



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

—I—

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad confirmó la condena de Antonio Herminio Simón a la pena de diecinueve años de prisión, por considerársele responsable de delitos de lesa humanidad cometidos a partir de 1980, así como el cómputo del tiempo durante el cual permaneció privado cautelarmente de su libertad y la fecha en que vencería la pena. Por otro lado, confirmó parcialmente la condena de Alfredo Omar Feito, por considerársele responsable de delitos calificados de igual modo, y elevó la pena impuesta de diez a quince años de prisión, por lo que encomendó al juez del caso que calcule nuevamente su vencimiento (fs. 1709-1753).

Contra esa decisión interpusieron recurso extraordinario el fiscal y la defensa de Feito.

El fiscal impugna la confirmación del cálculo del vencimiento de la pena impuesta a Simón, ya que entiende que no corresponde aplicar la disposición del artículo 7 de la ley 24.390, en su versión original, según la cual por cada día de detención cautelar se deben computar dos días de pena privativa de la libertad. En particular, se queja de que el fallo se haya basado en el precedente "Arce" del Tribunal (Fallos: 331:472), pues allí se resolvió un caso distinto al *sub examine*, en el que no se dan sus presupuestos (fs. 1787-1795).

La defensa de Feito plantea como primer agravio la violación de los principios constitucionales de legalidad e irretroactividad de la ley penal más gravosa, en cuanto considera que la categoría de delitos de lesa humanidad no existía en

nuestro ordenamiento a la fecha de comisión de los hechos por los que se dictó sentencia. Y agrega que, en todo caso, esos hechos no pueden calificarse de tal modo (fs. 1804-1807).

En segundo lugar, sostiene que la sentencia viola el principio de congruencia, al entender que Feito nunca fue informado, en ocasión de sus declaraciones indagatorias, de que los hechos imputados consistían en haber integrado una asociación ilícita, haber abusado de sus funciones públicas para privar a alguien de su libertad, ni haber impuesto severidades, vejaciones o apremios ilegales a algún preso bajo su guarda (fs. 1807-1809).

En tercer lugar, cuestiona la prueba que fundó la condena de Feito. En particular, critica la credibilidad del testimonio de una de las víctimas, Silvia Noemí Tolchinsky. En su crítica aduce que Tolchinsky reconoció estar casada en segundas nupcias con Claudio Scagliusi, quien fue acusado en esta causa y habría sido uno de sus presuntos carceleros; que describió situaciones que la alejan de la condición indudable de víctima que tienen otros miles de sus compañeros; y que tardó trece años en presentarse a declarar. Su testimonio, sin embargo, habría sido decisivo para declarar culpable a Feito en los seis casos por los que fue acusado (fs. 1809-1812 vta.).

En cuarto lugar, se agravia por la indeterminación del hecho en la sentencia, ya que “no se especifica en qué etapa intervino Feito, con qué aporte, ni cuáles elementos probatorios se tuvieron en cuenta para hacerlo” (fs. 1813 vta.).

Se agravia también porque el *a quo* elevó la pena sin brindar razones jurídicas suficientes para inmiscuirse en una materia que —afirmó— es exclusiva del juez de primera instancia, por lo que su decisión en este aspecto sería arbitraria. Adi-



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

cionalmente expuso que el *a quo* tampoco llevó a cabo la audiencia prevista en el artículo 41 del Código Penal, lo que confirma, a criterio de la apelante, la arbitrariedad de la decisión, en tanto violatoria del derecho a ser oído. Y concluyó sobre el punto al afirmar que la revisión de la nueva mensuración "quedó restringida al recurso extraordinario federal, limitando la garantía del doble conforme que surge del art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (fs. 1814-1815).

Por último, la defensa critica que el *a quo* haya descartado la aplicación de la ley 24.390, en su versión no reformada, para computar la pena a cumplir por Feito, pues, en su opinión, pese a no encontrarse vigente al tiempo de comisión de los hechos, esa ley es de fondo y resulta más benigna, mientras que la ley modificatoria –la ley 25.430– queda excluida por la prohibición de retroactividad de la ley penal más gravosa. En nada cambia esta afirmación, según la recurrente, que los hechos atribuidos a Feito hayan sido calificados como permanentes pues, en el peor de los casos, cesaron de cometerse con el advenimiento de la democracia (fs. 1815-1817).

Ambos recursos fueron concedidos, ya que el *a quo* entendió que ponen en cuestión su interpretación de normas constitucionales (fs. 1831 y vta.).

–II–

En cuanto a la procedencia formal del recurso defensivo, conviene recordar, ante todo, los términos en los que fue concedido: "se ha cuestionado la inteligencia otorgada por esta Alzada a normas de carácter federal bajo la pretensión de que la interpretación efectuada contraría disposiciones de nuestra Constitución Nacional y de pactos internacionales de jerarquía constitucional, por lo que en esta

medida y más allá de las críticas relativas a la valoración de las pruebas (ajenas a la vía que se intenta), los planteos introducidos suscitan cuestión federal suficiente, habilitando la procedencia formal del recurso de conformidad con las previsiones del artículo 14 de la ley 48.” (fs. 1831).

En virtud de ello, considero que tal recurso no fue concedido en relación con el tercer agravio defensivo mencionado en el apartado anterior —es decir, el relativo al valor otorgado en la condena a la declaración de la testigo Tolchinsky— sin que la parte haya deducido queja a este respecto. Por lo tanto, a mi modo de ver, la jurisdicción de la Corte no ha quedado habilitada en lo que se refiere a ese punto (Fallos: 313:1202; 315:1687; 322:1231; 323:3798; 325:1038; 330:5082, entre otros).

Por el contrario, los recursos extraordinarios son formalmente admisibles en la medida en que los recurrentes han cuestionado la validez temporal de la ley penal, regulada en el artículo 2 del Código Penal, con remisión al principio de legalidad establecido en el artículo 18 de la Constitución, y el principio de aplicación de la ley más benigna, consagrado en los artículos 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la decisión ha sido contraria al derecho que fundaron en ellos (artículo 14, inciso 3, de la ley 48) (cf., en este sentido, Fallos: 331:472 y C. 671, XLI, “Cano, Gustavo Germán s/ejecución de sentencia —causa N° 1358/02/1”, de 5 de febrero de 2008).

Además, la defensa debate el alcance otorgado al principio de congruencia o correlación entre la acusación y la sentencia, garantía esencial del derecho de defensa previsto en el artículo 18 de la Constitución (cf. Fallos: 329:4624 y sus



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

citás), e invoca la indeterminación del hecho en la sentencia, lo que suscita cuestión federal bastante (cf. Fallos: 324:2133).

-III-

En cuanto al fondo del planteo del fiscal, lleva razón el representante del Ministerio Público al sostener que la decisión impugnada –al computar el tiempo de la condena que debe cumplir Simón haciendo uso de la regla “dos por uno” contenida en el artículo 7 de la ley 24.390 en su versión original– carece de la debida fundamentación, pues se apoya únicamente en la doctrina sentada en el precedente “Arce” (Fallos: 331:472) que, sin embargo, no resulta aplicable a este caso.

Sin perjuicio de la mejor interpretación que V.E. pueda hacer de sus propios precedentes, creo oportuno recordar que en “Arce”, mediante remisión al dictamen de esta Procuración General, se sostuvo que el artículo 7 de la ley 24.390 era aplicable en aquel caso en virtud de que ésa era la ley vigente en el momento de comisión del hecho de la causa y rechazó, así, la pretensión de aplicar al caso la ley 25.430, que modificó aquella norma, pues eso implicaría violar el principio constitucional que prohíbe la aplicación retroactiva de la ley penal.

Según lo aprecio, las circunstancias del *sub examine* son completamente distintas. La ley 24.390 entró en vigencia más de una década después de finalizado el gobierno *de facto* en cuyo contexto fueron cometidos los hechos atribuidos en este proceso. La ley vigente en el momento de los hechos no era, entonces, ésa, sino el artículo 24 del Código Penal según el cual ha de computarse un día de prisión por cada día que el condenado haya pasado en prisión preventiva. En fin, si se extendiera al caso en examen la doctrina del precedente “Arce” la conclusión debería ser

precisamente la opuesta a la adoptada por el *a quo*, esto es, que la regla de cómputo “dos por uno” del artículo 7 de la ley 24.390 no es aplicable al caso; y sí lo sería, en cambio, la contenida en el derecho vigente en el momento de comisión de los hechos de la causa.

La aplicación a los hechos de estas actuaciones de la regla de cómputo “dos por uno” de la ley 24.390 sólo podría fundarse en el derecho a la retroactividad de la ley penal más benigna que reconocen los artículos 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Ahora bien, como lo ha sostenido el anterior Procurador General de la Nación, doctor Esteban Righi, al dictaminar en el caso “Torea” (Fallos: 330:5158), el principio que esas normas garantizan no atribuye un derecho a la aplicación mecánica, irreflexiva o indiscriminada de cualquier ley posterior al hecho imputado por la sola razón de que ella resultaría más beneficiosa que la vigente en el momento de la comisión del hecho. Antes bien, el principio asegura que no se impondrán o mantendrán penas cuando la valoración social que pudo haberlas justificado en el pasado ha variado, en el sentido de que lo que antes era juzgado reprobable ya no lo es, o lo es sólo en menor medida. Por ello el derecho a la aplicación retroactiva de una ley más benigna requiere la evaluación de si la ley posterior al hecho es la expresión de un cambio en la valoración de la clase de delito correspondiente a los hechos de la causa (cf. en sentido equivalente, doctrina de Fallos: 321:824, disidencia del juez Petracchi, especialmente considerandos 11 y siguientes, al que remite la mayoría de la Corte en Fallos: 329:1053). Sólo en ese caso tiene el imputado por la comisión de un delito un derecho federal a la aplicación de la ley posterior más benigna. En los tér-



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

minos de una tradicional jurisprudencia de la Corte, la modificación de preceptos que condicionan la sanción penal "no configura un régimen más benigno si no traduce un criterio legislativo de mayor lenidad en orden a la infracción cometida" (Fallos: 211:443, y disidencia del juez Petracchi en Fallos: 321:824, considerando 9°).

La adopción de la regla de cómputo del artículo 7 de la ley 24.390 no fue el resultado de un cambio en la reprobación social de la clase de delitos que configuran los hechos por los que fue condenado Simón. Antes bien, fue concebida como un mecanismo dirigido a limitar temporalmente los encierros preventivos, para contenerlos dentro de los plazos razonables tal como lo exige el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (cf., a este respecto, el informe de la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados, que acompañó el proyecto de ley finalmente aprobado, y las exposiciones de los diputados Gauna y Pichetto, presidente y vicepresidente, respectivamente, de esa comisión, y del senador Alasino, en las sesiones del 26 de octubre de 1994 de la Cámara baja [*Diario de Sesiones. Cámara de Diputados de la Nación*, 28ª Reunión –continuación de la 10ª Reunión Ordinaria–, págs. 2651 y ss.] y del 2 de noviembre del mismo año del Senado [*Diario de Sesiones. Cámara de Senadores de la Nación*, 42ª Reunión, 16ª Sesión Ordinaria, págs. 4017 y ss.]). El mecanismo elegido –el cómputo de dos días de prisión en cumplimiento de pena por cada día de prisión preventiva si es que ésta ha superado el plazo de dos años–, sin embargo, no obtuvo los resultados buscados y fue derogado, poco más de seis años después, mediante la ley 25.430 (cf. las exposiciones de los legisladores en las sesiones del 14 de marzo de 2001 de la Cámara de Diputados [*Diario de Sesiones. Cámara de Diputados de la Nación*, 3ª Reunión –

continuación de la 1ª Sesión Ordinaria] y del 3 de mayo del mismo año del Senado [*Diario de Sesiones. Cámara de Senadores de la Nación*, 24ª Reunión, 6ª Sesión Ordinaria).

A ello cabe añadir que a diferencia de cuanto ocurrió en el precedente “Arce”, donde el imputado había permanecido detenido durante la vigencia del artículo 7 de la ley 24.390, en el *sub judice* el condenado Simón fue privado de su libertad cuando ese cómputo privilegiado ya había sido derogado. En efecto, ese precepto fue abrogado por la reforma introducida por la ley 25.430, publicada en el Boletín Oficial el 1º de junio de 2001, mientras que el nombrado recién fue detenido en esta causa el 11 de julio de 2002 (cf. fs. 1508 vta.), razón por la cual el cómputo de su detención preventiva debe practicarse con arreglo a esta norma que, en definitiva, mantuvo la regla “uno por uno” del artículo 24 del Código Penal, aunque restringiendo la duración temporal de esa medida cautelar en aplicación del artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Este criterio, asimismo, observa la letra de la propia ley 24.390, cuyo artículo 8 (derogado por la ley 25.430) limitaba los efectos de esa modificación del artículo 24 del Código Penal “para los casos comprendidos en esta ley”.

En fin, la regla de cómputo “dos por uno” del artículo 7 de la ley 24.390 no fue la expresión de un cambio en la valoración social de la clase de delitos que han sido atribuidos en este proceso. Ella sólo importó la adopción, durante el plazo relativamente breve de su vigencia, de un arreglo tendiente a reducir los plazos de los encarcelamientos preventivos de todos los procesos penales. Ella no es —entendiendo— el tipo de norma para la cual se aplica el derecho a la retroactividad de la ley penal más benigna de los artículos 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Si a ello se suma que al reformar esa ley con anterioridad –como se dijo– a la detención de Simón, el legislador declaró expresamente que ella “integra el Código Procesal Penal de la Nación” (art. 10, según ley 25.430) y que las normas procesales, por su naturaleza instrumental, son de aplicación inmediata a las causas en trámite (Fallos: 217:804; 327:2703 y sus citas), más allá de las opiniones que en doctrina puedan sostener que ello no las excluye de la garantía que consagra el artículo 2º del Código Penal, toda vez que la primera regla de interpretación de la ley es su sentido literal y la voluntad del legislador (Fallos: 325:1922 y 3229; 326:704, entre otros), entiendo que la conclusión adelantada resulta ineludible como simple aplicación –respecto de la restricción cautelar de la libertad– del principio *tempus regis actum*.

En este sentido, Jorge Clariá Olmedo enseña que “...una ley procesal penal creadora o modificadora de una actividad o situación, regirá de presente y de futuro, no afectando la actividad ya cumplida ni la situación ya adquirida. A su vez, la norma derogada no regirá como regla para la actividad a cumplir o situación a adquirir: no ultraactividad de la ley derogada”. Al tratar las excepciones a esas reglas, señala que rigen en lo que respecta a la situación y libertad del imputado e indica que “la nueva ley no puede empeorar una situación *ya adquirida*; en cambio, sí se aplicará si favorece al contemplado en la norma por otorgarle una *situación más beneficiosa que la adquirida por aplicación de la ley anterior*” (“Derecho Procesal Penal”, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1984, tomo I, n° 82, págs. 104 y 105 –énfasis agregado).

No encuentro, en conclusión, razón que respalde la decisión del *a quo* que el fiscal impugna. Por lo tanto, toda vez que lo resuelto importa una irrazonable

interpretación de la ley 24.390 y del alcance del precedente “Arce”, considero que la sentencia apelada debe ser revocada por arbitrariedad.

–IV–

Por otro lado, en relación con el primer agravio de la defensa de Alfredo Omar Feito, referido a la alegada violación de los principios constitucionales de legalidad e irretroactividad de la ley penal más gravosa, el *a quo* recordó que la Corte ya se pronunció a ese respecto, en sentido contrario al pretendido por la recurrente, en las sentencias dictadas el 11 de diciembre de 2007 en esta misma causa (cf. fs. 1712 vta.), y el recurso federal simplemente reedita los fundamentos considerados en esas sentencias, así como en las publicadas en Fallos: 326:2805, 327:3312, 328:2056 y 330:3248.

Tan es así que la defensa afirma: “[...] si bien es cierto que no se han invocado argumentos nuevos en esta causa, no lo es menos que nuestra Corte no tiene la última palabra. Por tanto, el planteo fue efectuado, y se mantiene, para no consentir que siga vigente la acción en esta causa y, de ese modo, mantener [...] subsistente la posibilidad de plantear el caso, una vez agotada la vía local, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.” (fs. 1807 vta.).

Sin menoscabo de esa estrategia de la asistencia letrada de Feito, cabe agregar en orden a la insustancialidad del planteo, que el citado precedente de Fallos: 328:2056, al que V.E. remitió al resolver en autos el 11 de diciembre de 2007, se fundó, entre otros numerosos argumentos, en el criterio adoptado precisamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al dictar sentencia el 14 de mayo de 2001 en el caso “Barrios Altos vs. Perú”, Serie C n° 75 (ver considerandos 23 y ss.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

del voto del doctor Petracchi; 18 y ss. del voto del doctor Boggiano; 19 del voto del doctor Maqueda; 14, 15 y 26 del voto del doctor Zaffaroni; 14 y 25 del voto de la doctora Highton de Nolasco; 21 del voto del doctor Lorenzetti; 14 del voto de la doctora Argibay; e incluso en los considerandos 77 y ss. del voto en disidencia del doctor Fayt).

En consecuencia, estimo que el agravio en cuestión no debe prosperar, al no haber refutado la defensa los fundamentos que dan sustento a ese aspecto de la decisión apelada (cf., art. 3, letra "d", de la Acordada n° 4/2007 de la Corte, y la jurisprudencia del Tribunal que respalda a esta regla –Fallos: 324:906 y 2885; 325:309; 327:5106, entre otros–).

–V–

En cuanto a la invocada violación del principio de congruencia, lleva la razón el *a quo* al sostener que el cambio de calificación de los hechos imputados tras las indagatorias de Feito no implicó una modificación de la base fáctica capaz de afectar el derecho de defensa (fs. 1660 vta-1661).

Respecto de los alcances del principio de congruencia, la doctrina de la Corte ha establecido que exige la identidad fáctica de la hipótesis acusatoria que fue objeto de imputación y debate en el proceso. Más específicamente, la congruencia constitucionalmente requerida se limita al conjunto de hechos sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva. Los meros cambios de calificación jurídica no generan agravio constitucional de esa naturaleza, salvo que sean tales que hayan desbaratado la estrategia defensiva del acu-

sado impidiéndole formular sus descargos (cf. Fallos: 330:5020, voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, y sus citas).

Desde esa perspectiva, son insuficientes para demostrar agravio constitucional las quejas de la defensa que ponen particular énfasis en señalar que Feito “no fue indagado por estar sospechado de: cometer el delito que surge del art. 210 del CP, ni respecto de sus agravantes” (fs. 1808), destacando que entre la normativa que le fue informada no se incluyeron los artículos 210 y 210 bis del Código Penal (fs. 1808-1809).

En su intento por fundar la objeción de que los hechos intimados en las indagatorias son distintos de aquellos tenidos en cuenta en la condena, la defensa transcribe parcialmente la relación de la imputación informada a Feito durante el acto de la primera indagatoria: “las menciones de que Feito habría estado ‘interviniendo en un accionar sistemático y organizado junto a otros integrantes de fuerzas de seguridad y/o militares’ o en el marco de un ‘sistema ilegal de represión’, no abren la posibilidad de considerar que fue indagado por el delito de asociación ilícita, puesto que, seguidamente, se agrega ‘participando en la comisión de los siguientes hechos’, es decir, se lo imputaba como interviniente en delitos concretos, determinados y delimitados, por tanto, sólo de esos eventos se lo podía considerar intimado” (fs. 1808 y vta.).

Sin embargo, la imputación completa que se informó a Feito en sus indagatorias del 12 y 31 de marzo de 2009, incluye una primera parte en la que se le atribuyó “haber integrado, en su carácter de sargento ayudante de caballería de la central de reunión del Batallón de Inteligencia 601 del Ejército Argentino, grupos operativos –grupo de operaciones especiales 50– que constituyeron el sistema ilegal

Ministerio Público
Procuración General de la Nación

de represión implementada entre los años 1976 y 1983 bajo el control operacional del Batallón de Inteligencia 601 del Ejército Argentino".

También omitió la defensa que tras la descripción de los secuestros, privaciones ilegales de la libertad y desapariciones forzadas en las que intervino Feito, en su carácter de integrante de aquel grupo operativo que fue parte del sistema ilegal de represión desplegado en esa época, se aclaró que los hechos fueron cometidos "en el marco" de directivas y órdenes precisas de los máximos responsables del gobierno *de facto*, que luego fueron valoradas para tener por probada la existencia de un plan criminal cuya ejecución parcial estuvo a cargo de grupo de operaciones que él integraba (cf. fs. 1378-1511).

En síntesis, entiendo que debe descartarse la objeción defensiva según la cual Feito habría sido intimado sólo por aquellos hechos concretos en los que intervino, ya que también se le informó que se le estaba imputando integrar un grupo de operaciones que tenía entre sus fines ejecutar ese tipo de acciones ilegales, en tanto era parte de la estructura de poder ilegítimo que debía llevar a cabo el plan criminal de aquel gobierno.

Tampoco puede admitirse "como otra incongruencia burda el hecho de que se le haya atribuido 'haber integrado [el] grupo de operaciones 60', mientras que las acusaciones le enrostraban su pertenencia al 'Grupo 50'" y que, además, en varios pasajes del escrito se dice que integraba el GT2, lo que fue descartado por el juez de grado" (fs. 1808).

En efecto, en cuanto al grupo de operaciones que integró Feito, en las declaraciones indagatorias del 12 y 31 marzo de 2009 se corrige el error, señalado por la defensa, que se había cometido en la primera indagatoria, realizada el 21 de

septiembre de 2007, al haberse indicado equívocamente la denominación de tal grupo de operaciones. Por lo tanto, no se advierte qué perjuicio le pudo ocasionar a la recurrente ese error enmendado antes de la clausura del sumario, lo cual torna insustancial el planteo.

Por otro lado, no logra identificarse a qué “escrito” de la acusación se refiere el letrado al afirmar que en varios de sus pasajes se le atribuye a Feito haber integrado el Grupo de Tareas o de Trabajo n° 2, ya que los escritos que formalizaron las acusaciones, obrantes en este legajo, indican, por el contrario, la pertenencia del condenado a grupos de operaciones dependientes del Batallón 601 del Ejército Argentino (cf. fs. 469 vta., 474 vta. y 529 vta.-530 vta.). Y tampoco se advierte el motivo por el cual se habría violado el principio de congruencia al descartar la sentencia de primera instancia ese supuesto dato incorporado en alguno de los escritos de la acusación; la defensa no argumenta nada a este respecto, sino que se limita a afirmar la violación del principio en cuestión, lo cual permite desechar la existencia del agravio por falta de fundamentación.

Este déficit también se observa cuando la asistencia técnica intenta sostener la falta de congruencia entre lo anoticiado a Feito en sus indagatorias y la base fáctica de la sentencia, en relación con los tipos penales de los artículos 144 *bis*, incisos 1 y 3, del Código Penal, en los que fueron subsumidos algunos de los hechos que se tuvieron por probados. En efecto, afirma que las conductas previstas en esas normas “son disímiles entre sí, por lo que se debían haber informado de otro modo”, y que “tampoco guardan relación alguna con la información de los hechos que se le hizo saber a mi asistido” (fs. 1808 vta.)

Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Sin embargo, lo cierto es que a Feito se le comunicó, antes de prestar las declaraciones indagatorias del 12 y 31 de marzo de 2009, que se le imputaban los secuestros, privaciones ilegales de la libertad y desapariciones forzadas de Julio César Genoud, Verónica María Cabilla, Lía Mariana Ercilia Guanguiroli, Ángel Carbajal y Ricardo Marcos Zucker, y la privación ilegal de la libertad de Silvia Noemí Tolchinsky, con indicación del lugar y del período en que esos hechos habían ocurrido, tras haberle aclarado que intervino en ellos en su carácter de sargento ayudante de caballería de la central de reunión del Batallón de Inteligencia 601 del Ejército Argentino, e integrante del grupo de operaciones especiales 50, que dependía de ese Batallón. Por esos hechos fue condenado con base en lo dispuesto en el artículo 144 *bis*, inciso 1, del Código Penal (cf. fs. 1464 vta.-1480 vta. y 1510).

Tampoco se puede obviar que, durante la declaración del 26 de marzo de 2009, tras haber negado conocer a Tolchinsky, Feito fue informado de lo declarado por ella en cuanto al tratamiento degradante que le había brindado durante el período en que estuvo privada ilegalmente de libertad bajo su custodia. Tan es así que fue preguntado, por ejemplo, si quería aclarar algo respecto de lo dicho por la testigo en cuanto a que “cuando estuvo secuestrada en la primera quinta en Campo de Mayo —entre el 11 de septiembre de 1980 hasta noviembre de ese año—, Cacho [sobrenombre de Feito], junto con el gitano, la interrogaron con tonterías ofensivas, cosas destinadas a humillar e intimidar. Tenía que ir al baño [y bañarse] delante de todos [...] y sus interrogatorios tenían que ver con la tortura del Padre Adur” (cf. fs. 1447). Y justamente el caso de Tolchinsky fue el único por el cual Feito resultó condenado por el delito previsto en el artículo 144 *bis*, inciso 3, del Código Penal (cf. fs. 1464 vta.-1480 vta. y 1510).

En síntesis, al considerar que tales circunstancias fácticas, intimadas a Feito antes de sus declaraciones en la etapa del sumario, son las mismas tenidas en cuenta en la sentencia condenatoria, y al no advertir de qué manera la mencionada calificación de esos hechos pudo desbaratar la estrategia defensiva, entiendo que el agravio invocado a este respecto no puede prosperar, en tanto refleja, en definitiva, una discrepancia sobre esas cuestiones de hecho y de derecho común que no comprometen la garantía constitucional invocada.

Lo dicho vale también para descartar el agravio que le habría provocado a la defensa la supuesta indeterminación de los hechos en la sentencia.

En efecto, ya en ocasión de recibírsele declaración indagatoria durante la etapa sumarial, la descripción de la hipótesis acusatoria de Feito cumplía con la necesaria “condición de especificidad” de la imputación, exigencia según la cual la intimación debe comunicar clara y circunstanciadamente al acusado todos los rasgos de un hecho que hacen de él un obrar ilícito, y tantas de sus propiedades como sea necesario para establecer con precisión cuál es la norma que así lo caracteriza (cf., *a contrario sensu*, Fallos: 328:341, disidencia del juez Petracchi).

En efecto, Feito supo desde entonces que se le imputaba integrar, en su carácter de funcionario público, cierto grupo de operaciones dependiente del Batallón de Inteligencia 601 del Ejército Argentino, cuya misión era ejecutar acciones delictivas en cumplimiento del plan de represión implementado por el último gobierno *de facto*, y que en ese carácter participó de los secuestros, privaciones ilegales de la libertad y desapariciones forzadas precisamente descriptas mediante la identificación de las víctimas, el lugar y el tiempo en que habrían ocurrido. Por estos mismos acontecimientos fue condenado, y tal especificidad de la base fáctica permitió a



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

su defensa, como se ha visto, cuestionar la subsunción legal y la congruencia entre la acusación y la sentencia, además de garantizarle que no será sometido nuevamente a persecución penal por tales hechos, más allá de cualquier variante que se pretenda invocar en cuanto a su aporte o participación en ellos, o bien en cuanto al modo, tiempo o lugar en que habrían ocurrido. En consecuencia, no observo restricción alguna a su derecho de defensa que pueda desprenderse de la descripción de los hechos en la sentencia.

—VI—

Sabido es que el ejercicio por parte de los magistrados de sus facultades para graduar las sanciones dentro de los límites ofrecidos para ello por las leyes respectivas, se vincula con cuestiones de hecho, prueba y derecho común, propias de los jueces de la causa y ajenas, por regla, al ámbito de la apelación extraordinaria (Fallos: 331:1099 y sus citas). Se ha hecho excepción a ese principio con base en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 315:1658; 320:1463, entre otros).

Al analizar bajo esos criterios el agravio acerca de la elevación de la pena dispuesta por el *a quo*, no advierto que carezca de fundamentos suficientes para considerarla acto jurisdiccional válido. En este sentido, estimo que la sentencia impugnada contiene, a ese respecto, un apartado dedicado a valorar analíticamente las circunstancias conducentes para la determinación de la pena, es decir, por un lado, la gravedad de los hechos atribuidos a Feito, circunstancia decisiva a juicio de la Cámara, al tener en cuenta el "principio de culpabilidad por el hecho que rige en materia penal por imposición constitucional"; así como, por otro lado, "la extensión del daño causado, las especiales cualidades de las víctimas, las circunstancias que rodearon

a la comisión de los hechos y las condiciones personales del autor” (cf. fs. 1696 vta.-1699). Las consideraciones referidas a todo ello impiden cuestionar la razonabilidad de lo resuelto no sólo porque la jurisdicción también se hallaba habilitada por el recurso acusatorio del Ministerio Público, sino porque, más allá de su acierto o error, encuentran sustento en el artículo 41 del Código Penal, por lo que no se alcanza el estándar definido por la Corte, hace más de cincuenta años, para dar lugar a un supuesto de inequívoco carácter excepcional como es la arbitrariedad (Fallos: 247:713 y sus citas).

Además, ninguna de tales consideraciones fue objeto de una crítica puntual por parte de la defensa, la que se limitó a afirmar su insuficiencia. Desde esta perspectiva, el planteo carece de la debida fundamentación a la que se refiere el artículo 15 de la ley 48, pues ella exige que el apelante rebata todos y cada uno de los fundamentos en que se apoya el juez para arribar a las conclusiones que lo agravan (Fallos: 310:1465; 312:587; 331:563, entre otros).

Tampoco parece suficiente el planteo referido a la restricción indebida del derecho de defensa que habría implicado la invocada imposibilidad de brindar argumentos antes de la fijación de la nueva pena, pues no se precisan cuáles serían esos argumentos que el condenado se vio privado de ofrecer, ni se alegan los motivos por los que no se habría podido ofrecerlos antes de la decisión de la Cámara, en violación a su derecho a ser oído.

Aprecio que esa omisión del recurrente adquiere mayor entidad si se tiene presente que a lo largo de sus declaraciones indagatorias (reseñadas a fs. 1443 vta./1447 vta.) su asistido negó toda vinculación con los hechos por los que fue condenado y con las víctimas. Frente a esa alegada ajenidad, el correcto planteo del

Ministerio Público
Procuración General de la Nación

agravio imponía un desarrollo que permitiera apreciar que no se dirige a un vacío formalismo (cf. Fallos: 324:1564; 327:2315 y sus citas). En ese sentido y a fin de brindar una mejor respuesta al planteo, observo que el derecho a ser oído que se manifiesta de modo implícito en el inciso 2º del artículo 41 del Código Penal, reconoce un alcance limitado exclusivamente a ciertos aspectos de la individualización de la pena, razón por la cual el legislador lo ha condicionado a “la medida requerida para cada caso” (cf. Fallos: 320:1463, considerando 7º).

Sin menoscabo de esa insuficiente fundamentación, resta añadir que este aspecto del planteo también aparece como producto de una reflexión tardía que obsta a su procedencia (Fallos: 311:371; 313:342 y 1391, entre otros), pues recién fue introducido en la apelación federal. Más aún, al margen de que el pedido de mayor pena del fiscal permitía presumir su agravamiento, en el memorial ante el *a quo* la defensa había solicitado la aplicación del mínimo y su ejecución condicional (cf. fs. 729 y 730 vta., punto E), lo cual, al suponer también una evaluación de las condiciones personales de su asistido, bien podría haberla motivado a pedir tal audiencia personal.

Similar deficiencia puede predicarse del agravio –apenas mencionado por el recurrente– referido a la supuesta restricción al derecho a recurrir el fallo condenatorio, garantizado por el artículo 8.2.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la elevación de la pena dispuesta por el *a quo*. En efecto, en primer término, el recurrente no ofrece ninguna razón en favor de la interpretación –implícita en la formulación de su agravio– según la cual el derecho al recurso reconocido por la Convención impediría al tribunal de apelación modificar la pena impuesta por el tribunal de primera instancia, u obligaría a conceder un nue-

vo recurso amplio contra la decisión del tribunal de alzada, máxime teniendo en cuenta que conoció tanto del recurso de la defensa como del acusatorio. En segundo término, aun si esa interpretación hubiera sido esgrimida, la apelación federal no ofrece fundamento alguno relacionado con el caso concreto, en tanto no da cuenta de cuáles serían los argumentos defensivos que se invocarían para requerir el reexamen amplio, por un tribunal distinto, de la decisión de modificación de la pena. En otras palabras, el recurso no expone cuáles son las críticas a esa decisión que justificarían el ejercicio del derecho en cuestión, por lo que no se advierte el perjuicio causado a la parte (cf., en este sentido, Fallos: 330:1975).

—VII—

Por último, en lo que respecta a la aplicación al caso de Feito de la regla de cómputo “dos por uno” —cuya denegación por el *a quo* ha impugnado la defensa— son de aplicación los argumentos que he desarrollado en la sección III de este dictamen.

Sobre la base de lo allí sostenido, considero que tampoco corresponde la aplicación de la regla de cómputo “dos por uno” del artículo 7 de la ley 24.390 al caso de Feito, pues fue detenido preventivamente el 19 de septiembre de 2007, es decir, cuando ese precepto había sido derogado (cf. fs. 1509), lo cual lo aleja más aún de la situación examinada por la Corte en el precedente “Arce” que invoca el recurrente. En esa medida, concluyo que el recurso debe ser rechazado también en este aspecto y la sentencia, confirmada en lo que respecta al cómputo de la pena que el condenado ha de cumplir, sin que a estos fines incida el carácter permanente o no de los delitos imputados en razón del criterio adoptado.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

-VIII-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde revocar la decisión impugnada en lo referido al punto específico que fue objeto del recurso del fiscal y, en lo que respecta al recurso de la defensa, confirmarla en lo referido al cómputo de pena de Feito tratado en el apartado precedente y desestimarla en lo relativo a los restantes agravios.

Buenos Aires, 8 de julio de 2013.

EDUARDO EZEQUIEL CASAL.


ADRIANA N. MARCHISIO
Prosecretaría Administrativa
Procuración General de la Nación