

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

I

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán condenó a Luciano Benjamín Menéndez y Roberto Heriberto Albornoz a la pena de prisión perpetua por considerarlos coautores de violación de domicilio (artículo 151 del Código Penal), en concurso real con homicidio doblemente agravado por haberse cometido con alevosía y con la intervención premeditada de dos o más personas (art. 80, incisos 2 y 4 del Código Penal, texto según Leyes 11.179 y 20.642) en perjuicio de cinco víctimas. Ambos delitos fueron calificados de lesa humanidad. Además, se resolvió diferir para la etapa de ejecución el pronunciamiento sobre la forma de cumplimiento de la pena impuesta a los condenados, y se mantuvo la detención domiciliaria cautelar a la que estaban sometidos (fs. 2257/2258).

El tribunal tuvo por probado que el 20 de mayo de 1976, en horas del mediodía, personal de la V Brigada de Infantería y de las fuerzas policiales de la provincia de Tucumán, ingresó ilegalmente al domicilio de la calle Azcuénaga del barrio Echeverría de la capital tucumana, donde se encontraban reunidos cinco integrantes de la agrupación "Montoneros", y mató a cuatro de ellos dentro de la casa, mientras que el quinto fue abatido en la vía pública, luego de su intento de fuga, a pocos metros del lugar. Menéndez y Albornoz, según la sentencia, dispusieron la comisión de los hechos, por lo que dadas sus jerarquías dentro de las fuerzas intervinientes al momento en que ocurrieron —Jefe del III Cuerpo del Ejército y Jefe del Servicio de Información Confidencial de la Policía de Tucumán, respectivamente— y su consiguiente seguridad acerca de la posibilidad de sustituir por otro al subordinado renuente a obedecerlos, resultan coautores mediatos por dominio de un aparato organizado de poder (cf. fs. 2268/2322 vta.).

Contra esa sentencia, interpusieron recurso de casación el fiscal y la defensa.

El representante de este Ministerio Público cuestionó la calificación de los hechos, en tanto entendió que debía considerárseles como genocidio, y el mantenimiento en detención cautelar domiciliaria de los condenados, con base en el riesgo de fuga que, en su opinión, se desprende de elementos de suma trascendencia que debieron ser valorados, como el alto grado de verosimilitud del derecho que importa la condena (fs. 2362/2391).

Por su parte, la defensa tachó de arbitraria la condena por entender que carecía de motivación suficiente, al tener en cuenta la que define como una valoración parcial y antojadiza de la prueba. Sostuvo que durante el juicio se demostró que el hecho consistió en un enfrentamiento entre montoneros que estaban fuertemente armados, y las fuerzas de seguridad militar y civil que debían combatir a las organizaciones terroristas que actuaban en nuestro país, mientras que no se pudo comprobar la cadena de mando en que se basó la imputación ni mucho menos la intervención de los condenados. Jamás se describieron las circunstancias de modo, tiempo y lugar –afirmó el recurrente– que caracterizarían el comportamiento reprochado, ni siquiera se lo hizo en la sentencia, por lo que se privó a los condenados de la posibilidad de defenderse eficientemente y, en consecuencia, correspondería que tal sentencia sea declarada nula, incluso por carecer de uno de sus requisitos esenciales (artículo 399 del Código Procesal Penal de la Nación). Por último, planteó también la nulidad de la sentencia por falta de imparcialidad del juez Pérez Villalobo, que se desprendería de su participación en dos manifestaciones conmemorativas de hechos ocurridos durante el último gobierno de facto, y la presencia de meno-

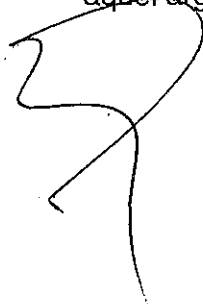
Procuración General de la Nación

res en el debate, en particular durante la realización de la acusación, los alegatos defensivos y el dictado de la sentencia (fs. 2392/2438).

En la oportunidad de ampliar fundamentos (artículo 466 del Código Procesal Penal de la Nación), la defensa alegó su imposibilidad de ofrecer y controlar prueba de manera eficiente a raíz de lo que consideró una defectuosa determinación del hecho en la acusación y la sentencia. Se quejó también de la violación del principio de congruencia, al entender que la sentencia modificó la actividad atribuida a los condenados en la acusación, y, por último, planteó la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua y la arbitrariedad en la fundamentación de las impuestas a Menéndez y Albornoz (fs. 2508/2519).

La Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal declaró mal concedido el recurso de casación interpuesto por el fiscal, y rechazó el defensivo (fs. 2535/2560 vta.), por lo que ambas partes articularon recurso extraordinario federal.

El fiscal impugnó la confirmación del diferimiento para la etapa de ejecución penal del tratamiento de la modalidad de detención de los condenados, en tanto sostuvo que el *a quo* no podía hacerlo con base en que la sentencia aún no está firme, pues de esa manera confundió la impugnación de la modalidad de ejecución de una medida cautelar, lo que se da en este caso, con la modalidad de ejecución de una pena. En efecto, según el recurrente, la cuestión bajo examen no consiste en la modalidad de cumplimiento de la pena impuesta, sino en la modalidad de cumplimiento de la medida cautelar privativa de la libertad que se dictó respecto de los condenados. En conclusión, el recurrente tildó de arbitraria la resolución en cuanto se refiere al punto cuestionado, al entender que no podía omitir el análisis del fondo del asunto con base en aquel argumento (fs. 2565/2576).



Por su parte, la defensa también entendió que la decisión del *a quo* es arbitraria. En este sentido, afirmó que esa decisión no dio respuesta suficiente a los agravios constitucionales oportunamente planteados, referidos a la violación del derecho de defensa por la indeterminación de las conductas reprochadas, la vulneración del principio de congruencia, la atribución objetiva de responsabilidad derivada de la falta de prueba sobre el vínculo subjetivo de los condenados con los hechos, la inconstitucionalidad de la prisión perpetua y la falta de fundamentación de las penas impuestas. También sostuvo que el *a quo* no garantizó el derecho al recurso contra la condena, con los alcances fijados por V.E. en "Casal" (Fallos: 328:3399), en tanto habría soslayado el análisis particular de los agravios planteados por esa parte y la revisión integral de la prueba cuestionada (fs. 2578/2595).

Ambos recursos extraordinarios fueron concedidos a fs. 2603.

II

Considero que el recurso federal interpuesto por el fiscal es formalmente procedente, por los mismos fundamentos expuestos a ese respecto por V.E. en O. 296, XLVIII, "Olivera Róvere, Jorge Carlos s/recurso de casación", sentencia de 27 de agosto de 2013; fundamentos a los que corresponde que me remita en beneficio de la brevedad.

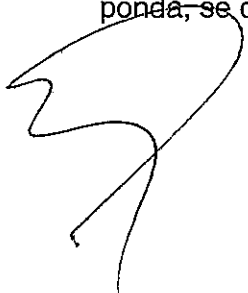
En cuanto al fondo del asunto, entiendo que asiste razón al recurrente cuando afirma que el *a quo* declaró inadmisibile su recurso de casación mediante un argumento aparente. En efecto, tal como se sostuvo en el recurso federal, la impugnación de este Ministerio Público estuvo basada en el agravio que le provoca la decisión de mantener la detención domiciliaria de los condenados como medida cautelar, lo que nada tiene que ver con el diferimiento para la etapa de ejecución penal de la resolución acerca de la modalidad en que

Procuración General de la Nación

aquéllos deberán cumplir la pena. Desde esta perspectiva, el *a quo* no podía invocar, para resolver como lo hizo, los límites que impone al fiscal en materia recursiva el artículo 458, inciso 2, del código ritual, pues éste se refiere a la impugnación de la condena.

Cabe observar también que el recurrente criticó la decisión del tribunal oral de mantener la detención domiciliaria de los condenados, en la medida en que no se ocupó de analizar el incremento del peligro de fuga que, en su opinión, surge del dictado de la condena a prisión perpetua; análisis que aquel tribunal debía llevar a cabo, según se sostiene en el recurso federal, de conformidad con el estándar fijado por la Corte para este tipo de procesos, cuyo objeto son delitos calificados de lesa humanidad, consistente en el especial deber de cuidado que pesa sobre los magistrados para neutralizar tal peligro, al tener en cuenta el compromiso internacional del Estado argentino de prevenir, investigar y sancionar esos delitos (cf. fs. 2571/2576). En apoyo de esta postura sostenida por el recurrente, no se puede obviar que, salvo mejor interpretación que de sus propios fallos haga el Tribunal, dicho estándar fue confirmado recientemente en la sentencia del caso "Olivera Róvere", citada en el primer párrafo de este apartado.

En síntesis, considero que el *a quo* no podía dejar de pronunciarse, sin incurrir en arbitrariedad, acerca del agravio oportunamente planteado por este Ministerio Público, consistente en el peligro de fuga que, según el recurrente, resultó incrementado por el dictado de la condena en cuestión y que, en consecuencia, fundamenta la revocación de la detención cautelar domiciliaria. Por ello opino que V.E. debe hacer lugar al recurso federal interpuesto por el fiscal y dejar sin efecto la decisión para que, por intermedio de quien corresponda, se dicte otra con arreglo a derecho.



III

En cuanto al agravio de la defensa referido a la alegada indeterminación del hecho en la acusación y la sentencia, no comparto la crítica según la cual el *a quo* “no dijo nada” a ese respecto (fs. 2585).

En la sentencia impugnada mediante remedio federal se recordó que, según jurisprudencia de la Corte (Fallos: 325:1404), “la nulidad por vicios formales carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal; exige, como presupuesto esencial, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público” (fs. 2549).

Desde esa perspectiva, el *a quo* descartó el planteo pues la parte no invocó “el concreto interés que persigue [...] no bastando la referencia genérica a la afectación de garantías constitucionales, ya que de lo contrario la nulidad se declararía sólo en el interés del formal cumplimiento de la ley, lo que implica un manifiesto exceso ritual incompatible con el buen servicio de justicia”. En síntesis, el *a quo* sostuvo que la defensa no logró “demostrar cuál fue [el] perjuicio causado”, lo cual resultaba necesario para que el planteo en cuestión tuviera acogida favorable (fs. 2549 vta.)

Ese fundamento del temperamento adoptado no fue siquiera mencionado por la defensa (cf. fs. 2584 vta./2595), por lo que considero que su recurso federal, en lo que se refiere al punto en cuestión, carece de la debida fundamentación, ya que no refuta todos y cada uno de los argumentos inde-

Procuración General de la Nación

pendientes que dan sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas (artículo 3, letra "d", de la Acordada 4/07 de la Corte).

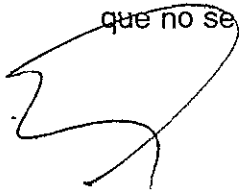
Además de ese óbice formal –suficiente, en mi opinión, para descartar el agravio en cuestión–, entiendo que, de todos modos, lleva la razón el *a quo* en lo concerniente al fondo del asunto.

En este sentido, cabe destacar que la defensa se limitó a afirmar, genéricamente, su supuesta "imposibilidad total de ofrecer prueba de descargo que permita contradecir la acusación y, al propio tiempo, determinar el grado de intervención [de los] aquí imputado[s]", al no haberse aclarado nunca, en su opinión, el aporte, conducta o actividad de Menéndez y Albornoz en relación con los hechos descriptos (fs. 2580 vta./2581).

Sin embargo, tanto en las respectivas intimaciones durante las indagatorias (fs. 659/661 vta. y 680/681), como en el auto de procesamiento (fs. 682/700 vta.), en los requerimientos de elevación a juicio (fs. 815/841 y 901/924 vta.), en los alegatos de los acusadores (fs. 2241/2252 vta.) y en la sentencia (fs. 2268/2356 vta.), se observa la misma hipótesis fáctica: Menéndez y Albornoz dispusieron la ejecución de los hechos, en el marco del plan de eliminación de los opositores al último gobierno militar, y tal ejecución se llevó a cabo según los objetivos de ese plan, de lo cual ambos tuvieron siempre la seguridad, derivada del dominio de tales hechos que les otorgaban las jerarquías que revestían dentro de las fuerzas de seguridad militar y civil, respectivamente, por lo que deben ser considerados coautores mediatos.

En tales condiciones, la crítica del apelante no responde a las constancias de la causa, lo que obsta su procedencia por defectuosa fundamentación (Fallos: 314:481 y 315:325; entre otros).

No dejo de advertir que el recurrente alega que, "en realidad, lo que no se ha detallado es de qué manera –en los términos del art. 45 CP– Lu-



ciano Benjamín Menéndez y Roberto Heriberto Albornoz han 'determinado directamente' a otra persona a cometer los hechos por los que fueron juzgados" (fs. 2588), pero esa afirmación presenta el mismo defecto, desde que parece suponer que Menéndez y Albornoz fueron acusados y condenados como instigadores, pasando por alto que, según se la ha interpretado, la norma citada también admite la figura de la autoría mediata (cf., entre otros, Fallos: 309:5, voto del juez Fayt).

Y, como se explica en la sentencia de condena, "[l]a autoría mediata por dominio de la organización requiere la existencia de una organización jerárquica con la asignación de diferentes roles a sus miembros, lo cual le permite actuar de manera autónoma e independiente de las contribuciones de sus integrantes. Así, la asignación de roles por el nivel estratégico superior de la organización se realiza de manera vertical a través de órdenes y, por lo tanto, se distingue de una división horizontal del trabajo como es típico en el caso de la coautoría. En este marco, la existencia de órdenes explícitas no es necesaria, si los actos de los autores directos son cometidos en el contexto de los objetivos establecidos y perseguidos por la organización" (fs. 2316).

En síntesis, al haberse precisado en cada uno de los actos procesales considerados, que durante el último gobierno militar se había elaborado un plan de eliminación de sus opositores políticos, que contaba para ello con una estructura de poder conformada por las fuerzas armadas y de seguridad civil, que Menéndez integraba la cadena de mandos superiores y Albornoz se encontraba en un nivel jerárquico intermedio en esa estructura, que los hechos fueron ejecutados por sus subordinados y que coincidían con el plan que aquéllos debían llevar a cabo en la parte correspondiente a sus respectivos roles, no resultaba necesario, para dar cumplimiento al requisito de la determinación del

Procuración General de la Nación

hecho, especificar también el contenido de las órdenes impartidas, pues las circunstancias mencionadas son suficientes para considerarlos autores mediatos por dominio de un aparato organizado de poder. A diferencia de la figura del instigador, la imputación de tal autoría no requiere aclarar de qué manera se habría determinado a otros a la comisión de hechos delictivos, a los fines de permitir una defensa eficiente, pues lo decisivo es el dominio, aunque sea parcial, de la organización que los llevó a cabo; posición que en el caso quedó claramente especificada mediante la exposición de aquellas circunstancias.

En conclusión, al no advertir la invocada indeterminación del hecho en ninguno de los actos procesales tenidos en cuenta, opino que el recurso federal, en lo que se refiere a este punto, no debería prosperar.

IV

En lo que respecta a la supuesta violación del principio de congruencia, la defensa sostuvo que la sentencia de condena “modificó la actividad atribuida [...] la imputación era haber ordenado la comisión de los homicidios y, contrariamente a ello, el tribunal dijo que los imputados, por ser garantes, debieron haber evitado” (fs. 2582).

A mi modo de ver, esta apreciación es el resultado de una valoración aislada de un fragmento de la sentencia, en desmedro del resto de la argumentación elaborada sobre el punto y vinculada a esa afirmación, lo que lleva a la parte a una conclusión equivocada respecto del criterio sostenido por el tribunal del juicio.

En efecto, cuando ese tribunal afirmó que Menéndez y Albornoz “pudieron evitar los asesinatos de las cinco víctimas de esta causa” y, “de modo indirecto, generaron el riesgo no permitido, colocándose en una auténtica posición de garantes por organización...” (fs. 2312 vta.), no pretendió sostener, como planteó la defensa, que las conductas atribuidas consistieron en la “in-

fracción a un deber de evitar” los resultados típicos ocasionados (fs. 2582). En realidad, cabe interpretar esas afirmaciones como ligadas a la circunstancia de que, tal como se expuso en la primera oración del párrafo citado por la parte, los condenados tenían “el control absoluto de la situación y, en consecuencia, del curso causal de los hechos” (fs. 2312 vta.), en la medida en que, dadas sus ya recordadas jerarquías dentro de las fuerzas de seguridad militar y civil para la época de comisión de los hechos, asumieron la administración del riesgo creado por el plan de la junta que gobernaba el país, en lo que concernía, como ya se ha dicho, a la parte correspondiente a sus respectivos roles. En suma, al predisponer a sus subordinados a la ejecución parcial de ese plan, Menéndez y Albornoz no consumaron un destino generado con independencia de sus personas, sino que lo convirtieron en objeto de su organización, por lo que deben responder de las consecuencias (en este sentido, cf. Günther Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, trad. esp. de Manuel Cancio Meliá, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, págs. 64-66).

Por lo demás, que la conducta atribuida en la condena a Menéndez y Albornoz consista en haber dispuesto los hechos perpetrados por sus subordinados, y de ninguna manera en alguna modalidad de omisión, se desprende con evidencia de los apartados 7.2 (“Dominio del hecho”), 7.2.1 (“Responsabilidad penal de Luciano Benjamín Menéndez y Roberto Heriberto Albornoz. Autoría mediata, dominio de la voluntad por aparatos organizados de poder”) y 7.3 (“Imputación objetiva”), por lo que se impone la interpretación expuesta en el párrafo anterior. Baste con recordar las siguientes conclusiones del tribunal: “[l]os asesinatos de las víctimas de esta causa están conectados causal y normativamente con la acción de hacerlos desaparecer dispuesta por Luciano Benjamín Menéndez y organizada y coordinada, en el ámbito local, por

Procuración General de la Nación

Roberto Heriberto Albornoz, desde el momento que dispusieron de sus vidas” (fs. 2316); “[h]ay una realidad incontestable: Menéndez y Albornoz dispusieron los asesinatos de las mencionadas víctimas para aniquilarlas y obtuvieron el resultado que se representaron y quisieron” (fs. 2316 vta.); la suerte de las víctimas “respondió a la decisión de los mandos superiores –Luciano Benjamín Menéndez– y de los coordinadores locales –Roberto Heriberto Albornoz– quienes decidieron aniquilarlos porque estaban en agrupaciones que podían resultar eventualmente perturbadoras” (fs. 2316 vta.); “[l]a actividad de estos individuos se dirigió sistemáticamente a organizar una estructura que puso en peligro la vida y la libertad de [terceros], transformándose posteriormente en resultados típicos –en lo que a esta causa respecta– de violación de domicilio y muerte” (fs. 2322 vta.).

En el mismo sentido al aquí propuesto se pronunció el *a quo* (fs. 2558 y vta.), sin que la defensa, según lo explicado, haya logrado rebatir esta posición, por lo que considero que el agravio en cuestión tampoco debería prosperar.

V

Respecto de la alegada atribución objetiva de responsabilidad, la defensa afirmó haber fundado ese agravio en “la ausencia de prueba sobre la existencia de la orden concreta, que pudieron haber emitido los imputados, de matar a las víctimas de autos” (fs. 2582 vta.). En consecuencia, entiendo que los argumentos expuestos en el tercer apartado de este dictamen son suficientes para proponer el rechazo de tal planteo, en la medida en que se sostuvo en dicho apartado que lo decisivo para condenar a Menéndez y Albornoz fue la demostración de que la junta militar había elaborado un plan de represión ilegal, que aquéllos tuvieron el dominio parcial del aparato de poder organizado para llevarlo a cabo y que los hechos cometidos por sus subordinados coinci-

dieron con los objetivos manifestados en ese plan, lo que hizo innecesaria la prueba de las órdenes específicas para la atribución de responsabilidad, pues ésta se basó en ese dominio.

VI

Por otro lado, la defensa planteó la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, al entender que la edad de los condenados –ochenta y cuatro y ochenta años– demuestra que se les impuso, en rigor, la pena de morir en prisión, vedada por el fin constitucional de la punición –la resocialización– previsto en los artículos 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Citó en su apoyo un informe de Naciones Unidas sobre la expectativa de vida en nuestro país, según el cual, para el año 2010, se ubicó en los 76 años, por lo que aseveró que resulta irrazonable toda posibilidad de que los condenados obtengan siquiera salidas transitorias, pues deberían transcurrir quince años (artículo 17, letra “b”, de la Ley 24.660). Por último, agregó que, por el mismo motivo, la prisión perpetua constituye también, en este caso, un acto cruel, inhumano y degradante, en franca violación al artículo 16 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas de tales características (fs. 2590/2593 vta.).

Sin embargo, creo ineludible recordar que V.E. sostuvo, con base en el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, que el Estado argentino tiene la obligación de garantizar no sólo que se sancione a los responsables de crímenes de lesa humanidad, sino también que se los sancione de manera adecuada a la gravedad de esos crímenes, por lo que la aplicación de penas menos severas y excepcionales, a raíz de un indulto concedido a condenados, resultan incompatibles con tal obligación (considerandos 10, 11/27 y 31 del voto de la mayoría en “Mazzeo” [Fallos: 330:3248]).

Procuración General de la Nación

Es que tampoco puede pasarse por alto el sentido de prevención general de la pena impuesta por delitos de lesa humanidad, en el marco del sistema de protección de los derechos humanos conocido como *ius cogens* (cf. considerados 15 y 16 del voto de la mayoría en "Mazzeo", ya citado).

No por casualidad esa función de la pena fue reconocida por una constante jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vinculante para los tribunales argentinos dentro de los límites de los principios y reglas supremos del orden interno (cf. el dictamen de esta Procuración General en C. 416, XLVIII, "Chambla, Nicolás Guillermo y otros s/homicidio –causa n° 242/2009–", de 4 de octubre de 2013), al establecer que los Estados tienen la obligación de evitar la impunidad, porque ella propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares (cf. "Castillo Páez vs. Perú", Reparaciones y Costas, sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C, N° 43, párrafo 107; "Loayza Tamayo vs. Perú", sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C, N° 42, párrafo 170; "Blake vs. Guatemala", Reparaciones y Costas, 22 de enero de 1999, Serie C, N° 48, párrafos 64 y 65, entre otras).

Por su lado, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado por nuestro país mediante la Ley 25.390 e implementado en el orden jurídico local mediante la Ley 26.200, prevé que los Estados signatarios están decididos a poner fin a la impunidad por los crímenes de competencia de la Corte, entre los que se encuentran los de lesa humanidad, y a contribuir así a su prevención (5º párrafo del preámbulo). A este respecto, se ha señalado que todas las delegaciones en la Conferencia de Roma, tras la cual fue aprobado aquel Estatuto, estuvieron de acuerdo en que la sanción penal está encaminada al fin de la prevención general (cf. Otto Triffterer, "The Preventive and the Repressive Function of the International Criminal Court", en Mauro Politi y Giuseppe Nesi

(eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Challenge to Impunity*, Ashgate, Aldershot, 2002, págs. 137 y ss., esp. pág. 141). Y en la primera sentencia dictada por la Corte Penal Internacional, al hacerse referencia a los fines de la pena, se confirma que esa corte ha sido establecida con aquellos dos objetivos previstos en el preámbulo del Estatuto (poner fin a la impunidad y contribuir a la prevención de nuevos crímenes), en el interés de las generaciones presentes y futuras (cf. *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, ICC-01/04-01/06, Sala de Juicio I, 10 de julio de 2012, en el caso "*The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*").

Por supuesto que de ello no se sigue que sería admisible el encarcelamiento aun por delitos de lesa humanidad cuando eso importara un tratamiento cruel, inhumano o degradante, o bien la afectación de un derecho fundamental distinto al que la prisión debe afectar, es decir, la libertad ambulatoria. Tal como ya lo sostuvo esta Procuración en un caso anterior, impedir esas dos situaciones fue el objetivo que habría llevado al legislador a aprobar la Ley 26.472, mediante la cual amplió los supuestos en los cuales el condenado por cualquier delito puede acceder a la detención domiciliaria (cf. el dictamen emitido en C. 902, XLVIII, "Comes, César Miguel s/recurso extraordinario", de 6 de septiembre de 2012).

Pero también se sostuvo en ese dictamen que el requisito etario (más de setenta años, según los artículos 10, letra "d", del Código Penal, y 32, letra "d", de la Ley 24.660) no basta para conceder tal beneficio, en la medida en que se lo previó como uno de los supuestos en los que el juez *puede* (no *debe*) resolver en ese sentido. En otras palabras, antes de otorgar la detención domiciliaria a un mayor de setenta años, los jueces deben verificar si su encierro importaría, no sólo debido a su edad, un tratamiento cruel, inhumano o de-

Procuración General de la Nación

gradante, o una restricción indebida de un derecho fundamental distinto a la libertad ambulatoria.

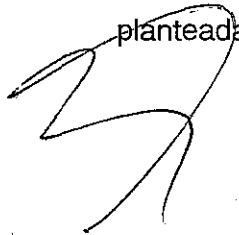
Y sin perjuicio de la mejor interpretación que la Corte pueda hacer de sus propios pronunciamientos, creo oportuno señalar que ese criterio, según el cual el requisito etario no basta para acceder a la detención domiciliaria, parece haber sido admitido por V.E. en el reciente fallo "Olivera Róvere", ya citado, donde se resolvió que el rechazo del recurso de este Ministerio Público contra la concesión del arresto cautelar domiciliario a un individuo octagenario, condenado a prisión perpetua por delitos de lesa humanidad, debía ser revocado al no haberse considerado el agravio relativo al riesgo de fuga invocado, pues pesa sobre los magistrados un especial deber de cuidado en que no se frustre el ejercicio del *ius puniendi* en causas por esa clase de delitos, dada la responsabilidad internacional que puede derivar para el Estado argentino.

En suma, el encarcelamiento de mayores de setenta años, como modalidad de ejecución de una pena perpetua por delitos de lesa humanidad, no resultaría *per se* un tratamiento cruel, inhumano o degradante, pues, caso contrario, la Corte tampoco lo habría considerado como posible medida cautelar.

En conclusión, entiendo que V.E. debería rechazar el planteo de inconstitucionalidad analizado.

VII

Igual suerte debería correr, a mi entender, el agravio referido a la alegada ausencia de fundamentación de las penas impuestas, en cuanto el recurrente no logra refutar todos y cada uno de los argumentos independientes que dan sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas (artículo 3, letra "d", de la Acordado 4/07 de la Corte).



Al respecto, el *a quo* sostuvo que Menéndez y Albornoz “se valieron del aparato estatal, utilizando los agentes, las armas y las instalaciones con el fin de dar cumplimiento al plan sistemático implementado, no pudiendo obviarse además la magnitud de los hechos y la extensión del daño causado”. La pena prevista por el tipo en el que se subsumieron algunos de esos hechos es fija –prisión perpetua–, por lo cual –agregó el *a quo*– “las defensas sólo exteriorizan su disenso con el criterio valorativo del tribunal de mérito, sin conseguir con ello evidenciar el quebrantamiento preceptivo denunciado” (fs. 2559 y vta.).

Frente a ese fundamento, el recurrente invocó la arbitrariedad de la decisión, “conforme a la doctrina” sentada por la Corte en los precedentes “Sáez” (Fallos: 235:113) y “Romano” (Fallos: 331:2343), y en el voto en disidencia del juez Zaffaroni en “García” (Fallos: 332:28) (fs. 2592/2593 vta.). Sin embargo, ninguno de esos fallos se refiere a un caso de imposición de pena perpetua, prevista como sanción fija por el tipo penal en el que se subsumieron los hechos, por lo que considero que resultan inaplicables al presente.

Esta conclusión resulta más clara si se observan los fragmentos de tales sentencias transcritos por el recurrente. En cuanto al fallo “Sáez”, la defensa trae a cita la parte en que la Corte critica que el único fundamento de la condena consistió en las explicaciones inatendibles que habría brindado el acusado, mientras que respecto de los otros dos fallos, transcribe argumentos referidos a la obligación de los magistrados de brindar las razones por las cuales optan por una cierta pena dentro de las permitidas por el marco legal. La defensa no explica, sin embargo, qué relación tienen esas afirmaciones con el caso aquí analizado, donde los jueces aplicaron la pena indivisible prevista para el delito por el cual se dictó condena. Es más, hasta escogieron la especie más leve que es la prisión, frente a la de reclusión, también posible en el caso.

Procuración General de la Nación

VIII

Por último, el recurrente se agravió de que el *a quo*, a su entender, “no hizo análisis alguno de la prueba colectada y de los hechos que se tuvieron por probados en función de las motivadas críticas de la defensa, circunstancia que ha tornado abstracta la doctrina del ‘máximo rendimiento’ sentada por el [...] Tribunal en el precedente ‘Casal’” (fs. 2593 vta.).

Sin embargo, esa crítica omite los fundamentos brindados por la casación, bajo el apartado 5 (“Hecho y prueba”) de la sentencia apelada, para rechazar cada uno de los cuestionamientos dirigidos por la defensa a la valoración probatoria en que se basó la condena.

Por un lado, frente al agravio referido a la supuesta tergiversación de lo declarado por ciertos testigos y a su falta de autenticidad, el *a quo* recordó que la elocuencia otorgada por el tribunal del debate a los testimonios, en virtud de cuestiones íntimamente asociadas a la inmediación, no podía ser revisada, en tanto constituye el límite señalado por la Corte para tal función (fs. 2552 y vta.).

Sin perjuicio de ello, analizó el contenido de las pruebas valoradas. En primer lugar, en relación con la tesis defensiva consistente en que, en rigor, no hubo una matanza de las víctimas, sino un enfrentamiento entre “Montoneros” y las fuerzas armadas y de seguridad civil, expuso que no se registró, ni la defensa demostró, que haya sido herido o muerto personal de las fuerzas intervinientes. En el mismo sentido, destacó que si bien el supuesto secuestro de armas en el domicilio allanado, podría ser indiciario de la peligrosidad de las víctimas, no se logró determinar fehacientemente la existencia de esas armas, pues, además de que no fueron habidas durante la instrucción, la autenticidad del acta del presunto secuestro fue puesta en crisis durante el debate, a raíz del testimonio de un agente policial. Y, en todo caso, agregó que aun cuando

se hubiera demostrado que en el domicilio había armas, ello no habría conmovido la ilegalidad de lo actuado por el personal interviniente, en cuanto podían haber detenido a las víctimas y colocarlas a disposición de la justicia (fs. 2554 vta.).

También tuvo en cuenta el *a quo* los testimonios del esposo de una de las víctimas, Gerardo Alfredo Romero, quien llegó al lugar poco después de ocurridos los hechos, y dijo haber sido advertido por una vecina que “habían tirado bombas contra una casa y que habían entrado y matado a todos”, y de Gustavo Enrique Herrera, el que respaldó los dichos de aquél al afirmar que uno de los agentes que participaron del operativo, le relató cómo mató “con la metra” a una mujer que intentó escapar por el fondo de la casa (fs. 2554 vta./2555).

El *a quo* tampoco perdió de vista el testimonio del médico Alejandro Sangenis, quien manifestó que le impidieron entrar al domicilio, que le llamó la atención que no se hicieran curaciones a los heridos, que observó ropa con perforaciones de bala, impactos de bala en la fachada de la casa y un cadáver en el porche, y que otro médico, García Latorre, del que dependía, le comentó que no parecía que hubiera habido un enfrentamiento (fs. 2555 y vta.).

En cuanto a la participación del ejército y la policía en los hechos, se recordó el contexto sociopolítico en el que tuvieron lugar, la normativa en que se fundó la represión de los opositores políticos y la distribución de responsabilidades y tareas entre las diferentes fuerzas estatales. Pero también se valoraron los testimonios de Gerardo Alfredo Romero, Juan Carlos Clemente, Alejandro Sangenis y Reynaldo Argentino Contreras, que corroboraron esa participación (fs. 2555 vta./2557).

Procuración General de la Nación

Por otro lado, se afirmó que la crítica del informe médico que da cuenta de las circunstancias en las que se habrían producido las muertes, resulta intrascendente al especificarse en ese informe que las víctimas fallecieron como consecuencia de numerosos impactos de proyectiles en el cráneo y la cabeza. En efecto, esta circunstancia se suma a lo ya expuesto para confirmar, en la óptica del *a quo*, la tesis de la acusación acerca del devenir de los acontecimientos (fs. 2557 vta.).

Se precisaron también los roles que tuvieron Menéndez y Albornoz en las fuerzas armadas y de seguridad civil, respectivamente, que fundamentan la atribución de responsabilidad por dominio parcial de un aparato organizado de poder (fs. 2558 y vta.), y se valoró el testimonio de Gerardo Romero para afirmar que hubo una tarea de inteligencia previa a los hechos investigados (fs. 2558 vta./2559).

Esta reseña del reexamen efectuado por el *a quo* demuestra, desde mi punto de vista, que es infundada la crítica según la cual, en la sentencia apelada, no se hizo análisis alguno de la prueba colectada y de los hechos que se tuvieron por probados. En conclusión, considero que el agravio invocado mediante esa crítica debería ser descartado.

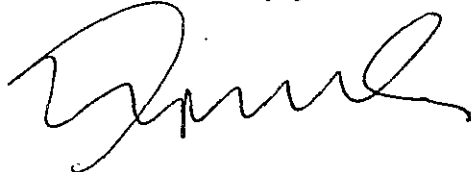
IX

Por todo lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto por el Fiscal General y declarar improcedente el de la defensa.

Buenos Aires,

6 de noviembre

de 2013.



EDUARDO EZEQUIEL CASAL



ADRIANA N. MARCHISIO
Prosecretaría Administrativa
Procuración General de la Nación