



CONTESTA VISTA

Señores Jueces:

Pablo Parenti, Fiscal General (Res PGN 435/12 y Res. MP 1484/2014), en representación del Ministerio Público Fiscal en el **Incidente de excarcelación de Héctor Salvador Girbone** en el marco de la causa nro. **1817** del registro del Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 5, caratulada “**Girbone Salvador Norberto y Raquel Ali Ahmed s/supresión del estado civil y otros**”, me presento y digo:

Que vengo a contestar la vista que se corriera a esta parte para expedirse respecto de la nueva solicitud de la defensa de Héctor Salvador Girbone para que se le conceda la “excarcelación, en términos de libertad condicional”, por aplicación de la ley 24.390, que entiende aplicable al caso en virtud del principio de ley penal más benigna. La defensa alegó en esta oportunidad el recientemente dictado precedente de la CSJN del 3 de mayo del corriente en el expediente CSJ 1574/2014/RH1.

I) En primer lugar corresponde señalar que el fundamento de la defensa para reeditar un planteo ya realizado se apoya en el reciente fallo de la CSJN ya citado, pero de ninguna manera demuestra que esa decisión sea aplicable al presente caso. Como se expondrá a continuación, el caso por el cual se condenó a Girbone difiere en aspectos sustanciales respecto del caso que tuvo en cuenta la CSJN al fallar en el caso mencionado.

La diferencia sustancial radica en que los delitos atribuidos al acusado en el fallo de la Corte (Luis Muiña) cesaron mucho antes de la sanción y de la posterior derogación de la ley 24.390, mientras que Girbone continuó su actividad delictiva con posterioridad a la derogación de la ley 24.390 y, por lo tanto, cometió el hecho durante la vigencia del régimen legal actual.

II) En efecto, Luis Muiña fue condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 2 en la causa nro. 1696/1742 caratulada “Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otros s/ infracción artículos 144 bis inciso 1ero y último párrafo – ley 14.616-, 142 inc.1 y 5to. –ley 20.642 y 144 ter 1er párrafo –ley 14.616”, cuyos fundamentos se dieron a conocer el 3.2.2012 -luego del veredicto dictado en fecha 29.12.2011-, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de privación ilegal de la libertad cometido por funcionario público con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, agravado por el uso de violencia o amenazas, en concurso ideal con el delito de imposición de tormentos en relación con las condiciones de cautiverio impuestas, en concurso real con el delito de imposición de tormentos impuestos por un funcionario público al preso que guarde, reiterados en cinco (5) oportunidades en perjuicio de Gladis Evarista Cuervo (caso 34), Jacobo Chester (caso 35), Jorge Mario Roitman (caso 36), Jacqueline Romano (caso 37) y Marta Elena Graiff (caso 38), a la

pena de TRECE (13) AÑOS DE PRISIÓN, INHABILITACIÓN ABSOLUTA Y PERPETUA, accesorias legales y costas procesales (artículos 2, 12, 19, 29 inciso 3°, 40, 41, 45, 54, 55 y 144 bis inciso primero y último párrafo, en función del artículo 142 inciso 1° - texto según ley 20.642- y 144 ter primer párrafo –texto según ley 14.616-, todos ellos del Código Penal de la Nación y 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Los hechos que se le imputaron a Muiña en todos los casos abarcaron un periodo temporal breve y, su cese, se verificó mucho antes de concluida la dictadura militar y, por lo tanto, mucho antes de la sanción y posterior derogación de la ley 24.390. En efecto Gladis Evarista Cuervo, Jacobo Chester, Jorge Mario Roitman, Jacqueline Romano y Marta Elena Graiff fueron mantenidos en cautiverio en el centro clandestino de detención “El Chalet” y en el que funcionó en las instalaciones del propio Hospital Posadas. Los hechos que se le imputaron fueron cometidos entre el 25 de noviembre de 1976 al 11 de enero de 1977.

III) Sin perjuicio de las críticas y cuestionamientos que puedan formularse al fallo de la Corte, es importante destacar que, a los efectos del presente caso, basta con señalar que el problema jurídico planteado en ese fallo difiere sustancialmente del que se presenta en nuestro caso.

En efecto, en el caso “Muiña” lo que la CSJN debía resolver era un supuesto de *ley penal intermedia más benigna*. Se trata del supuesto regulado en el art. 2 del CP y que se presenta cuando entre el momento de comisión de delito y el momento de emitir sentencia, se produce una variación legal (más benigna) que luego es dejada sin efecto.

Se trata, entonces de supuestos donde *con posterioridad al cese del delito* se dicta una nueva ley (que se postula como más benigna) y luego se deroga, antes de la sentencia.

Para plantear la cuestión, sin necesidad de ingresar por ahora al análisis de la ley 24.390, podríamos poner un ejemplo simplemente para ilustrar la diferencia entre este caso y el caso Muiña.

Un caso análogo al de Muiña en este esquema hipotético sería el siguiente: una persona es condenada a la pena máxima de la escala prevista al momento de la comisión del hecho (p. ej. 20 años de prisión) por un delito que ya cesó. Con posterioridad, el legislador establece una nueva escala penal más benigna, cuyo máximo se establece en 10 años y, tiempo después, se dicta una nueva ley en la que se reestablece la escala original de 20 años de prisión como máximo.

En un supuesto así, es claro que la ley que rebajó la pena a 10 años de máximo es una ley posterior más benigna que favorece al condenado en este caso hipotético. Y decimos “posterior” porque la ley se dicta una vez que el hecho ya cesó. La nueva ley que tiempo después vuelve a restablecer la pena original de 20 años es una ley posterior más gravosa y por lo tanto no puede ser aplicada retroactivamente



(prohibición de retroactividad). Y, nuevamente, sería una aplicación retroactiva porque al momento de la sanción de esta última ley el hecho ya había cesado.

En casos como el del ejemplo nadie duda de que una ley intermedia más benigna favorece al autor del hecho¹. Pero ocurre que **el caso de Girbone es sustancialmente distinto**.

A diferencia del caso del ejemplo y a diferencia del caso Muiña fallado por la CSJN, el de Girbone no es un supuesto de ley intermedia (pretendidamente más benigna), sino un supuesto análogo al que el TOF ya trató con relación a la aplicabilidad de la ley 24.410.

En efecto, según los hechos tenidos por probados por el Tribunal, el delito por el que se condenó a Girbone fue cometido hasta el año 2012. Más precisamente, Girbone fue condenado por una conducta cuyo periodo de comisión se inició en 1978 – bajo un régimen que no establecía el “2 x1”– y perduró hasta 2012, es decir, más de 11 años después de la derogación de la ley 24.390.

De este modo, a diferencia de Muiña, Girbone sí cometió su hecho bajo un régimen jurídico que ya no contemplaba el cómputo privilegiado del 2x1. De este modo, Girbone mantuvo su hecho delictivo, por 11 años, bajo este régimen jurídico (el actual) y por lo tanto asumió y debe responder por las consecuencias que este régimen jurídico prevé.

Se trata, reitero, de una situación análoga a la de la ley 24.410 y que el Tribunal, con buenas razones, tuvo por aplicable.

IV) Es importante acá volver a insistir con esta diferencia entre los casos para interpretar correctamente la decisión de la Corte.

En este sentido, debe destacarse que, si bien ciertos pasajes del primer voto de la mayoría aluden al “delito permanente” (no así el voto del juez Rosatti), en primer lugar, no lo hacen para aludir a una situación como la que se presenta en este caso (donde la actividad delictiva continuó luego de la sanción de la ley 25.430); y, en segundo lugar, los párrafos se refieren a un supuesto inverso: el caso de que en un delito permanente se dicte una ley más benigna durante la comisión del hecho².

Esta referencia a los delitos permanentes en el primer voto de la mayoría no parece vincularse a los hechos del caso, dado que los hechos atribuidos a Muiña ya

¹ Aclaro que me refiero al caso del ejemplo (cambio de escala penal) y no a una ley tan particular como la 24.390, que plantea cuestiones adicionales.

² “De acuerdo con el tenor literal del art. 2° del Código Penal, como ya se dijo, es indisputable que la solución más benigna debe aplicarse a todos los delitos, inclusive los de carácter permanente, sin distinciones. A todo evento, la característica definitoria de los delitos permanentes es que ellos se cometen durante cada uno de los segmentos temporales del lapso que transcurre desde que el imputado comenzó a desplegar la conducta típica hasta que cesó de hacerlo. Dicha característica en modo alguno inhibe la posibilidad de que **durante el transcurso de la acción** –pero antes de pronunciarse el fallo– **se dicte una ley más benigna** y, con ello, se configuren las únicas condiciones a las que la norma referida supedita la aplicación de la ley más favorable” (consid. 14 del primer voto). Nadie duda de que en caso de una ley más benigna dictada durante la permanencia, el autor se beneficia. El caso de autos es el inverso.

habían cesado cuando operó tanto la sanción como la derogación de la ley 24.390. Si alguno de los delitos imputados a Muiña era permanente, como la privación de la libertad, su permanencia fue muy breve en el caso concreto (hasta 1977). Prueba de ello es que no fue condenado por la agravante consistente en que la privación de la libertad durare más de un mes.

Por eso estas referencias no deben llevar a engaño al momento de interpretar el fallo. A su vez, estas referencias al delito permanente fueron efectuadas (como *obiter dicta*) solamente por dos de los tres jueces que integraron la mayoría. Por lo tanto, aún si no hubieran sido efectuadas en carácter de *obiter* tampoco harían mayoría, pues serían 2 de los 5 jueces que integran la CSJN.

Si quedara alguna duda acerca de que el fallo de la CSJN no se pronuncia sobre un supuesto como el de autos, en el que la actividad delictiva perduró con posterioridad a la derogación de la ley 24.390, lo prueba el hecho de que uno de los dos jueces del primer voto ya se manifestó en el sentido que aquí se postula en el supuesto análogo de la ley 24.410.

En efecto, la jueza Highton de Nolasco ya sostuvo que casos como el presente se debe aplicar la ley dictada durante la permanencia del delito. Fue así que en caso “Gómez” (fallos 327:3274), cuyas circunstancias de hecho son análogas a las presentes, la jueza Highton de Nolasco (quien ahora conforma el voto de la mayoría en “Muiña”) adhirió a lo decidido por la mayoría en el caso “Jofré” y consideró aplicable la ley 24.410. Sostuvo esta jueza: *“Que a partir de lo dicho en el caso “Jofré” acerca de carácter permanente del delito de sustracción, retención y ocultación de un menor de 10 años y del plazo que debe tomarse a los fines de llevar a cabo el cómputo de la prescripción de la acción penal (12 años de acuerdo con lo prescripto por el art. 146 del CP- según versión de la ley 24.410- en función del art. 62, inciso 2º, del mismo ordenamiento legal), la acción penal no se encuentra prescripta a la luz de nuestra legislación penal sustantiva”* (ver consid. 8).

Esta es una razón más que ayuda a entender que el fallo “Muiña” de la CSJN no se refiere a supuestos como el de Girbone. Es claro que en un caso de verdadera permanencia delictiva (como el presente), la postura de Highton de Nolasco es que se aplica la ley dictada durante dicha permanencia delictiva: en los casos “Gómez” y “Jofré”, la ley 24.410 y, en nuestro caso, la ley 24.410 y la ley 25.430.

Para finalizar este punto, no puede dejar de señalarse que el juez Rosatti describe claramente cuál es la cuestión que debía tratar la Corte en el caso “Muiña” y, correctamente, sin hacer ninguna alusión a los delitos permanentes, en todo momento se refiere al tema de la *ley intermedia más benigna* (supuesto, como se dijo, esencialmente distinto del nuestro).

V) Las razones esgrimidas hasta aquí son suficientes para demostrar que el reciente fallo de la CSJN no tiene relevancia para nuestro caso dado que analiza un supuesto totalmente distinto, cuyas premisas y conclusiones necesariamente difieren.



De este modo, el fallo de la CSJN no modifica en nada el esquema que ya fue tenido en cuenta por esta parte y por el Tribunal al rechazar el anterior planteo de excarcelación.

Girbone cometió su hecho luego de la sanción de la ley 24.410 y por eso la escala penal aplicable es la que prevé esa ley. De modo análogo, Girbone cometió su hecho luego de la sanción de la ley 25.430 y, por lo tanto, esta ley resulta aplicable.

Una interpretación contraria no sólo resultaría incompatible con las normas locales, sino con la propia decisión del TOF que, en aplicación de dichas normas, consideró aplicable la ley 24.410 en el presente caso.

Por otra parte, una interpretación diferente para este caso (verdadero delito permanente) entraría en colisión con el alcance que la Corte Interamericana le otorga al principio de legalidad en estos supuestos; interpretación que, en verdad, coincide plenamente con lo sostenido por el TOF en sus sentencias.

En efecto, sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con relación al delito de desaparición forzada de personas, *“por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el derecho penal interno, si se mantiene la conducta delictiva, la nueva ley resulta aplicable”* sin infracción al principio de legalidad consagrado en el artículo 9º de la CADH (cfr. Corte IDH, “Tiu Tojín vs. Guatemala”, sent. de 26/11/2008, Serie C, nº 190, § 87).

Si bien ese caso no se refiere a una agravación de pena, sino a un supuesto en el que en un primer momento no había tipificación y un segundo momento en el que, mientras se realiza la conducta, se introduce la tipificación, la diferencia no es relevante, dado que en cualquier caso la nueva ley dictada durante la ejecución –que modifica el estatus jurídico de la conducta mientras se realiza- resulta aplicable.

Lo mismo sostuvo la Corte IDH en *“Gelman vs Uruguay”*³ al expresar que *“Tratándose de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolongó en el tiempo, la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente su aplicación retroactiva. En este mismo sentido se ha pronunciado tribunales de la más alta jerarquía de los Estados del continente americano al aplicar normas penales en casos relativos a hechos cuyo principio de ejecución comenzó antes de la entrada en vigencia del tipo penal respectivo.”*

En suma, por los motivos expuestos resulta aplicable al caso la ley 25.430.

VI) A todo evento, y para el improbable caso de que el Tribunal considere aplicable la ley 24.390 a un supuesto como el de autos, cabe realizar algunas consideraciones adicionales que impedirían la aplicación de la ley 24.390 al presente caso.

³ Sentencia del 24/11/2011, apartado 236.

Como puede verse de la lectura del fallo Muiña, la CSJN no tuvo que tratar un planteo de inconstitucionalidad de la ley 24.390 y, por lo tanto, no se expidió sobre este punto.

Sin embargo, si se entendiera que la ley abarca también a los delitos de lesa humanidad, sería una ley incompatible con las obligaciones internacionales del Estado en materia de persecución y sanción de graves violaciones de los Derechos Humanos y de crímenes de lesa humanidad.

La mayoría de la Corte en “Muiña” simplemente expresó que el legislador no había establecido al sancionar la ley 24.390 excepciones para delitos de lesa humanidad. Sin embargo, lo que debe analizarse aquí es si una ley que contemple una reducción de penas como la ley 24.390 soportaría un test de constitucionalidad en tanto se refiriera a delitos de lesa humanidad. Y la respuesta es: no.

No sería admisible una ley que redujera de tal modo las penas impuestas, dado que llevaría a incumplir las reglas internacionales que obligan a establecer “penas adecuadas” para los delitos de lesa humanidad.

La aplicación anacrónica de esta ley alteraría de tal modo la respuesta punitiva que se tuvo como justa y adecuada por los tribunales de justicia, que sería materialmente una conmutación de penas prohibida por el derecho internacional.

En este sentido, no puede dejar de mencionarse lo establecido por la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas de las Naciones Unidas* (receptada en nuestro ordenamiento por ley 26.298, sancionada el 14 de noviembre de 2007 y promulgada el 26 de noviembre de ese mismo año). En su art. 7, este tratado internacional establece expresamente que para esta clase de hechos los Estados deben asignar “*penas apropiadas, que tengan cuenta su extrema gravedad*”. De este modo la Argentina se encuentra comprometida internacionalmente a sancionar adecuadamente este tipo de hechos, que el propio derecho internacional define como “de extrema gravedad”.

Más aún, si se analiza la Convención mencionada, puede verse que establece como uno de los supuestos especialmente agravados la **desaparición forzada de menores de edad**. Es decir, que casos como el que estamos juzgando en este juicio son definidos como de los más graves dentro de una categoría que ya se considera como de “extrema gravedad”.

Por su parte la *Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas* (incorporada a nuestro ordenamiento mediante ley 24.556 en el año 1995 y conformante del bloque de constitucionalidad mediante ley 24.820) establecía ya en su art. 3 que deberán imponerse penas apropiadas que tengan en cuenta la gravedad extrema del delito de desaparición forzada de personas.

También la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos se ha referido a la obligación de que las penas en estos casos sean adecuadas a la gravedad de los hechos.



Si bien existen numerosos fallos al respecto, cabe citar el caso “*Masacre de la Rochela vs. Colombia*”⁴ en el que la Corte IDH remarcó:

*“Para que el Estado satisfaga el deber de garantizar adecuadamente diversos derechos protegidos en la Convención, entre ellos el derecho de acceso a la justicia y el conocimiento y acceso a la verdad, es necesario que cumpla su deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos. Para alcanzar ese fin el Estado debe observar el debido proceso y garantizar, entre otros, el principio de plazo razonable, el principio del contradictorio, el principio de proporcionalidad de la pena, los recursos efectivos y el cumplimiento de la sentencia.”*⁵

Puntualmente, en cuanto al principio de proporcionalidad de la pena la CorteIDH en el caso *Vargas Areco* afirmó que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos⁶.

Y asimismo, en el caso “*Masacre de La Rochela*” ya citado y que merece especial atención, la Corte IDH sostuvo, “*en cuanto al principio de favorabilidad de una ley anterior debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no se haga ilusoria la justicia penal. Todos los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles con la Convención*”.⁷

Es claro que la aplicación de la ley 24.390 a este caso y todos aquellos en los que los Tribunales ya han establecido penas adecuadas, vulneraría el mandato de mantener esas penas cuando se trate de crímenes de lesa humanidad, supuestos en los que el Estado está impedido de alterar la respuesta punitiva que fue establecida teniendo en miras su proporcionalidad con el injusto cometido.

Es por ello que si el Tribunal considerara aplicable al caso la ley 24.390 y, por lo tanto, entendiera que esa norma resulta aplicable a delitos de lesa humanidad, la ley –así interpretada– resultaría inconstitucional por violar las obligaciones internacionales del Estado en materia de persecución y sanción de graves violaciones de los Derechos Humanos y los delitos de lesa humanidad (arts. 75, inc. 22, y 118 CN, arts. 1, 2, 8 y 25 de la CADH).

Las noticias del Ministerio Público Fiscal

VII) Para el caso de que se rechazaran los planteos hasta aquí formulados y se entendiera que la ley 24.390 es aplicable y además no resulta inconstitucional, entiendo que de todos modos cabe rechazar la excarcelación toda vez que no hay constancias de que el acusado haya alcanzado los requisitos vinculados a la ejecución de

⁴ Sentencia del 11 de mayo de 2007, considerandos 190 a 196.

⁵ CorteIDH, caso “*Masacre de Rochela vs Colombia*”, considerando 193. Destacado se agrega.

⁶ CorteIDH *Caso Vargas Areco*, *supra* nota 8, párrafo 108.

⁷ CorteIDH caso *Rochela vs Colombia* ya citado.

la pena y a las exigencias del régimen penitenciario, necesarios para obtener la libertad condicional.

VIII) En suma, solicito, en primer lugar, que se rechace la aplicación del derogado artículo 7 de la ley 24.390, y en consecuencia, el pedido de excarcelación, toda vez que Héctor Salvador Girbone aún no ha cumplido los dos tercios de su condena –no firme- (art. 317, inciso 5 del CPPN).

En forma subsidiaria, y para el caso de que el Tribunal entienda que la ley 24.390 resulta aplicable al presente caso, se solicita la declaración de inconstitucionalidad del art. 7 de la ley 24.390 por ser incompatible con las obligaciones internacionales del Estado en materia de persecución y sanción de graves violaciones de los Derechos Humanos y los delitos de lesa humanidad (arts. 75, inc. 22, y 118 CN; arts. 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 7 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas de las Naciones Unidas y art. 3 de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas).

Finalmente, también se solicita, en forma subsidiaria, el rechazo de la excarcelación por no cumplirse las exigencias del art. 317, inc. 5, del CPPN en cuanto a la ejecución de la pena y a las exigencias del régimen penitenciario necesarios para obtener la libertad condicional.

Se hace expresa reserva del caso federal y de recurrir en casación y demás instancias que la ley prevé.

Buenos Aires, 5 de mayo de 2017.

FISCALES.*gob.ar*

Las noticias del Ministerio Público Fiscal