

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.540

//la ciudad de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 13 días del mes de diciembre 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 la defensa y el fiscal en esta causa n° 15.941 caratulada: "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 "...que la mañana del día 12 de julio de 1976, aproximadamente entre las 10:30 y las 11 horas, Margarita Susana Azize Weiss -que tenía en brazos a su hija de nueve meses Mariana Tello-, encontrándose en la puerta de su domicilio sito en calle Las Piedras 710 de la ciudad de San Miguel de Tucumán, fue abordada por fuerzas de seguridad en el marco de un operativo que se estaba desarrollando en la zona con despliegue de vehículos y personal uniformado y de civil -alrededor de veinte personas- y en el que se efectuaban disparos con armas de fuego y desplazamientos por la vía pública y por techos de inmuebles. Frente a esa situación y ante la vulnerabilidad que suponía, tratándose de una mujer joven desarmada con su hija de nueve meses de vida, Margarita Susana Azize Weiss dejó a su niña en la vereda y mientras tenía lugar un forcejeo entre ésta y un policía, fue acribillada por otro desde la vereda del frente (declaración prestada en la audiencia por Juana Isabel Ríos)." (fs. 1055vta. y ss.)

"Margarita Susana Azize Weiss falleció por traumatismo encefalocraneano producido por arma de fuego conforme el acta de defunción obrante a fs. 763/vta. Sus restos fueron inhumados el mismo día del fallecimiento, según del Libro de Inhumaciones del Cementerio del Norte (fs. 91/92 del mencionado instrumento) en el que se consigna: "12 de Julio de 1976, 15:25 horas, Vehículo policial, Furgón, N.N. Femenino, Mayor de edad, Nombre: Margarita Susana Azize Weiss, Cuadro 54, Fila 5, Sepultura 3, Sala Ampliación"."

"Horas después del mismo día, Carlos Tello -esposo de Margarita Susana Azize Weiss- al regresar alrededor de las 20:00 horas de su trabajo tomó conocimiento del hecho. Tiempo antes, junto a su esposa habían advertido la presencia de personas merodeando de manera sospechosa por la zona, pero pensaron que se trataba de una vigilancia relacionada con la muerte del Dr. Angel Gerardo Pisarello, un abogado fallecido días antes del hecho que vivía en la cuadra siguiente. Antes de ingresar a su domicilio se detuvo en un almacén de las proximidades y advirtió que quien lo atendía se comportaba de

manera extraña y le informó que había tenido lugar un operativo. Finalmente, al llegar a su casa, al abrir la puerta de entrada de hierro, se encontró con una persona vestida de civil que le apuntó con un arma; alcanzó a cerrar la puerta y pudo así contar con el tiempo suficiente como para huir corriendo por calle La Piedras doblando por Chacabuco, mientras esa persona le disparaba. Por la hora había mucha gente en la calle y pudo escapar..."

"...También ha podido ser probado durante la audiencia que el operativo del que resultó el asesinato de Margarita Susana Azize Weiss fue llevado a cabo por el accionar conjunto de fuerzas militares y policiales..."

"...El mismo día en que se produjo el asesinato de Margarita Susana Azize Weiss ingresaron al Cementerio del Norte -a la misma hora en que lo hacía el cadáver de ésta- los restos de Juan Carlos Aguirre. En el Libro de Inhumaciones del Cementerio del Norte (fs. 91/92 del mencionado instrumento) se consigna: `12 de Julio de 1976, 15:25 horas, Vehículo policial, Furgón, N.N. Masculino, Mayor de edad, Cuadro 54, Fila 5, Sepultura 3, Sala Ampliación´...lo que en el plenario ha podido probarse es que el 12 de julio de 1976 fue asesinado."

También se tuvo por acreditado que las fuerzas de seguridad policiales y militares allanaron sin orden judicial el domicilio sito en calle Las piedras 710 de la ciudad de San Miguel de Tucumán, lugar donde residía Margarita Susana Azize Weiss, junto con su pareja e hija.

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

"I) NO HACER LUGAR a la pretensión de la defensa técnica de Roberto Heriberto Albornoz de remitir los antecedentes de la testigo JUANA ISABEL RÍOS al Sr. Fiscal Federal a los efectos de que se investigue su posible participación en la comisión del delito de falso testimonio, conforme se considera" (fs. 1089vta./1090).

"II) NO HACER LUGAR al planteo de nulidad de la audiencia de debate planteado por la defensa, conforme se considera (artículos 166 y ccdtes. del C.P.P.N.)."

(...)

"IV) CONDENAR a ROBERTO HERIBERTO ALBORNOZ, de las condiciones personales que constan en autos, a la pena de PRISIÓN PERPETUA e INHABILITACIÓN ABSOLUTA y PERPETUA, ACCESORIAS LEGALES por igual tiempo que el de la condena, incluyendo su oportuna destitución (conforme artículo 62 de la Ley Provincial N° 3.823) y COSTAS, por ser autor mediato penalmente responsable de los delitos de homicidio agravado por alevosía y por el concurso premeditado de dos o más partícipes

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.540

(artículo 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 Margarita Susana Azize Weiss de Tello y de Juan Carlos Aguirre; violación de domicilio de calle Las Piedras 710 de la ciudad de San Miguel de Tucumán (artículo 151 del Código Penal); todo en concurso real (artículo 55 del Código Penal) calificándolos como delitos de lesa humanidad (artículos 12, 19, 29 inc. 3°, 40 y 41 del Código Penal; artículos 530, 531 y ccdtes. del Código Procesal Penal de la Nación), conforme se considera."

"**V) DIFERIR** el pronunciamiento sobre la forma de cumplimiento de la pena de prisión impuesta a ROBERTO HERIBERTO ALBORNOZ para la etapa de ejecución (libro V del C.P.P.N.), manteniéndose hasta esa instancia la modalidad de cumplimiento de la prisión preventiva vigente en autos; DISPONIÉNDOSE custodia de la Policía Federal."

-II-

Contra dicha sentencia interpusieron recursos de casación el señor defensor público oficial, doctor Ciro Vicente Lo Pinto, asistiendo al imputado Roberto Heriberto Albornoz (fs. 1092/1121) y el señor Fiscal subrogante, doctor Leopoldo Oscar Peralta Palma (fs. 1122/1142), los que concedidos fueron mantenidos en esta instancia a fs.1143/1144, 1145/1146, 1154 y 1155.

-III-

1. La defensa impugnó la resolución entendiendo que la misma carece de fundamentación suficiente, incurre en equívocos nulidicentes y contradice las reglas de la sana crítica racional, arribando a un pronunciamiento condenatorio sin haberse obtenido una certeza apodíctica sobre los acontecimientos, ni sobre la atribución de la participación en los mismos de su defendido.

En apoyo a ello, señaló que la pieza procesal atacada no hace mención alguna de las distintas hipótesis defensivas planteadas en los alegatos.

Afirmó además 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 inculpativos contra su asistido.

Bajo estos parámetros, advirtió que ningún testigo aportó respaldo alguno a las pretensiones punitivas de la acusación ya que estos no aportaron datos precisos sobre los hechos, refiriendo sólo sobre comentarios de terceros y/o el contexto social de la época en que se habrían producido los hechos.

Asimismo, agregó que la acusación encuentra su único

sustento en la declaración de la señora Juana Isabel Ríos, contra quien solicitó -y solicita nuevamente- la imputación del delito de falso testimonio durante el debate.

Para ello, hizo hincapié en que cambió totalmente el contexto de los hechos, involucrando específicamente a la policía y haciendo desaparecer de la escena al ejército, al separarse de la presente causa a los militares imputados.

Por otra parte, indicó que se ha efectuado una aplicación errónea de la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder para acusar a su asistido.

Bajo este orden de ideas, argumentó que ésta se "creó" a través de la doctrina como una figura legal para poder juzgar hechos ocurridos antes de su formación, no encontrándose específicamente prevista en el texto del art. 45 del Código Procesal Penal de la Nación, por lo que se encuentra vulnerado el principio de legalidad.

Enfatizó además que no se encuentran probados los elementos necesarios como para tener por configurada la autoría aludida, es que "no se estableció de qué modo -en el presente caso- mi defendido habría tenido el 'poder' y la 'dirección de la totalidad' de los sucesos ocurridos en el 12 de julio de 1976" (fs. 1108vta.). Ello por cuanto, no surge a su entender, a lo largo de la causa la intervención de la policía en el suceso.

Destacó también que la ausencia en la determinación de las circunstancias de tiempo, lugar y modo en la descripción de los hechos endilgados no sólo impide la adecuación típica de la conducta, sino que además dificulta tener por probado el *certitudo autoris* (fs. 1114).

Finalmente, requirió la declaración de la nulidad del debate por limitación al derecho de defensa como consecuencia de la ausencia de los demás imputados. De este modo, indicó que la presencia de Luciano Benjmaín Menéndez y Angel Castellini durante el juicio oral resulta indispensable para la obtención del grado de verdad apodíctica que se busca en el proceso penal.

2.a) Como primer argumento impugnativo, el representante de la vindicta pública, 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.

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.540

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

Bajo este orden de ideas, añadió que más allá de que el imputado de autos continúe 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.

b) En segundo término, 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.

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

-IV-

1. Que durante el término previsto en los arts. 465 -cuarto párrafo- y 466 del C.P.P.N., la defensora público oficial Ad Hoc, doctora María Eugenia Di Laudo, amplió los fundamentos vertidos en el recurso de casación interpuesto por su antecesor en instancia. Bajo estos parámetros consideró vulnerado el derecho de defensa por indeterminación de la conducta endilgada toda vez que, a su criterio, no fue mencionado en el requerimiento de elevación a juicio ni en la sentencia el "aporte", "conducta" o "actividad" en forma de "acción", "omisión" u "orden" que hubiera efectuado su asistido en los casos objeto de este proceso, impidiéndose de este modo el efectivo ejercicio del derecho de defensa material y técnico.

Continuando con estos lineamientos, entendió que la descripción de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acontecieron la muerte de Margarita Azize Weiss y Juan Carlos Aguirre no resulta suficiente en el marco de un debido proceso penal respetuoso del derecho de defensa.

De este modo concluyó que la afirmación sobre la posible participación con fundamento en el cargo que ostentaba Roberto Heriberto Albornoz deriva en una atribución objetiva de responsabilidad penal violatoria del derecho penal de acto.

Afirmó también que la sentencia impugnada es arbitraria por sustentarse en afirmaciones dogmáticas y en fundamento aparente.

Por lo que, precisó que Albornoz -en conformidad con el cargo que poseía- no pudo decidir sobre la realización del operativo toda vez que aquella decisión dependía directamente del Ejército Argentino.

A ello agregó que en el debate la defensa relativa a la autoría giró en torno a la ausencia de prueba sobre la existencia de la orden concreta que pudo haber emitido su

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.540

asistido, mientras que el tribunal finalmente le adjudicó el no haber evitado aquellos homicidios.

Por otra parte, en conformidad con su antecesor, destacó la ausencia de prueba respecto de las circunstancias de la muerte de Juan Carlos Aguirre, subrayando al respecto que la sentencia es autocontradictoria toda vez que no se pudo determinar el "como", "donde" y "cuando" fue muerto el nombrado.

Basada en la incertidumbre alegada sobre las circunstancias del hecho que tuviera como víctima a Juan Carlos Aguirre cuestionó la aplicación del agravante contemplado en el art. 80, inc. 2 y 4 del Código Penal vigente al momento de los hechos, entendiendo que no puede afirmarse que ese suceso tuviera una serie de particularidades tal que le permitiera aplicar una agravante a la figura.

Por otra parte, solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua en función de la edad del imputado -Albornoz 80 años- toda vez que se veda el derecho al transitar por las diferentes etapas del régimen de la progresividad penitenciaria.

En ese sentido destacó, que recién una vez transcurridos 20 años de encierro su asistido tendría la posibilidad de acceder a la última etapa de régimen de la progresividad penitenciaria, por lo que aquél tendría más de 100 años de edad para ese momento, tornándose imposible que el ciclo de vida le permita gozar de ese derecho.

Sin perjuicio de lo hasta aquí esgrimido, instó la nulidad de la pena fijada, por ausencia de fundamentación (arts. 40 y 41 del Código Penal).

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

2. En la misma etapa procesal, 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.

En torno a la autoría del condenado destacó que Roberto Heriberto Albornoz ejercía un cargo que implicaba un lugar de poder, decisión y dirección de ejecución del plan criminal.

Finalmente, en relación a la separación de Luciano Benjamin Menéndez del juicio, destacó que no se vislumbran obstáculos técnicos que impidan realizar un debate oral a pesar de haber sido separado alguno de los imputados en tanto el código de rito permite expresamente continuar con el proceso en relación a los restantes imputados (arts. 365 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 las que las 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 al condenado no sea diferido para la etapa de 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

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.540

condenatoria, se haya impuesto una pena privativa de libertad inferior a la mitad de la requerida por el representante del Ministerio Público Fiscal (inc. 2° 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, Roberto Heriberto Albornoz fue condenado 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 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. 7° -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 n° 11.490, "Rearte, Diego Daniel s/rec. de casación, reg. n° 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 la condena impuesta para la etapa de ejecución, concuerda con lo sostenido por este Tribunal *in re* "Videla, Jorge Rafael s/recurso de casación" (causa n° 14.571, reg. n° 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

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.540

(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 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. Vulneración al derecho de defensa por ausencia en juicio de los coimputados.

a) La defensa requirió la declaración de la nulidad del debate por limitación al derecho de defensa como consecuencia de la ausencia de los demás imputados. De este modo, indicó que la presencia de Luciano Benjmaín Menéndez y Angel Castellini durante el juicio oral resulta indispensable para la obtención del grado de verdad apodíctica que se busca en el proceso penal.

b) En vista del planteo efectuado corresponde mencionar que la decisión del tribunal de continuar con el juicio sólo respecto de Roberto Heriberto Albornoz se observa ajustada a la normativa de forma que rige nuestro procedimiento. Es que ante la imposibilidad -por las razones que la ley establece- de continuar el proceso respecto de alguno de los inculcados no debe inhibirse la averiguación del hecho y la continuación del proceso con respecto al resto

de los imputados en la causa (Eduardo Jauchen, "Tratado de derecho procesal penal", 1º edición, Santa Fe, 2012, Tomo II, pag. 245).

No obstante lo cual, aún considerando la posibilidad de utilización de aquellas declaraciones como material indiciario, el tribunal es soberano en la apreciación de la pertinencia y utilidad de las pruebas ofrecidas, como así también en la selección y apreciación de la prueba, respecto de su admisión o rechazo puesto que ello corresponde a la esfera de sus poderes discrecionales y no está obligado a considerar en la solución del caso las que considere inconducentes o carentes de eficacia.

Bajo estos parámetros no puede obviarse que lo pretendido por la parte colisiona con la responsabilidad internacional del Estado nacional en su obligación de investigar y juzgar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad ocurridos en el país en el período histórico que relevan las presentes actuaciones.

En idéntico sentido, recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado "...los referidos mandatos no surgen solo de las normas procesales vigentes, sino además, y de modo preponderante, del deber que tiene el Estado Argentino de investigar los crímenes de lesa humanidad cometidos en su territorio. Al respecto, corresponde recordar que este compromiso internacional presupone no solo que el Estado no pueda oponer normas internas que obstaculicen el enjuiciamiento y eventual castigo de los responsables (verbigracia, leyes de amnistía o prescripción), sino que además debe abstenerse de adoptar cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad de reproche (cfr. "Simón" -Fallos: 328: 2056-, voto de la jueza Argibay, considerando 14; voto del juez Maqueda, considerandos 62 y 65; voto del juez Lorenzetti, considerandos 21 y 23, Y voto de la jueza Highton de Nolasco, considerandos 25 y 30)" - ("Menéndez, Luciano Benjamín y otros s/denuncia Las Palomitas-Cabeza de Buey s/ homicidio, privación ilegítima de la libertad y otros", M.1232.XLIV, 26/9/12).

Por lo que teniendo en cuenta lo descripto y toda vez que el impugnante no ha señalado un perjuicio concreto que habilite la declaración de la nulidad procesal, no resulta procedente 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).

3. Indeterminación de los hechos.

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.540

a) La defensa manifestó que en la descripción de los hechos endilgados no se encuentran determinadas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, lo que impide la adecuación típica de la conducta y dificulta la prueba del certitudo autoris (fs. 1114).

b) Con el fin de dar respuesta al planteo aquí efectuado corresponde recordar que ya desde el requerimiento de elevación a juicio efectuado por el representante del Ministerio Público Fiscal se observa una descripción clara, precisa y detallada de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que sucedieron los hechos aquí investigados.

Bajo estos parámetros resulta oportuno mencionar 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 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 n°7896, reg. 10.488, rta. 18/5/2007, "Arias, Carlos Alberto y Zírpolo, Luis Ángel s/recurso de casación", causa n°13.073 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 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 parecería 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

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.540

determinación del hecho imputado. En consecuencia, si los hechos siguen siendo determinados, el derecho de defensa no se verá afectado, no advirtiéndose que el imputado haya sido sorprendido 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 declarararía 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 que el planteo no tendrá favorable acogida.

4. 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° 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, con fecha "...12 de julio de 1976, aproximadamente entre las 10:30 y las 11 horas, Margarita Susana Azize Weiss -que tenía en brazos a su hija de nueve meses Mariana Tello-, encontrándose en la puerta de su domicilio sito en calle Las Piedras 710 de la ciudad de San Miguel de Tucumán, fue abordada por fuerzas de seguridad en el marco de un operativo que se estaba desarrollando en la zona con despliegue de vehículos y personal uniformado y de civil -alrededor de veinte personas- y en el que se efectuaban disparos con armas de fuego y desplazamientos por la vía

pública y por techos de inmuebles. Frente a esa situación y ante la vulnerabilidad que suponía, tratándose de una mujer joven desarmada con su hija de nueve meses de vida, Margarita Susana Azize Weiss dejó a su niña en la vereda y mientras tenía lugar un forcejeo entre ésta y un policía, fue acribillada por otro desde la vereda del frente (declaración prestada en la audiencia por Juana Isabel Ríos)." (fs. 1055vta. y ss.)

"Margarita Susana Azize Weiss falleció por traumatismo encefalocraneano producido por arma de fuego conforme el acta de defunción obrante a fs. 763/vta..."

"Horas después del mismo día, Carlos Tello -esposo de Margarita Susana Azize Weiss- al regresar alrededor de las 20:00 horas de su trabajo tomó conocimiento del hecho..., al llegar a su casa, al abrir la puerta de entrada de hierro, se encontró con una persona vestida de civil que le apuntó con un arma; alcanzó a cerrar la puerta y pudo así contar con el tiempo suficiente como para huir corriendo por calle La Piedras doblando por Chacabuco, mientras esa persona le disparaba. Por la hora había mucha gente en la calle y pudo escapar..."

"...También ha podido ser probado durante la audiencia que el operativo del que resultó el asesinato de Margarita Susana Azize Weiss fue llevado a cabo por el accionar conjunto de fuerzas militares y policiales..."

Por otra parte, se confirmó que "...El mismo día en que se produjo el asesinato de Margarita Susana Azize Weiss ingresaron al Cementerio del Norte -a la misma hora en que lo hacía el cadáver de ésta- los restos de Juan Carlos Aguirre. En el Libro de Inhumaciones del Cementerio del Norte (fs. 91/92 del mencionado instrumento) se consigna: `12 de Julio de 1976, 15:25 horas, Vehículo policial, Furgón, N.N. Masculino, Mayor de edad, Cuadro 54, Fila 5, Sepultura 3, Sala Ampliación`...lo que en el plenario ha podido probarse es que el 12 de julio de 1976 fue asesinado."

También se tuvo por acreditado que las fuerzas de seguridad policiales y militares allanaron sin orden judicial el domicilio sito en calle Las Piedras 710 de la ciudad de San Miguel de Tucumán, lugar donde residía Margarita Susana Azize Weiss, junto con su pareja e hija.

b) La defensa consideró que la sentencia carece de fundamentación suficiente que demuestre que el tribunal arribó a un grado de certeza apodíctica sobre el modo en que ocurrieron los hechos el día 12 de julio de 1976 y la participación de su asistido en los mismos.

En ese sentido, entendió que la prueba producida en el debate fue interpretada y valorada en forma parcial,

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.540

arbitraria y antojadiza, habiendo sido -a su entender- los dichos de los testigos, moldeados para que aquellos resulten inculpativos en contra de su defendido.

Bajo este orden de ideas, advirtió que ningún testigo aportó datos precisos sobre los hechos, habiendo efectuado referencias sólo sobre comentarios de terceros y/o al contexto social de la época en que se habrían producido los hechos.

Sin perjuicio de ello, puso de resalta que la testigo Sara Esber de Galante (tía de Margarita Azize Weiss) manifestó que los que la detuvieron junto a su hermana y sobrino, un día después del enfrentamiento, cuando habían ido a buscar y reconocer el cuerpo de la víctima, eran militares, siendo ello coincidente con lo indicado por Carlos Tello quien al llegar a su casa, la noche del enfrentamiento, se encontró con una persona vestida de civil que podría haber sido militar o policía.

Por lo que en vista de aquellas afirmaciones concluyó que la acusación no tiene más sustentación que la declaración de la testigo Juan Isabel Ríos, contra quien solicitó la imputación del delito de falso testimonio.

Puntualmente, renovando la imputación efectuada contra la testigo Juana Isabel Ríos sostuvo que, sorpresivamente al separarse a los militares imputados en esta causa, quedando como único acusado Albornoz -policía-, aquella modificó el contexto de los hechos involucrando específicamente a la policía y haciendo desaparecer de la escena al ejército.

Como consecuencia de ello, expresó "o se da plena validez a la denuncia presentada por la hija de una de las víctimas (denuncia que da vida a la presente investigación) y entonces se torna claro el falso testimonio de la Sra. Ríos y en consecuencia la denuncia inicial es falsa y con ello debe caer por nula toda la investigación" (fs. 1105 vta.).

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, 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 nº13.608, 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 motivación jurídica, como la que se refiere al análisis y valoración de la prueba como exteriorización del fundamento de

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.540

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 la defensa 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 su defendido, resulta oportuno mencionar que la defensa ha 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).

No debe perderse de vista entonces que el juez penal tiene la obligación de investigar la verdad real, objetiva, sustancial de los hechos sometidos a enjuiciamiento; para llegar a ese fin dispone de un amplio catálogo de medios probatorios que son los que le permiten reconstruir intelectualmente acontecimientos del pasado, esto es, la existencia o no del hecho que se investiga y, en su caso, la participación del imputado en él. Prueba es, entonces, todo elemento o dato objetivo que se introduzca legalmente en el proceso y sea susceptible de producir en el ánimo de los sujetos procesales un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos fácticos de la imputación delictiva; es la fuente legítima de conocimiento de la verdad real o efectiva (en oposición a la verdad formal o aparente) que el proceso penal aspira a descubrir (finalidad inmediata) para dar base a la actuación justa de la ley sustantiva, que es la finalidad mediata del proceso (cfr. "Ramírez, Carlos Alberto s/recurso de casación", Sala I, causa n° 7410, reg. n° 9824, rta. el 22/11/06, y sus citas).

De la exigencia de que la prueba esté constituida por "elementos objetivos", deriva la necesidad que la misma provenga del mundo externo; ello así pues las decisiones del órgano jurisdiccional principal destinatario de la prueba no pueden basarse válidamente en un conocimiento privado de los elementos probatorios, ni en meras conjeturas o impresiones que surjan de su imaginación, o en opiniones carentes de base externa. El vicio de una resolución de estas características afectaría al mismo tiempo los principios fundamentales sobre la verdad real y la inviolabilidad de la defensa en juicio (artículo 18 de la Constitución Nacional). La prueba en que se funda la decisión del tribunal debe ser la misma que tuvieron a disposición las partes. "La evaluación de la prueba no es obra exclusiva del juzgador. Ella importa un examen crítico que el Ministerio Público y las partes deben estar en condiciones de efectuar. Los destinatarios de la prueba son todos los sujetos de la relación procesal, aunque el principal sea, el juez. Todos deben tener la posibilidad de valorarlos, aunque la discusión no sea perfecta o exhaustiva. Por eso se habla del ánimo de todos, aludiéndose así a un aspecto de la comunidad de la prueba" (cfr. Vélez Mariconde, Alfredo; "Derecho Procesal Penal", 2da. edición, Tomo I, Buenos Aires, 1969, pág. 344).

Superada dicha cuestión corresponde mencionar que la sentencia puesta en crisis ha ponderado los testimonios de Liana Cecilia Aguirre, Mariana Tello, Juana Isabel Ríos, Carlos

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.540

Gustavo Tello, Julio Cesar González, Oscar Segundo Holmquist, Fernando José Sosa Padilla, Hugo Agustín Sánchez, Ana Cristina Robles, Alicia Beatriz Benedi, Juan Carlos Clemente, Azeze Esber De Weiss, Sara Esber de Galante, y el material documental detallado en el acta de debate de fs. 1030/1037.

Al ingresar en el análisis de la prueba colectada, surge que contrariamente a lo sostenido por el impugnante, la único testigo presencial del suceso aquí investigado -quien lo observó de frente-, Juana Isabel Ríos, relató con precisión que el 12 de julio de 1976 "...era un día que la policía cerró la calle Ayacucho y Chacabuco, que salieron a mirar y les decían que se escondan en las casas. Que vio una mujer con una chiquita que la arrojó a la vereda y que forcejeó con un policía y que otro le disparó, que los policías disparaban, que iban por los techos. Dijo que eran policías porque estaban uniformados con uniformes de la policía de la provincia de Tucumán..." (fs. 1042vta./1043).

De este modo, mediante el acta de defunción de fs. 763, se comprobó que Margarita Susana Azize Weiss falleció por traumatismo encefalocraneano producido por arma de fuego, siendo sus restos inhumados el mismo día del fallecimiento según surge del Libro de Inhumaciones del Cementerio del Norte en el que se consigna: "12 de Julio de 1976, 15:25 horas, Vehículo policial, Furgón, N.N. Femenino, Mayor de edad, Nombre: Margarita Susana Azize Weiss, Cuadro 54, Fila 5, Sepultura 3, Sala Ampliación" (fs. 1056).

En vista de ello, y a los fines de analizar la imputación de Roberto Heriberto Albornoz como Jefe del Departamento de Inteligencia, corresponde analizar la presencia de la fuerza policial en el suceso, a tal efecto resulta oportuno recordar que la testigo Juana Isabel Ríos refirió "...Que después de los tiros se metió en la casa que en el lugar del hecho quedaron guardias como durante dos meses. Que afuera del edificio o del departamento donde fue el hecho había policías durante el tiempo que ha mencionado antes..." (fs. 1042vta./1043).

"...Que ella forcejeaba por el arma con el policía y que otro la mató... Estima que eran muchos policías, unos veinte, muchos..."

"...Ante la manifestación del Sr. Defensor Público Oficial sobre la existencia de una discordancia entre los dichos de la testigo y lo que consta en el expediente, en el cual dice que en el operativo había militares y no policías la mujer distingue que los uniformes de los policías son azules y los de los militares verdes y que ella vio uniformados azules, que por eso dice que eran policías...Que los móviles del operativo eran de color azul..."

A la luz de lo transcrito se observa con claridad la magnitud ofensiva desplegada y la presencia de la fuerza policial en el hecho materia de investigación, intervención que había comenzado con tareas de vigilancia previa conforme lo señalara el testigo y viudo de la víctima, Carlos Gustavo Tello (fs. 1043vta.), y que prosiguió con posterioridad conforme lo indicara la testigo Sara Esber de Galante, tía de la víctima Margarita Weiss, quien rememoró que cuando se dirigieron al domicilio de su sobrina junto con su hermana y sobrino, los encapucharon y las llevaron a ellas a la brigada y a su sobrino a la policía, donde "...le gatillaban con armas a su sobrino".

Dicha participación se ve reflejada también ante el reconocimiento efectuado por la propia policía sobre el paradero de la niña quienes admitieron -ante la testigo Sara Esber de Galante- tenerla en su poder (fs. 1050 vta.).

Por otra parte, en lo que respecta al hecho que tuvo como víctima a Juan Carlos Aguirre, resulta menester reproducir el memo del mes de julio de 1976 (DGI 447), emitido por la Policía Federal, que transcribe el comunicado del III Cuerpo del Ejército del día 13/7/76: "El Comandante del IIIer Cuerpo del Ejército comunica que el día 12 de Julio siendo aproximadamente las 13,30 horas, en oportunidad que efectivos de la Brigada de Infantería V y Policía de la Provincia de Tucumán, realizaban un allanamiento en calle Piedras n° 710 de la ciudad de Tucumán, fueron atacados desde el interior del mismo. Los efectivos legales atacaron de inmediato dando muerte a dos delincuentes subversivos, que identificados, resultaron ser: JUAN CARLOS AGUIRRE (a) 'TITO' responsable de la zona este de la Provincia de Tucumán y MARGARITA SUSANA AZIZE WEIS (a) 'RITA', 'PERLA', 'FLACA', ambos pertenecientes a la Organización puesta fuera de la ley en 1975.- Las propias fuerzas intervinientes no sufrieron bajas.-" (fs. 988).

Dicho comunicado, no sólo confirma la participación de las fuerzas militares y policiales, en lo que ellos llamaron "enfrentamiento" -situación que ha quedado desvirtuada ante el despliegue y la inexistencia de bajas del lado de las fuerzas-, sino que además se atribuye las muertes de Margarita Susana Azize Weiss y de Juan Carlos Aguirre, cuyos cuerpos ingresaron al Cementerio Norte, el mismo día, a la misma hora, siendo el cuerpo de Aguirre posteriormente identificado por el equipo Argentino de Antropología Forense a partir de los perfiles genéticos de sus hijas (fs. 379/387, 389/419 y 1058).

Por lo que más allá de las circunstancias en las que se produjo la muerte de Juan Carlos Aguirre, se encuentra acreditado que aquella fue producto de las maniobras realizadas

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.540

por las fuerzas militares y policiales, tal como lo confirma el comunicado transcripto, lo que a su vez se ve corroborado por los relatos de los testigos Carlos Gustavo Tello y Julio César González quienes recordaron la inestabilidad con la que la familia de Juan Carlos Aguirre vivía, debiendo movilizarse continuamente de ciudad en ciudad por la intimidación sufrida ante la persecución constante propia del plan sistemático implementado. En referencia a ello, Alicia Beatriz Benedi, esposa del fallecido Aguirre, narró que "...fueron a vivir primero a Salta y luego a Tucumán y que estando embarazada de José lo tuvo en Goya y volvió a Tucumán, lugar en el que la vivienda fue allanada, su esposo logró huir. Luego se volvieron a Goya porque no tenían dónde vivir. Que luego se vieron en dos oportunidades, en la última ambos iban a volver a Tucumán pero en Santa Fe se enteraron que la casa donde iban a vivir había sido allanada y se volvieron a Goya. Se separaron y ella habló con él el 11 de julio y luego la última noticia que tuvo de él fue cuando por radio le habían contado -un vecino- a su padre de su fallecimiento..."

En efecto, no puede soslayarse que dicho temor persistió aún luego del suceso motivando la falta de realización de gestión alguna por parte de la familia del fallecido para recuperar el cuerpo de aquél (testimonios de fs. 1040/1042 y 1048/vta.).

Bajo estos parámetros no puede prosperar el agravio esgrimido en torno a la aplicación de los agravantes contenidos en los incs. 2 y 4 del art. 80 del Código Penal vigente al momento del hecho -introducido en el término de oficina por la defensa-. Es que ha quedado probado que la muerte de Juan Carlos Aguirre fue producto de las maniobras realizadas por las fuerzas militares y policiales, tal como lo confirma el comunicado de fecha 13/7/76 (fs. 998) quienes actuaron en un grupo numeroso de personas mediante la simulación de un enfrentamiento y con aprovechamiento del estado de indefensión en que se encontraba la víctima.

En esta línea de razonamiento, resulta menester destacar que el conjunto de indicios colectados, ponderados de manera articulada y contextual dentro del plexo probatorio conduce, desde el punto de vista de la verdad material, real e histórica, cuya reconstrucción es objeto y fin del proceso penal, con ajuste a las reglas de la sana crítica racional -lógica, experiencia, sentido común, psicología, etc.-, a una probatura acabada, plena, exenta de toda hesitación razonable (cfr. "Unaegbu, Andres I. y otra s/ recurso de casación", causa n° 1724, reg. n° 2211, rta. el 29/5/98; "Arévalo, Héctor Edgardo s/ recurso de casación", causa n° 6260, reg. n° 8109, rta. el 29/9/05; "Buttiglieri, Miguel Ángel s/recurso de

casación", causa nº 7643, reg. nº10.262, rta. el 29/3/07, entre otras).

Bajo estas circunstancias, cabe recordar que la presencia policial señalada se corresponde con lo indicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que refirió que "...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-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 Fuerza Armadas en la lucha antsubversiva 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 antsubversiva. 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.

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

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.540

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. 1054 vta.).

Ello encuentra respaldo en lo manifestado por el testigo Juan Carlos Clemente, quien renunció a la policía en el año 1983, y en respuesta a si recordaba quién en ese momento estaba a cargo de confidentiales, manifestó "...que Albornoz según pudo constatarlo al llegar detenido a Jefatura en agosto del 76. Agregó [evidenciando una actitud activa por parte del investigado] que Albornoz en Jefatura decidía el destino de todos los que estaban allí..." (fs. 1048vta.).

En similar sentido, el testigo Oscar Segundo Holmquist, manifestó "...que estuvo 10 días detenido y que Albornoz le dijo que `vos tenés un pie en la tierra y otro en el cielo, es la última vez que te agarramos y salís para contar el cuento´..." (fs. 1046vta.).

En vista de lo hasta aquí analizado, cabe tener por cierto, con la certeza apodíctica requerida en la instancia, que tanto las fuerzas militares como las policiales, con la intervención desde el Servicio de Información Confidencial de la Policía de Tucumán de Roberto Heriberto Albornoz, fueron parte activa de las muertes de Margarita Susana Azize Weiss y Juan Carlos Aguirre y del allanamiento de la calle Piedras 710 de la ciudad de San Miguel de Tucumán, lugar donde residía la primera de las víctimas con su pareja e hija.

Por lo que 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 concurren 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), debiendo desestimarse al menos en este aspecto el recurso impetrado por la defensa pública oficial.

d) Finalmente, en respuesta a la imputación efectuada por la defensa por falso testimonio hacia la testigo Juana Isabel Ríos, cabe poner de resalto que habiendo examinado el material probatorio valorado por el a quo, se observa que lo expresado por la testigo concuerda con el resto de las pruebas analizadas.

Es que la contradicción señalada por el impugnante, entre lo expresado por la ahora acusada y la denuncia de Liana Cecilia Aguirre, no encuentra asidero toda vez que conforme señalara el tribunal a quo la "...referida realizó en la audiencia su primera declaración en sede judicial, y que su testimonio es una versión directa de los hechos que no se contradice con el testimonio de Liana Aguirre, testigo que en el debate ha brindado una interpretación de los dichos de otra persona que ha percibido directamente los hechos -en este caso la misma Ríos-" (fs. 1089), razón por la que debe desestimarse dicha solicitud.

5. Autoría mediata.

a) La defensa consideró que el tribunal a quo efectuó a su asistido una aplicación equivocada de la Teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.

Entendió que Roxin puso en escena la teoría del autor mediato y luego ante la imposibilidad de poder aplicarla para situaciones en las que el ejecutor cuenta con voluntad propia, deformó la teoría modificando sus bases y adecuándola a fin de encuadrar determinadas conductas que no habían sido abarcadas anteriormente.

Advirtió además que la teoría cuestionada no se encuentra prevista en el art. 45 del Código Penal, violándose el principio de legalidad.

En pos de determinar en el caso de su defendido la inexistencia de dominio del hecho, concibió que en el contexto de la acusación no se encuentran probados los elementos necesarios para tener por configurada la autoría mediata por dominio del hecho a través de aparatos organizados de poder.

No se estableció, a su modo de ver, en que forma su defendido habría tenido el "poder y la dirección de la totalidad" de los sucesos ocurridos el 12 de julio de 1976, ni que haya estado en el lugar de los hechos.

Agregó que Tucumán era una zona militarizada en la época del suceso, "donde el más raso de los soldados, podía dar órdenes a cualquier policía. Pero la situación inversa: que algún policía diese una orden a un militar, resulta no sólo impensable, sino hasta fantasiosa o delirante."

Finalmente, insistió en que no se determinó en el presente caso quienes conformaron la cadena de mando, no comprobándose además la existencia de una orden proveniente de Roberto Heriberto Albornoz.

b) En vista de los planteos efectuados, conforme se ha señalado *in re* "Videla, Jorge Rafael s/recurso de casación" (causa n°14.571, reg. 19.679, rta. el 22/6/2012), corresponde

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.540

mencionar que es autor mediato quien actúa mediante la utilización de un agente que actúa como un mero instrumento. En ese sentido, conforme lo sostuviera el *a quo* al tomar al dominio del hecho como criterio decisivo para la autoría, existen tres formas distintas en las que un suceso puede ser dominado sin que el sujeto dominador tenga que estar presente al momento en el que el hecho es ejecutado: el dominador puede obligar al ejecutante, puede engañarlo, o puede dar una orden en el marco de un aparato organizado de poder, "el cual asegure la ejecución de órdenes incluso sin coacción o engaño, dado que el aparato por sí mismo garantiza la ejecución" (conf. Roxin, Claus, La autoría mediata por dominio en la organización, en Revista de Derecho Penal 2005-2, Rubinzal Culzoni, página 9).

La coacción o el engaño no es necesaria en esta última clase de autoría mediata porque el aparato de poder organizado tiene a su disposición a eventuales ejecutantes de la orden en caso que un individuo particular se niegue a ejecutarla. Esta fungibilidad del autor directo es la que otorga el dominio del hecho al autor mediato, puesto que no necesita de una persona determinada para que su orden sea cumplida, ya que ella será irremediamente ejecutada por alguna -cualquiera- persona. De esta manera, el autor directo -aunque responsable del cumplimiento de la orden en el sentido jurídico penalmente relevante- se convierte en un mero instrumento para el autor mediato, quien puede sustituirlo inmediatamente de ser ello necesario. Esta circunstancia genera que aquél que imparte la orden tenga absoluto dominio del hecho -recuérdese, a riesgo de ser repetitivo, que la negación del autor directo de ejecutar la orden no implicará su inejecución, sino que él será inmediatamente sustituido por alguien dispuesto a ejecutarla-. Si definimos como autor a aquél que tiene dominio sobre el hecho, la inclusión del supuesto en estudio dentro del concepto de autor es innegable (conforme "Videla, Jorge Rafael s/recurso de casación, Sala IV de la CFCP, causa n° 14.714, reg 16.032, rta 21/11/2011; en igual sentido ver "Etchecoltaz", Sala I, causa n°7896, reg. 10.488, rta. 18/5/2007).

En sentido coincidente con lo expuesto, Stratenwerth sostiene que "...hay un caso límite en el que, de todos modos, se debe atribuir al que obra por detrás la calidad de autor mediato, aunque el que obra en forma inmediata domine sin limitación alguna el suceso concreto: es el caso del delito organizado a través de un aparato de poder ... Aquí aparecen los 'autores de escritorio' que en sí mismos no colaboran en la ejecución del hecho, pero tienen propiamente el dominio del suceso porque, al disponer de la organización, cuentan también con la posibilidad de convertir las órdenes del 'aparato' en la

ejecución del hecho. Dado que el sujeto que lleva a cabo la ejecución se puede reemplazar por otro cualquiera, no se necesita ni la coacción ni el error para atribuirle el dominio del hecho al que obra por detrás" (Derecho Penal, Parte General I, Ed. Di Plácido, 2da. Edición, Bs. As, 1999, pág. 242).

Explica la doctrina argentina que "[e]n este supuesto, el agente actúa como factor decisivo en una estructura compleja, regulada y jerárquicamente organizada, en la que, a medida de que se desciende desde el factor decisivo (el también llamado 'hombre de arriba') hacia quienes funcionan como ejecutores de propia mano, la identidad de los factores va perdiendo relevancia para la definición del hecho. Al menos en un punto de jerarquía los factores son totalmente fungibles" (Sancinetti, Marcelo A. y Ferrante, Marcelo; El derecho penal en la protección de los derechos humanos, Hammurabi, página 204).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 309:5), por su parte, señala la aplicación al caso del Código de Justicia Militar, en ese sentido expresa que el artículo 514 disponía: "Cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, sólo será considerado cómplice el inferior, cuando éste se hubiera excedido en el cumplimiento de dicha orden". En virtud de ello, entendieron que, al establecer que en los delitos cometidos en la ejecución de una orden de servicio el único responsable era el superior que la había dado, la ley estaba dando a éste el carácter de autor, ya que no puede haber delito sin autor, y concluyeron que la ley adoptaba un criterio material basado en la especial relación de subordinación existente en el ámbito militar (ver "Videla, Jorge Rafael s/recurso de casación, Sala IV de la CFCP, causa n° 14.714, reg. 16.032, rta. 21/11/2011).

Bajo este orden de ideas, concluyeron que la legislación argentina recepta la autoría mediata en el artículo 514 del C.J.M., cuando considera exclusivamente responsable al superior en algunos casos, y junto a sus subordinados en otros, en oportunidad de cometerse un delito en ejecución de un acto de servicio. En ese sentido, el doctor Fayt, señaló que también la autoría mediata está contemplada en el artículo 45 del Código Penal, que al regular la participación castiga como autores a los que hubieran "determinado a otro".

Indicaron como una característica relevante de esta forma de aparición de la autoría mediata, "el dominio que posee quien maneja discrecionalmente el sistema, no ya sobre una voluntad concreta, sino sobre una voluntad indeterminada puesto

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.540

que, cualquiera sea el ejecutor de la orden delictiva, el hecho se puede producir". "Ello así toda vez que otra de las notas salientes de esta forma de autoría es la fungibilidad del autor, quien no opera individualmente sino como un engranaje dentro del sistema, bastándole al autor con controlar los resortes de la estructura, pues aun cuando uno de los ejecutores eluda la tarea, será reemplazado en forma inmediata por otro, que la efectuará".

Analizada la cuestión, cabe precisar que los hechos imputados al recurrente fueron debidamente probados por el tribunal, sin ser suficientes los esfuerzos defensores para desvirtuar los argumentos esgrimidos por el a quo en torno a las reglas sobre la autoría y participación.

Es que de acuerdo a lo que indicara el a quo de la prueba incorporada por lectura en el debate, surge del legajo personal, que Albornoz se desempeñó como Inspector Mayor Jefe Servicios Confidenciales desde el 10/9/75 hasta el 17/06/76, fecha en que pasó a desempeñarse como Inspector Mayor Jefe Departamento Inteligencia D2 hasta el 14/10/76, oportunidad en la que fue ascendido como Inspector General Jefe Inteligencia D2 (fs. 140), quedando acreditado además que el personal que prestaba servicios en Jefatura integraba los cuadros de inteligencia -D2- del ejército y de la policía.

"Corresponde precisar, sin embargo, que dentro de las funciones de inteligencia se encontraba, como una estructura específica- el SIC, que tenía una estructura informal, que no estaba consignada en ningún organigrama, pero que tenía tareas específicas, cuyo jefe, como se dijo- era Albornoz (...) El SIC, integrado por agentes de policía bajo el control del supervisor militar, en el marco de la labor de inteligencia, investigaba e individualizaba personas, posteriormente, por un mecanismo complejo de intercambio de datos y de reuniones de la Comunidad Informativa -formada ésta por miembros de inteligencia de distintas fuerzas e inclusive de la que participaba personal civil- establecía quienes eran los blancos a detener. Quedó acreditado en esta causa que los miembros del SIC tenían también a su cargo los operativos para secuestrar personas mediante grupos de tareas que se denominaban 'la patota'. Los mencionados grupos de tareas también tenían a su cargo los interrogatorios a los detenidos" (fs. 1059 vta.).

El tribunal corroboró además que el imputado Roberto Heriberto Albornoz a la fecha de los hechos se desempeñaba como Inspector Mayor Jefe Departamento de Inteligencia D2, dependencia policial que se encontraba también bajo supervisión militar y que, entre otras funciones, tenía la de desarrollar los operativos que se disponían en el marco de la compleja interacción que para el desarrollo de las actividades de

inteligencia existía entre el SIC y la Comunidad Informativa - estructura de inteligencia integrada por miembros de fuerzas policiales, militares e inclusive por personal civil- (Legajo Personal, fs. 4).

A su vez, la responsabilidad del imputado Roberto Heriberto Albornoz se evidencia también en la "Nómina de cadáveres identificados durante los años 1975 a 1978", de la cual resulta que Servicios Confidenciales tuvo a su cargo la disposición del cadáver de Juan Carlos Aguirre (fs. 1060).

De este modo, en respuesta al planteo esgrimido por la defensa durante el término de oficina respecto a la supuesta modificación de la actividad atribuida al aquí condenado, corresponde recordar que la acusación del representante del Ministerio Público Fiscal siempre versó sobre la pertenencia de 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- Susana Azize de Weiss y Juan Carlos Aguirre (ver requerimiento fiscal de elevación a juicio -fs. 472 vta./473 y 483vta./484-, acta de debate -fs.1034 vta.).

A la luz de aquello, la defensa durante el debate, tuvo oportunidad de ejercer el derecho de defensa en plenitud conforme se observa a fs.1035 vta./1036 vta. y 2254 vta..

Por lo que contrariamente a lo sostenido por la defensa no se advierte que el a quo haya modificado la acción atribuida inicialmente, 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 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, razón por la cual racionalmente resulta contrario al orden natural de las cosas que hubiera podido ser ajeno a las órdenes que tuvieron como resultado los fallecimientos de Juan Carlos Aguirre y Margarita Susana Azize Weiss.

6. Pautas de mensuración de la pena

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 la defensa 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

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.540

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 Roberto Heriberto Albornoz se valió 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 sostuviera 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 la defensa sólo exterioriza 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 del acusado 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 la defensa.

-VII-

En cuanto a la solicitud de declaración de la inconstitucionalidad de la prisión perpetua introducida por la defensa en el término de oficina, se advierte que la impugnación a este punto no se encuentra debidamente fundada en 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 la defensa 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 conforme esta Sala ha sostenido recientemente *in re* "Menendez, Luciano Benjamín y Albornoz, Roberto Heriberto s/recurso de casación" (causa n°14.763, reg.20.438, rta. el 22/11/12) no surge expresamente de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (artículo 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 7° 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 Cruelles 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. n° 8944, rta. el 1/6/06; "González Acevedo, Juan José s/recurso de casación e inconstitucionalidad", Sala III, causa n°14.390, reg. n°139/12, rta. el 1/3/12).

Bajo estos parámetros, también debe tenerse en consideración que la prisión perpetua según ha sido legislada en nuestro Código Penal (tanto en su texto aplicable al caso como en el actual) no es perpetua en sentido estricto, pues posee características temporales toda vez que es pasible de tener un tiempo límite que bajo determinadas condiciones permite a los condenados acceder, en un primer momento, a la libertad condicional, y más adelante, a una plena libertad.

Por lo que en virtud de lo previamente reseñado, el planteo efectuado por la defensa 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 la defensa pública oficial de Roberto Heriberto Albornoz, con costas (arts. 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Cámara Federal de Casación Penal

Reg. N° 20.540

Regístrese, notifíquese en la audiencia del día 20 de diciembre 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 Rafael Riggi

Ante mí: Elsa Carolina Dragonetti. Secretaria de Cámara.