Mittelbare Tätherschaft bei nichtsrechtswidrigem Handeln der Mittelperson*, en *Festgabe für Richard Schmidt*, Leipzig, 1.932; y últimamente sobre el dominio como fundamento de la autoría, Hass, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, Duncker & Humblot, Berlín,

Causa Nro. 15314 -Sala
 IV- C.F.C.P. "MIGNO
 PIPAON, Dardo y otros
 s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

2.008).

Es que, aún cuando, como ya expresara, efectivamente pueda constatarse que la fungibilidad del instrumento ha constituido la razón concreta del cumplimiento de la orden, a esta circunstancia todavía le falta la razón jurídica de la imputación. El actuar del instrumento *per sé*, no puede fundar la imputación al instrumentador, sino que además de esa circunstancia factual, corresponde analizar la responsabilidad del ejecutor, quien en virtud de su *calidad de responsable* se anula como fundamento de la imputación al emisor de la orden.

No estoy afirmando que la intervención del ejecutor obstruya la responsabilidad de quien da la orden con fundamento en la interrupción del "nexo causal" que originalmente se le asignara a la prohibición de regreso en los desarrollos de Mayer, o aún con mayor precisión en la propuesta de Frank con fundamento en los factores subjetivos de imputación (Mayer, *Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht. Eine Rechtsphilosophische Untersuchung*, Freiburg im Brisgau, 1.899- Nuedruck Frankfurt a. M., 1.967; Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, 7. Aufl. 1.908). Ello así, toda vez que para relacionar, o en su caso, desligar el aporte del emisor, y el del ejecutor de la orden, no resulta pertinente ni necesario recurrir a la relación "causal", ni de "dominio seguro", ni a la evaluación "subjetiva" recíproca de los mismos, sino en todo caso con recurso a la interpretación del sentido objetivo del aporte, en orden a lo cual corresponde verificar si quien ha emitido la orden ha configurado de manera preponderante el hecho, haciendo suyo mediante esa configuración, el hecho en su integridad; esto es, determinando con su expresión, que el hecho le pertenece también, e íntegramente.

"Si el ejecutor emplea el modelo ya formado previamente, entonces el hecho porta -tanto en las obras buenas como en las malas- no sólo su «sello» sino también el de los productores del modelo" (Jakobs, Günther: *"Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori"*, en *"La autoría mediata"*, Ara Editores, 2.010, pág. 109).

El sentido objetivo del aporte del hombre de atrás tiene la virtualidad de expresar que puede ser continuado por otras prestaciones *delictivas*, y esa circunstancia es la que resulta relevante para la imputación de su intervención en la calidad de autor. Asimismo, su hecho resultará conjuntamente valorado al del hombre de adelante, los que en conjunto

explicitan que, según distintos *ámbitos de organización*, ambas conforman diversas porciones de una misma infracción normativa.

En el contexto de actuación, la conducta de quien diseña o configura ordenando, se comporta emprendiendo *"...una conducta cuya continuación en una realización del tipo no ha de entenderse como puro arbitrio del sujeto que ejecuta, sino como inherente al comportamiento anterior, dicho de otro modo, su ejecución debe significar que no sólo ese comportamiento inicial, sino también el comportamiento de continuación realizado por el ulterior actuante, son asunto del autor y, en ese sentido, deben serle atribuídos"* (Jakobs, Günther: *"El ocaso del dominio del hecho"*, manuscrito, pág. 7).

Se trata de una "empresa" abordada mediante un trabajo repartido, en el que la vinculación entre los aportes de diseñadores y ejecutores deviene, para los primeros, en su influencia en la configuración del hecho, y para los segundos, en que su ejecución constituye efectivamente el cumplimiento con el plan previamente configurado; y con ello ambos expresan que el hecho en su conjunto les pertenece a ambos.

"El suceso que acontece positivamente es dominado por los ejecutores exactamente en aquella medida en la que lo configuren, y no lo dominan en la medida en que esté previamente configurado por parte de los demás intervinientes" (Jakobs, Günther: *"El ocaso del dominio del hecho"*, pág. 12); pero todos habrán de responder, y con fundamento en que sus prestaciones expresan la una pertenecer a la otra, y todas, en el mismo contexto, conforman expresión conjunta de la infracción normativa.

Así entonces, las prestaciones de Juan Agustín **Oyarzabal Navarro**, en su carácter de Segundo Jefe del Departamento de Informaciones de la Policía de la Provincia de Mendoza (D-2), de retransmitir las órdenes impartidas en los meses de junio/julio de 1976 por el entonces General de División Luciano Benjamín Menéndez, tendientes a realizar procedimientos -mediante el ejercicio de violencia para lograr el éxito de las mismas- que culminaron con las privaciones de la libertad de Ricardo Luis Sánchez Coronel, Rafael Olivera, Nora Ercilia Rodríguez Jurado, Rosario Aníbal Torres y Alicia Cora Raboy, la imposición de tormentos a Ricardo Luis Sánchez Coronel, Rosario Aníbal Torres y Alicia Cora Raboy y los homicidios de Ricardo Luis Sánchez Coronel, Rafael Olivera, Nora Ercilia Rodríguez Jurado, Rosario Aníbal Torres, Alicia Cora Raboy y Francisco Reynaldo Urondo, deben ser reputados actos merecedores de la máxima imputación, esto es, actos de autoría.

Por las mismas razones, los hechos que se han acreditado perpetrados por Eduardo **Smaha Borzuk**, en su condición de Oficial Inspector de la Policía de Mendoza e integrante del Comando de Operaciones Tácticas (COT) -además de haber prestado

Causa Nro. 15314 -Sala
 IV- C.F.C.P. "MIGNO
 PIPAON, Dardo y otros
 s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

servicios en el D-2 desde el 09/09/74 hasta el 08/07/77-, de aportar información de inteligencia y elementos necesarios para la lucha contra la subversión, amén de participar directamente en los operativos investigados en las presentes actuaciones, conforman expresiones de autoría.

De igual manera, las actividades del Subcomisario de la Policía de la Provincia de Mendoza y el Oficial de Policía, Luis Alberto **Rodríguez Vázquez** y Celustiano **Lucero Lorca**, respectivamente, de haber intervenido en el procedimiento que culminó con la muerte de Francisco Reynaldo Urondo, particularmente, habiendo procurado la desaparición de los rastros y pruebas del delito, merecen igualmente ser consideradas prestaciones de autoría.

Por último, las conductas realizadas por Dardo **Migno Pipaón** en su condición de Jefe de la Compañía de Comunicaciones de Montaña VIII, de ejecutar las órdenes que le fueran retransmitidas en el marco del plan de lucha contra la subversión, con la finalidad de mantener la privación ilegítima de la libertad personal de Ángel Bartolo Bustelo e imponiéndosele en su estado de detención severidades, vejaciones, apremios ilegales y torturas, deben ser consideradas acciones de autoría.

En razón de lo expuesto, entiendo que los nombrados resultan penalmente responsables en calidad de autores respecto de los delitos y hechos correcta e integralmente analizados por el doctor Borinsky en su voto.

IV. Pero las diferencias con el voto de mención, así como con las expresiones de la sentencia venida en casación, no terminan allí.

Es que no puede soslayarse la calidad funcional de los implicados en los hechos, y la especial trascendencia que esa condición imprime a los hechos en los que se ha acreditado su intervención.

Efectivamente, las condiciones que todos los condenados revestían en el momento de los hechos -a las que hice referencia en el apartado anterior- impone mudar el fundamento de la imputación del dominio por organización, hacia el quiebre de la especial obligación institucional que la función le confiere a los responsables. Se trata entonces de hechos en los que resulta prioritariamente dominante a los efectos de la imputación, la calidad funcional del implicado, la que gobierna y absorbe la defectuosa organización personal que

expresa de manera subyacente su acreditada intervención en los hechos (Jakobs, Günther: *"Derecho Penal"*, págs.1/7 – págs. 11, 7/57 – págs. 259, 7/68 – págs. 265, 7/70 – págs. 266, 21/2 – págs. 718, 21/16 – págs. 730, 21/116 – págs. 791, 29/29 – págs. 972, 29/57 – págs. 993; etc.).

La significación jurídica de la institución que socialmente se expresa en su condición funcional, se encuentra en un grado supremo de consideración, en relación a la libertad de organización fundante de los ilícitos de dominio; toda vez que las instituciones que esas funciones expresan son *condiciones elementales* de la organización social, para garantizar la vigencia de la institución fundante de la imputación por dominio: la libertad personal (Sánchez Vera-Gómez Trelles, Javier: *"Delito de infracción de deber y participación delictiva"*, Ed. Marcial Pons, pág. 145).

En términos coloquiales, a todos nos es impuesto como corolario del institucionalmente reconocido ejercicio de libertad, responder de ese ejercicio toda vez que nuestra organización, por defectuosa, comprometa lesionando derechos de terceros; pero cuando esa organización pertenece al ámbito institucional de quien tiene asignada la obligación de seguridad exterior e interior, es la infracción a esa obligación central la fundante de imputación de los defectos organizativos.

El estatus jurídico que ostentaban los implicados en los hechos, les confiere por sobre la obligación del ejercicio de libertad inocuo para terceros, esto es, de la general obligación ciudadana de organizarse sin lesionar, la condición de custodios de la legalidad en el ámbito de sus funciones, y la gravísima infracción a esa obligación exhibida en su intervención en los hechos verificados, transmuta la razón de su obligación de responder por los mismos. Se trata, como se ha dicho, de injustos de infracción al deber, de infracción institucional.

Así, la calidad de funcionario público de los autores no cualifica especialmente un hecho que hubiere podido ser cometido por un particular, transformándolo en una especie de los denominados *"delicta propria"*; sino que directamente el hecho merece ser considerado –y valorado para su imputación– como hecho funcional, esto es, no como hecho que reclama la intervención de un funcionario, sino como hecho de infracción a la *institución funcional*.

Ello así, toda vez que, como se ha expresado antes, y por sobre las obligaciones del respeto a la libertad, se encuentran las instituciones que, justamente, contribuyen al sostenimiento y garantía de esa libertad, esto es, aquellas que expresan la organización institucional del Estado.

V. Sentado ello, y toda vez que, conforme se desprende del análisis realizado en el apartado anterior y del voto de mi

Causa Nro. 15314 -Sala IV- C.F.C.P. "MIGNO PIPAON, Dardo y otros s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

colega que lidera el presente acuerdo, se propone aquí hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante de la *vindicta* pública sólo en lo que respecta a casar la resolución criticada y, en consecuencia, condenar a Oyarzabal Navarro, Smaha Borzuk, Lucero Lorca, Rodríguez Vázquez, Migno Pipaón y Furio Etcheverri por el delito de asociación ilícita (art. 210 del C.P.) y, asimismo, condenar a Smaha Borzuk por el delito de allanamiento ilegal del domicilio previsto en el art. 151 del C.P., en perjuicio de Arturo Elías Rodríguez y Marta Godoy, habré de responder el agravio interpuesto por la defensa respecto a la afectación del derecho al "doble conforme" que acarrearía el dictado de una condena por este tribunal de alzada.

En primer lugar, recordaré que el derecho de toda persona de recurrir una condena que recaiga en su contra, se encuentra normativizado en el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el art. 14 inc. 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Disposiciones internacionales que han adquirido jerarquía constitucional a raíz de la última reforma constituyente del año 1994, por la que se tuvo por agregados a la Carta Magna los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Sin embargo, el alcance de este derecho debió ser precisado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia, más enfáticamente a partir del precedente "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", en el que el máximo tribunal regional señaló que "[e]l artículo 8.2.h. de la Convención Americana dispone que durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, "de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior".

158. La Corte considera que el derecho de recurrir el fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiriera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.

159. La Corte ha indicado que el derecho de recurrir el fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior que juzgó y condenó al inculgado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia.

160. El artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 indica que [... u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

161. De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos” (sentencia del 2 de julio de 2004).

Este precedente sirvió de base y fundamento para que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación interpretara y reconociera un carácter amplio al recurso de casación -única herramienta procesal viable para la revisión de una sentencia-, así explicó, en oportunidad de resolver el fallo “Casal”, que no existe razón legal ni obstáculo alguno en el texto mismo de la ley procesal para excluir de la materia de casación un análisis completo de la decisión que se critica. Es decir, “el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que se pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable”, y que “lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación”. En definitiva, el Alto Tribunal concluyó que “el art. 456 CPPN debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas”.

Causa Nro. 15314 -Sala
 IV- C.F.C.P. "MIGNO
 PIPAON, Dardo y otros
 s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

De todo ello se colige que la C.S.J.N., en su carácter de último intérprete de la Constitución Nacional y de normas de menor jerarquía, entendió que no resultaba necesario ninguna modificación legislativa del ordenamiento procesal vigente a fin de cumplir con los estándares internacionales, sino sólo un cambio interpretativo de tales disposiciones.

De esta manera, el Máximo Tribunal, al resignificar la competencia revisora de esta Excma. Cámara Federal de Casación Penal, ha multiplicado las posibilidades que, ante la invocación por parte del recurrente de un vicio material, es decir, que los sentenciantes hayan inobservado o aplicado erróneamente la ley sustantiva, este tribunal de alzada case la decisión impugnada y resuelva el caso con arreglo a la ley y a la doctrina cuya aplicación declare (confr. art. 470 del C.P.P.N.).

A ello debe adunarse que, atento a que nuestro código de rito reconoce facultad recursiva tanto al titular de la *vindicta* pública como a la querrela, aunque con alcance limitado -confr. arts. 458 y 460 del C.P.P.N.-, también se multiplican las posibilidades que esta Cámara de revisión dicte condena e, incluso, imponga pena, previa realización de la correspondiente audiencia de *visu* del imputado, prevista en el art. 41 del Código Penal (confr. C.S.J.N. "NIZ, Rosa Andrea y otros s/ recurso de casación", rta. el 15/06/2010).

Ahora bien, si se analiza más detalladamente el sentido y alcance que buscó darle la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el precedente de mención al derecho de la doble instancia judicial, se advierten, principalmente, dos conclusiones: a) que el único beneficiario de la garantía del "doble conforme" es el imputado; y b) que ese derecho de recurrir el fallo exige una revisión amplia y completa del mismo.

En efecto, abundante doctrina tiene dicho que "en el proceso penal la garantía del **derecho al recurso** está exclusivamente reservada para el imputado contra quien se ha dictado una sentencia condenatoria o bien, a pesar de ser absuelto, se lo ha obligado a cumplir con una medida de seguridad o corrección. Desde la vigencia de tales convenciones internacionales [C.A.D.H. y P.I.D.C.yP.] se produjo un cambio relevante en relación al anterior principio de bilateralidad en las facultades recursivas del enjuiciamiento penal. Así, actualmente, el Estado por medio de sus órganos judiciales carece de toda posibilidad de intentar un recurso cualquiera contra la sentencia absolutoria pretendiendo rever la misma a

*fin de continuar la persecución penal en procura de una nueva resolución que, mutando la absolución ya obtenida por el justiciable, pueda agravar su situación mediante una condena. La garantía de recurrir ante un tribunal superior que otorgan tanto la CADH como el PIDCP está establecida sólo a favor del imputado condenado, quedando vedado todo **recurso acusatorio** para los órganos estatales como también para los particulares que en su carácter de querellantes hayan tenido intervención en el proceso.*

[...] El derecho del imputado a recurrir la sentencia que lo perjudica obedece al principio de doble conforme según el cual, para que el Estado pueda ejecutar legítimamente una pena contra una persona, si ésta la impugna, es menester la doble conformidad judicial como significativa de que mediante la instancia de revisión, un tribunal superior, coincidiendo o discrepando con la condena impuesta, le otorgue mayor legitimidad a la misma como acto jurisdiccional del Estado y al mismo tiempo una mayor seguridad y tutela mediante la doble verificación para la persona enjuiciada" (JAUCHEN, Eduardo M.: "Derechos del imputado", Editorial Rubinzal – Culzoni, 1ra. Edición, Santa Fe, Argentina, 2007, págs. 451/452).

Asimismo, el profesor Maier enseña que "esta garantía procesal, bien explicada, debe conducir necesariamente a la exigencia de que para ejecutar una pena contra una persona, se necesita una doble conformidad judicial, si el condenado la requiere. Esta condición procesal, impuesta a la aplicación de una pena estatal -con otras palabras: el desarrollo del poder penal del Estado-, ha sido perfectamente descripta, por analogía con la prueba de exactitud de una operación matemática, como la exigencia del principio de «la doble conforme». El derecho al recurso se transformaría, así, en la facultad del condenado de poner en marcha, con su voluntad, la instancia de revisión -el procedimiento para verificar la doble conformidad- que, en caso de coincidir total o parcialmente con el tribunal de juicio, daría fundamento regular a la condena -dos veces el mismo resultado = gran probabilidad de acierto en la solución- y, en caso contrario, privaría de efectos a la sentencia originaria" (MAIER, Julio B. J.: "Derecho Procesal Penal", tomo I. Fundamentos, Editores del Puerto, 2da. Edición, Buenos Aires, 2004, pág. 713).

Entonces, en este entendimiento, resulta fácil advertir que el ordenamiento procesal penal argentino no satisface la plena realización y goce de esta garantía de rango constitucional pues, al facultar a los acusadores, público y privado, a recurrir una sentencia absolutoria -incluso, en ciertos casos, también de condena-, sumado al carácter amplio de dicha revisión reconocido por la C.S.J.N., habilita a este tribunal de alzada a revocar tales absoluciones y dictar las

Causa Nro. 15314 -Sala IV- C.F.C.P. "MIGNO PIPAON, Dardo y otros s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

consiguientes condenas o, en su caso, a cambiar calificaciones o penas en sentido más perjudicial para el imputado.

Ello es, lamentablemente, una consecuencia lógica y esperada de una utópica pretensión de convivencia armónica entre dos sistemas penales -inquisitivo y acusatorio- que no tienen en común siquiera sus fines. Este es uno de los costos que le toca pagar al sistema penal por una mixtura procesal de imposible aplicación práctica.

En esta inteligencia, resulta plausible la crítica introducida por la defensa en cuanto a los efectos de una potencial primera condena en esta instancia, máxime, si como ya se adelantara al comienzo de este voto, esa es la solución que se propone al acuerdo. Es decir, se entiende razonable el agravio concerniente a no contar dichas partes con un recurso con las características desarrolladas a lo largo del presente acápite.

Sin embargo, cabe tener presente que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que no es competencia del Poder Judicial, en general, y de esta alzada, en particular, adecuar nuestra legislación nacional a la normativa internacional y, en su caso, derogar las disposiciones que resulten incompatibles con ella. En este sentido, nuestro Máximo Tribunal entiende que *"no es propio del cometido fijado al Poder Judicial en el art. 116 de la Constitución Nacional dictar una sentencia con carácter de norma general derogatoria de las disposiciones en cuestión implementando un mecanismo de reemplazo en su lugar, cuando resulta evidente que -en esta materia- tal solución requiere de la suficiente e indispensable concreción de medidas de política pública previas (conf. arg. Fallos: 329:3089; 330:4866).*

Ello implicaría sustituirse a competencias propias de los otros poderes al Estado (Fallos: 330:4866, 4873/4874); máxime, cuando el convencional constituyente, en la última reforma de 1994, le ha adicionado al Congreso la atribución específica de promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados de derechos humanos [...] (art. 75 inc. 23, de la Constitución Nacional)" (confr. "García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 4537", rta. el 02/12/08, Fallos: 331:2691, cons. 6º, primer y segundo párrafo).

Empero, no puede olvidarse que *"para que en un proceso existan verdaderamente dichas garantías, conforme a las*

disposiciones del artículo 8 de la Convención, es preciso que se observen todos los requisitos que "sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho", es decir, las "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial" (confr. C.I.D.H. "Herrera Ulloa vs. Costa Rica").

Por lo tanto, mientras se arriba a un revés legislativo, y a fin de armonizar las competencias propias de esta Excma. Cámara Federal de Casación Penal, las facultades recursivas de los acusadores y la garantía del "doble conforme" que le asiste al imputado, entiendo que cobra virtualidad lo manifestado por el magistrado de nuestro Máximo tribunal, doctor Zaffaroni, en el precedente "Argul "(Fallos 330:5212, rto. el 18/12/2007), en cuanto a que *"esta Corte reconoce que la doctrina de la arbitrariedad no la habilita a actuar como tribunal ordinario de alzada para el análisis y tratamiento de cuestiones no federales. No obstante, en esta oportunidad, deberá avocarse excepcionalmente a actuar como tribunal revisor, ya que de no hacerlo, la nueva sentencia condenatoria dictada por la Sala I de la Cámara [Federal] de Casación Penal no tendría instancia de revisión alguna y se conculcaría la garantía contemplada en el art. 8 inc. 2 h de la Convención Americana de Derechos Humanos, la que goza de jerarquía constitucional".*

Es decir, ante un caso de manifiesta arbitrariedad del fallo casatorio y, con carácter excepcional, la C.S.J.N. deberá dar tratamiento al reclamo defensorista cumpliendo con la función de revisión amplia que exige la garantía constitucional en cuestión.

En síntesis, comparto la decisión del magistrado que abrió el acuerdo, en cuanto propone el rechazo del presente agravio, pues afirma la competencia de esta Cámara para dictar condena, sin que ello conlleve una violación a la garantía del "doble conforme".

Sin embargo, debo disentir con mi colega, en cuanto a la factibilidad de imponer pena y determinar su *quantum* -más allá de las apreciaciones que hiciera acerca de la limitación que marca la pretensión punitiva expuesta por el titular de la acción penal-, como consecuencia de la atribución de responsabilidad que se hiciera desde este tribunal de alzada.

Pues, si bien hemos dado cumplimiento a la inmediación previa a la determinación de la pena -art. 41 C.P.- (conforme se informa en el acta obrante a fs. 927), lo cierto es que ésta es la primera oportunidad en la que los imputados, particularmente, Migno Pipaón y Furio Etcheverri -pues los restantes imputados ya vinieron condenados a la máxima pena que nuestro código de rito habilita-, de recurrir la graduación de la pena que les pudiere corresponder (a diferencia de las cuestiones de hecho y prueba

Causa Nro. 15314 -Sala
 IV- C.F.C.P. "MIGNO
 PIPAON, Dardo y otros
 s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

que fueron discutidas y rebatidas por las defensas tanto durante el juicio como en esta instancia recursiva), motivo por el cual y, a fin de respetar el derecho que les asiste a la doble instancia judicial, voto porque se remitan las actuaciones al tribunal de origen para que fije el monto punitivo que deberán soportar los nombrados; tarea lógicamente, que habrá de llevar a cabo atendiendo a la calificación legal exteriorizada en el sufragio que lidera el acuerdo y a la normativa que rige la materia.

VI. Ahora bien, corresponde expedirme acerca del agravio fiscal concerniente a la absolución de Paulino Enrique Furio Etcheverri en orden a la desaparición de Jorge del Carmen Fonseca, pues habré de disentir con las consideraciones expuestas por mis colegas preopinantes.

En primer lugar, recordaré el análisis efectuado por el tribunal a quo a fin de arribar al temperamento que nos toca revisar en esta instancia recursiva.

Así, luego de citar detalladamente no sólo la prueba producida respecto del hecho en cuestión sino también el alcance y contenido de la pretensión acusatoria, los sentenciantes señalaron que *"...debemos hacer dos consideraciones, la primera es que el expediente 005-F fue ofrecido como prueba según consta en el acta n° 71 de fecha 5 de julio del corriente año. No obstante esas actuaciones que estaban en trámite en la Fiscalía por tener delegada la instrucción no fue acompañada para control de las partes y Tribunal. Así lo destacó la defensa en sus alegatos de los que se da cuenta en el acta N° 85 del 14/09/11, cuando afirma que el expediente 005-F, no es prueba incorporada válidamente a la causa porque no se admitió como instrumental y no se contó con copia de la misma para poder ser confrontada por la Defensa, por lo que si el Tribunal la considerara válida estaría dictando una sentencia viciada de nulidad.*

Esta postura de la Defensa es efectuada en consideración a que el Ministerio Público, efectivamente, no puso a disposición de las partes el referido expediente por lo que debe tenerse en cuenta lo acordado por las partes en la última carilla del acta n° 73 de fecha 27 de julio del corriente año, cuando manifiestan que desisten de toda la prueba que «hasta el día martes próximo no se haya producido», -lo que se hace a pedido del Sr. Fiscal-. Atento a este acuerdo de las partes y la no puesta disposición de las referidas actuaciones, dan razón a la queja de la defensa y en consecuencia se entiende que [é]sta no puede ser ponderada.

No obstante ello debemos resaltar que no hay suficientes datos que permitan interpretar que en [el] domicilio de Boulogne Sur Mer 2071 haya estado alojado Jorge Fonseca en el momento en que allí se llevó a cabo un procedimiento contra los habitantes de ese lugar.

La **segunda** consideración que anunciamos es la relacionada con las fechas de probable desaparición de Fonseca. Ha dicho el Sr. Fiscal que el día 5/12/77 se lleva a cabo el procedimiento en el domicilio recién referido, donde él estima habría estado Fonseca. Por otra parte tenemos la referencia ya comentada de la carta que envía «Negri» (Becerra) en la que le decía al matrimonio Castillo-Aldizone que a Fonseca lo habían «chupado». Según los testimonios de dicho matrimonio los que ya [hemos] comentado, la carta les llegó a mediados de octubre de 1977.

Como se advierte de los testimonio de familiares y amigos y demás constancias del expediente, no surge con la certeza necesaria para esta etapa del juicio, que Jorge Fonseca haya sido secuestrado en esta Provincia de Mendoza ni tampoco un lugar y fecha determinados. No existe ninguna prueba directa, testimonial o de alguna otra naturaleza, que confirme las presunciones que expresan algunos testigos, que en algunos casos aparecen contradictorias, respecto del lugar donde pudo ser secuestrado Jorge Fonseca, máxime si [tiene] en cuenta [que] desde que dejó La Plata su actividad fue ubicar gente de la organización en distintos lugares del país en un movimiento constante, según dijeron varios testigos. Tampoco se tiene evidencia de que haya estado alojado en alguna dependencia militar o de las fuerzas de seguridad, de donde se concluye que el hecho atribuido no ha quedado probado”.

Sentado ello, habré de señalar, conforme claramente lo exponen los magistrados de la instancia de juicio, que ninguna prueba producida durante el debate permite aseverar que el hoy desaparecido haya estado en la provincia de Mendoza al tiempo de los hechos objeto de investigación en los presentes actuados. Pero aún arribando a tal conclusión -la que, repito, no tiene asidero probatorio-, ello no resulta óbice para tener por probado que Fonseca resultó víctima del operativo a gran escala que se desarrolló en la provincia de mención en el mes de diciembre de 1977 en el domicilio de referencia, por el simple hecho de que militaba en el Partido Comunista Maoista Leninista, conformando el mismo uno de los partidos políticos “perseguidos” en el marco de la lucha contra la subversión.

Ello, toda vez que los principios rectores del Estado de Derecho y del Derecho Penal Liberal, requieren que todo reproche jurídico – penal que se emita contra una persona se delimite en tiempo, modo y lugar determinados, a fin de garantizar al imputado el pleno ejercicio de su derecho de

Causa Nro. 15314 -Sala
 IV- C.F.C.P. "MIGNO
 PIPAON, Dardo y otros
 s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

defensa en juicio (confr. arts. 83, 188, 347, 381 y 393, todos del Código Procesal Penal de la Nación).

Es decir, resulta necesario que el titular de la acción penal, sea ésta pública o privada, describa el hecho que se atribuye circunscripto en tiempo y espacio concretos, pues lo contrario implica que el encausado deba defenderse de una imputación cuya plataforma fáctica se encuentra indeterminada, o sea, de hechos que no sabe bien cuáles son, ni dónde y cuándo habrían sucedido.

En atención a lo expuesto, resulta, asimismo, necesario que la decisión jurisdiccional que ponga fin al proceso debe encontrar sustento en acabada prueba producida durante el debate, la que debe ser razonablemente analizada por el tribunal de juicio y sólo cuando ella acarree una certeza positiva acerca de la existencia del hecho objeto de investigación, podrá arribarse a un temperamento condenatorio.

Aplicando esta inteligencia al caso que nos ocupa, cabe recordar, conforme bien lo señala el tribunal *a quo*, que ninguno de los elementos probatorios indicados y valorados no sólo por el representante del Ministerio Público Fiscal sino también por el colega que lidera el presente acuerdo, representa una evidencia directa del resultado "muerte" del nombrado, ni mucho menos, del nexo causal de esa muerte con un accionar concreto por parte del imputado o de algunos de los oficiales bajo su mando, en cumplimiento de una orden emitida por él.

Pues, la circunstancia de que se lo tenga por fallecido atento al tiempo transcurrido, y las cuestiones indiciarias endebles que alega el acusador público acerca de cómo y cuándo habría ocurrido la deceso de Fonseca, no conllevan el efecto de que tal muerte sea el resultado de un comportamiento delictivo -homicidio- y menos aún, que el mismo pueda ser reprochado a Furio Etcheverri.

Es decir, que no se produjo en los presentes actuados ninguna prueba concreta y directa que acredite suficientemente tal imputación, pudiendo ensayarse innumerables hipótesis acerca de las posibles causales del fallecimiento de Jorge del Carmen Fonseca.

En síntesis, el razonamiento seguido por el fiscal para, una vez más y en esta instancia, solicitar la condena del ex Jefe de la División Inteligencia (G-2) de la VIII Brigada de Infantería de Mendoza e integrante del Comando de Operaciones Tácticas (COT), valorando *in totum* los distintos elementos probatorios, principalmente, la coincidencia de la época -aunque

no de la fecha exacta- de la desaparición de Fonseca y de la del operativo de lucha contra la subversión realizado en Mendoza y la participación activa del nombrado en uno de los partidos políticos más perseguidos en el marco de aquél plan de aniquilamiento, no constituye, a criterio del suscripto, una conclusión lógica y necesaria. Ya que, ninguna de las pruebas referencias tanto en la sentencia como en el voto que lidera el presente acuerdo, tanto de forma aislada como conjunta, resulta inequívoca y suficiente para arribar a un temperamento jurisdiccional condenatorio, pues sólo constituyen meros indicios acerca de una de las posibles causas de su muerte.

Por lo tanto, aquel pretendido hilo conector entre su desaparición y su muerte en manos o por orden de Furio Etcheverri no sólo evidencia un silogismo falaz sino que, además, cercena al imputado su derecho de defensa en juicio.

VII. Por todo lo expuesto, propicio al acuerdo: **I.** Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 570/618 por los Dres. Andrea Duranti -Defensora Pública Oficial-, Alejo Amuchástegui -Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación y Defensor Público Oficial ad-hoc- y Gabriel Darío Sánchez -Defensor Público Oficial ad-hoc-, en representación de Oyarzabal Navarro, Smaha Borzuk, Lucero Lorca, Rodríguez Vázquez y Migno Pipaón, sin costas (arts. 530 y 531 *in fine* del C.P.P.N.); y **II.** Hacer lugar parcialmente al recurso de casación deducido por el doctor Dante Marcelo Vega -Fiscal General Subrogante- (fs. 548/562), sólo respecto a la condena de todos los aquí imputados en orden a la figura de asociación ilícita (art. 210 del C.P.) y la revocatoria de la absolución y consecuente condena de Eduardo Smaha Borzuk por el delito de allanamiento ilegal de domicilio (art. 151 del C.P.) en perjuicio de Arturo Elías Rodríguez y Marta Godoy (arts. 530 y 532 del C.P.P.N.). **III.** Tener presentes las reservas del caso federal.

Es mi voto.-

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el tribunal,

RESUELVE:

Por unanimidad:

I. RECHAZAR el recurso de casación de fs. 570/618, deducido por los representantes de la Defensa Pública Oficial, doctora Andrea Duranti y doctores Alejo Amuchástegui y Gabriel Darío Sánchez, sin costas (arts. 530 y 531 *in fine* del C.P.P.N.);

II. HACER LUGAR al recurso de casación de fs. 548/562, deducido por el Fiscal General Subrogante, doctor Dante Marcelo VEGA, sin costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.), en lo tocante al agravio dirigido contra la decisión del tribunal a quo de no condenar a Juan Agustín OYARZABAL NAVARRO, Eduardo SMAHA BORZUK,

Causa Nro. 15314 -Sala
 IV- C.F.C.P. "MIGNO
 PIPAON, Dardo y otros
 s/rec. de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

JESICA SIRCOVICH
 Prosecretaria de Cámara

Celustiano LUCERO LORCA, Luis Alberto RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Dardo MIGNO PIPAON y Paulino Enrique FURIO ETCHEVERRI por el delito de asociación ilícita (art. 210 del C.P.); como así también al planteo formulado contra la absoluciónde Eduardo SMAHA BORZUK por el delito de allanamiento ilegal de domicilio (art. 151 del C.P.) en perjuicio de Arturo Elías Rodríguez y Marta Godoy; y, en consecuencia:

III. CASAR el decisorio que viene recurrido, y **CONDENAR** a Juan Agustín OYARZABAL NAVARRO, Eduardo SMAHA BORZUK, Celustiano LUCERO LORCA, Luis Alberto RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Dardo MIGNO PIPAON y Paulino Enrique FURIO ETCHEVERRI por el delito de asociación ilícita, en carácter de autores y en concurso real con aquellos por los que vienen condenados –consistentes en privación abusiva de la libertad agravada por violencia y amenazas (OYARZABAL NAVARRO, SMAHA BORZUK y MIGNO PIPAON), imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima (OYARZABAL NAVARRO, SMAHA BORZUK y MIGNO PIPAON), homicidio calificado por alevosía, por el concurso premeditado de dos o más personas con el fin de procurar impunidad (OYARZABAL NAVARRO y SMAHA BORZUK) y homicidio calificado por alevosía (OYARZABAL NAVARRO, SMAHA BORZUK, LUCERO LORCA y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ)- (arts. 45, 55 y 210 del C.P., 470 del C.P.P.N); manteniendo las penas de PRISIÓN PERPETUA e INHABILITACIÓN ABSOLUTA PERPETUA, accesorias legales por igual tiempo de la condena y costas impuestas a los imputados Eduardo SMAHA BORZUK, Celustiano LUCERO LORCA, Juan Agustín OYARZABAL NAVARRO y Luis Alberto RODRÍGUEZ VÁZQUEZ por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 1 de Mendoza; y la de DOCE AÑOS DE PRISIÓN e INHABILITACIÓN ABSOLUTA PERPETUA, accesorias legales por igual tiempo de la condena y costas de la instancia anterior aplicada por el referido tribunal a Dardo MIGNO PIPAON. Asimismo, **CONDENAR** a Eduardo SMAHA BORZUK por el delito de allanamiento ilegal de domicilio previsto en el art. 151 del Código Penal en perjuicio de Arturo Elías Rodríguez y Marta Godoy en calidad de autor directo, en concurso real con los delitos por los que viene condenado; manteniendo a su respecto la pena de PRISIÓN PERPETUA e INHABILITACIÓN ABSOLUTA PERPETUA, accesorias legales por igual tiempo de la condena y costas impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 1 de Mendoza.

IV. TENER PRESENTE la reserva del caso federal formulada por la defensa.-

Por mayoría:

V. HACER LUGAR al recurso de casación de fs. 548/562, deducido por el Fiscal General Subrogante, doctor Dante Marcelo VEGA, sin costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.), en lo tocante al agravio dirigido contra la absolución de Paulino Enrique FURIO ETCHEVERRI respecto de los delitos de privación abusiva de la libertad agravada por haber mediado violencia y amenazas en concurso real con homicidio doblemente calificado por alevosía y por el concurso premeditado de dos o más personas, cometidos en perjuicio de Jorge del Carmen Fonseca (arts. 80 incs. 2 y 6, 144 bis inc. 1º y art. 142 inc. 1º -texto conforme ley 14616 y 20642- del C.P.); y, en consecuencia:

VI. CASAR el decisorio que viene recurrido, y **CONDENAR** a Paulino Enrique FURIO ETCHEVERRI como autor penalmente responsable de los delitos de privación abusiva de la libertad agravada por haber mediado violencia y amenazas en concurso real con homicidio doblemente calificado por alevosía y por el concurso premeditado de dos o más personas, cometidos en perjuicio de Jorge del Carmen Fonseca, los que a su vez concurren materialmente con el de asociación ilícita por el que se dicta su condena en el punto dispositivo III de la presente resolución, a la pena de PRISIÓN PERPETUA e INHABILITACIÓN ABSOLUTA PERPETUA, accesorias legales por igual tiempo de la condena y costas de la instancia anterior (arts. 12, 29 inc. 3º, 45, 55, 80 incs. 2 y 6, 144 bis inc. 1º y art. 142 inc. 1º - texto conforme ley 14616 y 20642- del C.P., 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese y remítase al Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 1 de Mendoza, quién deberá notificar personalmente a los imputados, sirviendo la presente de atenta nota de envío. Adelántese vía fax la parte de dispositiva de la presente al tribunal mencionado. Oportunamente, devuélvase.

MARIANO HERNÁN BORINSKY

JUAN CARLOS GEMIGNANI

GUSTAVO M. HORNOS

Ante mí: