



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal

BREVES NOTAS

Excma Cámara:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, interinamente a cargo de la Fiscalía N° 1, en el Expte. N° **FSM 493/2008/TO1/4/1/CFC4** del registro de la Sala **II**, caratulados: **“RIVEROS, Santiago Omar”**, me presento ante ustedes y digo:

I.

Conforme lo autoriza la normativa vigente, vengo por este escrito a presentar breves notas en la oportunidad de la audiencia prevista en el art. 465 bis del C.P.P.N., señalada para el día 7 de junio del corriente a las 11 hs.

Llegan a esta instancia las presentes actuaciones en virtud del recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de Santiago Omar Riveros, contra la resolución del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°1 de San Martín que, el 6 de julio de 2016, rechazó la observación del cómputo de pena de Riveros, fundado en la no aplicación del cómputo privilegiado del artículo 7 de la ley 24.390.

II.

La defensa oficial de Riveros, el 6 de mayo del 2016, se opuso al cómputo de detención practicado respecto de su defendido por el cual la pena impuesta a Riveros vencerá el día 7 de marzo de 2032. La defensa se opuso porque entiende que no se aplicó el cómputo privilegiado del art. 7 de la ley 24.390.

El 6 de julio de 2016, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°1 de San Martín resolvió rechazar la observación del cómputo de pena formulada por la defensa de Riveros. Contra dicha sentencia, la defensa de Riveros interpuso recurso de casación.

La defensa se agravia porque entiende que, a partir de lo resuelto por el Tribunal, el cómputo aprobado fue realizado en violación del artículo 7 de la ley 24.390, lo previsto en los artículos 2 y 24 del Código

Penal y el artículo 16 de la Constitución Nacional. A su vez, considera que la resolución exhibe arbitrariedad en su fundamentación

III.

Corresponde comenzar señalando que además de los agravios expresados por el recurrente, debo tomar en cuenta que el 3º de mayo de 2017 la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió sobre el mismo asunto en la sentencia dictada en la causa “Bignone Reynaldo Benito Antonio y otro, s/recurso extraordinario” CSJ 1574/2014/RH1, donde entendió que resulta aplicable, por el principio de la ley penal más benigna, el hoy modificado artículo 7º de la Ley 24.390 que establecía que “*Transcurrido el plazo de dos años previsto en el artículo 1º, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión.*”.

Al respecto, observo que la Corte no consideró otros argumentos pertinentes para resolver el caso de una manera distinta. Ello autoriza a apartarse de su doctrina y a trazar una línea de razonamientos diferente. Es que si bien los magistrados deben conformar sus decisiones en base a las sentencias de la Corte en casos similares, “*esa doctrina no ha importado privar a los magistrados de la facultad de apreciar con criterio propio las resoluciones del Tribunal y apartarse de ellas cuando mediaban motivos valederos para hacerlo, siempre que tal apartamiento hubiera sido debidamente fundado en razones novedosas y variadas (Fallos: 262:101; 302:748; 304:898 y 1459; 307:2124; 312:2007; 321:3201, entre otros)*” (Fallos: 323:555).

IV.

En primer lugar, porque aplicar este beneficio a aquellas personas que han sido condenadas por delitos de lesa humanidad y que nunca estuvieron en prisión preventiva durante su vigencia, pone en juego la responsabilidad internacional de la República Argentina frente a la comunidad internacional (CSJN Fallos: 317:1690; 328:2056; 330: 3248; causa S.C., G 21 L. XLVI “Guil, Joaquín s/ causa N° 10.456” del 29/03/10; causa “Piñeiro”, P. 448. XLV, del 19/05/10; S.C., J. 35, L. XLV, “Jabour, Yamil s/recurso de casación”; S.C., V. 261, L. XLV “Vigo, Alberto Gabriel s/causa N° 10919, del 31/08/09, entre otras) porque significa una conmutación de penas, prohibida para estos casos. Veamos.

Debo advertir que no es óbice para continuar aplicando la jurisprudencia de la Corte Interamericana la doctrina de la Corte Suprema



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal

que emerge del fallo “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina” (CSJ 368/1998 (34-M)/CS1. Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, del 14 de febrero de 2017). Allí la Corte sólo sostuvo que no era de posible cumplimiento de un fallo de la Corte Interamericana dictado en el mismo caso y por el cual se pretendía se dispusiese la revocación de la sentencia de la Corte Suprema oportunamente dictada por ella.

En ningún momento la Corte nacional dijo que no era mandatorio seguir adelante con la jurisprudencia dictada por la Corte Interamericana. Solo trató un problema de implementación de las sentencias de la Corte en el caso concreto ante la ausencia de ley que lo reglamentase, y no de una posición refundante del derecho penal internacional de los derechos humanos.

Todo esto, más allá de señalar que bajo esa sentencia de la Corte puede intuirse la posición denominada ‘dualismo’ respecto de la relación entre ordenamiento jurídico local y el internacional, la cual ha sido abandonada expresamente por nuestro país a partir de la Constitución de 1994, que adoptó la tesis ‘monista’, por la cual las disposiciones de aquella jerarquía integran el derecho argentino, en las condiciones de su vigencia (art. 75 inc. 22 C.N.).

Bien, tanto es así que la Corte Suprema, al decidir sobre la aplicación del beneficio del arresto domiciliario a una persona condenada por delitos de lesa humanidad, sostuvo que “*...corresponde en primer lugar recordar que esta Corte estableció que existe un doble orden de razones convencionales y constitucionales por las que el Estado argentino tiene el imperativo impostergable de investigar y sancionar las gravísimas violaciones masivas a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura militar que configurar delitos de lesa humanidad y que, a tal efecto, no solo no se pueden oponer normas internas que obstaculicen el enjuiciamiento y eventual castigo de los responsables sino que además está vedada la adopción de cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad de reproche (Fallos: 328:2056; 330:3248, entre otros)”* (CSJN Cn° CFP 14216/2003/TO1/6/1/CS1 “Alespeiti, Felipe Jorge s/ incidente de recurso extraordinario”, resuelta el 18 de abril de 2017, considerando 6).

El *quid* de la cuestión no radica en sostener que no se le puede imponer una pena baja al condenado por esta clase de hechos. No es eso lo que expresa el mandato de que deben aplicarse penas y que ellas deben ser proporcionales al delito cometido. Y no podría serlo porque el de proporcionalidad no es un principio de precisión quirúrgica, como no lo es nada relativo a la individualización de las penas por la culpabilidad por el hecho. El problema es que una vez aplicada una determinada pena que se consideró proporcional al hecho cometido y a la culpabilidad del agente, está vedado dictar amnistías (borrar el delito cometido), perdonar (indultar) o rebajarlas (comutar).

Es por esa razón que aplicar en estos casos el cómputo privilegiado establecido *ex post facto* en el artículo 7º de la Ley 24.390, implicaría una clara violación de la responsabilidad asumida por el Estado argentino, porque esta obligación no se agota simplemente en el deber de investigar y condenar a los autores de los hechos más aberrantes en la historia de nuestro país, sino que para garantizar los derechos de las víctimas y de la sociedad toda, es necesario que se cumplan las penas oportunamente impuestas.

En esta dirección, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que “*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.*” (CorteIDH, “Masacre de la Rochela vs Colombia”, resuelta el 11 de mayo de 2007, considerando 193).

Como resaltó el Procurador General, “*el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, en diversos tratados y documentos prescriben la obligación por parte de toda la comunidad internacional de 'perseguir', 'investigar' y 'sancionar adecuadamente a los responsables' de cometer delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos*”, y esa obligación resulta de aplicación perentoria en la jurisdicción argentina (considerandos 10 Y 11 a 27, respectivamente, del



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal

voto de la mayoría en "Mazzeo" [Fallos: 330:32481; la bastardilla no está en el original]." (Dictamen del Procurador General de la Nación en "Comes César Miguel s/ recurso extraordinario", C 902, L. XLVIII, 6/9/12).

No cabe duda que conceder el beneficio del artículo 7 de la Ley 24.390, en tanto modifica la sanción impuesta, implicaría una conmutación de la pena ex post facto, lo cual se encuentra prohibido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en tanto viola el principio de proporcionalidad de la pena. Es que "*En atención a la regla de proporcionalidad, los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas y su ejecución no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado.*" (CorteIDH, "Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia", resuelta el 26 de mayo de 2010, considerando 150).

Ahora bien, la decisión mayoritaria en el fallo "Bignone", no analizó esta situación y sólo se concentró en observar si la redacción original de la ley 24.390 era o no una ley más benigna aplicable al caso. No obstante, la prohibición de conmutar la pena en los casos de lesa humanidad y la afectación del principio de proporcionalidad de la respuesta punitiva sí fue analizada por las disidencias, sin que medie refutación alguna en el voto mayoritario lo que, como se adelantó, amerita su apartamiento fundado. En este sentido, los jueces Lorenzetti y Maqueda sostuvieron que:

"Resulta indiscutible que la prohibición de sancionar en forma inadecuada a los delitos de lesa humanidad constituye fundamento objetivo y suficiente para rechazar la aplicación extensiva de una norma vinculada al cómputo de pena que no solo no resulta formalmente aplicable al recurrente sino que, además, traería como resultado que merced a un mero cálculo aritmético, se redujera en forma automática sustancialmente la pena de prisión que le fuera impuesta.

La pretensión del recurrente aparejaría, entonces, la desnaturalización de la sanción que le fuera oportunamente fijada como "adecuada" luego de una valoración particularizada de la gravedad de los delitos por los que se lo condenara así como de su grado de culpabilidad"

(considerando 19 de la disidencia del juez Lorenzetti y 12 de la disidencia del juez Maqueda en el citado caso “Bignone”).

V.

La segunda cuestión se refiere a particularidades del principio de la ley penal más benigna que no han sido debidamente atendidas en toda su extensión y profundidad (arts. 9 C.A.D.H y 2º y 3º C.Penal).

El principio de ley penal más benigna se refiere a un caso de sucesión de leyes en el tiempo que rigen la misma situación fáctica. Por ejemplo, una determinada conducta que en un primer momento era delito y luego dejó de serlo, y posteriormente volvió a ser un delito con una pena menor o mayor, pero siempre en referencia a la misma conducta. Una ley sustituye a la anterior, pero para hablar de ley más benigna o más gravosa, ambas deben referirse a la misma situación fáctica. Una acción o una omisión, un hecho, etcétera. Esa situación fáctica no cambia, ya ocurrió, y es la que se juzga. Lo que cambian son las leyes. Y mediante el método comparativo deberá decidirse si ese mismo hecho está comprendido (proceso de subsunción) por todas las leyes sucesivas en juego, para luego escoger la más benigna aunque estuviese derogada (ultraactividad) o fuere nueva ex post facto (retroactividad). En la forma en que se enuncia el principio, lo determinante es la palabra “ley”, no los términos “más benigna”.

A riesgo de resultar reiterativo, remarco que es decisivo decidir cuál es el acontecimiento al que se refiere y atrapa la ley. En el caso de la primera versión de la ley 24.390 ese acontecimiento es de naturaleza procesal: la prisión preventiva de imputado durante el proceso penal en su contra. La propia ley lo dice: el artículo 8 establecía la modificación del artículo 24 del Código Penal “*para los casos comprendidos en esta ley*”, que son los mencionados en el art. 7º, estos eran, las personas que hubiesen estado en prisión preventiva más de dos años. Si hubiese estado excarcelado, o en prisión preventiva menos de dos años, no los atrapaba.

Cuando se da una situación semejante entonces, corresponderá diferenciar el momento de comisión de los hechos, el del comienzo de la persecución penal, cuándo fue detenido el imputado/condenado, y los tiempos de vigencia del mencionado art. 7º ley 24.390 en su versión original.



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal

VI.

Como se viene observando si el aquí imputado/condenado nunca estuvo inmerso en la situación fáctica a la que refiere la ley cuya aplicación ultraactiva se pretende, entiendo que no corresponde aplicarla al caso y ni siquiera es aplicable el principio del artículo 3 del Código Penal que, para los casos de prisión preventiva, permite componer partes de distintas leyes –lo cual no puede hacerse en la generalidad de los casos (“Revello” Fallos: 329:5323) –.

Los hechos se sucedieron durante los años 1976 y 1983 en la última dictadura cívico-militar. El imputado fue detenido el 7 de marzo de 2007 y permanece ininterrumpidamente en esa condición. El 12 de agosto de 2009 el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°1 de San Martín condenó al ex Jefe de Institutos Militares de Campo de Mayo, Santiago Omar Riveros, a la pena de prisión perpetua por el secuestro y tortura de Iris Pereyra, y el asesinato de Floreal Avellaneda, cuyo cadáver apareció en las costas uruguayas un mes después, con signos de haber sido empalado. Los magistrados dieron por probado que tanto Floreal Avellaneda como su madre, Iris Pereyra, fueron llevados por un grupo de tareas a la comisaría de Villa Martelli y luego trasladados al centro clandestino de detención que funcionó en Campo de Mayo.

Así las cosas, los hechos por los que fuera condenado Riveros fueron cometidos con anterioridad (se trata aquí de delitos cuya consumación había cesado) a la entrada en vigencia de la ley 24.390 (B.O. 22/11/1994) y cuando fue detenido, ya no regían los beneficios del 2 x 1 de la ley 24.390, porque su artículo 7º había sido derogado por la ley 25.430, que comenzó a regir el 01/06/2001.

A ello se suma un argumento adicional, consistente en que mientras estuvo vigente la ley 24.390 en su redacción original, no hubo proceso penal alguno contra Riveros ni él se encontraba privado de su libertad.

VII.

Si estos argumentos de derecho positivo no bastaran, cabe señalar que la Corte al decidir el caso no se hizo cargo del propósito

del legislador al sancionar la ley, que fue la de paliar una situación de emergencia carcelaria suscitada a raíz de la superpoblación y el hacinamiento en las prisiones, y adecuarse a lo establecido en el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (que se refiere a la libertad ambulatoria durante los procesos y no a la reacción penal ni a la individualización de la pena).

De los antecedentes y del debate parlamentario de la ley, surge la preocupación por la gran cantidad de personas detenidas a la espera de una sentencia, situación de emergencia que procuraron revertir mediante su dictado.

Por ello, basta con ver el texto original de la Ley 24.390 para observar que el cómputo privilegiado pretendía solucionar una situación particular en un momento determinado. Nuevamente recurro al olvidado artículo 8º de la ley que estatúía la modificación del artículo 24 del Código Penal “*para los casos comprendidos en esta ley*”. Lo interesante de esta oración es su excepcionalidad, porque en general ninguna ley dice de sí misma a qué casos se aplica porque ello surge (o debería surgir) de su texto. Lo hace cuando se ve en la necesidad de hacer expresa referencia a la situación fáctica a la cual se deberá aplicar, para dejar bien en claro que se excluyen todas las demás. Y ello está confirmado por el estudio de las circunstancias en que la Ley 24.390 fuera sancionada, en tanto constituyó “*una medida coyuntural de política criminal*” (p.ej. así lo remarcó el juez David en su voto en el Plenario N° 3 de la CFCP, “Molina”), por lo que la interpretación amplia y la aplicación extensiva que realizó el Máximo Tribunal, no sólo no se compadece con su texto y sentido, sino tampoco con la intención del legislador.

VIII.

Como fuera analizado, durante la vigencia de esa ley de emergencia penitenciaria, el nombrado no fue perseguido penalmente ni cumplió prisión preventiva, por lo que no hubo pretensión punitiva estatal contra él y tantos otros por la impunidad que gozaban aquellos que resultaron beneficiados por las leyes de “Obediencia Debida” y “Punto Final” e indultos. Este hecho no resulta un dato menor. Al no existir posibilidad de persecución penal, el cómputo privilegiado no hubiese podido aplicarse. Si estas personas no podían ser sometidas a un proceso penal por los hechos cometidos, tampoco resulta lógico que opere el beneficio del



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal

cómputo excepcional. Es que, independientemente de las consideraciones relacionadas con el fin perseguido por la ley 24.390, si la situación de una persona no estaba regida por una ley penal, tampoco puede estar sujeta a los beneficios que esa misma ley establece.

Por este motivo, tampoco existe oportunidad alguna de que el legislador, al sancionar la ley 24.390, se haya representado la posibilidad de que este cómputo privilegiado aplique en beneficio de aquellas personas procesadas por delitos de lesa humanidad.

Cabe destacar que aquí no se aplica la doctrina del fallo “Arce” de la Corte Suprema (Fallos: 331:472), ya que Arce había sufrido prisión preventiva estando vigente la ley 24.390 en su redacción originaria.

Esta diferencia fue remarcada por la Sala IV de esa Cámara Federal de Casación Penal al fallar en la causa n° 14.925 caratulada “Simón, Julio Héctor s/ recurso de casación” (registro 181/12, resuelta el 29/02/12) para oponerse a la aplicación de la doctrina sentada en “Arce” pretendida por la defensa. Allí se sostuvo que “...*el hecho que se le imputaba a Arce había sido cometido durante la vigencia de la ley 24.390... y esta circunstancia fue particularmente tenida en cuenta por el tribunal a los efectos de tomar su decisión... Ello, pues, según el razonamiento del máximo tribunal, el principio de legalidad en su faceta de ‘ley previa’ exige la aplicación de la ley vigente al momento del hecho (para resguardar la posibilidad del acusado de motivarse en la ley). Ello no sucede en el caso en estudio, pues el objeto procesal está compuesto por hechos ocurridos entre los años 1976 y 1978 durante la última dictadura...*” (cfr. voto del Dr. Hornos).

Al respecto, el juez Gemignani advirtió que “...*la pretendida aplicación de una ley que no estuvo vigente al momento de los hechos objeto de las presentes actuaciones ni al darse comienzo su investigación, cuyo fundamento axiológico fue la de establecer el conocido cómputo del ‘2x1’ a fin de contrarrestar la extensa y gravemente coercitiva medida cautelar dispuesta contra imputados, aún no condenados, implicaría contravenir la obligación internacional que tiene nuestro Estado... pues se estaría doblemente favoreciendo a quienes se han beneficiado con más de treinta años de impunidad’.*”

IX.

Por último, es importante atender las circunstancias actuales. El día 12 de mayo del corriente se publicó en el Boletín Oficial la Ley 27.362. Esta establece que: *Artículo 1º — De conformidad con lo previsto en la ley 27.156, el artículo 7º de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— no es aplicable a conductas delictivas que encuadren en la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el derecho interno o internacional; Art. 2º — El cómputo de las penas establecido en su oportunidad por el artículo 7º de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— será aplicable solamente a aquellos casos en los que el condenado hubiere estado privado de su libertad en forma preventiva durante el período comprendido entre la entrada en vigencia y la derogación de aquella ley; Art. 3º — Lo dispuesto por los artículos anteriores es la interpretación auténtica del artículo 7º de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— y será aplicable aún a las causas en trámite.*

Cabe decir que se trata de una ley interpretativa posterior, que debió dictar el legislador ante la inteligencia estrictamente literal e irrealista que realizó la mayoría de la Corte, que puso en riesgo el compromiso internacional del país en materia de investigar y sancionar los delitos de lesa humanidad ocurridos en la última dictadura militar que ahora el legislador intente salvaguardar. Porque en definitiva, “*La regla que impone la inteligencia estricta de las normas penales no excluye al sentido común en el entendimiento de los textos de dichas normas, a fin de evitar un resultado absurdo que no pueda presumirse querido por el legislador*” (Fallos 320:2649). Porque “*La hermenéutica de las normas constitucionales y legales no puede ser realizada por el intérprete en un estado de indiferencia respecto del resultado*” (Fallos 324:2153).

No se trata de una ley posterior más gravosa, sino de la positivización de un principio que ya estaba vigente y contenido en la ley 24.390 original. De modo que, no existe a su respecto violación al principio de legalidad (art. 18 CN).

Lo expuesto me convence de que la morigeración de la pena, mediante una suerte de conmutación de la sanción impuesta a un condenado por delitos de lesa humanidad, por la aplicación de una ley que nunca estuvo vigente, ni al momento de cometerse el delito, ni de articularse el proceso, resulta una medida que transforma en inadecuada la sanción,



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

cuyo resultado, por respeto a las víctimas de la última dictadura cívico militar, no nos puede permitir indiferencia.

X.

Por todo ello, entiendo que los señores jueces deberán rechazar el recurso interpuesto por la defensa y apartarse del reciente precedente resuelto por el máximo Tribunal.

Fiscalía N° 1, 7 de junio 2017