



Ministerio Público Fiscal de la Nación

Fiscalía General N° 2 ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de Córdoba

INTERPONE RECURSO DE CASACIÓN

Tribunal Oral:

C. Facundo **TROTTA**, Fiscal General subrogante y Enrique **SENESTRARI**, Fiscal Federal subrogante de la Fiscalía N° 3, en los presentes autos “**AYALA, Juan Domingo; RIVERA, Héctor Ricardo; ZALAZAR, Jorge Alberto p.ss.aa. Homicidio Agravado doblemente calificado por alevosía y pluralidad de partícipes en concurso real**” (Expte. A-11/12), y constituyendo domicilio en el público despacho del Sr. Fiscal General ante la sala que corresponda de la Cámara Nacional de Casación Penal, ante los señores jueces de cámara respetuosamente comparecemos y decimos:

I. OBJETO

Que en tiempo y forma, en los términos del artículo 456 inc. 1° del CPPN, interponemos recurso de casación en contra de la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Córdoba, de fecha 31 de julio de 2013, en cuanto resuelve:

*“**I. CONDENAR a JUAN DOMINGO AYALA, ya filiado en autos, como PARTICIPE SECUNDARIO, penalmente responsable del delito de HOMICIDIO CALIFICADO, doblemente agravado por alevosía y pluralidad de partícipes** (seis hechos que concurren idealmente entre sí), a la pena de **DOCE AÑOS DE PRISIÓN, accesorias legales y costas** (Arts. 12, 19, 29 inc. 3 ero., 40, 41, 46 y 54 del Código Penal; Arts. 80 incs. 2 y 4 del Código Penal según texto conforme ley 11.179...”.*

El presente remedio de casación tiene como finalidad que se eleven las actuaciones por ante la Cámara Federal de Casación Penal, para que, previo los trámites legales, case la resolución recurrida, resolviendo el caso conforme a la ley y la doctrina que corresponde aplicar (art. 470 CPPN), de acuerdo a los fundamentos que seguidamente se expondrán.

II. CONDICIONES DE ADMISIBILIDAD

a) Resolución recurrible



Ministerio Público Fiscal de la Nación

Fiscalía General N.º ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de Córdoba

Entre las diversas hipótesis de resoluciones casables del artículo 457 del Código Procesal Penal de la Nación se contempla a las sentencias definitivas, previéndose en el inc. 2º del art. 458 la posibilidad de que el Ministerio Público Fiscal recurra en casación las sentencias condenatorias cuando se haya impuesto una pena privativa de la libertad inferior a la mitad de la requerida.

Si bien en el presente caso se solicitó una pena de prisión perpetua, y por lo tanto indivisible, resulta a todas luces evidente que la pena de doce años impuesta es inferior a la mitad de la condena requerida, **ello tan pronto cuando se advierte que de haberse requerido una pena de veinticinco años de prisión, que es menor a la prisión perpetua, no existiría escollo legal para casar la sentencia que condenó a doce años de prisión.**

A ello cabe agregar que, conforme surge del art. 17 de la ley 24.660, el legislador ha establecido que a los efectos de obtener el beneficio de las salidas transitorias se requiere el cumplimiento de la mitad de la pena temporal, o bien, en el caso de las perpetuas, el cumplimiento de quince años de prisión.

De lo dicho se deduce claramente que la pena de doce años impuesta a Juan Domingo Ayala resulta inferior a la mitad de la pena de prisión perpetua requerida por el Ministerio Público Fiscal.

b) Sujeto

Como parte esencial de todo proceso penal por delito de acción pública, el ministerio público fiscal se encuentra legitimado para recurrir en casación las resoluciones susceptibles de esta vía. En el caso concreto, se encuentra autorizado expresamente al recurso por el art. 458 CPPN.

c) Tiempo y forma

El recurso se interpone ante el tribunal que dictó la resolución, dentro del plazo de diez días de notificada, por escrito y con el resto de las formas establecidas en el art. 463 CPPN. Dado que además se verifican los presupuestos objetivos y subjetivos de impugnación, solicito desde ya sea concedido por ante la Cámara Federal de Casación Penal.

III. EXPRESIÓN DE AGRAVIOS - MOTIVOS DE CASACIÓN.

El agravio que causa la resolución casada radica en que, conforme la valoración realizada por el TOCF2Cba, se aplicó erróneamente el art. 46 del Código



Ministerio Público Fiscal de la Nación

Fiscalía General N.º ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de Córdoba

Penal en orden a la determinación del grado de intervención que tuvo el imputado Juan Domingo Ayala, conforme los hechos probados en la sentencia.

El presente remedio de casación se interpone por una errónea aplicación de la ley penal sustantiva (art. 456 inc 1º CPPN), toda vez que el tribunal, a los fines de establecer el grado de participación del imputado en los hechos acreditados, entendió que la conducta encontraba adecuación típica en la figura del cómplice secundario, cuando correspondía calificar su aporte como coautor, en los términos del art. 45 del Código Penal.

En efecto, en la sentencia cuestionada se tiene por cierto y probado que Juan Domingo Ayala “participó en el hecho criminoso (...) que tuvo como resultado los homicidios de Diana Beatriz Fidelman, Miguel Ángel Mozé, Luis Ricardo Verón y Ricardo Alberto Yung, Eduardo Alberto Hernández y José Alberto Svagusa”, aunque se considera que esa participación consistió en prestar “a los autores materiales una colaboración que no resultó esencial para la comisión del delito”.

Tal como se expondrá, este Ministerio Público entiende 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 y, en ese sentido, **es posible concluir que tuvo en sus manos, junto con otros y en virtud de una división de tareas, el desarrollo de los sucesos.** Por ello, cabe considerarlo coautor en virtud del codominio funcional del hecho.

Por lo dicho, entendemos que el yerro en el que se incurrió en la sentencia no se encuentra en la valoración de los elementos de prueba que permiten tener por acreditado la existencia del hecho y la intervención de Ayala en los mismos, sino en el alcance que cabe atribuirle al aporte por él efectuado.

IV. FUNDAMENTOS

El tribunal tuvo por acreditado 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.º 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



Ministerio Público Fiscal de la Nación

Fiscalía General N.º ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de Córdoba

‘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 1º 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, (...) 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.º 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”.

Asimismo el tribunal estimó que “las víctimas nunca pudieron ser transportados en el mismo vehículo puesto que los móviles policiales fueron tres – dos del Comando Radioeléctrico (números 286 y 313) y uno del Departamento de Informaciones (número 208)-, más dos vehículos no identificados presumiblemente robados y conducidos por los integrantes de la D2”.

A su vez destacó “que, de las anotaciones del ‘...Libro de Novedades de la Guardia del Comando Radioeléctrico...’ (...), surge que a Zalazar, Ayala y Rivera les fue asignado “...a las 7.30 hs. del 17 de mayo de 1976...” el ‘...móvil matrícula 226...’. A pesar de ello, y en horas de la noche, los mismos aparecen actuando –sin ninguna anotación que mencione el cambio de rodado- en el ‘...móvil N.º 286...’. Ello es así, puesto que un día antes de producido el suceso, es decir el ‘...16 de Mayo de 1976... el móvil 286 sufrió ‘...tres disparos que impactaron en el techo y en el espejo retrovisor...’ y daños ‘...en las dos puertas y guardabarros derecho...’. Evidentemente, la sustitución advertida sirvió a Zalazar, Ayala y Rivera para justificar los supuestos daños



Ministerio Público Fiscal de la Nación

Fiscalía General N.º 2 ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de Córdoba

recibidos en el teórico enfrentamiento, es decir para sostener la irreal versión oficial de los sucesos”.

Consideró que “[e]l contenido de este ‘...Libro de Novedades...’ concuerda con los dichos de Moore al testimoniar respecto de los móviles utilizados y el personal policial actuante en el fatal suceso puesto que, por los comentarios que escuchó de policías del Departamento de Informaciones Policiales, indicó que ‘... seis prisioneros fueron conducidos desde la Penitenciaría hasta las cercanías de la cancha del club Belgrano por tres coches policiales “oficialmente matriculados y conducidos por personal profesional’, mencionando como ocupantes de los ‘...coches legales...’ a ‘...Yanicelli, Jabour, Romano, Flores y a otros ...policías profesionales de guardia y choferes...’ cuya identidad no proporcionó por ser ajenos al ‘D2’, es decir al lugar que permaneció detenido por más de un año (v. fs. 768/786 de autos —...ALSINA, Gustavo Adolfo y otros...(Expte. 17.468)”.

El testimonio de Moore fue especialmente tenido en cuenta, destacándose que el testigo “refirió que la guardia militar del Ejército de la cárcel penitenciaria UP1 entregó a la policía provincial los detenidos allí alojados: Alberto Svagusa, Luis Verón, Miguel Hernández, Miguel Ángel Mozé, Roberto Yung y ‘Diana’ siendo todos asesinados en el trayecto a jefatura, a la altura de la Av. Colón al 2000 casi esquina de la cancha de Belgrano, simulando un intento de fuga con apoyo exterior hecho por ‘terroristas’; de la siguiente manera: los tres coches de traslado eran de Informaciones, oficialmente matriculados y conducidos por personal profesional, mientras que los dos vehículos que iban a hacer de atacantes, robados y conducidos por ‘Cara’ Lucero, ‘Gato’ Gómez y ‘Negro’ Molina, entre otros; mientras que en los automóviles de traslado legales se conducían Yanicelli ‘Tucán Grande’, Yougour ‘Turco’ y el ‘Chato’ Flores, entre otros, comprometidos al igual que la guardia y los choferes ...”.

Por último, el tribunal sostuvo que “el hecho juzgado no fue un enfrentamiento sino un fusilamiento de presos políticos” y que “víctimas fueron retiradas de la unidad carcelaria, conforme el modus operandi habitual para la época de clandestinidad y bajo en concepto de ‘zona liberada’. Sumado a todo esto, ha quedado largamente acreditado que los ‘motivos’ esgrimidos como excusa para ordenar el supuesto traslado resultaron justificaciones superfluas para lograr el cometido de los homicidios”.



Ministerio Público Fiscal de la Nación

Fiscalía General N.º ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de Córdoba

En cuanto al grado de participación de Ayala, en la sentencia se tiene por “cierto y probado que Juan Domingo Ayala participó en el hecho criminoso descrito y acreditado en la primera cuestión, que tuvo como resultado los homicidios de Diana Beatriz Fidelman, Miguel Ángel Mozé, Luis Ricardo Verón y Ricardo Alberto Yung, Eduardo Alberto Hernández y José Alberto Svagusa”.

Para arribar a dicha conclusión el tribunal tuvo en cuenta:

. “La materialidad del hecho, acreditada en esta causa y también en la sentencia dictada en la causa “Videla””.

. “Que en el momento del hecho se desempeñaba como cabo de la policía de esta provincia, con funciones en el Comando Radioeléctrico”.

. Que “El 17 de Mayo de 1976 desde las 7:30 cumplió funciones en ese

Comando como ‘chofer’ (copias certificadas de fs. 594/616 de autos)”.

. Que el “...*Libro de Novedades de la Guardia del Comando Radioeléctrico...*” correspondientes a los días 16 al 20 de Mayo de 1976, y en especial el asiento del día 17 de mayo de 1976 entre las 19:00 y las 24:00 indican que Ayala no fue destinado a otra comisión diferente o a alguna tarea que les permita eximirse de la participación criminal en el hecho objeto del presente”.

. Que el testimonio de Bossano da cuenta que “el personal del Comando Radioeléctrico llegó en primer término y permaneció en la guardia de la Unidad Penitenciaria n.º 1 a la espera de que arribaran los integrantes de la D2”.

. La “falsedad del comunicado oficial” y “la falsedad parcial del asiento obtenido del libro de guardia del Comando Radioeléctrico en lo atinente al enfrentamiento”.

No obstante ello, el tribunal se pregunta “cómo en un operativo planificado y dispuesto a través de la cadena de mando para ser ejecutado por la “D2”, para dar muerte a las seis víctimas, podía estar involucrado alguien completamente ajeno a aquél”; respondiendo que: “evidentemente Ayala no podía ser ajeno al hecho criminoso acometido por la D2”.



Ministerio Público Fiscal de la Nación

Fiscalía General N.º ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de Córdoba

Para sostener dicha afirmación se apoya en “un conjunto de indicios graves, precisos y concordantes que concurren a dar por cierta la vinculación del imputado con operaciones efectuadas anteriormente por la D2, especialmente a través de Yamil Jabour y Carlos Alfredo Yanicelli integrantes de tal departamento y a la sazón condenados por este mismo hecho en la causa ‘Videla’”.

Esos indicios son enumerados por la resolución cuestionada. Así, se destaca que:

. “En su legajo de servicio constan consideraciones y altas calificaciones de superiores por las tareas realizadas en la denominada lucha contra la ‘subversión’”, tales como “una felicitación del Jefe de Policía ‘por la destacada actuación que le cupo en el esclarecimiento y detención de un grupo extremista denominado ERP 22 de Agosto, Secuestro de armas, panfletos y explosivos’, hecho ocurrido en el paraje Los Quebrachitos del Departamento Colón, que remite al legajo del Comisario Principal Vicente Alfredo Chacarelli”. También obra una “felicitación por el Jefe de la U.R. 1 de Córdoba, Inspector General Raúl Pedro Telleldín (a la fecha de los hechos juzgados, Jefe del Departamento de Informaciones Policiales de la Provincia de Córdoba), por el “exitoso procedimiento que les cupo a quienes arriesgaron sus propias vidas y tras un intenso tiroteo abatieron a un peligroso delincuente que momentos antes había asaltado una despensa propiedad del señor Juan del Valle Palacios”, y que remite al legajo del Oficial Ayudante Ricardo Alberto Vázquez”.

“Otro indicio de oportunidad se configura con la circunstancia de que Ayala tuvo que haber visto la modalidad en que las víctimas iban siendo trasladadas (atadas, encapuchadas), y desde ya que ningún traslado legítimo de detenidos puede hacerse de tal manera, con lo que como mínimo tuvo necesariamente que representarse la irregularidad del procedimiento”.

Atento a ello, el tribunal consideró que “[e]l imputado sabía lo que iba a ocurrir. Necesariamente debió estar anoticiado o alertado de lo que habría de suceder para que eventualmente no repeliera a sus propios compañeros que simularían el enfrentamiento”.

Por otra parte, en la sentencia se destaca que “[n]o solo ha quedado acreditada la articulación operativa del Comando Radioeléctrico con la D2, sino surge del propio legajo de Ayala sus vínculos con Jabour y Yanicelli. Es decir el



Ministerio Público Fiscal de la Nación

Fiscalía General N.º 2 ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de Córdoba

cuadro indiciario que se conforma lleva a considerar que ellos lo conocían y de tal modo sabían que era persona de su confianza para actuar, o para llevar a cabo diligencias que se encomendaran, aunque más no fuera la custodia de detenidos”.

Por ello se considera que “en este hecho se utilizó el mismo patrón que se verifica continuamente en las causas en que se juzgan crímenes de lesa humanidad, tal como señala en párrafos precedentes con la intervención de personal bien calificado para ese fin, incluso premiado. Es decir personal policial que tenía la confianza de sus superiores para realizar las tareas que se le encomendaran. Refuerzan la hipótesis así descripta, las reseñas de los otros legajos que se detallaron anteriormente, y sin perjuicio de que sus titulares no fueron traídos a juicio”.

El tribunal vuelve a destacar la importancia del legajo personal de Ayala en el que existen “felicitaciones de Jabour y Yanicelli”, lo que indica “un conocimiento previo entre ellos, como así también inter relaciones entre los demás imputados en esta causa aún cuando no hayan sido traídos a juicio”. Y ello, por cuanto “antes de esta oportunidad, había tenido intervención en otros procedimientos contra la subversión”, lo que “le asignan un grado de experiencia en ese tipo de actividades, en las que además fue felicitado”, lo cual permite “rebatir la excusa de que se hubiera asustado y tirado debajo del volante”.

“Esta experiencia previa que obtuvo Ayala de esos operativos, incluso con efusivas felicitaciones, más el conocimiento de Jabour y Yanicelli, concuerdan con el “modus operandi” antes explicado con que se desplegaba la represión ilegal y despejan toda duda de que Ayala sabía cuál era el plan encomendado y actuó, en la medida de su alcance, como chofer del móvil que cerraba la caravana que daba cobertura a la tarea encomendada a la D2, que no es otra que los hechos criminosos consumados”.

Por todo ello, el tribunal entiende que no resulta “creíble la versión dada por Ayala en cuanto a su comportamiento, es decir respecto a que al ver las ráfagas se escondió debajo del asiento hasta que terminaron los disparos”. Pues, “como policía que era, armado, con conocimiento en el manejo de armas, aún descuidando la función de custodia de los detenidos, no haya participado ni siquiera para repeler la agresión al menos para su propia defensa, y ni siquiera haya operado la radio para pedir ayuda, situación perfectamente posible desde el lugar donde dice



Ministerio Público Fiscal de la Nación

Fiscalía General N.º 2 ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de Córdoba

que se ocultó, y además razonable, si es que su seguridad y la de sus compañeros estaba en peligro. Aún siéndole asignada en el momento la función de chofer del patrullero, antes que nada, era un funcionario de la policía de la provincia de Córdoba”.

No obstante el cúmulo de elementos probatorios que permiten sostener la intervención en grado de coautoría del imputado Ayala en los hechos, el tribunal considera que la “prueba colectada no resulta suficiente para endilgarle la responsabilidad a título de coautor por los homicidios”. Ello en base a los siguientes argumentos:

i) No se ha “logrado acreditar la adecuación de la acción llevada a cabo por él a los requerimientos del verbo típico de la figura delictiva. En este sentido, en la sentencia cuestionada se destaca que “la señora fiscal no ha demostrado al tribunal, cuál resultó ser el nexo causal entre su obrar y el resultado muerte”.

ii) No se ha probado el elemento subjetivo. En este marco, el tribunal sostuvo que “no es que se exija la prueba concreta y física por ejemplo de que hubiera gatillado el arma, pero sí, por lo menos la concurrencia de su voluntad, es decir el elemento subjetivo del dolo, determinándolo a querer para sí el resultado letal”.

iii) No se ha probado el dominio del hecho. Por el contrario, afirmó que se encontraba acreditado con certeza que el imputado había realizado un aporte no esencial para la producción del hecho, que había consistido en conducir uno de los rodados que integraban la caravana, que cerraban la formación. En este sentido, el tribunal sostuvo que “el aporte de Ayala [no] representaba el auxilio o cooperación sin los cuales las muertes de las víctimas no podría haberse llevado a cabo”. De este modo, concluyó que “escortar o custodiar no es matar” y que “[n]o 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”.

A continuación mostraremos el yerro en el que se incurre en la sentencia cuestionada, pues de la prueba incorporada y valorada por el tribunal surge claramente que: **a)** la acción llevada a cabo por Ayala constituyó un aporte esencial en el tramo ejecutivo de los hechos, y en esa medida satisface los



Ministerio Público Fiscal de la Nación

Fiscalía General N.º ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de Córdoba

requerimientos del verbo típico matar, resultando evidente el nexo causal entre su obrar y el resultado muerte; **b)** tenía conocimiento que con su acción contribuía de modo esencial al resultado y tuvo voluntad de llevarla a cabo; y **c)** que tuvo el codominio funcional del hecho.

a) En primer lugar, debe quedar en claro que no sólo se encuentra acreditado el nexo causal entre la acción y el resultado típico sino dicha relación debe existir siempre, ya que, de lo contrario, ni siquiera sería posible imputar a un agente en calidad de partícipe. De establecer que no hubo un nexo de causalidad entre el obrar del imputado y el resultado típico, el tribunal no estaría habilitado a responsabilizarlo en calidad de partícipe secundario. Ahora bien, el porqué a esa acción debe considerársela como un aporte esencial en el tramo ejecutivo de los hechos y, en esa medida, se satisfacen la exigencias típicas en la modalidad de coautoría, lo desarrollaremos al tratar el punto c).

b) El segundo argumento del tribunal parecería exigir la intención o el dolo directo para imputar a Ayala como coautor del hecho. Este argumento es incorrecto en virtud de que dicha exigencia no tiene sustento en el derecho. Más bien, en los casos en los que la ley exige dolo, se encuentran equiparados el dolo eventual y el dolo indirecto (Stratenwerth, Günter, *Derecho penal, Parte general I*, 4º Edición, Hammurabi, 2008, nota al pie núm. 8, pág. 200). En este marco, en los casos de dolo eventual, es indiscutible que el autor también pueda actuar dispuesto a tolerar el resultado penalmente relevante y que, por consiguiente, deba responder por dolo (Stratenwerth, ob. cit., p. 192).

Pues bien, en el caso bajo análisis, el tribunal sostuvo que “subjetivamente Juan Domingo Ayala conocía el aporte que proporcionaba encaminado a favorecer el contexto en que se sucedieron las muertes de las seis víctimas”. Afirmó esto sobre la base de que “Ayala tuvo que haber visto la modalidad en que las víctimas iban siendo trasladadas (atadas, encapuchadas), y desde ya que ningún traslado legítimo de detenidos puede hacerse de tal manera, con lo que como mínimo tuvo necesariamente que representarse la irregularidad del procedimiento (...). El imputado sabía lo que iba a ocurrir. Necesariamente debió estar anoticiado o alertado de lo que habría de suceder para que eventualmente no repeliera a sus propios compañeros que simularían el enfrentamiento” (ver página 131 de la sentencia).



Ministerio Público Fiscal de la Nación

Fiscalía General N.º ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de Córdoba

Asimismo, no debe pasarse por alto cuál era la situación institucional que el imputado ocupaba al momento de los hechos. En este sentido cabe destacar que el tribunal tuvo por acreditado que “al menos determinado personal del Comando Radioeléctrico colaboraba en numerosos procedimientos encabezados por el D2, circunstancia que no se daba con regularidad respecto de otras fuerzas” y “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’” (ver página 128 de la sentencia). En este marco, es claro que el imputado conocía de qué manera operaba la represión ilegal en la Provincia de Córdoba, teniendo incluso, según se expone en la sentencia, “experiencia en este tipo de actividades”, por lo que necesariamente se representó el resultado.

Tal como se expone en la sentencia: “Ayala sabía cuál era el plan encomendado y actuó, en la medida de su alcance, como chofer del móvil que cerraba la caravana que daba cobertura a la tarea encomendada a la D2, que no es otra que los hechos criminosos consumados”.

Por lo tanto, a la luz de las consideraciones precedentes, es claro que Ayala se representó que, en el traslado irregular de los detenidos, era probable que se produzca la muerte de las seis víctimas. Es decir, actuó, al menos, con dolo eventual.

c) La posición del tribunal según la cual el imputado no puede ser responsabilizado como coautor del homicidio porque no se encuentra acreditado que él haya realizado los disparos contra las seis víctimas, reflejada en consideraciones tales como “escortar o custodiar no es matar”, puede ser encuadrada dentro de la teoría formal objetiva. Según esta teoría autor es aquel que ejecuta por sí mismo, total o parcialmente, las conductas descriptas en los tipos penales; quien no realiza por sí dicha conducta, solo puede ser cómplice o instigador. Ya en la denominada Causa 13/84, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal sostuvo que la teoría formal objetiva “ha sido descartada ante la incapacidad en que se encuentra para fundar razonablemente los casos de autoría mediata, es decir, cuando alguien se vale de otra persona –que actúa como instrumento- para realizar la acción típica, y aquellos supuestos de coautoría por división de funciones en las que alguno de los concertados no ejecute actividad



Ministerio Público Fiscal de la Nación

Fiscalía General N.º ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de Córdoba

típica” (H. V. Gullco, *Principios de la Parte General del Derecho Penal, Jurisprudencia comentada*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pág. 208).

En este sentido, destacada doctrina ha puesto de manifiesto las insuficiencias que muestra la teoría formal-objetiva para resolver algunas situaciones de coautoría. ROXIN citando a WEGNER utiliza el ejemplo en el que A y B se ponen de acuerdo para envenenar a C, y mientras A coloca el veneno en la sopa, B distrae a C para que no perciba el sabor extraño en la sopa. Según la teoría formal-objetiva B sería sólo un partícipe de A. Sin embargo, tal solución no resulta convincente, pues A y B han obrado “en plano de igualdad y sus aportaciones al hecho se complementan de modo que sólo juntas pueden producir el resultado, su comportamiento forma, con vistas al fin pretendido, una unidad de sentido que no cabe escindir sin arbitrariedad en distintas categorías jurídicas” (Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 7ª ed., Marcial Pons, 2000, p. 57).

Frente a ello, un importante sector de la doctrina entiende que la teoría del dominio del hecho explica de manera más adecuada las clases autoría en nuestro código (Zaffaroni-Alagia-Slokar, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Ediar, Bs. As., 2003, p. 777; Donna, Edgardo A., *La autoría y la participación criminal*, 2ª edición ampliada y profundizada, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 39; Bacigalupo, Enrique *Derecho penal. Parte general*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1987, p. 318, entre otros).

La coautoría tiene su base legal en la referencia a los que “*tomasen parte en la ejecución del hecho*, y el dominio del hecho asume a su respecto la forma de *dominio funcional del hecho*” (Zaffaroni-Alagia-Slokar, ob. cit., p. 777).

Según Jakobs, la separación entre autoría y participación no implica una distinción entre dos tipos de codelinencia diferentes, sino que sólo refleja la diferencia entre las cantidades de intervención y, de esta manera, del dominio que los intervinientes ejercieron sobre el hecho (Jakobs, Günther, “El ocaso del dominio del hecho: Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos” en *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*, Traducción de Manuel Cancio Melía, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Rubinzal – Culzoni Editores, pág. 103). Quienes configuran lo característico serán los autores, mientras que quienes configuran lo



Ministerio Público Fiscal de la Nación

Fiscalía General N.º 2 ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de Córdoba

accesorio serán los partícipes. Por lo tanto, el dominio del hecho no determinará la imputación, sino meramente la medición de la pena (Jakobs, ob. cit., p. 103).

En la coautoría ninguno de los coautores ejerce la totalidad del dominio sobre el hecho, sino que éste le pertenece a un sujeto “colectivo” (Stratenwerth, Günter, *Derecho penal. Parte general, I. El hecho punible*, traducción de la 2ª edición alemana (1976) de Gladis Romero, Ed. Fabian J. Di Placido, Bs. As., 1999, p. 247). El dominio colectivo se caracteriza por cuanto la dirección del desarrollo típico del suceso no se encuentra en manos de una persona individual, sino de un conjunto de personas. Toma parte de este dominio quien con su aporte parcial da fundamento y posibilita la dirección del desarrollo del suceso, de manera que la realización global del hecho depende también de su aporte (Maurach-Gössel-Zifp, *Derecho penal. Parte general*, t. II; traducción de la 7ª edición alemana, Ed. Astrea, Bs. As., 1995, p. 368).

La coautoría presupone un aspecto subjetivo, que es la decisión común al hecho, y otro aspecto objetivo, que es la ejecución de esas decisión mediante la división de tareas (Zaffaroni-Alagia-Slokar, ob. cit., p. 785). La coautoría requiere la realización común del hecho mediante división de tareas. Para ello cada coautor debe efectuar una contribución objetiva al hecho. Esta particularidad de la coautoría debe reflejarse tanto en la forma como en la oportunidad del aporte. En relación a la oportunidad del aporte, existe acuerdo en cuanto a que toda colaboración prestada en la fase ejecutiva del delito da lugar a coautoría. En lo que respecta a la forma del aporte, la doctrina es conteste en afirmar que sólo una contribución esencial a la realización del delito podría dar lugar a la coautoría (Roxin, ob. cit., p. 314; Zaffaroni-Alagia-Slokar, ob. cit., p. 786, Bacigalupo, 1987:338; Mir, 2006:11).

Rechazada entonces la idea de que autor es sólo aquel que ejecuta total o parcialmente la conducta descripta en los tipo penal, es necesario determinar si Ayala efectuó una aporte en el tramo ejecutivo del delito y si dicho aporte calificaba como imprescindible o no.

En este sentido, si el tribunal llegó a la conclusión de que “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



Ministerio Público Fiscal de la Nación

Fiscalía General N.º ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de Córdoba

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”; es fácil comprender que aquellos que participaron del operativo y, en definitiva, desde allí decidieron la configuración más fina de cada uno de los delitos cometidos, tuvieron “los hechos en sus manos”.

Si bien la decisión de la muerte ya estaba tomada desde estratos superiores, fueron los intervinientes del traslado quienes decidieron las principales características del operativo, por ejemplo, cómo moriría cada una de las víctimas, de cuántos disparos, en qué momento específicamente, etc. Es en ese sentido que, de acuerdo con 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 al plan diseñado.

Por lo expuesto, no se puede compartir que el aporte de Ayala fue “relevante pero prescindible”, “porque puede inferirse sin esfuerzo racional o argumentativo, que de no haber formado parte de dicha comisión el traslado se habría efectuado igual, y el delito igualmente se hubiera consumado”. Y ello no sólo por lo ya dicho sino porque con ese razonamiento se recurre, a los fines de determinar el carácter de imprescindible del aporte, a la *condictio sine qua non*.

Según esa teoría, si suprimimos mentalmente el aporte que en concreto se efectuó, y la ejecución no puede llevarse a cabo, entonces es evidente que estamos ante un aporte necesario (Bacigalupo, ob. cit. p. 339); y viceversa, si suprimiendo el aporte, el hecho se hubiera realizado de igual manera, esa contribución no es imprescindible.

Este recurso de la supresión mental hipotética, según Gimbernat Ordeig, coloca al juez, en la mayoría de los casos, en una tarea insoluble (Gimbernat Ordeig, Enrique *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2007, p. 128). Por ello, entiende el autor español que “[c]ualquier solución viable tiene que prescindir de la cuestión de qué es lo que habría sucedido sin la actividad del sujeto” (Gimbernat Ordeig, ob. cit., p. 127/128). En su reemplazo, propone un



Ministerio Público Fiscal de la Nación

Fiscalía General N.º 2 ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de Córdoba

criterio de delimitación que ha encontrado bastante aceptación en la doctrina, que es la *teoría de los bienes escasos*.

Para resolver el inconveniente de cuando un aporte es necesario debemos recurrir, según Gimbernat, “al sentido de la imprescindibilidad de una condición del resultado en el lenguaje corriente”. Y es precisamente en éste donde se habla de aportes necesario de un resultado teniendo en cuenta el criterio de escasez del medio (Gimbernat Ordeig, ob. cit., p. 130). Ahora bien, para determinar si una cosa es escasa, es decir, si su aportación al delito es necesaria, debe efectuarse primero un juicio general y provisional (contexto amplio), por ejemplo un bolígrafo a utilizarse para una falsificación no es un bien escaso en general. Este juicio provisional se convierte en definitivo cuando el examen de los factores generales es completado por el de los particulares, entre los que se cuentan las circunstancias de tiempo y lugar. De este modo, el bolígrafo del que hablábamos puede resultar escaso en una pequeña población de la selva africana (Gimbernat Ordeig, ob. cit., p. 131).

Particularmente, en el caso bajo análisis, para simular un enfrentamiento entre los automóviles “legales” y los de los supuestos agresores, era necesario que alguien conduzca un auto que forme parte de la caravana. En este marco, el aporte de Ayala, en su calidad de integrante del Comando Radioeléctrico, era imprescindible para el personal de la D2. Y en los términos de la teoría expuesta, el aporte aparece claramente como un “bien escaso”.

Es que Ayala formaba parte de ese “determinado personal del Comando Radioeléctrico” que “colaboraba en numerosos procedimientos encabezados por el D2” y ello porque “existía cierto celo a la hora de inmiscuir a otros policías” en los operativos que llevaba a cabo el D2, “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’”.

A ello cabe agregar que en su legajo de servicio constan consideraciones y altas calificaciones de superiores por las tareas realizadas en la denominada lucha contra la “subversión”, a la vez que surge del mismo, que Ayala tenía vínculos con Jabour y Yanicelli, lo que llevó al tribunal a considerar “que ellos lo conocían y de tal modo sabían que era persona de su confianza para actuar, o



Ministerio Público Fiscal de la Nación

Fiscalía General N° 9 ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de Córdoba

para llevar a cabo diligencias que se encomendaran, aunque más no fuera la custodia de detenidos”.

No debe perderse de vista que, según se expresa en la sentencia, “el hecho juzgado no fue un enfrentamiento sino un fusilamiento de presos políticos” y que las “víctimas fueron retiradas de la unidad carcelaria, conforme el modus operandi habitual para la época de clandestinidad y bajo en concepto de ‘zona liberada’”.

De este modo resulta evidente que era necesario que el personal que interviniera en ese fusilamiento, asegurara la efectiva ejecución del mismo y mantuviera la “versión oficial” de un supuesto enfrentamiento armado.

Precisamente por ello se deja en claro en la sentencia que el ejército contribuyó a asegurar que el accionar se desarrollara sin una imprevista intromisión del personal de la comisaría novena (ver fs. 101/102 de la sentencia).

En este sentido, se destaca el testimonio de Adolfo Escobar, oficial superior de turno en la Seccional Novena de la Policía, quien “explica lo extraño de la conducta asumida al manifestar que tras dar inmediato aviso de los disparos a la Unidad Regional N° 1 de Córdoba, recibió allí la orden de reforzar la guardia de prevención, agregando que la orden genérica en esos casos era de permanecer en la seccional ya que en los mismos solo participaba el personal militar y el del D2, **por lo que nadie de la comisaría debía concurrir al lugar del hecho** (...). Que en la oportunidad intervinieron autoridades militares y que el personal de Informaciones tomó a su cargo las actuaciones sumariales posteriores, por lo que ninguna intervención le cupo al personal de la Seccional 9° en la investigación del suceso (ver .fs. 4267/8 de autos “ALSINA”, el remarcado me pertenece).

Concordantemente con dicho testimonio, el Subcomisario Benjamín Pedro Álvarez, encargado del área operativa de la seccional, relata que al concurrir al lugar del supuesto enfrentamiento no lo dejaron pasar pudiendo solo advertir la existencia de muchos autos y personas entre las cuales se encontraban autoridades militares, lo que corrobora que, a pesar de que el comunicado sugestivamente no lo menciona, el Ejército se encontraba al tanto del operativo y que su intervención o contribución en el mismo tuvo por finalidad impedir una imprevista intromisión del personal de la Comisaría Novena (ver sentencia de fecha 22/12/2010 en autos “Videla” del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba).



Ministerio Público Fiscal de la Nación

Fiscalía General N.º ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de Córdoba

De lo dicho se deduce claramente que no cualquier personal de seguridad podía ser convocado para realizar el “traslado” de los detenidos que serían fusilados. En esta medida cabe considerar el aporte de Ayala como una “bien escaso” y, por lo tanto, imprescindible.

Por último, debe tenerse presente que, entre el cúmulo de pruebas que el propio tribunal valora, se cita la declaración testimonial de Carlos Raimundo Moore, en cuanto indicó que ‘...seis prisioneros fueron conducidos desde la Penitenciaría hasta las cercanías de la cancha del club Belgrano por tres coches policiales “oficialmente matriculados y conducidos por personal profesional’, mencionando como ocupantes de los ‘...coches legales...’ a ‘...Yanicelli, Jabour, Romano, Flores y a otros ...**policías profesionales de guardia y choferes...**’(ver fs. 99 de la sentencia, el remarcado me pertenece)”. Y luego se vuelve a citar al testigo Moore, en cuanto refiere que “en los automóviles de traslado legales se conducían Yanicelli ‘Tucán Grande’, Yougour ‘Turco’ y el ‘Chato’ Flores, entre otros, **comprometidos al igual que la guardia y los choferes**” (ver fs. 102 de la sentencia, el remarcado me pertenece).

Por todo lo expuesto, entendemos que en la sentencia cuestionada se aplicó erróneamente la ley penal sustantiva, toda vez que el tribunal, a los fines de establecer el grado de participación de Ayala en los hechos acreditados, subsumió la conducta en la figura del cómplice secundario, cuando los elementos de prueba valorados en la sentencia permiten considerarlo como coautor (art. 45 del Código Penal), en tanto a partir de una decisión común de llevar a cabo los hechos, efectuó un aporte esencial en el tramo ejecutivo de los mismos.

Por ello, debe hacerse lugar al presente recurso de casación, resolviendo el caso conforme la ley y la doctrina que corresponde, debiéndose aplicar al imputado Juan Domingo Ayala la pena de prisión perpetua, tal como fuera solicitado por este Ministerio Público Fiscal.

V. RESERVA

En el caso de que no se conceda el presente recurso ante la Cámara Nacional de Casación Penal, hago reserva de quejarme ante la misma, y dejamos planteada la cuestión federal por estar comprometida en forma seria y directa la función constitucional asignada a este Ministerio Público Fiscal de la Nación en el art. 120 CN.



Ministerio Público Fiscal de la Nación

*Fiscalía General N.º ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de
Córdoba*

Por todo lo expuesto solicitamos:

1. Se tenga por presentado este recurso de casación en legal tiempo y forma.
2. Concédase el mismo ante la Cámara Nacional de Casación Penal.
3. Se tenga por constituido domicilio ante la alzada en el público despacho del señor Fiscal General que corresponda.
4. Proceda la Cámara Nacional de Casación Penal, previo legal trámite de casación, haciendo lugar al presente y en consecuencia case el auto interlocutorio, aplicando el derecho y/o la doctrina que corresponda.
5. Tenga por formuladas las reservas de Caso Federal (art. 14, Ley 48).

FISCALIA GENERAL, Córdoba, 13 de agosto de 2013.