

Reg. 24.744

//la ciudad de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 13 días de octubre de 2015, se reúne la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por el doctor Norberto Federico Frontini como Presidente y los doctores Roberto José Boico y Ana María Figueroa como Vocales, a los efectos de resolver los recursos de casación interpuestos por las partes en esta causa n° 1596/13, caratulada "Ayala, Juan Domingo s/ recurso de casación", de cuyas constancias

RESULTA:

1°) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n°2 de Córdoba, con fecha 31 de julio de 2013, condenó a Juan Domingo Ayala como partícipe secundario penalmente responsable del delito de homicidio calificado, doblemente agravado por alevosía y con pluralidad de partícipes (seis hechos que concurren idealmente entre sí), a la pena de doce años de prisión, accesorias legales y costas, declarando que los delitos por los que se condena al nombrado son crímenes de lesa humanidad (fs. 1109/1219 vta.).

2°) a) Que a fs. 1231, el representante del Ministerio Público Fiscal, doctor C. Facundo Trotta, interpuso recurso de casación. Entendió que se aplicó erróneamente el artículo 46 del Código Penal en orden a la determinación del grado de intervención que tuvo Juan Domingo Ayala, conforme los hechos probados en la sentencia.

En ese sentido, consideró que de acuerdo a las constancias de autos, Ayala tomó parte en la ejecución de los hechos y prestó una colaboración esencial en el tramo estrictamente ejecutivo. Bajo estas consideraciones, concluyó que el nombrado tuvo en sus manos, junto con otros y en virtud de una división de tareas, el desarrollo de los sucesos, por lo que debía ser considerado coautor en virtud del codominio funcional del hecho.

A tal efecto señaló que no debía pasarse por alto la situación institucional que el imputado ocupaba al

USO OFICIAL

momento de los hechos. Según su entender resulta evidente que conocía de que manera operaba la represión ilegal en la provincia de Córdoba por lo que, si bien la decisión de la muerte ya estaba tomada desde los estratos superiores, fueron los intervinientes en el traslado quienes decidieron las principales características del operativo; según indicó, de acuerdo con la teoría del dominio del hecho, podía afirmarse que cada uno de los integrantes de ese grupo, que trasladó a los detenidos para ser fusilados con el pretexto de un supuesto enfrentamiento, ocupó una posición clave y que su prestación durante la ejecución de los hechos resultó un requisito indispensable para la realización del objetivo pretendido, conforme el plan diseñado.

Particularmente, agregó que para simular un enfrentamiento entre los automóviles de las fuerzas y los de los supuestos agresores, era necesario que alguien condujera un auto que formase parte de la caravana. Aquí era donde el aporte de Ayala, como integrante -comprometido con el plan de la lucha contra la subversión- del Comando radioeléctrico, fue imprescindible para el personal del D2.

b) Por su parte la Defensa Pública Oficial, interpuso recurso de casación a fs. 1240/1276, y consideró que la sentencia puesta en crisis carecía de fundamentación, era incongruente y autocontradictoria, con violación al principio de reserva y al derecho de defensa en juicio por la indeterminación del hecho imputado.

Expresó que la descripción del hecho, en lo que respectaba a la participación de su asistido, afectó la plataforma fáctica de los hechos imputados, por lo que consideró imposibilitado el ejercicio del derecho de defensa en el debate oral.

Por otra parte, manifestó que existían contradicciones ya que, mientras la acusación planteó una coautoría por homicidio calificado, el decisorio se refirió a una participación secundaria. Señaló como consecuencia de ello que

el elemento subjetivo varía en ambos casos, en tanto que el dolo de matar en una coautoría, no es el mismo que tendría un partícipe secundario cuya función se limitó a la custodia como "campana".

Como consecuencia de ello, solicitó la declaración de nulidad de la sentencia entendiendo que la intimación efectuada a su asistido, había sido defectuosa en razón de que no se encontraba determinada de manera clara, precisa y circunstanciada su conducta por lo que se le impidió ejercer su derecho de defensa.

Luego de efectuar un análisis de la prueba colectada y de las distintas hipótesis sobre como se pudieron haber sucedido los hechos, entendió que no fueron valoradas las críticas al material probatorio efectuadas en su alegato; a su criterio, un enfrentamiento de las fuerzas represivas con el grupo "subversivo" que pretendía la liberación de los detenidos fue lo que generó, como desenlace, las muertes de las seis víctimas.

Por otra parte, argumentó que por la condición de chofer de la unidad de su defendido, no le era exigible que imaginase que podría tratarse de un fusilamiento el acto que en el que supuestamente iba a participar. Por ello, ante la falta de acreditación del elemento subjetivo específico: lesa humanidad, sostuvo que debía considerarse la conducta como de derecho penal común, por lo que habría operado la prescripción.

Refirió que el tribunal aplicó derecho penal de autor, analizó el legajo personal del condenado y sostuvo que la felicitación previa y su pertenencia al Comando Radioeléctrico no alcanzaban para la condena impuesta, toda vez que se habría obviado la real posibilidad de estar en conocimiento por su condición y jerarquía dentro de la patrulla.

Respecto de la intervención, precisó que la contribución de su asistido era atípica ya que el aporte en la custodia de los móviles no era un aporte típico en tanto que "esa custodia no produjo el hecho ni facilitó a que suce-

USO OFICIAL

diera".

En torno a la aplicación del agravante -número de personas intervinientes- puntualizó que el a quo respondió a las críticas introducidas en el alegato de modo contradictorio ya que al contestar los planteos de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, se refirió al Estatuto de Roma y reconoció que su incorporación al bloque constitucional se produjo a partir de la reforma de 1994.

Sostuvo que *"No puede entonces decir, que este Estatuto no era parte de nuestra legislación al tiempo de comisión de los hechos (al contestar sobre imprescriptibilidad) y luego, al contestar el planteo defensivo sobre la violación al ne bis in ídem, darle respuesta a través de lo que dice el Estatuto de Roma, porque previamente los jueces reconocieron que no regía en el año 1976...se ha valorado en dos oportunidades que mi asistido pertenecía a un aparato organizado de poder: primero en la acción para decir que sigue vigente, que no ha prescripto, pero además en una segunda etapa en el mismo proceso se justipreció para agravar el homicidio por el cual resultó condenado."*

Finalmente, en relación con el monto de pena aplicado estimó que el apartamiento del mínimo legal se fundó en una generalización de las circunstancias agravantes que no se condecían con las constancias de la causa, por lo consideró que resultaba arbitrario e infundado.

3º) Que en el término de oficina previsto en el artículo 465, párrafo cuarto del Código Procesal Penal de la Nación, se presentaron las partes.

El doctor Fernando A. Rey, Defensor *Ad Hoc*, con funciones en la ULM, reforzó los argumentos expuestos por su antecesor en instancia y solicitó se hiciera lugar al recurso de casación. Mantuvo reserva de caso federal.

Por su parte la doctora Irma Adriana García Netto, en representación del Ministerio Público Fiscal ante esta Cámara, criticó las impugnaciones efectuadas por la de-

fensa y respaldó los agravios vertidos en el recurso fiscal.

4º) Que superada la etapa prevista en el art. 468 del Código Procesal Penal de la Nación, en el que las partes presentaron breves notas.

La señora jueza **doctora Ana María Figueroa** dijo:

1. Lesa humanidad, prescripción, principio de legalidad y principio de irretroactividad

En atención a los planteos efectuados por la defensa pública oficial, en orden liminar, previo a ingresar al análisis de los agravios particulares señalados por las partes en los recursos deducidos, corresponde tratar los agravios sobre prescripción de la acción penal, principio de legalidad, y de irretroactividad de la ley penal.

Con el fin de dar respuesta a los planteos realizados por la defensa, debe recordarse, en primer término, que el concepto de delito de lesa humanidad señalado constituye el producto de una ardua elaboración de la jurisprudencia y la doctrina en el marco de la comunidad internacional de los Estados que culminó con un complejo proceso de positivización de la costumbre internacional y de cierta normativa que de forma incipiente pretendía denotar las particularidades de este tipo de crímenes (Declaración de San Petersburgo de 1868; cláusula Martens incorporada a las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907; Declaración formulada por Francia, Gran Bretaña y Rusia en 1915; informe de la Comisión instituida al término de la Primera Guerra Mundial en 1919; Estatuto de Núremberg del 8 de agosto de 1945; Ley n° 10 del Consejo de Control para Alemania del 20 de diciembre de 1945; Resoluciones n° 3, 95 y 177 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de febrero y 11 de diciembre de 1946, y del 21 de noviembre de 1947, respectivamente; Principios de Núremberg de 1950 de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia del 25 de mayo de 1993; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda del 8 de noviembre de 1994; art. 2º del Tribunal Especial

para Sierra Leona, entre muchas otras) - (ver, entre otras, "Bustos, Pedro Nolasco; Olivier, José Filiberto y Worona, Jorge Vicente s/recurso de casación", Sala I, causa n°16.179, reg. n°21.056, rta. el 15/5/201; "Luera, José Ricardo y otros s/recurso de casación", Sala IV, causa n°647/2013, reg. 325.15.4, rta. el 12/3/15).

Existe un catálogo de delitos de lesa humanidad -en la acepción general de la expresión-, plasmado en diversos tratados, convenciones y resoluciones de órganos internacionales. Resulta ilustrativo mencionar, sin pretensión de taxatividad, las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977; la Convención sobre la Prevención y el Castigo del delito de Genocidio de 1948; la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984.

Es de notar que la jurisprudencia de los tribunales internacionales contribuyó en la interpretación de los tratados anteriormente mencionados. Así, en torno a estas conductas, la jurisprudencia internacional clarifica el criterio de que, más allá de su inclusión en los estatutos de los tribunales ad hoc más recientes, ya de antaño integraban el derecho internacional consuetudinario (cfr. TIPY, "Delalić et al."; I.T.-9621; 'Celebici', rta. el 16-11-98, parág. 587 y 588).

Bajo estos parámetros corresponde señalar que esta Sala ya tiene dicho que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (suscripto por el Estado Argentino el 17-07-98, aprobado por ley n° 25.390, ratificado el 16-01-01, implementado mediante ley n° 26.200 sancionada el 13-12-06 y publicada en el Boletín Oficial el 9-01-07) enumera como uno de los crímenes de competencia de esa Corte al delito de lesa humanidad (art. 5.1.b. del instrumento de mención) señalando, en su art. 7, que se entenderá por tal "...1. [...] cualquiera de

USO OFICIAL

los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra población civil y con conocimiento de dicho ataque:... a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. 2. A los efectos del párrafo 1: a) Por 'ataque contra una población civil' se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política..." ("Videla, Jorge Rafael s/recurso de casación", causa n°14.571, reg. n° 19.679, rta. el 22/6/2012; "Bustos, Pedro Nolasco; Olivier, José Filiberto y Worona, Jorge Vicente s/recurso de casación", causa n°16.179, reg. n°21.056, rta. el 15/5/2013; "Harguindeguy, Albano Eduardo s/recurso de casación", causa n°699/13, reg. n°23.925, rta. el 5/8/14).

En dicho sentido, las cuestiones planteadas por la defensa, ya han sido homogéneamente resueltas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 327:3312; 328:2056), por las cuatro salas de esta Cámara (cfr. Sala II, "Barcos, Horacio Américo s/recurso de casación", causa

nº 12652, rta. el 32/3/2012, reg. nº 19754 y "Losito, Horacio y otros s/recurso de casación", causa nº 10431, rta. el 18/04/2012, reg. nº 19853); Sala III, causa nº 9896, "Menéndez, Luciano Benjamín y otros s/recurso de casación", rta. el 25/08/2010, reg. nº 1253/10; Sala IV causa nº 12821 "Molina, Gregorio Rafael s/recurso de casación", rta. el 17/02/12, reg. nº 162/12 y de esta Sala in re: causa nº 7896 "Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/recurso de casación e inconstitucionalidad", rta. el 18/05/2007, reg. nº 10488; causa nº 7758 "Simón, Julio Héctor s/recurso de casación", rta. el 15/05/2007 y causa nº 9517 "Von Wernich, Christian Federico s/recurso de casación", rta. el 27/03/2009E, reg. nº 13516, "Bustos, Pedro Nolasco; Olivier, José Filiberto y Worona, Jorge Vicente s/recurso de casación", causa nº16.179, reg. nº21.056, rta. el 15/5/2013) y por el derecho penal internacional (cfr. estatutos de los tribunales militares de Nüremberg y para el Lejano Oriente; más tarde los instrumentos constitutivos de los tribunales ad-hoc de las Naciones Unidas para la ex Yugoslavia y Ruanda; la regulación 15/2000 de la administración de transición de las Naciones Unidas para el Timor Oriental, el estatuto de la Corte Penal Internacional de Justicia y la importante jurisprudencia de la C.I.D.H. en los casos: "Barrios Altos vs. Perú" -14/3/2001-, "Goiburú vs. Paraguay" -22/9/06-; "Almonacid Orellano vs. Chile" -29/9/06-; "La Cantuta " -29/11/06-, "Masacre de Río Negro vs Guatemala" -4/9/12-, entre otros).

En ese sentido, señalé en mi voto en "Bustos, Pedro Nolasco; Olivier, José Filiberto y Worona, Jorge Vicente s/recurso de casación" (causa nº16.179, reg. nº21.056, rta. el 15/5/2013) que *"...Desde el inicio de nuestro Estado de Derecho en 1853, se consagraron constitucionalmente los derechos civiles, en 1949 los derechos económicos, sociales y culturales, que al derogarse por decreto militar en 1956 dicha Constitución, después del golpe de Estado de 1955, el gobierno de facto llama a una convención constituyente -proscripción mediante- y*

se incorpora a la Constitución restituida de 1853 el artículo 14 bis, donde se vuelven a incluir algunos derechos sociales y recién con la reforma de 1994, se incorporan constitucionalmente los derechos políticos y las normas del derecho internacional sobre derechos humanos -DIDH-, en sus artículos 37, 38, 39, 40 y 75 -incisos 22, 24 entre otros-, por lo que actualmente poseen jerarquía constitucional los derechos civiles y políticos; económicos, sociales y culturales; de los pueblos y sus garantías."

"Debemos advertir que desde 1853 en nuestro sistema constitucional -en el artículo 99, posteriormente en el artículo 102 de la Constitución de 1860 y en el actual 118 a partir de la reforma de 1994-, incluimos el derecho de gentes, el principio de extraterritorialidad, la aplicación de la justicia universal y su competencia federal. Dicha norma se ha mantenido inalterable a través de las referidas reformas."

"Paralelamente a los cambios políticos y jurídicos internos, operaron transformaciones internacionales que obligan a nuestro país y le generan responsabilidades ante su incumplimiento."

"En el siglo XX con la `Carta de Naciones Unidas´ -1945- y la `Declaración Universal de los Derechos Humanos´ -1948-, nació el nuevo paradigma jurídico de los derechos humanos. Las declaraciones, pactos, tratados que se aprobaron internacionalmente y que nuestro país ha ratificado, han constituido una nueva legalidad internacional y del derecho interno, a partir de la cual, este sistema jurídico complejo conformado por las normas exógenas y del derecho interno, otorgan nuevos derechos convencionales y competencias, que posibilitan que la sociedad, a través de sus ciudadanos, controlen a los gobernantes y al derecho, por lo que puede afirmarse que ya no habrá ningún acto de poder que pueda ser admitido ni aceptado como legítimo, si no pasa el test de los estándares mínimos en derechos humanos. Estos, sirven para hacer frente a las mayores concentraciones del poder, para su

equilibrio, para la defensa de los seres humanos como sujetos de derecho internacional, cuando dentro de los límites de su país padecen violaciones a sus derechos".

Se ha dicho que: *"...la extrema gravedad de ciertos crímenes, acompañada por la renuencia o la incapacidad de los sistemas penales nacionales para enjuiciarlos, son el fundamento de la criminalización de los crímenes en contra de la humanidad según el Derecho Internacional..."* (Ambos, Kai; "Temas de Derecho penal internacional y europeo", Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 181).

De otro lado, se ha afirmado que se trata de un mandato de justicia elemental, siendo que *"...la impunidad de las violaciones de los derechos humanos (culture of impunity) es una causa importante para su constante repetición..."* (cfr. Werle, Gerhard; "Tratado de Derecho Penal Internacional", Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 84).

En efecto, *"...la categoría que hoy cuenta con una codificación penal (el Estatuto de Roma) y un cuerpo jurídico de interpretación en constante crecimiento, es también el producto de una evolución histórica que, al menos desde la segunda guerra mundial, ha incorporado con claridad las graves violaciones de los derechos humanos cometidas a través de la actuación estatal en el catálogo de delitos de lesa humanidad..."* (del dictamen del Procurador General doctor Esteban Righi en "Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal", del 1º de septiembre de 2006).

En este orden de ideas, es del caso señalar que sin perjuicio de que la plataforma fáctica traída a estudio que será analizada más adelante desde el más reciente desarrollo de la categoría jurídica *"delitos de lesa humanidad"*, esa circunstancia no importa asentir que al tiempo en que habrían ocurrido los hechos, crímenes de tal entidad no formaran parte del derecho internacional o no fueran receptados por el ordenamiento jurídico doméstico y que sus consecuencias tales como su imprescriptibilidad, no tuvieran plena

vigencia, más allá del distinto nivel de positivización de sus normas respecto del alcanzado hoy en día en la comunidad internacional o en el ámbito penal nacional, pues el Estatuto tan solo reconoció una norma que se encontraba vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario.

Es criterio de esta Sala que "...el contenido de las normas del DIDH, se encuentran basadas en un consenso universal, poseen un positivismo convencional regulado en el texto de los artículos respectivos en cada instrumento, que tienen en el caso de Argentina jerarquía constitucional, si se trata de los instrumentos contenidos en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional -once instrumentos reconocidos en la Convención Constituyente en 1994 y dos posteriormente, por el mecanismo que la propia CN determina-, o con jerarquía superior a las leyes internas -conforme el artículo 75 incisos 22 y 24 CN-, de manera que todas las normas y actos de los poderes del Estado se deben adecuar a éstos, de lo contrario la CSJN deberá resolver sobre su constitucionalidad en ejercicio jurisdiccional del "control de constitucionalidad y convencionalidad" de las leyes y actos de gobierno. Lo completa el derecho internacional consuetudinario o derecho de gentes, que a modo de ejemplo cabe recordar que los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, determinan la vigencia del derecho de gentes, aún cuando se denunciare el Convenio. Al respecto véase Los Convenios I artículo 63; C II artículo 62; C III artículo 142; C IV artículo 158; Protocolo Adicional I artículo 1 y Protocolo Adicional II cuarto párrafo del Preámbulo." ("Bustos, Pedro Nolasco; Olivier, José Filiberto y Worrone, Jorge Vicente s/recurso de casación", mi voto, causa n°16.179, reg. n°21.056, rta. el 15/5/2013).

"También corresponde aplicarse el derecho de gentes, conforme surge del artículo 43 de la Convención de Viena del derecho de los Tratados, al establecer el deber de

USO OFICIAL

los Estados de cumplir las obligaciones enunciadas en los tratados, o de las que surjan del derecho internacional independientemente del tratado. Se refuerza con el artículo 53 al regular la nulidad de los tratados que se opongan a una norma imperativa del derecho internacional general."

En dicho análisis, expresé que el cumplimiento del derecho de gentes, dentro de nuestro sistema jurídico lo encontramos además en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -PIDCP-, al regular el principio de legalidad penal internacional, que establece: "1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional..."; completando con: "2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional"; reafirmando que las graves infracciones de derecho internacional de jus cogens, imponen la obligación de investigar, enjuiciar y sancionar a todos los Estados, acarreando los compromisos estatales de: inderogabilidad de juicio; deber de procesar o extraditar; imprescriptibilidad de los delitos; inaplicabilidad de excepciones de inmunidad, incluyendo a los jefes de Estado; exclusión de cualquier mecanismo legislativo, político o judicial para perpetrar la impunidad -leyes de obediencia debida, punto final, indultos, cosas juzgadas írritas o fraudulentas-; obligatoriedad de aplicación en tiempos de guerra o de paz, no habilitando su derogación ni suspensión en excepcionalidades constitucionales -tales como estado de sitio, conmoción interna, leyes marciales, estado de guerra- y competencia de la justicia universal.

En consonancia a ello ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en particular referencia a la viabilidad en la aplicación de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos respecto de hechos acaecidos

con anterioridad a su entrada en vigor, que "...no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos... [Y] desde esta perspectiva, así como es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la convención, también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la convención al derecho interno..." (considerandos 28 y 29 del voto de la mayoría en "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros", causa n° 259, del 28 de agosto de 2004, Fallos: 327:3312).

Así pues, "...de acuerdo con lo expuesto y en el marco de esta evolución del derecho internacional de los derechos humanos, puede decirse que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la Comunidad Internacional..." (considerando 32 del voto mayoritario en fallo citado supra).

Ello así por cuanto en nuestro ordenamiento jurídico no se "...determina la exclusión del derecho de gentes. En la medida en que éste sea aplicable para la adecuada solución del caso, tal aplicación será inexcusable para el juzgador en función de lo dispuesto por el art. 21 de la ley 48, pues debe contemplarse la circunstancia de que como toda regla de derecho internacional, convencional o consuetudinaria, un tratado no se aplica en 'vacío' sino en relación con hechos y dentro de un conjunto más amplio de normas que integran el sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar y del cual no es más que una parte..."

(considerando 15 del voto del doctor Bossert en "Priebke, Erich s/solicitud de extradición", causa n° 16.063/94, del 2 de noviembre de 1995, Fallos: 318:2148).

En punto a eso, nuestro Máximo Tribunal ha señalado 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 art. 118 de la Constitución Nacional..."* (considerando 16 del voto de la mayoría en *"Arancibia Clavel, Enrique L. s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros"*, Fallos: 327:3312).

En este sentido, esta Sala tiene dicho in re *"Bustos, Pedro Nolasco; Olivier, José Filiberto y Worona, Jorge Vicente s/recurso de casación"*, que *"aquellas normas que describen y condenan una acción que atenta contra el llamado "derecho de gentes", son de carácter imperativo, de ius cogens, pudiendo emanar de cualquier fuente de derecho internacional, toda vez que constituyen valores fundamentales de la comunidad internacional y que ningún Estado puede dejar de lado excepto por otra norma de igual carácter (art. 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados), características que determinan como consecuencia, la apertura de la jurisdicción universal"* (causa n°16.179, reg. n°21.056, rta. el 15/5/2013; ver también *"Videla, Jorge Rafael s/recurso de casación"*, causa n°14.571, reg. n° 19.679, rta. el 22/6/2012).

"En ese contexto, a modo de conclusión, se observa que cuando los órganos jurisdiccionales de nuestro país dicen aplicar tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados con posterioridad a los hechos ilícitos investigados, lo que están plasmando en sus resoluciones no sólo es derivación de una fuente internacional, sino que también es la aplicación del derecho interno vigente al momento de tales sucesos que, de acuerdo al texto constitucional de 1853 de nuestra Carta Magna, se hallaba en el artículo 102 (actual 118, luego de la reforma introducida en el año 1994)".

"De otra parte, y en lo atinente al principio

de legalidad e irretroactividad de la ley penal, considero necesario efectuar una aclaración sobre los efectos dimanantes del reconocimiento del llamado derecho de gentes en la Constitución Nacional, particularmente en lo que respecta al principio consagrado en el artículo 18 de nuestra Carta Magna frente a la aplicación de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos por los que el Estado argentino se ha obligado ex post facto".

Sobre este tópico, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que el principio de legalidad consagrado en el ámbito nacional -al menos en lo referente a la aplicación de la regla de la irretroactividad de la ley penal derivada de aquél- queda desplazado por la normativa internacional positivizada y de origen consuetudinario frente a la comisión de delitos de lesa humanidad ("Arancibia Clavel, Enrique L. s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros", Fallos: 327:3312).

En este sentido, se ha rechazado, en la aplicación del derecho doméstico, la retroactividad de disposiciones penales posteriores al hecho que impliquen un empeoramiento de las condiciones de los encausados (Fallos: 287:76), pero se ha declarado que "...la excepción a esta regla, está configurada para aquellos actos que constituyen crímenes contra la humanidad, ya que se tratan de supuestos que no han dejado de ser vivenciados por la sociedad entera dada la magnitud y la significación que los atañe. Ello hace que no sólo permanezcan vigentes para las sociedades nacionales sino también para la comunidad internacional misma..." (considerando 21 del voto mayoritario en el fallo citado en el párrafo supra).

Ello así toda vez que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos importan el reconocimiento de una norma ya vigente (ius cogens), cuya función primordial es "...proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, para asegurar

USO OFICIAL

el respeto de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal..." (cfr. considerandos 28 y 29 del voto de la mayoría).

De esta manera, *"...tomando en cuenta que el Estado argentino ha asumido frente al orden jurídico interamericano no sólo un deber de respeto a los derechos humanos, sino también un deber de garantía... la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituyen una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional (conf. CIDH, caso "Barrios Altos", sentencia del 14 de marzo de 2001, considerando 41, serie C N° 75; caso "Trujillo Oroza vs. Bolivia" - Reparaciones, sentencia del 27 de febrero de 2002, considerando 106, serie C N° 92; caso "Benavides Cevallos" - cumplimiento de sentencia, resolución del 9 de septiembre de 2003, considerandos 6° y 7°)..."* (considerando 36 del voto mayoritario), cuestiones que la defensa no ha logrado rebatir al solicitar la excepción de falta de acción por aplicación de las leyes de obediencia debida y punto final.

A modo de corolario, resulta esclarecedor sobre este aspecto el voto del Ministro Maqueda en el citado fallo "Arancibia Clavel", en punto a que *"...la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existía -al momento en que se produjeron los hechos investigados en la presente causa- un sistema de protección de derechos que resultaba obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente -dentro de este proceso evolutivo- como ius cogens. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los Estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa..."* (considerando 27), obligaciones que

los constituyentes de 1853 ya habían considerado para el Estado argentino en el texto del art. 102 a que se hiciera referencia supra.

"Este deber, que se erige como imperativo jurídico para todos los Estados, tiene primacía sobre cualquier disposición en contrario de los ordenamientos jurídicos locales, ocupando por tanto la posición más alta entre todas las otras normas y principios, aun las del derecho interno" ("Bustos, Pedro Nolasco; Olivier, José Filiberto y Worona, Jorge Vicente s/recurso de casación", causa n°16.179, reg. n°21.056, rta. el 15/5/2013).

En este punto, resulta de especial relevancia destacar que respecto de hechos como los investigados en la presente causa, el cimero tribunal ha puntualizado que el Estado Argentino debe -de conformidad con el derecho internacional que lo vincula- garantizar su juzgamiento, puesto que se trata de delitos de lesa humanidad y que el incumplimiento de tal obligación compromete la responsabilidad internacional del Estado Argentino (Fallos 328:2056 y 330:3248) cuestiones que, sumadas al dictado de la ley 25.779, echan por tierra todo tipo de argumentación atinente a la violación al principio de cosa juzgada.

Por lo argumentado corresponde afirmar que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los delitos de lesa humanidad no deriva de una categorización ad hoc y ex post facto como sugiere la defensa y en suma, conllevan a descartar tanto los planteos de prescripción como el de todas aquellas consideraciones que se yerguen en la afectación al principio de legalidad en general.

Efectuadas tales aclaraciones, entiendo que corresponde rechazar los planteos aquí analizados toda vez que dada la especial calidad de delitos de lesa humanidad que nos ocupa, las garantías en cuestión no sólo ceden frente a la obligación del Estado de investigar y dar una respuesta jurídico -penal en los casos concretos de graves violaciones a los

derechos humanos, sino también ante el derecho que tiene la comunidad internacional de que estos hechos no queden impunes.

2. Principio de congruencia y nulidades

a) En relación con la violación del principio de congruencia alegada por la defensa, debe destacarse que no se advierte violación al principio referido, pues no se han conculcado ninguno de los derechos que le asistían al imputado, ni alterado las reglas de juzgamiento, dado que el hecho correspondiente a la condena dictada fue oportunamente introducido en el proceso, y existe entre el pronunciamiento y los diferentes actos judiciales de importancia (declaración indagatoria -fs.526-, auto de procesamiento -772/786 vta.- y requerimiento de elevación a juicio -854/898-), la debida identidad fáctica, por lo que la sentencia recurrida debe ser calificada como acto jurisdiccional válido.

En este sentido se advierte que la plataforma fáctica descripta tanto en la indagatoria, como en el auto de procesamiento, en el requerimiento de elevación a juicio, en el dictamen Fiscal durante el debate oral y al dictar sentencia el a quo, no sufrió modificaciones de ningún tipo.

La descripción del hecho se mantuvo incólume, observándose que si bien el tribunal a quo modificó el encuadramiento del tipo de participación solicitado por la señora Fiscal, conservó las circunstancias de tiempo, modo y lugar desarrolladas en los actos procesales de importancia sindicados.

Así se observa que la señora Fiscal en el requerimiento de elevación a juicio (fs. 854/897 vta.) consideró, concordantemente con los hechos descriptos en la declaración indagatoria de fs. 526 y el auto de procesamiento de fs. 617/625 (ver también fs. 772/786vta.), que los delitos cometidos en perjuicio de Diana Beatriz Fidelman, Miguel Ángel Mozé, Luís Ricardo Verón, Ricardo Alberto Yung, Eduardo Alberto Hernández y José Alberto Svagusa se produjeron dentro del contexto e generalidad y sistematización durante la dictadura militar,

por lo que su tipo corresponde a crímenes de lesa humanidad.

Que en el contexto del plan concebido por el gobierno de facto, delineado e implementado a nivel nacional, con el alegado propósito de perseguir y aniquilar a la denominada "subversión", el 17 de Mayo de 1976 aproximadamente a las 20:00 horas se presentó ante las autoridades de la Unidad Penitenciaria n° 1 una comisión policial integrada por los efectivos Carlos Alfredo Yanicelli, Yamil Jabour, Calixto Luís Flores, Alberto Luis Lucero, Miguel Ángel Gómez y Juan Eduardo Raúl Molina portando dos órdenes: una emitida por el Juzgado Federal N° 1 de Córdoba para el traslado -desde el establecimiento penitenciario a la -D2- de los detenidos especiales Diana Beatriz Fidelman, Miguel Ángel Mozé, Luis Ricardo Verón y Ricardo Alberto Yung; y otra emanada del Juzgado Federal n° 2 de esta ciudad para el traslado a igual lugar de los detenidos especiales Eduardo Alberto Hernández y José Alberto Svagusa.

Los detenidos fueron entregados a la comisión policial por personal del Servicio Penitenciario contra recibo firmado por el cabo 1° Luis Eduardo Vázquez (credencial 65.816), y retirados en tres vehículos sin identificación policial amordazados, atados y encapuchados.

El -intento de fuga- de los detenidos imputados por infracciones a la Ley 20.840, así como los supuestos enfrentamientos de sediciosos que intentaban liberar a los trasladados era la explicación proporcionada en los comunicados oficiales a los fines de justificar las muertes de los trasladados (Cfme. Sentencia N° 63/2010 TOF N° 1 Cba., en la cual se condenó a los mencionados en el presente hecho.)

En este contexto descripto y probado, los policías Jorge Zalazar, Juan Domingo Ayala, Héctor Ricardo Rivera, Tomás Hugo Vera -fallecido-, Hugo Armando Barbosa -con orden de captura conforme surge de fs. 539 de autos- y Sixto Contreras -fallecido-, todos pertenecientes al Comando Radioeléctrico de la Policía de la Provincia de Córdoba, integraron la comisión

USO OFICIAL

policial que dio muerte a los detenidos especiales Diana Beatriz Fidelman, Miguel Ángel Mozé, Luís Ricardo Verón, Ricardo Alberto Yung, Eduardo Alberto Hernández y Alberto Svagusa.

Agregó, que estos integrantes del Comando Radioeléctrico fueron comisionados por la Central de dicho Comando, al Departamento de Informaciones de la Policía de la Provincia de Córdoba (D2). Una vez allí recibieron instrucciones acerca de la custodia a realizar sobre unos detenidos que debían retirar de la Unidad Penitenciaria nº 1, quienes eran los detenidos especiales mencionados supra- para ser trasladados al Departamento mencionado.

El referido personal policial se trasladó a bordo del móvil matrícula 286 integrado por Zalazar (a cargo del mismo), Ayala (como chofer) y Rivera (patrullero) y del móvil matrícula 313 a cargo de Vera, Contreras (como chofer) y Barbosa (patrullero.)

Ya en la Unidad Penitenciaria Nº 1, la comisión policial mencionada en el párrafo que antecede juntamente con los policías Carlos Alfredo Yanicelli, Yamil Jabour, Calixto Luís Flores, Alberto Luis Lucero, Miguel Ángel Gómez, Juan Eduardo Raúl Molina -quienes resultaron condenados como coautores por dominio funcional por el presente hecho-, recibieron a los seis detenidos especiales, entregados por personal del Servicio Penitenciario contra recibo firmado por el Cabo 1º Luís Eduardo Vázquez (cred. 65.817), encontrándose las víctimas amordazadas, atadas y encapuchadas.

Indicó que las conductas desplegadas por el imputado Ayala, debían encuadrarse en el delito de homicidio agravado, doblemente calificado por alevosía y pluralidad de partícipes -seis hechos-, todo en concurso real 55 C.P.- en carácter de coautor -art. 45 del C.P.-, (art. 80, Inc. 2º y 4º del Código Penal vigente al tiempo de los hechos).

Del mismo modo, al momento de efectuar su alegato la señora Fiscal General Dra. Graciela López de Filoñuk, manifestó que los delitos que se juzgan constituyen delitos de

lesa humanidad.

Precisó que el antecedente del presente juicio es la causa "Alsina", recaratulada "Videla" con sentencia en el año 2010 en el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba.

Que entre los hechos juzgados estaba el de fecha 17 de mayo de 1976, oportunidad en que dieron muerte a seis detenidos legalizados, por el cual el Tribunal Oral Federal N° 1 de Córdoba condenó a prisión perpetua e inhabilitación perpetua a Videla, Menéndez, Melli, Poncet y González Navarro, todos integrantes del Estado Mayor; y en el que también fueron condenados a prisión perpetua e inhabilitación perpetua los integrantes de la -D2- Yanicelli, Jabour, Flores, Lucero, Molina y Gómez.

Sostuvo que durante aquel debate surgió el - libro de novedades- de la guardia del Comando Radioeléctrico, en el que se registró el día 18 de mayo de 1976 -diez horas después del hecho acontecido el día 17 de mayo- que el oficial principal Zalazar detalló el procedimiento del día anterior y situó a seis integrantes del Comando Radioeléctrico, Zalazar, Ayala y Rivera a cargo del móvil 286; y Vera, Contreras y Barbosa a cargo del móvil 313.

Con las novedades del libro de guardia que anotó Zalazar, fijó el hecho sosteniendo que los seis integrantes del -D2-, y los seis integrantes del Comando Radioeléctrico, cumpliendo órdenes de Telleldín, fueron a buscar a las víctimas a la penitenciaría y durante el traslado les dieron muerte.

Precisó que el Servicio Penitenciario entregó los presos al Cabo Primero Luis Eduardo Vázquez, integrante del -D2-, y chofer del móvil 208, que entraron los móviles, retiraron las víctimas y las repartieron en los coches emprendiendo la marcha con los móviles 313, 208 y 286.

Que los integrantes del D2, conforme valoró la sentencia del Tribunal Oral N° 1 de Córdoba, se repartieron en los vehículos y otros ocuparon los supuestos vehículos de los

USO OFICIAL

sediciosos.

La comitiva oficial partió en los tres móviles por la calle Colombres, luego Brandsen, y en la calle Neuquén al 900, esquina Mariano Benítez, se produjo el presunto tiroteo por parte de sediciosos subversivos que trataban de rescatar a las seis víctimas que iban amordazas y encapuchadas las que resultaron muertas.

Indicó que una particularidad repetida en los procedimientos de esta naturaleza era la llamada -Zona Liberada-, la que se comprueba en este caso con la circunstancia de que nadie de la Seccional Novena de Policía acudió al lugar de los hechos al escuchar los tiros, y tampoco se registró en los libros de guardias los pedidos de ayuda o de refuerzos.

Se ha demostrado asimismo, a su decir, que las heridas inferidas a los policías presentes en el lugar no existieron y que los miembros del Comando Radioeléctrico participaban del plan diseñado para la lucha contra la subversión.

Refirió la Señora representante del Ministerio Público Fiscal que se encontraron probados los asesinatos de las víctimas Fidelman, Mozé, Verón, Hernández, Yung y Svagusa, como así también las condiciones en que las víctimas fueron sacadas del penal, y que ello hizo imposible que se pudieran fugar, no solo porque estaban atadas, encapuchadas, vendadas y mal alimentadas, sino también porque previamente habían sido torturadas y maltratadas. Que en esas condiciones no había forma de escapar, que la excusa del escape fue una mentira, y que en el traslado y asesinato de las seis víctimas actuaron además de los policías del D2, los policías del Comando Radioeléctrico Ayala, Rivera, Verón, Barbosa, Zalazar y Contreras.

De este modo, si bien la señora Fiscal solicitó se condene a Juan Domingo Ayala por el delito de homicidio agravado doblemente calificado por alevosía y pluralidad de partícipes en los términos del art. 80 incisos 2 y 4 del Código Penal vigente al momento de los hechos, seis hechos en concurso

real en calidad de coautor, el tribunal resolvió condenarlo como partícipe secundario en aquellos delitos.

Para ello tuvo por probado que "... el día 17 de Mayo de 1976, aproximadamente a las 20:00 hs. y con sendas órdenes, se presentó ante las autoridades de la Unidad Penitenciaria N° 1 (U.P. 1) una comisión policial proveniente del Departamento de Informaciones (D2) integrada por los efectivos Carlos Alfredo Yanicelli, Yamil Jabour, Calixto Luis Flores, Alberto Luis Lucero, Miguel Ángel Gómez y Juan Eduardo Raúl Molina a fin de trasladar desde allí a los -detenidos especiales Diana Beatriz Fidelman, Miguel Ángel Mozé, Luis Ricardo Verón y Ricardo Alberto Yung, Eduardo Alberto Hernández y José Alberto Svagusa, quienes fueron entregados a la comisión policial por personal del Servicio Penitenciario contra recibo firmado por el Cabo 1° Luis Eduardo Vázquez (credencial 65.816). Fueron retirados de su lugar de detención en vehículos sin identificación policial, amordazados, atados y encapuchados" (Cfr. fs.1174vta.).

"Con posterioridad, éstos policías anteriormente mencionados, simularon un intento de fuga y mediante el empleo de armas de fuego, asesinaron a Fidelman, Mozé, Verón, Yung, Svagusa y Hernández en la vía pública, en la calle Neuquén a la altura del 900 de esta ciudad, quienes se encontraban en un total estado de indefensión" (Cfr. fs.117 vta.).

"En ese contexto, a su vez acreditado en la sentencia dictada en autos -...Videla, Jorge Rafael(Expte. N° 172/09), tramitada por ante el Tribunal Oral Federal N° 1, de fecha 22/12/2010, el cabo de policía Juan Domingo Ayala, en su calidad de integrante del Comando Radioeléctrico de la Policía de la Provincia de Córdoba, participó en la comitiva que trasladó a los detenidos, prestando una colaboración al accionar de los integrantes de la D2" (Cfr. fs.1175).

"Ello así, dado que fue comisionado por sus superiores del Comando Radioeléctrico para que se constituyera en la D2 a fin de recibir instrucciones acerca de la custodia

USO OFICIAL

que debían realizar respecto de unos detenidos que iban a ser trasladados desde la Unidad Penitenciaria N° 1 (U.P. 1) a la D2, a la sazón, las víctimas de esta causa, y en su calidad de chofer a cargo del móvil matrícula 286" (Cfr. fs. 1175).

"En la UP1 los componentes de la D2, retiraron a las víctimas e iniciaron su traslado y al llegar a la calle Neuquén a la altura del 900 se suscitó el hecho criminoso que dio origen a esta causa" (Cfr. fs.1175).

Se tuvo por probado que los detenidos trasladados estaban en muy mal estado físico como consecuencia de las torturas sufridas, la mala alimentación y que fueron sacados del penal, esposados, tabicados de manera tal que resultaba imposible fugarse.

"Las órdenes de traslado, en los casos de Fidelman, Mozé, Verón y Yung, fue suscripta por el General de la IV Brigada Aerotransportada, Juan Bautista Sasiaiñ, con fecha mayo de 1976 -sin especificar el día-, en la que consta que ellos serían retirados por una comisión de la Policía Provincial -la D2-. En el caso de Svagusa fue emitida con fecha 13.05.1976, por el juez en subrogancia del Juzgado Federal n° 2. Dr. Adolfo Zamboni Ledesma en la que consta que los mencionados serían retirados por una comisión del Departamento de Informaciones de la Policía de la Provincia de Córdoba y trasladados al D2, con el fin de -proseguir con la investigación relacionada con otros hechos de carácter subversivo en la que estarían estrechamente vinculados..."(Cfr. fs.1175).

Se observa entonces que la descripción efectuada en la acusación final resultó suficiente para que el imputado conozca el hecho por el que se lo incriminó, por lo tanto la posibilidad de ejercer una defensa en juicio eficaz se mantuvo inalterada en el caso, ya que no se redujo la posibilidad de una estrategia defensiva exitosa a través de la cual se haya podido discutir durante el proceso, y específicamente durante el desarrollo del debate, la participación de Ayala y la calificación legal que por ello correspondía adoptar.

De acuerdo con lo expuesto corresponde señalar que no fue violado el derecho de defensa en juicio que asiste a Juan Domingo Ayala, ya que su defensa tuvo conocimiento de los hechos imputados a su asistido, tanto en la indagatoria, en el auto de procesamiento, en el requerimiento de elevación a juicio, como en el alegato brindado por el Fiscal y tuvo oportunidad de rebatirlos durante el debate oral, de lo que se desprende, tal como se indicó en párrafos precedentes, que no puede sostenerse el planteo recursivo relacionado con la supuesta vulneración al principio de congruencia.

En efecto, frente a la plataforma fáctica que precede al juicio no se advierte de qué manera el tipo de participación asignada por el Fiscal durante el debate y por la que finalmente se condenó a Ayala -la que además fue más beneficiosa-, pudo haber afectado el principio de congruencia cuando es evidente que el Tribunal se expidió sobre el mismo hecho imputado a lo largo de todo el proceso, no variando el sustrato material del reproche.

El artículo 18 de la C.N. en cuanto reza: "*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo... es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos*" y el artículo 75 inciso 22 de la C.N. que otorga jerarquía constitucional, entre otros instrumentos internacionales, a la C.A.D.H. y al P.I.D.C.P., que consagran las garantías judiciales del imputado -artículos 8 y 14, respectivamente-, mencionan el derecho a ser oído y a recibir detallada comunicación de la acusación formulada, los que en el presente caso han sido respetados.

Según regula el primer párrafo del artículo 401 del ordenamiento ritual, "En la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en el auto de remisión a juicio o en el requerimiento fiscal, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad", dejando de este modo claramente establecido que la identidad no se refiere a la clase de delito imputado y

USO OFICIAL

probado, sino a los elementos de hecho objetivos y subjetivos. Como corolario de esta garantía constitucional se encuentra la necesidad de que "entre la acusación intimada (originaria o ampliada), y la sentencia debe mediar una correlación esencial sobre el hecho", la que impide condenar al acusado por uno diverso o intempestivo del que fuera objeto de la imputación formulada (ne est iudex ultra petita partium).

En este sentido Cafferata Nores sostiene sobre el artículo 414 del Código Procesal Penal de Córdoba -similar a nuestro artículo 401-, la necesaria correlación entre acusación y sentencia, que establece la regla de dicha norma en su párrafo segundo, supone que la base fáctica contenida en el documento acusatorio sea trasladada sin alteración de sus aspectos esenciales a la sentencia. Legalmente se justifica por la circunstancia de que el hecho que se atribuye al encartado marca el límite de la jurisdicción del tribunal de juicio, y también porque la sentencia debe fundarse en el contradictorio, el cual desaparece si se condena por un hecho diverso y del cual el imputado no pudo defenderse, probando y alegando lo que consideraba que hacía a su derecho, por no haber sido oportunamente informado.

La Cámara Federal de Casación Penal ha dicho que: *"...para que se viole el derecho de defensa en juicio, debe encontrarse afectado el principio de congruencia fáctica.(...).* Para que se conmueva la garantía constitucional de defensa en juicio, es necesario que se haya producido una mutación esencial entre el hecho intimado y la base fáctica contenida en el documento acusatorio, con el hecho juzgado, produciéndose un menoscabo en la facultad de la refutación por parte de los imputados. Tal perjuicio sólo concurre cuando la diversidad fáctica le restringe o cercena la factibilidad de presentar pruebas en su interés o si la diversidad comprometió la estrategia defensiva..." (Sala III, causa n° 2939, "Rivero, Jorge H. y otros s/recurso de casación", reg. n° 89/04 del 5/3/2004).

Asimismo, el artículo 347 del C.P.P.N. prescribe

USO OFICIAL

la necesidad de que la presentación contenga una *"...relación clara, precisa y circunstanciada del hecho"* que supone una descripción del mismo -respetándose la base fáctica de la intimación realizada tanto en la declaración indagatoria como en el auto de procesamiento-, mediante la mención detallada de todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que la conducta imputada se exteriorizó y cualquier otro dato de interés para el encuadramiento legal del hecho. Pues sólo de ese modo se asegura la satisfacción del principio -no sólo legal, sino constitucional- que impone la existencia de una imputación criminal de la que el imputado pueda defenderse. Al respecto, vale recordar lo expuesto por Maier en relación a la descripción a la que se refiere la ley procesal en cuanto a que se trata de la *"afirmación de un hecho concreto, singular, de la vida de una persona. Ello significa describir un acontecimiento -que se supone real- con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos (temporal y espacialmente) y le proporcionen su materialidad concreta; el lenguaje se debe utilizar como descriptivo..."* (Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos. 2° Edición. 1996, p. 553).

En esta línea, conforme surge del acta de debate, la defensa de Ayala tuvo oportunidad de oponer defensas en torno al tipo de participación que le cupo en el suceso por el cual fue condenado el nombrado, refiriéndose expresamente a la participación secundaria (cfr. fs. 1114).

Por otro lado, tampoco la defensa ha logrado explicar de qué manera se ha visto desbaratada la estrategia adoptada por la parte en el juicio, ni tampoco de qué planteos se la ha privado de efectuar.

En este sentido que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha desestimado recursos extraordinarios interpuestos en queja, atento que el recurrente no había logrado demostrar variación alguna de la situación fáctica que sustentara la acusación ni perjuicio concreto al ejercicio de

su derecho de defensa ("Recurso de hecho deducido por el defensor general de la Provincia del Chubut en la causa Antognazza, María Alexandra s/p.s.a. abandono de persona calificado - causa N° 19.143/2003-", A. 1318. XL., rta. el 11/11/07, entre otros).

En el precedente citado, la C.S.J.N. hizo suyos los argumentos vertidos por el Señor Procurador General, en cuanto sostuvo que: "...el apelante alega la afectación al principio de congruencia sólo con base en el cambio de calificación legal dispuesto por el a quo y en el análisis que ese tribunal realizó acerca de ambas figuras penales, mas omite referirse a los hechos que constituyeron la materia del juicio, e indicar en qué consistió la variación que -en su opinión- habrían sufrido, a pesar de que esta última circunstancia es la que importa y decide la cuestión (conf. Fallos: 242:227 y 456, 310:2094)... Por otra parte, si bien en ciertos casos la modificación de la calificación legal podría importar un agravio constitucional, en la medida en que dicho cambio provoque el desbaratamiento de la estrategia defensiva del acusado, impidiéndole formular sus descargos (Fallos: 319:2959, voto de los doctores Petracchi y Bossert), la omisión en que incurrió el apelante al dejar de exponer cuáles son las defensas que aquel proceder le habría impedido articular, y en qué medida habrían influido en la solución adoptada...".

En síntesis, entiendo que corresponde rechazar el recurso de casación en este punto, atento que no se advierte violación al principio procesal de congruencia.

b) Por otra parte, lejos se encuentra la sentencia puesta en crisis de ser declarada nula en virtud de la imprecisión sobre la descripción de los hechos conforme alega la defensa.

Es que debe tenerse en consideración que las nulidades procesales son de interpretación restrictiva, y que su declaración debe estar prevista expresamente en la ley como

USO OFICIAL

para su aplicación, no corresponde hacer lugar al planteo defensorista. 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 importaría un manifiesto exceso ritual, incompatible con el buen servicio de justicia (v. C.N.C.P., Sala II, Reg. n° 7271.2, "Cardozo, Desiderio Aníbal y otro s/recurso de casación", rta. el 20/12/2004; "Guillén Varela, J. W. s/rec. de casación", Reg. n° 40, rta. el 18/11/1993; "Marinelli, Adriana s/rec. de casación", Reg. n° 3163, causa n° 2344, rta. el 29/03/2000; Reg. n° 6992.2. "Barrionuevo, Marta Adelaida s/recurso de casación", rta. el 4/10/2004; "Pérez, Roberto José s/rec. de casación", causa n° 116, rta. el 23/05/1994; "Ruiz, Carlos y otra s/rec. de casación", Reg. n° 4511, causa n° 3250, rta. el 19/10/2001; Sala III, "Palacios, Oscar Enrique s/rec. de casación", Reg. n° 322, causa n° 5015, rta. el 22/6/04; C.S.J.N. Fallos: 311:1413 y 2337; 298:279 y 498; 322:507; 323:929; 324:1564).

En el caso de autos, conforme se ha descripto en el apartado anterior, se observa que la descripción del hecho endilgado ha sido clara, precisa y circunstanciada cumpliendo con los requisitos exigidos por el código de rito.

Se advierte, a su vez, que durante el debate oral la defensa ha podido ejercer en plenitud su derecho encargándose de objetar uno a uno el material probatorio recolectado e impugnando tanto el hecho como la participación específica de su asistido.

En ese sentido no se observa, ni la recurrente se ha encargado de fundamentar, la concreta afectación al derecho de defensa alegada y el debido proceso, sino que, por el contrario se ha limitado a reeditar los planteos efectuados durante el debate oral, los que han sido debidamente contestados por el a quo.

3. Cuestiones de hecho y prueba

a) El Tribunal tuvo por probado que "... el día 17 de Mayo de 1976, aproximadamente a las 20:00 hs. y con sendas órdenes, se presentó ante las autoridades de la Unidad Penitenciaria N° 1 (U.P. 1) una comisión policial proveniente del Departamento de Informaciones (D2) integrada por los efectivos Carlos Alfredo Yanicelli, Yamil Jabour, Calixto Luis Flores, Alberto Luis Lucero, Miguel Ángel Gómez y Juan Eduardo Raúl Molina a fin de trasladar desde allí a los -detenidos especiales Diana Beatriz Fidelman, Miguel Ángel Mozé, Luis Ricardo Verón y Ricardo Alberto Yung, Eduardo Alberto Hernández y José Alberto Svagusa, quienes fueron entregados a la comisión policial por personal del Servicio Penitenciario contra recibo firmado por el Cabo 1° Luis Eduardo Vázquez (credencial 65.816). Fueron retirados de su lugar de detención en vehículos sin identificación policial, amordazados, atados y encapuchados."

"Con posterioridad, éstos policías anteriormente mencionados, simularon un intento de fuga y mediante el empleo de armas de fuego, asesinaron a Fidelman, Mozé, Verón, Yung, Svagusa y Hernández en la vía pública, en la calle Neuquén a la altura del 900 de esta ciudad, quienes se encontraban en un total estado de indefensión."

"En ese contexto, a su vez acreditado en la sentencia dictada en autos -...Videla, Jorge Rafael(Expte. N° 172/09), tramitada por ante el Tribunal Oral Federal N° 1, de fecha 22/12/2010, el cabo de policía Juan Domingo Ayala, en su calidad de integrante del Comando Radioeléctrico de la Policía de la Provincia de Córdoba, participó en la comitiva que trasladó a los detenidos, prestando una colaboración al accionar de los integrantes de la D2."

"Ello así, dado que fue comisionado por sus superiores del Comando Radioeléctrico para que se constituyera en la D2 a fin de recibir instrucciones acerca de la custodia que debían realizar respecto de unos detenidos que iban

a ser trasladados desde la Unidad Penitenciaria N° 1 (U.P. 1) a la D2, a la sazón, las víctimas de esta causa, y en su calidad de chofer a cargo del móvil matrícula 286."

"En la UP1 los componentes de la D2, retiraron a las víctimas e iniciaron su traslado y al llegar a la calle Neuquén a la altura del 900 se suscitó el hecho criminoso que dio origen a esta causa."

Se tuvo por probado que los detenidos trasladados estaban en muy mal estado físico como consecuencia de las torturas sufridas, la mala alimentación y que fueron sacados del penal, esposados, -tabicados de manera tal que resultaba imposible fugarse.

"Las órdenes de traslado, en los casos de Fidelman, Mozé, Verón y Yung, fue suscripta por el General de la IV Brigada Aerotransportada, Juan Bautista Sasaiñ, con fecha mayo de 1976 -sin especificar el día-, en la que consta que ellos serían retirados por una comisión de la Policía Provincial -la D2-. En el caso de Svagusa fue emitida con fecha 13.05.1976, por el juez en subrogancia del Juzgado Federal n° 2. Dr. Adolfo Zamboni Ledesma en la que consta que los mencionados serían retirados por una comisión del Departamento de Informaciones de la Policía de la Provincia de Córdoba y trasladados al D2, con el fin de -proseguir con la investigación relacionada con otros hechos de carácter subversivo en la que estarían estrechamente vinculados..."

A tal efecto, se ponderaron las partidas de defunción de Miguel Ángel Mozé, Ricardo Alberto Yung, Diana Beatriz Fidelman, Eduardo Alberto Hernández, José Alberto Svagusa y Luis Ricardo Verón; los informes sobre los cuerpos de las víctimas ingresados en la Morgue Judicial en el año 1976; la publicación efectuada en la edición del Diario "La Voz del Interior" del día 18 de mayo de 1976 ("Abatieron a seis extremistas al escapar de la comisión policial que los conducía"), el informe ampliatorio del mismo matutino (de fecha 19 de Mayo de 1976); el Memorando Reservado de la Policía

USO OFICIAL

Federal Argentina (de fecha 19 de mayo de 1976), el Memorando de la Policía Federal Argentina, Delegación Córdoba (de fecha 15 de diciembre de 1975); el Legajo de Juan Domingo Ayala (fs. 116/117), Legajo de Jorge Alberto Zalazar (fs. 117/118), Legajo de Héctor Ricardo Rivera (fs. 118), Legajos de Tomás Hugo Vera, Hugo Armando Barbosa e informe del Juzgado Federal N° 3 sobre el agente policial Sixto Rodolfo Contreras (fs. 119); planilla de altas y bajas; sentencia dictada en la causa -Videla por el TOF nro. 1, del 22 de diciembre de 2010; el Libro de novedades de la guardia de Comando Radioeléctrico de la Policía de la provincia de Córdoba (18/5/1976); y los testimonios de Jorge Enrique De Breuil, Ingrid María Waisman, Eduardo Antonio Svagusa, Daniel Roberto Juez, Daniel Eduardo Bossano, Luis Miguel Baronetto, Jorge Enrique Cravero, María Teresa Sánchez, Luis Eugenio Pihen, Graciela Silvia Galarraga, Roberto Eduardo Díaz, Fermín Rivera, Norma Susana San Nicolás y Jorge Rubbén Lago.

b) De la lectura de la sentencia puesta en crisis, se observa que a los fines de determinar los hechos acaecidos el 17/5/76, el tribunal ha ponderado de modo crítico el plexo probatorio, valorándose en su debida dimensión los dichos de los testigos como un medio más para arribar a aquella finalidad de averiguación del suceso histórico.

Es que más allá del denodado esfuerzo de la defensa que actuó en este proceso, no se advierte arbitrariedad ni fisuras en los principios que rigen en la materia, que le permitió al juez crear en su intelecto el convencimiento de que los hechos no pudieron haber ocurrido de otra manera, aplicando las reglas de la experiencia, del sentido común y la razón, explicando cuál fue el razonamiento lógico que la llevó a adoptar la decisión en cuestión, lo que denota que se realizó un adecuado razonamiento deductivo-inductivo a partir de la prueba producida.

A su vez no puede perderse de vista que la ma-

terialidad de los hechos ocurridos, conforme sostuvo ésta Cámara en el precedente "Videla, Jorge Rafael s/recurso de casación" (causa n°14571, reg. 19.679, rta el 22/6/2012), se encuentra sólidamente acreditada.

A tal efecto, debe recordarse que, es de público conocimiento que al momento de los hechos, en la ciudad de Córdoba se llevaba a cabo de modo sistemático el procedimiento llamado "ley de fuga", cuya modalidad implicaba el asesinato de los presos detenidos a disposición del Poder Judicial, del III Cuerpo del Ejército o bien del PEN, alojados en la UP1, por medio de la simulación de un intento de fuga y enfrentamiento con efectivos policiales y/o militares.

En vista de ello, difícilmente pueda pensarse en la posibilidad de un enfrentamiento cuando se observan las condiciones en las que las víctimas fueron retiradas de la Unidad Penitenciaria 1 -amordazadas, atadas y encapuchadas- (ver testimonios de Susana San Nicolás, Daniel Roberto Juez, Luis Miguel Baronetto), y cuando no fueron registrados en el libro de guardia pedidos de ayuda o de refuerzos.

A lo que debe sumarse que no sólo no se han acreditado heridas en el personal de las fuerzas policiales, ni daño en los móviles con los que se estaba realizando el traslado sino que además resulta extraño que habiendo ocurrido el hecho -en la calle Neuquen al 900 de esa ciudad- a 100 metros de la comisaria seccional 9°, el personal policial no acudió de modo espontáneo en apoyo de sus compañeros.

De este modo el tribunal se ha encargado demostrar las contradicciones existentes entre lo realmente sucedido y lo informado en el "libro de novedades" de la guardia del Comando Radioeléctrico (el día 18 de mayo de 1976) y comunicado por el III° Cuerpo tanto en el diario "La Voz del Interior" (los días 18 y 19 de mayo de 1976).

En ese sentido ha expresado (cfr. fs. 1177/1183): *"...Es imposible sostener que en una confrontación*

USO OFICIAL

entre partes armadas como la descrita en los comunicados oficiales y asentada en el libro de guardia en condiciones muy pobres de luminosidad produjera el resultado que sostiene la versión oficial."

"Se sostuvo la versión de la existencia de fuego cruzado de gran intensidad en la oscuridad de la noche, pero no se explica satisfactoriamente cómo pudieron converger todos los disparos sobre las víctimas, sobre todo cuando fueron alcanzados, según la versión oficial en distintos lugares, es decir no estaban todos juntos, dado que algunos ya habían iniciado la fuga, y solo fallecieron los seis detenidos. Más inexplicable resulta que no hayan matado o herido gravemente a alguno de los atacantes."

"Según la versión oficial, el número de atacantes debió ser importante, dado que había varios automóviles e incluso un camión. Sin embargo, pese a que no pidieron auxilio, ni aceptaron la ayuda del subcomisario Benjamín Pedro Álvarez (encargado del área operativa de la Comisaría Seccional 9ª., bajo cuya jurisdicción ocurrieron los hechos), no pudieron detener a nadie, a ninguno de los vehículos atacantes, ni siquiera al camión, del que inexplicablemente tomaron conocimiento de que iba a ser enviado a Cuba."

"No es creíble que todos los móviles policiales hubieran quedado afectados de tal manera que ninguno haya podido empezar la persecución de los atacantes."

"Tampoco puede ser aceptado que si los atacantes fueron repelidos en la magnitud indicada en los documentos oficiales ninguno de ellos haya muerto o sufrido heridas de consideración, o sus vehículos sufrir daños de tal magnitud como para quedar sin movilidad. Piénsese que como quedó dicho incluso se consignó la participación de un camión."

Refirió además que "...En cuanto al Libro de Guardia del Comando Radioeléctrico de la Policía de la Provincia de Córdoba, ya mencionado en esta sentencia, la versión de Zalazar es totalmente falsa respecto de las circunstancias del

modo en que se produjo el evento -es decir atraco al personal policial, enfrentamiento con `atacantes subversivos´ y posterior muerte solo de las víctimas a trasladar -; y las circunstancias de tiempo, lugar y del personal policial actuante en el episodio del que resultaron muertos Fidelman, Hernández, Mozé, Svagusa, Verón y Yung son absolutamente veraces."

"Ello así por cuanto no existe constancia alguna respecto del pedido de refuerzos indicado por Zalazar, ni tampoco hay aviso de las heridas que habría sufrido Contreras ni remisión alguna sobre los daños producidos sobre los móviles con que se estaba realizando el traslado..."

A ello se agregó que "...según constancias del libro de novedades de la guardia de la Comisaría Seccional 9ª, y de acuerdo a la información brindada por las autoridades presentes en el lugar del hecho, que en un primer momento se afirmó que habían sido `...dos los policías que resultaron heridos de gravedad...´, un agente del Comando Radioeléctrico y un empleado de Informaciones, los que culminado el episodio se dijo que habían sido trasladados a la clínica "...Stucker para su atención...". Aquí tenemos como indicador de la mendacidad de tales aseveraciones, por un lado el que nunca haya trascendido el nombre del empleado del D2 herido y además la falta de toda constancia en el legajo del agente policial Contreras al respecto..."

Bajo esta tesitura corresponde recordar que los presentes hechos ya han sido analizados por ésta Cámara en el precedente "Videla" previamente citado, por lo que si bien dicha sentencia aún no se encuentra firme, el grado de certeza adquirido al haber sido revisada y confirmada por ésta Cámara no puede obviarse.

En lo que aquí respecta, corresponde señalar que los actuales planteos implican una reedición de los ya efectuados en el alegato defensorista y satisfactoriamente contestados por el tribunal a quo.

USO OFICIAL

c) Por lo que existiendo certeza, conforme las constancias y pruebas de autos sobre el modo en el que se desarrollaron los hechos corresponde ahora analizar la responsabilidad de Juan Domingo Ayala.

Es aquí donde el análisis se debe profundizar.

Se le atribuye a Juan Domingo Ayala el haber participado, en su calidad de chofer del móvil policial 286, en el traslado del día 17/5/76 desde la Unidad Penitenciaria 1 al Departamento de Informaciones 2, que tuvo como resultado los homicidios de los detenidos especiales Diana Beatriz Fidelman, Miguel Ángel Mozé, Luis Ricardo Verón y Ricardo Alberto Yung, Eduardo Alberto Hernández y José Alberto Svagusa.

De la lectura del Libro de Novedades del Comando Radioeléctrico de la Policía de la Provincia (fs. 8/13) surge que el condenado junto con los policías Jorge Zalazar, Héctor Ricardo Rivera, Tomás Hugo Vera -fallecido-, Hugo Armando Barbosa -con orden de captura conforme surge de fs. 539 de autos- y Sixto Contreras -fallecido-, todos pertenecientes al Comando Radioeléctrico de la Policía de la Provincia de Córdoba, integraron la comisión policial que tuvo como víctimas a los detenidos especiales Diana Beatriz Fidelman, Miguel Ángel Mozé, Luis Ricardo Verón, Ricardo Alberto Yung, Eduardo Alberto Hernández y Alberto Svagusa.

Los nombrados fueron comisionados por la Central del Comando Radioeléctrico al Departamento de Informaciones de la Policía de la Provincia de Córdoba (D2). Una vez allí recibieron instrucciones acerca de la custodia a realizar sobre unos detenidos especiales que debían retirar de la Unidad Penitenciaria 1, para ser trasladados al Departamento mencionado.

El personal policial comisionado se trasladó a bordo del móvil matrícula 286 integrado por Zalazar (a cargo del mismo), Ayala (como chofer) y Rivera (patrullero) y del móvil matrícula 313 a cargo de Vera, Contreras (como chofer) y Barbosa (patrullero).

Ya en la Unidad Penitenciaria 1, la comisión policial mencionada en el párrafo que antecede juntamente con los policías Carlos Alfredo Yanicelli, Yamil Jabour, Calixto Luís Flores, Alberto Luis Lucero, Miguel Ángel Gómez, Juan Eduardo Raúl Molina -quienes resultaron condenados como coautores por dominio funcional por el presente hecho-, recibieron a los seis detenidos especiales, entregados por personal del Servicio Penitenciario contra recibo firmado por el Cabo 1° Luís Eduardo Vázquez (cred. 65.817), encontrándose las víctimas amordazadas, atadas y encapuchadas.

Ha podido probarse que la contribución en el hecho por parte de Ayala se ha limitado a su tarea como policía al mando de uno de los móviles que transportaba a los detenidos especiales, circunstancia de la que él mismo se hace cargo (cfr. fs. 1139vta./1140).

Probado ello, deben recordarse las consideraciones señaladas por Ambos y Wirth, sobre la base de las cuales concluyeron que en la pauta de contexto que caracteriza a los delitos de lesa humanidad siempre se ha logrado advertir - a lo largo de la historia y frente a crímenes de esa entidad-, un vínculo con algún tipo de autoridad (Ambos, Kai y Wirth, Steffen; "El derecho actual sobre los crímenes contra la humanidad", en Ambos, Kai, "Temas de Derecho penal internacional y europeo", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, Cap. VIII, pág. 173), ya sea con el Estado o con alguna organización ligada a él.

En iguales términos se ha expresado Luban, quien sostiene que "...el alto grado de depravación, por sí mismo, no distingue a los crímenes de lesa humanidad de los hechos más crueles que los sistemas locales criminalizan. Más bien, lo que distingue a los crímenes de lesa humanidad radica en que son atrocidades cometidas por los gobiernos u organizaciones cuasi-gubernamentales en contra de grupos civiles que están bajo su jurisdicción y control..." (Luban, David, "A Theory of Crimes against Humanity", Yale Journal of International Law, 2004, pág. 120).

USO OFICIAL

Se exige además el art. 7 del Estatuto de Roma la llamada ultraintención (una clase de elemento subjetivo del tipo distinto del dolo) como elemento de intencionalidad que, en el delito en tratamiento, se verifica cuando alguna de las conductas -cuyas características fueron abordadas supra- se perpetra "...de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política...", resaltando así la existencia de una finalidad que tenga una particular dirección que exceda el tipo objetivo (cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro; "Manual de Derecho Penal. Parte General"; Ed. EDIAR; Bs. As.; 2005; pág. 420).

Este elemento exigido por el tipo también fue señalado por la Corte en "Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal" (2006), al indicar que "...los hechos tienen que estar conectados con alguna forma de política, en el sentido del término que significa las orientaciones o directrices que rigen la actuación de una persona o entidad en un asunto o campo determinado... Sirve para excluir del tipo penal de los crímenes de lesa humanidad, hechos aislados, no coordinados y aleatorios y configura el elemento propiamente internacional de esta categoría de crímenes...".

Al respecto, nuestro Máximo Tribunal sostuvo en "*Simón, Julio Héctor s/privación ilegítima de la libertad*" (2005), que "...la descripción jurídica de estos ilícitos contiene elementos... excepcionales que permiten calificarlos como 'crímenes contra la humanidad' porque... son cometidos por un agente estatal en ejecución de una acción gubernamental, o por un grupo con capacidad de ejercer un dominio y ejecución análogos al estatal sobre un territorio determinado..." (considerando 13 del voto del doctor Ricardo Luis Lorenzetti).

En el caso de autos debe considerarse que Juan Domingo Ayala, cabo de la Policía de la Provincia de Córdoba, se desempeñaba en la sección del Comando Radioeléctrico desde el mes de julio de 1974, primero como agente y ya en el año

1976 como cabo; recibió una felicitación el 4 de marzo de 1975 por parte del Jefe de la Policía por la destacada actuación que le cupo en el esclarecimiento y detención de un grupo extremista denominado ERP 22 de agosto con secuestro de armas, panfletos y explosivos; al momento de los hechos tenía ya varios años de experiencia en las fuerzas y 26 años de edad.

En definitiva, por su experiencia y su edad al momento de los hechos, Juan Domingo Ayala, no podía desconocer las políticas ilegales implementadas para la lucha contra la subversión, y específicamente el desenlace fatal de las seis víctimas, más aún cuando se observa su comprometido actuar en la "lucha contra la subversión" en la felicitación por su destacado desempeño en un operativo anti-subversivo.

En virtud de lo examinado, se advierte que se encuentra acreditada la contribución de Juan Domingo Ayala, la que si bien se limitó a la tarea de policía al mando del móvil 286 en el traslado investigado, tuvo el elemento subjetivo requerido para ser considerado como partícipe secundario del delito endilgado -intervención que se analizará puntualmente en el siguiente apartado-.

Por otra parte analizar las pruebas de la forma pretendida por los recurrentes, es decir de forma aislada, es contrario a las reglas sobre valoración que impera en nuestro proceso penal donde se debe ponderar el conjunto de elementos colectados tratando de vincular armoniosamente sus distintos componentes de confrontación, conforme con las reglas de la sana crítica. Y en este caso el juez ha valorado las pruebas colectadas y ha dado razones acerca de cómo con ellas ha llegado a la decisión aquí impugnada.

A mayor abundamiento, cabe advertir que la obligación legal que tiene el tribunal de fundar su decisión no incluye el deber de refutar todos y cada uno de los planteamientos y peticiones de las partes, sino que se satisface con que el juzgador exponga precisamente las razones que tiene para resolver del modo en que lo hace, circunscribiendo su

USO OFICIAL

análisis a aquellas circunstancias que estima conducentes para la solución del caso (cfr. CFCP, Sala I in re "Muchevicz, Héctor Miguel s/recurso de casación", causa n° 7749, reg. n° 10266, rta. el 30/3/07 y sus citas).

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 las pruebas, 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.

4. Grado de participación

a) El tribunal a quo al analizar la participación de Juan Domingo Ayala (fs. 1189/1198vta.) sostuvo que lo que "...se encuentra acreditado con certeza es el aporte no esencial a la producción del hecho criminoso ya tratado y probado en la causa, al colaborar conduciendo uno de los rodados que integraban la caravana, más precisamente el que cerraba dicha formación."

"Y en este sentido cabe darle la razón a su defensa: escoltar o custodiar no es matar."

"Es que la pregunta obligada que aparece, es la de si el aporte que hizo Ayala representaba un auxilio o cooperación sin los cuales las muertes de las víctimas no podría haberse llevado a cabo..."

"Ha quedado demostrado acabadamente que al menos determinado personal del Comando Radioeléctrico colaboraba en numerosos procedimientos encabezados por el D2, circunstancias que no se daba con regularidad respecto de otras fuerzas de la policía provincial (por ejemplo personal de guardia de las seccionales próximas a los hechos)."

"También se encuentra acreditado (v. Sentencia

`Videla´ entre otras) que el personal seleccionado especialmente para actuar en el D2, era el encargado de llevar a cabo los ilegales interrogatorios y tormentos sufridos por las víctimas de la causa y de otros detenidos, de cuya gravedad y extensión han dado acabada cuenta los testimonios recibidos en debate."

"Que existía cierto celo a la hora de inmiscuir a otros policías en sus operativos, es decir que no cualquier agente era comisionado a realizar operativos conjuntos, sino aquellos que estaban comprometidos con el plan diseñado para la -lucha contra la subversión- en los términos y en la extensión de ilegalidad que se ha acreditado en autos, o al menos dispuestos a colaborar con ella."

"Los móviles no identificables en el que se conducían los policías del D2, (conforme la sentencia `Videla´), fueron los utilizados para simular los ataques a los vehículos policiales."

"Así, tal como destaca el propio Ayala, `los civiles retiraron a los detenidos´, `recuerda que iba un patrullero, dos autos con los detenidos, un policía y en el último el móvil del dicente´, diferenciando los autos con identificación policial en la comitiva, sin embargo de las actas de Zalazar, sólo se mencionan los móviles policiales y del comunicado oficial del Ejército, también."

"La versión dada por Ayala en cuanto a los autos que conformaban la comisión, se ve corroborada por la declaración del testigo Carlos Moore (fs.770 de la causa `Alsina´), quien señala que los tres coches de traslado eran oficialmente matriculados y los dos autos de los presuntos atacantes eran robados y conducidos por integrantes de la D2. Señala asimismo el testigo que en los coches se conducían policías profesionales comprometidos, al igual que la guardia y los choferes."

"Así los sucesos, a partir de este relato armónico con la demás prueba recibida en cuanto a la simulación de un enfrentamiento entre los automóviles `legales´ y los de los

USO OFICIAL

supuestos agresores -también policías-, `...del cual no hubo que lamentar ninguna otra víctima más que los seis detenidos muertos, en realidad asesinados...´ (v.fs. 768/86 de autos `...ALSINA, Gustavo Adolfo y otros...´ Expte 17.468)."

"... En conclusión el imputado, personal del Comando Radioeléctrico, intervino con su aporte dando apoyo a los policías del Departamento de Informaciones Policiales que llevaron adelante y ejecutaron el plan cuyo desenlace fue el previsto, esto es la muerte de las víctimas, prestando una cooperación para la ejecución del hecho que consistió en conducir uno de los móviles con conocimiento de que ello se produjo en el contexto de la llamada `lucha contra la subversión´ mediante el empleo ilegítimo del poder estatal en cabeza del ejército y de las fuerzas de seguridad."

"...Explica Esteban Righi que `existe participación criminal cuando un sujeto sin dominio del hecho realiza una acción dolosa con la que contribuye al hecho punible realizado por el autor´".

"`Consiguientemente: A) la responsabilidad penal del partícipe es consecuencia de esa contribución; B) su aporte puede consistir en haber convencido o ayudado al autor; y C) por definición, no se puede imputar participación a sujetos que son autores, pues, tanto los instigadores como los cómplices si bien contribuyen en la realización del delito, no lo cometen´".

"`La participación criminal se presenta bajo las modalidades de: A) instigación, consistente en haber inducido al autor a cometer el hecho (art. 45 in fine CP); B) complicidad, con lo que se alude a quienes prestaron auxilio, cooperación o ayuda al autor (arts. 45, párr. 1º y 2º, y 46, CPen. La participación criminal es de naturaleza accesoria en relación con el hecho principal, es decir que el partícipe no comete ningún delito autónomo ni independiente del que comete el autor, que es su tipo de referencia´".

"`Hay complicidad cuando una persona coopera en

la realización de un delito doloso, por lo que se requiere que objetivamente haya prestado una ayuda al autor; y C) que subjetivamente haya accedido a un hecho doloso principal proporcionando un aporte encaminado a lesionar el mismo bien jurídico atacado por el autor".

"La regla que corresponde aplicar a los cómplices secundarios alude a `los que cooperen de cualquier modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores (art. 46, CPen.). El aporte del cómplice secundario puede ser realizado en cualquier etapa del delito, pero debe ser prescindible (no indispensable), es decir que, utilizando el procedimiento de la `condictio sine qua non', pueda inferirse que de no haberlo efectuado, el delito igualmente podría haberse consumado'. (Righi, Esteban, -Derecho Penal. Parte general, Edit. Lexis Nexis, Buenos aires, 2007, pag.393)."

"...Este tipo de participación en el delito tiene una serie de requisitos que se observan en el caso bajo análisis."

"En primer término, objetivamente surge que Juan Domingo Ayala cooperó con los autores materiales y mediatos del delito doloso al formar parte de la comisión policial, mediante la conducción del patrullero del Comando Radioeléctrico, circunstancia relevante pero prescindible para justificar la apariencia de legalidad de los traslados y la credibilidad del simulacro de fuga ante la opinión pública y autoridades judiciales, ya que las víctimas estaban `legalizadas' y a disposición de la justicia federal; y las actas consignadas en los libros de novedades reflejan la oficialidad de los traslados, consignando sólo la existencia de vehículos policiales perfectamente identificables."

"En segundo término, subjetivamente Juan Domingo Ayala, conocía el aporte que proporcionaba encaminado a favorecer el contexto en que se sucedieron las muertes de las seis víctimas."

USO OFICIAL

"En tercer término, Juan Domingo Ayala realizó el aporte desde el inicio de la conducta criminosa planificada dado que concurrió, junto a los demás policías del comando Radioeléctrico, al Departamento de informaciones policiales a recibir instrucciones y desde allí al establecimiento carcelario con el propósito de integrar la comisión de `custodia` de los detenidos, que fueron sacados vendados, amordazados, y atados desde el lugar de alojamiento y conducidos en esas condiciones hasta el lugar donde se les dio muerte."

"Sostiene el tribunal que su contribución ha sido prescindible, porque puede inferirse sin esfuerzo racional o argumentativo alguno, que de no haber formado parte de dicha comisión el traslado se habría efectuado igual, y el delito igualmente se hubiera consumado."

"Al respecto la C.N.Crim.Corr., Sala VI, 14.08.84, LL,1986-B-598, y JA,1985-III-368, señaló que acompañar a quien va armado a matar a otra persona, es partícipe secundario ... por cooperación en los términos del art. 46, porque su presencia es aseguradora del resultado, pero no necesaria para su producción. En el mismo sentido la Sala de Cámara del mismo tribunal, 28.08.70, LL,141-705,25.723, respecto de quien conduce el vehículo en que se desplazan los autores del hecho."

"De la premisa anterior, resulta como consecuencia que su participación respecto a los hechos por los que fuera acusado fue secundaria y no esencial a su ejecución, y no encuentra el tribunal prueba que revierta la cuestión, por lo que el imputado debe responder en calidad de partícipe secundario (artículo 46 del Código Penal) del delito traído a juicio."

"La Cámara Federal de Salta, señaló el 04.11.2004 en el precedente `Cabezas, Daniel y otros`, 344, LLNOA 2005), que `resulta evidente que el procesado sobre el que exclusivamente se probó que realizó el traslado de detenidos para entregarlo a otros militares sabiendo que iban a ser

USO OFICIAL

ejecutados, no puede ser considerado ejecutor directo del exterminio por falta de pruebas. Tampoco puede serle imputado por igual déficit probatorio, la planificación- junto con los otros militares-de esta operación. Estos chocaría fuertemente con la experiencia común respecto de los condicionamientos observados en las fuerzas armadas sobre la base de la estructura jerárquica de su personal: si para planificar el hecho se hicieron reuniones debe tenerse como presunción inicial que en ellas interactuaban oficiales superiores y no un oficial subalterno (...) Por idénticos motivos de orfandad probatoria, tampoco puede asignársele el carácter de coautor, que es quien tiene el dominio funcional del hecho (...) Descartado que el imputado pueda ser reputado autor o coautor, subsiste la posible complicidad, toda vez que ha prestado una ayuda o cooperación a quienes realizaron el hecho (...) El enfoque impone retrotraerse a la situación histórica existente en 1976 (...) para determinar si el accionar del partícipe fue o no indispensable para que los hechos se desarrollaran como acontecieron. En este sentido deberá tenerse en cuenta que el injusto fue cometido mediante el dominio de una estructura organizada que había usurpado el poder y que se caracterizaba por la verticalidad".

"Así `el proceso´ instaló en la estimativa de mucha gente, pero con especial énfasis en los miembros de las fuerzas armadas y de seguridad, la convicción de que el considerado subversivo no era merecedor de respeto como ser humano (...) Desde esta perspectiva, teniendo en consideración que la trama macabra se gestó en una estructura militar que se había adueñado del poder en las concretas circunstancias históricas mencionadas, la participación del encausado era esencialmente intercambiable, ya que en virtud del dominio de la voluntad, quienes planificaron el exterminio contaban con la posibilidad de que cualquiera de sus subordinados cumplieran esas órdenes. De modo que tanto los que prestaron auxilio o cooperación como los ejecutores directos eran esencialmente fungibles por cualquiera de los oficiales que también estaban bajo su mando. Por

ello cabe inclinarse por ahora estimar que la participación del imputado fue con el carácter de cómplice secundario en los términos del art. 46 del Código Penal' " .

Por otra parte, en respuesta a la absolución requerida por la defensa de Ayala el tribunal dijo que el precedente, citado por la asistencia técnica, que dispuso absolver a de Alfredo Chas en la causa nro. 1074/2009 caratulada "Simoni, Ernesto y otros s/ homicidio calificado, etc." resuelta por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Resistencia, "...no puede ser aplicado a la presente causa por cuanto las circunstancias de tiempo, lugar y modo no guardan relación entre sí".

"Valgan como ejemplo alguna de dichas circunstancias: Chas era integrante del cuerpo de policía de tránsito, y en la causa no se acreditó que dicho cuerpo hubiera tenido intervención o soporte en las acciones ilegales de represión, a la inversa de la participación que tuvo el Comando Radioeléctrico en esta provincia."

"Chas iba conduciendo un móvil policial para `hacer punta en un traslado de detenidos hacia Formosa' tal como se lo había ordenado su propio jefe, es decir no había recibido instrucciones por parte de otra dependencia policial, abriendo el paso de vehículos del ejército (o sea de otra fuerza), los cuales eran conducidos por oficiales militares."

"También, las distancias que separaban a los vehículos eran notoriamente distintas, porque el vehículo policial iba a no menos de ochocientos metros delante de la comisión militar. Tampoco se pudo comprobar la participación de Chas en otros episodios similares."

b) El representante del Ministerio Público Fiscal entendió que la aplicación efectuada por parte del Tribunal Oral del art. 46 del Código Penal en orden a la determinación del grado de intervención que tuvo Juan Domingo Ayala, conforme los hechos probados en la sentencia, fue errónea.

En ese sentido, consideró que de acuerdo a las

constancias de autos, Ayala tomó parte en la ejecución de los hechos, prestando una colaboración esencial en el tramo estrictamente ejecutivo, concluyendo que tuvo en sus manos, junto con otros y en virtud de una división de tareas, el desarrollo de los sucesos. Por lo que debe ser considerado coautor en virtud del codominio funcional del hecho.

A tal efecto señaló que no debe pasarse por alto la situación institucional que el imputado ocupaba al momento de los hechos, resultando evidente que conocía de que manera operaba la represión ilegal en la provincia de Córdoba, por lo que si bien la decisión de la muerte ya estaba tomada desde los estratos superiores, fueron los intervinientes del traslado quienes decidieron las principales características del operativo; es que, según indicó, de acuerdo a la teoría del dominio del hecho, puede afirmarse que cada uno de los integrantes de ese grupo, que trasladó a los detenidos para ser fusilados con el pretexto de un supuesto enfrentamiento, ocupó una posición clave y que su prestación durante la ejecución de los hechos resultó un requisito indispensable para la realización del objetivo pretendido, conforme el plan diseñado.

Agregó que para simular un enfrentamiento entre los automóviles de las fuerzas y los de los supuestos agresores, era necesario que alguien conduzca un auto que forme parte de la caravana. Aquí, es donde el aporte de Ayala, como integrante -comprometido con el plan de la lucha contra la subversión- del Comando radioeléctrico, fue imprescindible para el personal del D2.

c) Por su parte, la Defensa Pública Oficial, al interponer su respectivo recurso precisó que la contribución de su asistido es atípica toda vez que el aporte en la custodia de los móviles no es un aporte típico en tanto que "esa custodia no produjo el hecho ni facilitó a que sucediera".

d) Previo a adentrarnos en el análisis del grado de participación de Juan Domingo Ayala corresponde recordar

USO OFICIAL

que de la prueba enumerada y analizada en el punto 3 de esta sentencia se concluyó que el nombrado participó, en su función de policía de la provincia de Córdoba, en el traslado del día 17 de mayo de 1976 desde la Unidad Penitenciaria 1 al Departamento de Informaciones 2, que tuvo como resultado los homicidios de los detenidos especiales Diana Beatriz Fidelman, Miguel Ángel Mozé, Luis Ricardo Verón y Ricardo Alberto Yung, Eduardo Alberto Hernández y José Alberto Svagusa.

Determinar el grado de intervención de los autores y partícipes en los hechos sucedidos en el marco del último gobierno de facto resulta complejo toda vez que este tipo de delitos -de lesa humanidad- implican, por lo general -y como sucede en el presente caso-, un gran número de personas. Ello se debe a que la magnitud del ilícito sólo es posible de ser llevado a cabo mediante una organización que ha tomado la estructura y los recursos que sólo un Estado tiene a su alcance proveer.

En vista de ello, y para un correcto análisis del caso traído a estudio, efectuando el debido control de constitucionalidad y convencionalidad atento la responsabilidad del Estado argentino comprometida ante crímenes de derecho penal intencional, debe acudirse a la normas internacionales que rigen la materia.

A tal efecto, resulta menester recordar que ya los tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio establecieron un conjunto inicial de reglas sobre autoría y participación en el marco de la comisión de los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra. Luego, a la luz de las particulares características de los delitos internacionales, los estatutos de los TPIY y TPIR, y los proyectos de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacioanl intentaron redefinir dichas reglas (cfr. Héctor Olásolo Alonso, "Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional", Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 51).

Es que "Como la sentencia de apelación de TPIY en el caso *Tadic* ha señalado, los delitos previstos en el derecho penal internacional `no derivan de la propensión de individuos particulares a cometer delitos, sino que constituyen manifestaciones de criminalidad colectiva: dichos delitos son con frecuencia llevados a cabo por grupos de individuos que actúan en ejecución de un plan criminal común`" (Héctor Olásolo Alonso, "Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional", pág. 60 y sus citas)

Por su parte, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ha recogido los principios generales de derecho penal internacional, intentando para algunos autores reflejar "...el desarrollo del concepto de responsabilidad penal individual en derecho internacional tal como ha tenido lugar en Nuremberg", mientras que para otros, "...se trata de un conjunto de reglas que forman parte casi en su integridad del derecho internacional consuetudinario" (Héctor Olásolo Alonso, "Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional", pág. 52 y sus citas).

De este modo, cabe destacar que el Estatuto de Roma, en su art. 30, exige el elemento de intencionalidad, así dispone que "1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen. 2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien: a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella; b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos. 3. A los efectos del presente artículo, por "conocimiento" se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras "a sabiendas" y "con conocimiento" se entenderán en el mismo sentido."

USO OFICIAL

A partir de ello, el Estatuto de la Corte Penal Internacional regula las distintas clases de intervención penalmente relevantes en un crimen de derecho internacional, estableciendo un conjunto de reglas sobre las diversas formas de intervención punibles, que forman parte de los principios generales de derecho penal internacional. Es así que, haciendo una distinción entre partícipe y autor, el art. 25 divide en cuatro categorías las distintas formas de intervención: autor (25.3.a); ordenar, solicitar o inducir (25.3.b); complicidad (25.3.c); y contribución de cualquier otra forma (25.3.d).

En vista de ello, en los precedentes Lubanga y Katanga, la Corte Penal Internacional se aparta de la visión objetivo-formal y subjetiva del autor (propia de la doctrina jurisprudencial del TPIY y TPIR), opta por un modelo dualista basado en la distinción entre autoría y participación y rechaza, de esta manera, el concepto unitario de autor originariamente adoptado en los estatutos de los tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio (Héctor Olásolo, "El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata", Derecho penal contemporáneo, Revista Internacional, <http://www.revistaslegis.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/penal%2027%20%2871-95%29.pdf>, pág. 77). Así, establece que son autores aquéllos que dominan la comisión del hecho delictivo, en el sentido de que son los portadores de la decisión de si el hecho será llevado a cabo y del modo en que sucederá.

En consonancia con ello, la Sala de Cuestiones preliminares I ha afirmado en el caso Katanga y Ngudjolo que la teoría del dominio del hecho es: "*...una que sintetiza los componentes objetivos y subjetivos, desde que: (...)la doctrina del dominio sobre el hecho es una evolución de las teorías subjetiva y objetiva, de modo tal que efectivamente representa una síntesis de opiniones previamente opuestas y sin duda debe su amplia aceptación a esta reconciliación de posiciones contrarias*" (cfr. Héctor Olásolo Alonso, "Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional", pág. 82 y sus

citas).

Así, "las decisiones de confirmación de cargos en los casos Katanga y Lubanga han subrayado que el dominio del hecho es un concepto abierto, que se desarrolla en tres líneas principales: (i) en la autoría directa o inmediata como 'control de acción'; (ii) en la autoría mediata como 'control de la voluntad' y (iii) en la coautoría como 'codominio funcional del hecho'" (cfr. Héctor Olásolo, "El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata", pág. 85).

El autor directo, no presenta complejidades puesto que se trata de aquel que comete el delito "por sí solo" considerándose que tiene el control y dominio de la acción al ser él mismo quien lleva a cabo el hecho delictivo.

La comisión conjuntamente con otros, por su parte, exige que el autor conozca la naturaleza del plan implementado y que actúe con la intención de mantenerlo. En efecto, debe existir una aportación a la realización del plan común, pero no es cualquier tipo de aporte dentro del plan el que sirve para fundamentar la autoría, sino que sólo debe alcanzar a aquellos que han prestado una aportación importante en la comisión del crimen, quedando excluidas aquellas que tengan una importancia secundaria (las que deberán ser analizadas bajo la categoría de colaboración prevista en el art. 25.3.d del Estatuto de la CPI). De este modo, se considera que la aportación debe ser considerada esencial cuando sin ella el resto de coautores no pueden realizar el plan común (Gerhard Werle, Ob. Cit., pág. 298/299 y sus citas).

"Como la SCP I ha afirmado en los casos Katanga y Lubanga, el concepto de coautoría 'tiene su origen en la idea de que cuando la suma de las contribuciones realizadas de manera coordinada por una pluralidad de personas resulta en la realización de todos los elementos objetivos de un delito, cada una de las personas que realiza una contribución es también responsable de las contribuciones de los demás y, por lo tanto, se le puede considerar como autor del delito en

su conjunto´" (cfr. Héctor Olásolo, "El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata", pág. 86 y sus citas).

El art. 25.3.d) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, dispone que será también penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien *"Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen."*

Es así que *"...cualquier tipo de asistencia que se preste a la comisión de un delito por una pluralidad de personas pero sin coordinación con las mismas solo puede dar lugar a responsabilidad penal como partícipe conforme a los artículos 25 (3)(b) a (d) ER, con independencia de la importancia que pueda tener esa contribución. Tal como las decisiones de confirmación de cargos en los casos Katanga y Lubanga han reiterado, la falta de coordinación impediría la atribución a la persona de que se trate de las contribuciones realizadas por quienes llevan a cabo directamente los elementos del tipo objetivo del delito"* (Héctor Olásolo, "El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata", pág. 88 y sus citas).

En consonancia con ello *"las Salas de Apelaciones del TPIR, el TPIY y la CESL han afirmado que la cooperación consiste en acciones u omisiones específicamente dirigidas a asistir, alentar o brindar apoyo moral a la realización de un determinado delito´"*. En este sentido, Héctor Olásolo Alonso indica que la cooperación requiere una contribución con un *"efecto sustancial"* en la comisión del delito que puede tener la forma de asistencia o apoyo moral, psicológico, verbal o

instrumental (cfr. Héctor Olásolo Alonso, "Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional", pág. 663/664).

"No es preciso que el crimen no se hubiera cometido sin la colaboración del interviniente. Ahora bien, la acción de colaboración debe tener un efecto substancial (substantial effect) en la comisión del crimen. Así, puede consistir en animar al autor principal o en la prestación de cualquier otro tipo de apoyo moral, incluso en determinadas situaciones puede ser suficiente con la mera presencia en el lugar de los hechos..."(Gerhard Werle, Ob. Cit., pág. 307)

"Desde la perspectiva subjetiva, el colaborador debe actuar con conocimiento de que su aporte contribuye a la comisión del hecho principal. Es suficiente con que el colaborador conozca los elementos esenciales del crimen que se comete por el autor principal. El art. 25.3 c) del estatuto de la CPI exige, además, que la acción de colaboración persiga el objetivo de facilitar la comisión del hecho (...). Los propósitos especiales del autor principal, contemplados como presupuestos en la definición de los crímenes de derecho internacional (...) no tienen que ser compartidos por el colaborador; basta con que éste sepa que el autor principal actúa con ese propósito" (Gerhard Werle, ob. Cit. pág.308).

Visto ello, se advierte que las diferencias no son sustanciales con el derecho penal argentino, en el cual se considera que "la diferencia estructural material entre verdadera autoría y participación se fundamentará, en primer lugar, según el punto de vista de la voluntad de realización del resultado de quien está más próximo al hecho [...] La idea es que aquel más próximo al hecho tiene la voluntad de acción, domina el acontecimiento causal" (Donna, E. A., Derecho Penal -parte general-, primera edición, reimpresión, actualizada, Santa Fe, 2013, Tomo V, pág.329 y sus citas).

"La distinción entre cometer un delito, que da lugar a una responsabilidad principal, y participar en un delito cometido por un tercero, que da lugar a responsabilidad

accesoria, responde a la distinción entre quienes son directamente responsables por la violación de la norma penal (autores) y los que son responsables en forma derivada (partícipes). Autores de un delito son aquéllos cuya responsabilidad puede ser establecida independientemente de todos los demás intervinientes en el mismo, mientras que partícipes, o partes secundarias, son aquéllos cuya responsabilidad se deriva de la responsabilidad principal de los autores" (cfr. Héctor Olásolo Alonso, "Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional", pág. 53 y sus citas).

Esta diferenciación encuentra justificación en que la participación no es un delito en si mismo, más bien es un modo de intervención en el delito ajeno. En este aspecto, su responsabilidad penal dependerá siempre de la comisión del delito por parte del autor, por lo que esta distinción, en virtud del principio de proporcionalidad de las penas, afecta principalmente la reprochabilidad penal que le pueda caber al partícipe por la cooperación en la conducta realizada por el autor.

Es que *"la cooperación supone generalmente un grado inferior de participación directa en la comisión del delito del que es requerido para establecer la responsabilidad principal por el mismo a título de autor" (cfr. Héctor Olásolo Alonso, "Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional", pág. 663 y sus citas).*

De este modo, concordantemente con la descripción efectuada al momento de analizar el derecho penal internacional, en lo que al caso interesa, hay coautoría funcional cuando cada uno de los autores tiene en sus manos el dominio del hecho a través de una función específica en la ejecución del suceso total, porque como el plan concreto incluye su aporte, si él no hace su parte el hecho fracasa (Donna, E. A., ob. Cit. pág.359).

Es así que en la división de las tareas, los coautores complementan entre sí sus aportes en pos de obtener

el plan común delictivo, de modo tal que la falta de segmentación del trabajo descarta la consecución del ilícito.

A tal efecto, se exige un acuerdo en la ejecución común del hecho que implica que cada autor ha de ser subjetivamente coportador de la decisión común y, objetivamente, completar con su aportación los aportes de los demás, configurando un hecho unitario (Donna, E. A., ob. Cit. pág 360).

Pero nuestro Código Penal no sólo penaliza a aquellos que tienen un dominio sobre el hecho, sino que también lo hace con aquellos que han colaborado con el autor.

En este sentido, se describe al partícipe como aquel que si bien no ha tenido el dominio del hecho, sí ha contribuido con sus acciones a la realización del delito. Pero, estas acciones no realizan por si mismas la acción típica, sino que se acoplan sobre la realización típica del autor.

Bajo este orden de ideas, la colaboración prestada en el delito de otro debe ser dolosa, tiene a diferencia de la coautoría, una dirección de la voluntad propia distinta de la que lleva a cabo el autor; la intención de la colaboración es aquí la de consumir el hecho punible ajeno.

A la luz de lo hasta aquí expuesto se advierte que la intervención que tuvo Juan Domingo Ayala en el suceso del 17 de mayo de 1976 no tuvo la aportación esencial requerida para ser considerado autor, contrariamente a lo sostenido por el representante del Ministerio Público Fiscal, su contribución no fue imprescindible para la consecución del ilícito. Sin embargo, sí ha podido probarse que el nombrado a pesar de tener el conocimiento sobre lo que iba a suceder, decidió seguir adelante con su actividad policial de asistencia y custodia - en este caso como policía al mando del móvil 286 en dirección a la calle Neuquén al 900, esquina Mariano Benítez-, donde gracias a su colaboración como partícipe secundario se dio muerte a las seis víctimas.

En ese sentido, se advierte que con conocimiento

sobre el plan sistemático llevado a cabo en aquellas épocas, a sabiendas de la práctica común de la "ley de fuga", ha prestado su colaboración para llevar a cabo los homicidios de Diana Beatriz Fidelman, Miguel Ángel Mozé, Luís Ricardo Verón, Ricardo Alberto Yung, Eduardo Alberto Hernández y José Alberto Svagusa.

No se observa entonces la atipicidad alegada por la defensa sobre la intervención de su asistido, sino por el contrario, su edad, antigüedad y experiencia relatada en el punto 3.c de esta sentencia dan cuenta que el nombrado no se encontraba ajeno al plan "anti-subversivo" implementado por el gobierno de facto y que aún, a sabiendas de los métodos crueles e ilícitos desplegados para combatir la "subversión", Juan Domingo Ayala decidió continuar con su quehacer policial y cooperar, si bien con un aporte limitado -y no esencial- conforme se determinó previamente, con los homicidios.

En virtud de lo expuesto los recursos interpuestos por los representantes del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa deben ser rechazados.

5. Agravantes

a) La defensa argumentó que la categoría lesa humanidad y el agravante del delito -homicidio por el número de personas- se aplica dos veces a la misma circunstancia de pertenecer a un aparato estatal integrado por varias personas en dos momentos distintos: para declarar que la acción penal se encuentra vigente y como agravante de las figuras básicas imputadas.

b) Con el fin de dar respuesta al referido agravio corresponde recordar que en mi artículo "En el bicentenario el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad" (revista Temas de Derecho Público nº19, Facultad de derecho Universidad Nacional de Rosario, Editorial U.N.R.) sostuve que los derechos humanos contenidos en el sistema convencional no constituyen un plus a los derechos subjetivos del constitucionalismo decimonónico, poseen una construcción epistemológica distinta.

A tal efecto debe mencionarse que los mismos han surgido a partir de la Carta de ONU y la "Declaración Universal de los Derechos Humanos", siendo actualmente aceptados por sus características de *supra* legalidad interna, de orden público, indivisibilidad, exigibilidad, irrenunciabilidad, no regresividad y aplicación del principio *pro homine*.

Los derechos humanos son, a su vez, construcciones normativas convencionales que se realizan entre Estados ya sean de una misma pertenencia internacional o regional - ONU, OEA, Unión Europea, Unión Africana-, que a pesar de las diferencias culturales, étnicas, de geopolíticas, de poder, se consensuan estándares mínimos de derechos, de manera que si un Estado en su derecho interno tiene mayores reconocimientos, funciona el principio *pro homine* y se aplica siempre el derecho más favorable al ser humano, pero a la vez los Estados que lo ratifican no pueden alegar cuestiones domésticas para incumplirlos, siempre deben respetar el piso mínimo.

Los mismos pueden ser violados por acción u omisión por los Estados, de manera que no sólo éstos incumplen una convención cuando en sus prácticas las vulnera o desconocen directamente, sino también cuando frente a una situación de desposesión generalizada no adopta políticas públicas para que las/os ciudadanas/nos y los seres humanos tengan acceso a los derechos, de manera que se reconoce la antijuridicidad objetiva. Mientras que los derechos subjetivos son vulnerados por particulares, personas físicas o jurídicas, grupos, sociedades, que se encuentran en el circuito económico y poseen una base contractual privada o perpetran una conducta disvaliosa tipificada como ilícito. En una comunidad todos deben obrar respetando la ley, por ello quienes no se adaptan al respeto normativo les corresponderá procesos y sanciones frente a ilícitos, pero mucho más grave aún es cuando desde los Estados se violan los derechos, dado que la "razón de estado" de todo Estado de Derecho debe ser el acatamiento irrestricto a la ley, no es aceptado que los Estados incumplan con las leyes.

USO OFICIAL

A ello, debe agregarse que los derechos humanos son derechos y garantías que constituyen necesidades humanas internacionalmente objetivadas en los respectivos instrumentos convencionales, se parte de la concepción de que todo ser humano es un sujeto de derecho internacional y cada Estado como parte integrante de la comunidad internacional debe velar para que todas/os disfruten de los derechos, independientemente de su capacidad de adquirirlos frente al mercado. Deben ocuparse los Estados del acceso al derecho, remover los obstáculos cuando los seres humanos no pueden tener derechos.

En virtud de la magnitud del derecho protegido, los derechos humanos contenidos en el sistema convencional cuando son violados, las/os ciudadanas/os disponen de un accionar jurisdiccional en los tribunales de justicia de su país, pero si el reclamo no es receptado y se sienten agraviadas/os, subsidiariamente pueden petitionar ante el organismo de control de cada instrumento convencional.

Es por ello que los derechos humanos son subsidiariamente internacionales o regionales, según del instrumento convencional del que se trate. Se aplica la subsidiaridad porque primero deben reclamarse ante el propio Estado donde se ha producido la violación y una vez que se agotaron los recursos de la jurisdicción interna de cada país, se habilita la petición, denuncia o queja internacional.

Esta construcción acerca de los derechos humanos trae consecuencias en la teoría de los derechos subjetivos, porque frente a determinadas violaciones sobre los primeros, no podemos analizar únicamente los contenidos del derecho interno, sino que se impone el control de convencionalidad. Ello implica que en el ámbito penal se debe revisar el derecho de los imputados y el derecho de las víctimas, así el debido proceso debe asegurar que se cumplan las etapas procedimentales para recorrer el camino de investigación, verdad, juzgamiento, sanción y reparación.

En el análisis de los derechos de las víctimas,

incluye a los directamente interesados, a sus familias y a la sociedad, cuando nos encontramos frente a graves violaciones a los derechos humanos y crímenes de derecho penal internacional, tales como lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la paz, torturas, apartheid.

En este paradigma, el debido proceso es analizado como el "derecho judicial eficaz", de manera que no es posible aceptar la cosa juzgada -típica garantía del imputado en el derecho penal liberal clásico-, sino se respeta el estándar mínimo convencional, para que esa sentencia tenga validez de cosa juzgada, debe ser el resultado de un proceso para arribar a la verdad, sanción y reparación, por lo que incluye analizar derechos y garantías de ambas partes: imputados y víctimas. O sea exige el balance o equilibrio entre ambos sujetos procesales.

Esta estandarización mínima de derechos consensuada a pesar de las diferencias culturales, étnicas, geopolíticas y de poder, junto con la aplicación de un "derecho judicial eficaz" trae como consecuencia en el derecho interno, entre otras cuestiones, la vigencia de la acción y la tipificación concreta prevista en la legislación interna.

La vigencia de la norma, ya tratada en el punto 1 de esta sentencia, no puede ser vista como un agravamiento de la condena impuesta, pues sólo implica una condición inherente al tipo de delito que se está juzgando. Ello, por cuanto el instituto de la prescripción se vuelve inaplicable para los delitos de lesa humanidad, atento a que la entidad y extensión del daño producido a toda la humanidad es de tal magnitud que no es posible afirmar que la sociedad ha olvidado las consecuencias y gravedad de tales actos como para no exigir la reparación penal, no pudiendo el Estado renunciar a su potestad represiva, máxime cuando fueron integrantes de ese mismo Estado, encargado de velar por la seguridad y por la vida de los ciudadanos, quienes llevaron adelante los hechos delictivos y ese fue el criterio establecido en la Convención sobre la

Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

En efecto, los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales "son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido" (CIDH, "Almonacid Arellano y otros c/ Chile", rta. el 26/9/2006).

Por otra parte, tanto los crímenes comunes como los crímenes contra la humanidad tienen la peculiar característica de atentar contra bienes jurídicos individuales. Es decir, pueden ambos constituir, homicidios, torturas, violaciones, privaciones ilegítimas de la libertad, etc., sin que la asignación de la tipificación "lesa humanidad" importe una doble calificación o doble agravamiento respecto de la tipificación en el orden nacional.

Lo mismo sucede con el agravante por la pluralidad de intervinientes que se aplica en el derecho interno. Conforme se analizó en el punto 4 de esta sentencia, existen diversas formas de intervenir en un ilícito de estas características, ello, trae dos consecuencias: el tipo de participación y la aplicación de un agravante cuando el hecho cometido por varios partícipes representa un aumento del poder ofensivo o aumenta la indefensión de la víctima. Es que el hecho cometido por un grupo de personas representa un peligro mayor que el cometido por un único autor, siendo que la pertenencia al grupo facilita a los intervinientes el logro de sus objetivos.

En el caso de autos, la agravante tiene sentido porque fueron trece los sujetos que intervinieron en el traslado, en donde cada uno actuó en función de un rol específico,

facilitando así el designio criminal, aumentando el potencial ofensivo y disminuyendo las escasas posibilidades de defensa que tenían las seis víctimas.

En virtud del análisis llevado a cabo, corresponde rechazar el presente agravio.

6. Mensuración de la pena

El Tribunal dispuso condenar a Juan Domingo Ayala a la pena de doce años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo partícipe secundario, penalmente responsable del delito de homicidio calificado, doblemente agravado por alevosía y pluralidad de partícipes (seis hechos que concurren idealmente entre sí).

Con el fin de mensurar dicha pena el tribunal a quo consideró como circunstancias atenuantes su falta de antecedentes penales, su edad (65 años), su estado de salud, y que ha cursado hasta sexto grado de la escuela primaria y denota escasa instrucción formal.

Como agravantes la extensión del daño causado por el delito y su condición de funcionario público -suboficial de la policía provincial a la fecha de los hechos- depositario de la confianza social, que ha sido defraudada; la trascendencia lesiva, extensión y naturaleza de las acciones que llevó a cabo que vulneraron gravemente los bienes jurídicos tutelados y la peligrosidad puesta en evidencia por la utilización de los aparatos del Estado para la comisión de delitos de suma gravedad en perjuicio de las víctimas.

Con el fin de dar respuesta al planteo interpuesto por la defensa, corresponde recordar que la determinación e individualización de la pena ha de ser traducida como *"...la cantidad y calidad de poder punitivo que se ejerce sobre una persona criminalizada que, junto con su modo de ejercicio, la agencia judicial determina en la sentencia definitiva"* (cfr. D'ALESSIO, Andrés José, Código Penal Comentado y Anotado -Parte General-, Buenos Aires, La Ley, 2007, pág. 422

y ss).

Para tal fin el juez determinará la pena aplicable al autor, debiendo ponderar para ello las pautas fijadas por los artículos 40 y 41 del C.P., estas son: las circunstancias atenuantes y agravantes particulares del caso como así también las circunstancias objetivas vinculadas al hecho delictivo imputado y a las de tinte subjetivo, relacionadas íntimamente con las cualidades, características y peligrosidad del autor.

Siguiendo esa línea, y tal como puede observarse de nuestro sistema jurídico, cada tipo penal tiene asignado un marco punitivo determinado, y dentro de los límites fijados por éste, el órgano jurisdiccional deberá fijar la pena que corresponde y resulte adecuada al caso concreto.

La existencia de escalas penales es considerada esencial dentro de un "derecho penal de culpabilidad" puesto que resulta ser el camino más adecuado para expresar las diferentes culpabilidades posibles, los distintos grados de capacidad de motivación frente al ilícito como así también para *"medir el ilícito, y los diferentes ilícitos penales se corresponden con una escala de valores, con relación proporcional entre la diferente gravedad de las normas"* (cfr. ZIFFER, Patricia, "Lineamientos de la determinación de la pena", Buenos Aires, AD.HOC, 2005).

A la luz de aquellos parámetros se observa que la pena escogida por el tribunal de juicio, y puesta en crisis por el recurrente, luce fundada, ello por cuanto el Tribunal Oral justificó la imposición de la pena -de doce añosen los graves padecimientos que sufrieron las víctimas y los múltiples bienes jurídicos afectados con su conducta.

Se consideró además que Juan Domingo Ayala revestía el cargo de suboficial de la policía provincial a la fecha de los hechos quien además como funcionario era depositario de la confianza social.

También se tuvo en cuenta que los injustos cometidos se llevaron a cabo con medios materiales y humanos proporcionados por el Estado, ponderándose como atenuante la ausencia de antecedentes penales y su escasa formación intelectual.

Conforme lo hizo el a quo, es deber del sentenciante considerar la gravedad y naturaleza de los delitos por los que resultó condenado Juan Domingo Ayala, la obligación internacionalmente asumida por el Estado argentino de perseguir, investigar y sancionar adecuadamente a los responsables y todas aquellas circunstancias objetivas y subjetivas valoradas en la sentencia bajo examen, debiendo incluirse los elementos fácticos que hacen a la magnitud del injusto penal, como ser, la cantidad de hechos imputados, pues lo contrario implicaría vaciar de fundamento la escala penal prevista por nuestros legisladores en todas las normas de contenido penal (tanto las codificadas como las que se encuentran en leyes especiales).

En tal sentido, se advierte que el tribunal de juicio evaluó la naturaleza -lesa humanidad-, modalidad del delito, cantidad de injustos cometidos y el grado de afectación al bien jurídico tutelado, como pautas a considerar para determinar la sanción.

Por lo que ello, aunado a que las impresiones dejadas por el imputado escapan, por falta de intermediación, al control de esta instancia casatoria, y habiéndose revisado el razonamiento seguido por los jueces para aplicar correctamente la ley sin advertirse arbitrariedad alguna en la sanción impuesta, corresponde, rechazar la impugnación interpuesta.

Los señores jueces **Norberto Federico Frontini** y **Roberto José Boico** dijeron:

Que adhieren en lo sustancial al voto de la doctora Ana María Figueroa.

Por ello, y en mérito al acuerdo que antecede, el Tribunal **RESUELVE:**

USO OFICIAL

RECHAZAR los recursos de casación interpuestos por los representantes del Ministerio Público Fiscal, sin costas, y de la Defensa Pública Oficial, con costas (arts. 530, 531 y 532 del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese en la audiencia del día 15 de octubre de 2015, 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, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordada N° 15/13 y 24/13, CSJN), a través de la Secretaría de Jurisprudencia de esta Cámara.

Remítase, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.