



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL

INTERPONE RECURSO DE CASACIÓN.-

EXCMO TRIBUNAL:

Laura Mazzaferri, Fiscal federal y María Eugenia Montero, Fiscal Ad hoc interviniendo en autos FMP 33013793/2007/TO1/158/2 caratulada: "Imputado Otero, Fernando s/ Actuaciones complementarias", a VV.EE. respetuosamente nos presentamos y decimos:

I.- Objeto:

Que en legal tiempo y forma venimos a interponer recurso de casación, en los términos y con los alcances contemplados en los arts. 457 y 463 del C.P.P.N., contra la resolución dictada por los Sres. Jueces Subrogantes del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata en fecha 02 de noviembre de 2018, notificada a esta parte el 05 del mismo mes y año mediante cédula electrónica 180000022673181, por la cual, en lo que a esta parte agravia, se resolvió **unificar la sentencia condenatoria a prisión perpetua** dictada en esta causa nro. 33013793 respecto de Fernando Alberto Otero (condena no firme) con la dictada por el Juzgado Federal de San Juan en la causa 4622 "Fiscal c/Otero Fernando Alberto – Delfor, Abraham Ocampo y otros s/homicidio" el 26/02/82, que impuso la pena de reclusión perpetua (la cual se encuentra firme); y como producto de la unificación, imponer la **pena única de reclusión perpetua**, accesoria legales y costas; y fijar el límite temporal de la pena en treinta y siete años y seis meses de prisión.

II.- Procedencia:

La impugnación que por esta vía se deduce resulta formalmente procedente (CP. 438). Es presentada ante el mismo tribunal que la dictó, por escrito con firmas de letradas, y dentro del término de diez días hábiles de notificada (CP. 463).

El Ministerio Público se encuentra legitimado para interponer este recurso en consonancia con las disposiciones de la ley.

La sentencia recurrida es equiparable a definitiva, pues ocasiona un perjuicio de imposible reparación ulterior. De adquirir firmeza

implicaría una notoria reducción de la pena oportunamente impuesta a Otero por el mismo Tribunal por crímenes contra la humanidad, traduciéndose en una verdadera conmutación, incompatible con la obligación asumida por el Estado Argentino para investigar y, en su caso, sancionar ese tipo de delitos en forma proporcional a su gravedad, garantizando una reparación integral a las víctimas. De esta manera se vería frustrada la función de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad que esta parte está llamada a cumplir y se comprometería la responsabilidad internacional del Estado (CPPN 457).

En tal sentido el máximo tribunal federal ha indicado que:

"Si bien el art. 457 del Código Procesal Penal de la Nación, hace referencia al concepto de sentencia definitiva, el art. 14 de la ley 48 y el art. 6 de la ley 4055, contienen idéntica redacción; sin perjuicio de lo cual esta Corte desde hace ya varias décadas ha establecido el concepto de sentencia equiparable a definitiva para aquellos pronunciamientos que si bien no ponen fin al pleito, pueden generar un perjuicio de imposible o tardía reparación ulterior, y por lo tanto requieren tutela judicial inmediata. Corresponde entonces afirmar que el concepto de sentencia equiparable a definitiva para el recurso extraordinario no difiere del establecido para el recurso de casación, tomando en cuenta el carácter de tribunal intermedio de la cámara homónima, siempre que se invoque en los planteos recursivos una cuestión federal o la arbitrariedad del pronunciamiento conforme la doctrina de esta Corte. Cualquier otra interpretación del art. 457 del Código Procesal Penal, conlleva un excesivo formalismo del que podría resultar un serio menoscabo de los derechos constitucionales en que se funda el recurso" (C.S.J.N., D.199.XXXIX. "Di Nunzio, Beatriz Herminia s/ excarcelación", causa N° 107.572, sentencia del 3 de mayo de 2005; sentencia publicada en la edición del E.D. del 15/06/05).

Cabe recordar que nuestro más alto tribunal de justicia ha establecido que el debido proceso rige tanto para la parte acusadora como para el acusado (Fallos 297:491; 299:17; 303:1349).

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuyos fallos resultan guía de interpretación normativa para nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, estableció en el antecedente "Herrera Ulloa"



GOBIERNO FEDERAL
FISCAL
LA ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS

del 27 de julio de 2004 que el juez o tribunal superior encargado de resolver el recurso interpuesto contra la sentencia penal en causa de graves violaciones a los derechos humanos, tiene el deber especial de protección de las garantías judiciales y el debido proceso a todas las partes que intervienen en el proceso penal de conformidad con los principios que lo rigen.

Adicionalmente a lo expuesto, la posibilidad de recurrir en la dirección expuesta más arriba está dada también por la naturaleza de los hechos juzgados y sancionados en la causa principal.-

En ese sentido ya se ha dicho que: *"...En casos como el sub examine, en los que se imputan al acusado numerosos delitos calificados como de "lesa humanidad", "se encuentra comprometida la responsabilidad internacional del Estado argentino, que debe garantizar el juzgamiento de todos los hechos de esas características, de acuerdo con el derecho internacional vinculante para nuestro país (Fallos: 328:2056; 330:3248)".*

La Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal ya se ha expedido al respecto diciendo que: *"... el recurso intentado es formalmente admisible, debido a la existencia de cuestión federal suficiente. Ello, sumado a la categorización de este tribunal como órgano judicial "intermedio" para agregar que en la especie "se encuentran presentes aquellas circunstancias que dieron lugar a la emanación de la doctrina judicial de "gravedad institucional" de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación. Ello es así ya que la presente causa podría acarrear responsabilidad internacional del Estado Argentino, quien debe garantizar el efectivo cumplimiento de la pena impuesta a las personas penalmente responsables de las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en nuestro país durante la última dictadura. Por ende, la presente podría acarrear repercusiones relevantes y directas sobre la comunidad toda..."* (CNCP, Resolución de fecha 28/12/2011, en causa N° 13996 –Sala IV- "Pertusio, Roberto Luis s/ recurso de queja", registrada N° 16134.4 y Falcke, Julio César s/ recurso de queja c. 15.108 reg. 232/12 rta. el 7/3/2012).-

III. Motivos del recurso:

Las causales en las cuales se basa la presente impugnación son: a) La errónea aplicación de la ley sustantiva al disponerse la

unificación de condenas y la consecuente imposición de la pena única de la manera en que se lo hizo, aplicando las disposiciones del art. 58 del código penal en detrimento de las obligaciones asumidas por el Estado en materia de investigación, juzgamiento y sanción de crímenes contra la humanidad (art 456, inc 1ro del (C.P.P.N). Es que, la unificación de condenas dispuesta y la interpretación que en base a ella pueda efectuarse respecto de los plazos de la pena única impuesta que se entiendan cumplidos, redundaría en una reducción de pena que violaría la obligación internacional del Estado Argentino de sancionar los delitos de lesa humanidad con penas adecuadas y proporcionales a la gravedad de los mismos y de proveer una reparación integral a las víctimas de esos sucesos; **b)** la inobservancia de las normas de procedimiento establecidas bajo pena de nulidad absoluta (art. 456, inc. 2do. del C.P.P.N), al haberse dictado la resolución atacada en violación a lo establecido en el art. 123 del código de rito. Nos encontramos ante una sentencia arbitraria debido a que sólo ha sido aparentemente fundamentada y que no ha oído cuestiones sustanciales introducidas por esta parte, en orden a lo que se habrá de explicar más adelante.

El artículo 456, inc. 1ro., referido al error "in iudicando", permite someter a decisión del Superior el efectivo cumplimiento del derecho objetivo por parte del *a quo*, en la resolución cuestionada.-

A su turno y en relación a la segunda causal de casación, destacamos que el artículo 456, inc. 2do., referido al error "in procedendo", permite la verificación de que el Tribunal haya llegado a la sentencia o resolución recurrida de la manera correcta, es decir, de acuerdo a las normas formales vigentes.-

La interposición del recurso persigue la obtención de tutela jurisdiccional, en función del control de logicidad asignado a la Cámara Federal de Casación Penal, procurándose así evitar que bajo la apariencia de una fundamentación sólo formalmente cumplida pasen en autoridad de cosa juzgada "fallos inmotivados y aún arbitrarios, cuyos verdaderos fundamentos, más allá de las palabras documentadas, residirían sólo en la conciencia de los jueces" (De la Rúa, Fernando, "El Recurso de Casación", Ed Zavallia, Bs. As., pág 968, cit. por D'albora, Francisco, "Código procesal Penal de la Nación",



TRIBUNAL FEDERAL
CRIMINAL

comentado, Ed Abeledo Perrot, Bs.As. 1996, pág. 603). Y ello es lo que, en nuestro entender, ha ocurrido en el caso de autos.

La sentencia luce defectos de fundamentación y motivación que la descalifican como acto jurisdiccional válido, constituyendo un típico caso de la doctrina de la sentencia arbitraria (arts. 123, 404 inc. 2° y 456 inc. 2° del CPPN; 1 CSJN, Fallos 310: 799, 927 y 1707; 207:72; 314:346).

No se trata de una mera discrepancia con la ponderación de extremos de hecho y prueba, sino del señalamiento de una indebida aplicación del derecho, lo que ha generado un fallo arbitrario, en tanto las conclusiones se alejan notoriamente de la normativa aplicable al caso. Cabe recordar que es requisito de validez de las sentencias judiciales que sean derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa, lo que no sucede en autos (CSJN, "Fernández del Río, José A. c. Gobierno Nacional", ED 71, 305; CSJN, "Villarreal, Miriam", JA 2003-IV, 795, entre muchos otros).

IV.- Antecedentes:

Con el fin de dar adecuado cumplimiento al requisito de autosuficiencia del recurso, corresponde efectuar a continuación una reseña de los hechos más relevantes de la incidencia y de los argumentos invocados por el Tribunal en sustento de la decisión que se ataca.-

En ese sentido, destacamos que por sentencia de fecha 20 de diciembre de 2016 el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, en autos FMP 33013793/2007/TO1 en lo que aquí interesa, resolvió:

"1.- DECLARAR que los hechos juzgados constituyeron **DELITOS DE LESA HUMANIDAD**, rechazando en consecuencia la excepción de falta de acción por prescripción formulada por las defensas". Y: **" 6.- CONDENAR a FERNANDO ALBERTO OTERO**, filiado en el exordio, por considerarlo **COAUTOR penalmente responsable de HOMICIDIO CALIFICADO POR EL CONCURSO PREMEDITADO DE DOS O MÁS PERSONAS** y de los cuales resultaran víctimas Enrique Elizagaray, Guillermo Enrique Videla, Jorge Enrique Videla, Jorge Lisandro Videla y Bernardo Alberto Goldemberg; Daniel Gasparri y Jorge Stoppani y **PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE**

LA LIBERTAD AGRAVADA POR MEDIAR VIOLENCIA Y HOMICIDIO CALIFICADO POR EL CONCURSO PREMEDITADO DE DOS O MÁS PERSONAS cometidos en perjuicio de María del Carmen Maggi (hechos que concurren materialmente entre sí) a la pena de **PRISIÓN PERPETUA, CON ACCESORIAS LEGALES y COSTAS** (Arts. 2, 5, 12, 19, 29 inc. 3º, 45, 55, 80 inc. 6º y 142 inc. 1º del C.P., texto según Ley 20.642; 398, 403, 530, 531 y cc. del C.P.P.N.)”.

Posteriormente, se presentó la Dra. María Isabel Labattaglia, Defensora Pública Coadyuvante, quien en representación de Fernando Alberto Otero solicitó la unificación de la condena recaída con la oportunamente dictada por la Justicia Federal de San Juan, con fecha 26 de febrero de 1982, en el Expte 4622, caratulado: “Fiscal c/ Otero Fernando, Delfor Abraham Campos y otros s/ homicidio en perjuicio de Pablo Rojas” que sentenció a su defendido a la pena de reclusión perpetua, por un hecho ocurrido el día 3 de noviembre de 1975. Sostuvo que, de procederse según lo requerido, su defendido estaría en condiciones de acceder a la libertad condicional teniendo en cuenta el tiempo de cumplimiento de esta última pena, más la duración del encierro preventivo de Otero devengada en la presente causa hasta el momento de la presentación (fijado por el Tribunal en cuatro años, un mes y cuatro días, al 22 de diciembre de 2016).-

Cabe señalar que el Tribunal oportunamente dispuso tratar la cuestión atinente a la unificación de condenas separada de aquella vinculada con la libertad, disponiendo la formación del incidente nro. 33013793/2007/TO1/158/2, caratulado “Imputado Otero, Fernando s/ Actuaciones Complementarias”, en relación con el primer asunto, que es el que aquí nos ocupa.

En ese marco y en distintos dictámenes, este Ministerio Público se opuso a la unificación pretendida, en tanto la condena dictada en el marco del presente proceso no se encontraba firme; la pena dictada en la causa 4622, “Rojas” se encontraba agotada y que, además, tampoco resultaría aplicable el instituto pretendido pues “...Resultaría irrisorio que una persona que nunca cumplió un solo día de pena por los aberrantes crímenes por los cuales fue condenado a prisión perpetua antes de ayer requiera hoy su libertad en base



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL

a un tecnicismo legal que no tiene, por otra parte, ningún tipo de apoyatura normativa ni fáctica. Parece una burla a la acción de la justicia sostener el cumplimiento de una pena que ni siquiera comenzó a cumplir” (cfr. dictámenes de esta parte de fechas 22/12/2016, 17/11/2017 y 16/10/2018).

A fs.111/112 el Tribunal resolvió rechazar el pedido de unificación de condenas por considerar ausente el requisito esencial de que ambas sentencias condenatorias hayan adquirido autoridad de cosa juzgada.

En orden al recurso de casación interpuesto por la defensa, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, por medio de la resolución del 29 de junio de este año (reg. 820/18, c/n° 33013793/2007/TO1/158/2/CFC29), dispuso hacer lugar a ese remedio, anular la decisión del Tribunal Oral Federal de esta ciudad y remitir las actuaciones a fin de que “...con la celeridad y resguardos que el caso impone, se dicte un nuevo pronunciamiento, encomendado al Tribunal que le otorgue trámite prioritario a la resolución del caso...”

Para así decidir, la alzada consideró que la falta de firmeza de la condena dictada en esta causa no podía ser invocada en contra del justiciable como obstáculo para el análisis de la unificación solicitada y, además, adelantó su postura, recobrando distintos precedentes de esa misma Sala, en cuanto a que tampoco podía erigirse como tal el hecho de que una, varias o excepcionalmente todas las penas de que se trata se encuentren agotadas o extinguidas, **siempre que exista interés legítimo en la unificación.**

Devueltas las actuaciones, el Tribunal Oral de esta ciudad, sin sustanciación previa y por medio de sentencia del 10/07/2018, resolvió “1.- UNIFICAR sentencia condenatoria dictada respecto del condenado Fernando Alberto Otero...(condena no firme de este Tribunal – Causa 33013793) la que será comprensiva de las dictadas por el Juzgado Federal de San Juan el 26/02/82 y la pronunciada el 29/09/09 por la Sala 3 de la Cámara de Casación Penal de la Prov. de Buenos Aires revisando el Fallo del Tribunal en lo Criminal de Mar del Plata. 2.- Como producto de tal unificación, se impone la PENA ÚNICA DE RECLUSIÓN PERPETUA, accesorias legales y costas; 3.- Declárese la reincidencia del imputado...; 4.- A los fines de la ejecución de la pena unificada, fijese como límite temporal en TREINTA Y SIETE AÑOS Y SEIS

MESES DE PRISIÓN...". Por último, en base a lo expresado en el considerando 11 de la resolución, el Tribunal tuvo por cumplidos treinta años, siete meses y diecisiete días de encierro, en relación de la pena que se impone.

Dicha resolución fue nuevamente recurrida en casación, esta vez tanto por la defensa, como por esta parte.

Este Ministerio Público Fiscal requirió en aquella ocasión que se casara la resolución atacada y se revocara la unificación de sentencias dispuesta, "tomando en cuenta la caracterización de delitos de lesa humanidad por los que fuera condenado Otero en el marco de estas actuaciones a los fines de excluir del eventual cómputo de pena el tiempo de detención que cumpliera por la pena extinguida con anterioridad al comienzo de la tramitación de la presente causa...". Concretamente, los motivos del remedio radicaron en la concurrencia de vicios *in procedendo* y también en la errónea interpretación de la ley sustantiva.

Los primeros radicaron en la concurrencia de supuestos de arbitrariedad de sentencia, en tanto el Tribunal, al disponer la unificación de condenas con los alcances señalados en la sentencia recurrida, desoyó cuestiones sustanciales alegadas oportunamente por este Ministerio Público Fiscal y, además, se apartó de las particulares circunstancias del presente caso al omitir considerar que los casos por los que se dictó condena en esta causa fueron categorizados por el Tribunal sentenciante como crímenes de lesa humanidad (tanto a la hora de evaluar la concurrencia de un interés legítimo en la unificación de penas agotadas; como al computar penas agotadas en la integración de la condena única, reduciendo sensiblemente y prácticamente conmutando la pena fijada en la última condena recaída por la comisión de crímenes de lesa humanidad).

En cuanto a los vicios *in iudicando*, cuestionamos la aplicación al caso de las reglas del art. 58 del C.P. en la forma en que lo hizo el Tribunal, en tanto no concurre en el caso concreto el interés legítimo requerido para proceder a la unificación de condenas agotadas y, por otro lado, su efecto se tradujo en una sensible reducción de la pena impuesta por la comisión de crímenes de lesa humanidad, revelándose como una verdadera conmutación de pena, en detrimento de las reglas internacionales que obligan a establecer penas



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL
GENERAL

adecuadas para ciertos crímenes, entre ellos, los de lesa humanidad y a garantizar la reparación integral de las víctimas.

Al resolver los remedios procesales, el Superior consideró que la resolución del 10/7/18 no era susceptible de ser reputada un acto jurisdiccional válido en virtud de que la actividad del tribunal, al decidir sobre la unificación de sentencias de Fernando Alberto Otero, "fue emitida en inobservancia del principio acusatorio y sin haberse dado la debida intervención a las partes" (ver voto de la Dra. Ledesma y en especial, la adhesión del Sr. Juez Slokar, en cuanto refirió a la defectuosa sustanciación previa de la cuestión en esta instancia. Res. de fecha 5/10/2018; reg. 1531/2018 de la Sala II de la CFCP).

En cumplimiento entonces de lo ordenado por el Superior, se corrió vista a las partes a los fines de sustanciar adecuadamente el planteo de unificación de condenas y de excarcelación (art. 317 inc. 5) formulada por la defensa de Otero. En ese marco, esta parte volvió a oponerse a la aplicación, en el caso concreto, de la unificación de condenas en orden a los argumentos por los cuales, en el recurso de casación sintetizado en el párrafo anterior, reputamos errónea la interpretación que del art. 58 del C.P. hizo el Tribunal en relación con las particulares circunstancias de este caso. Como consecuencia de esta postura, por lo demás, nos opusimos a la excarcelación de Otero requerida por la defensa, postulando además la necesidad de que se diera tratamiento conjunto a ambas cuestiones.

Evacuados los traslados, el Tribunal dictó la sentencia que aquí se recurre.-

V. Resolución recurrida:

Se lee en la resolución atacada y en cuanto resulta motivo de agravio para esta parte:

" 1. Que el Superior anuló la decisión adoptada por este cuerpo de fs. 190/194, devolviendo los autos a la instancia para que, previa audiencia con las partes, 'se dicte un nuevo pronunciamiento de conformidad con lo aquí decidido', protocolo que hemos observado sustanciando debidamente el contradictorio..."

"2. Que en oportunidad de responder la vista el MPF

reeditó dictámenes anteriores propiciando el rechazo de la unificación de las condenas respecto del encausado Otero por no configurarse uno de los supuestos normados en el instituto en análisis con el agravante 'que se reduzca la pena impuesta [llevando] a incumplir las reglas internacionales que llevan a establecer penas adecuadas para ciertos crímenes, entre ellos, los delitos de lesa humanidad' y en consecuencia el rechazo del pedido de excarcelación, planteo al que adhirió la querrela Universidad Nacional de Mar del Plata." "3. A su turno la defensa fundó su pedido de unificación de condenas dictadas en este proceso y por el Juzgado Federal de San Juan en los autos 4622 "Fiscal c/ Otero, Fernando Alberto – Delfor, Abraham Ocampo y otros s/ Homicidio en perjuicio de Ramón Pablo Rojas" conforme el procedimiento establecido en el art. 58 del CP en fiel cumplimiento de lo dos veces resuelto por el Superior y se ordene la inmediata libertad de Otero por agotamiento de los 25 años límite de la pena de prisión que se le impuso. Subsidiariamente requirió se conceda la excarcelación en los términos de la libertad condicional..."

En función de ello, el Tribunal entendió que dos eran las cuestiones a decidir: la relativa a la unificación de condenas y aquella relacionada con el agotamiento de la pena.

En este orden de ideas, continuó sosteniendo que: "5. A la primera cuestión siguiendo los lineamientos invocados por la Sala en los precedentes "De Armas" y "Videla" 'procede la unificación aunque una, varias y excepcionalmente todas las penas de que se trata se encuentren agotadas o extinguidas siempre que exista interés legítimo en la unificación" (CAUSAS N° 16410, REG. 194/13, Rta. El 21/03/2013 y n° 93001067/2011/TO1/13/CFC9, Rta. 09/09/2016, reg. 1694/16, entre otras)".

"6. Que existiendo el interés legítimo para la unificación de condenas por parte del juzgable ello habrá de prosperar. Que el art. 58 del CP, según antecedentes legislativos, se propone una doble finalidad. En primer lugar, tiende a asegurar el cumplimiento de las reglas del concurso material (CP 55 a 57) cuya aplicación y observancia uniforme en todo el país podría resultar ilusoria como consecuencia de la pluralidad de jurisdicciones diversas y a coexistencia de leyes procesales diferentes, en virtud del régimen federal adoptado constitucionalmente. Así mediante este instituto se impone y garantiza



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL
MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

la unidad penal, a diferencia de quien, en igualdad de condiciones, fue juzgado por un único Tribunal que sin dificultad aplica los mencionados artículos.”

“7. Que conforme la cuestión planteada corresponde unificar la sentencia dictada en autos 330137/2007/TO1 -aún no firme- comprensiva de la dictada en la referida causa N° 4622 “Otero” por darse los supuestos establecidos en el art. 58 CP. En atención a ello imponer la PENA ÚNICA DE RECLUSIÓN PERPETUA accesorias legales y costas, debiendo practicarse cómputo por Secretaría.”

En relación con la segunda cuestión referente al planteo de agotamiento de la pena interpuesto por la Defensa, el Tribunal consideró: *“...que si bien la sanción penal impuesta [es] a perpetuidad, compartiendo doctrina y jurisprudencia en la materia, es dable la fijación de un límite temporal, legitimando el tipo penal en congruencia con el respeto a la prohibición de establecimiento de penas crueles, inhumanas y degradantes, principio de legalidad y certeza de las penas, proporcionalidad y reintegración social (art. 5.2 CADH; 7 PIDC y P, art. 2 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y art. XXVI Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”.*

Así, siguiendo el criterio de la Sala 1 de la Cámara Federal de Casación Penal, *in re “Pedraza, Jorge Alberto s/ Rec De Casación” –Reg. 461/16.1, Rta el 31/03/16-* y con cita puntual de los votos de los Dres. Gustavo Hornos y Ana María Figueroa, el Tribunal entendió que, en base a una interpretación armónica de los arts. 55 y 227 *ter* (según ley 23.077) del CP, el límite temporal de la pena impuesta asciende a los treinta y siete años y seis meses de prisión. Aclararon también que: *“...la opinión de la Sra. juez que lidera el acuerdo [en referencia a la anterior intervención de la Dra. Ángela Ledesma], en tanto fija el plazo para la penas perpetuas en un máximo de veinticinco años de prisión no resulta vinculante, máxime cuando se advierte que sus colegas se limitaron a adherir a la ‘solución’ propuesta, aunque sin incursionar en el asunto.”*

Finalmente los Sres. Jueces consideraron: *“9. Que en función de cuanto se sostiene y estando al cálculo provisorio que ilustra el informe proporcionado por la Sra. Secretaria; ajustado a las comprobaciones*

objetivas que exhibe la causa, va de suyo que el límite temporal establecido, fijado en treinta y siete años y seis meses de prisión, dista de encontrarse cumplido, de lo que se sigue el rechazo del agotamiento de pena que pregona la Defensa.”

VI.- Crítica a la resolución dictada

De los antecedentes desarrollados en el presente, surge con claridad que la decisión de ese Tribunal genera un gravamen de imposible y tardía reparación ulterior para esta parte y configura, además, una cuestión federal que, en su caso, habrá de ser vehiculizada a través del Superior Tribunal de la causa.

En este sentido, consideramos que la resolución ha incurrido tanto en vicios de procedimiento, configurándose un supuesto de arbitrariedad de sentencia, así como en defectos *in iudicando*, motivos que, conforme el art. 456 y cctes del C.P.P.N., hacen procedente el recurso que aquí se interpone.

En cuanto a los vicios *in procedendo*, entendemos que la resolución recurrida incurre en dos grandes núcleos de omisiones: una relativa a la falta de tratamiento de las cuestiones esenciales planteadas por esta parte para resolver la cuestión planteada; y la segunda, vinculada al apartamiento de las circunstancias particulares del caso al no tener en cuenta el hecho de que la condena que se pretende unificar con aquella dictada por la Justicia de San Juan se refiere a crímenes de lesa humanidad. De haberse considerado esta cuestión, debería haberse evaluado necesariamente la repercusión de los hechos atribuidos a Otero en la posibilidad o no de que fueran juzgados en forma coetánea con aquellos sucesos por los que fue condenado en la causa “Rojas” y así, la configuración o no de un interés legítimo para unificar la condena aun cuando la pena establecida por los otros sucesos ya se encontraba agotada; también debería haberse sopesado tal caracterización a la hora de evaluar la integración de la pena ante la eventual fijación de una condena única.

Ambos núcleos de omisiones configuran, a nuestro entender, graves defectos de fundamentación, en los términos del art. 123 del C.P.P.N. y, en esta misma dirección, dos claros supuestos de sentencia



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL
PROFESIONALES DE LA LEY

arbitraria, conforme la doctrina desarrollada al respecto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Desarrollaremos a continuación los agravios identificados como defectos procedimentales.

Sobre la cuestión que motiva el presente incidente, este Ministerio Público Fiscal, ha dictaminado en reiteradas oportunidades (22/12/2016, 17/11/2017, 16/10/2018 y recurso de casación del 24/07/18) en contra de la aplicación del artículo 58 del Código Penal al caso. Precisamente, en la vista conferida por el Tribunal tras la anulación dispuesta por la Cámara Federal de Casación Penal relativa a la unificación anterior –motivada precisamente en la vulneración del principio acusatorio y en la falta de sustanciación previa de la cuestión- esta parte señaló concretamente los motivos por los cuales no correspondía proceder a la unificación de las condenas conforme lo peticionado por la defensa, pese a lo cual en la resolución mencionada el Tribunal se limitó a sintetizar el planteo, sin otorgarle ningún tipo de tratamiento ni explicitar las razones por las cuales lo habría considerado improcedente.

En efecto, en el voto de la Dra. Ledesma en la resolución que nulificó la decisión anterior del Tribunal, se hizo referencia a la cuestión al sostener -en coincidencia con reiterada jurisprudencia- que: *“... Liminariamente, corresponde destacar que si bien es sabido que los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus alegaciones y argumentos, existe el deber de pronunciarse expresamente sobre los puntos propuestos en cuanto sean decisivos o relevantes en el pleito, puesto que la falta de pronunciamiento con respecto a estos puntos trae aparejada la nulidad de lo decidido por arbitrariedad ante la falta de fundamentación (fallos: 228:279; 221:237, entre muchos).*

Ahora bien, el primer núcleo de argumentos en que este Ministerio Público Fiscal había apoyado su objeción a que se procediera a la unificación radicó en que no existió una vulneración de las reglas del concurso real y, en consecuencia, tampoco podía configurarse un interés legítimo en la unificación de la condena con una que estableció una pena ya agotada, porque precisamente la falta de juzgamiento conjunto de los hechos por los cuales Otero fue condenado en estos actuados con aquellos por los cuales había sido

condenado en la causa "Rojas" obedeció a la impunidad que procuraron las personas intervinientes en los ocho homicidios agravados y en la privación de la libertad agravada por los que fue condenado el aquí peticionante. En este sentido, no sólo la categorización de esos crímenes como delitos de lesa humanidad lleva ínsita la búsqueda de impunidad por parte de sus autores, sino que en el caso concreto se detallaron con precisión en las sentencias condenatorias aquellas maniobras llevadas a cabo por los autores, a través de la justicia federal marplatense, para evitar que aquellos homicidios y la privación de la libertad agravada de María del Carmen Maggi fueran investigados y Juzgados. Estas maniobras fueron atribuidas concretamente a los imputados, por lo cual la falta de juzgamiento de los sucesos en aquel momento responde a conductas delictivas atribuibles, entre otros, al aquí condenado.

La falta de interés legítimo radica, precisamente, en que mal puede hablarse en este caso del compromiso al principio de igualdad invocado como fundamento de la unificación de condenas cuando una de ellas contiene una pena ya agotada; y en que rige el principio reconocido en todas las tradiciones jurídicas según el cual nadie debe beneficiarse de sus acciones ilícitas y el delito comprobado no debe rendir beneficios. Concretamente dijimos al respecto que: "Conforme se ha señalado, y con base en los informes provisorios practicados, el tiempo de detención cumplido por Fernando Alberto Otero en virtud de la condena impuesta en 1982 no es susceptible de contabilizarse en el marco de la unificación de sentencias condenatorias resuelta por el Tribunal oral, por cuanto deja a la vista un objetivo irreconciliable con el interés legítimo requerido por la jurisprudencia para proceder a la unificación: sumar tiempos de detención indiscriminadamente a fin de colocarse en una situación de libertad anticipada..."

Incluso, es preciso destacar en relación con este mismo punto, que en el recurso de casación anterior interpuesto por esta Fiscalía contra la unificación dispuesta por el Tribunal –a la postre anulada- se señaló además la inconsistencia de esa resolución, en tanto si bien había entendido que "el interés legítimo" debía abarcar también a las víctimas y los compromisos internacionales asumidos por el Estado, posteriormente entendió que en el caso se configuraba, sin hacer siquiera mención a los conceptos que debían quedar



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL
PERU

abarcados en esa expresión de creación pretoriana.

En esta resolución, que se dictó como consecuencia del reenvío dispuesto por la Cámara Federal de Casación Penal tras cumplir con la sustanciación previa encomendada, ni siquiera se señala el entendimiento del Tribunal en cuanto a los alcances de esa fórmula, pues se limita a afirmar que existe un interés legítimo del judicialable, para luego proceder a la unificación (ver considerando nro. 6).

Es decir que, sin rebatir ninguno de los fundamentos expuestos por el Ministerio Público Fiscal para oponerse a la solicitud de la Defensa de Otero –y sin explicar siquiera la razón de su apartamiento en cuanto al entendimiento que había esbozado acerca de los alcances de la fórmula en la resolución anterior anulada–, se adopta un criterio sin describir, ni tan siquiera mínimamente, cuál ha sido el pensamiento lógico que condujo a rechazar la postura fundadamente contraria que una de las partes expresó al contestar la vista oportunamente corrida.-

En cuanto a la integración de la pena única, el Tribunal se limitó a señalar que como consecuencia de la unificación de condenas decretada, correspondía fijar la pena única de reclusión perpetua, accesorias legales y costas, ordenando que se llevara a cabo el cómputo por Secretaría. Por lo demás, al enfrentar la segunda cuestión relativa al planteo de la defensa acerca del agotamiento de la pena, el Tribunal se limitó a dejar sentado su entendimiento en relación con el límite temporal de la pena a perpetuidad y que, de acuerdo al cálculo provisorio que había sido efectuado por Secretaría, aquel distaba de encontrarse cumplido.

Como puede advertirse, no existe siquiera una mención a los efectos anunciados por esta parte, en materia de cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el Estado en materia de sanción adecuada (proporcional a la gravedad) de los crímenes de lesa humanidad y de reparación integral de las víctimas de esos delitos, que aparejaría la integración aritmética de la pena única con aquella cumplida en el marco de la causa "Rojas", como consecuencia de la unificación de condenadas dispuesta.

Concretamente, sostuvimos que la unificación, en los términos requeridos por la defensa, provocaría una sensible reducción de la pena

a prisión perpetua impuesta a Otero en el marco de las presentes actuaciones, transformándose, en los hechos, en una verdadera conmutación prohibida por la obligación de sancionar adecuadamente los crímenes de lesa humanidad y de garantizar una reparación integral de las víctimas. Sin embargo, este argumento fue desoído por el Tribunal, quien unificó las condenas e integró aritméticamente la pena única, conforme la remisión al cómputo provisorio efectuado por Secretaría, con el tiempo que Otero habría cumplido en prisión por la condena recaída en el año 1982, concentrándose luego en el límite temporal de la condena a perpetuidad, a los efectos de rechazar el argumento defensivo vinculado con el agotamiento de la pena.

Por las consideraciones expuestas, entendemos configurados los dos supuestos de arbitrariedad de sentencia denunciados y, en consecuencia, los errores *in procedendo* que fundamentan la procedencia del remedio intentado, conforme lo previsto por los arts. 456, 457 y cctes. del C.P.P.N.

En segundo lugar, nos referiremos a los errores "*in iudicando*" en los que, según opinamos, también se habría incurrido en la resolución recurrida.-

Tal como quedó plasmado en los párrafos que anteceden, desde el primer traslado este Ministerio Público Fiscal se ha expedido en contra de la aplicación de las reglas del art 58 del C.P pretendida por la Defensa de Otero.

La interpretación del artículo 58 CP llevada a cabo por el Tribunal al decidir la unificación resulta no sólo contraria a la norma y a la jurisprudencia atinente, sino que también lo es respecto del deber de que sus sentencias sean derivaciones razonadas de las comprobaciones vigentes de la causa, de acuerdo con las razones que a continuación se señalarán.

Improcedencia de la unificación de condenas en el caso concreto.

Tal como sostuvo la Sala II de la Cámara Federal de Casación en este caso, postura que recobró la Fiscalía en nuestro anterior recurso de casación, "...la doctrina sentada en los precedentes 'De Armas' y 'Videla' implica que 'procede la unificación aunque una, varias y



MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

ES

excepcionalmente todas las penas de que se trata se encuentren agotadas o extinguidas, siempre que exista *interés legítimo* en la unificación” (causas n° 16410, reg. 194/13, Rta. el 21/03/2013 y n° 93001067/2011/TO1/13/CFC9, Rta. 09/09/2016, reg. 1694/16, entre otras)...”

Entiende este Ministerio Público Fiscal que este supuesto no se verifica en el caso de Otero.

Veamos:

Corresponde tener en cuenta que la aplicación lisa y llana del instituto de la unificación, en los términos pretendidos por la defensa, omite merituar las circunstancias particulares del *sub-judice* al pasar por alto que los casos por los que se dictó condena en esta causa fueron categorizados por el tribunal como crímenes de lesa humanidad.

Tal omisión, a criterio del Ministerio Público, tiene una incidencia relevante, al menos, en dos aspectos: 1) Se pretende computar en el marco de la unificación de condena, penas ya agotadas cuando, en el caso particular de Otero, la falta de juzgamiento simultáneo de los hechos comprendidos en la condena dictada por el Juzgado Federal de San Juan con los que constituyen el objeto de la última condena, respondió –como se desarrollará luego- a la inexistencia de una pretensión punitiva paralela, resultante de la impunidad ínsita en el concepto de criminalidad de Estado. En efecto, durante el juicio oral llevado a cabo en contra de Otero se ha demostrado –y así lo ha tenido por probado el Tribunal Oral- que también la justicia federal de Mar del Plata ejecutó actos concretos dirigidos a que no se investigaran ni juzgaran los hechos por los cuales, recién en el año 2016, se ha condenado a Otero (precisamente, la imputación dirigida contra el Fiscal Federal de Mar del Plata en el momento de la ejecución de los homicidios, Dr. Gustavo Modesto Demarchi, como coautor de algunos de los homicidios agravados y de la privación ilegítima de la libertad agravada, por los cuales se condenó también al aquí peticionante, se apoyó, en parte, en los actos ejercidos por el nombrado en ese rol dirigidos a evitar la investigación de esos crímenes); 2) La integración aritmética de una eventual condena unificada, provocaría en los hechos una notable reducción de la pena fijada por la comisión de delitos de lesa humanidad que se traduciría en una verdadera conmutación prohibida por el derecho

internacional.

Debe aclararse que si bien el cómputo de pena no fue notificado aún a esta parte tal como lo establece el artículo 493 del CPPN —lo que impide conocer fehacientemente los tiempos de detención que el mencionado Otero cumplió en cada uno de los procesos penales en los que permaneció detenido—, es ineludible atender a que en el marco del incidente en el que actualmente tramite el pedido de excarcelación en términos de libertad condicional solicitado por la defensa con fecha 6/11/18 se efectuó un cómputo provisorio que suma un total de 27 años, 5 meses y 8 días de encierro. (Incidente FMP 33013793/2007/TO1/158).

Ahora bien, a fin de analizar si procede la aplicación al caso de la norma prevista por el art. 58 del C.P., aun cuando la pena —de reclusión perpetua— que pretende descontarse de la prisión perpetua fijada en este caso a Otero se encuentre agotada, es preciso tener en cuenta cuáles son las reglas que el artículo en cuestión prevé, las respectivas finalidades y sus fundamentos.

A nuestro entender, los supuestos que están en juego son dos: la “unificación de condenas” y la “unificación de sentencias” (considerados como primera y tercera regla del artículo 58 respectivamente). El primero se vincula con el dictado de una sentencia condenatoria que abarque una condena ya dictada con relación a un hecho posterior al que allí se juzga; el segundo supuesto mencionado se relaciona con el dictado de una nueva sentencia luego de que existan dos sentencias condenatorias independientes que se hayan dictado en violación a las reglas concursales (ver, entre otros, lo expuesto por Carlos Caramuti en Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, dir. Eugenio Raúl Zaffaroni y David Baigún, Ed. Hammurabi, tomo 2B, Buenos Aires, 2007, pp. 43 y ss.; Gustavo Aboso en Código Penal de la República Argentina, Ed. BdeF, Buenos Aires, 2012, pp. 364 y ss.; etc.).

En efecto, D’Alessio explica que “[l]a jurisprudencia señala que el artículo anotado [en referencia al artículo 58 C.P.] persigue una doble finalidad. En primer lugar, tiende a asegurar el cumplimiento de las reglas del concurso material (arts. 55 y 57), cuya observancia y aplicación uniforme en todo el país podría resultar ilusoria como consecuencia de la pluralidad de jurisdicciones y la coexistencia de leyes procesales diferentes, en virtud del



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL
GENERAL DE LA NACIÓN

régimen federal de gobierno. Por otro lado, garantiza la unidad penal en todo el territorio, evitando que un condenado múltiple en jurisdicciones distintas o en épocas sucesivas quede sometido a un régimen punitivo plural a diferencia de quien en igualdad de condiciones fue juzgado por un único tribunal que aplicó sin dificultad lo dispuesto en los arts. 55 a 57" (Andrés D'Alessio en Código Penal de la Nación. Comentado y anotado, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, tomo I, p. 918).

Como se adelantó, esta parte no discute el dictado de una sentencia única cuando se hubiesen pronunciado dos o más sentencias firmes, aunque una o varias de las penas de que se trate se encuentren agotadas y extinguidas, ya que ello procede siempre y cuando las sentencias se hubiesen dictado sin observar lo dispuesto en las reglas sobre concurso de delitos, de conformidad con lo dispuesto en la norma y siempre que exista un interés legítimo en la unificación.

Sin embargo, la aplicación de dicha regla abstracta al caso de Fernando Alberto Otero en los términos propuestos por la defensa y que fueron de recibo por parte del Tribunal en la resolución atacada, significa que se unificarán tiempos de detención surgidos de una condena a prisión perpetua impuesta el 20/12/2016 en esta causa por hechos cometidos durante el año 1975 y que fueran calificados como constitutivos de delitos de lesa humanidad, con tiempos cumplidos por la condena de reclusión perpetua impuesta en la causa "Rojas" el 26/02/1982 por hechos cometidos con posterioridad.

Esta es una de las circunstancias que impide la aplicación de la norma: aunque en la causa "Rojas" el nombrado Otero fue declarado penalmente responsable y condenado a reclusión perpetua con fecha 26/02/1982 —por hechos perpetrados en noviembre del año 1975, es decir, luego de que se produjeron los sucesos por los que se los condenó en el año 2016 (los cuales también datan del año 1975, pero que se habrían producido entre el 21 de marzo de 1975 y el 9 de mayo de 1975), **lo cierto es que la pretensión punitiva en relación con estos últimos pudo ejercerse recién cuando la condena dictada en la causa "Rojas" ya se encontraba vencida.** De esta manera, no puede decirse que Otero haya cumplido en forma simultánea o sucesiva ninguna pena. El principio de pena total (o de unidad de la reacción

penal que persigue garantizar la norma) no quiere decir que sean susceptibles de unificación todas las condenas que un sujeto carga a lo largo de su vida sino, solamente, aquellas que se superponen en su cumplimiento o que se sucedan en el tiempo dentro de los plazos previstos por el artículo 27 del CP.

Hemos visto que ello no ocurre en este caso en el cual, en virtud del agotamiento de la pena establecida a través de la condena recaída en el año 1982, no existe aquella simultaneidad de cuentas independientes referidas al cumplimiento de diferentes condenas. En este sentido, se ha resuelto que: "Cualquiera haya sido la causa de extinción de la pena preexistente (cumplimiento, prescripción, conmutación, amnistía) ha dejado de existir la pena como tal, desde el momento que se extinguió: fue algo que existió pero que ya no existe, y si esa extinción fue previa a la nueva sentencia, que es la que debe unificar, no se ve cómo la unificación pueda tener virtualidad para hacerla revivir. La pena extinguida, por tanto, no puede integrar la unificación" (CNFed. C.Corr, Sala II, 5/7/96, citado por Lurati, Carina, "El sistema de pena única en el Código Penal Argentino, Rubinzal Culzoni, 1ra edición, Buenos Aires, 2008. p. 169).

En función de la inexistencia de cuentas independientes que deban unificarse a los efectos de garantizar la unidad de la reacción penal, es preciso analizar las razones por las cuales todavía es posible proceder a dicha unificación cuando una de las penas a computar –como sucede en este caso- se encuentre agotada. El gráfico de la situación particular es el siguiente: no existen en el caso penas independientes a cumplir o que se estén cumpliendo y que corresponda unificar a fin de garantizar una única reacción, sino que lo que se pretende es **descontar** de la pena vigente, la sanción ya cumplida (lo cual significa además, en este caso, anular prácticamente cualquier virtualidad a la pena por la que se condenó a Otero –por sentencia aún no firme- en el año 2016).

La interpretación jurisprudencial de las reglas del art. 58 del C.P., adelantada por la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal en este caso y que ya ha sido citada, sostiene que esa unificación aún es posible (más allá del agotamiento de una, varias o excepcionalmente todas las penas a computar) cuando las condenas hayan sido dictadas en violación de las reglas del concurso real y exista un interés legítimo en la unificación.



REPÚBLICA DE CHILE
FISCAL
GENERAL DE LA REPÚBLICA

Conforme se ha señalado, y con base en los informes provisorios practicados, el tiempo de detención cumplido por Fernando Alberto Otero en virtud de la condena impuesta en 1982 no es susceptible de contabilizarse en el marco de la unificación de sentencias condenatorias pretendida por la defensa, por cuanto deja a la vista un **objetivo irreconciliable con el interés legítimo** requerido por la jurisprudencia para proceder a la unificación: sumar tiempos de detención indiscriminadamente a fin de colocarse en una situación de libertad anticipada.

Es preciso explicar entonces las razones por las cuales esta parte entiende que no es posible, en este caso concreto, unificar las condenas dictadas respecto de Otero, integrando (y así descontando) el cómputo de la pena única con sanciones ya agotadas.

Vale recordar que la postura de la defensa del condenado, recobrada por el Tribunal en la resolución atacada, radicó en que correspondía hacer lugar al pedido de unificación de la condena dictada en autos con la previamente impuesta -y cumplida- a Fernando Alberto Otero en la causa "Rojas" y, en consecuencia, disponerse su liberación, en base a lo dispuesto por lo normado en el art. 58 y 13 del CP, toda vez que las condenas que se pretenden unificar son respecto de hechos que se encuentran relacionados y podrían haber estado comprendidos en un mismo proceso por la regla del concurso real.

Algunos doctrinarios han sostenido, en función de una interpretación histórica y sistemática de las disposiciones del Código Penal estudiadas, que la razón por la cual todavía es posible unificar condenas firmes aun cuando alguna de las penas correspondientes ya esté agotada, en el caso de la violación a las reglas del concurso material, radica en el eventual compromiso de la igualdad ante la ley. Ello, por cuanto quien habría sido juzgado en un único proceso por pluralidad de delitos le sería aplicable una pena única, computable conforme las reglas del art. 55 del C.P., mientras que otra persona, juzgada en distintos procesos por sucesos conectados por un concurso material, sería penada conforme una suma de condenas que desatiende el principio de pena total.

Ahora bien, de manera abiertamente contraria a lo señalado por la defensa, esta parte entiende que, en este supuesto particular,

no es posible unificar la condena dictada en esta causa en contra de Otero integrando la pena única con la sanción ya agotada dictada en la sentencia del Juzgado Federal de San Juan, con base en el argumento de la violación a las reglas del concurso real y, en consecuencia, del principio de igualdad. Ello, toda vez que debido al manto de impunidad con que se vio protegido Fernando Alberto Otero por los hechos por los que fue condenado en esta causa, aquellos jamás pudieron haber estado comprendidos en un mismo proceso por la regla del concurso real.

Como se advierte, esto no importa de ninguna manera desoír el criterio establecido por la Cámara Federal de Casación Penal al resolver el recurso de la defensa, sino evaluar razonadamente las circunstancias concretas que presenta el caso traído a resolver, sin automatismos ni formalismos.

Tal como se adelantó al citar la opinión doctrinaria de D'Alessio, De la Rúa y Caramuti, una de las finalidades de la aplicación de una única respuesta penal es evitar que sobre una persona recaigan distintas sanciones punitivas. Ahora bien, para lograr dicho objetivo es menester que entre las penas exista cierta relación no sólo temporal sino material entre los procesos y/o condenas.

Si bien es correcto afirmar que entre el período comprendido por la comisión de los hechos juzgados en esta causa y el dictado de la sentencia condenatoria, existieron otros sucesos y otras condenas, esa superposición cronológica no puede ser tomada en cuenta de manera automática, sino que debe entenderse con relación al ejercicio punitivo. Una interpretación contraria le quitaría sentido al precepto, puesto que la finalidad de la norma es resolver conflictos procedimentales y de fondo, más siempre vinculados a cursos de investigación penales. No se puede despojar a la norma de su contenido y sentido, el cual debe ser analizado para su aplicación ante las circunstancias de un caso concreto.

Sin embargo, como es de notorio y público conocimiento, la persecución de crímenes contra la humanidad cometidos durante el terrorismo de Estado tal como se realiza en la actualidad y de conformidad con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado fue vedada por el terrorismo



EL SISTEMA PÚBLICO

FISCAL

DE LA CIUDAD DE MAR DEL PLATA

de Estado primero, y luego paralizada por el dictado de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final que se sumaron a las enormes dificultades concretas que existieron para llevar adelante estas investigaciones respecto de quienes habían ostentado el poder.

Más allá de lo anteriormente expuesto en cuanto a que la propia dinámica de los sucesos cometidos por Otero en el año 1975 por los que fue condenado en 2016, declarados de lesa humanidad, lleva ínsita su impunidad, es preciso subrayar que el nombrado recién pudo ser sometido a la justicia el 19/11/2012, luego de haber permanecido prófugo por más de dos años¹. Durante el tiempo en que permaneció detenido de manera preventiva o en cumplimiento de la pena impuesta el 26/02/1982 en el marco de la causa "Rojas", los crímenes cometidos por los miembros de la Concentración Nacional Universitaria no pudieron ser investigados ni traídos a la justicia. Y recién a partir del Juicio por la Verdad desarrollado en esta ciudad pudo comenzar a satisfacerse el derecho a la verdad de las víctimas. Como se dijo, las pretensiones punitivas sobre Otero por los crímenes de la "CNU" y por la causa "Rojas" no sólo nunca coincidieron en el tiempo, sino que nunca fueron susceptibles de ser perseguidos penalmente a la vez.

Pero más allá de la impunidad ínsita en el concepto de la criminalidad de Estado, es preciso destacar que en el caso existen indicadores concretos descriptos en la sentencia de condena recaída en esta causa en el año 2016 que permiten sostener que la falta de juzgamiento de estos sucesos en forma conjunta o coetánea con el proceso llevado a cabo en la causa "Rojas" es atribuible, al menos en parte, a la propia conducta del condenado Otero. Como se expresó con anterioridad, el nombrado fue condenado por la perpetración de ocho homicidios agravados y una privación ilegítima de la libertad agravada, sucesos que ni siquiera fueron investigados puesto que la justicia federal marplatense formó parte del aparato estatal que, como política, instauró un plan sistemático de represión y eliminación del disidente. El Fiscal Federal Demarchi, quien intervino en esa calidad en los procedimientos incoados

¹ Con fecha 8/11/2010 se ordenó el llamado a indagatoria del imputado y a consecuencia de su declaración de rebeldía se formó el Incidente búsqueda que tramitó bajo el Nro. 13793/39.

con motivo de la mayoría de esos sucesos, fue condenado también en esta causa por resultar coautor, junto a Otero y otros acusados, de aquellos hechos.

En consecuencia, la mera superposición temporal, no basta para relacionar materialmente ambas respuestas punitivas ni para satisfacer el interés legítimo que la Cámara Federal de Casación estableció a fin de que proceda la unificación de condenas agotadas, según la jurisprudencia citada por el Tribunal Oral Federal. Menos aún, para que el manto de impunidad que protegió a Fernando Alberto Otero de responder ante la justicia, permita ahora que se beneficie de él a fin de **descontar** tiempos de detención cumplidos en procesos que jamás pudieron estar comprendidos en un mismo proceso por la regla del concurso real.

De acuerdo con los argumentos expuestos, lo resuelto por el tribunal excede las hipótesis que habilita la norma del artículo 58 del CP y desvirtúa la finalidad con que el legislador la sancionó.

En este sentido, deben valorarse circunstancias de hecho insoslayables tales como la mencionada impunidad de la que gozó Otero desde 1975 hasta 2012 por los hechos cometidos en esta ciudad por la Concentración Nacional Universitaria, lo que a todas luces indica la falta de **interés legítimo** requerido para proceder a la unificación de condenas agotadas.

Si bien no escapa a este Ministerio Público Fiscal que la responsabilidad de tales maniobras no se pueden imputar a Fernando Alberto Otero en forma exclusiva, sí resulta patente que el nombrado, de acuerdo a lo que se consideró acreditado en la última de las sentencias condenatorias, participó voluntariamente de ese plan criminal, aprovechó la estructura del Estado para cometer los delitos por los que resultó condenado en esa oportunidad y se benefició con los mecanismos de impunidad referidos.

De esta manera, si se admite que no se pueden reconocer beneficios derivados de un delito, tampoco una sentencia judicial puede reconocer beneficios o, al menos, sostener la existencia de un interés legítimo por afectación del principio de igualdad, derivado de tales mecanismos de impunidad.

Ante lo expuesto, la respuesta contraria lejos de implicar un trato perjudicial para Otero le reconocería un beneficio derivado de los



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL
GENERAL DE LA REPÚBLICA

mecanismos de impunidad propios del plan criminal, en cuyo marco cometió los delitos por los que fue condenado en segundo término.

En consecuencia, el primer error en la interpretación de la norma en que incurre la sentencia radica precisamente en que, en este caso en particular, no puede afirmarse la configuración de un interés **legítimo** en la unificación pretendida.

Ahora bien, tal como se adelantó, los efectos de la unificación, en las condiciones en que se llevó a cabo en el caso (más allá de la aclaración en cuanto a la inexistencia de cómputos definitivos) se traslucen en una verdadera conmutación de la pena perpetua por la que fue condenado Otero en estas actuaciones, pues en definitiva, lo que se pretende es que se descuente el tiempo cumplido por la reclusión perpetua a la que fue condenado en el año 1982. En este sentido, la pena única impuesta (conforme el cálculo provisorio efectuado por Secretaría con fecha 10/07/2018) implica una sensible reducción de la pena que, en los hechos, se traduce en una verdadera conmutación, lo cual se enfrenta abiertamente con la **obligación internacional del Estado de garantizar la sanción adecuada de los crímenes de lesa humanidad y de la reparación integral de las víctimas.**

Debemos detenernos aquí dado que, en relación con esta clase de delitos, se encuentra en juego la responsabilidad internacional del Estado en materia de investigación, juzgamiento y sanción de los crímenes más aberrantes.

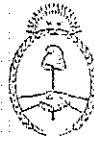
En efecto, y como ya se adelantó, no puede soslayarse que en los casos en los que "se imputan al acusado delitos calificados como de 'lesa humanidad', se encuentra comprometida la responsabilidad internacional del Estado Argentino, que debe garantizar el juzgamiento de todos los hechos de esas características, de acuerdo con el derecho internacional vinculante para nuestro país (Fallos: 328:2056; 330: 3248)" (cfr. 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).

Y que "...la responsabilidad internacional del Estado argentino no se agota con la obligación de investigar y juzgar a los responsables

de los crímenes de lesa humanidad ocurridos en el país en el período histórico que relevan las presentes actuaciones, sino que se extiende también en el deber de sancionar a sus responsables, tal como surge de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 'Barrios Altos' (sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75) y 'Almonacid' (sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154), receptados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re 'Simón' (Fallos: 328:2056) y 'Mazzeo' (Fallos: 330:3248)" (cfr., entre otras, CFCP, Sala IV, causa n° 16.189, "Menéndez, Bernardo José s/ recurso de casación", rta. el 2/11/12, registro n° 2049/12)

A consecuencia de la especial condición de los delitos de lesa humanidad, el Estado a fin de investigar y sancionar a los responsables de esos hechos "... **debe remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantengan la impunidad**, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y los procedimientos respectivos y así evitar la repetición de hechos tan graves. El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar, y en su caso, sancionar penalmente a los responsables de los hechos. En particular, el Estado no podrá volver a aplicar las leyes de amnistía, las cuales no generarán efectos en el futuro, ni podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio non bis in idem, o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables..." (Cfr. C.I.D.H. caso "La Cantuta vs. Perú", sentencia del 29 de noviembre de 2006, párr. 226).

De tal modo, no resulta admisible que por aplicación de una regla general como la prevista en el art. 58 del CP se reduzca la pena impuesta, dado que llevaría a incumplir las reglas internacionales que obligan a establecer "**penas adecuadas**" para ciertos crímenes, entre ellos, los delitos de lesa humanidad. Así, el máximo tribunal indicó: "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 configuran delitos de lesa humanidad y, a tal efecto, no se pueden oponer normas internas que obstaculicen el enjuiciamiento y eventual castigo de los



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL
GENERAL DE LA REPÚBLICA

responsables sino que además está vedada la adopción de cualquier tipo de medidas que disuelvan la posibilidad de reproche" (CSJN, in re "Alespeiti, Felipe s/incidente de recurso extraordinario", rto. el 18/04/2017, publicado en Fallos 340:493).

En el caso concreto se daría la situación prohibida por la norma internacional dado que la pena impuesta en el marco de esta causa se vería disuelta, habiendo cumplido en efectiva detención un plazo irrisorio en función de la pena máxima impuesta y con el agravante de que el cómputo efectuado –del modo requerido por la defensa- le hubiese permitido a Otero recuperar la libertad al día siguiente de ser sentenciado como coautor de delitos de lesa humanidad.

Como vemos, no se pretende una interpretación especial, sino que la normativa infraconstitucional debe ser merituada tomando en consideración los parámetros convencionales y constitucionales.

La aplicación de esta norma sin tener en cuenta la caracterización de estos delitos, como crímenes de lesa humanidad, alteraría de tal modo la respuesta punitiva que el propio tribunal tuvo como justa y adecuada, lo que sería materialmente **una conmutación de penas prohibida** por el derecho internacional.

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.

Así, en el caso "Masacre de la Rochela vs. Colombia" la Corte IDH remarcó 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."

Puntualmente, en cuanto al principio de proporcionalidad de la pena la Corte IDH 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 hechos.

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".

Es claro que la aplicación que se pretende en el caso de las reglas del art. 58 del CP en el que el mismo tribunal ya ha establecido una pena adecuada a los hechos enrostrados y al carácter de los mismos, vulnera 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.

Una situación similar con la que aquí se denuncia se verificó en relación a la no aplicabilidad del art. 7 de la Ley 24.390 en el cómputo de los plazos de detención de los condenados por delitos de lesa humanidad.

Tal como lo señala el Dr. Maqueda en su voto (considerando 12 del caso "Muiña"): "... 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 (...) **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**



MINISTERIO PÚBLICO

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" (el resaltado nos pertenece).

Se ha dicho sobre el punto que la aplicación de un régimen de cómputo privilegiado implicaría, en concreto, la modificación sustancial a los alcances de una sentencia penal condenatoria, en franca contradicción con la obligación asumida por el Estado argentino de sancionar adecuadamente a los responsables de cometer delitos considerados de lesa humanidad (TOF Mar del Plata en causa 93044472 / 2006 caratulado: Legajo N° 25 - IMPUTADO: MOSQUEDA, JUAN E.DUARDO Y OTROS s/LEGAJO DE CASACION, resolución del 31/05/2017).

Y sobre el particular, la Corte ha sostenido que dicha obligación resulta "de aplicación perentoria en la jurisdicción argentina", atendiendo a que "la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes... en su articulado impone a los estados el deber de perseguir esa clase de delitos e imponer penas adecuadas", que "el Comité contra la Tortura también se ha expedido en contra de las medidas de impunidad en la Argentina (Comunicaciones 1/1998; 2/1998; 3/1998), y en recientes precedentes ha recordado su jurisprudencia según la cual los Estados Partes tienen la obligación de sancionar a las personas consideradas responsables de la comisión de actos de tortura, y que la imposición de penas menos severas y la concesión del indulto son incompatibles con la obligación de imponer penas adecuadas" (v. Fallos: 330:3248).

A su vez, cabe mencionar que el legislador ha remarcado la gravedad de esta clase de hechos con el dictado de la ley 27.156 (sancionada en 2015). En efecto, dicha ley estableció que: "las penas o procesos penales sobre delitos de genocidio, de lesa humanidad y crímenes de guerra, contemplados en los art. 6°, 7° y 8° del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, no pueden ser objeto de amnistía, indulto o conmutación de pena, bajo sanción de nulidad absoluta e insanable del acto que lo disponga".

Así, siendo el legislador, en un Estado de Derecho, el encargado de representar a la comunidad en la valoración social de una conducta, advertimos que con la norma citada en el párrafo anterior, justamente se ha marcado con mayor énfasis la gravedad de los delitos de lesa humanidad.

En esta línea debe anotarse también que la ley penal tiene su ámbito de aplicación a través de la regulación de las acciones procesales y una de las causales de impedimento es la configuración de la prescripción, así se sigue de los arts. 59.3, 62 y concc. del código sustantivo. Sin embargo, no es posible invocar tal clausura al derecho de intentar punir cuando se trata de un delito internacional bajo tal fuerza normativa y ninguna invocación en clave del art. 2 se ha sostenido a la luz de la primacía constitucional y de los instrumentos equiparados a su jerarquía –arts. 31, 75.22 CN (convenciones expresamente mencionadas y las agregadas bajo el último párrafo, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y Convención contra la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, leyes N° 24.820 y 25.778)-, justamente, porque tienen una ordenación ajena a la previsión del art. 4 armonizado con el art. 118 CN.

Esta diferenciación se extiende, por igual fundamento, para la clausura penal por amnistía según el art. 59.2 del cuerpo material –norma derivada de la fuente del art. 75 inc. 20 in fine de la CN - o para el perdón, declarada una responsabilidad, como facultad de la función ejecutiva, art. 99.5 CN. La Corte Suprema, ha interpretado desde mitad del siglo pasado, que lógicamente eliminar la persecución de delitos atroces, cometidos en forma inhumana importaría arbitrariedad del poder estatal (Fallos: 254:315), asunto reconocido expresamente más tarde por el legislador (ley N° 25.779 y ley N° 27.156). Al respecto, cabe remitir además al fallo de la CSJN in re: "Mazzeo" ya citado.

Por otra parte, vale señalar a modo ilustrativo que existen otros supuestos, distintos del que nos ocupa, en los que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido que las reglas generales establecidas por el Código Penal ceden ante la aplicación de las normas surgidas del derecho internacional.

Tal es el caso de la no aplicabilidad del art. 76 bis para



delitos de violencia contra la mujer conforme el criterio sentado en el fallo "Góngora".

Allí el máximo tribunal indicó que "teniendo en cuenta la prerrogativa que el derecho interno concede a los jueces respecto de la posibilidad de prescindir de la realización del debate, la decisión de la casación desatiende el contexto del artículo en el que ha sido incluido el compromiso del Estado de sancionar, este tipo de hechos, contrariando así las pautas de interpretación del artículo 31, inciso primero, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados" (CSJN, "Góngora", considerando 7mo, del 23/04/2013).

Y continúa el Máximo Tribunal diciendo: "Particularmente, en lo que a esta causa respecta, la concesión de la suspensión del proceso a prueba al imputado frustraría la posibilidad de dilucidar en aquel estadio procesal la existencia de hechos que prima facie han sido calificados como de violencia contra la mujer, junto con la determinación de responsabilidad de quien ha sido imputado de cometerlos y de la sanción que, en su caso podría corresponderle" (CSJN, "Góngora", considerando 7mo, del 23/04/2013).

Entendemos que un supuesto de similar naturaleza se vislumbra en el caso que nos ocupa, dado que aplicación del art. 58 del CP del modo en que se lo ha hecho, desnaturaliza el sentido de la condena dictada a Otero como autor de delitos de lesa humanidad y expone al Estado argentino a resultar incurso en responsabilidad internacional.

VII. Aplicación que se pretende.-

En conclusión, se aspira a que dicho órgano case la resolución atacada y revoque la unificación de condenas dispuesta en los términos ya expresados, tomando en cuenta la caracterización de delitos de lesa humanidad por los que fuera condenado Otero en el marco de estas actuaciones a los fines de excluir del eventual computo de pena el tiempo de detención que cumpliera por la pena extinguida con anterioridad al comienzo de la tramitación de la presente causa. (CPP 470 y 471).-

VIII.- Reserva del Remedio Federal:

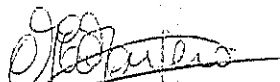
Para el hipotético caso de que no se hiciera lugar al recurso interpuesto, hacemos expresa reserva del remedio federal previsto en el art. 14 de la ley 48.-

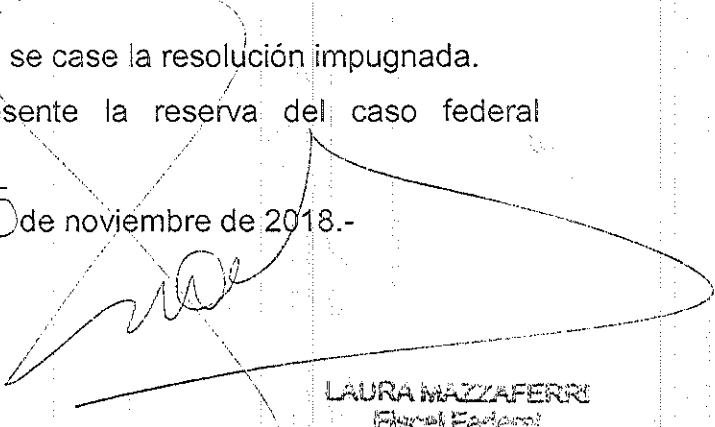
IX.- Petitorio:

Por todo lo expuesto, solicito:

- 1) Se tenga por interpuesto en legal tiempo y forma el presente recurso de casación.-
- 2) Se conceda el recurso por ante la Excm. Cámara Nacional de Casación Penal por estar debidamente fundado; oportunamente se eleven las actuaciones de conformidad con el trámite que regulan los arts. 451, 452, 464 y ccds. del C.P.P.N.
- 3) Oportunamente, se case la resolución impugnada.
- 4) Se tenga presente la reserva del caso federal efectuada.-

Fiscalía General, 15 de noviembre de 2018.-


MARIA EUGENIA MONTERO
FISCAL FEDERAL AD HOC
RES PCN 34/10


LAURA MAZZAFERRI
Fiscal Federal

