

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.438

//la ciudad de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 22 días del mes de noviembre de 2012, se reúne la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por el doctor Raúl R. Madueño como Presidente, y los doctores Luis María Cabral y Eduardo Rafael Riggi como Vocales, a los efectos de resolver los recursos de casación interpuestos por las defensas y el fiscal en esta causa n° 14.763 caratulada: "Menéndez, Luciano Benjamín y Albornoz, Roberto Heriberto s/recurso de casación", de cuyas constancias **RESULTA:**

-I-

Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, tuvo por acreditado que "...el día 20 de mayo de 1976 se produjo un allanamiento antijurídico por parte de fuerzas militares y policiales, en horas cercanas al mediodía, en el domicilio de calle Azcuénaga 1816/1820 de la ciudad de San Miguel de Tucumán. Las fuerzas de seguridad ingresaron en el domicilio y ejecutaron a las personas que se encontraban en el mismo y a una persona que logró escapar y la interceptaron y ejecutaron llegando a la iglesia Montserrat" (fs. 2.305 vta./2.306 vta.).

"En el domicilio mencionado vivía María Alejandra Niklison, Gerardo Romero y la hija de ambos, de un año y medio aproximadamente de edad, María Alejandra Romero Niklison. El día del allanamiento se encontraban en la vivienda, en una reunión de carácter político, María Alejandra Niklison,

Fernando Saavedra, Juan Carlos Meneses, Atilio Brandsen y Eduardo González Paz (según testimonio de Gerardo Romero y Nora Graciela Angela Spagni de González Paz)."

"Las personas que se encontraban reunidas pertenecían a la agrupación política Montoneros (conforme relato de los testigos Gerardo Romero, Alejandra Romero Niklison, Alberto Saavedra y Estela Fontanarrosa, también sobre el desarrollo de una actividad política de las víctimas, contestataria del régimen establecido se pronunciaron los testigos Stratta, Clarisa, Patricia y Carlos Alberto Niklison, Cristina Barrionuevo, Hugo Sanchez, Juan Carlos Clemente, Gustavo Herrera, Estela Fontanarrosa, María Paula Gonzalez Paz, Adolfo Francisco Meneses y Spagni de Gonzalez Paz)."

"El día en que ocurrieron los hechos, Gerardo Romero había salido con su hija cerca del mediodía para encontrarse con un compañero. Al regresar a su casa, aproximadamente a los 20 minutos, vio que las calles aledañas a su domicilio eran objeto de un fuerte operativo policial y militar. Al querer aproximarse a su vivienda, una vecina, golpeándole el capó del auto le dijo que se detuviera y que se fuera porque habían tirado bombas contra una casa, que habían entrado a ella y que habían matado a todos los ocupantes, y que inclusive a uno lo habían matado llegando a la iglesia que estaba cerca, sobre calle Viamonte."

"Quedó acreditado que el operativo se llevó a cabo con la participación conjunta de las fuerzas de seguridad

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.438

militares y policiales, incluso personal de las fuerzas de seguridad vestido de civil, con despliegue de personal en la manzana de la vivienda y en sus adyacencias, conforme surge de las declaraciones de los testigos en la audiencia. El testigo Sangenis manifestó que encontrándose cumpliendo funciones como enfermero en la división sanidad de Jefatura de Policía de Tucumán, en dicha dependencia se recibió una llamada telefónica que informaba que debían dirigirse al domicilio de calle Azcuénaga porque allí había un enfrentamiento. Al llegar, alrededor del mediodía, advirtió un fuerte operativo militar y policial que rodeaba la casa y las inmediaciones de la misma. Reconoció en el lugar al comisario Albornoz, perteneciente a la Jefatura de Policía de la Provincia de Tucumán, y como parte de las fuerzas militares, al oficial González Naya integrante de la V Brigada de Infantería del Ejército, y personal policial vestido de civil, con pasamontañas, portando armas. Asimismo, el testigo Gerardo Alfredo Romero manifestó que al llegar a la esquina de Viamonte y Azcuénaga con su vehículo pudo ver una gran cantidad de soldados uniformados, un camión del ejército y otros autos, y personal de lo que era la "patota policial". La testigo Marta R. Moreno, también relató que había personal de las fuerzas de seguridad uniformado en la calle y el testigo Pulido manifestó que al terminar el operativo quedó custodiando la casa personal policial. Es coincidente también el testimonio de Reinaldo Argentino Contreras quien manifestó que había

personal policial y militar, y policías que estaban de civil, entre los que identificó a Luciano García y a otro de nombre Calderón. También se corresponde con la información publicada en los diarios El Litoral -días 21 de Mayo y 01 de Junio de 1976- obrante a fs. 1612 y 1613; La Gaceta -días 22 y 28 de Mayo y 01 de junio de 1976- obrante a fs. 1483/1485; y La Nación -días 01 de Junio de 1976- obrante a fs. 1488.-"

"En este operativo fueron ejecutadas las cinco personas que estaban reunidas en el domicilio, cuatro de ellas -María Alejandra Romero Niklison, Juan Carlos Meneses, Atilio Brandsen y Eduardo González Paz- en dicho lugar y la quinta -Fernando Saavedra- llegando a la iglesia Montserrat."

"Quedó acreditado en la audiencia que las cinco víctimas murieron como consecuencia de fusilamientos realizados por fuerzas de seguridad militares y policiales."

En virtud de ello, en lo que aquí interesa, resolvió:

"**I)** No hacer lugar al planteo de nulidad de la totalidad del proceso formulado por las defensas técnicas de los imputados Roberto Heriberto Albornoz y Luciano Benjamín Menéndez (...)."

(...)

"**IV)** Condenar a Luciano Benjamín Menéndez (...), a la pena de prisión perpetua e inhabilitación absoluta y perpetua, accesorias legales por igual tiempo que el de la condena y costas, por ser autor mediato penalmente responsable de la comisión de los delitos de violación de domicilio (...);"

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.438

homicidio doblemente agravado por alevosía y por el concurso premeditado de dos o más personas (Art. 80, incs.2 y 4 del Código Penal Vigente al tiempo de comisión de los hechos, conforme leyes 11.179 y 20.642) en perjuicio de María Alejandra Niklison, Fernando Saavedra, Juan Carlos Meneses, Eduardo González Paz y una persona nominada como Atilio Brandsen; en concurso real (...) calificándolos como delitos de lesa humanidad (...) ...; unificándose la pena precedentemente impuesta con la dictada por este Tribunal en causa "Vargas Aignasse, Guillermo s/secuestro y desaparición" (expte. V-03/08) de fecha 4 de septiembre de 2008 donde se lo condenara a la pena de prisión perpetua e inhabilitación absoluta y perpetua, accesorias legales por igual tiempo de condena y costas, por ser coautor material penalmente responsable de la comisión del delito de asociación ilícita (art. 210 del Código Penal), y coautor mediato penalmente responsable de la comisión de los delitos de violación de domicilio (arts. 151 del Código Penal) y privación ilegítima de la libertad agravada (art. 144 bis y 142 inc. 1º del Código Penal) en concurso ideal (art. 54 del Código Penal); imposición de tormentos agravada (art. 144 del Código Penal); homicidio agravado por alevosía, por el concurso premeditado de dos o más partícipes y con el fin de lograr impunidad (art. 80 incs. 2, 3 y 4 del Código Penal vigente al tiempo de comisión de los hechos, conforme a la corrección de la ley fe de erratas 11.221 y a la ley 20.642); todo en concurso real (art.55 del

Código Penal) calificándolos como delitos de lesa humanidad (...), los cuatro últimos delitos en perjuicio de Guillermo Claudio Vargas Aignasse; resultando como pena única la de prisión perpetua e inhabilitación absoluta y perpetua, accesorias legales por igual tiempo que el de la condena y costas...”

“**V)** Condenar a Roberto Heriberto Albornoz (...), a la pena de prisión perpetua e inhabilitación absoluta y perpetua, accesorias legales por igual tiempo que el de la condena y costas, por ser autor mediato penalmente responsable de la comisión de los delitos de violación de domicilio (...); homicidio agravado por alevosía y por el concurso premeditado de dos o más personas (Art. 80, incs.2 y 4 del Código Penal vigente al tiempo de comisión de los hechos, conforme la ley 11.179 y a la ley 20.642) en perjuicio de María Alejandra Niklison, Fernando Saavedra, Juan Carlos Meneses, Eduardo González Paz y una persona nominada como Atilio Brandsen; en concurso real (...) calificándolos como delitos de lesa humanidad ...”

“**VI)** Diferir el pronunciamiento sobre la forma de cumplimiento de la pena de prisión impuesta a Luciano Benjamín Menéndez y a Roberto Heriberto Albornoz para la etapa de ejecución (libro V del C.P.P.N.), manteniéndose hasta ese momento la modalidad de cumplimiento de la prisión preventiva vigente en autos; disponiéndose la custodia de la Policía Federal.”

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.438

-II-

Contra dicha sentencia interpusieron recursos de casación el señor defensor público oficial, doctor *Ciro Vicente Lo Pinto*, y el señor defensor público oficial Ad-hoc, doctor *Edgardo Adolfo Bertini*, asistiendo a los imputados *Roberto Heriberto Albornoz* y *Luciano Benjamín Menéndez* (fs. 2392/2438) y el señor Fiscal subrogante, doctor *Leopoldo Oscar Peralta Palma* (fs. 2362/2391), los que concedidos fueron mantenidos en esta instancia a fs.2478, 2483 y 2485.

-III-

1. a) En primer término, el señor Fiscal impugnó la calificación realizada a los delitos imputados como delitos de *lesa humanidad*, solicitando sean subsumidos en el tipo del derecho penal internacional de genocidio.

A tal efecto señaló que el delito de genocidio es de carácter permanente, por lo que resulta indiferente para esta subsunción legal la prueba directa acerca de la participación de los acusados, en la "matanza" de las víctimas, si está demostrada la actuación de los represores durante el período de realización de los hechos.

Subrayó que nuestro país, al adherir a la II Convención de la Haya de 1899 mediante ley 5.082, reconoció por primera vez para el derecho interno la obligatoriedad inderogable de la sanción establecida para los crímenes de guerra por imperio de la "regla Martens".

En respaldo a ello, añadió que la regla se reiteró en la IV Convención de la Haya de 1907, siendo luego introducida en términos similares en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 que Argentina -nuevamente- ratificó mediante decreto-ley 14.442. A su vez, continuó, al adherir a la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, el estado argentino ratificó la vigencia de la mencionada regla (arts. 43 y 53 de la Convención).

En este sentido, luego de describir el perfil de las víctimas indicó que la doctrina y jurisprudencia internacionales considera que el carácter cualificado del genocidio, respecto al delito de lesa humanidad, reside en la finalidad de los perpetradores de destruir un grupo humano entre la población de un país.

b) Como segundo argumento impugnativo solicitó la anulación del diferimiento para la etapa de ejecución de sentencia de la determinación o modalidad de cumplimiento de la pena y el mantenimiento, en consecuencia, del arresto domiciliario.

Para ello, aclaró que al momento de requerir la condena a prisión perpetua solicitó expresamente que se haga efectiva y se cumpla en la Unidad Penitenciaria de Villa Urquiza.

De este modo, refirió que la gravedad de los delitos cometidos obliga a aplicar una normativa acorde con los estándares jurídicos internacionales. Por lo que señaló que no

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.438

debe olvidarse que los delitos cometidos se encuentran comprendidos dentro del delito internacional de genocidio.

En respaldo a su solicitud, indicó que la sentencia condenatoria es aquélla que admite la pretensión punitiva, siendo consecuencia de esa admisión la imposición de pena, "...cuya fijación constituye un deber inexcusable del tribunal al emitir el pronunciamiento condenatorio, debiendo en ese acto determinarla en su especie, su monto y modalidad ejecutiva, motivando contemporáneamente las razones justificantes de esa determinación."

A ello agregó "...no debe confundirse con la facultad que el art. 495 segundo párrafo, le asigna al tribunal de juicio para diferir la ejecución de la pena cuando el condenado se encuentre gravemente enfermo. Tal situación no se verifica en el presente expediente ni se encuentra acreditada."

Bajo este orden de ideas, añadió que más allá de que los imputados de autos continúen gozando del estado de inocencia hasta tanto la sentencia condenatoria dictada adquiera firmeza, el alto grado de verosimilitud del derecho que tal condena importa; las circunstancias probadas con relación al nivel de participación criminal de los encartados, la actividad remanente de la estructura de poder represor a nivel nacional y local; su consecuente riesgo para víctimas y testigos como así también la vulnerabilidad del régimen de prisión domiciliaria advertido en autos, resultan elementos

objetivos de suma trascendencia que debieron ser valorados por el tribunal al momento de determinar la modalidad de cumplimiento de la pena. Todo ello, concluyó, permite concluir en que existen evidentes y concretos riesgos procesales de fuga y entorpecimiento de la investigación.

Finalmente, entendió que resulta frustrante que una persona condenada a prisión perpetua, con sentencia firme y que se encontraba cumpliendo su condena en la modalidad de arresto domiciliario, siendo custodiado por la Policía Federal, a partir de la confirmación de la sentencia, deja de ser custodiado por una fuerza de seguridad para ser supervisado por un patronato de liberados o servicio social calificado.

Así solicitó se casen los puntos dispositivos IV, V y VI de la sentencia recurrida, dictándose un nuevo pronunciamiento conforme a la ley y doctrina señalada previamente.

2. Las defensas, por su parte, impugnaron la resolución por falta de motivación suficiente, entendiendo que el material probatorio fue valorado en forma parcial, arbitraria y antojadiza.

En ese sentido, afirmaron que lo expuesto por los testigos durante la audiencia de debate no se condice con la transcripción efectuada en la sentencia, alegando que los testimonios fueron "moldeados" por el tribunal a fin de que resulten incriminatorios contra sus asistidos.

Criticaron la ausencia de ponderación de la

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.438

clandestinidad y el armamento con el que se manejaban las víctimas, señalando además que resulta contradictorio que por un lado no se haya aportado ningún testigo que haya presenciado los hechos, ni que haya sido vecino de la zona; y que por el otro, la querrela afirme que algunos vecinos aseveraron haber visto parte de los hechos.

Manifestaron que no surge de la sentencia la acreditación y demostración de la realización de una conducta típica por parte de sus asistidos, como así tampoco la determinación de modo, tiempo y lugar de esos actos. Remarcaron que la falta de comprobación de una cadena de mandos en la que los imputados -en particular Albornoz- participaron, evidencia el incumplimiento de una debida fundamentación, pasible de ser sancionado con la nulidad.

"Así, la resolución impugnada arrastra los defectos y deficiencias que esta defensa denunció en reiteradas oportunidades respecto a que el requerimiento de elevación a juicio era incompleto, que faltaba investigación, respecto a la averiguación de la plataforma práctica, la dilucidación del desarrollo de los hechos y las imputaciones para los autores tanto inmediatos como mediatos."

Por otra parte solicitaron la nulidad por ausencia de secuestro del armamento consignado a fs. 221/2 y 225. Fundó su impugnación en que del acta de fs. 1043 no surge que haya sido remitido al Tribunal el secuestro consistente en armas,

municiones y explosivos hallados en el inmueble de la calle Azcuénaga 1816/20 el día del suceso. Al respecto, manifestaron que la falta de exhibición del secuestro no sólo constituye una contradicción con el principio de inmediación que debe primar en el debate oral, sino que además incidió directamente sobre la producción de la prueba pericial ofrecida por la defensa.

En ese sentido agregaron, "Tampoco la resolución judicial impugnada hace consideración de los disparos que fueron vistos en la casa cuando se llevó a cabo la inspección ocular y de la existencia del escondite o sótano que en el piso de la casa se observó."

Lo descripto, -según razonaron- reafirma que la investigación penal preparatoria estaba inconclusa e incompleta y que la fijación del debate oral resultó apresurada.

Por otra parte, en referencia a la participación del doctor Pérez Villalobo, reiterando los planteos expuestos ante el tribunal, solicitaron la anulación de lo resuelto por parcialidad manifiesta del sentenciante.

Finalmente, requirieron la nulidad por incumplimiento de la prohibición de presencia de menores en la sala de audiencias (art. 364 del Código Procesal Penal de la Nación).

En ese sentido, señalaron que no sólo no se encuentran previstas excepciones para la normativa señalada, sino que, además, no se realizaron las diligencias procedimentales, ni se utilizaron las herramientas legales idóneas para dejar de lado la prohibición.

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.438

-IV-

1. Que durante el término previsto en los arts. 465 - cuarto párrafo- y 466 del C.P.P.N., el doctor Raúl Plée, Fiscal General ante ésta Cámara Federal de Casación Penal, sostuvo los agravios del recurso de casación interpuesto por su colega en la anterior instancia.

De este modo, consideró que debe analizarse en el presente caso el riesgo procesal que el arresto domiciliario implica bajo los mismos parámetros que la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció en los casos de excarcelación. Para ello entendió que el presente caso reviste de gravedad institucional suficiente -en virtud del posible incumplimiento de la sentencia condenatoria- que justifica la revocación del arresto domiciliario concedido oportunamente.

En relación al recurso de casación interpuesto por la defensa indicó que no sólo no se advierten los vicios in iudicando e in procedendo señalados por ésta, sino que además el recurso intentado resulta una reedición de los razonamientos desarrollados en la etapa previa, los que a su criterio se encuentran correctamente rebatidos.

Expresó también que contrariamente a lo sostenido por la defensa, los hechos materia de investigación se cometieron en circunstancias tales que permiten la tipificación de las conductas como delitos de lesa humanidad, debiendo respetarse la regla cuarta de la acordada 1/12 de esta Cámara Federal de

Casación Penal por la que se solicita se evite la reiteración de la tarea de acreditación de los hechos notorios no controvertidos.

Por otra parte, en torno a la autoría de los dos condenados destacó que ambos son responsables del destino de las víctimas, toda vez que Luciano Benjamín Menéndez pertenecía dentro del engranaje al grupo de personas en escalas superiores, con un alto poder de decisión y mando; mientras que Roberto Heriberto Albornoz se ubicaba en un "segundo nivel" o "jerarquía intermedia" dado que ejercía el control e impartía órdenes en el ámbito del centro clandestino de detención que funcionó en la ex jefatura de Policía, a la vez que recibía instrucciones y se reportaba periódicamente con la jerarquía militar.

2. Por su parte en la misma oportunidad procesal, las defensas ante esta instancia de los condenados Luciano Benjamín Menéndez y Roberto Heriberto Albornoz reforzaron los agravios planteados en el recurso impetrado.

Así, señalaron que no se mencionó ni en los requerimientos de elevación a juicio ni en la sentencia, cual fue el "aporte", "conducta" o "actividad" en forma de "acción", "omisión" u "orden" que hubieran efectuado Menéndez y Albornoz en los casos objeto de este proceso, impidiéndose el efectivo ejercicio del derecho de defensa material y técnico.

Consideraron de este modo que el Tribunal manipuló las diversas teorías de atribución de responsabilidad con el

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. Nº 20.438

fin de obviar la descripción del aporte realizado por sus asistidos, llegando a una conclusión absurda y violatoria del principio de congruencia.

En este sentido, remarcaron que se modificó la actividad atribuida, toda vez que la imputación era "haber ordenado la comisión de los homicidios" y, contrariamente a ello, el tribunal concluyó que los imputados, por ser garantes, debieron haber evitado aquellos homicidios.

Bajo este orden de ideas, manifestaron que la defensa relativa a la autoría giró alrededor de la ausencia de prueba sobre la existencia de la orden concreta que pudieron haber emitido los imputados de matar a las víctimas de autos, pero conforme surge de la sentencia, aquellos no impartieron la orden sino que, en realidad, no evitaron los homicidios.

Por otra parte, solicitaron la declaración de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua en función de la edad de los imputados (Menéndez 84 años y Albornoz 80 años) toda vez que se veda el derecho al transitar por las diferentes etapas del régimen de la progresividad penitenciaria.

Destacaron en ese sentido, que en conformidad con el art. 13 del Código Penal, recién una vez transcurridos 20 años de encierro sus asistidos tendrían la posibilidad de acceder a la última etapa de régimen de la progresividad penitenciaria, por lo que aquellos tendrían más de 100 años de edad para aquél

momento, tornándose imposible que el ciclo de vida les permita gozar de ese derecho.

Sin perjuicio de ello, instaron la nulidad de las penas fijadas, por ausencia de fundamentación (arts. 40 y 41 del Código Penal).

Finalmente, entendieron que el recurso interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal debe ser declarado inadmisibile por carecer de la fundamentación requerida en el art. 463 del Código Procesal Penal de la Nación.

-V-

Que superada la etapa prevista en el art. 465 -quinto párrafo- del C.P.P.N., en la que ambas partes presentaron breves notas; las actuaciones quedaron en condiciones de ser resueltas.

-VI-

Que por haber concordancia de opiniones se efectuará un único voto conjunto.

1. Recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal.

El recurso interpuesto por el representante del ministerio público fiscal efectúa dos críticas concretas. En primer lugar, considera que la calificación de lesa humanidad asignada a los hechos por el *a quo* debe ser sustituida por la de genocidio, y, en segundo término, solicita que el pronunciamiento sobre la modalidad de ejecución de la pena impuesta a los condenados no sea diferido para la etapa de

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.438

ejecución.

Cabe destacar que el art. 458 del Código Procesal Penal de la Nación impone una limitación objetiva que sólo permite a este Tribunal conocer del recurso interpuesto por el representante de la vindicta pública cuando en la sentencia condenatoria, se haya impuesto una pena privativa de libertad inferior a la mitad de la requerida por el representante del Ministerio Público Fiscal (inc. 2º del art. 458 del Código Procesal Penal de la Nación).

A pesar de no haber sido cuestionado por la parte, corresponde mencionar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ratificado la plena vigencia constitucional del artículo 458 del Código Procesal Penal de la Nación en la inteligencia de que la norma prevista por el art. 8, párrafo 2, inciso h), de la Convención Americana de los Derechos Humanos – que posee jerarquía constitucional a partir de la Reforma de nuestra Ley Suprema en el año 1994–, sólo ha sido establecida en beneficio del inculpado, siendo voluntad del constituyente rodear a este sujeto de mayores garantías con respecto al Ministerio Público –órgano del Estado a quien no puede considerárselo ‘persona’ destinataria del beneficio–, salvo que se de un supuesto de arbitrariedad manifiesta que en la especie no se verifica (C.S.J.N. A.450 XXXII “Arce, Jorge Daniel s/ recurso de casación”, rta. el 14/10/97).

En el caso de autos, Luciano Benjamín Menéndez y

Roberto Heriberto Albornoz fueron condenados a la pena de prisión perpetua, por lo que la intervención de este tribunal, a la luz de lo previamente descripto, se encuentra vedada.

Sin perjuicio de ello, y con el fin de dar una acabada respuesta al recurrente, resulta menester recordar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido conteste al señalar en un sentido contrario al pretendido por la parte, no sólo que la categoría de crímenes de lesa humanidad pertenece actualmente a nuestro derecho, sino que también lo hacía al momento de los hechos objeto de estudio.

En oportunidad de resolver en las causas "Arancibia Clavel" (Fallos 327:3312) y en "Gualtieri Rugnone de Prieto" (Fallos: 322:1769), el máximo tribunal expresó que los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos, pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el artículo 118 de la Constitución Nacional.

Por lo demás, el tribunal ha tenido por acreditado que los hechos investigados en estas actuaciones han sucedido en un marco de ejecución "...en forma generalizada y por un medio particularmente deleznable cual es el aprovechamiento clandestino del aparato estatal. Ese modo de comisión favoreció la impunidad, supuso extender el daño directamente causado a

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.438

las víctimas, a sus familiares y allegados, totalmente ajenos a las actividades que se atribuían e importó un grave menoscabo al orden jurídico y a las instituciones creadas por él..." (Fallos: 309:33).

Por lo que los delitos que aquí se imputan cometidos en el marco de ese ataque generalizado contra la población, encuadran en la categoría de lesa humanidad (ver Estatuto constitutivo del Tribunal Militar de Nüremberg, art. 6 c); artículos terceros de las cuatro Convenciones de Ginebra, Ley 14.467; Estatuto del Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia, art.5; Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda; Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 7º -ley 25.390-).

Ello así toda vez que según ha sido definido ya en la causa n° 13/84 de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal (Fallos: 309:5) el contexto histórico al cual se ciñeron las acciones aquí juzgadas, la conclusión aparece a todas luces lógica, racional y al resguardo de los embates casatorios erigidos a su respecto por el aquí recurrente.

En este sentido, la nítida línea jurisprudencial trazada sobre el tema por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación no puede ser desatendida, pues resulta indispensable para la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones (Fallos: 326:417), sabido es que si bien los

fallos de la Corte sólo deciden en los procesos concretos sometidos a su conocimiento y no resultan obligatorios para casos análogos, también es cierto que los tribunales inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllos en virtud de la autoridad institucional que los mismos revisten, resultando necesario para poder apartarse de los mismos el aporte de nuevos argumentos que justifiquen la modificación de las posiciones sustentadas en ellos (cfr. en igual sentido, causa nº 11.490, "Rearte, Diego Daniel s/rec. de casación, reg. nº 14.671 de esta Sala I –con diferente integración–, rta. el 05-10-09), circunstancia que no se advierte en caso de autos y que torna insustanciales los planteos invocados por el recurrente.

Por otra parte, en relación a la segunda crítica efectuada por el señor Fiscal corresponde poner de resalto que el diferimiento de la decisión sobre la modalidad de cumplimiento de las condenas impuestas para la etapa de ejecución, concuerda con lo sostenido por este Tribunal *in re* "Videla, Jorge Rafael s/recurso de casación" (causa nº 14.571, reg. nº 19.679, rta. el 22/6/2012) y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Olariaga, Marcelo Andrés s/causa 35/03 (Fallos: 310:1797), es que conforme surge de los fallos citados "...la expresa indicación del procesado de recurrir ante el tribunal impide considerar firme al pronunciamiento...", y que, en ese sentido, "...los jueces anteriores en jerarquía confundieron la suspensión de los efectos –que hacen a la

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.438

ejecutabilidad de las sentencias- con la imputabilidad –propia de la cosa juzgada- que recién adquirió el fallo condenatorio [...] con la desestimación de la queja dispuesta por este Tribunal...".

No obstante lo descripto, conforme fue analizado al inicio del presente punto, por razones de política legislativa se ha excluido del conocimiento del Tribunal los asuntos que no contienen un agravio considerable mediante el art. 458 del C.P.P.N., por lo que corresponde declarar mal concedido el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas (arts. 444, 530 y 532 del Código Procesal Penal de la Nación) debiendo aclararse que no obsta a esta decisión el hecho de que la causa ya hubiera superado la etapa prevista en el art. 465, párrafo cuarto, CPPN. En efecto, tiene dicho la Sala que el juicio de admisibilidad que prevé el art. 444 del C.P.P.N., no es definitivo y si se considera que el recurso es formalmente improcedente y ha sido mal concedido podrá desecharse sin que medie pronunciamiento sobre el fondo en cualquier momento, ya sea antes o después de la audiencia para informar o al tiempo de dictar sentencia (Cfr. De la Rúa, Fernando - "La casación penal. El recurso de casación penal en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación", págs. 241/242, Ed. Depalma) - ("Rojas Espinoza, Edgar Roger s/ recurso de casación", causa n° 15.457, reg. 19.930, rta. el 22/8/12).

2. Recusación.

a) Las defensas públicas solicitaron la nulidad de la resolución por la cual se rechazó la recusación del doctor José María Pérez Villalobo.

En ese sentido, refirieron que resulta evidente la postura ideológica del magistrado que da cuenta de una parcialidad que hace presumir un prejuizgamiento.

Fundaron el temor de parcialidad en su participación en una "Marcha por la memoria", el 24/3/2009, en la ciudad de Córdoba y el agregado a una de las fórmulas usuales de juramento la manifestación "por la memoria de los caídos en Trelew" al momento de asumir el cargo de Juez del Tribunal Oral Federal Nº 2 de la ciudad de Córdoba.

Esta parcialidad, la entendieron evidenciada a lo largo del desarrollo del debate a través de las preguntas indicativas y las manifestaciones poco imparciales hacia los testigos que se presentaron en las audiencias.

b) En primer término, resulta menester señalar que los cuestionamientos efectuados por las partes recurrentes resultan manifiestamente improcedentes por cuanto consintieron las resoluciones ahora criticadas al no hacer uso de las vías legales correspondientes para garantizar la solución pretendida.

En efecto, no se advierte que los agravios planteados encuentren sustento en las causales taxativamente previstas por el art. 55 del C.P.P.N.

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.438

Es que al confrontar la doctrina que impera en materia de recusación por la supuesta parcialidad del juez interviniente, con los hechos que motivaron el citado planteo, se concluye que, más allá de la invocación de garantías constitucionales vulneradas, no se han señalado concretamente ni han sido advertidas por este Tribunal irregularidades en el trámite de la causa que demuestren que el integrante del tribunal de juicio hubiera incurrido en parcialidades, como para proceder a su apartamiento.

Ello decide el rechazo del remedio intentado debido a la falta de fundamentación que ostenta, circunstancia que no puede ser soslayada con sustento en la doctrina que emerge del precedente "Llerena" que no guarda relación alguna con el supuesto aquí planteado.

Sentado cuanto precede y, teniendo en cuenta que las causales de recusación y excusación de los jueces deben ser interpretadas restrictivamente (Fallos: 319: 758; y 326: 1512; y en igual sentido, 310:2845), corresponde concluir en que el recurso de casación articulado no cumple con los requisitos de fundamentación exigidos por el art. 463 del código de forma y la constante jurisprudencia de esta Cámara, en tanto los impugnantes no rebatieron adecuadamente los argumentos expuestos en la decisión del *a quo* ni lograron conmovir la doctrina sentada por la Corte Suprema y seguida por esta Cámara, circunstancia que implica el rechazo de los remedios

articulados.

3. Nulidad por presencia de menores de edad en la audiencia de debate (art. 364 del Código Procesal Penal de la Nación).

a) Las defensas solicitaron la nulidad de la sentencia por haber sido -las audiencias de debate- presenciadas por los menores de edad Santino y Camilo Bravi y Emilia Alejandra Coutaz, hijos de la querellante María Alejandra Romero Niklison.

En ese sentido argumentaron que no sólo no se corrió vista al asesor de menores sino que, además, no se pudo examinar si el padre biológico de los dos niños, en ejercicio de la patria potestad, tuvo conocimiento de la solicitud efectuada por María Alejandra Romero Niklison.

Estimó además que la autorización dispuesta por el tribunal respecto de la permanencia de los menores a partir de la etapa procesal de los alegatos, permite inferir que "...el tribunal sabía -de antemano, antes que se inicie el debate- cual iba a ser el curso del proceso y cual el resultado de la sentencia, por cuanto que el contenido de la misma no iba a angustiar a los menores. Ello permite traslucir un resultado triunfalista para la querella, situación que conduce a un cierto prejujuamiento escudriñado con la no aplicación del art. 364 del CPPN."

b) En respuesta a ello cabe mencionar que si bien el art. 364 del Código Procesal Penal de la Nación prohíbe el acceso a la sala de audiencias a los menores de 18 años, no se

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.438

encuentra prevista la sanción de nulidad ante el incumplimiento de la normativa citada.

Sin perjuicio de ello, en respuesta a los planteos efectuados por los impugnantes, debe tenerse en consideración que consta en la causa un informe psicológico favorable con relación a la presencia de los niños en la audiencia, y que el tribunal *a quo* arbitró las medidas necesarias a evitar que los niños resulten expuestos a situaciones angustiantes.

Por otra parte, en torno al prejuzgamiento alegado, corresponde poner de resalto que no se observa, tal como lo sugiere la parte, que el tribunal *a quo* haya tenido de antemano conocimiento sobre el sentido de la sentencia, resultando el planteo realizado una mera discrepancia con lo decidido.

En vista de ello, debe tenerse en consideración lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en torno a que la declaración de la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, pues no procede su declaración en el sólo interés del formal cumplimiento de la ley (Fallos: 295:961; 298:312), siendo inaceptable en el ámbito del derecho la nulidad por la nulidad misma (Fallos: 303:554; 322:507).

Por lo que en virtud de ello y de que las defensas no han señalado el agravio puntual que les pudiera haber causado la presencia de aquellos menores, corresponde rechazar la impugnación aquí efectuada.

4. Indeterminación de los hechos.

a) Las defensas manifestaron que no surge de la sentencia la acreditación y demostración de la realización de una conducta típica por parte de sus asistidos, como así tampoco la determinación de modo, tiempo y lugar de los hechos.

“Así, la resolución impugnada arrastra los defectos y deficiencias que esta defensa denunció en reiteradas oportunidades respecto a que el requerimiento de elevación a juicio era incompleto, que faltaba investigación, respecto a la averiguación de la plataforma práctica, la dilucidación del desarrollo de los hechos y las imputaciones para los autores tanto inmediatos como mediatos.”

b) Con el fin de dar respuesta al planteo aquí efectuado corresponde recordar que el art. 347 del C.P.P.N., impone, bajo sanción de nulidad, que el requerimiento de elevación a juicio debe contener, entre otros aspectos, “...una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos...”. El espíritu de esta norma, no es otro que el de garantizar el derecho de defensa (art. 18 de la Constitución Nacional) proveyendo la plataforma fáctica sobre la que habrá de discutirse el debate y proporcionando un límite que circunscribe el ámbito en el que se desarrollaran todos los sujetos del proceso: defensa del imputado, prueba, discusión y decisión definitiva del tribunal (Francisco D’Albora, Código Procesal Penal de la Nación, Provincia de Buenos Aires, 2009).

En ese sentido, “...el requerimiento es el acto a

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. Nº 20.438

través del cual el acusador concreta objetiva y subjetivamente la pretensión punitiva, describiendo el hecho que da por probado, imputándolo al procesado –al que debe individualizar– y señalando tanto las pruebas de que se vale como el tipo legal en el que subsume el reproche. Con él, queda integrado el objeto procesal del debate..." (Navarro, G. R. y Daray R.R., Código Procesal Penal de la Nación, Análisis doctrinal y jurisprudencial, 2da. Edición, Buenos Aires, 2006, tomo 2, pág. 1011).

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el precedente "Barreto Leiva vs. Venezuela", tiene dicho que "...para satisfacer el artículo 8.2.b. convencional el Estado debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que se da a esos hechos. Toda esta información debe ser expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos. La Corte ha considerado que la puntual observancia del artículo 8.2.b. es esencial para el ejercicio efectivo del derecho a la defensa...".

Los hechos que se investigan en autos, se condicen con el sistema criminal implementado por el último gobierno

militar a partir del 24 de marzo de 1976. Es que a partir del relevamiento, descripción y prueba legal de la causa 13/84 de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, se tuvo por comprobado la existencia y organización del aparato de poder estatal que, a partir de un plan criminal sistemático fundado en una doctrina de actuación, utilizó la fuerza pública del Estado en su conjunto para el logro de los propósitos ideológicos y políticos que la inspiraban (ver en igual sentido esta Sala "Etchecoltaz, Miguel Osvaldo s/recursos de casación e inconstitucionalidad", causa nº7896, reg. 10.488, rta. 18/5/2007, "Arias, Carlos Alberto y Zírpolo, Luis Ángel s/recurso de casación", causa nº13.073 reg. 18.879, rta. el 24/11/2011, entre otros).

Por lo que analizando las críticas efectuadas, cabe destacar que, "Las circunstancias del hecho que pudieran haberse omitido al disponer el procesamiento, sin embargo, no importan necesariamente un apartamiento de la regla y la invalidez de la requisitoria consecuente [Clariá Olmedo, Derecho..., t. III, p. 50, pues pueden agregarse o variarse "...mientras no lo desvirtúen o alteren en grado de mostrar un hecho diverso..."], en tanto no se haya perjudicado la certeza de esa igualdad y se hubiere preservado el derecho de defensa del imputado..."(Navarro, G. R. y Daray, R.R., Código Procesal penal de la Nación, Análisis doctrinal y jurisprudencial, 2da. Edición, Buenos Aires, 2006, tomo 2, pág. 1014).

Por otra parte, la Corte Suprema de la Nación tiene

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.438

dicho "...que es doctrina reiterada de este Tribunal que en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe anular las actuaciones cuando el vicio afecte un derecho o interés legítimo y cause un perjuicio irreparable, sin admitirlas cuando no existe una finalidad práctica, que es razón ineludible de su procedencia.

"En efecto, la nulidad por vicios formales carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal; exige, como presupuesto esencial, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público..." (Fallos: 325:1404).

En virtud de lo descripto *ut supra* no se debe perder de vista que el sentido de la exigencia es la necesidad de una determinación del hecho imputado. En consecuencia, si los hechos siguen siendo determinados, el derecho de defensa no se verá afectado, no advirtiéndose que los imputados hayan sido sorprendidos por la acusación a lo largo del proceso, habiendo tenido numerosas oportunidades para ser oídos respecto de los elementos probatorios en que se apoyaba la imputación.

En ese sentido la Corte Suprema ha establecido como condición para casar el fallo, no sólo la indicación puntual

del elemento sorpresivo que se incluye en él, sino, también, las defensas que se hubieren opuesto de no mediar la sorpresa y, en especial, los medios de prueba omitidos por esta circunstancia (Maier, Julio B. J.; Derecho Procesal Penal, 2da. edición, Bs. As., 2006, Tomo I, pág. 569; ver también fallo 302:482).

Tal es así que quien introduce un planteo nulificante debe invocar el concreto interés que persigue con su declaración no bastando la referencia genérica a la afectación de garantías constitucionales ya que de lo contrario la nulidad se declararía sólo en el interés del formal cumplimiento de la ley, lo que implica un manifiesto exceso ritual incompatible con el buen servicio de justicia.

Por lo demás, cabe destacar que el tribunal de mérito dio una respuesta acabada a las impugnaciones aquí planteadas y toda vez que las defensas no han logrado demostrar cuál fue el elemento sorpresivo y el consecuente perjuicio causado, el planteo no tendrá favorable acogida.

5. Hecho y prueba

a) Superados los planteos nulificantes, deben analizarse ahora las constancias de la causa y las circunstancias que hacen al debate propiamente dicho, conforme con los lineamientos establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: "Recurso de hecho deducido por la defensa de Matías Eugenio Casal en la causa Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa -causa n°

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.438

1681-", rta. el 20/09/05, y atento al deber de esta Alzada de agotar la capacidad revisora en el caso concreto, reconociendo únicamente como límite fáctico aquellos aspectos que surjan directa y únicamente de la inmediación propia del debate

A tal efecto, corresponde mencionar que el tribunal *a quo* tuvo por probado que en el marco del plan sistemático de represión contra la población civil instaurado por las Fuerzas Armadas en marzo de 1976, se produjo con fecha 20 de mayo de 1976 un allanamiento antijurídico por parte de las fuerzas militares y policiales, en horas cercanas al mediodía, en el domicilio de calle Azcuénaga 1816/20 de la ciudad de San Miguel de Tucumán. Al ingresar, miembros de aquellas fuerzas dieron muerte a María Alejandra Niklison, a Juan Carlos Meneses, a Atilio Brandsen y a Eduardo González Paz, mientras que Fernando Saavedra fue ejecutado en las cercanías de la iglesia Montserrat cuando intentaba escapar. Todos ellos -como miembros de la agrupación Montoneros- se encontraban en una reunión de carácter político.

b) Las defensas consideraron que el material probatorio recolectado no fue valorado conforme a las reglas de la sana crítica.

Manifestaron que lo expuesto por los testigos durante el debate fue "moldeado" por el *a quo* a fin de que lo relatado por aquéllos resulte incriminatorio contra sus defendidos.

En ese sentido, señalaron que no fue considerado que

Gerardo Romero -ahora querellante- había alquilado la casa en la que sucedieron los hechos con un nombre y documento falso, ni que él y sus compañeros se manejaban en la clandestinidad y eran "el brazo armado de los Montoneros". En consonancia con ello, adujeron que no se cumple con la descripción del tipo penal objetivo, ya que las víctimas no se encuentran comprendidas dentro de la "población civil".

Desestimaron además el testimonio de María Alejandra Romero Niklison advirtiéndole que ésta al momento de los hechos tenía un año y ocho meses habiendo expresado lo que se enteró por relatos de terceros.

En referencia a la vecina que le habría dicho a Romero que se retirara por lo acontecido en su casa se preguntaron "¿Por qué ni el Ministerio Público Fiscal ni la querrela, procuró identificar a esa vecina a fin de que prestara declaración como testigo? ¿Por qué ni siquiera se hizo referencia a quien era esa vecina?."

Expusieron además que debió ponderarse que en la inspección ocular se comprobó que en el domicilio donde ocurrieron los hechos existe un pozo de 1,50mts. por 1,50mts. con 30 o 40cm de profundidad, lugar en el que, según el perito mecánico armero, pueden caber las armas descritas en el acta de secuestro.

Por otra parte, solicitaron la nulidad de la sentencia por no haberse remitido al tribunal sentenciante el secuestro consistente en: armas, municiones y explosivos (fs.

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.438

221/2 y 225/6) hallados en el inmueble de calle Azcuénaga 1816/1820 el día del suceso.

La impugnación se fundó en la imposibilidad por parte del tribunal de poder observar la abundancia del material secuestrado, dejando de lado así el principio de inmediación y la posibilidad de producción de las pruebas periciales ofrecidas por la defensa, cuestionando además la ausencia de valoración sobre el escondite y los disparos que fueron vistos en la casa cuando se llevó a cabo la inspección ocular.

En ese sentido, expresaron que la ausencia del secuestro demuestra que la investigación penal preparatoria estaba inconclusa e incompleta y que la fijación de la fecha del debate oral resultó apresurada e improductiva para llegar a la verdad real, objetiva e histórica.

En torno al informe médico que da cuenta de las circunstancias en las que se habrían producido las muertes, alegó que lo expresado por el médico legal dr. Ricardo Galdeano permite inferir que la información allí expresada resulta relativa, sin que la querrela, ni el fiscal aportaran elementos nuevos que lleven a determinar con precisión la forma en que se efectuaron los disparos, la manera en que impactaron, la distancia, el tipo de arma, ni las municiones empleadas.

"La sentencia recaída en autos no comprueba en forma contundente que se hayan cumplidos los extremos que exige nuestro código de fondo para que se configure cada tipo penal

ni que el Sr. Roberto Heriberto Albornoz ni Luciano Benjamín Menéndez sean los autores mediatos de los delitos de homicidio y de violación de domicilio. Más aún que no se presentó ningún testigo que haya visto ni al Sr. Albornoz ni al Sr. Menéndez el día 20 de mayo de 1976 en el inmueble de calle Azcuénaga 1816/1820 de San Miguel de Tucumán. Los testigos Alejandro Sangenis y Reinaldo Argentino Contreras dicen que un tal `González Naya´ estaba al frente.”

Reseñaron que Roberto Heriberto Albornoz no era Jefe de la Policía ni subjefe de Tucumán sino que estaba en el D2.

Por otra parte, entendieron que debió tenerse en consideración el relato del testigo Gustavo Enrique Herrera ya que a su criterio resulta revelador en torno a quien podría haber sido el autor material del homicidio de las víctimas.

Finalmente, plantearon que las dos personas imputadas por ser autores mediatos del hecho en cuestión, no pueden ser integrantes de una cadena de mandos, por ser uno militar y el otro perteneciente a la policía de la provincia con funciones a cargo del D2 (inteligencia).

c) Con el fin de realizar un exhaustivo análisis de los planteos impugnatorios descriptos *ut supra* corresponde recordar que el sistema de la sana crítica racional adoptado por el Código Procesal Penal de la Nación exige que las conclusiones a las que se arriba en el resolutorio sean la consecuencia de una valoración racional de las pruebas, respetándose las leyes de la lógica -principios de identidad,

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.438

tercero excluido, contradicción y razón suficiente- de la psicología y de la experiencia común.

El principio de razón suficiente implica que las afirmaciones a que llega una sentencia deben derivar necesariamente de los elementos de prueba que se han invocado en su sustento. Son pautas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia ("Balderramo, Gustavo Adolfo s/recurso de casación", causa n°13.608, reg. 19.331, rta. el 27/3/12 y sus citas).

Al respecto se ha señalado con acierto que el razonamiento empleado por el juez en su veredicto debe ser congruente respecto de las premisas que establece y las conclusiones a que arriba, debiendo expresar por escrito las razones que condujeron a su decisión para posibilitar el control de logicidad (conf. Fernando De La Rúa, "La Casación Penal", Buenos Aires, 1994, págs. 147/148).

En este orden de ideas la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puntualizado que si se verifica que se han ponderado testimonios, prueba de presunciones e indicios en forma fragmentada y aislada, incurriéndose en ciertas omisiones en cuanto a la verificación de hechos que conducen a la solución del litigio, sin haberse efectuado una visión de conjunto ni una adecuada correlación de los testimonios y de

los elementos indiciarios, ello se manifiesta como causal de arbitrariedad con afectación de las garantías constitucionales de defensa en juicio y el debido proceso (Fallos: 311:621 y J.26.XXIII, "Jaurena, Ramón Avelino s/homicidio culposo" - causa nº 1192, del 2 de abril de 1992).

En esta línea de pensamiento, Pietro Ellero en sus reflexiones acerca de la certidumbre en materia criminal explica que la certeza es la persuasión de una verdad, la convicción de que la idea que nos formamos de una cosa corresponde a la misma, puesto que siempre que se tiene por verdadera una cosa, hay certeza de ella, pues se trata de una verdad de tal naturaleza que se impone a la mente sin discusión. Así, la certeza constituye aquel estado del ánimo en virtud del cual se estima una cosa como indudable (Pietro Ellero, De la certidumbre en los juicios criminales, Tratado de la prueba en materia penal, Buenos Aires, mayo de 1998, págs. 21, 33 y 318).

De ahí entonces que si de los elementos de prueba reunidos no se puede llegar inexorablemente a la conclusión descripta en la sentencia, significa una afectación al principio de razón suficiente, lo que provoca su nulidad.

En tal sentido los preceptos sentencia fundada en ley, defensa en juicio y presunción de inocencia que consagran los arts. 18 de la C.N. y 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos como derecho fundamental comprende el de obtener una resolución motivada, que incluye tanto la

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.438

motivación jurídica, como la que se refiere al análisis y valoración de la prueba como exteriorización del fundamento de la decisión adoptada, a la vez que permite un eventual control jurisdiccional; por lo tanto, si el proceso lógico que sirve para fundamentar una conclusión carece de apoyo en las propias circunstancias de la causa, configura un supuesto de arbitrariedad que compromete el veredicto con afectación de la garantía de defensa en juicio en su más amplio contenido ("Balderramo, Gustavo Adolfo s/recurso de casación", causa n°13.608, reg. 19.331, rta. el 27/3/12 y sus citas).

Bajo estos parámetros, en respuesta a lo alegado por las defensas en torno a que lo expuesto por los testigos durante el debate fue "moldeado" por el *a quo* a fin de que lo relatado por aquellos resulte incriminatorio contra sus defendidos, resulta oportuno mencionar que las defensas han tenido oportunidad de repreguntar a los testigos y de plantear las discrepancias que surgieran durante el debate.

Sin perjuicio de ello corresponde destacar que de conformidad con los lineamientos establecidos por la Corte Suprema de justicia de la Nación en el precedente "Casal" (328:3399), al tribunal de casación le está vedado el control de la prueba que dependa en forma directa de la percepción, esto es de los enunciados de inmediación, como consecuencia del juicio público.

Por lo que, se han de desestimar las críticas

dirigidas a la valoración de los testimonios rendidos en la audiencia oral y pública pues la arbitrariedad alegada no puede ser atendida ya que, si bien de acuerdo a la doctrina antes citada, el Alto Tribunal amplió el marco tradicional del recurso de casación, señalando la necesidad de profundizar en esta instancia el análisis de cuestiones de hecho y prueba, agotando al máximo la función revisora, también indicó que las íntimamente asociadas a la inmediación constituyen el límite de lo que no es revisable por este cuerpo.

Es que de conformidad con lo reseñado previamente, la veracidad de las declaraciones testimoniales producidas en la audiencia de debate fue evaluada por los jueces del tribunal oral y les fue otorgada fuerza convictiva suficiente para sustentar la conclusión a la que se arribó, por lo que en función del principio de inmediación no corresponde efectuar una valoración distinta de aquélla que se otorgó a las que se escucharon en la audiencia de debate oral y público.

Asimismo, debe tenerse en consideración que, "...aparte de la persona del testigo, el contenido de su declaración merece también un atento examen: cuanto más verosímiles parezcan los hechos, más en armonía están con el resultado que las demás pruebas y circunstancias de la causa arrojan, y mayor derecho tiene el Juez a prestarles fe..." (Karl Mittermaier, Tratado de la prueba en materia criminal, Argentina, diciembre de 1993, pág. 401).

Superada dicha cuestión, corresponde recordar que el

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.438

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas define a los crímenes de lesa humanidad como aquéllos que "han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso" (art. 3).

Por lo que el hecho de que las cinco víctimas hayan pertenecido a la agrupación política Montoneros, no implica su exclusión de la "población civil" protegida por la comunidad internacional.

Teniendo ello en consideración debe examinarse la existencia o no de un enfrentamiento armado entre las fuerzas del Estado y las cinco víctimas.

A tal efecto corresponde mencionar que el cuestionamiento efectuado por los recurrentes sobre la veracidad de las actas de secuestro de las armas de fs. 247/8 de las que se pudiera llegar a inferir un supuesto enfrentamiento armado, pierde contundencia al advertirse que no se ha registrado, ni la defensa tampoco ha alegado, personal de las fuerzas fallecido o herido.

Es que, conforme se indica en el resolutorio puesto en crisis, el planteo efectuado por las defensas resulta contradictorio toda vez que si bien tales materiales explosivos pueden ser indiciarios de la peligrosidad de las víctimas, la falta de determinación fehaciente de que existan tales

hipotéticas armas genera crisis sobre la autenticidad del presunto secuestro, circunstancia que se reafirma mediante los dichos de Juan Héctor Palacios -quien al momento de los hechos pertenecía al servicio técnico de la Brigada de explosivos dependiente de la Policía- quien declaró: "...es raro que en el acta en la que se lo menciona no aparezca su firma..." (testimonio de fs. 2294 vta., refiriéndose al acta de fs. 247/8).

Sin perjuicio de ello, la existencia o no de armas y explosivos en la casa no conmueve la forma en la que sucedieron los hechos, no encontrándose justificado el actuar desplegado por las fuerzas las que ejecutaron deliberadamente a las personas que se encontraban allí, habiendo podido detenerlas y colocarlas a disposición de la justicia de turno conforme a derecho.

Es por ello que, en respuesta a lo alegado por la defensa, también carece de sentido determinar si dentro del pozo observado en la inspección ocular caben o no las presuntas armas secuestradas.

Por otra parte, no puede perderse de vista lo recordado por el testigo Gerardo Alfredo Romero -esposo de María Alejandra Niklison- quien manifestó que al llegar a las cercanías de su domicilio una vecina le golpeó el capó del auto y le dijo "...que se fuera que habían tirado bombas contra una casa y que habían entrado y matado a todos y a uno lo habían matado llegando a la iglesia que estaba cerca..." (fs. 2276).

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.438

En efecto, nuevamente resulta manifiesta la magnitud ofensiva desplegada durante el operativo ante lo relatado por el testigo Gustavo Enrique Herrera el que respaldó los dichos de Gerardo Alfredo Romero refiriendo que, al regresar del exilio conoció al señor Carlos Alberto Romero (ex policía y al momento de conocerlo empleado de la empresa de su padre), quien le dijo que "...en Echeverría habían hecho un allanamiento y que le tocó entrar a la casa y en el momento que entró vio una mujer alta que se fue corriendo al fondo como para trepar la tapia y `él le dio con la metra´, el testigo le preguntó quién era esta mujer y esta persona le dijo que era linda, rubia, que parecía extranjera, también manifestó que había dos cuerpos que estaban contra un placard, que corrían a los cuerpos con el pie y se robaban la ropa del ropero..." (fs. 2288).

En el mismo sentido el médico Alejandro Sangenis, expresó que estando en la división de sanidad en el cuerpo de gendarmería, recibió una llamada -no acostumbrada- en la que les avisaban que había ocurrido un enfrentamiento en el barrio Echeverría. Que cuando quisieron entrar "González Naya", quien manejaba el operativo, les dijo que no era necesario, alcanzando a ver ropa con perforaciones de bala, impactos de bala en la fachada de la casa y un cadáver en el porche con las piernas hacia afuera, llamándole la atención que no hicieran curaciones ni a los civiles, ni a los de las fuerzas. En ese momento el médico García Latorre -de quien él dependía- le hizo

saber que no le parecía que hubiese existido un enfrentamiento, sino que "había sido por la fuerza" (fs. 2295).

Por lo que difícilmente pueda pensarse en un enfrentamiento armado cuando sólo se observan balas sobre la fachada del domicilio y las pertenencias de las víctimas y donde las únicas muertes recaen sobre la población civil y no sobre el personal de las fuerzas, personal que tampoco ha sufrido herida alguna.

Una vez probada la inexistencia de un enfrentamiento armado entre las víctimas y las fuerzas de seguridad, y habiéndose acreditado la comisión de cinco homicidios, resulta oportuno examinar si participaron o no las fuerzas militares y policiales en el hecho traído a estudio.

A tal efecto es oportuno recordar que conforme lo indicara la Corte Suprema de Justicia de la Nación "...en la década que comienza en 1970 el terrorismo se agudiza en el país en forma concomitante con sucesos acaecidos a nivel continental y aun mundial. (...) En 1975 el gobierno constitucional dictó medidas destinadas a combatirlo, primero en el área de Tucumán (dec. 261/75) y más adelante en todo el territorio nacional (decs. 2770/75, 2771/75, 2772/75). El Consejo de Defensa creado en la ocasión presidido por el Ministro de Defensa e integrado por los comandantes en jefe, dicta la directiva 1/75, para instrumentar el empleo de las Fuerzas Armadas, de seguridad y policiales a fin de detectar y aniquilar las organizaciones subversivas. En lo estratégico se refiere al aparato político-

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.438

administrativo y a los elementos subversivos clandestinos y ostensibles, y se propone convertir al problema en una cuestión de índole policial para 1976. Impone entretanto a las Fuerzas Armadas operar ofensivamente contra la subversión en la que les atribuye una responsabilidad primaria y coordina y enlaza su acción con las restantes autoridades..." (fallos 309:5).

Es que por el decreto 2771 se permitió al "Consejo de Seguridad Interna" creado por el decreto 2770, suscribir convenios con las provincias para que el personal policial y penitenciario quedara bajo su control operacional, mientras que por el decreto 2772 se dispuso que el accionar de las Fuerzas Armadas en la lucha antisubversiva abarcara todo el territorio del país.

"A su vez, los tres decretos que se refieren fueron reglamentados el 15 octubre de 1975 por la Directiva 1/75 del Consejo de Defensa que dispuso que se utilizarían las Fuerzas Armadas, de seguridad y policiales en la lucha antisubversiva. Asimismo adjudicaba al Ejército la responsabilidad primaria en la conducción de las operaciones contra la subversión en todo el territorio de la Nación, la conducción de la comunidad informativa y el control operacional sobre la Policía Federal, el Servicio Penitenciario Federal y las Policías provinciales." (fs.2303 vta.)

Lo cierto es que "La individualización y selección del "enemigo" resultaba de una labor de inteligencia desplegada

por un Consejo denominado "Comunidad Informativa" integrada por miembros de las diferentes fuerzas de seguridad, Inteligencia del Destacamento 142 del Ejército con sede en Tucumán, de la Secretaría de Información del Estado, del Servicio de Información Confidencial de la Policía de Tucumán (SIC) [al que pertenecía Roberto Heriberto Albornoz], de la Delegación Tucumán de la Policía Federal Argentina y por Gendarmería Nacional" (fs.2304 vta.).

La actuación policial en el presente hecho se encuentra además corroborada por lo recordado por el testigo Gerardo Alfredo Romero quien "...vio saliendo de su casa personal policial, supone que eran policías, porque no estaban uniformados, había un camión del ejército y otros autos (...) está bastante seguro que era la patota policial que nunca estaba uniformada, si bien no los identificaba individualmente pero los había visto actuar en varios lugares, por el armamento y la forma de moverse se trataba de la patota..." (fs. 2276/2278 vta.).

A su vez, Juan Carlos Clemente, quien renunció a la policía en el año 1983, manifestó que "...tiene presente comentarios de grupos oficiales, suboficiales de lo que era la patota y escuchó en repetidas ocasiones un comentario de un cabo de apellido Reinoso de apodo Ruchi, que decía que a Mercedes él personalmente le había disparado con un revólver 38, y le había pegado en la cabeza estando ella sentada en el fondo de la casa en el allanamiento en Azcuénaga (...) que cuando

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.438

se refiere a la patota de confidentiales, se refiere a González Naya, al jefe Heriberto Albornoz, había también equipos de guardia, Albornoz era jefe, era el amo y señor de la vida y la muerte de todo el que pasaba por Jefatura, por confidentiales..." (fs. 2283/vta.).

Aún más revelador de la participación de la fuerza policial en el operativo, resulta lo apuntado por el médico Alejandro Sangenis quien puso de resalto que había fuerzas de seguridad de todo tipo, incluso "de civil con pasamontañas" los que cree que pertenecían a confidentiales, que había un fuerte armamento por parte de las fuerzas de seguridad, aclarando que no sólo se veía la fuerza de seguridad policial y recordando que estaba el comisario Albornoz (fs. 2295/vta.).

Finalmente, la duda invocada por la defensa se diluye al considerar lo expresado por Reinaldo Argentino Contreras, quien trabajaba en la repartición policial de la provincia y ejercía la función de secretario de zona capital, el que narró que si bien no recuerda haber visto a Albornoz en el lugar de los hechos, si tuvo conocimiento de que estuvo allí. A ello agregó que tiene entendido que el ejército le daba órdenes a la policía porque González Naya era un supervisor general, habiendo además escuchado hablar del departamento de inteligencia del que alguna vez fue Albornoz jefe (fs. 2296/2297 vta.).

Por otra parte, resultan estériles los argumentos

defensistas en torno a la clandestinidad llevada a cabo en el modo de vida de las cinco víctimas ya que ello no avala el actuar ilícito por parte de las fuerzas, ni alcanza para desvirtuar los sólidos fundamentos expuestos por el tribunal.

Lo mismo sucede con la impugnación efectuada con relación al informe médico de fs. 228 que da cuenta de las circunstancias en las que se habrían producido las muertes, es que allí se menciona que las víctimas fallecieron como consecuencia de numerosos impactos de proyectiles en el cráneo y la cabeza, no resultando trascendente -luego del análisis efectuado sobre el hecho- el tipo de arma, las municiones empleadas y la distancia desde la cual se produjeron los disparos.

En definitiva -aun extremando las posibilidades revisoras de esta Cámara, de conformidad con lo decidido por C.S.J.N. en el fallo "Casal"- en autos no se advierte que se hayan considerado en forma fragmentaria y aislada los elementos de juicio -indicios y presunciones-, o que se haya incurrido en omisiones y falencias respecto de la verificación de hechos conducentes para la solución del litigio, ni se ha prescindido de una visión de conjunto, ni que concurran en el pronunciamiento vicios de fundamentación que lo tornen nulo (Fallos 235:113 y demás precedentes citados por Genaro R. y Alejandro D. Carrió en El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria en la Jurisprudencia de la Corte Suprema, tercera edición actualizada, Tomo I, Buenos Aires, 1995, págs. 88/91).

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.438

Superado ello, en respuesta al planteo esgrimido por las defensas durante el término de oficina respecto a la supuesta modificación de la actividad atribuida a los aquí condenados, corresponde recordar que las acusaciones, tanto de la querrela como de los representantes del Ministerio Público Fiscal siempre versaron sobre la pertenencia de Luciano Benjamín Menéndez y Roberto Heriberto Albornoz a la cadena orgánica de mandos que permitió llevar a cabo el sistema represivo implementado en la provincia de Tucumán del que resultaron víctimas -en el caso de autos- María Alejandra Niklison, Fernando Saavedra, Juan Carlos Meneses, Eduardo González Paz y Atilio Brandsen (ver requerimiento fiscal de elevación a juicio -fs. 830 vta.-, requerimiento de elevación a juicio de la querrela -fs. 919-, acta de debate -fs. 2244/2244 vta. y 2249vta./2250-).

A la luz de aquellas acusaciones, las defensas durante el debate, tuvieron oportunidad de ejercer el derecho de defensa en plenitud conforme se observa a fs.2253 vta. y 2254 vta..

El tribunal por su parte determinó que "la actividad de estos individuos se dirigió sistemáticamente a organizar una estructura que puso en peligro la vida y la libertad de los individuos transformándose posteriormente en resultados típicos -en lo que esta causa se refiere- de violación de domicilio y muerte", por lo que contrariamente a lo sostenido por las

defensas no se advierte que el *a quo* haya modificado la acción atribuida inicialmente (fs. 2322 vta.), como así tampoco se observa, ni la parte describe, en que modo el sentenciante manipuló las diversas teorías de la atribución de responsabilidad con el fin de obviar la descripción del aporte realizado.

Es por ello que Luciano Benjamín Menéndez en su carácter de Comandante del Tercer Cuerpo del Ejército -cuya zona 3 de influencia comprendía, entre otras, la provincia de Tucumán- y Roberto Heriberto Albornoz, por estar a cargo del servicio de inteligencia local, ubicándose en una "jerarquía intermedia" dado que ejercía el control e impartía órdenes en el ámbito del centro clandestino de detención que funcionó en la ex Jefatura de Policía, y a la vez que recibía instrucciones y se reportaba periódicamente con la jerarquía militar, no pueden haber desconocido las políticas ilegales implementadas para la lucha contra la subversión.

En ese sentido, cabe poner de resalto que, conforme fue manifestado por Gerardo Romero, se advierte en los presentes autos la existencia de una tarea de inteligencia previa por cuanto en los quince días previos al hecho aquí investigado, el nombrado recordó que "...pasaba un helicóptero que se quedaba sobre la casa y alumbraban con los reflectores y también hubo unos días antes, dos o tres días antes del hecho, un vehículo policial que de noche bien tarde enfocó la casa en el frente, hubo también una semana antes, un operativo

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.438

rastrillo que hizo el ejército junto con la policía, era el cercado del barrio y revisaban casa por casa buscando elementos que ellos consideraban ilegales pasaron por su casa y no encontraron nada, fue tiempo antes de este hecho..." (fs. 2276).

En cuanto a la mensuración de la pena prevista en los arts. 40 y 41 del C.P., a la luz de lo solicitado por las defensas durante el término de oficina, resulta menester recordar que el sistema de determinación de la pena en nuestro derecho indica que se deben tomar en cuenta las circunstancias atenuantes o agravantes particulares de cada caso (art. 40 C.P.) y valorarlas de acuerdo con las pautas enunciadas por el art. 41 del mismo cuerpo normativo. Este último enumera cuáles son algunos de los criterios decisivos para fijar la pena. El primero de sus incisos se refiere a la naturaleza de la acción, los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y el peligro causados, por su parte el segundo inciso prevé la edad, educación, conducta precedente del sujeto, calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, su participación en el hecho, reincidencias y demás circunstancias que demuestren su peligrosidad (cfr. Ziffer, Patricia, "Lineamientos de la determinación de la pena", Buenos Aires, 2005, pág. 115).

En el caso de autos Luciano Benjamín Menéndez y Roberto Heriberto Albornoz se valieron del aparato estatal, utilizando los agentes, las armas y las instalaciones con el fin de dar cumplimiento al plan sistemático implementado, no

pudiendo obviarse además la magnitud de los hechos y la extensión del daño causado.

Ello, no significa realizar una doble valoración, puesto que ya constituye el fundamento del tipo penal, sino que es necesario a fin de tomar en cuenta las circunstancias para evidenciar la intensidad con que se manifestó el hecho (cfr. Ob. Cit, págs. 130/1).

Sin embargo, conforme lo sostuvo el *a quo*, el homicidio calificado prevé como pena la prisión perpetua, y siendo ésta una pena absoluta que no permite graduaciones se desprende que las defensas sólo exteriorizan su disenso con el criterio valorativo del tribunal de mérito, sin conseguir con ello evidenciar el quebrantamiento preceptivo denunciado, en tanto que no acreditó que la sanción que efectivamente recayó fuera inconciliable con la naturaleza y características de los hechos en cuestión, la personalidad de los acusados y las restantes pautas mensurativas, lo que constituye un obstáculo para considerar su pretensión.

Por lo que en virtud de lo hasta aquí relatado, corresponde rechazar los planteos impugnatorios realizados por las defensas.

-VII-

En cuanto a la solicitud de declaración de la inconstitucionalidad de la prisión perpetua introducida por las defensas en el término de oficina, se advierte que la impugnación a este punto no se encuentra debidamente fundada en

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.438

la medida en que lo exige la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la de esta Cámara, dado que no se ha puesto de manifiesto –salvo discrepancia de las defensas con la citada disposición legal– de qué manera se han violado las garantías constitucionales invocadas, recaudos éstos tanto más exigibles si se repara en que la resolución puesta en crisis exhibe apoyo concurrente en la normativa.

Es que no surge expresamente de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (artículo 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 7º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) incorporados a nuestro ordenamiento constitucional que las previsiones allí establecidas se hallen en pugna con la aplicación de la prisión perpetua, siempre que se respete la integridad física y espiritual de la persona.

En concreto, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels Inhumanos o Degradantes no extiende su ámbito de aplicación a los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas (art. 1, inc. 1, in fine). Mal podría entonces decirse, que la pena de reclusión perpetua puede calificarse como una pena cruel, inhumana o degradante, cuando las penas privativas de la libertad siguen siendo el eje central de todos los sistemas legales vigentes ("Vequi Martínez, Josué s/recurso de casación", Sala I, causa n° 6908,

reg. nº 8944, rta. el 1/6/06; "González Acevedo, Juan José s/recurso de casación e inconstitucionalidad", Sala III, causa nº14.390, reg. nº139/12, rta. el 1/3/12).

Por lo que en virtud de lo previamente reseñado, el planteo efectuado por las defensas no tendrá favorable acogida.

-VIII-

Por todo lo expuesto, y en mérito al acuerdo que antecede, el Tribunal **RESUELVE:**

I) Declarar mal concedido el recurso interpuesto por el señor Fiscal, sin costas (arts. 444, 531 y 532 del Código Procesal Penal de la Nación).

II) Rechazar el recurso de casación interpuesto por las defensas pública oficiales de Luciano Benjamín Menéndez y Roberto Heriberto Albornoz, con costas (arts. 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese en la audiencia del día 30 de noviembre de 2012, a las 12 horas, designada a los fines establecidos en el artículo 400, en función del 469 del Código Procesal Penal de la Nación. A tal fin líbrense cédulas y oportunamente devuélvase al tribunal de origen sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

Fdo.: Raúl Madueño, Luis M. Cabral y Eduardo R. Riggi

Ante mí: Elsa Carolina Dragonetti. Secretaria de Cámara.