

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 1470/13
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

REGISTRO Nº 1127/15

///la Ciudad de Buenos Aires, a los 29 días del mes de junio del año dos mil quince, se reúnen los integrantes de la Sala Tercera de la Cámara Federal de Casación Penal, doctores Liliana Catucci, Eduardo Rafael Riggi y Ana María Figueroa, bajo la presidencia de la primera de los nombrados, asistidos por el Prosecretario de Cámara, doctor Walter Daniel Magnone, con el objeto de dictar sentencia en la **causa n° 1470/13 caratulada "Fano, Osvaldo Jorge s/recurso de casación"**, del registro de esta Sala III. Interviene en representación del Ministerio Público ante esta Cámara, el doctor Ricardo Wechsler, asistiendo al imputado Jorge Osvaldo Steding, la señora Defensora Pública Oficial *ad hoc* doctora Magdalena Laiño, al imputado Jorge Osvaldo Fano, los doctores Fabián Gabalachis y Gustavo F. La Torre y al imputado Luis Eduardo García, el doctor Carlos Arturo Varese.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó el orden siguiente: Figueroa, Riggi y Catucci.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

La señora jueza **doctora Ana María Figueroa** dijo:

PRIMERO:

Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Comodoro Rivadavia con fecha 04 de julio del año 2013, en lo que aquí interesa, resolvió "...1) **Rechazando** la totalidad de los planteos propuestos por las defensas vinculadas a nulidades y excepciones a título de defensas de fondo y forma.

2) **Calificando** los hechos objeto de este proceso como delitos de lesa humanidad.

3) **Condenando a Osvaldo Jorge Fano**, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de tormentos por parte de un funcionario público a los presos que guarde, agravado por ser la víctima un perseguido político y seguido de muerte en perjuicio de Mario Abel Amaya en concurso

real con el delito de tormentos por parte de un funcionario público a los presos que guarde, agravado por ser la víctima un perseguido político y seguido de muerte en perjuicio de Mario Abel Amaya (art. 144 ter del Código Penal, conforme texto de la ley 14.616 -vigente al tiempo de los hechos-) a la pena de veintitrés (23) años de prisión, inhabilitación absoluta y perpetua, accesorias legales y costas del proceso, calificados como delitos de lesa humanidad (arts. 1, 5,12, 19, 29 inc. 3, 40, 41, 45, 55 del Código Penal; arts. 398, 399, 530, 531 y cctes. del Código Procesal Penal, art. 118 de la Constitución Nacional ex 102 texto 1853).

4) Condenando a Jorge Osvaldo Steding, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de tormentos por parte de un funcionario público al preso que guarde, agravados por ser la víctima un perseguido político y seguido de muerte en perjuicio de Mario Abel Amaya (art. 144 ter del Código Penal, conforme texto de la ley 14.616 -vigente al tiempo de los hechos-) a la pena de diecisiete (17) años de prisión, inhabilitación absoluta y perpetua, accesorias legales y costas del proceso, calificado como delito de lesa humanidad (art. arts. 1, 5,12, 19, 29 inc. 3, 40, 41, 45 del Código Penal, arts. 398, 399, 530, 531 y cctes. del Código Procesal Penal, art. 118 de la Constitución Nacional ex 102 texto 1853).

5) Condenando a Luis Eduardo García, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de encubrimiento a la pena de dos (2) años de prisión, de cumplimiento efectivo y costas del juicio (arts. 1, 5, 26, 40, 41, 45, 77 y 277 inc. 6 del Código Penal conforme texto de la ley 11.179; arts. 398, 399, 530, 531 y cctes. del Código Procesal Penal, art. 118 de la Constitución Nacional ex 102 texto 1853). Y hasta tanto adquiriera firmeza la presente disponiendo la absoluta prohibición de salida del país, con la entrega de su pasaporte; y su presentación, ante el Patronato de Liberados o la autoridad de aplicación que la sustituya de su domicilio de manera quincenal.

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 4170/01
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

SEGUNDO:

I. Contra este pronunciamiento interpusieron recursos de casación las defensas de Fano, Steding y García, los que fueron concedidos. Durante el plazo del art. 465 del C.P.P.N. y en la oportunidad del art. 466 ibídem, la Defensora Pública Oficial de Jorge Osvaldo Steding, doctora Magdalena Laiño, amplió los argumentos vertidos por su predecesor e introdujo, con cita de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes "Catrilaf, Ricardo o Fernández, Luis Miguel" y "Concha Alejandro s/ rec. de casación", dos nuevos agravios referidos a la vulneración a la garantía a ser juzgado en un plazo razonable y a la inconstitucionalidad del art. 19 inciso 4º del CP (cfr. fs. 2596/2611).

a) Violación a la garantía a ser juzgado en un plazo razonable.

Sostuvo que de acuerdo a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos "Mattei", "Pileckas", "Klosowsky", "Mozzatti" y "Casiraghi", entre otros, la excesiva duración del proceso constituye una tergiversación de todo lo instituido por la Constitución Nacional, en relación a los derechos de la personalidad, los que resultan agravados hasta su aniquilación; al igual que el enfático propósito de afianzar la justicia expuesto en el preámbulo y en los mandatos explícitos e implícitos que aseguran a todos los habitantes de la Nación la presunción de inocencia y la inviolabilidad de su defensa en juicio y debido proceso legal, concluyendo que ello es así toda vez que dichas garantías constitucionales se integran por una rápida y eficaz decisión judicial.

Explicó que los hechos ocurrieron hace más de 37 años y que habiéndose restaurado la democracia en dos ocasiones (1973-1976 y 1983), no puede ahora el Estado efectivizar este enjuiciamiento cuando no lo hizo con anterioridad, aclarando que en el caso de su asistido sí lo hizo y éste obtuvo un sobreseimiento por prescripción en el año 1985 por el mismo hecho por el que ahora fue juzgado y condenado.

b) Inconstitucionalidad del art. 19 inc. 4 del CP

Sostuvo que la inhabilitación absoluta como accesoria de la pena privativa de la libertad superior a tres años, regulada en el art. 12 del CP, en cuanto importa la suspensión del goce de jubilaciones, pensiones o retiros, sean éstos civiles o militares –art. 19 inciso 4 del citado cuerpo legal– supone una clara violación a la C.N que de ser aplicada colocaría a su asistido en una irrazonable situación de desamparo.

Puntualizó que el art. 19 inc. 4 del CP vulnera el derecho de propiedad tanto en su uso como en disposición (art. 14 CN) como en su inviolabilidad (art. 17 CN) pues priva al condenado de sus beneficios jubilatorios y de ese modo supone una intromisión del Estado en la esfera privada de las personas sin fundamento racional alguno fuera del estrictamente retributivo.

Asimismo, expresó que la norma en cuestión desvirtúa y restringe el derecho a la seguridad social (art. 14 bis de la CN) en cuanto priva a su defendido de un derecho de carácter integral e irrenunciable, por lo que presupone un menoscabo del principio de razonabilidad (art. 28 de la CN).

Adujo que cabe reparar en la incoherencia del legislador en tanto que por la norma cuestionada dispone para los penados la suspensión del goce de los beneficios previsionales o haberes de retiro, por el inciso g) del art. 107 de la ley 24660, se establece que en el trabajo de los penados deberá respetarse la legislación laboral y de seguridad social vigente, lo que implica que el mismo es remunerado y en lo que aquí atañe, supone la realización de aportes.

Según su criterio, reviste total inconsistencia que al condenado inhabilitado que resulta incluido en el sistema previsional en calidad de aportante por las actividades laborales que realiza en una unidad penitenciaria se lo excluya de dicho sistema al privárselo de los beneficios previsionales.

Afirmó que todo ello se contrapone al fin de la pena fijado por la CN y el Bloque de Convencionalidad (arts. 18 CN, 5 DUDH, 1.3 PIDCyP, 5.6 CADH y art. 1 de la ley 24660),

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 2470/11
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

agregando que también colisiona con el art. 16 de la CN en tanto distingue para el goce de derechos entre personas condenadas a penas inferiores a tres años y las que lo fueren por un término mayor, pues a su ver, dicho distingo carece de todo fundamento.

A lo expuesto adunó que vulnera los principios de trascendencia mínima del poder punitivo de estado al extender las consecuencias de la pena, al cónyuge y al entorno familiar del condenado, de humanidad, de buena fe y *pro homine*.

Por ello, solicitó se declare en el caso la inconstitucionalidad del art. 19 inc. 4 en función del art. 12 del CP.

Reiteró la reserva del caso federal y peticionó para el caso de que no se haga lugar al recurso de casación, se otorgue efecto suspensivo a la resolución que se dicte, manteniendo el *status quo* que a la fecha ostenta su asistido

Por su parte, el representante del Ministerio Público Fiscal, doctor Ricardo Gustavo Wechsler solicitó, por los fundamentos expuestos a fs. 2613/2627, que se rechacen los recursos de casación interpuestos por las defensas de los imputados.

II. En oportunidad de efectuarse la audiencia prevista en el artículo 468 del Código Procesal Penal de la Nación informaron oralmente los doctores Gustavo La Torre (defensor de Osvaldo Fano), Carlos Arturo Varese (defensor de Luis Eduardo García), la señora Defensora Pública Oficial ad-hoc, doctora Magdalena Laiño, por la defensa de Jorge Osvaldo Steding y el señor Fiscal General, Ricardo G. Wechsler.

Los últimos nombrados hicieron uso del derecho que les confiere el citado artículo de acompañar breves notas. El Tribunal pasó a deliberar.

TERCERO:

1- En primer término cabe señalar que los recursos deducidos son formalmente admisibles, pues han sido introducidos por los imputados, asistidos técnicamente, en legal tiempo y forma, habiéndose satisfecho los requisitos

previstos en el art. 463 del CPPN, dirigidos contra la sentencia definitiva que pone fin al proceso -artículo 457 del CPPN- y los motivos de agravios han sido encauzados bajo ambos supuestos previstos en el art. 456 del mismo cuerpo legal.

En cumplimiento de las normas convencionales y para garantizar la revisión de la sentencia definitiva, de conformidad con los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos -con jerarquía constitucional, artículo 75, inc. 22 CN-, la sentencia recurrida será abordada de acuerdo con los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo C.1757.XL "Casal, Matías Eugenio y otros s/robo simple en grado de tentativa causa n° 1681" (CSJN rta. el 20/9/05, Fallos: 328:3399) que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar o sea, de agotar la revisión de lo revisable. Así, el tribunal de casación debe hacer una revisión amplia de la sentencia, en el sentido de que *"...debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable... el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible, al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular...; y que "...lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación..."*.

2- Que ante ello y previo a ingresar al tratamiento del fondo de los recursos interpuestos por las defensas de los imputados, resulta pertinente evocar el hecho que el tribunal tuvo por acreditado por el cual resultaron condenados Osvaldo Jorge Fano, Jorge Osvaldo Steding y Luis Eduardo García.

En la sentencia impugnada quedó establecido "que los Dres. Mario Abel Amaya e Hipólito Solari Yrigoyen estuvieron en calidad de detenidos a disposición del Poder Ejecutivo Nacional en la Unidad 6 de Rawson, dependiente del Servicio Penitenciario Federal, el primero entre el 11 y el 28 de

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 4170/77
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

septiembre de 1976, y el segundo entre el 11 de septiembre de 1976 y el 8 de mayo de 1977 (testimonios de Hipólito Solari Yrigoyen, de Teresa Hansen, de Ramón Torres Molina, de José Acuna y de David Patricio Romero; entre otros, Decreto Nº 1878/76, Libro de Ingresos y Egresos de la Unidad 6 reservado bajo efecto Nº 817).

Que desde sus ingresos al penal -y aun antes cuando arribaron al aeropuerto Almirante Zar y descendieron del avión que los trasladó desde Bahía Blanca-, como asimismo mientras permanecieron allí, Amaya y Solari Yrigoyen fueron víctimas de golpes (sobre sus humanidades), obligados a padecer frío, a permanecer en lugares húmedos, sometidos a baños con agua fría en pleno invierno, con vestimenta inadecuada para los tiempos climáticos, con una alimentación insuficiente, forzados a correr, atacados con insultos y calificativos humillantes, acciones todas integrantes de un "tratamiento penitenciario" tendientes a disminuir sus capacidades físicas y mentales, a anularlos como personas y a quebrarlos en su resistencia.

Que en el caso de Amaya el "tratamiento penitenciario" que se le aplicó en esa cárcel incidió de manera decisiva en el agravamiento de su salud que motivó, previo traslado a la cárcel de Devoto el 28 de septiembre de 1976, su fallecimiento el 19 de octubre de ese mismo año por una "una insuficiencia cardíaca aguda por infarto agudo de miocardio" (según la partida de defunción, fs. 54).

Que los malos tratos descriptos fueron realizados en cumplimiento de órdenes emanadas del gobierno de facto encabezado por Jorge Rafael Videla. Que el Director de la cárcel Jorge Osvaldo Fano -entre otros más, como el Oficial Steding- transmitieron las órdenes a sus subordinados a los efectos de su cumplimiento, dentro del contexto de un plan sistemático y general de represión contra la población civil llevado a cabo en los centros de detención.

Que Luis Eduardo García, como médico y funcionario del Servicio Penitenciario Federal, tuvo conocimiento de las condiciones en que se desarrolló la estadía de estas dos

víctimas en la unidad carcelaria y no lo denunció como era su deber.

Que los acusados Fano, Steding y García revestían la calidad de integrantes del Servicio Penitenciario Federal, con los grados de Subprefecto, Adjuntor Principal y Subayudante, cumpliendo funciones de Director, de Jefe de Turno y de Médico Asistente, respectivamente, en la Unidad 6 del SPF en Rawson, en el lapso en que ocurrieron los hechos examinados, con la aclaración que el primero estuvo hasta el 21/1/77 y el segundo hasta el 1/3/77 (fs.13 del legajo personal de Fano, fs. 12 del de Steding y fs. 1/2 y 3 del de García).

Asimismo, el tribunal reseñó como antecedente de los hechos juzgados (aclarando que no formaron parte de la acusación) que previo al ingreso a la Unidad 6 de Rawson, los Dres. Mario Abel Amaya e Hipólito Solari Yrigoyen habían sido víctimas de secuestro en horas de la noche -ambos el mismo 17 de agosto de 1976- en sus respectivos domicilios (Perorado 120 de la ciudad de Trelew y Aaron Jenkins 593 de Puerto Madryn, respectivamente, de la Provincia de Chubut), y padecido de manera ilegítima, detención clandestina y malos tratos por quienes ostentaban el poder en ese entonces, pasando por un incidente de supuesta liberación, en la ciudad de Viedma, que a esta altura puede afirmarse fue una farsa, hasta que a partir del Decreto N° 1831/76 se los "blanquea" quedando detenidos a disposición del Poder Ejecutivo Nacional y se ordena su traslado a la unidad penitenciaria de la ciudad de Rawson.

También afirmó el tribunal que con anterioridad a la llegada a ese Penal tanto Amaya como Solari ya habían sido objeto de variados padecimientos, como estar encapuchados y esposados, permaneciendo contra su voluntad en sitios clandestinos sin conocimiento de los motivos, ni la autoridad que lo dispusiera, sin contactos con familiares o abogados (fs. 124/125), en condición de desaparecidos.

CUARTO:

Sentado cuanto antecede y a fin de dar respuesta a los agravios deducidos en los respectivos recursos casatorios,

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 170/01
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

abordaré separadamente cada uno de ellos.

a) Agravios del recurso de casación interpuesto por la defensa de Osvaldo Jorge Fano (doctores Gabalachis y La Torre, fs. 2477).

1. Errónea aplicación de la ley sustantiva.

1.a) Atipicidad. La defensa sostuvo la atipicidad de la conducta de su defendido.

Señaló que el tribunal se apartó del criterio expuesto en el alegato fiscal, ocasión en la que se acusara al imputado como autor mediato, y en el requerimiento de elevación a juicio donde se lo acusó como partícipe primario, considerando que Fano reviste el carácter de coautor. En virtud de ello, adujo que debió operar una modificación de la base fáctica pues las descripciones de las conductas difieren según cuál sea la participación atribuida.

Alegó que la responsabilidad de su asistido se funda en la circunstancia de que siendo Osvaldo Jorge Fano Director de la Unidad Penitenciaria 6 de la ciudad de Rawson no podía desconocer lo que ocurría en su interior. A partir de allí construyen su coautoría sosteniendo que su aporte resultó indispensable en términos tales que sin él los eventos no se habrían producido. Aclaró que se alude a un aporte al hecho pero no en su etapa ejecutiva que significaría una participación en la realización del tipo, destacando que en ningún pasaje de la sentencia se sostiene que haya sido uno de los ejecutores directos de los tormentos que el tribunal tuvo por probados.

Explicó que la ausencia de controles o la omisión de adoptar la debida vigilancia o controles necesarios para evitar los hechos sucedidos remiten a la figura prevista en el artículo 144 quinto del Código Penal que no estaba vigente al momento de los hechos.

1.b) Calificación de los hechos objeto de investigación como crímenes de lesa humanidad.

Afirmó que la aplicación de torturas en las unidades

carcelarias de nuestro país resulta un problema endémico y que en los hechos materia de estudio no tuvo incidencia alguna la política impuesta por la Junta Militar de 1976.

En dicho sentido, sostuvo que no se probó que los detenidos por delitos comunes tuvieran un trato distinto a los denominados presos políticos.

Por otra parte, la defensa indicó que no se acreditó que su defendido tuviera conocimiento de la existencia del alegado "ataque generalizado o sistemático contra una población civil" y que persiguiera intencionalmente el objetivo criminal del Estado. Agregó que el a quo omitió referirse a dicho punto y que por el sólo hecho de haberse desempeñado al momento de los hechos en el Servicio Penitenciario Federal no puede concluirse que compartió la política del Estado de Reorganización Nacional.

2. Inobservancia de las normas que se imponen bajo pena de nulidad.

2.a) Arbitrariedad.

La defensa expresó que no existen elementos de prueba que acrediten que su defendido haya tenido conocimiento de los hechos investigados y la circunstancia de que haya sido el director de la Unidad no es prueba denotativa de dicho saber, es una presunción que parte del supuesto de que tenía que saber todo lo que pasaba porque era el director. Adujo que el extremo de haber estado en el penal al momento del ingreso de los dieciséis presos políticos no es un punto dirimente toda vez que las supuestas torturas ocurrieron en los días siguientes.

Respecto a la falta de entrega de los lentes a Solari Yrigoyen, indicó que se trata de un hecho menor que no acredita el trato humillante sostenido en la sentencia impugnada, en base a los solitarios dichos de la esposa de la supuesta víctima, quien tiene un innegable interés en el resultado de la causa.

Por otra parte, señaló que el tribunal condenó a Fano como coautor, sin que exista el mínimo párrafo que sitúe a aquél en el tiempo y lugar de los supuestos tormentos

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 4170/11
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

infligidos, así como tampoco una conducta en dicho contexto y, contradictoriamente, le atribuyeron el delito de tormentos previsto en el artículo 144 ter del Código Penal -conforme texto de la ley 14616- en calidad de coautor.

2.b) Nulidad de la ampliación de la acusación.

La asistencia técnica de Osvaldo Jorge Fano sostuvo que el Ministerio Público Fiscal amplió la acusación en el caso de Abel Amaya por el resultado muerte, aclarando que en la requisitoria de elevación la circunstancia agravante no figuraba. Destacó que los imputados en el debate declararon y de su deposición no surgió nada para agravar la calificación legal de torturas así como tampoco de la prueba producida en el juicio.

Concluyó el recurrente sosteniendo que por tales motivos no se configuraron los presupuestos necesarios para la procedencia de la ampliación de la acusación.

En base a ello, postuló la nulidad de la sentencia condenatoria que receptó dicha ampliación, pues afecta la garantía constitucional al debido proceso legal (art. 18 de la CN) que como tal es insubsanable aclarando que nada impedía que se cumpliera con la segunda parte del art. 381 del C.P.P.N..

Por las razones reseñadas, la defensa solicitó que se absuelva a su defendido por errónea aplicación de la ley sustantiva o por inobservancia de las normas que se imponen bajo pena de nulidad.

Subsidiariamente, sostuvo que al no haberse configurado los extremos legales para la configuración de un crimen de lesa humanidad, corresponde sobreseer a su defendido por prescripción de la acción penal.

b) Agravios del recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de Jorge Osvaldo Steding (doctor Sergio María Oribones, fs. 2489).

1. Valoración arbitraria de la prueba.

En primer término, en lo concerniente a la intervención de Steding en el evento que perjudicara a Amaya, adujo que el déficit de la sentencia reside en que del material

probatorio no se deriva la conclusión de que su defendido hubiera tomado contacto con Amaya en el tiempo –tres días- que estuvo prisionero en una de las celdas del pabellón 8 de la Unidad Penitenciaria N°6; agregando que tampoco existen datos demostrativos de que haya intervenido de algún modo en los maltratos sobre Amaya.

Afirmó que los jueces apoyan su postura en el solitario relato de Hipólito Solari Yrigoyen y además asignan funciones penitenciarias a Steding que no derivan del Reglamento del Instituto de Seguridad U6, aprobado por Decreto 2023/1974.

Indicó que, de acuerdo a las tareas desempeñadas por su defendido, sólo pudo tener contacto con el doctor Amaya cuando éste permaneció tres días en el pabellón 8, desde el domingo 12 al miércoles 15 de septiembre de 1976.

Refirió que las expresiones de los testigos no vinculan directa o indirectamente a Jorge Osvaldo Steding, dado que narran situaciones ocurridas hace 37 años y protagonizadas por personas que permanecieron detenidas en la Unidad 6 del SPF por mucho tiempo y por personal de inferior jerarquía, muy alejados de los mandos de conducción del penal.

Expresó que los jueces asignan funciones penitenciarias a Steding que no derivan del propio Reglamento, que fue analizado de modo sesgado, destacando que su defendido, al momento de los hechos, revestía como Jefe de Turno y tal función lo excluye de participar en el traslado de detenidos desde la base al penal, al registrar su ingreso a la cárcel o de cualquier otra relacionada a las áreas de actuación exclusiva del cuerpo de requisita (las cumplidas a las celdas de castigo) al área de las visitas y la de correspondencia.

Afirmó que la acusación no aportó ningún elemento probatorio concreto que ubique a su defendido en el penal en los días que permaneció Amaya detenido.

Por ello, consideró que en la sentencia recurrida no se han expuesto razones suficientes que otorguen a la versión del hecho expuesta por el acusador mayor sustento que a la

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 648-210-1976
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

sostenida por Jorge Osvaldo Steding.

Por otra parte, sostuvo que la imputación de coautoría resulta absurda pues no se pudo demostrar que su defendido tuviera algún vínculo con la víctima, aclarando que el maltrato propinado a Amaya en la Unidad 6 del SPF no tuvo la intensidad, finalidad y desarrollo que tuvo para configurar un delito realizado desde una estructura organizada de poder.

En ese sentido, reflexionó afirmando que desde esa base teórica propuesta por los jueces, cualquier penitenciario que hubiere trabajado en septiembre de 1976 en la Unidad 6 se le debe atribuir coautoría.

De esa forma, aseveró, se arrasa con el derecho de defensa en juicio ya que nunca se les hizo saber a esa parte que se acusaba de ese modo de imputación para contestar esa intervención, destacando que desde el ámbito del derecho penal sustantivo no existe descripción de tipos penales de asociación entre los aquí discutidos y porque esencialmente se reprime actos y no la pertenencia a determinado grupo, sin importar la conducta desarrollada.

2. Violación de la garantía "ne bis in ídem".

Reeditó el agravio relativo al juzgamiento anterior del hecho por el cual Steding fue condenado, sosteniendo que se afectó la garantía de *ne bis in ídem*.

Ello así, por haber sido investigado en la causa Nº **648-210-1976** que tramitó en el Juzgado Federal de Rawson y precede al expediente **1118**; que el secuestro, retención clandestina y posterior fallecimiento de Amaya constituyó el objeto de esa investigación; que en aquella causa se trabó la cuestión de competencia con la justicia militar. Que el caso AMAYA lo comienza a investigar la justicia militar que, a la luz de la ley 14029 y sus modificatorias, era la justicia que correspondía que interviniera y que este fuero especial recién será derogado en 2008 con la ley 26394.

Refirió que el juez militar a cargo del caso, imputó y recibió declaración a Steding, por suponerlo "prima facie" autor material y responsable de las conductas descriptas en los

artículos 144 bis inc. 3º, con el agravante del artículo 142 inciso 1º del Código Penal.

Indicó que su detención cesó tras declararse extinta por prescripción la acción penal, el 22 de octubre de 1985, dictada por el Consejo Supremo.

Sostuvo que se conculcó la garantía de no ser perseguido dos veces por el mismo hecho, o prohibición de doble juzgamiento o *ne bis in ídem*, establecida en los artículos 1º CPPN; 18 CN; 44 CCH.; 8.4 CADH, 14.7 PIDCP.

Resaltó que la CSJN, mediante el dictado de la sentencia del 21 agosto del 2003, en el caso "VIDELA" (fallos 326:2805) sostuvo que la violación a la garantía constitucional contra la doble persecución penal, habilita la instancia extraordinaria, reconociéndole identidad constitucional.

Expresó que nuestro país tiene compromisos asumidos de respetar reglas en la persecución de los ilícitos, destacando que los jueces las omitieron al condenar a STEDING por el mismo evento que la jurisdicción competente en ese entonces, pues ya había sido sobreseído mediante la citada Res. 426/85 CSFF.AA.

3. En otro andarivel, cuestionó la calificación de los hechos como delito de lesa humanidad y planteó la prescripción de la acción penal.

Sostuvo que los jueces al evaluar el hecho juzgado que perjudicara a Mario Abel Amaya, lo consideraron crimen de lesa humanidad, con las características excepcionalísimas que esa calificación merece, remarcando que en este punto vuelven a equivocarse así como también al exponer el contexto normativo en que asientan esa configuración especial del hecho.

Refirió que en el aspecto fáctico de la consideración del caso no se computó que la detención de Amaya fue muy breve en las áreas de seguridad donde cumplía funciones Steding, porque fue internado en la Enfermería, el 15 de septiembre de 1976, que el maltrato recibido fue al ingreso, el 11 de septiembre de 1976 a las 18hs., con la "tristemente famosa 'bienvenida' y el encierro inmediato en 'los chanchos' hasta el 12 de septiembre de 1976.

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 410/01
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

Argumentó que las situaciones de maltrato eran propias de las cárceles de esa época "y con menos intensidad que entonces aún hoy lo es". Que el doctor Amaya venía con la salud quebrantada, tras casi un mes de estar clandestinamente detenido, que había recibido tormentos en "La Escuelita" - centro clandestino de detención de Bahía Blanca- desnutrido por eso y su crónica enfermedad.

Criticó que los jueces no hayan considerado que al Unidad nº 6 no era un centro clandestino sino una cárcel de máxima seguridad donde convivían separados, presos comunes y aquellos detenidos a disposición del PEN.

A su entender, resulta una exageración afirmar que Steding intervino en su rol de penitenciario como actor de una organización de poder cuyo objetivo era ejecutar el plan sistemático que instrumentó la junta de comandantes en jefes de las fuerzas armadas.

Sostuvo que su defendido no intervino de modo alguno en el suceso que damnificara a Amaya en su detención en la Unidad nº 6, aclarando que tampoco tuvo oportunidad funcional por su cargo de impedir el maltrato en la "bienvenida" ni en "los chanchos", porque ni siquiera estuvo presente en desempeño de su puesto de Jefe de Turno en el penal, como los propios jueces lo afirman al analizar sus tiempos laborales.

Afirmó que los juzgadores incurren en igual desacierto cuando argumentan en el plano jurídico el crimen de lesa humanidad.

Argumentó que lo primero que hay que establecer es si por el hecho del maltrato impuesto a Amaya en la Unidad nº 6 "*puede considerarse parte de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil*" o más bien expresión del modo despiadado y cruel que se imponía a todos los detenidos de aquel penal, sin diferenciar entre presos comunes y aquellos a disposición del PEN, porque de adverso no tiene sentido 'torturar' para después asistir médicamente al torturado?".

En el mismo orden de ideas, manifestó que tampoco se

demonstró en el juicio que su asistido haya tenido conocimiento de estar actuando en el marco de una multiplicidad de actos llevados a cabo de conformidad con una política sustentada por un Estado o una organización, a gran escala y dirigida contra personas que tienen ciertas características.

De seguido, planteó la prescripción de la acción penal, manifestando que más allá de que a su entender, el hecho exorbita los elementos requeridos para considerarlo crimen de lesa humanidad y que por tal motivo no le cabrían las previsiones del art. 29 del Estatuto de Roma sobre imprescriptibilidad, la prescripción aún en ese supuesto es pertinente por la prohibición de la aplicación retroactiva de normas penales no vigentes al momento de los hechos.

Refirió que tanto el Estatuto de Roma (julio 2002), como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad del año 1968, fueron aprobadas por Argentina el 11/11/1995, por ley 24584, y le fue conferida jerarquía constitucional en el año 2003, mucho tiempo después del hecho que aquí se juzga.

Señaló que los magistrados rechazaron su pedido con base en el precedente "Simón" de la CSJN, omitiendo considerar que en nuestro orden jurídico es prohibida la aplicación retroactiva de la ley penal más gravosa, aclarando que el Estatuto de Roma define su propia irretroactividad y la aplicación de la ley penal más benigna en sus arts. 11 y 24.

En síntesis, afirmó que la ausencia de ley previa respecto a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad coloca a su asistido en el marco de la prescripción establecida en el Código Penal por lo que la subsunción de los hechos en dichas normas imponen la declaración de prescripción de la acción penal del delito reprochado.

4. Por último, y de modo subsidiario, criticó la calificación jurídica del suceso y la pena impuesta.

Adujo que el tribunal de juicio incurrió en una errónea aplicación de la ley sustantiva al tener por configurado el

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 170011
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

delito previsto en el art. 144 ter del C.P., según ley 14.616.

En ese sentido, manifestó que corresponde analizar dicho tipo penal a la luz de la interpretación doctrinaria de la época y no de las definiciones actuales establecidas en los instrumentos internacionales.

Así, expresó que la calidad de funcionario público referida en el art. 144 ter, texto según ley 14.616, es insuficiente para otorgar tipicidad si no es el "guardador del preso" y por ello no se le puede reprochar los acontecimientos ocurridos en "los chanchos" en perjuicio de Amaya, lugar donde su asistido no tenía relación con el preso. A su entender, el error del tribunal se inscribe en asimilar las responsabilidades de un oficial de turno con el Director de la Unidad 6, como si ambos tuvieran el mismo poder de decisión y conocimiento.

De seguido, aclaró que aún esas conductas no se subsumen en los "tormentos" que refiere la ley, toda vez que analizando la legislación y doctrina del momento en que se produjeron los hechos, se inscriben en severidades o vejaciones.

Sostuvo que cabe tener en cuenta la situación de Amaya desde su ingreso en la Unidad 6 donde si bien tuvo su "bienvenida" y fue víctima de abuso verbal, fue atendido, medicado y alimentado hasta su derivación al Hospital Central donde falleció 21 días después. A su ver, las circunstancias que soportó en la Unidad no pueden calificarse como torturas, ni a la luz de la jurisprudencia de la CIDH, ni de la ley 14.616, ni de la doctrina de la época.

Vinculado con lo anterior, el recurrente se agravió de la agravante de fallecimiento, manifestando que los magistrados se equivocan al atribuir la muerte de Amaya a las severidad impuestas ya que no guardan directa causalidad con su deceso, que se produce 34 días después de haber abandonado el pabellón, 8 y 21 días después de haber dejado la Enfermería de la Unidad 6 y por enfermedades previas a su encierro.

Destacó que ninguna de las severidades sufridas en el

pabellón determinan en sí misma la muerte, citando en aval de su postura a Ricardo Núñez.

5. Valoración arbitraria de las pautas mensurativas previstas en el artículo 41 del C.P.

El recurrente manifestó que la sentencia no ha ponderado correctamente los factores indicados en el art. 41 del CP en conjunto con las pautas de dosimetría punitivas reconocidas por el art. 78.1 del Estatuto de Roma y por el art. 145 de las Reglas de Procedimiento y Prueba que permiten en el caso de crímenes de estado una construcción distinta de la respuesta punitiva.

Puntualizó que no se ponderó como atenuante la conducta del condenado después del acto y su cooperación con el Tribunal (art. 145.2.a.ii reglas de Procedimiento y Prueba), ni la edad de Steding, circunstancia que torna escasa la posibilidad de reintegro pleno a la vida en sociedad, ello, a su ver, debió computarse como atenuante a la luz de lo prescripto en los artículos 10.3 del PIDCyP y 5.6 de la CADH.

Por otra parte, criticó que se haya valorado como agravante el abuso de función de mando, su educación y formación, toda vez que dichos factores ya habían sido considerados al establecer su condición de mando dentro del aparato organizado de poder y con ello se justificó la imputación de los hechos que se le atribuyeron en calidad de autor, por lo tanto, concluyó el recurrente, se realizó un doble juicio de desvalor que no puede tolerarse.

Expresó, con respecto a la participación aludida en el art. 41.2 del CP, que tampoco se acreditó la demostración de la correspondencia entre la orden de implementar un ataque sistemático y su ejecución.

Del mismo modo, no se ponderó su jerarquía, argumentando que si bien la obediencia de órdenes superiores no puede reputarse una eximente de responsabilidad sí debe considerarse como un factor atenuante de la penalidad (art. 8 del Estatuto Penal de Nuremberg).

Concluyó sosteniendo que por todo ello, no debió

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 1101/14
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

exorbitarse el mínimo de la escala penal a la hora de la imposición de la sanción.

Hizo reserva del caso federal y formuló anuncio de ocurrir a la Corte IDH para demandar al estado argentino si no se recomponen los derechos convencionales de su defendido.

c) Agravios del recurso de casación interpuesto por la defensa de Luis Eduardo García (doctor Eduardo Zabaleta, fs. 2444).

1. Arbitrariedad de la sentencia por vicios de fundamentación.

Refirió que la prueba producida no acredita que el doctor Luis Eduardo García conociera las condiciones en que se desarrolló la detención de Amaya en la Unidad 6 del SPF.

Después de haber analizado la prueba la defensa concluyó que García no tuvo acceso a las celdas y siempre atendió a Amaya en las dependencias de la Enfermería.

Indicó que las constancias documentales permiten concluir que su defendido no pudo, razonablemente, suponer que Amaya hubiese sido sometido a golpes que le hubieran generado la crisis asmática que atravesaba, que respondía a la exposición al frío imperante en las celdas del penal, atento el clima del lugar.

Agregó que no existe prueba alguna que acredite que Amaya presentara una herida en la cabeza. Al respecto, refirió que no existen registros de esa lesión y destacó lo asentado por el doctor Saleg en la historia clínica, respecto a que Amaya presentaba la cabeza "simétrica y normal".

Respecto de dicho punto, cuestionó los testimonios de Hipólito Yrigoyen, Juan Rodolfo Acuña, Ricardo Alfonsín y Margarita García, como asimismo el informe obrante a fs. 573 del expediente nº 1101 y a fs. 1406/1413 del expediente nº 1118.

Por otra parte, en favor de su postura, citó los dichos de amigos y familiares de Amaya y del empleado de la funeraria que se encargó de retirar el cuerpo de Amaya de la U-2 de Villa Devoto.

Además, sostuvo que no parece razonable que de haber existido una herida no haya sido atendida, atento que existe prueba documental que acredita lo contrario.

2. Atipicidad de la conducta endilgada a Luis Eduardo García.

La defensa señaló que el artículo 277 del C.P. vigente (ley 25.246) redujo el círculo de autores del delito de encubrimiento por omisión de denuncia a los fiscales y jueces de instrucción.

En base a ello y por aplicación de la ley penal más benigna, consideró que la conducta de García resulta atípica, por lo que de modo subsidiario peticionó que se anule la sentencia recurrida y se absuelva a su defendido.

3. El monto de la pena impuesta y su modalidad de cumplimiento.

Sostuvo que los magistrados no explicaron en que consiste la gravedad del hecho y el daño causado atribuido. También objetó que se haya tenido por agravante del ilícito la condición de médico de su defendido, por entender que de ella no se deriva automáticamente un mayor deber de conducirse conforme a derecho.

En cuanto a la modalidad de cumplimiento de la sanción impuesta, indicó que la sentencia resulta arbitraria, toda vez que desatendió la personalidad del agente, y a su vez interpretó erróneamente la supuesta obligación del Estado de investigar y sancionar a los responsables de delitos de lesa humanidad. En síntesis, el recurrente atribuyó arbitrariedad a la sentencia toda vez que no se justificó que con el cumplimiento efectivo de esa sanción se satisfaga finalidad alguna de prevención especial ni tampoco de prevención general.

Por último, formuló reserva del caso federal.

QUINTO:

Llegado el momento de resolver los recursos interpuestos, considero pertinente abordar en primer término los agravios presentados por las defensas de Fano y Steding

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 170/01
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

que, en caso de recibir favorable acogida, conllevarían a la nulidad de la resolución recurrida o determinarían la prescripción de la acción penal.

1. Calificación de los hechos objeto de investigación como crímenes de lesa humanidad.

Al ser estos planteos comunes deducidos en los recursos por las defensas Fano y Steding, trataré la cuestión en forma conjunta.

De adverso a lo sostenido por las defensas, considero que se encuentran configurados los extremos legales necesarios para la aplicación a los hechos de autos de la categoría de crimen de lesa humanidad.

La valoración de los elementos de prueba, correctamente realizada en la sentencia recurrida, permite concluir que los sucesos atribuidos a los imputados formaron parte de un plan sistemático y generalizado contra un sector de la población civil, de conformidad con el art. 7 del Estatuto de Roma.

Advierto que este planteo es una reedición del opuesto oportunamente durante los alegatos por parte de los doctores Fabián Gabalachis y Gustavo La Torre, asistiendo al imputado Fano, y que fue objeto de debido tratamiento y correcta solución en la sentencia impugnada.

El tribunal de grado analizó en forma exhaustiva dicho tópico mediante un razonamiento adecuado y lógico que no exhibe las falencias que los recurrentes le atribuyen.

En ese sentido, no resulta ocioso traer a colación la argumentación desarrollada en la sentencia para arribar a la conclusión adoptada. En base a la prueba producida, el *a quo* efectuó las consideraciones que a continuación se resumen.

Después de discurrir en torno a esta categorización de derecho penal internacional el *a quo* abordó las particulares circunstancias del caso.

Así principió su examen afirmando que Hipólito Solari Irigoyen y Mario Abel Amaya ejercían en los años previos a la detención que da origen a este proceso su profesión de abogados

y tenían militancia dentro del Partido Radical, circunstancias que los había llevado a ocupar los cargos de Senador y Diputado Nacionales respectivamente, por la provincia de Chubut. El día 17 de agosto de 1976 fueron ambos privados de la libertad, retirándolos de sus respectivos domicilios grupos armados y entre esa fecha y el 31 de agosto de aquel año, permanecieron clandestinamente en esa condición.

Se aclaró que si bien tal período aparece ajeno a este juicio por cuestiones que derivaron de diversas trabas de competencia territorial entre las jurisdicciones de Bahía Blanca y Comodoro Rivadavia, no resulta sin embargo posible escindirlo del lapso que nos ocupa y que aconteció en la Unidad 6 de Rawson, a partir del 11 de septiembre de 1976 si queremos entender el hecho en su correcta dimensión, frente al planteo que cuestiona su integración dentro del marco represivo del gobierno militar.

Se recordó que en la sentencia de la Causa 13 se estableció como hecho probado, que las privaciones de la libertad de las que ambos habían sido objeto, habían ocurrido con motivo de la participación de un grupo armado que dependía operativamente del Ejército Argentino; que ambos permanecieron cautivos de forma clandestina en lugares de detención que operaban bajo el comando del Quinto Cuerpo de Ejército; y que su detención fue documentada recién a partir del día 30 de agosto de 1976, luego de un presunto procedimiento de la Policía Federal y alojados en la Comisaría de Viedma.

A su vez surge de ese fallo y del Informe de la Comisión Interamericana (fs. 247 y ss. incorporado por lectura), que los doctores Hipólito Eduardo Solari Yrigoyen y Mario Abel Amaya fueron puestos a disposición del Poder Ejecutivo Nacional el día 1º de septiembre de 1976 por Decreto 1878/76.

Finalmente, resultaron trasladados a la Cárcel de Rawson (U-6) a partir del 11 de septiembre de 1976, fecha en que, como vimos, se inician los hechos objeto de este

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 410/01
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

juzgamiento.

Ese período -del 17 de agosto al 1 de septiembre de 1976-, transitado en clandestinidad, indica que su detención en la Unidad 6 del SPF resultó tan sólo el dejar una situación clandestina previa, dispuesta por el Ejército. Que no operó como finalización del cautiverio en el marco del plan ilegal, sino como una forma distinta de cumplir con el mismo objetivo de destrucción. Véase aquí una primera diferencia con otros presos contemporáneos aún de Amaya y Solari Yrigoyen, y que pone a las víctimas de este proceso bajo la actuación directa de las fuerzas armadas que ejercían la autoridad estatal.

De esa forma quedó verificada esa intervención de las fuerzas armadas en la detención.

El tribunal consideró que los arrestos de ambos abogados y su posterior maltrato fue parte de ese ataque generalizado. Entre las razones que llevaron a concluir de ese modo, se destacó la inexistencia de causa judicial que diera motivo a la privación de su libertad y el consecuente uso arbitrario de las facultades del estado de sitio, el contexto en que ocurre su detención y la inserción del Servicio Penitenciario en el organigrama de lo que se denominó "LCS".

Con relación a la primera, básicamente, desde que las víctimas de este juicio fueron puestas a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, hasta que Amaya falleció o incluso hasta el regreso de la democracia en 1983, no se inició proceso judicial o militar alguno en su contra. Se aclaró que el art. 23 de la Constitución Nacional no autoriza cualquier detención, sin causa y sin término, de lo que resulta que ambas privaciones de la libertad ocurrieron cubiertas de un manto de pretendida legalidad, cuando en realidad -por no responder más que al deseo de encarcelar y someter- persiguieron igual fin que lo que la dictadura hizo en "los pozos" en la más absoluta clandestinidad.

La finalidad de la violencia ejercida sobre los presos políticos estuvo motivada, por la pública actuación política y militante en el campo de los derechos humanos; ello

significaba un riesgo para un Estado que no deseaba tener librepensadores actuando en la vida política. Nada suma el texto del decreto 1878 en que refiere de modo genérico y al igual que cientos de decretos de arresto, que "su actividad atentaba contra los valores republicanos".

El móvil que guió la detención de las víctimas de este caso, fue su calidad de opositores al ilegítimo sistema que los militares imponían por la fuerza de sus armas. Los tormentos que siguieron dentro de la Unidad 6, se orientaron a lograr su quiebre físico y moral por esa condición, pues nada más había contra ellos, ni se invocó en todos esos años y aún a la fecha.

Para recrear entonces la situación de los "detenidos PEN" y entre ellos Amaya y Solari Yrigoyen, vale recordar que más allá de lo establecido en materia de autorizaciones para privar de la libertad que establece el art. 18 de la Constitución Nacional admite en su art. 23 arrestos por parte del Poder Ejecutivo Nacional, en el marco de una declaración de estado de sitio.

Este último instituto, viable en caso de conmoción interior o de ataque exterior, implica la suspensión de las garantías constitucionales; sin embargo ese mismo art. 23, en su segunda parte, establece que durante esta suspensión no podrá el Presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará respecto de las personas a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación si ellas no optaren por salir fuera del territorio argentino.

Se enfatizó que, en consonancia con esto, la Convención Americana de Derechos Humanos, aclara en una interpretación actual el alcance de tal disposición, en su art. 27 bajo el título "Suspensión de Garantías", que en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de dicha Convención, siempre

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 4170/11
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna. Establece también los límites de esta suspensión, la que no podrá incluir los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica; el derecho a la vida; a la integridad personal; la prohibición de la esclavitud y servidumbre; los principios de legalidad y de retroactividad; la libertad de conciencia y de religión; protección a la familia; el derecho al nombre; los derechos del niño; el derecho a la nacionalidad, y los derechos políticos.

El tribunal sostuvo que aun cuando el Poder Ejecutivo de facto pretendiera actuar en situación de estado de sitio, el que había sido declarado durante el gobierno de María Estela Martínez de Perón, carecía de facultades de detención, las que ejercidas de hecho no resultaban discrecionales ni absolutas; por el contrario quedaban sujetas al control de razonabilidad y debían limitarse en el tiempo. Lejos de eso Amaya permaneció detenido dos meses y dos días hasta perder la vida y Yrigoyen nueve meses; cuando se dispuso su extrañamiento. La facultad del art. 23 CN no puede importar la imposición de condena y es esencialmente revisable. Es que la condición del detenido a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, tal los casos de Hipólito Solari Irigoyen y Mario Abel Amaya durante su cautiverio en la Unidad 6 de Rawson, no es la de un ciudadano que ha perdido sus derechos sino que la autoridad que los limita, opera con una potestad que no puede ser el arbitrario ejercicio del poder.

En el mismo orden de ideas, el *a quo* aludió al informe de la CONADEP que había concluido con relación a la situación de los detenidos a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, que quienes fueron puestos en esa condición en virtud de las facultades del estado de sitio, "[S]i bien no se trata en todos los casos de personas que hoy se encuentran desaparecidas, lo que les ocurrió forma parte de una concepción metodológica de la represión, que consistió en castigar indiscriminadamente y sin medida amplios sectores de la

población en base a la mera presunción de su disidencia con los gobernantes" y agregó "no es propio hablar de las facultades de un gobierno usurpador, precisamente en relación con un instituto como el estado de sitio que fue concebido como un recurso de excepción para protección y respaldo del estado de derecho; y para otorgar, en cambio, visos de legalidad a la persecución política desatada por una dictadura que arrasó con nuestras instituciones republicanas".

Concluye el Informe en este punto que "El ejercicio de esta facultad en el período 1976/83 evidenció un incremento considerable de las detenciones, que se fueron prolongando por lapsos tales que llegaron a configurar una situación similar a la aplicación de severas condenas, sin formulación de cargos ni juicio previo... A partir del 24 de marzo de 1976 el número de detenidos puestos a disposición del Poder Ejecutivo Nacional fue de 5182, elevándose de esta forma a 8625 la cantidad de personas que sufrieron arresto por largos años con esta causal, durante la vigencia del último estado de sitio. En sólo nueve meses de 1976 se detuvieron 3485 personas; y en 1977 otras 1264 más".

Se aludió a que el superior tribunal del país tuvo ocasión de decir con relación a ley 24.043, que su fin era otorgar una compensación económica a quienes habían sido privados de la libertad, no en virtud de una orden de autoridad judicial competente, sino en razón de actos -cualquiera que hubiese sido su expresión formal- ilegítimos, emanados en ciertas circunstancias de tribunales militares o de quienes ejercían el Poder Ejecutivo de la Nación durante el último gobierno de facto, destacando el menoscabo efectivo a la libertad (Fallo "Noro, Horacio José c/ Ministerio del Interior art. 3 -ley 24.043" del 15 de julio de 1997).

En el mismo sentido, trajo a colación lo sostenido por el propio Solari Yrigoyen cuando, con motivo del trámite parlamentario de aquella ley, intervino en la sesión el 30 de octubre de 1991 afirmando que "...lo que ha sido antijurídico es que durante un gobierno de facto numerosos ciudadanos hayan

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 4170/11
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

sido privados de su libertad por largos períodos y sometidos a un trato cruel, propio de los verdaderos campos de concentración y no de prisiones sanas y limpias como establece nuestra Constitución Nacional, sin orden de juez alguno y sin estar siquiera acusados de nada ... Esto es doblemente grave porque el ciudadano que está acusado tiene la oportunidad de defensa. En cambio, los que eran tomados prisioneros a disposición del Poder Ejecutivo no tenían ninguna ocasión de defenderse, de manera que ni siquiera podían tener un abogado defensor. Además, como todo el mundo sabe, en esos años de régimen militar todos los presos políticos a disposición del Poder Ejecutivo estaban sometidos a un régimen degradante calificado como para prisioneros de alta peligrosidad..."

Para el tribunal de grado el plan que los comandantes establecieron, otorgó a los cuadros inferiores de las fuerzas armadas una gran discrecionalidad para que, luego del período de encierro clandestino, evaluaran el destino final de cada víctima, entre los que estaban el ingreso al sistema legal, la detención a disposición del PEN o justicia, la libertad o, simplemente, la eliminación física (Conf. Sentencia de la Causa 13).

Se afirmó que la detención a disposición del PEN era sólo una más de las opciones que preveía el plan, lo que permite también poner en contexto aquellos tormentos que sufrieron Amaya y Solari Irigoyen en la Unidad 6.

La segunda pauta sobre la que el tribunal construyó que los tormentos de Amaya y Solari Irigoyen formaron parte del plan sistemático como ataque generalizado hacia la sociedad civil, es el momento y contexto internacional en que se dicta el decreto que pone a Amaya y Solari Yrigoyen a disposición del PEN. Se consideró que era altamente significativo que -conforme relata el informe de la Comisión Interamericana, fs. 247 (c. 1101)- ésta le hubiera pedido al Estado argentino que informara acerca de la suerte corrida por Amaya y Solari Yrigoyen el 26 de agosto de 1976, respuesta que debía producirse en término breve; es que frente a esto, resulta evidente que la supuesta

liberación de aquéllos el 30 de agosto de 1976 no fue tal. De otro modo no hubieran quedado luego de su "rescate", detenidos con aval, dos días después, de un decreto del Poder Ejecutivo. Esto se ve reforzado ni bien se advierte que la respuesta pendiente del Estado argentino al organismo de la OEA fue por medio de un cablegrama del 31 de agosto de 1976, formalizado en fecha 11 de enero de 1977 y en él se relató aquel "rescate", como muestra de ajenidad al secuestro previo en manos de desconocidos.

Esto evidencia que aquellos que dominaron la escena de la detención del 17 de agosto fueron quienes tuvieron capacidad para hacerla cesar o transformarla en lo que siguió, a partir del día 31 de ese mes y utilizarlo en el marco de la política internacional que se quería cuidar especialmente.

Por otra parte, se señaló, en orden a la ubicación del SPF dentro del Plan de toma del poder y concentración de las fuerzas para la lucha contra la subversión, que éste conformó junto con las fuerzas armadas y de seguridad un recurso funcional y humano esencial. Es por ello que la violencia que ejerció a partir de ahí estuvo en función del rol que se le otorgó, por lo que se consideró que los hechos de autos formaron parte del plan represivo y que reúnen las condiciones para ser entendidos como de lesa humanidad.

Se aludió a la normativa que se dictó a ese fin, entre ella la Directiva 1/75 del Consejo de Defensa, del 15/10/75, en la que se dispuso instrumentar el empleo de las fuerzas armadas y de seguridad, puestas a disposición de ese Consejo para la lucha contra la subversión. Así, en el punto 4.c.2, refiere al Servicio Penitenciario Federal, indicando que el Ejército ejercerá su control operacional y que ejecutarán la ofensiva contra la subversión.

En el "Plan del Ejército (contribuyente a la seguridad nacional)", de febrero de 1976, luego de reconocer la decisión de derrocar al gobierno y establecer uno de carácter militar, enumera las "fuerzas amigas" y entre ellas al Servicio Penitenciario Federal, "el que deberá estar en condiciones de

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 4170/01
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

recibir personal detenido que se le asigne a partir del día D hora H". Fija como "Misión" consolidar el nuevo gobierno y todo se reglamenta en función de ese fin. De tal modo en el punto 6, "Misiones", 2) Particulares, g) Servicio Penitenciario Federal, éste quedó bajo el control operacional de los Comandos de cada Cuerpo de Ejército y en particular disponía que la "Unidad 6 Rawson" fuera colocada bajo control operacional de la Armada y recibiera en esa condición a los detenidos que el respectivo comando les ordenara.

Así se concluyó afirmando que la Unidad 6, calificada de máxima seguridad, resultó ser el sitio por excelencia de alojamiento de los denominados "presos políticos" con el objetivo que había sido asignado, habiéndose instruido al personal de ese Servicio con una normativa congruente con esa política de aniquilamiento y se adecuaron los reglamentos internos con el fin de sujetar a los internos a un régimen cuidado al detalle.

Valga sobre esto último a modo de ejemplo las disposiciones secretas obrantes en la causa 500 incorporada por lectura y que demuestran la condición de ilegalidad, clandestinidad y control absoluto bajo la que se manejó la Unidad 6 en aquel tiempo.

Así, a requerimiento del Juez a cargo de la investigación en aquella causa, la Dirección de Auditoría General del SPF remitió un dictamen y adjuntó copias de la documentación que determinaba el accionar de las autoridades del Servicio Penitenciario Federal en relación a los detenidos a disposición del Poder Ejecutivo. La comunicación interna con membrete en que luce un sello con la inscripción "Reservado-Secreto por Haber Sido Cifrado" (fs. 3625 de la causa citada), retransmite una orden del Ministro del Interior a las unidades penitenciarias que alojen delincuentes subversivos, sobre cómo proceder una vez que tomen conocimiento de un decreto PEN que varía la situación de los causantes (cese de arresto, expulsión, libertad vigilada, entre otros).

Obran además, directivas del entonces Ministro del

Interior, Albano Harguindeguy, aprobadas por resolución ministerial conjunta N° 3/76, referentes a las "normas complementarias para el alojamiento de los detenidos y condenados por delitos subversivos" (fs. 3608/3610), como la que luce a fs. 3614 de esa causa, en la que el mismo funcionario hace saber al Director de la U6 acerca de cómo se procede y comunica a través de la "cadena de mando" del sistema impuesto en las Unidades carcelarias por el PEN y destacando que las libertades son órdenes que emanan directamente del Presidente de la Nación, que debían ser ejecutadas de inmediato, sin solicitar ratificación de autoridad alguna, ni militar ni civil de ningún nivel.

Ratificando y concentrando la normativa, en dictamen nro. 865 de la Auditoría General de fecha 27 de diciembre de 1984, (conf fs. 3605/7 de la causa 500), se detalló la reglamentación vigente durante el período en estudio, diferenciando a partir de la ley 21.264 de fecha 24 de marzo de 1976 el tratamiento respecto de lo que denominó "una serie de delitos llamados subversivos".

Confutando el argumento de la defensa particular de Fano en cuanto a que los hechos fueron crímenes de Estado, el tribunal consideró que de haber sido así toda esta normativa no hubiera tenido sentido; tan sólo hubiera bastado con enviar a sus dependencias los presos y dejar que simplemente ejerciera sobre aquéllos una violencia previa que le era inherente.

El tribunal dejó claro que ello no fue así; por el contrario, tal como demuestra la normativa reseñada, la ubicación, dependencia orgánica y funcionamiento del SPF fue un tema reglamentado al detalle y estudiado su rol para hacerlo funcional al objetivo común y bajo un estricto ejercicio vertical de autoridad que no dejó resquicio para apartarse de él.

Los sucesos ocurridos en la Unidad 6 de Rawson como parte de un plan emanado de la autoridad gubernamental -de facto-, ejecutado por quienes eran funcionarios públicos, en perjuicio de ciudadanos civiles, constituyeron un ataque

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 440/01
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

generalizado y sistemático en los términos que la jurisprudencia y los tratados internacionales consideran como de Lesa Humanidad -cfr. fs 188vta. y 196vta.-.

En base a lo expuesto, cabe destacar que se encuentra acreditado que los hechos investigados en la presente causa fueron perpetrados en el contexto de un ataque sistemático y generalizado contra una parte de la población civil, llevado a cabo de conformidad con una política de Estado, de la que los imputados no resultaron ajenos, a cuyo tenor se propuso perseguir y eliminar a militantes sociales, políticos, disidentes, contestatarios y detenidos del régimen de facto imperante al momento de los eventos de marras, a quienes erigieron en "enemigos internos" o "subversivos".

De ese modo, los sucesos en análisis se subsumen sin ambages en el art. 7, apartado 1, incisos "f" y "h" del Estatuto de Roma (aprobado por ley 25.390 -B.O 23/1/2001- e implementado por ley 26.200 -B.O. 9/1/2007-).

Al respecto, cabe destacar, que a los efectos de dicha tipificación internacional, se requiere que los sucesos acaecidos formen parte de un "ataque generalizado o sistemático a la población civil" (art. 7, apartado 2 a) del Estatuto de Roma).

La prueba reseñada y críticamente examinada en la sentencia ahora sometida a análisis conduce a aseverar que la actuación de los imputados se inscribe en el contexto de un ataque de carácter generalizado porque se desarrolló en todo el país, dividiéndolo para su mejor control en áreas, conforme ha quedado probado y hoy constituyen hechos históricos incontrastables en la causa 13/85 y 44/86. También las graves violaciones a los Derechos Humanos fueron sistemáticas, siempre se realizaban con la misma metodología, al frente se encontraban las fuerzas armadas (aire, mar o tierra), con las cuales operaban la policía, gendarmería, S.P.F., S.P. Provinciales donde como en el caso de autos comenzaba con detenciones ilegales, desaparecidos, alojamientos en centros clandestinos de detención, torturas, a veces los "legalizaban",

con posterioridad, como en este caso sometido a control jurisdiccional y podían incluso tener un destino final muerte, como fue el de Amaya. Todos estos elementos normativos que son exigidos por el tipo de delito de lesa humanidad.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional incorporado a nuestro derecho interno mediante ley n° 25390, en el art. 7 apartado primero, establece el concepto del delito de lesa humanidad en los siguientes términos 1. [...] cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra población civil y con conocimiento de dicho ataque:... a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1: a) Por 'ataque contra una población civil', se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política...".

Al respecto, cabe evocar lo sostenido por el Máximo Tribunal al resolver el recurso de hecho deducido por los

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 24.079-
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

querellantes en la causa "Derecho, René Jesús s/ inc. de prescripción penal de la acción" -causa nº 24.079-", del 11 de julio de 2007, oportunidad en la que se remitió a los fundamentos y conclusiones del Procurador General. Se destaca en su dictamen que "la comunidad internacional ha realizado un esfuerzo conjunto para definir, en una evolución cuyo último punto sobresaliente lo constituye el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en qué consisten los crímenes de lesa humanidad [...]. Los crímenes de lesa humanidad, al igual que los delitos contra las personas, implican ambos la lesión de derechos fundamentales de los seres humanos. La distinción tiene su punto de partida en que los crímenes de lesa humanidad no lesionan sólo a la víctima que ve cercenado por el delito sus derechos básicos, sino que también implican una lesión a toda la humanidad como conjunto. Esta es la característica que fundamenta, entre otras cosas, la jurisdicción universal de este tipo de crímenes. El autor comete un crimen contra toda la humanidad, no sólo contra su víctima directa. En este sentido explica Satzger, el autor de un crimen de lesa humanidad, con su conducta, se rebela contra un estándar mínimo de derechos de la humanidad en su conjunto. Los tipos penales de los crímenes de lesa humanidad protegen sólo de manera secundaria los bienes jurídicos de las personas individuales (Helmut Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht. Baden- Baden, Alemania, 2005, pag. 203)".

En cuanto a los requisitos típicos que deben reunirse para que un acto puede calificarse de ese modo, se señaló en dicho precedente que, a la luz de la doctrina, "... el requisito más relevante para que un hecho pueda ser considerado delito de lesa humanidad consiste en que haya sido llevado a cabo como parte de un ataque que a su vez -y esto es lo central- sea generalizado o sistemático. Este requisito recibió un tratamiento jurisprudencial en el fallo "Prosecutor v. Tadic", dictado por el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia el 7 de mayo de 1997. Allí se explicó (apartados 647 y ss.) que la inclusión de los requisitos de generalidad o

sistematicidad tenía como propósito la exclusión de hechos aislados o aleatorios de la noción de crímenes contra la humanidad. Generalidad, significa, según el fallo, la existencia de un número de víctimas, mientras que sistematicidad hace referencia a la existencia de un patrón o de un plan metódico...".

Asimismo se aclaró que hay un consenso generalizado de que no es necesario que los dos requisitos previstos en la primera condición se den acumulativamente, advirtiéndose que ellos "fueron también definidos por el Tribunal Internacional para Rwanda del siguiente modo: "... El concepto generalizado puede ser definido como masivo, frecuente, de acción a gran escala, llevado a cabo colectivamente con seriedad considerable y dirigido a una multiplicidad de víctimas. El concepto 'sistemático' puede ser definido como completamente organizado y consecuente con un patrón regular sobre la base de una política común que involucra recursos públicos o privados sustanciales (The Prosecutor versus Jean-Paul Akayesu, case nº ICTR-96-4-T)...".

En cuanto al restante requisito, "policy element", se sostuvo que "sirve para excluir del tipo penal de los crímenes de lesa humanidad hechos aislados, no coordinados y aleatorios y configura el elemento propiamente internacional de esta categoría de crímenes [...]". En este sentido, cfr. el fallo de esta Sala III, "COLOMBO, Juan Carlos s/recurso de casación", causa nº 12625, rta. 6/5/11, Reg. 565.11.

En oportunidad de expedirme en la causa nº 16.179 caratulada "Bustos, Pedro Nolasco; Olivieri, José Filiberto y Worona, Jorge Vicente s/recurso de casación, rta. el 15 de mayo de 2013, reg. nº 21.056 de la Sala I de esta Cámara, realicé un examen sobre la tipología de los crímenes de lesa humanidad y el paradigma de los derechos humanos, habiendo formulado los siguientes lineamientos que considero pertinente evocar.

"Desde el inicio de nuestro Estado de Derecho en 1853, se consagraron constitucionalmente los derechos civiles, en 1949 los derechos económicos, sociales y culturales, que al

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 100011
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

derogarse por decreto militar en 1956 dicha Constitución, después del golpe de Estado de 1955, el gobierno de facto llama a una convención constituyente -proscripción mediante- y se incorpora a la Constitución restituida de 1853 el artículo 14 bis, donde se vuelven a incluir algunos derechos sociales y recién con la reforma de 1994, se incorporan constitucionalmente los derechos políticos y las normas del derecho internacional sobre derechos humanos -DIDH-, en sus artículos 37, 38, 39, 40 y 75 -incisos 22, 24 entre otros-, por lo que actualmente poseen jerarquía constitucional los derechos civiles y políticos; económicos, sociales y culturales; de los pueblos y sus garantías.

Debemos advertir que desde 1853 en nuestro sistema constitucional -en el artículo 99, posteriormente en el artículo 102 de la Constitución de 1860 y en el actual 118 a partir de la reforma de 1994-, incluimos el derecho de gentes, el principio de extraterritorialidad, la aplicación de la justicia universal y su competencia federal. Dicha norma se ha mantenido inalterable a través de las referidas reformas.

Paralelamente a los cambios políticos y jurídicos internos, operaron transformaciones internacionales que obligan a nuestro país y le generan responsabilidades ante su incumplimiento.

En el siglo XX con la "Carta de Naciones Unidas" - 1945- y la "Declaración Universal de los Derechos Humanos" - 1948-, nacerá el nuevo paradigma jurídico de los derechos humanos, aunque recién a finales del siglo XX hayamos advertido esta nueva construcción teórica. Las declaraciones, pactos, tratados que se aprobaron internacionalmente y que nuestro país ha ratificado, constituyen una nueva legalidad internacional y del derecho interno, a partir de la cual, este sistema jurídico complejo conformado por las normas exógenas y del derecho interno, otorgan nuevos derechos convencionales y competencias, que posibilitan que la sociedad, a través de sus ciudadanos, controlen a los gobernantes y al derecho, por lo que puede

afirmarse que ya no habrá ningún acto de poder que pueda ser admitido ni aceptado como legítimo, si no pasa el test de los estándares mínimos en derechos humanos. Sirven para hacer frente a las mayores concentraciones del poder, para su equilibrio, para la defensa de los seres humanos como sujetos de derecho internacional, cuando dentro de los límites de su país padecen violaciones a sus derechos.

Vigente el paradigma de los derechos humanos desde 1948, cuando se instauraron los autoritarismos en el Cono Sur en la década de los años '70, donde sectores de la sociedad civil, ONG, las/os ciudadanas/os comprometidas/os con los derechos humanos, militantes, opositores a las diversas modalidades antidemocráticas, usaron del discurso jurídico y el monitoreo supranacional que prevén los tratados, para hacer frente a la ilegitimidad de un sistema autoritario. Esa subsidiaridad en su uso del derecho internacional, fue útil cuando el Estado en el orden interno, no administraba justicia y se perpetraban graves violaciones a los derechos humanos, tales como privaciones ilegítimas de la libertad, secuestros, desapariciones forzadas, torturas, funcionamiento de centros clandestinos de detención, asesinatos a los opositores políticos y sociales, ilícitos en manos del Estado terrorista y sin control judicial.

Lejos de servir los mecanismos internacionales para esa etapa, los Organismos de DDHH y las/os abogadas/os defensores de los derechos humanos fueron profundizando sus prácticas con la instauración de las democracias, las que cada vez adquirieron más fuerza en el contexto regional y global.

Mientras tanto en el desarrollo jurídico fue creciendo la idea del neoconstitucionalismo, que constituye la superación de la concepción decimonónica del Estado Liberal de Derecho que funciona con una constitución en donde sus procedimientos y formas se encuentran establecidos; por la etapa del Estado Constitucional de Derecho, donde además es significativo el contenido, al decir de Luigi Ferrajoli que

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 170011
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

corresponden a dos modelos normativos diferentes: "...el modelo paleo-iuspositivista del Estado legislativo de Derecho (o Estado legal), que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-iuspositivista del Estado constitucional de Derecho (o modelo constitucional)"- "Neoconstitucionalismo". Editorial Trotta SA, segunda edición 2005, Madrid, España, artículo "Pasado y futuro de Estado de Derecho", páginas 13/14-

Esta nueva concepción del neoconstitucionalismo, ampliando la incidencia del DIDH en las normas internas, como así también que todos los actos estatales deben aprobar el estándar de los derechos humanos para su validez y legitimidad, incorporará a la organización interna de los Estados una nueva práctica, que traerá discusiones y desequilibrios si pretendemos abordarla con las antiguas concepciones jurídicas del Estado Liberal de Derecho. De esta nueva legalidad resultará una síntesis entre "constitución-derechos humanos-democracia", que abre paso a la incorporación de tipologías que modificarán lo actuado hasta ahora.

Globalismo jurídico. En el siglo XXI va creciendo la fuerza del globalismo jurídico, en donde los derechos corresponden a los seres humanos, que nacen libres e iguales, independientemente de su nacionalidad, raza, condición social, educación, linaje, etnia, ciudadanía, género y que no reconoce ningún tipo de fronteras.

Este globalismo jurídico se encuentra contenido en las declaraciones, pactos, tratados, convenciones, internacionales y regionales, que a su vez cada uno de ellos tienen sus propios organismos políticos, jurídicos, contenciosos y cuasi contenciosos de control del cumplimiento del contenido de esos instrumentos, ratificados voluntariamente por los Estados que los suscriben.

El contenido de las normas del DIDH, se encuentran basadas en un consenso universal, poseen un positivismo convencional regulado en el texto de los artículos respectivos

en cada instrumento, que tienen en el caso de Argentina jerarquía constitucional, si se trata de los instrumentos contenidos en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional -once instrumentos reconocidos en la Convención Constituyente en 1994 y dos posteriormente, por el mecanismo que la propia CN determina-, o con jerarquía superior a las leyes internas -conforme el artículo 75 incisos 22 y 24 CN-, de manera que todas las normas y actos de los poderes del Estado se deben adecuar a éstos, de lo contrario la CSJN deberá resolver sobre su constitucionalidad en ejercicio jurisdiccional del "control de constitucionalidad y convencionalidad" de las leyes y actos de gobierno. Lo completa el derecho internacional consuetudinario o derecho de gentes, que a modo de ejemplo cabe recordar que los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, determinan la vigencia del derecho de gentes, aún cuando se denunciare el Convenio. Al respecto véase Los Convenios I artículo 63; C II artículo 62; C III artículo 142; C IV artículo 158; Protocolo Adicional I artículo 1 y Protocolo Adicional II cuarto párrafo del Preámbulo.

También corresponde la aplicación del derecho de gentes, conforme surge del artículo 43 de la Convención de Viena del derecho de los Tratados, al establecer el deber de los Estados de cumplir las obligaciones enunciadas en los referidos instrumentos convencionales, o de las que surjan del derecho internacional independientemente del tratado. Se refuerza con el artículo 53 al regular la nulidad de los tratados que se opongan a una norma de "jus cogens", imperativa del derecho internacional general.

El cumplimiento del derecho de gentes, dentro de nuestro sistema jurídico lo encontramos además en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -PIDCP-, al regular el principio de legalidad penal internacional, que establece: "1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 170011
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

delictivos según el derecho nacional o internacional..."; completando con: "2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional"; reafirmando que las graves infracciones de derecho internacional de jus cogens, imponen la obligación de investigar, enjuiciar y sancionar a todos los Estados, acarreando los compromisos estatales de: inderogabilidad de juicio; deber de procesar o extraditar; imprescriptibilidad de los delitos; inaplicabilidad de excepciones de inmunidad, incluyendo a los jefes de Estado; exclusión de cualquier mecanismo legislativo, político o judicial para perpetrar la impunidad -leyes de obediencia debida, punto final, indultos, cosas juzgadas írritas o fraudulentas-; obligatoriedad de aplicación en tiempos de guerra o de paz, no habilitando su derogación ni suspensión en excepciones constitucionales -tales como estado de sitio, conmoción interna, leyes marciales, estado de guerra- y competencia de la justicia universal.

Al respecto la CIDH ha mantenido en el caso "La Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala" -fallo del 24/11/2009- estas obligaciones al afirmar que se llevaron adelante acciones militares con el conocimiento y cumpliendo órdenes de los más altos mandos militares, por los que se perpetraron matanzas con actos de extrema crueldad con el propósito de eliminar a personas y grupos definidos como el enemigo y dirigidos a aterrorizar a la población, habiendo aplicado el Estado la doctrina de la seguridad nacional, considerando "enemigo interno" a toda persona que se opusiera -considerandos 71 y 73-. Reitera que los Estados tienen la obligación de respetar el procedimiento de recursos judiciales efectivos, tal cual lo dispone el artículo 25 de la CADH, de conformidad con el debido proceso -artículo 8. 1. CADH-, debiéndose garantizar los derechos convencionales -artículo 1. 1. CADH-, debiendo la

justicia asegurar entiendo razonable el derecho de las víctimas a conocer la verdad y sancionar a los responsables, con remisión a los casos "Bulacio vs. Argentina" -18/09/2003, "Zambrano Vélez vs. Ecuador" -04/07/2007- y "Kawas Fernández Vs. Honduras" -considerandos 104 y 105-

Cabe señalar que la CSJN ha venido sosteniendo en los casos "Girolodi" (G.342.XXVI), "Bramajo" (B.851.XXI) y más extensamente a partir de su nueva conformación en "Arancibia Clavel" (A.869.XXXVII); "Simón" (S.1767.XXXVIII) y "Mazzeo" (M.2333.XLIII), constituyendo jurisprudencia reiterada, que las normas del derecho interno se interpretan tomando como guía a la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos -CIDH-, receptando su jurisprudencia contenciosa y opiniones consultivas -OC-, por disposición del constituyente, a partir de la reforma de la Constitución Nacional en 1994.

También en casos previos al del autoritarismo militar argentino sometidos a su decisorio, en el caso "Priebke, Erich S/ Solicitud de extradición" (P.457.XXXI) cuando resolvió la extradición solicitada por Italia de un jerarca perteneciente al ejército nazi de la II Guerra Mundial, ya había fallado consagrando que los delitos de genocidio y lesa humanidad pertenecen al ius cogens internacional, lo que implica que el transcurso del tiempo no purga estas ilegalidades y en el caso "Arancibia Clavel" -A. 869. XXXVII- referido a un agente de la DINA de Chile, sostuvo que el accionar constituye asociación ilícita tipificada en el artículo 210 CP, utilizada para perseguir a opositores políticos por medio del homicidio, desapariciones forzadas y tormentos, también son delitos de lesa humanidad al formar parte de una organización para cometerlo, por ello son crímenes imprescriptibles, porque constituyen delitos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se propuso erradicarlos; asumiendo el decisorio de respetar el ius cogens internacional contenido en el derecho de gentes.

La CSJN ha receptado los fallos de la CIDH,

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 10001
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

especialmente de los casos "Barrios Altos Vs Perú" -14/03/2001- y "Almonacid Orellano y otros Vs Chile" -26/09/2006-, cuando debieron resolver cuestiones semejantes a las falladas por la Corte Interamericana, sobre la inconstitucionalidad de las leyes de impunidad 23492 y 23521 y la validez de la ley 25779; como así también sobre la inconstitucionalidad del indulto 1002/1989.

Al respecto conforme el "Estatuto de Roma" -CPI-, la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad" y el "Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg", son crímenes de lesa humanidad "...los actos perpetrados como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, ... h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional... i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física" -Artículo 7 Estatuto de Roma de la CPI-, independientemente que constituyan o no delito en el derecho interno del Estado donde se hubieran perpetrado.

Estos crímenes se encontraban prohibidos con anterioridad al momento de los hechos que se investigan en autos en el derecho internacional, siendo de aplicación la norma internacional preexistente que prohibía los crímenes contra la humanidad desde 1945 en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg, que también estableció que éstos delitos no pueden verse afectados por el transcurso del tiempo, no permitiéndose

la aplicación del instituto de la prescripción.

Constituye un hecho histórico incontrovertible conforme las causas 13 y 44 que el 24 de marzo de 1976, los militares argentinos destituyeron al gobierno constitucional hasta el 10 de diciembre de 1983, mediante el llamado "Proceso de Reorganización Nacional", disponiendo la división del país en seis zonas, con una estructura de mando jerarquizada que involucraba a todos los niveles de las fuerzas armadas, de seguridad e inteligencia, donde bajo la directiva de "aniquilamiento de la subversión" se persiguió a las personas y grupos que se oponían al proceso perpetrándose graves violaciones a los derechos humanos.

Puede concluirse del análisis de autos que las graves violaciones a los derechos humanos fueron realizadas dentro del contexto del ataque generalizado y sistemático contra la población civil, perpetrados porque las víctimas eran militantes políticos, inaceptables con arreglo al derecho internacional.

El paradigma de los derechos humanos. Los derechos contenidos en el sistema convencional no constituyen un plus a los derechos subjetivos del constitucionalismo decimonónico, poseen una construcción epistemológica distinta. En primer lugar en cuanto a su origen, los derechos humanos surgen a partir de la Carta de ONU y la "Declaración Universal de los Derechos Humanos", son construcciones convencionales realizadas entre los Estados que las elaboran en los primeros momentos con formato de declaraciones, donde se discutía su exigibilidad, hasta perfeccionarlas en Pactos y Convenciones exigibles por quienes las ratifiquen. En la actualidad los derechos humanos son aceptados por sus características de supra legalidad interna, de orden público, indivisibilidad, exigibilidad, irrenunciabilidad, no regresividad y aplicación del principio pro homine, los que se diferencian de los derechos subjetivos que surgieron como exigencia de los propietarios ante el poder absoluto al constituirse el Estado Liberal de Derecho, donde

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 100/011
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

los derechos a la propiedad y las modalidades de libertad eran los ejes, siendo el principal papel estatal su consagración legislativa y su rol abstencionista.

En segundo lugar en cuanto a la formalidad, los derechos humanos son construcciones normativas convencionales que se realizan entre Estados ya sean de una misma pertenencia internacional o regional -ONU, OEA, Unión Europea, Unión Africana-, que a pesar de las diferencias culturales, étnicas, de geopolíticas, de poder, se consensuan estándares mínimos de derechos, de manera que si un Estado en su derecho interno tiene mayores reconocimientos, funciona el principio pro homine y se aplica siempre el derecho más favorable al ser humano, pero a la vez los Estados que lo ratifican no pueden alegar cuestiones domésticas para incumplirlos, siempre deben respetar el piso mínimo. Estos instrumentos luego de ser sometidos a su aprobación en el organismo internacional o regional que corresponda, poseen otro proceso igualmente formal por los poderes de cada Estado, para su nueva aprobación en el derecho interno y una vez que se logra el voto positivo, nuevamente vuelve al trámite internacional, hasta culminar con el depósito del instrumento ratificado. En cambio los derechos subjetivos se consagran por la sanción de las leyes de cada Estado, ya sean constitucionales u ordinarias, son formulaciones generales que conforman las constituciones, legislaciones internas, normas del sistema jurídico, que contemplan las particularidades de cada país, que pueden ser cambiadas con mayor frecuencia, dado que depende únicamente del poder político de cada Estado y la correlación de fuerzas internas.

En tercer lugar se diferencian en cuanto al sujeto. Los derechos humanos son violados por acción u omisión por los Estados, de manera que no sólo éstos incumplen una convención cuando en sus prácticas las vulnera o desconocen directamente, sino también cuando frente a una situación de desposesión generalizada no adopta políticas públicas para que las/os ciudadanas/nos y los seres humanos tengan acceso a los

derechos, de manera que se reconoce la antijuridicidad objetiva. Mientras que los derechos subjetivos son vulnerados por particulares, personas físicas o jurídicas, grupos, sociedades, que se encuentran en el circuito económico y poseen una base contractual privada o perpetran una conducta disvaliosa tipificada como ilícito. En una comunidad todos deben obrar respetando la ley, por ello quienes no se adaptan al respeto normativo les corresponderá procesos y sanciones frente a ilícitos, pero mucho más grave aún es cuando desde los Estados se violan los derechos, dado que la "razón de estado" de todo Estado de Derecho debe ser el acatamiento irrestricto a la ley, no es aceptado que los Estados incumplan con las leyes.

En cuarto lugar se diferencian en cuanto al objeto, los derechos humanos son derechos y garantías que constituyen necesidades humanas internacionalmente objetivadas en los respectivos instrumentos convencionales, se parte de la concepción de que todo ser humano es un sujeto de derecho internacional y cada Estado como parte integrante de la comunidad internacional debe velar para que todas/os disfruten de los derechos, independientemente de su capacidad de adquirirlos frente al mercado. Deben ocuparse los Estados del acceso al derecho, remover los obstáculos cuando los seres humanos no pueden tener derechos. Por otro lado el objeto de los derechos subjetivos es primordialmente la defensa y protección del derecho de propiedad, los objetos susceptibles de apreciación patrimonial reconocidos por las leyes del sistema jurídico interno.

En quinto lugar se diferencian en cuanto al sistema de garantías. Los derechos humanos contenidos en el sistema convencional cuando son violados, las/os ciudadanas/os disponen de un accionar jurisdiccional en los tribunales de justicia de su país, pero si el reclamo no es receptado y se sienten agraviadas/os, subsidiariamente pueden petitionar ante el organismo de control de cada instrumento convencional, por ejemplo ante el incumplimiento de las normas de la Convención

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 100011
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

Americana sobre Derechos Humanos, una vez que se agota la jurisdicción interna y dentro de los seis meses -conforme artículo 64. 1. B) de la CADH-, se puede acudir a la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos y por intermedio de ésta o como medidas provisionales ante la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos; además la legitimación activa es más amplia cubriendo el abanico desde el afectado -característica de los derechos subjetivos-, hasta ONG, pueblos, Estados; igualmente pueden citarse procedimientos similares ante el incumplimiento de los demás tratados, que recordemos tienen jerarquía constitucional trece instrumentos según el artículo 75 inciso 22 CN. Mientras que si la vulneración es de derechos subjetivos, se pone en funcionamiento el poder judicial cuando los particulares incumplen contratos, frente a obligaciones insatisfechas, ante la turbación ilegítima de un derecho o frente a la desposesión arbitraria, porque lo que se reclama es reponer al estado anterior al litigio o en caso de imposibilidad -como es la muerte de una persona por otro particular, ya sea ante delitos o cuasi delitos- se reclamará el daño y perjuicio, la sanción punitiva, o ambas.

En sexto lugar se diferencian en cuanto a la jurisdicción. Los derechos humanos son subsidiariamente internacionales o regionales, según del instrumento convencional del que se trate. Se aplica la subsidiaridad porque primero deben reclamarse ante el propio Estado donde se ha producido la violación y una vez que se agotaron los recursos de la jurisdicción interna de cada país, se habilita la petición, denuncia o queja internacional. Los derechos subjetivos tienen jurisdicción interna, deben ser judicializadas en los tribunales competentes de cada país y el superior tribunal de justicia es el que resuelve en definitiva, siendo a partir de dicho acto la sentencia definitiva e inapelable. Sólo cuando el litigio versa sobre cuestiones de derechos humanos, es posible someter el decisorio a análisis de otro organismo supranacional, pero éste no podrá revisar un

fallo de los tribunales de otro país, ni las leyes internas de ese, sino que sólo analizará si el caso sometido a análisis, viola o no normas convencionales.

Esta construcción acerca de los derechos humanos trae consecuencias en la teoría de los derechos subjetivos, porque frente a determinadas violaciones sobre los primeros, no podemos analizar únicamente los contenidos del derecho interno, sino que se impone el control de convencionalidad. Ello implica que en el ámbito penal se debe revisar el derecho de los imputados y el derecho de las víctimas, así el debido proceso debe asegurar que se cumplan las etapas procedimentales para recorrer el camino de investigación, verdad, juzgamiento, sanción y reparación. En el análisis de los derechos de las víctimas, incluye a los directamente interesados, a sus familias y a la sociedad, cuando nos encontramos frente a graves violaciones a los derechos humanos y crímenes de derecho penal internacional, tales como lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la paz, torturas, apartheid.

En este paradigma, el debido proceso es analizado como el "derecho judicial eficaz", de manera que no es posible aceptar la cosa juzgada -típica garantía del imputado en el derecho penal liberal clásico-, sino se respeta el estándar mínimo convencional, para que esa sentencia tenga validez de cosa juzgada, debe ser el resultado de un proceso para arribar a la verdad, sanción y reparación, por lo que incluye analizar derechos y garantías de ambas partes: imputados y víctimas. O sea exige el balance o equilibrio entre ambos sujetos procesales.

Como lo sostuvo la CIDH en el caso "La Cantuta Vs. Perú" -29/11/2006- no constituye cosa juzgada un proceso, que tuvo como objetivo asegurar la impunidad con leyes que así lo consagraban -leyes 26479 y 26492-, si no se cumplen con los estándares mínimos de exigibilidad de los derechos humanos. Se incorpora con este decisorio el deber de los Estados de

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 10001
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

desterrar la impunidad.

Continúa en el considerando 81 analizando la CIDH la gravedad de las violaciones, por el contexto de la práctica sistemática de detenciones ilegales y arbitrarias, torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas perpetradas por las fuerzas de seguridad e inteligencia estatal. Establece que el carácter sistemático de la represión contra sectores de la población opositores al gobierno, con pleno conocimiento o perpetrando las órdenes de los más altos mandos de las fuerzas armadas, servicios de inteligencia, del poder ejecutivo de ese entonces, en un contexto de impunidad que favorecían las violaciones; agregando en el considerando 82 la particular gravedad por la existencia de una estructura de poder organizado para llevar a cabo ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas, que constituyeron un padrón de conducta como método de eliminación por pertenecer a "organizaciones subversivas" o ser sospechosos, habiéndose empleado de manera sistemática y generalizada por agentes estatales.

Según jurisprudencia de la CIDH para que una sentencia tenga validez de cosa juzgada, o para que se le atribuya esa eficacia, debe exhibir: definición del derecho, intangibilidad, definitividad y sólo sobre esa hipótesis se construye la garantía del *ne bis in idem*.

La sentencia es el resultado del debido proceso, reprobándose la simulación de enjuiciamientos, cuyo propósito ha sido la vulneración de las normas convencionales sobre derechos humanos, para consagrar la impunidad de los imputados y la vulneración de los derechos de las víctimas que impidan investigar y arribar al derecho a la verdad.

Analizando su construcción epistemológica, se advierte que el derecho aplicable ante las graves violaciones a los derechos humanos del caso, es el derecho convencional citado, siendo éste un crimen de lesa humanidad.

Con la reforma de la Constitución Nacional en 1994 y

la jerarquía asignada a los tratados sobre derechos humanos, al sistema de los tratados internacionales y a los de integración, se estaba asumiendo la decisión política de aceptar el **neoconstitucionalismo**, constitucionalismo de derechos avanzado, o del Estado Constitucional de Derecho siendo ésta la coalición de Democracia-Derechos Humanos y Constitución, donde observamos una refundación de la legalidad: Ordinaria y constitucional, estatal y supraestatal, lo que determina una nueva relación entre derecho interno e internacional.

En consecuencia la etapa del neoconstitucionalismo implica asegurar: a) que el contenido de la Constitución debe ajustarse a los estándares del DIDH; b) el carácter político vinculante de la Constitución; c) el control de constitucionalidad y convencionalidad de las leyes y actos de gobierno; d) la interpretación directa -operatividad- de la Constitución por el aparato jurisdiccional del Estado; e) el garantismo jurídico de los imputados y de las víctimas; f) la validez en el derecho interno de las interpretaciones, opiniones consultivas, fallos, resoluciones de los organismos supraestatales de monitoreo de los tratados sobre derechos humanos, de los que el Estado es parte; g) la subordinación de los Estados nacionales a los derechos humanos.

Como señalara precedentemente, por su construcción epistemológica los derechos humanos ante los ilícitos de derecho penal internacional -DPI-, se rigen por la norma y la costumbre internacional, los que se diferencian de los delitos de derecho interno, en cuanto a la aplicación del principio de legalidad, correspondiendo a los primeros el principio "nulum crimen sine jure", mientras que ante delitos comunes se aplica el principio de "nulum crimen sine lege", sin violentar el citado principio.

En el derecho interno rige el principio "nulum crimen sine lege", lo que determina que para el juzgamiento de los delitos del derecho interno, debe existir la legitimación de la ley previa, que observe las formalidades de ser sancionadas por

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 100011
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

el poder legislativo, debiendo estar sus contenidos en sintonía con la norma constitucional, porque será sometida al test de convencionalidad y constitucionalidad por los jueces, para su aplicación e interpretación.

Es la facultad de poder legislar de pleno derecho que tienen los Estados en su monopolio normativo, de tipificar las conductas que considera ilícitas y ejercer el poder represivo contra las personas, para evitar se perjudiquen a terceros por la comisión de delitos. Para que tenga reproche punitivo una conducta -acción u omisión-, debe existir una ley previa vigente que así lo tipifique.

En el ámbito del DPI rige el principio "nulum crimen sine jure", de manera que son delitos los que se encuentran normados en las convenciones, como así también en el derecho consuetudinario internacional, el derecho de gentes y los principios generales del Derecho Internacional -DI-.

El principio de legalidad en DPI implica que se tiene conocimiento previo que determinados actos constituyen graves violaciones al derecho de gentes, a los derechos humanos y que por ello, en caso de ser investigados, inculcados, determinando las responsabilidades, deben ser juzgados y encontrándose los responsables, se impondrán sanciones y se divulgarán los resultados. Ese conocimiento previo de qué actos constituyen delitos, qué se encuentra prohibido tienen una base normativa y no debe ser arbitraria, sino absolutamente razonable.

Cabe recordar que el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg al sancionar los crímenes de guerra ocurridos en la Segunda Guerra Mundial por el nazismo, estableció que los acusados habían violado un conjunto de normas de comportamiento claramente establecidas por el DPI, con anterioridad a la sanción del Acuerdo de Londres -1945-, dado que habían sido recepcionadas en la Convención de La Haya -1907- en los artículos 46, 50, 52 y 56 del "Reglamento de las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre" y en la "Convención de

Ginebra" -1929- en los artículos 2, 3, 4, 46 y 51; resolviendo que ante las violaciones a estas normas internacionales, quienes fueran declarados culpables debían ser sancionados.

Como precedentes cabe consignar que en los procesos substanciados ante tribunales internacionales desde 1946, se rechazó sistemáticamente el argumento de que se había violado el principio de legalidad, no haciendo lugar a los planteos de las defensas de estos crímenes internacionales, acerca de que se aplicaban leyes ex post facto, como sucedió en los juicios contra Adolf Eichmann en Israel -1960-; contra Klaus Barbie en Francia -1987- y contra Imre Finta en Canadá -1989-.

No existe un código penal internacional donde se defina más allá de lo regulado por el Estatuto de Roma -Corte Penal Internacional ratificada por Argentina por la ley 25390-, donde se tipifican delitos y sanciones, pero no se cuestiona que someter a una persona a esclavitud, apartheid, a graves violaciones de derechos humanos como crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la paz, aplicación de la torturas sistemática y generalizada, encarcelamientos clandestinos en centros clandestinos de detención -CCD-, persecuciones políticas, étnicas, raciales, religiosas, son delitos contemplados en el Derecho Penal Internacional que deben ser sancionados.

Por ello la pena se aplica de acuerdo a la gravedad del delito tipificado en el derecho internacional, debiendo tener el correlato que ante los más graves delitos, corresponden las más graves sanciones; tomando en cuenta que además en el derecho interno, los actos penales se encuentran legislados en los respectivos códigos, a veces con penas más benignas, pero nadie podrá argumentar el desconocimiento de la ilicitud cuando se perpetran las más graves violaciones a los derechos humanos, porque aunque no exista un capítulo específico del delito internacional en los códigos penales locales, no eliminan el carácter de delitos penales internacionales, su gravedad y la obligación estatal de su

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 170011
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

juzgamiento.

En este sentido la CIDH en el caso las "Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador", sentencia del 23/11/2004, estableció que "...si bien al momento de los hechos El Salvador no había ratificado la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, no se podía oponer la irretroactividad de la ley penal, por considerar que el homicidio y su posterior desaparición, en las circunstancias del ilícito por la intervención estatal, ya constituían delitos de lesa humanidad".

También se diferencian en cuanto a la jurisdicción aplicable; en nuestro sistema jurídico cuando se sanciona la Constitución Nacional en 1853 ya disponía en su texto en el artículo 99 -posterior numeración 102 con la reforma de 1860 y actual artículo 118 CN 1994- que: "...los juicios criminales ... cuando éstos se cometan fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio", por lo que desde el inicio del Estado de Derecho nos sometíamos a la jurisdicción internacional, al respeto del Derecho de Gentes aún de origen consuetudinario, el que en su evolución implica la subordinación a los derechos humanos de contenido convencional.

La jurisdicción universal, cuyos antecedentes se remontan a Grocio, consiste en atribuir competencia a los tribunales de cualquier Estado para el conocimiento, enjuiciamiento y sanción de delitos de DPI, independientemente de la nacionalidad del autor, partícipes, cómplices, encubridores y sin tomar en cuenta el lugar de su comisión. Se pone de manifiesto que hay un interés general de la humanidad ante graves violaciones a los derechos humanos, para su represión y sanción.

De modo que la jurisdicción universal consiste en la capacidad del Estado de perseguir, juzgar y someter a sus propias leyes, hechos sobre los cuales no tiene conexión, no

obstante le atribuye a sus tribunales de justicia, la competencia de conocer sobre los mismos, como surge del citado artículo 118 de la Constitución Nacional, delimitándose constitucionalmente al derecho de gentes.

En nuestro país se aplica la jurisdicción universal penal, por la naturaleza del delito -cuando vulnera el derecho de gentes-, prescindiendo del lugar en que se haya cometido, la nacionalidad del autor, la nacionalidad de la víctima, o cualquier otro nexo con el Estado.

Por la gravedad de estos delitos internacionales, se incluyen cláusulas por las que los Estados se obligan a adoptar medidas legislativas, judiciales, administrativas y de cualquier otra índole para perseguir, enjuiciar y sancionar a los responsables, independientemente de que tales personas residan en el territorio del Estado en que se han cometido los actos, sean nacionales de ese Estado, de otro Estado o sean apátridas.

Para los delitos del derecho interno, no existen mecanismos por los cuales el Estado ceda o admita prórroga de su jurisdicción para el juzgamiento dentro de su territorio. Constituye un ejercicio soberano legislar, organizar su justicia, aplicarla para la materia penal, admitir que en otro país se juzguen crímenes comunes cometidos en sus fronteras, salvo supuestos taxativamente normados, implica un menoscabo soberano. El Código Penal en el "Libro I, Título I, sobre la Aplicación de la Ley Penal", en su artículo 1 establece "1. Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción. 2. Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo"

Otra diferencia que puede señalarse es relativa a la culpabilidad.

En los delitos tipificados en el derecho interno rige el principio de inocencia, por el cual nadie es culpable hasta

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 170011
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

tanto no se demuestra en juicio. Ello se determina a la luz de los elementos analíticos estructurados en la teoría del delito, siendo su castigo proporcional a su culpabilidad, acorde con la magnitud del injusto.

Frente a los delitos del DPI sus autores habrán de tener el dominio del hecho, siendo responsables penalmente si conocían, debían conocer y no hicieron nada para impedirlo, no denunciaron, siendo agentes del Estado, o particulares que actuaron con la aquiescencia del Estado. Se evalúa la autoría mediata en la cadena de responsabilidades desde el superior jerárquico hasta los subordinados.

Se analiza la responsabilidad por la fungibilidad del ejecutor, como lo sostiene Claus Roxin, se sanciona al hombre de atrás, el que da las órdenes, el que sabe que sus mandas serán ejecutadas por agentes regimentados, que a su vez son "fungibles" capaces de cumplir y ejecutar las órdenes de esa organización criminal estatal a la que pertenecen.

Se determina la culpabilidad por la responsabilidad funcional en la cadena de ilícitos, desde el inicio del delito internacional, hasta el destino final.

Otra diferenciación encontramos en cuanto a la legitimidad de la sanción con una pena.

En el derecho penal interno, dentro del derecho penal de acto, más allá de la discusión doctrina, por imperio constitucional la pena se impone con un criterio de prevención especial y resocialización del condenado, siempre dentro de un Estado limitado en el ejercicio del jus puniendi. Se cuantifica la pena según la culpabilidad y la gravedad del injusto.

Demostrada la naturaleza de los delitos de DPI, la legitimación de la pena está dada por el derecho interno y por el derecho exógeno, existiendo una afectación a ambos.

Los actos u omisiones provocadoras de materialidad dañosa, con menoscabo de los derechos de terceros, que afectan gravemente los derechos humanos, el DIDH, DPI, el Derecho Internacional Humanitario, que constituyen los más graves

delitos contra toda la comunidad internacional civilizada, existe consenso en la comunidad jurídica mundial que deben recibir grave sanción penal, dentro de la escala penal del derecho interno e internacional, porque debe ser ejemplar, como resguardo de la continuidad de la raza humana, porque cuando se producen, no importa el lugar de la comisión, siempre ofenden a toda la humanidad. Por esta razón para que sea efectiva la pena, estos crímenes son imprescriptibles y habilita a la justicia universal para su enjuiciamiento.

En esta etapa del globalismo jurídico, no sólo debe asegurarse el derecho de los imputados, sino también el de las víctimas, sus familiares y de la sociedad como garantía de que crímenes de derecho penal internacional, que por su naturaleza poseen una gravedad máxima no vuelvan a perpetrarse, corresponde aplicar sanciones a los responsables acorde al ilícito investigado, como mecanismo de funcionamiento de la legalidad convencional y como garantía contra la impunidad, para lo cual se ha producido un profundo desarrollo del derecho a la verdad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el citado caso "Mazzeo", destacó en los principios y jurisprudencia internacional en los siguientes considerandos 10. "El D. I. Humanitario y DIDH 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"; en el 14. "Que la CN en su artículo 102 recoge la tradición jurídica y el derecho de gentes"; 22. "Que la CIDH ha impuesto las obligaciones de a) Esclarecer los hechos y responsabilidades, asegurando recursos eficaces "Velásquez Rodríguez 29/7/1988"; b) Garantizar los derechos de acceso a la justicia y de protección judicial. "Loayza Tamayo 27/11/1998". "Castillo Páez 27/11/1988"; c) Identificar y sancionar a los autores intelectuales -CIDH "Blake 22/11/1999"; d) Adoptar disposiciones de derecho interno que asegure el

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 100011
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

cumplimiento del artículo 2 CADH. "Loayza Tamayo 27/11/1998", "Suárez Rosendo 22/11/1997"; "Durand y Ugarte. 16/8/2000"; e) Deber de investigar y sancionar no tiene excepciones "Villagrán Morales 19/11/1999", "Velásquez Rodríguez 29/7/1988"; f) Obligación de atender el derecho de las víctimas y sus familiares "Blake 24/1/1998, "Suárez Rosendo 12/11/1997"; "Durand y Ugarte 16/8/2000"; "Paniagua Morales 8/3/1998", "Barrios Altos", por esa razón se estableció la imposibilidad constitucional de indultar a los autores de crímenes de Lesa Humanidad al resolver la inconstitucionalidad del Decreto 1002/1989.

Conforme jurisprudencia reiterada de la CIDH, aceptar la cadena de impunidad, las mentiras, los retardos de justicia, las exculpaciones de responsabilidades, fueron generando un verdadero LEGICIDIO en las etapas del autoritarismo militar en el cono sur, del que no estuvo exento nuestro país -1976/1983- que agigantó los sufrimientos, padeceres, búsquedas de las víctimas y sus familiares, pero también fue generando un sentido de anomia de la norma por parte de la sociedad, la convicción que las leyes existen, pero no se cumplen, por la incapacidad del sistema penal para el enjuiciamiento a los responsables, generando una impunidad que lesiona a la democracia y al conjunto de la sociedad.

Del análisis realizado puede concluirse que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, como los demás delitos tipificados en el derecho penal internacional, no derivan de una aplicación ex post facto, sino de una estricta aplicación de la legalidad internacional, porque de lo contrario el Estado incurriría en responsabilidad ante la comunidad de las naciones por el incumplimiento de los tratados. Por esta razón se impone el principio de inderogabilidad de juicio, no aplicándose el instituto de la prescripción ni la exclusión de responsabilidades de los miembros que actuaron en las contiendas con leyes de amnistías o indultos, en el entendimiento que las normas de olvido y

perdón contravienen con el derecho a la verdad, no pudiendo poner a cubierto las más severas violaciones a los derechos humanos, porque significarían un grave menosprecio a la dignidad humana y repugnarían a la conciencia de la humanidad.

La CSJN ha rechazado planteos semejantes por insustanciales al pretender revisiones de la doctrina reiterada cuando los recurrentes no ofrecen nuevos argumentos que ameriten una nueva evaluación de lo decidido, situación que se observa en la presente causa sometida a control jurisdiccional -Fallos 327:3312; 328:2056; E. 191. L XLIII-.

Formuladas las consideraciones que anteceden y volviendo al caso de autos, no advierto impedimento legal alguno para que los hechos materia de juzgamiento puedan ser categorizados como crímenes contra la humanidad.

En el *sub examine*, como ya se expuso antes, los jueces de la instancia anterior han analizado en forma amplia la prueba producida durante el juicio, concluyendo, sin que se verifique defecto de fundamentación, que "los sucesos ocurridos en la Unidad 6 de Rawson como parte de un plan emanado de la autoridad gubernamental -de facto-, ejecutado por quienes eran funcionarios públicos, en perjuicio de civiles indefensos, constituyeron un ataque generalizado y sistemático en los términos que la jurisprudencia y los tratados internacionales consideran Lesa Humanidad".

Finalmente, a estar a los hechos probados, no resiste el mínimo análisis la alegación defensiva de que los imputados no tenían conocimiento de la existencia del "ataque generalizado o sistemático contra una población civil", toda vez que el "*mens rea*" como elemento subjetivo integrante del tipo penal internacional bajo análisis, surge evidente del acervo cargoso obrante en autos, que ha sido correctamente meritado.

Lo expuesto conduce al rechazo del planteo examinado en este acápite, no sin antes destacar que no enerva el corolario al que arribó lo esgrimido por la defensa de Fano relativo a la existencia de una práctica usual de vejámenes y

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 440/01
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

torturas en las unidades del servicio penitenciario federal desde su origen hasta la fecha.

Bajo dicho pseudo argumento el recurrente pretende que "en el supuesto de tenerse por probado las torturas investigadas en perjuicio de Solari Yrigoyen y Abel Amaya, bien puede argüirse que las padecieron, como las padecen en la actualidad y se practicaban antes del establecimiento en el poder de la Junta Militar del 76, todos aquellos que fueron alojados en las cárceles del servicio Penitenciario Federal, que ninguna incidencia tuvo en el particular en la fecha investigada la asunción de la Junta" -cfr. fs. 2483-.

Resulta intolerable en un estado de derecho, que se admita como un vicio inmanente al sistema carcelario, la existencia de tormentos o vejaciones en las unidades penitenciarias como una parte integrante de una práctica usual y normal.

En estos casos estaríamos hablando de delitos y, como tales no pueden ni deben quedar impunes.

Debe quedar claro que todas aquellas condiciones de detención que excedan el marco legal y constitucional vigente, que atenten contra la dignidad del ser humano privado de su libertad deberán ser erradicadas y denunciadas ante las autoridades competentes, a fin de no acrecentar el inexorable nivel de sufrimiento y angustia que la situación de encierro representa *per se* para el interno.

La proscripción de la tortura y los malos tratos consagrada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos impone la obligación de impedir que funcionarios públicos inflijan tortura y malos tratos a los detenidos. A tal fin se deben adoptar todas las medidas conducentes de protección de las personas privadas de su libertad y garantizar plenamente el acceso a la jurisdicción para que se denuncien los actos de esa naturaleza, de modo tal que el Estado lleve a cabo su obligación de investigar y sancionar los casos de tortura, así como toda violación a los derechos humanos.

Ello así de conformidad con el art. 5 y con la

obligación de garantía prevista en la norma general del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con la obligación específica, respecto de los casos de tortura, establecida en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, a cuyo tenor los Estados partes deben tomar todas las medidas efectivas para prevenir y sancionar todos los actos de tortura dentro del ámbito de su jurisdicción.

Por otra parte, no podemos desconocer las fallas que presenta en la actualidad el sistema carcelario argentino en cuanto a superpoblación carcelaria, hacinamiento, incluso denuncias de malos tratos y casos recientes de torturas. La detección y la corrección de esos no menudos déficits y el juzgamiento debido de los hechos que constituyen ilícitos es una meta que forma parte de nuestra responsabilidad republicana, a la que todos los operadores estamos convocados y no una realidad que con resignación tenemos que aceptar.

2) Sobre el pedido de prescripción de la acción penal

La defensa de Steding plantea nuevamente en esta instancia la prescripción de la acción penal.

Tal como quedara establecido en el acápite anterior, los delitos cometidos por los imputados revisten el carácter de crímenes de lesa humanidad y de allí como lógica derivación su imprescriptibilidad, inderogabilidad y la jurisdicción universal.

Una de dichas consecuencias resulta objeto de nuevo cuestionamiento en la instancia.

En efecto, advierto que la pretensión defensiva vinculada con la extinción de la acción penal por prescripción es una reedición de la otrora formulada ante el tribunal de juicio, por parte de los defensores oficiales y que fue objeto de tratamiento y adecuada decisión en la sentencia ahora impugnada.

En esa oportunidad el *a quo* después de abordar el contexto normativo y jurisprudencial en el que se enmarca esta cuestión, concluyó sustentando el principio de la

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 4170/05
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, como también la necesidad de asegurar la aplicación universal de este principio, para de esa manera rechazar las excepciones de extinción de la acción penal por prescripción articuladas por las defensas de los imputados.

Los planteos formulados respecto a la imprescriptibilidad de la acción en los delitos de lesa humanidad se presenta como una cuestión que ha sido reiterada y homogéneamente resuelta de manera adversa a las pretensiones defensasistas, con remisión a lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* "Recurso de Hecho deducido en la causa Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros, -causa n° 259", fallada el 24/08/05; también en el expediente "Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa n° 17.768-" del 14.06.05.

La respuesta brindada por el *a quo* se encuentra en sintonía con la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal, y asimismo con la doctrina citada en aval de esa postura en la sentencia impugnada.

De modo que, habida cuenta de que dicho agravio fue objeto de tratamiento y adecuada solución por parte del tribunal de grado y lo decidido se encuentra debidamente fundado con arreglo a la doctrina que emana de Fallos: 328:2056 ("Simón, Julio Héctor") no habiendo introducido el recurrente nuevos elementos que permitan apartarse del criterio uniforme consolidado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, corresponde declarar inadmisibile el presente planteo.

En tal inteligencia, esta Cámara se ha pronunciado sosteniendo la imprescriptible e inderogable obligación del Estado Argentino de investigar y de sancionar los delitos de lesa humanidad, deber que, como es sabido, se erige como imperativo jurídico para todos los Estados y que tiene primacía sobre cualquier disposición en contrario de los ordenamientos jurídicos internos (cfr. al respecto, causa n° 7896

"Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/ recursos de casación e inconstitucionalidad", rta. el 18/5/07, reg. 10488; causa n° 7758 "Simón, Julio Héctor s/recurso de casación, rta. el 15/05/07; causa n° 9517, "Von Wernich, Christian Federico s/recurso de casación, rta. el 27/03/09, reg. n° 13.516; causa n° 13.073, "Arias, Carlos Alberto y Zírpolo, Luis Ángel s/recurso de casación", rta. el 24/11/11, reg. n° 18.879; causa n° 14.571 "Videla, Jorge Rafael s/rec. de casación", rta. el 22/6/12, reg. n 19.679, y causa n° 16.179 "Bustos, Pedro Nolasco; Olivieri, José Filiberto y Worona, Jorge Vicente s/recurso de casación", rta. el 15/05/13, reg. n° 21.056, todas de la Sala I; causa 12.652 "Barcos, Horacio Américo s/recurso de casación, rta. el 23/03/12, reg. n° 19.754, causa n° 10.431, "Losito, Horacio y otros s/recurso de casación", rta. el 18/04/12, reg. n° 19.853, causa 12.314 "Brusa, Victor Hermes s/rec. de casación, rta. el 18/5/12, reg. n° 19.959 y causa n° 11.515 "Riveros, Santiago Omar y otros s/ recurso de casación", rta. el 7/12/12, reg. n° 20.904, todas de la Sala II; causa n° 9896, "Menéndez, Luciano Benjamín y otros s/recurso de casación", rta. el 25/08/10, reg. n° 1253/10 y "Albornoz, Roberto y otros s/ rec. de casación", causa n° 13.085/13.049, rta. el 8/11/12, reg. n° 1586/12; causa n°. 17.052 "Acosta, Jorge Eduardo; Riveros, Santiago Omar; Bignone, Reynaldo Antonio Benito y otros s/recurso de casación e inconstitucionalidad", rta. el 14/5/14, reg. n° 753/14; causa n°17.004,"Paccagnini, Norberto Rubén y otros s/recurso de casación", rta. el 19/3/14, reg. 346/14 de esta Sala III y causa n° 11.545, "Mansilla, Pedro Pablo y otro", rta. el 26/09/11, reg. n° 15.668; causa n° 10.609, "Reinhold, Oscar Lorenzo y otros s/recurso de casación, rta. el 13/02/12, reg. n° 137/12; causa n° 12.821, "Molina, Gregorio Rafael s/recurso de casación", rta. el 17/02/12, reg. n° 162/12; causa n° 13.877, "Rezett, Fortunato Valentín s/recurso de casación", rta. el

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 14.075
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

16/04/12, reg. n° 516/12; causa n° 14.075 "Arrillaga, Alfredo Manuel, Pertusio, Roberto Luis y Ortiz, Justo Alberto Ignacio s/rec. de casación", rta. 14/05/12, reg. n° 743/12; causa n° 12.038 "Olivera Róvere, Jorge Carlos y otros s/recurso de casación", rta. el 13/06/12, reg. n° 939/12; causa n° 13.667 "Greppi, Néstor Omar y otros s/recurso de casación", rta. el 23/08/12, reg. n° 1404; causa n° 13.546 "Garbi, Miguel Tomás y otros s/recurso de casación", rta. el 22/04/13, reg. n° 520/13; y causa n° 15.660 "Martínez Dorr, Roberto José s/recurso de casación", rta. 31/05/13, reg. n° 872/13, de la Sala IV; y causa 647/13, "Luera, José s/ rec. de casación, rta. el 12/3/15, reg. n° 325.15.4, por el derecho penal internacional (cfr. estatutos de los tribunales militares de Nüremberg y para el Lejano Oriente; más tarde los instrumentos constitutivos de los tribunales ad-hoc de las Naciones Unidas para la ex Yugoslavia y Ruanda; la regulación 15/2000 de la administración de transición de las Naciones Unidas para el Timor Oriental, el estatuto de la Corte Penal Internacional de Justicia y la importante jurisprudencia de la C.I.D.H. en los casos: "Barrios Altos vs. Perú" -14/3/2001-, "Goiburú vs. Paraguay" -22/9/06-; "Almonacid Orellano vs. Chile" -29/9/06-; "La Cantuta " - 29/11/06-, entre otros.)

En sucesos como los que se investigan en estas actuaciones, el Estado Argentino debe, de conformidad con el derecho internacional que lo vincula y con la doctrina de la CSJN, garantizar su juzgamiento habida cuenta de que se trata de delitos de lesa humanidad y que el incumplimiento de tal obligación compromete la responsabilidad internacional del Estado Argentino (Fallos 328:2056 y 330:3248).

En virtud de las consideraciones formuladas, concluyo sosteniendo que no se constata la alegada inobservancia de la ley sustantiva toda vez que, de adverso a lo alegado por los recurrentes, la acción penal no se encuentra extinguida, por lo que corresponde rechazar los planteos casatorios promovidos con relación a este punto.

3) Sobre el plazo razonable

1º) Que cabe abordar en este acápite el nuevo motivo de agravio traído por la defensa oficial de Steding durante el término de oficina, vinculado con la alegada transgresión a la garantía a ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas, conforme lo prescriben los artículos 18 y 75 inciso 22 de la CN; 7.5 y 7.6, 8.1 de la CADH y 14.3.c del PIDCyP.

Ello es así, pues su desconocimiento podría traer aparejado el incumplimiento del Estado Argentino de sus compromisos asumidos ante la comunidad internacional al ratificar los tratados antes citados.

Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación al afirmar *in re* "Cuatrin, Gladys María y otros s/contrabando- causa n° 146/91 B" que "*...el instituto de la prescripción de la acción penal tiene una estrecha vinculación con el derecho del imputado a un pronunciamiento sin dilaciones indebidas (Fallos: 322:360, esp. disidencia de los jueces Fayt, Bossert, Petracchi, Boggiano y 323:982), y que dicha excepción constituye el instrumento jurídico adecuado para salvaguardar el derecho en cuestión...*" (Considerando 7º).

2º) Sobre la base de la dirección planteada, corresponde analizar la vigencia de la acción penal seguida en esta causa contra Jorge Osvaldo Steding en la medida que su omisión, podría causar un perjuicio irreparable o de imposible reparación ulterior, manteniendo el estado de incertidumbre y de sospecha sobre el encausado, a la que no se le puede imputar las irregularidades en el proceso, ni las demoras en la sustanciación de los actos procesales, porque es responsabilidad de los jueces asegurar las garantías constitucionales, el debido proceso, el derecho de todo imputado a ser juzgado sin dilaciones indebidas, en un plazo razonable y el cumplimiento judicial eficaz.

El lineamiento sentado resulta coincidente con la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación la que ha receptado este criterio en "Kipperband" -votos de los Dres. Bossert, Petracchi y Boggiano- (Fallos 322:360), y en los precedentes "Barra" (Fallos 327:327) y "Egea" (Fallos

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 4170/11
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

327:4815), "Cuatrín" (331:600), "Ibañez, Angel Clemente s/robo con armas" (I.159.XLIV, 11 de agosto de 2009), "Arisnabarreta" (Fallos 332:2159), "Bobadilla" (Fallos 332:2604), "Oliva Gerli, Carlos Atilio y otro" (O.114.XLIII, 19 de octubre de 2010) y más recientemente in re "Kreutzer, Guillermo Oscar Alejandro s/causa 9880" (K.52.XLV del 15/6/10) y "Bossi y García S.A. (TF 5932-A) c/DGA" (B.1229.XLIII del 8/11/11).

3º) Que sobre el tema traído a estudio es necesario señalar en primer lugar la legislación aplicable al caso -tanto nacional como internacional-; en segundo lugar la jurisprudencia aplicable -de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- y finalmente, concluir si le es aplicable o no tal doctrina a este caso concreto.

Que en Argentina, aún antes de la reforma de la Constitución Nacional en 1994, hubo un fuerte reconocimiento del derecho internacional sobre los derechos humanos, el que tuvo su correlato en el derecho interno, así como en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del advenimiento de la democracia.

En este sentido el Alto Tribunal reconoció, con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, que el derecho de los tratados tenía primacía sobre el derecho interno, de acuerdo a lo expuesto por el Alto Tribunal en Fallos 315:1492, en punto a que *"la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno"* y agregaron que *"esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino"*, para concluir que esto es un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno.

Posteriormente se reconoció el sometimiento del país a la interpretación que en materia de Derechos Humanos realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, toda vez que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional (Fallos: 317:1282 -considerando 8- y

Fallos 318:514).

Que como consecuencia de este reconocimiento de la supremacía del Derecho Internacional por sobre el Derecho Interno, en oportunidad de la reforma constitucional del año 1994, en el artículo 75 inciso 22 se incluyeron once instrumentos sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, entre los que cabe señalar a la *"Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"*, con el objeto de erradicar cualquier tipo de discriminación así como para garantizar el principio de igualdad, el goce de los derechos esenciales del hombre y el respeto a la dignidad humana.

Que el respeto de estos ordenamientos, es de gran importancia porque de tolerar prácticas contrarias a tales preceptos estaría desconociendo los compromisos asumidos por el Estado Argentino en la materia.

Que para evitar la repetición de conductas conculcatorias de tales derechos, los Estados Parte se han comprometido en los artículos 8.1 de la CADH a garantizar, a toda persona, el *"derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente"* y en el 9.3 y 14.3 c) del PIDCyP *"Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad..."* y *"a ser juzgada sin dilaciones indebidas"*. De esta manera, su incumplimiento, genera responsabilidad del Estado Argentino ante la comunidad internacional.

Desde esa fecha en adelante, se ha evolucionado mucho sobre el tema. La CIDH, manifestó por primera vez en la opinión consultiva OC-4 del 19 de enero de 1984 que *"El artículo 1.1, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos 'sin*

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 410011
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

discriminación alguna'" (Corte I.D.H., Serie A, nº 4, p. 30).

Por esta razón los Estados parte de la Convención se comprometieron a respetar los derechos, garantías y libertades, garantizando su ejercicio, a todas las personas que están sujetas a su jurisdicción, por lo que resulta de aplicación necesaria los referidos artículos convencionales.

En lo que hace a las previsiones normativas de tipo internacional aplicables al caso, aunque no incorporados a nuestra CN cabe señalar, en consonancia con los instrumentos internacionales referidos, que el Estatuto Universal del Juez de 1999, establece en su artículo 6º que *"el juez debe cumplir sus obligaciones profesionales en un plazo razonable y poner en marcha todos los medios necesarios que tiendan a la mayor eficacia"* y el Estatuto Iberoamericano del Juez de 2001, en su artículo 42, establece que *"los jueces deben procurar que los procesos a su cargo se resuelvan en un plazo razonable"*.

En conclusión, la suscripción de los instrumentos mencionados revela el compromiso asumido por el Estado, -en concordancia con lo dispuesto en el artículo 37 del Estatuto del Juez Iberoamericano- que en el Estado constitucional y democrático de Derecho y en el ejercicio de su función jurisdiccional, los jueces tienen el deber de trascender el ámbito de ejercicio de dicha función, procurando que la justicia se imparta en condiciones de eficiencia, calidad, accesibilidad y transparencia, con respeto a la dignidad de la persona que acuda en demanda del servicio.

Que esta previsión normativa, tuvo su correlato en materia jurisprudencial y en este sentido, cabe mencionar en primer término a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al respecto en el caso "Suárez Rosero vs. Ecuador" del 12 de noviembre de 1997 -referido a una prisión preventiva- y posteriormente en igual sentido en "Baldeón García vs. Perú" del 6 de junio de 2006, señaló que *"el principio de 'plazo razonable' al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana tiene como finalidad impedir que los*

acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente. En el presente caso, el primer acto de procedimiento lo constituye la aprehensión del señor Suárez Rosero el 23 de junio de 1992 y, por tanto, a partir de ese momento debe comenzar a apreciarse el plazo" y a continuación agregó -compartiendo el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos- que "se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales y concluyó en este caso que el Estado de Ecuador, violó en perjuicio de Suárez Rosero, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable o ser puesto en libertad en violación a los arts. 7.5 y 8.1 de la Convención Americana.

Posteriormente, en *Forneron e hijo vs. Argentina*, la Corte Interamericana -con referencia al caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago y González Medina y familiares vs. República Dominicana*-, señaló que "el derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales", reafirmando que para determinar la razonabilidad del plazo se deben considerar los siguientes elementos "a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso".

El 28 de noviembre de 2002, el mismo tribunal señaló en el caso "Cantos", respecto de lo previsto en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana que "Este Tribunal observa al respecto que, en principio, los diez años transcurridos entre la presentación de la demanda del señor Cantos ante la Corte Suprema de Justicia y la expedición de la sentencia de ésta última que puso fin al proceso interno, implican una violación de la norma sobre plazo razonable por parte del Estado" y continúa señalando -con cita de la Corte Europea de Derechos

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 170011
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

Humanos- que tanto el Estado como el demandante incurrieron en comportamientos que por acción u omisión incidieron en la prolongación de la actuación judicial interna y agregaron que *"si la conducta del propio interesado en obtener justicia ha contribuido en algún grado a prolongar indebidamente la duración del proceso, difícilmente se configura en cabeza del Estado una violación de la norma sobre plazo razonable"*.

El 27 de noviembre de 2008, en el caso "Valle Jaramillo y otros", el voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, señaló que la Corte Interamericana había seguido hasta hoy el criterio adoptado por la Corte Europea de Derechos Humanos, y señala los tres datos relevantes y agregó -en lo que hace a la conducta procesal del interesado-, que se debe distinguir con prudencia entre las *"acciones y las omisiones del litigante que tienen como objetivo la defensa -bien o mal informada- y aquellas otras que sólo sirven a la demora. Por supuesto, no se trata de trasladar al inculpado que se defiende la responsabilidad por las demoras en el enjuiciamiento y, en consecuencia, por la violación del plazo razonable"*.

A continuación, introdujo un nuevo concepto o elemento -para poder evaluar una afectación al derecho-, pero no como una forma de relevar los elementos anteriores, sino como un "plus" que se agrega para la ponderación de manera asociada con los otros factores. En este sentido apuntó que como cuarto elemento, debe considerar lo que denominó la *"afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes -es decir, la situación jurídica- del individuo. Es posible que aquél incida de manera poco relevante sobre esa situación; si no es así, es decir, si la incidencia crece, hasta ser intensa, resultará necesario, en bien de la justicia y la seguridad seriamente comprometidas, que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que en breve tiempo -'plazo razonable'- se resuelva la situación del sujeto, que ha comenzado a gravitar severamente sobre la vida de éste"*. Y agregó que tal afectación *"debe ser actual, no meramente*

posible o probable, eventual o remota".

Por último, en lo que aquí interesa, agregó que se ocupó de este tema con anterioridad en los casos Sawhoyamaya (Paraguay), del 29 de marzo y Masacres de Ituango (Colombia), del 1 de junio de 2006 y que en el caso Valle Jaramillo y otros *"la Corte Interamericana ha ampliado la consideración del plazo razonable e incorporado los elementos de apreciación sugeridos en los votos personales que mencioné. En la base de esta admisión se halla el convencimiento de que al lado de los factores establecidos por la jurisprudencia europea y acogidos por la interamericana -o junto con ellos- es indispensable apreciar el daño mayor o menor que causa el curso -también mayor o menor- del tiempo que transcurre en la tramitación y decisión de una controversia o en la definición de un obligación o de un derecho".* En ocasiones es irrelevante el tiempo transcurrido para la ponderación del daño, en otras *"es muy lesivo para la víctima"*, por ello los tres elementos primigenios deben ponderarse a la luz del perjuicio que se está causando a la víctima. El tiempo no corre igual para todos ni los elementos considerados tradicionalmente para fijar la razonabilidad del plazo afectan a todos por igual.

Posteriormente, en el caso Kawas Fernández vs. Honduras del 3 de abril de 2009, el mismo juez reiteró la necesidad de la agregación, para el análisis de la afectación al plazo razonable, del requisito de la *"afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso"* y agregó que *"es evidente que no se trata de agregar 'condiciones' o 'exigencias' a la ponderación del plazo, sino de atraer la observación del tribunal hacia otros datos que puedan contribuir al mejor examen del asunto"* finalmente agregó que en algunos supuestos, *"no será necesario internarse en el análisis de este cuarto dato, como en otros no lo ha sido y no lo es emprender el estudio de cada uno de los tres restantes elementos"* y que esta novedad mejora y favorece el estudio de casos justiciables y la adopción de las definiciones

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 170/01
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

pertinentes.

Que en cuanto a la legislación local aplicable a la materia, cabe señalar que el código de rito no tiene una previsión expresa sobre la duración que debe tener un proceso, aunque sí lo tiene respecto de otras cuestiones, pero vinculadas a este tema.

En primer lugar, el artículo 43 establece que "*no procederá la acumulación de causas cuando determine un grave retardo para alguna de ellas*", de esta manera se busca salvar el derecho de los imputados a obtener un pronunciamiento definitivo de su situación procesal en el menor tiempo posible, evitando una demora perjudicial para el derecho de defensa y un obstáculo material a la instrucción.

El artículo 207, establece que "*La instrucción deberá practicarse en el término de cuatro meses a contar de la indagatoria. Si ese término resultare insuficiente, el juez solicitará prórroga a la Cámara de Apelaciones, la que podrá acordarla*". Por último prevé para casos de suma gravedad y de muy difícil investigación, que exceda excepcionalmente de dicho plazo. Este artículo, además de resguardar la garantía señalada en el punto anterior, establece el punto a partir del cual comenzaremos a computar los plazos, esto es con el momento del cumplimiento de la declaración indagatoria, no desde que fue ordenada o ampliada posteriormente, siempre, claro está para los casos en que el imputado no esté detenido, porque en este último supuesto los plazos se comienzan a contar desde la fecha de detención. Similar previsión tiene el artículo 207 bis, pero para el Ministerio Público Fiscal.

El artículo 316, que trata de la procedencia de la exención de prisión, en lo que aquí interesa, tiene también una previsión vinculada al plazo razonable.

Por otra parte, no puede dejar de mencionarse la previsión de la ley 24.390, modificada por la ley 25430, que establece los plazos de la prisión preventiva y que como tal, también se vincula con el derecho que tiene toda persona -en este caso detenida- a ser juzgada en un plazo razonable.

Finalmente, el artículo 360, establece la posibilidad de unificación o separación de juicios *"siempre que ella no implique un grave retardo"*.

Concordantemente con la legislación aplicable -internacional como local y en base a la jurisprudencia de la Corte IDH, como de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina-, este Tribunal dictó la reglas prácticas para los delitos complejos y de lesa humanidad que también busca resguardar el derecho que tienen tanto los imputados, como las víctimas a la conclusión de los procesos penales en un tiempo razonable, atendiendo a las características y complejidad de cada uno de los casos.

En cuanto a la jurisprudencia local aplicable al caso, me limitaré a referirme a los casos Kipperband; Barra; Fiszman y Losicer (Fallos: 322:360; 327:327; 332:1492 y 335:680, respectivamente).

En este sentido, en el caso de Fallos: 322:360, los Sres. Jueces Fayt y Bossert, apuntaron que la Corte ya se había expedido en el caso "Mattei" en el sentido que la *"garantía constitucional de la defensa en juicio, incluye el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve, a la situación de incertidumbre y de restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal"* -consid. 5º-. Los jueces Petracchi y Boggiano, por su parte, coincidieron en que antes de su expresa incorporación a la CN, el *"derecho invocado ya había sido reconocido por este Tribunal al interpretar los principios de progresividad y preclusión como instrumentos procesales concretos destinados a evitar la duración indeterminada de los juicios"* y concluyeron -en ese caso-, que la duración del proceso desde comienzos de 1985 hasta hoy -1999- *"resulta, en sí, violatoria del derecho del imputado a ser oído judicialmente en un plazo razonable"*.

Posteriormente en Fallos: 327:327, los jueces Petracchi, Boggiano y Fayt señalaron que la cuestión era sustancialmente idéntica a la de Fallos: 322:360 y se

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 170/11
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

remitieron a lo allí afirmado.

En el caso de Fallos: 332:1492, el Alto Tribunal en su actual composición señaló, con referencia al caso "Mattei" que *"la prosecución de un pleito inusualmente prolongado - máxime si tiene naturaleza penal- conculcaría el derecho de defensa del recurrente en tanto 'debe reputarse incluido en la garantía de defensa en juicio consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional el derecho de todo imputado a obtener - después de un juicio tramitado en legal forma- un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre de innegable restricción que comporta el enjuiciamiento penal" -consid. 4°)-* y agregó que este principio no sólo es un corolario del derecho de defensa en juicio, sino que se encuentra también previsto expresamente en los Tratados Internacionales incorporados a la Constitución Nacional (arts. 8.1 de la CADH y 14.3 del PIDC y P, en función del art. 75 inc. 22 de la CN y con cita de "Egea" agregó que *"cualquiera sea el criterio que se adopte respecto de la suspensión del curso de la prescripción 'la duración del proceso penal por [en el caso] casi dos décadas, viola ostensiblemente las garantías del plazo razonable de proceso y del derecho de defensa" -consid. 5°)-.*

Finalmente, en junio de 2012 en Fallos: 335:1126, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, apuntó que *"...en el estado de derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el art. 8 de la citada Convención no se encuentra limitada al Poder Judicial -en el ejercicio eminente de tal función- sino que deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales" -consid. 8°)-*, para concluir que el plazo razonable es una garantía exigible en toda clase de proceso; que el transcurso de casi veinte años resulta contrario al principio de celeridad, economía y eficacia y podría *"implicar una mengua en la garantía del juicio sin dilaciones indebidas".*

4º) Que sentado ello, entiendo que en las presentes actuaciones no se advierte una vulneración a la garantía constitucional de los imputados, en particular del recurrente Steding, a ser juzgado en un plazo razonable, toda vez que la decisión del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Comodoro Rivadavia se encuentra debidamente fundada sobre este punto, y el recurrente no logra rebatir los argumentos allí vertidos y su disenso sólo configura una simple discrepancia con los motivos desarrollados por el a quo.

Cabe señalar que la defensa no se ha hecho cargo de demostrar que las circunstancias particulares del caso sean asimilables a las que justificaron el dictado de aquellos fallos en los que se ha hecho excepción a los extremos previstos en el artículo 457 del código de rito.

En este sentido es pertinente destacar que tal doctrina requiere la demostración de lo irrazonable de esa prolongación (Fallos: 330:4539), pues en esta materia no existen plazos automáticos o absolutos.

5º) En consecuencia, toda vez que no se observa la existencia de cuestión federal o verificación de un supuesto de arbitrariedad en el pronunciamiento criticado que amerite la intervención de esta Cámara como tribunal intermedio, tal como lo estableciera la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Di Nunzio, Beatriz Herminia s/excarcelación, causa nº 107572, D. 199 XXXIX", corresponde declarar inadmisibile el agravio tratado en este punto, con costas (arts. 444, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

SEXTO:

1. Sobre el planteo de arbitrariedad efectuado por la defensa de Osvaldo Jorge Fano.

Adelanto que este planteo no recibirá favorable acogida pues la sentencia exhibe una correcta fundamentación en lo que respecta al grado de intervención que se le endilgó a Osvaldo Jorge Fano en los hechos imputados, no constatándose la tacha de arbitrariedad atribuida a la sentencia. Así la crítica del recurrente sólo trasunta su divergencia con el método

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 4170/11
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

racional utilizado por el a quo para reconstruir el *factum* acontecido y el grado de participación que en él le cupo al imputado.

Los jueces han arribado a la verificación de los hechos objeto del proceso, en virtud de una valoración integral de los elementos convictivos obrantes en la causa, no observándose fisuras en el razonamiento desarrollado por el a quo para concluir como se hizo.

De ese modo, los extremos fácticos de la imputación delictiva han quedado acreditados con el grado de certeza apodíctica que una condena requiere.

Contrariamente a lo argüido por el recurrente, la condena no se sustenta sobre la base de un criterio de responsabilidad objetiva, sino antes bien, configura el corolario del análisis crítico del plexo cargoso.

Dicho examen partió de la premisa constituida por el hecho innegable de que Fano era el oficial de más alto rango en la Unidad n° 6 de Rawson en el Servicio Penitenciario Federal, desempeñándose como su Director.

Merced a la valoración de su legajo, se reseñó que había ingresado a la función penitenciaria el 1 de abril de 1954 (Resolución 2685/54) y que era un hombre de carrera, conocedor del quehacer penitenciario.

En esa función le competía el gobierno y administración de la Unidad, siendo responsable ante la superioridad de todo cuanto aconteciera en el instituto, en razón de su amplia facultad de contralor e inspección (Decretos 2023/74 y 955/76).

Es decir, Fano tenía a su cargo la fiscalización de todas las secciones del organismo y de todos los hombres que se desempeñaban en dicho ámbito.

Mas cabe aclarar, en respuesta a un aspecto del embate casatorio, dicha referencia a su rol funcional no agotó la argumentación desarrollada para sustentar el grado de participación finalmente atribuido, pues se consideraron otras circunstancias que surgen de una valoración global del cuadro

probatorio existente en la causa.

En este sentido, se tuvo en cuenta que cuando le comunicaron el traslado de los detenidos desde la Unidad 4 de Bahía Blanca y en virtud de órdenes emanadas del Quinto Cuerpo de Ejército, Fano asumió concretamente su rol funcional al hacerse presente en la Unidad 6 para fiscalizar el arribo de éstos y disponer todo lo necesario.

Tal extremo se desprende de la valoración efectuada por el tribunal de las constancias de fs. 465/492 y las del Libro del Puesto de Control Externo de la Unidad 6 que da cuenta que el 11/9/76 -ingresó a 18.10 y egresó a las 19.10 horas-, es decir el mismo día, 20 minutos antes que ingresara el grupo de 16 detenidos -con Amaya y Solari Yrigoyen- que según el mencionado libro ocurrió a las 18.30 horas.

Queda claro que la responsabilidad que se le atribuyó a Fano no es únicamente formal sino también material pues en virtud de su competencia funcional, tuvo el control de la Unidad 6 del Servicio Penitenciario Federal siendo una muestra de ello su presencia oportuna para el "recibimiento" de los nuevos detenidos y otra el incidente relatado por la esposa de Solari Yrigoyen, Teresa Hansen, quien expresó el modo en que Fano la convocó para, de manera humillante y amenazante, advertirle sobre las consecuencias que la conducta de su esposo podía acarrearle.

Para el *a quo*, en una valoración que comparto, la actitud de Fano confirmaba una práctica más de padecimiento al preso a su cargo, al negarle los anteojos que le pertenecían y necesitaba. Dicho extremo era un ejemplo de humillación y amenazas hacia el detenido y también a su familia.

Cabe destacar que Fano estuvo en funciones durante toda la permanencia de Amaya y casi toda la de Solari Yrigoyen, salvo el lapso antes aludido, y precisamente a aquel tiempo se circunscribe el reproche, por lo que cabe desestimar la crítica del recurrente en cuanto a que su defendido sólo estuvo en la Unidad cuando arribaron los detenidos.

El régimen carcelario con todas las variantes

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 4170/11
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

descriptas aplicado a las víctimas objeto de este proceso se hizo a partir de la intervención de Fano, bajo su órbita de dirección y contralor. Fue él quien puso la condición necesaria para que se llevara adelante el plan sistemático de ataque a los presos políticos dentro de la Unidad nº 6 de Rawson.

A este devenir, queda claro que la atribución de autoría no reposa en una responsabilidad objetiva ni se trata de una presunción derivada de su calidad funcional. Ciertamente Fano era el Director y como tal estuvo al corriente de lo que sucedía en el penal a su cargo.

Este extremo, fehacientemente acreditado en autos, debe inteligirse dentro del contexto del terrorismo de estado imperante en esa época, en la que el tormento en su doble dimensión física y psíquica atravesó todas las condiciones del encierro de la Unidad nº 6 de Rawson, dirigida y controlada por Fano.

El propósito perseguido se encaminaba a lograr el sufrimiento de aquéllos a quienes consideraban opositores al régimen, a través no sólo del maltrato físico sino también del psicológico, en muchas ocasiones de mayor crueldad. Dentro de ese sistema, Fano como director de la Unidad 6 de Rawson, tenía la función de coordinar a los diferentes agentes dentro del ámbito penitenciario con miras a que aquél funcione de modo tal de que los objetivos buscados finalmente se concretaran.

Desde su especial rol dominaba el hecho en su plenitud, realizando aportes idóneos para la concreción de la conducta típica. Por ello, es dable predicar de su actuación, que se convirtió en un verdadero ejecutor de la maniobra total llevada a cabo en la Unidad 6 y que se inscribió dentro del plan sistemático y generalizado de represión contra la población civil que fue implementado desde el poder político de *facto* de aquella época. Plan éste que fue pergeñado y ejecutado de un modo preciso y detallado en el cual las unidades penitenciarias también cumplían una función concreta y determinada y dentro de ellas se erigía la cárcel de Rawson.

En ésta, Fano como máxima autoridad, tenía la

facultad para definir qué acciones y bajo qué modalidad se debían realizar en cumplimiento del plan sistemático diseñado a la sazón, pudiendo modificarlas, morigerarlas, agravarlas, o bien hacerlas cesar.

Prueba de ello lo configura el cúmulo de circunstancias fácticas que han quedado debidamente acreditadas en la causa.

Ha sido relevante el testimonio de la propia víctima Solari Yrigoyen quien permitió reconstruir que el 11 de septiembre de 1976, durante las primeras horas de la tarde, se produjo el arribo, por vía aérea, a la ciudad de Trelew, en compañía de otras quince personas. Todos se hallaban privados de su libertad, y eran trasladados, mayormente, desde la Unidad Carcelaria N° 4 de Bahía Blanca.

Luego de un viaje muy penoso, al llegar a la Base Almirante Zar los golpearon, los pusieron en un celular y los trasladaron a la cárcel de Rawson. Que este trayecto lo hicieron atados de pies y manos, encapuchados y con las manos puestas por detrás, lo que definió como "calvario".

Que el traslado estuvo a cargo de agentes penitenciarios de la cárcel de Rawson y que al llegar a la Unidad el castigo que les dieron fue feroz. Que consistió en patadas de los agentes del SPF mientras se hallaban tirados en el piso.

Inclusive -en su caso particular-, una de las patadas le dio en el oído izquierdo y le provocó la pérdida parcial de la audición, extremos que fue corroborado por un especialista de Amnistía Internacional de Londres.

Esta modalidad de traslado fue avalada también por otros testigos. Así Justo Abel Chein, quien también estuvo detenido en el penal de Rawson (al que ingresó a fines de junio o los primeros días de julio del año 1976), contó que fue trasladado desde la cárcel de Resistencia, provincia de Chaco, por vía aérea, y que junto a otros fue subido a un avión, que allí fueron vendados y encapuchados.

En similar sentido se expidió el testigo Torres

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 410/01
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

Molina, que explicó que el 15 o 16 de julio de 1976, fue trasladado por un grupo a la unidad carcelaria de Rawson, y que desde que lo bajaron del avión y lo subieron al celular, con los ojos vendados y esposado, fue sometido a duros castigos por parte del personal del Servicio Penitenciario, al igual que los otros que viajaban con él. Por su parte, el testigo Britos refirió que cuando llegaron Solari Yrigoyen y Amaya se veían golpeados, muy maltratados. Juan Rodolfo Acuña, en el mismo sentido, sostuvo que la situación más grave la vio cuando llegaron Solari Yrigoyen y Amaya, con un grupo que venía de Bahía Blanca, a quienes pusieron en el pabellón 8; describió la situación como un tropel de gente a la que hacían correr, los castigaban y finalmente, los encerraban en una celda.

Asimismo, Antonio Eduardo Romano, manifestó que desde que se subieron al avión hasta llegar a la unidad (de Rawson) fueron maltratados y que luego de bajarlos del avión, a los empujones, les pegaban a todos.

Por su parte, Solari Yrigoyen señaló que una vez llegados al penal fueron alojados en las celdas de castigo, llamadas "los chanchos", una de cuyas particularidades era que allí los presos eran especialmente maltratados, de diversas maneras. En esas celdas, refirió que permaneció dos días, en el curso de los cuales fue mojado con agua fría, desnudado y con "sufrimientos de todo tipo". Luego lo llevaron (junto con Amaya) a lo que con el tiempo supieron era el pabellón 8. Allí, lo tuvieron encerrado 15 días en su celda, memorando que los sacaban para ir al baño y los hacían estar parados, no podían estar vigilándolos todo el tiempo pero cada tanto si alguien veía a alguien sentado era un escándalo, los golpeaban o les tiraban más agua fría. Que en ese período no los pudo ver nadie, que estaban todos encerrados en el pabellón en celdas nunca vió un médico. Nadie los revisó al llegar a la Unidad y que los empezaron a ver accidentalmente cuando estaba enfermo después de ese feroz castigo.

En sentido similar, el testigo Chein refirió que cada vez que los sancionaban los agarraban a patadas en los

calabozos. No los sacaban al baño, no les daban de comer, cada vez que salían al baño era una doble fila de guardia cárceles pegándoles patadas, les hacían bañar con agua fría, era julio, en esa época hacía más frío que ahora y las ventanas de los calabozos que daban a un patio estaban abiertas y ellos desnudos. Chein relató que le fue negada la atención médica pese a que en determinado momento había comenzado a orinar sangre, hecho que se prolongó durante 10 días. Que nunca tuvo revisión médica "de contacto", según refirió para diferenciarla de lo que hacían los médicos que era "atenderlos" a través de las rejas. En este sentido dijo que era como automedicarse, y que sólo recibían una pastilla, que supone era un psicofármaco. De modo coincidente para el a quo, se expidió Acuña, quien dijo que la atención médica siempre fue complicada, que les daban "valium".

Torres Molina expresó que un grupo, al llegar, fue alojado en lo que eran las celdas de aislamientos, y en ese lugar fueron sometidos permanentemente durante 15 días a golpes muy violentos.

Manuel María Llorens comentó que era común que cuando venían los traslados de otra cárcel o centros clandestinos, la requisa se dedicara a golpearlos y maltratarlos mientras iban entrando. Y en particular, pudo recordar que un día (que luego es posible referir como el de la llegada de Solari y Amaya), cree que de noche, luego de la cena, pues se hallaban ya encerrados, se sintieron gritos de pegadas, como si estuvieran pasando compañeros y le estuvieran pegando por los costados. Que se oyó mucho que "esa noche fue bastante fuerte porque se escuchaban los gritos" y al otro día o a los días se fueron enterando que habían ingresado Solari Yrigoyen, Amaya y otros presos.

Crisanto Ripodas, al comentar el régimen en "los chanchos", señaló que allí les sacaban el colchón, la ropa, tiraban agua en el piso, no los dejaban ir al baño cuando lo necesitaban sino cuando ellos querían, por lo que muchas veces debían convivir con los excrementos.

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 1100/11
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

También relató Solari Yrigoyen situaciones de hostigamiento, como la de una mañana en la que un oficial abrió la puerta de su celda y le preguntó a cuánta gente había asesinado. Al cabo de los quince días antes mencionados dijo Solari Yrigoyen que les abrieron las celdas y ahí empezaron a hacer una vida más o menos normal.

En una valoración ajustada a las leyes del recto entendimiento humano, el a quo coligió que las situaciones vistas como normales por parte de muchos de los testigos, ponderadas retrospectivamente, constituyen tormentos y malos tratos.

En esa inteligencia hizo alusión a una deficiente atención médica, incluso frente a padecimientos que a simple vista eran de gravedad.

También Zamorano Toledo refirió que no recordaba que el médico los hubiera visitado, aunque señaló la posibilidad de que haya existido algún tipo de entrevista formal (burocrática la llamó), es decir para salvar las apariencias.

Otro tratamiento mortificante para el a quo, relatado de modo coincidente por varios testigos, consistió en haberle negado arbitrariamente a Solari Yrigoyen los anteojos para leer, que para esa época necesitaba. En este sentido, la privación de la posibilidad de leer, o de dejarlos solamente leer la Biblia (la época Bíblica la llamó el testigo Ojea Quintana, aunque más tarde también se las sacaron, como explicó Romero, pues les decían que la "dialectizaban"), o negarles la posibilidad de dialogar, o compartir el mate, o convidar fuego para fumar, o compartir cigarrillos, o hacer cortos los recreos o suprimirlos arbitrariamente, buscaba generar una situación de desesperanza y quebrar cualquier lazo de solidaridad. Retomando la cuestión de los anteojos, relató Solari Yrigoyen que se negó a recibirlos pues querían obligarlo a firmar un recibo que se refería a él como a un "delincuente terrorista".

Este incidente ha sido corroborado por la declaración de Teresa Hansen, quien refirió la entrevista mantenida con el imputado Fano, quien le explicó la circunstancia aludida (que

su esposo se había negado a firmar una declaración de la entrega de los anteojos) y que se había salvado de una golpiza, por ese motivo, debido a que se hallaba una comisión de la Cruz Roja.

Al respecto, cabe destacar que el descargo formulado ahora por el recurrente, vinculado con dicho episodio, pretendiendo desvincularse de toda responsabilidad, no enerva lo reprobable de dicha actitud la circunstancia alegada de que la nomenclatura "delincuente terrorista o subversiva" les haya sido impuesta por la superioridad; antes bien, confirma su adscripción a todo lo que se decidía en el marco del plan sistemático diseñado en ese entonces, a la vez que pone en evidencia el maltrato psicológico y humillante al que eran sometidas las personas que estaban detenidas en la unidad a su cargo y que en ese supuesto específico que se encuentra probado provenía directamente de la persona de Fano.

En relación a los recreos, explicó Solari Yrigoyen, no sólo que eran muy cortos, sino que, además, ir era un calvario, y para ejemplificar mencionó que había un guardia cárcel (Codesal) que siempre les pegaba patadas; que a alguno de ellos los obligaban a correr. Y aquí comenta también que era una forma de llevar a su amigo Amaya a la muerte, lo que finalmente sucedió. Este no es un detalle menor, pues el deterioro de los compañeros de encierro (algunos se suicidaron), fue asimismo un elemento al que aludieron varios de los detenidos. Ello provocaba también un sufrimiento psicológico en los encerrados. También varios testigos hicieron alusión al suicidio de Guerra y Debenedetti (Chein, Torres Molina, Gutiérrez, Rípodas).

El tribunal oral arribó a la conclusión de que también el régimen de visitas era otra forma de mortificarlos, ya sea por su modalidad (frecuencia y a través de un vidrio), como por el padecimiento físico y la humillación a la que los sometían antes de que se llevaran adelante.

En este sentido, cabe traer a colación lo evocado por el testigo Acuña quien señaló que tenían que pasar catorce

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 4170/11
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

puertas para llegar al lugar donde los revisaban y los "prepeaban", en cada una de las puertas alguien les tiraba una patada. Tan es así, que contó Solari Yrigoyen que le pidió a su familia que no lo visitaran, pues cada vez que iba a recibirlos lo golpeaban y lo hacían desnudarse antes y después. Llorens ilustró, en este sentido, que la situación de las visitas empeoró luego del golpe del 76, y que comenzaron a reprimir a los familiares, o suprimirles arbitrariamente las visitas.

Por su parte, el testigo Domingo Vargas contó que los trasladaban agarrados con una cadenita, con las manos atrás, y al trote. Esta actitud se complementaba con la obstaculización de la comunicación con familiares y amigos a través de la correspondencia. Esta constituía otra de las mortificaciones a la que eran sometidos los internos. Chein comentó que cuando se endureció el régimen le sacaron los libros, y hubo un momento en que sólo le daban una hoja y una fibra gruesa para que escribieran cartas una vez por semanas. En el mismo sentido se expresó Crisanto Ripodas, quien agregó que las cartas podían o no salir, que solamente podían escribir, pero no hacer dibujos.

El baño con agua fría, aún en invierno, también era una práctica violenta y sistemática, tal como dan cuenta Solari Yrigoyen, Acuña, Torres Molina, Britos, Llorens y Vázquez. Sin que sea necesario abundar en que en latitudes como las de Rawson las bajas temperaturas, en invierno en particular, lapso en el que se encontraban en ese lugar, hacen de esta circunstancia una verdadera crueldad.

A ello, se le suma la falta de una vestimenta adecuada y que dejaran las claraboyas abiertas (que en muchos casos les impedían dormir) -cfr. testimonio de Néstor Correa-. A tal punto que el testigo Dondero refirió que "el invierno era un momento peligroso en la cárcel".

También la alimentación deficiente constituía una situación de maltrato, tanto por la calidad como por el modo de proveerla. Relata Solari Yrigoyen que la comida constaba de dos partes, uno que ellos llamaban sopa que era un poco de grasa de ovejas intomable, y otro plato. Que cuando salió de la cárcel

perdió 14 kg por la alimentación deficiente, la que nunca fue controlada por servicio médico alguno. De hecho, el déficit alimentario también se pudo verificar, como se vio, en el caso de Amaya. También Torres Molina hizo alusión a este aspecto pues no les daban desayuno, les daban un mate cocido y tres panes para todo el día, al mediodía comían generalmente fideos y a la noche arroz, incluso si sobraba arroz en una comida se los servían en la siguiente. Britos aporta que la comida era muy mala. Igual lo hace Alberto Ismael Vázquez, quien como Solari Yrigoyen dice que era de mala calidad, muy grasosa, que "no era muy apta para el consumo humano". Héctor Romero refirió en este aspecto una particularidad: les mostraban una bandeja con fideos y les decían que sacaran dos. Raineri contó que la comida en el año 1976 era oveja o cordero duro, sopa con centímetros de grasa y escasa. En el mismo sentido, el testimonio de Domingo Vargas al referir que la comida no era nutritiva; así brindó el ejemplo de que cuando estaban en las celdas de castigo le traían la "leche" muy caliente -imposible de beber, daban la vuelta por los cinco calabozos y volvían al primero a retirar la tasa, por lo que tenían que tirar el líquido al inodoro; o el día que le dijeron que por ser el día del penitenciario le iban dar arroz con pollo, cosa que hicieron, para retirarlo casi inmediatamente sin posibilidad de que lo comieran.

El tribunal sometió a examen crítico los testimonios que dan cuenta de las condiciones de encierro que padecieron los detenidos en la cárcel n° 6 de Rawson, siendo relevante el de Solari Yrigoyen para quien la cárcel era un mecanismo para degradar física y psíquicamente a los presos. Para el a quo tal afirmación no configura una mera opinión valorativa, sino una experiencia vital compartida por otros. En este sentido hizo referencia a lo expresado por Torres Molina, Vázquez y Dondero.

El cúmulo de circunstancias fácticas antes reseñadas, que han quedado acreditadas en la causa, trasuntan que el régimen carcelario vigente en ese entonces representaba un proceso de destrucción de varios aspectos del ser humano que

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 4170/11
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

puede ser tipificado. En dicho sistema Fano aparece interviniendo en un rol preponderante desde su posición de mando de la Unidad nº 6 de Rawson, injerencia que se patentiza desde el momento en que arribaron los nuevos detenidos, pasando por todas las condiciones de encierro impuestas en la Unidad a su cargo hasta el tenor de la reunión que el propio Fano mantuvo con la esposa de Solari Yrigoyen del que se infiere que el maltrato psicológico formaba parte del *modus operandi* llevado a cabo en ese entonces.

Así, las modalidades de detención constituían una metodología para la degradación del interno, cercenándose en forma flagrante más derechos que los derivados de la privación de la libertad, en definitiva, se atacaba la esencia misma del ser humano, su dignidad.

A este devenir, no hay duda alguna acerca del conocimiento por parte de Fano de los hechos investigados y la intervención que en ellos le cupo, por lo que su agravio en este sentido será rechazado.

2. Sobre la nulidad de la ampliación de la acusación efectuada por la defensa de Fano.

La asistencia técnica de Osvaldo Jorge Fano sostuvo que el Ministerio Público Fiscal amplió la acusación en el caso de Abel Amaya por el resultado muerte, aclarando que en la requisitoria de elevación la circunstancia agravante no figuraba. Destacó que los imputados en el debate declararon y de su declaración no surgió nada para agravar la calificación legal de torturas así como tampoco de la prueba producida en el juicio.

Concluyó el recurrente sosteniendo que por tales motivos no se configuraron los presupuestos necesarios para la procedencia de la ampliación de la acusación.

En base a ello, postuló la nulidad de la sentencia condenatoria que receptó dicha ampliación, afectando la garantía constitucional del debido proceso legal.

Conforme surge del requerimiento de elevación a juicio, los encartados vienen requeridos de juicio criminal

imputándoselos a Osvaldo Jorge Fano (en ambas causas) y a Jorge Osvaldo Steding como cómplices necesarios de los delitos de torturas agravadas por ser la víctima un perseguido político, con la modalidad de delito continuado (arts. 2, 45, 63 y 144 ter. párrafos 1º y 2º del Código Penal según ley 14.416), constituyendo un delito contra la humanidad.

Que en el requerimiento de elevación a juicio de la causa N° 1118 (fs. 2383/2403), el representante del Ministerio Público Fiscal le atribuyó: a) a *Osvaldo Jorge Fano* que en su calidad de Director de la Unidad N° 6 del Servicio Penitenciario Federal, con asiento en la ciudad de Rawson, Provincia del Chubut, entre los días 11 de septiembre de 1976 y el 28 de septiembre de 1976, habría participado de los hechos que a continuación se detallan, y de los cuales tuvo cabal conocimiento: que el día 11 de septiembre del año 1976, durante las primeras horas de la tarde, en las instalaciones de la Base Aeronaval Almirante Zar de la ciudad de Trelew, se produjo el arribo, por vía aérea, del Señor Mario Abel Amaya, conjuntamente con otras quince personas. Los nombrados se encontraban privados de su libertad, y eran trasladados desde la Unidad Carcelaria N° 4 de Bahía Blanca. A la llegada a la Base Almirante Zar, el Señor Amaya, al igual que los otros detenidos que lo acompañaban, fue descendido a golpes y patadas del avión en que fue trasladado, luego de lo cual fue sometido a un violento castigo físico por parte de personal del Servicio Penitenciario Federal que lo aguardaba. Seguidamente, fue conducido a los golpes, siempre por personal penitenciario, a un camión celular, en el que fue trasladado a las instalaciones de la Unidad N° 6 del Servicio Penitenciario Federal, con asiento en la ciudad de Rawson. Al arribar a este establecimiento carcelario, al cabo de unos 20 o 30 minutos aproximados de traslado, Mario Abel Amaya, quien a consecuencia de los castigos propinados desde su arribo a la Base Almirante Zar presentaba una muy visible herida contusa en su cabeza, fue sometido a una violenta y prolongada golpiza por parte del

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 100/01
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

personal de requisa. Toda esta situación se desarrolló en medio de gritos y alaridos proferidos por Amaya y por los demás detenidos llegados de Bahía Blanca, quienes se encontraban con las manos atadas a sus espaldas y con los ojos vendados. Al cabo de la larga sucesión de golpes, Amaya fue conducido a una celda, probablemente una celda de castigo (los "chanchos"), en donde se lo siguió golpeando. En este punto cabe señalar que cuando era sometido a violencia en el pabellón de castigo, los agentes penitenciarios que propinaban los golpes hacían alusión a supuestas órdenes del Jefe del Área 536, el Mayor Carlos Barbot. Luego se lo trasladó a una sala en la que se le quitó la venda, se lo hizo vestir el uniforme carcelario y se le quitaron los zapatos, siempre en medio de golpes. A continuación, fue nuevamente conducido a la celda en la que permaneció toda una noche parado, a la vez que era permanentemente golpeado. Mientras recibía los castigos indicados, Amaya suplicaba que se le suministraran sus medicamentos y el inhalador dada su condición de enfermo de asma (afección ésta que era conocida por todos sus compañeros y por los funcionarios del Servicio Penitenciario Federal). En una oportunidad, esta petición de Amaya fue respondida por un agente penitenciario, quién le habría dicho a la víctima que "el mayor le iba a dar el inhalador", en supuesta referencia al Mayor Carlos Alberto Barbot, por entonces Jefe del Área Militar 536. Luego de los episodios referidos, aproximadamente dos días después, Amaya fue conducido al Pabellón Nº 8 de la Unidad Nº 6 de Rawson. Allí estuvo encerrado en su celda obligado a estar parado durante el día, y sólo se le permitía salir dos veces por jornada a los fines de ir al baño. En concreto, durante los primeros días de su alojamiento en el pabellón aludido, la víctima de autos estuvo encerrada en su celda, y sólo se lo sacaba para conducirlo al baño y se lo golpeaba con dureza. En ese período, otros detenidos le servían las comidas, y Amaya las ingería encerrado en su celda. Fue en una de estas oportunidades cuando el testigo Juan Rodolfo Acuña le observó

"un tajo muy grande y profundo en la cabeza, y toda la cabeza como partida". Por las noches Amaya, al igual que los demás internos alojados en el pabellón N° 8 del establecimiento carcelario de mención, era despertado frecuentemente. Durante su permanencia en el penal, y pese a su delicado estado de salud, Amaya fue obligado a desplazarse a la carrera por los pasillos y escaleras. En relación a esto último, en una oportunidad, al momento de ser sacado al patio, Amaya fue visto por el testigo Torres Molina visiblemente golpeado mientras era obligado a correr.

Los tormentos físicos a que fue sometido Amaya fueron oídos por sus compañeros de prisión. Así, en particular, Juan Rodolfo Acuña oyó los golpes que se le propinaban, y personalmente vio a Amaya "agonizar" en el pabellón N° 8 de la Unidad N° 6. Le echaban agua en la celda para que tuviera que dormir mojado. Cabe agregar que durante su estadía en la referida cárcel, Amaya era constantemente amenazado de muerte. En fecha 28 de septiembre de 1976, fue trasladado en muy grave estado de salud al Hospital Penitenciario Central (Unidad N° 2 de Villa Devoto). Allí finalmente, falleció el día 19 de octubre de 1976, alrededor de las 22:20 horas a causa de "insuficiencia cardiaca aguda no traumática", según partida de defunción obrante en autos. Cabe poner de resalto, que por Decreto Nacional N° 1878/76, dictado en fecha 01 de septiembre de 1976, se dispuso el arresto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional de Mario Abel Amaya.

En suma, los sucesos reseñados formaron parte de un plan sistemático de aniquilamiento diseñado dentro del proceso de reorganización nacional. Calificando su conducta como cómplice necesario de los delitos de Torturas agravadas por ser la víctima un perseguido político, con la modalidad de delito continuado (arts. 2, 45, 63 y 144 ter, párrafos 1° y 2° del Código Penal según ley 14.416), constituyendo un delito contra la humanidad" (fs.2383/2403).

Durante el juicio el Sr. Fiscal General, amplió

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 170/01
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

oportunamente el requerimiento de elevación a juicio, de conformidad con el art. 381 del CPPN (cfr. fs. 2199 vta./2200).

En esa ocasión, después de la declaración de Fano, se le concedió la palabra al Fiscal General Dr. Arranz quien expresó que "en función de lo que dispone el art. 381 CPP, teniendo en cuenta las testimoniales que surgieron a lo largo del debate y siguiendo instrucciones de la Unidad de Apoyo para los Delitos de Lesa Humanidad, vienen a ampliar la acusación contra los imputados Fano y Steding por considerar que han surgido a partir de las testimoniales la posibilidad del agregado de una agravante a la que ya se le venía imputando, que es la que establece el art. 144 ter último párr., cf ley 14616. Que previo a detallar las pruebas que ya se rindieron y que forman parte de esta ampliación hará una breve introducción en cuanto a la procedencia de la ampliación de la acusación".

En su argumentación señaló que no se trata de un hecho nuevo, sino del mismo que le fuera imputado, que a raíz de la nueva incorporación de la prueba surgen circunstancias que hacen que ese hecho sea subsumido en otra calificación, aclarando que no es una calificación más sino que es una agravante del mismo hecho, que engrosa lo que dice el art. 381 cuando establece que surgieren circunstancias que agravantes del hecho, destacando que ello es que lo que ha acontecido - cfr. fs. 2200-.

Con cita de doctrina y del art. 381 del CPPN enfatizó su procedencia atento a que "no están cambiando en un ápice los hechos que les fueron imputados, que lo único que están diciendo es que esa muerte que fue expuesta en los hechos cuando fueron indagados tiene una relevancia de que fue producida por las torturas que le están imputando, circunstancia que no fue motivo en su oportunidad del requerimiento de elevación porque no se contaba con la riqueza de todos los testimonios que han venido pasando y ahora ante estos testimonios consideran que sí ha quedado demostrado que los malos tratos, tormentos y torturas de los que fuera víctima Amaya, fueron los que le produjeron la muerte y por

tanto cabe imputar esta agravante" -cfr. fs. 2200-..

Resaltó el Fiscal General, doctor Horacio Arranz, que si bien podían haber llegado al final del debate y hacerlo en el alegato consideraba que ésa era la oportunidad toda vez que querían cumplimentar la manda constitucional que garantiza el derecho de defensa y que no sea sorpresivo para ninguna de las partes.

Por su parte, el Fiscal Gélvez continuó la exposición aclarando que con respecto a los hechos por los cuales fueron intimados en las indagatorias, procesados y luego acusados, no se violó el principio de congruencia. Después de efectuar un relato de los mismos, se refirió a la prueba que en la audiencia de debate los lleva a ampliar la acusación "para que no haya en el futuro planteos de nulidad por la presunta afectación del derecho de defensa". A tal fin citó las testimoniales efectuadas durante el debate de Hipólito Solari Yrigoyen, Teresa Hansen de Solari Yrigoyen, Hipólito Solari Yrigoyen (h), Santiago Marcelino López, Torres Molina, Llorens, Dondero, David Patricio Romero y Domingo Vargas.

Acto seguido la Presidenta del tribunal corrió traslado a las defensas de Steding y Fano.

El defensor de Steding, doctor Oribones, entre otras cuestiones, refirió que el único testimonio novedoso de los once mencionados por la fiscalía es el de David Patricio Romero que fue incorporado como testigo nuevo a este juicio, pues los otros ya habían depuesto y "como que sería la base que justificaría la ampliación del requerimiento" -cfr. fs. 2201-.

Consideró que por esas razones no se daban las condiciones del art. 381 para que el tribunal impute a su defendido la muerte de Amaya, por lo que pidió su rechazo.

Por su parte, el doctor La Torre refirió que compartía lo sostenido por su colega.

La presidenta del tribunal resolvió, después de un cuarto intermedio, admitir la petición de la fiscalía y les explicó a los imputados las imposiciones del art. 381 del CPPN, haciéndoles saber que el Ministerio Público Fiscal les estaba

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 170/13
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

imputando la muerte de Amaya como consecuencia de las torturas que habría recibido en la Unidad n° 6 y que tenían derecho a prestar declaración indagatoria sobre estas nuevas circunstancias. Asimismo, les expresó a los defensores de Fano y Steding que tenían derecho a pedir la suspensión del debate, asimismo se les preguntó si querían ofrecer nueva prueba y si querían un cuarto intermedio para contestar -cfr. fs. 2202-.

El Dr. Oribones solicitó que se deje constancia en el acta de recurrir en casación sobre la admisibilidad formal resuelta por el tribunal y que no quiere la suspensión porque no tiene pruebas que ofrecer respecto al hecho que se admite como ampliado por parte del Ministerio Público Fiscal. El Dr. La Torre manifestó igual posición y agregó que no requería ningún tipo de tiempo o de suspensión de audiencia.

Por su parte, los imputados, a preguntas de la presidencia sobre si iban a prestar declaración indagatoria, respondieron negativamente -cfr. acta de debate de fecha 9 de mayo de 2013, específicamente fs. 2199 vta. 2202-.

Finalmente, en virtud de los fundamentos expuestos en la oportunidad de los alegatos, en fecha 22 de mayo de 2013, el Fiscal General sostuvo que se encontraban acreditados la materialidad de los hechos, la intervención y la responsabilidad de los imputados por lo que acusó, en lo que aquí atañe, a **Osvaldo Jorge Fano** como autor mediato del delito de torturas doblemente agravadas por ser la víctima perseguido político y resultar su muerte, con la modalidad de delito continuado, de la que fuera víctima Mario Abel Amaya, en concurso real con el delito de torturas agravadas por ser la víctima perseguido político en la modalidad de delito continuado de las que fuera víctima Hipólito Yrigoyen, solicitando se lo condene a la pena de 25 años de prisión, accesorias legales y las costas del juicio (art. 144 del Código Penal, ley 14.616, arts. 45, 55, 40, 41 y 29 inc. 3 del CP).

Ahora bien reseñados los antecedentes procesales pertinentes, corresponde formular las siguientes consideraciones.

Procesalmente en el requerimiento de elevación a juicio se establece la plataforma fáctica objeto del proceso.

Es un acto por el cual se le comunica a quien es perseguido penalmente el tenor de la imputación sobre la cual discurrirá el debate.

Para condenar por un hecho cuya calificación sea distinta a la que surge de dicha pieza procesal, el imputado debe haber tenido puntual noticia del hecho atribuido y encontrarse en situación oportuna para ejercer su defensa respecto de la calificación seleccionada en definitiva.

El artículo 381 del digesto adjetivo establece que "si de las declaraciones del imputado o del debate surgieren hechos que integren el delito continuado atribuido, o circunstancias agravantes de calificación no contenidas en el requerimiento fiscal o en el auto de remisión, pero vinculadas al delito que las motiva, el fiscal podrá ampliar la acusación".

En tal caso, bajo pena de nulidad, el presidente le explicará al imputado los nuevos hechos o circunstancias que se le atribuyen, conforme a lo dispuesto en los artículos 298 y 299, e informará a su defensor que tiene derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.

El nuevo hecho que integre el delito o la circunstancia agravante sobre la que verse la ampliación, quedarán comprendidos en la imputación y en el juicio.

Señala D'Albora que las únicas fuentes determinantes de la eventual ampliación son la confesión del imputado o la prueba recogida en la audiencia. Si el fiscal asume la pertinente iniciativa el tribunal deberá advertir al imputado para eliminar la fuente de una incuestionable nulidad absoluta, pues de lo contrario resultará patente el desguarecimiento ocasionado a la facultad de contestar y producir pruebas, pues el hecho permanece idéntico en su base pero su descripción es diferente. Si en esa situación no se otorga aquella posibilidad -refutar y arrimar probanzas- se agrede la

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 170/11
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

inviolabilidad de la defensa (art. 18 CN, arts. 167 inc. 3 y 168 párrafo segundo del CPPN.).

El presidente del tribunal deberá advertir al imputado acerca de la eventual aplicación de un precepto penal distinto del hasta entonces invocado, es decir, producida la ampliación y previa aceptación del requerimiento del Ministerio Público, deberá proceder a explicar al imputado el nuevo matiz de la requisitoria, cumplir con la intimación completa del hecho –integrada ahora con el nuevo enfoque del acusador público– e ilustrarle sobre los elementos de convicción que apuntalan la ampliación, asimismo le hará saber que la eventual declaración indagatoria es facultativa (cfr. D Alhora, Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado. Octava edición corregida, ampliada y actualizada por Nicolás D'Alhora. Abeledo Perrot, Bs. As., 2009, pág. 687.).

Cabe recordar que las garantías que en materia criminal consagra el art. 18 de la Constitución Nacional consistente en la observancia de las formas sustanciales del juicio, relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia de los jueces naturales del imputado, se traducen en una serie de reglas que revelan la necesidad de una oportuna intervención de aquel; de un proceso que asegure el contradictorio y tenga por base una imputación concreta que sea intimada correctamente, incluso cuando sea ampliada y de que exista correlación entre la acusación así efectuada y la sentencia dictada

Establecido ello, y volviendo al caso de autos, observo que el Ministerio Público Fiscal hizo uso de la facultad excepcional que le otorga el art. 381 del CPPN y el tribunal llevó a cabo el trámite legal previsto a tal efecto a fin de preservar los derechos de los imputados, sin que se adviertan vicios que invaliden el acto procesal realizado.

En ese contexto, la defensa pudo ofrecer prueba de descargo y argumentar en sentido contrario al acusador, sin perjuicio de que finalmente haya optado por no hacerlo. En

efecto, la defensa de Fano ahora recurrente, tuvo la posibilidad concreta de confutar la acusación, es decir, negar o explicar los hechos imputados, por lo que no se avizora que se hubiere encontrado comprometida la inviolabilidad de la garantía de la defensa en juicio del imputado, ni el debido proceso (art. 18 de la CN).

Lo relevante, en el supuesto de ampliación de la acusación, es no dejar desamparado al imputado y a su defensor respecto a sus posibilidades concretas de refutar la imputación que pesa sobre aquél, por tal motivo la defensa deberá disponer de todas las herramientas necesarias para poder probar y alegar contra la acusación que se le formula, que queda integrada con las nuevas circunstancias.

Y esto último, a estar a las constancias de autos, ha acontecido en la especie, toda vez que la actuación del Ministerio Público Fiscal y del propio tribunal se inscribe dentro de lo prescripto por la norma que rige el caso (art. 381 del CPPN) y estuvo siempre guiada por el propósito de preservar el derecho de defensa de los imputados, expresión ésta aludida en reiteradas oportunidades. Repárese que la Presidenta del Tribunal les comunicó a los defensores que tenían derecho a pedir la suspensión del debate, asimismo les preguntó si querían ofrecer nueva prueba y finalmente si querían un cuarto intermedio para contestar. Con relación a los imputados les manifestó que podían declarar con respecto a la nueva circunstancia, habiéndose ambos negado -cfr. fs. 2202-.

Por otra parte, advierto del contenido del recurso, que el impugnante tampoco pudo precisar los planteos que se vio privado de interponer y las pruebas que no pudo ofrecer, y de qué modo ello incidió concretamente en el ejercicio del derecho de defensa en juicio de su asistido, por lo que dicha omisión obsta a la procedencia de la petición formulada. De modo que, la insuficiencia argumental evidenciada a ese respecto pone al descubierto la falta de perjuicio concreto habilitante de la petición nulificante formulada por la defensa de Fano, conforme al criterio restrictivo que impera en materia de interpretación

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 170/01
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

de nulidades (art. 2 del C.P.P.N.).

Por lo expuesto, propicio al acuerdo rechazar el planteo de nulidad efectuado por el impugnante.

3. Sobre la errónea aplicación de la ley sustantiva planteada por la defensa de Fano.

3.a) Atipicidad.

Corresponde tratar ahora la alegada atipicidad de la conducta de su defendido Fano.

Cabe recordar que el recurrente se agravia de que en ningún pasaje de la sentencia se haya aludido a que Fano haya sido uno de los ejecutores directos de los tormentos que el tribunal tuvo por probado.

Explicó que la ausencia de controles o la omisión de adoptar la debida vigilancia o controles necesarios para evitar los hechos sucedidos remiten a la figura prevista en el artículo 144 quinto del Código Penal que no estaba vigente al momento de los hechos. Anticipo que este planteo no podrá prosperar.

En la sentencia impugnada se sostuvo que Fano debía responder por los hechos juzgados en calidad de coautor, conforme la teoría del dominio funcional del hecho.

Para arribar a dicho corolario, el tribunal se apartó de la imputación título de autor mediato que había sostenido la fiscalía en la oportunidad del art. 393 del CPPN.

Dicho cambio, operado no en la materialidad fáctica sino en la calificación de la intervención que a su asistido le cupo en el suceso criminoso, no afectó el principio de congruencia.

Ello es así máxime aún si se repara en que tanto la acusación como la defensa discurrieron a lo largo de este proceso sobre los mismos hechos, habiendo tenido el ahora recurrente la posibilidad concreta de confutar los términos de la imputación, derecho que ha ejercido efectivamente y que el tribunal se lo ha garantizado de forma plena y eficaz, por lo que no se vislumbra afectación alguna a la inviolabilidad de la defensa en juicio del imputado (art. 18 de la C.N).

Establecido ello, cabe señalar que resulta ajustado a derecho el juicio de tipicidad formulado por el *a quo*, a cuyo tenor concluyó en la atribución de coautoría responsable a Fano en los hechos que damnificaron a Amaya y a Solari Yrigoyen, y que fueron subsumidos en el tipo penal del art. 144 *ter* del Código Penal, conforme texto de la ley 14.616 -vigente al tiempo de los hechos-.

De adverso a lo alegado por la defensa, la responsabilidad de su asistido no se sustenta exclusivamente en el cargo que detentaba en ese devenir, sino antes bien y como ya quedara expuesto en el punto anterior, se deriva del plexo cargoso conteste y contundente que ha sido valorado por el *a quo* y que no deja dudas acerca del grado de intervención que le cupo al imputado en los eventos acaecidos.

Lo determinante en el caso, para establecer la atribución de coautoría, es que la comisión del hecho es compartida por quienes se han distribuido partes esenciales de la totalidad del plan de ejecución de los delitos. Es decir, la responsabilidad de Fano en los hechos de autos se vincula con su actuación concreta en la fracción del plan que, en virtud del reparto de roles, le fue adjudicada, sin que se requiera "que 'ponga manos a la obra' en sentido externo o ni siquiera que esté presente en el lugar del hecho..." (en este último sentido, cfr. Claus Roxin, "Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal", 7º edición, Editorial Marcial Pons, España, 1999 p. 311).

Por ello, no interesa comprobar que Fano haya infligido por sí mismo las torturas a las víctimas de autos como alega su defensa, basta que haya brindado una contribución significativa al plan global al que adhirió, ejerciendo un rol determinado en algún pasaje de la dinámica de los sucesos delictivos o bien en su totalidad. Pues en la coautoría, los coautores cometen el hecho entre todos, ninguno de ellos por sí solo, lo ejecuta en su integridad.

Si así lo fuera, los demás estarían interviniendo en un hecho ajeno, en la calidad de partícipes del hecho de otro,

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 410/01
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

recobrando aquí vigencia el principio de accesoriedad (limitada) de la participación.

En este orden de ideas, cabe destacar que no resulta menester determinar con precisión quién efectuó tal o cual comportamiento o aporte, lo decisivo pues es la existencia de una decisión conjunta o convergencia intencional sobre el hecho global, que se sustenta en la división de funciones de cada uno de los que toman parte en su ejecución. Ello permite atribuir a cada uno de los autores los aportes realizados por los otros. De ahí que se aluda al "principio de la imputación recíproca de las distintas contribuciones", de modo tal que a cada coautor se le pueda imputar la totalidad del hecho realizado.

En otras palabras, como sostiene Mir Puig, todo lo que haga cada uno de los coautores es imputable (es extensible) a todos los demás. Sólo así puede considerarse a cada autor como autor de la totalidad. Para que esta "imputación recíproca" pueda tener lugar es preciso el mutuo acuerdo, que convierte en partes de un plan global las distintas contribuciones (Santiago Mir Puig, "Derecho Penal Parte General", quinta edición, editorial Reppertor, Sl, Barcelona, 1998, pp. 386 y 387).

Lo peculiar de la coautoría estriba precisamente en que cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás... el dominio completo reside en las manos de varios, de manera que estos sólo pueden actuar conjuntamente, teniendo así cada uno de ellos en sus manos el destino del hecho global..." (Roxin, en ob, cit. p. 307 y ss.)

En definitiva, en el caso sometido a control jurisdiccional quedó debidamente acreditado el carácter de coautor de Fano toda vez que desde su específica posición de mando realizó aportes esenciales a la maniobra delictiva general desplegada en la cárcel de Rawson que se hallaba bajo su dirección y control.

Como se expuso en acápites anteriores, lo acontecido en dicha unidad no se trató de un hecho aislado pues Fano no se encontraba al margen del terrorismo de estado imperante en esa

época, antes bien, formó parte integrante del plan sistemático y generalizado de represión contra la población civil que fue instaurado desde el poder político de facto, estructurado de una manera precisa, en el que las unidades penitenciarias cumplían una función determinada y dentro de ellas, la cárcel de Rawson y en ésta, Fano, quien pertenecía a una organización vertical, como lo es el Servicio Penitenciario Federal.

Quedó probado que el incuso tenía la autoridad para implementar qué acciones debían llevarse a cabo en miras a la concreción del plan sistemático y así lo hizo también en lo que afectó a estas víctimas particulares de autos.

A este devenir, cabe confirmar el juicio de tipicidad formulado por el a quo en virtud del cual se condenó a Osvaldo Jorge Fano, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de tormentos por parte de un funcionario público a los presos que guarde, agravados por ser la víctima un perseguido político y seguido de muerte en perjuicio de Mario Abel Amaya en concurso real con el delito de tormentos por parte de un funcionario público a los presos que guarde, agravados por ser la víctima un perseguido político en perjuicio de Hipólito Solari Yrigoyen (art. 144 ter del Código Penal, conforme texto de la ley 14.616 -vigente al tiempo de los hechos) a la pena de VEINTITRES (23) AÑOS de PRISIÓN, inhabilitación absoluta y perpetua, accesorias legales y costas del proceso, calificados como delitos de Lesa Humanidad.

Como consecuencia lógica de dicho corolario, cabe rechazar también la pretensión defensiva de la atipicidad de la conducta de Fano en base a que la ausencia de controles o la omisión de adoptar la debida vigilancia para evitar los hechos sucedidos remiten a la figura prevista en el artículo 144 quinto del Código Penal que no estaba vigente al momento de los hechos. Atento que todos los ilícitos investigados y por los que fueron juzgados se encontraban vigentes en el Código Penal, en el Derecho Internacional y en el Derecho de Gentes.

Con tales consideraciones dejo formulada mi propuesta de rechazo a los planteos examinados en este punto.

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 4470/81
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

II. Recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de Jorge Osvaldo Steding (doctor Sergio María Oribones, fs. 2489).

1-Violación de la garantía "ne bis in ídem".

Anticipo que no recibirá de mi parte favorable acogida el planteo de afectación del *ne bis in ídem* introducido en la instancia por la defensa en virtud de haber sido objeto de investigación en la causa n° 648-210 1976 el secuestro, retención clandestina y posterior fallecimiento de Amaya, en cuyo marco su asistido permaneció privado de la libertad desde febrero de 1985 hasta el sobreseimiento dictado mediante Resolución n° 426/85 CS.FF.AA del 22 de octubre de 1985, al declararse extinguida por prescripción la acción penal.

Cabe señalar que este planteo fue objeto de tratamiento en la sentencia por parte del tribunal de grado habiendo merecido una respuesta que, aunque adversa a las pretensiones de la parte recurrente, resulta ajustada a derecho, por lo que su introducción en la instancia, so pretexto de que la fundamentación allí ensayada es aviesa y prejuiciosa, no podrá prosperar.

Los jueces del tribunal de grado consideraron que no hay sentencia recaída en este proceso con antelación que importe un juicio previo con las condiciones para revestir calidad de cosa juzgada en que puedan ampararse los imputados Fano y Steding.

Se sostuvo que la decisión que se pretende computar en la promoción del planteo constituye un pronunciamiento meramente formal que no ampara la garantía de cosa juzgada material, porque fue dictado en el marco del trámite de una causa que no satisfizo las formas esenciales del proceso penal (acusación, defensa, prueba y sentencia) en resguardo del debido proceso legal (art.18 de la CN, art.8.4 de la C.A.D.H y 14.7 del P.I.D.C.y P).

En esa inteligencia, se señaló que la Resolución N° 426/85 del Consejo Supremo de la Fuerzas Armadas, de fecha

22/10/1985 que declaró extinguida la acción penal emergente de los delitos previstos en el art-144 bis inc. 3 con remisión al 142 inc. 1 del Código Penal imputados a Osvaldo Jorge Fano y a Jorge Osvaldo Steding -entre otros- se dictó en el marco de actuaciones donde los aquí acusados fueron imputados de manera general y ni siquiera fueron indagados.

Se argumentó sosteniendo que para que este principio pueda ser aplicado debe haber identidad de objeto, sujetos y causa, y estos presupuestos no están presentes, porque aquella actuación no es un proceso judicial de final definitivo e irrevocable sino administrativo que no permite fundar la existencia de una cosa juzgada en sentido material, ya que no hubo antes proceso judicial legítimo alguno.

Se destacó que más allá de la condición de lesa humanidad de los delitos que se juzgan, la cuestión que también determina a no admitir la pretensión de las defensas, es la crítica material que puede hacerse a la decisión de prescripción de fecha 22 de octubre de 1985.

En ese sentido se remarcó que el fallo 426/85 del Consejo Supremo, se adoptó aún después de la aprobación por ley 23.054 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que los criterios de sus órganos de aplicación devenían ya a la fecha del pronunciamiento de prescripción del Consejo Supremo de plena aplicación.

La resolución del 22 de octubre de 1985 no resulta compatible con el deber del Estado de investigar diligentemente hechos de la gravedad de los que aquí se trata. Por ello su dictado, su consentimiento y su aceptación en este caso devendrían en reiteración del inicial incumplimiento estatal, que resulta obligación en el momento actual no consolidar.

Para el *a quo* la decisión del Consejo Supremo resulta el producto final de la intervención de un órgano cuya voluntad no fue investigar los hechos, sino que constituyó tan sólo un acto de carácter genérico de amparo que no puede admitirse con carácter de cosa juzgada. Se sostuvo que por la misma coyuntura sociopolítica que determinó luego el dictado de las leyes de

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 648-210-1976
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

obediencia debida y punto final que se analizó en el precedente de la CSJN "Simón", significó un acto de autoridad pública destinado a obstaculizar el esclarecimiento y la efectiva sanción de actos contrarios a los derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos, impidiendo el cumplimiento del deber de garantía a que se había comprometido el Estado argentino.

Se advirtió que el proceso por el secuestro de Amaya se había iniciado en la justicia civil con intervención del Juez Federal de Rawson (Garzonio), quien sabía de la detención de Amaya y también de Solari Yrigoyen en la Unidad 6 de Rawson, pero que pese a ello, nunca los citó a declarar en calidad de víctimas. Cuando Amaya falleció, aquel magistrado se limitó a adicionar la constancia documental del óbito sin adoptar una sola medida de prueba respecto de los motivos (fs. 45, 47/48 incorporadas por lectura).

La reapertura de los procesos devino de la renovación ya en democracia de la titularidad del Juzgado Federal, en cabeza del Dr. Mulhall, quien contando con los antecedentes de la CONADEP respecto de ambos casos asumió la tarea de indagar a los responsables del V Cuerpo de Ejército y del área 536. Este magistrado insistió en mantener la competencia de la justicia civil sobre los hechos, frente al conflicto planteado por el Consejo Supremo. Llamativamente recién a esa altura surgía el interés de este organismo en entender en un asunto que a la fecha llevaba prácticamente 9 años de ocurrido y había tomado estado público. Ninguna medida se adoptó a partir de ese momento en el ámbito castrense para conocer lo que había sucedido con Amaya y quienes eran los responsables. Solo se tramitó la prescripción, lo que a las claras habla del incumplimiento a la obligación de investigar (conf. la propia resolución del 22-10-1985).

Asimismo se aclaró que la investigación por el hecho de Amaya había dado lugar a la formación de la causa 648-210-1976, antecedente en instrucción de la actual 1118 del registro de juicio. Es decir era una causa independiente de la causa

500-180-1980 que incluía la mayor cantidad de víctimas de la Unidad 6. Esta independencia entre los procesos había sido desde el origen; es decir la causa de Amaya no fue un desprendimiento de una "causa madre" como a veces sucede. Fue independiente desde su inicio.

En este sentido, se remarcó para ofrecer más claridad aún en esta independencia de procesos, que conforme surge del incidente nro. 348-83-1985 que corre por cuerda, caratulado "Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, declinatoria en este Juzgado Federal en la causa Amaya, Mario Abel", la competencia por el caso Amaya al 22 de octubre de 1985 aún seguía en conflicto entre la justicia civil y la militar, siendo recién el 5 de diciembre de ese año cuando se remite el expediente al fuero castrense; es decir casi dos meses después de que se adoptara, sin jurisdicción sobre Amaya, por el Consejo Supremo la decisión que ahora se invoca.

El *a quo* coligió que el hecho de Amaya no debía estar incluido en la decisión que se adoptara con fecha 22 de octubre de 1985, existiendo así una diferencia de objeto, que quiebra la posibilidad de la triple identidad que exige la cosa juzgada. Cabe recordar que el hecho se construye, en este caso, vinculando la acción con la víctima. No son los tormentos en sí mismos, sino los tormentos que sufriera Amaya, lo que constituye el hecho. Aquí la víctima es ignorada en la investigación como dato relevante.

Por otra parte, concluyó sosteniendo que la voluntad de no investigar se suma así a la muestra clara del deseo de efectuar un pronunciamiento de prescripción lo más abarcativo posible respecto de los funcionarios que hubieran tenido responsabilidad sobre la Unidad 6.

El tribunal cuestionó, desde otra óptica, la calificación que atribuyó la decisión del Consejo Supremo a los hechos, destacando que ese organismo consideró un máximo de 6 años de pena por los hechos imputados (art. 144 bis, inc. 3ero, en función del art. 142 inc. 1 del C.P.) y que si se confronta con el del art. 144 ter, según ley 14.616 vigente al momento y

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 417/01
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

más benigna respecto de la actual redacción, se advierte que esa pena corresponde a la figura de vejámenes; no tormentos. Y que esa tipicidad difiere sustancialmente de cuanto ocurrió dentro de la Unidad 6 del Servicio Penitenciario Federal con las víctimas de estos hechos y que finalmente produjeron la muerte de una de ellas.

También advirtió que en la decisión del Consejo Supremo se fundamenta por qué no considerar la muerte de Amaya como agravante sobre la base de escasos elementos de convicción. El *a quo* destacó una vez más que Amaya era ajeno al proceso, sin embargo se lo incluyó y se lo calificó con la forma más leve y se desvinculó a los responsables de la Unidad 6 del hecho de su muerte. Se adunó a ello que aquí se consideró para fundar la exclusión las declaraciones de los médicos luego imputados Saleg y García, las que son sólo citadas sin hacer de ellas valoración alguna, para concluir en que se trató de una muerte natural.

Las consideraciones antes resumidas avalan el fallo del *a quo*, rechazando la alegada violación del *ne bis idem*, no advirtiéndose déficits ni fisuras en el razonamiento, el que no ha podido ser confutado por la parte en esta instancia.

2- Sobre la valoración arbitraria de la prueba.

De adverso a lo alegado por la defensa de Jorge Osvaldo Steding, encuentro correctamente fundada la sentencia puesta en crisis de conformidad con los arts. 123 y 404 inc. 2º del CPPN. Las conclusiones a las que allí se arriban constituyen la derivación necesaria y razonada de las pruebas producidas durante el debate y que han sido correctamente valoradas por el *a quo*.

La defensa sostiene que los jueces sustentaron su postura en el solitario relato de Hipólito Solari Yrigoyen, del análisis y fundamentación desarrollada en la sentencia, el grado de intervención que le cupo al coimputado Steding es el corolario de un cuadro convictivo compuesto por pruebas e indicios valorados en forma conglobada, sin que se adviertan fisuras en el razonamiento llevado a cabo para concluir del

modo en que se hizo. Así las críticas del recurrente sólo evidencian la mera discrepancia de la parte, sin que con ello se logre conmovier lo resuelto.

El *a quo* partió de la premisa de que al momento de los hechos objeto de la acusación, Steding revestía como Jefe de Turno, en los términos del art. 19 del reglamento carcelario y como tal formaba parte del Personal Superior del Escalafón Cuerpo General.

Consideró las tareas que le eran propias conforme surge del reglamento. En ese sentido, puntualizó que estaba a cargo de la recepción de los internos, la comunicación de las novedades y la elaboración de informes y la facultad de recibir los reclamos de los internos y resolverlos por sí. Sobre las condiciones de vida de los internos, fiscalizaba su alimentación, atendía cuestiones como la circulación de los internos por los pasillos del pabellón y debía supervisar las condiciones de higiene de los pabellones. Se precisó que del contacto asiduo con los internos da cuenta el inciso q) "...Deberá conversar con los internos lo estrictamente necesario, por problemas de servicio, tratando de evitar el diálogo prolongado; idéntica actitud deberá exigir al personal bajo sus órdenes...". Asimismo, era el nexo de los internos con la dirección.

Valoró que de la reglamentación de las funciones de un Jefe de Turno, Steding aparece como quien supervisa cuanto en la Unidad sucede, en base a las órdenes impartidas por el Director (Fano) a quien rendía cuentas sobre su gestión.

Esas funciones formaban parte del rol que debía cumplir en la Unidad Penitenciaria n° 6 de Rawson atento el cargo que detentaba. Está claro que de dicho *status* no se derivó sin más la responsabilidad que le cupo en el suceso de marras, a ella se arribó después de una ponderación global de todos los elementos convictivos reunidos en la causa, que fueron reseñados pormenorizadamente por el *a quo*.

Dentro de este plexo cargoso se erigen las declaraciones testimoniales prestadas durante el juicio,

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 4170/11
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

después de 36 años, testimonios que son reveladores de los padecimientos que significaba estar detenido en la unidad carcelaria de Rawson y en coincidencia con ellas, se exhiben las documentales que contienen la descripción de la rutina a la que eran sometidos los prisioneros en ese lugar.

Ciertamente, la declaración de Hipólito Solari Yrigoyen, uno de los presos sobrevivientes de los hechos de autos, adquiere relevancia al haber computado el conjunto de personas que estuvo detenido en la misma época con Amaya durante el tiempo que duró su cautiverio en la cárcel de Rawson, habiendo expresado que "compartió íntegramente el sitio de 'los chanchos' con Amaya, estaban desnudos, les tiraban agua fría, los tenían parados, no podían estar vigilándolos todo el tiempo pero cada tanto si alguien veía a alguien sentado era un escándalo, los golpeaban, les tiraban más agua fría. Esto para Amaya fue vital porque le afectó seriamente la salud que concluyó en su muerte. Recalcó que la herida en la cabeza era muy grande y que hay varios testimonios que lo vieron en el cajón" -cfr. fs. 2274 vta.-.

Empero dicho testimonio no es la única prueba sobre la que se estructura la condena de Steding, pues como dije antes, el a quo evaluó un abundante cuadro cargoso.

Así, ponderó en forma pormenorizada las declaraciones de varios testigos que ilustraron con claridad cómo era la forma de proceder de Steding.

En primer término, analizó que Justo Abel Chein (detenido en la U6 desde julio de 1976 al año 1978) describió a Steding como responsable de las requisas y que era "sumamente violento".

Otros testigos, como Alberto Ismael Vázquez y Manuel María Llorens, lo ubicaron presenciando la aplicación de tormentos físicos, éste último expresó que lo vio disfrutar del maltrato sufrido por los internos.

Se tuvo en cuenta que el testigo Santiago Juan Carrara (detenido en la U6 de enero de 1975 al año 1982) lo identificó en las requisas realizadas regularmente en la

Unidad. En una oportunidad fue golpeado en el baño y Steding les indicó a otros agentes penitenciarios que cesaran y lo llevaran a su celda. Asimismo, lo relacionó con su estadía en la celda de aislamiento, que en una ocasión se extendió por más de un mes y los malos tratos se agudizaron. El a quo señaló que el testigo lo situó allí dirigiendo las requisas y valoró que varios fueron coincidentes en afirmar que en esa ocasión se golpeaba con frecuencia.

El testigo Crisando Rípodas (detenido en la U6 desde marzo de 1975 a fines del año 1982) detalló el modo en que Steding conducía al personal y su contribución en la formación violenta de éstos. El a quo afirmó que el testigo detalló en la audiencia que recibió golpes y vejaciones por parte del enjuiciado.

En sintonía con dichos testigos se ponderó lo declarado por Rodolfo María Ojea Quintana (detenido en la U6 desde el año 1975 y presente a la llegada de Amaya) en cuanto al adoctrinamiento de Steding al personal penitenciario respecto del trato violento; que en pocos meses pasaban de ser "medio temerosos" a "sádicos".

Fernando Alberto Dondero (interno de la U6 desde enero de 1975 a diciembre de 1983) en relación a los malos tratos físicos, afirmó que además el enjuiciado exclamaba que "iban a salir locos, putos o traidores de la cárcel" o "a mí me carbura". Fernando Alberto Dondero sostuvo que "el Oficial Steding es la presencia más fuerte que tuvieron porque los directores de la cárcel en general no tenían contacto con los presos, al Oficial Fano no lo vio nunca, sabe que mandaba él porque una organización de la estructura de la cárcel es indudable que nada pasa fuera de su órbita pero Steding era el que ponía la cara, era oficial de turno pero podía aparecer en cualquier situación, no fue el único oficial pero cree que si se le pregunta a cualquier preso político que haya pasado por la cárcel de Rawson es al primero que van a recordar y es fruto de esa presencia permanente a lo largo de muchos años y siempre ponía la cara, no tenía ningún problema incluso de dar

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 410/01
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

explicaciones" -fs. 2295-.

El tribunal consideró que dichas expresiones denotan la falta de límites al momento de castigar.

Asimismo se apreció que el testigo Domingo Segundo Vargas (interno de la U6 desde el año 1975 a octubre de 1982) se expresó en forma coincidente al sostener que eran varios los que hablaban de "verdugueadas" de parte de Steding.

Según los dichos de Crisanto Ripodas, Steding era una figura que manejaba los hilos de la formación de personal, evocando que él se ponía al frente y "cuando tenía que enseñar a su personal cómo se hace él era uno que golpeaba y en esa oportunidad le pegó a él en la nuca con la mano abierta, no fue una tortura, para que corriera, estando él desnudo."

El testigo aludió a "un sistema de aislamiento muy, muy fuerte", aclarando que en "aquel momento de parte del Jefe Steding tuvo ese golpe en la nuca, sin que tenga una consecuencia mayor, era más vejatorio. Para él la cara oculta fue el director de la cárcel porque no dio la cara nunca pero la cara del golpe para él fue la de Steding" -fs. 2285 y vta.-.

Ojea Quintana aludió a Steding como un jefe que avalaba todo lo que se hacía -fs. 2287 vta.-.

Si bien es cierto que dichos testimonios no vinculan de modo directo la actuación de Steding con Amaya, resultan útiles para revelar la metodología y su forma de proceder en ese ámbito carcelario en el que cumplía un rol relevante, a la vez que permiten construir su aporte material a la empresa común y su compromiso personal con ella.

El tribunal afirmó que el imputado estuvo en funciones regularmente en la Unidad 6, en forma contemporánea con el encierro de Amaya, desde el 12 de septiembre de 1976 en adelante.

Para arribar a dicha conclusión ponderó detalladamente la información que surge de la copia del "Libro de Puesto de Control Externo de la Unidad 6", de la que se desprende el cumplimiento de jornadas laborales de 8 (ocho) y 16 (dieciséis) horas, alternadamente.

Se refirió que en dicho libro constan los horarios de ingreso y egreso del personal y precisó las diferentes jornadas laborales cumplidas por el imputado desde el 10 de septiembre de 1976 hasta el día 15 de septiembre, con sustento en los distintos folios que citó.

Los elementos probatorios antes reseñados que fueron debidamente valorados permitieron al *a quo* colegir que Steding estuvo presente en la U6 durante el mismo período que Amaya, lo que echa por tierra la alegación defensiva referida a su ausencia en la cárcel de Rawson en ese interregno, atento que sólo el 11/9/1976 no estaba de guardia, pero sí a partir del día siguiente y todo el período hasta el traslado de Amaya hasta el Hospital Penitenciario de Devoto el 28/9/1976.

El imputado formaba parte de manera estable y continua de la planta habitual de ese centro de detenidos, de modo que probada su presencia allí y el ejercicio de las funciones que cumplía con sus circunstancias modales, determina que Steding se erigió en una pieza importante del engranaje encargado de la ejecución del plan sistemático pergeñado desde las altas jerarquías, teniendo un rol protagónico, en forma conjunta con Fano, en la cárcel de Rawson.

De ahí que su intervención adquiriera, como bien concluyó el *a quo*, la condición de coautoría en los términos del art. 45 del CP.

Las consideraciones expuestas denotan que el corolario al que se arribó en la sentencia con relación a la intervención que le cupo al imputado, en los hechos cuya víctima fue Mario Abel Amaya, se encuentra precedido de fundamentos suficientes, sólidos y contundentes, no avizorándose la tacha de arbitrariedad que la defensa le atribuye, por lo que cabe rechazar el recurso con relación a este punto.

3- Sobre la errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 144 ter del Código Penal, ley 14.616)

Cabe abordar ahora el presunto vicio *in iudicando* alegado de modo subsidiario, vinculado con la aplicación del

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 4170/11
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

delito previsto en el art. 144 ter del C.P., según ley 14.616, pues a entender del recurrente los hechos ocurridos en la Unidad nº 6, en perjuicio de Amaya, no se inscriben en torturas sino en severidades o vejaciones, sosteniendo asimismo que la calidad de funcionario público referida en el art. 144 ter texto según ley 14.616, es insuficiente para otorgar tipicidad si no es el "guardador del preso" y por ello no se le puede reprochar los acontecimientos ocurridos en "los chanchos" en perjuicio de Amaya, lugar donde su asistido no tenía relación con el preso.

Anticipo que el planteo no recibirá de mi parte favorable acogida, pues el juicio de tipicidad realizado se encuentra ajustado a derecho y a las constancias que surgen de la causa.

El tribunal encuadró la conducta de Steding en el delito de tormentos agravados por ser cometidos sobre un perseguido político seguido de muerte, en perjuicio de Mario Abel Amaya, en calidad de coautor (arts. 45, 144 ter del Código Penal, conforme texto de la ley 14.616 -vigente al tiempo de los hechos-).

El a quo ha seleccionado correctamente el tipo penal previsto en la versión ley 14.616, por resultar esta redacción más benigna, de conformidad con el art. 2 del CP.

Es importante recordar que dicho texto establecía:
"Será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 10 años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere, a los presos que guarde, cualquier especie de tormento.

El máximo de la pena privativa de la libertad se elevará hasta 15 años si la víctima fuese un perseguido político. Si resultare la muerte de la persona torturada, la pena privativa de la libertad será de reclusión o prisión de 10 a 25 años".

La reforma de 1984 de la ley 14.616 (1958) incorporó los artículos 144 bis y 144 ter al Código Penal.

Artículo 144 bis: Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo:"

[...] 3. El funcionario público que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones, o apremios ilegales.

Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en los incs. 1, 2, 3 y 5 del art. 142, la pena privativa de la libertad será reclusión o prisión de dos a seis años.

Artículo 144 ter: Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años e inhabilitación absoluta y perpetua, el funcionario público que impusiere, a los presos que guarde, cualquier especie de tormento.

Esta ley fue modificada por la 23.097 (1984), que sustituyó el texto del artículo 144 ter por el siguiente:

ARTICULO 144 ter:

1. Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura. Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho.

Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos.

2. Si con motivo u ocasión de la tortura resultare la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión perpetua. Si se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo 91, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.

3. Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente."

Posteriormente, la ley 26.200 incorporó como delitos de derecho interno a todos los previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, pero esta ley y la anterior 23.097

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 410/01
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

no pueden ser consideradas como ley más benigna frente al Código Penal vigente al momento de los hechos.

Luego de recordar la legislación sobre la materia, a fin de analizar y dar respuesta al agravio que en este punto me convoca, considero importante recordar los distintos instrumentos internacionales y la jurisprudencia que receptan la protección de los Derechos Humanos y la proscripción de la tortura entendida ésta como la conducta que afecta la esencia y dignidad del ser humano como ninguna otra acción de comisión u omisión. Constituye un delito que agravia lo más valioso de la persona en su aspecto físico y psicológico pues carga con un estigma especial que la distingue de otras formas de "malos tratos".

En el *Caso Griego (1969)*, la Comisión Europea sostuvo que los abusos existen en un *continuum*, donde cada uno es una forma agravada de otro. La característica definitoria de la tortura no es necesariamente la naturaleza o la gravedad del acto sino más bien el propósito con el que el acto ha sido perpetrado. Así, *"todo caso de tortura debe ser un tipo de trato degradante e inhumano, al tiempo que el trato inhumano debe ser también degradante. La noción de trato inhumano cubre al menos aquel caso en el que el trato busque deliberadamente causar sufrimientos, ya sean mentales o físicos que, en la situación en particular, sean injustificables... La tortura ...tiene su propio objetivo, como puede ser la obtención de información o confesiones, o bien infligir algún tipo de pena y suele tratarse, en general, de una forma agravada de trato inhumano. Los tratos o penas infligidos a un individuo pueden considerarse degradantes si se somete a este individuo a una grave humillación frente a terceros, o bien si se le obliga a actuar en contra de su voluntad o conciencia"*.

El caso *Irlanda c. Reino Unido* que trataba sobre el trato recibido por los sospechosos del Ejército Republicano, el Tribunal hizo una distinción entre tortura, trato inhumano y trato degradante y señaló que dicha distinción era necesaria

dado el "estigma especial" que acompaña a la tortura. Para que un acto sea considerado tortura debe causar "un sufrimiento grave y cruel".

El Caso Griego, por ejemplo, tuvo un impacto significativo en la redacción de la Declaración de la ONU contra la Tortura (1975) y la posterior definición de tortura consagrada en la Convención de la ONU contra la Tortura (1984).

Podemos encontrar varios instrumentos internacionales de derechos humanos que consagran la prohibición de la tortura. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención contra la Tortura, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, la Convención Americana de Derechos Humanos, y la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos. Estos instrumentos que conforman el corpus iuris internacional tienen un elemento esencial común que trata sobre el derecho de una persona de no ser sometida a tortura. Esta protección es considerada como un derecho inherente al ser humano que el Estado debe garantizar dado que su violación acarrea la responsabilidad del Estado.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) detalló los derechos incluidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y estableció mecanismos para supervisar los derechos consagrados en la Convención. El artículo 5 de la CADH dispone, sobre el tema que aquí nos interesa:

"2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

Se observa que la Convención Americana no define los tipos de conducta que constituyen tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes ni tampoco diferencia los actos prohibidos.

El artículo 7 del PIDCP establece:

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 17001
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

"Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos".

A pesar de que los prohíbe en términos absolutos, el artículo 7 no contiene una definición de los actos prohibidos.

En 1984, con el fin de establecer medidas específicas contra la tortura, la UNCAT incluyó una definición de tortura:

"todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas".

La UNCAT no ofrece ninguna definición de dichos actos. El propio Comité contra la Tortura ha reconocido que *"en la práctica, no suele estar claro el límite conceptual entre, los malos tratos y la tortura."*

Sobre el punto, el Relator Especial de la ONU acerca de la Tortura sostiene que *"un análisis a fondo de los travaux préparatoires de los artículos 1 y 16 de la [UNCAT] y una sistemática interpretación de ambas disposiciones a la luz de la práctica del Comité contra la Tortura obligan a inferir que los criterios determinantes para distinguir la tortura [de tratos crueles, inhumanos o degradantes] son más bien el propósito de la conducta y la indefensión de la víctima, antes que la intensidad de los dolores o sufrimientos infligidos."*

Para comprender el concepto de tortura en el sistema interamericano, es necesario recurrir a otros instrumentos, principalmente la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST), y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana.

El artículo 2(1) de la CIPST define a la tortura de la siguiente manera:

"todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo".

Lo importante estaría dado por la intención de provocar penas o sufrimientos posibles de anular la personalidad o la víctima o disminuir sus capacidades.

Sobre esta base y a fin de establecer qué actos son "tortura", la Comisión y la Corte han tomado en cuenta tanto elementos objetivos, tales como el período de tiempo durante el cual se infligió la pena o el sufrimiento, el método utilizado para producir dolor, el fin, las circunstancias socio-políticas generales y la arbitrariedad, o algo similar, de la privación de la libertad, así como también elementos subjetivos como, por ejemplo, la edad, el sexo y la vulnerabilidad particular de la víctima.

Con respecto a la *intencionalidad* de las violaciones, la Corte ha señalado que "[l]as infracciones a la Convención no pueden ser juzgadas aplicando reglas que tengan

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 17001
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

en cuenta elementos de naturaleza psicológica, orientados a calificar la culpabilidad individual de sus autores. A los efectos del análisis, es irrelevante la intención o motivación del agente que materialmente haya violado los derechos reconocidos por la Convención, hasta el punto que la infracción a la misma puede establecerse incluso si dicho agente no está individualmente identificado. Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención" (confr. caso "Ximenes Lopes c. Brasil", Corte IDH (Serie C) Nº 149).

La Corte Interamericana ha contemplado más ampliamente que otros organismos internacionales el enfoque sobre el elemento motivacional de la tortura, reparando en la definición contenida en la CIPST.

En el caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú*, la Corte sostuvo que, en el caso de violaciones masivas de los derechos humanos, la finalidad del uso sistemático de la tortura es intimidar a la población, y ello hace que todos esos casos estén alcanzados por la Convención. Cuando los actos de tortura son repetidos, dichos actos también cumplirían, generalmente, el requisito de la finalidad.

En el caso *Tibi c. Ecuador*, la Corte concluyó que "[l]a ejecución reiterada de estos actos violentos tenía como fin disminuir [las] capacidades físicas y mentales [de la víctima] y anular su personalidad para que se declarara culpable de un delito". Todos los actos que hayan sido "preparados y realizados deliberadamente contra la víctima para suprimir su resistencia psíquica y forzarla a autoinculparse o

a confesar determinadas conductas delictivas o para someterla a modalidades de castigos adicionales a la privación de la libertad en sí misma" pueden calificarse como tortura física y psicológica, por lo tanto, cualquier maltrato posterior a la condena cumpliría con este criterio. Asimismo, incluso la amenaza de maltrato puede llegar a alcanzar el nivel de gravedad requerido, dado que "las amenazas y el peligro real de someter a una persona a lesiones físicas produce, en determinadas circunstancias, una angustia moral de tal grado que puede ser considerada 'tortura psicológica'".

También los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda definen **tortura** como un crimen de guerra y como un crimen de lesa humanidad.

(TPIY) Así, la Sala de Primera Instancia del TPIY destacó la existencia de una superposición de dos delitos de tortura:

"en la sentencia de primera instancia en el caso Čelebići, la tortura se consideró tanto como una violación grave de los Convenios de Ginebra como una violación del derecho y las costumbres de guerra..., en la sentencia de primera instancia del caso Furundžija, se consideró únicamente como una violación del derecho y costumbres de guerra..., en la sentencia de primera instancia del caso Kunarac, se resolvió que la tortura era un crimen de lesa humanidad y una violación del derecho y las costumbres de guerra..., en la sentencia de primera instancia del caso Kvočka, un crimen de lesa humanidad y una violación del derecho y las costumbres de guerra..."

En similar sentido (Fiscal c. Naletilić y Martinović, Caso N°. IT-98-34-T, Sala de Primera Instancia del TPIY, sentencia del 31 marzo de 2003, párrafo 336.

Fiscal c. Krnojelac, Caso N°. IT-97-25-T, Sala II de Primera Instancia del TPIY, sentencia del 15 de marzo de 2002, párrafo 17; Fiscal c. Simić, Tadić y Zarić, Caso N°. IT-

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 170011
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

95-9, Sala II de Primera Instancia del TPIY, sentencia del 17 de octubre de 2003, párrafo 79).

(TPIR) En el caso *El Fiscal c. Akayesu*, la Sala I de Primera Instancia del TPIR adopta explícitamente la definición de tortura de la CNUT y, por tanto, sostiene que para calificar como tortura el acto de infligir dolor o sufrimiento a una persona debe responder a alguno de los siguientes motivos:

- "(a) obtener de ella o de un tercero información o una confesión;
- (b) castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido;
- (c) intimidar o coaccionar a esa persona o a otras;
- (d) o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación.'

En el caso *Fiscal c. Akayesu*, la Sala analizó la violación como delito de tortura y sostuvo que: "al igual que la tortura, la violación se ejerce para intimar, degradar, humillar, discriminar, destruir a una persona o controlarla a través del castigo. Al igual que la tortura, la violación atenta contra la dignidad de la persona y constituye, de hecho, un acto de tortura cuando quien la ejerce es un funcionario oficial o actúa en ejercicio de sus funciones oficiales o con su consentimiento."

La prohibición de la tortura receptada en la Declaración Universal de Derechos Humanos surgió tan sólo tres años después del fin de la Segunda Guerra Mundial y tuvo como finalidad proteger los derechos más inherentes al ser humano y responsabilizar al Estado ante la violación de éstos.

Desde la adopción de este instrumento internacional, la prohibición de la tortura adquirió fuerza de ley a nivel regional e internacional y fue reconocida por el derecho internacional consuetudinario.

Es de destacar que cada vez son más los Estados que adhieren a los tratados que prohíben la tortura y reconocen la

jurisdicción de los mecanismos de control previstos en dichos instrumentos, lo que permite el enjuiciamiento de individuos responsables de tales violaciones y la obligación del Estado de reparar tal afectación de derechos.

En el orden interno, la tortura ha quedado abolida desde la Asamblea del año 1813, receptándose esa proscripción en la Constitución histórica de 1853 al establecerse en el art. 18 que "quedan abolidas (...) toda especie de tormento y los azotes". Y cabe recordar la incorporación de los instrumentos internacionales citados que han sido incorporados a nuestra Constitución Nacional en el art. 75, inc. 22.

Como expresé, en el orden interno nuestro legislador había previsto la tipificación de estos ataques a la dignidad de la persona en la figura del art. 144 ter del CP (texto s/ ley 14.616), mediante una técnica legislativa que no define expresamente los tormentos pues sólo alude al funcionario público que los impusiere.

La doctrina vernácula se encargó de aportar su conceptualización. Así Núñez sostiene que "...el maltrato material o moral constituye un tormento cuando es infligido intencionalmente para torturar a la víctima, sea (...) como medio de prueba respecto de sospechados y testigos; sea para ejercer venganzas o represalias; sea con otra finalidad malvada, pues la ley reprime cualquier especie de tormento, caracterizado por su modo, gravedad o fin..." (Núñez, Ricardo, "Tratado de Derecho Penal Argentino", tomo V, Ed. Bibliografica Argentina, 1967, pag. 57).-

Por su parte, Soler expresa que "...la ley (...) admite la posible comisión de este delito con independencia de todo propósito probatorio o procesal (...) la calificación está dada por la intensidad y por la presencia de dolor físico o de dolor moral..." (Soler, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", TEA, 1988, T. IV, págs. 55/56).

En lo concerniente al bien jurídico protegido, cabe señalar que se vincula con la idea de dignidad fundamental de la persona y la integridad moral de todos los ciudadanos, sin

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 170/01
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

ningún tipo de distinción (cfr. Donna Edgardo "Derecho Penal Parte Especial, Tomo II-A, Editorial Rubinzal Culzoni, 2003, pág.189).

El tormento abarca todo tipo de grave padecimiento físico o psicológico siendo la intensidad del sufrimiento impuesto el distingo esencial con el tipo penal de severidades, vejaciones y apremios previsto en el viejo art. 144 bis inc. 3 del CP. En esta última figura incurre el funcionario que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones o apremios ilegales.

Se trata del resguardo de las personas arrestadas, detenidas o condenadas, frente a los funcionarios que directa (guardián celador) o indirectamente (director, alcaide) las mantienen privadas de su libertad o gobiernan o vigilan su conducta, resultando intolerable en un Estado de Derecho que las personas privadas de la libertad y a disposición de entes estatales sean sometidos a maltratos y torturas, cuando su rol debe ser el de custodia y cuidado.

Por su parte, las severidades son tratos ilegales rigurosos, consistentes en atentados personales, particulares modos de colocación o mantenimiento de los presos o restricciones ilegales. Tales son los castigos corporales, el cepo, la privación de alimentos o derechos. Las vejaciones son tratamientos mortificantes para la personalidad de los presos, por indecorosos, agraviantes o humillantes. Los apremios ilegales son los rigores usados con los presos para forzarlos a confesar o declarar algo, o para influir de alguna manera en sus determinaciones -cfr. Ricardo C. Núñez, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Marcos Lerner Editora Córdoba, 2º ed., 1986, pág. 181-.

La necesidad de distinguir los casos de tormentos de los de vejaciones y apremios ilegales se hace tanto más necesaria cuanto lo impone la marcada diferencia de gravedad de la pena amenazada. La distinción no resulta sencilla, porque torturar significa tormento, suplicio, padecimiento lo que también se causa con las vejaciones o apremios. Pareciera que

la diferencia está dada por la intensidad y a lo que se entiende comúnmente por tormento; por la causación de dolor físico (Fontán Balestra, Derecho Penal, Parte Especial, Ed. Abeledo Perrot, 14ª Edición, 1995, pág. 315).

La principal diferencia entre el tormento y las vejaciones o severidades radica en la mayor intensidad del sufrimiento impuesto. En estos supuestos se alude a la tortura ubicua.

Conforme el artículo 234 del Protocolo de Estambul de Naciones Unidas "en estas circunstancias, el torturador trata no sólo de incapacitar físicamente a la víctima sino también de desintegrar su personalidad. El torturador aspira a destruir la idea de la víctima de que tiene sus raíces en una familia y una sociedad, como ser humano con sus ensueños, sus esperanzas y sus aspiraciones de futuro. Al deshumanizar y quebrar la voluntad de su víctima, el torturador crea un ejemplo aterrador para todos aquellos que después se pongan en contacto con ella. De esta forma, la tortura puede quebrar o dañar la voluntad y la coherencia de comunidades enteras", objetivo este para el cual la tortura ubicua es particularmente funcional".

Sentado ello y volviendo al *sub lite*, de la lectura de los testimonios reseñados en la sentencia, se advierte que en la Unidad n 6 de Rawson, en la época de los hechos, se aplicaron aquellos procedimientos y técnicas sobre las víctimas de autos. En efecto, quedó probado por testimoniales que Mario Abel Amaya fue sometido a golpes, puñetazos, patadas, entre otros graves padecimientos que tuvo que soportar desde su llegada a la Base Aérea, al ser recibidos y luego trasladados a la Unidad 6, fueron duramente golpeados y pateados por personal penitenciario. Que esta modalidad de golpes se mantuvo como forma de castigo ante cualquier indisciplina y siempre que eran movidos fuera del pabellón (salidas al baño o visitas).

También debió soportar limitación prolongada de movimientos y posturas forzadas. Esto empezó ya en el camión celular que los llevó a Rawson en el que estaban atados de pies

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 170/01
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

y manos. En los pabellones debían permanecer de pie y el sentarse motivaba más golpes y más agua fría con las bajas temperaturas del lugar.

Frente al asma crónica que era conocida y que padecía Amaya, el hecho de privarlo de su inhalador, someterlo a temperaturas extremas y hacerlo correr, configuraban, sin duda alguna, otras formas de manifestación de la tortura y tormentos que se le infligía.

Otros modos de padecimientos a los que se vio inmerso Amaya lo constituye el confinamiento en solitario en celdas pequeñas, la falta de condiciones sanitarias, la desnudez a la que era expuesto y la alimentación irregular. Recordamos que Solari Yrigoyen afirmó que tanto él como Amaya, con quien compartió "los chanchos" -celdas de pequeñas dimensiones-, estaban desnudos y les arrojaban agua fría; que ya en el pabellón la "sopa" que ofrecían como alimento era intomable, "un poco de grasa de oveja"; y en orden al aspecto sanitario agregó que la presencia de "chinchas" era importante a punto tal que no los dejaba dormir, que el encierro en solitario no se limitó al tiempo de castigo inicial, sino que signó también la vida en los pabellones, limitando los recreos, la convivencia en el patio, el diálogo y toda forma de compartir con otros.

Lo expuesto es suficiente para concluir que las indignas condiciones de detención y los procedimientos conducentes a la degradación de la persona que enmarcaron el cautiverio de Amaya, valorado en su sumatoria y los sufrimientos extremos que tuvo que padecer y que culminó con su muerte, conducen a confirmar el juicio de subsunción típica realizado por el a quo, a cuyo tenor tipificó la conducta desplegada por Steding en la figura del art. 144 ter del CP conforme ley 14.616. Con estas consideraciones propicio el rechazo del agravio de la defensa examinado en este acápite.

Del mismo modo cabe proceder con relación al planteo íntimamente vinculado con el anterior, referido a la queja del recurrente por la inclusión de la agravante de fallecimiento.

El impugnante se agravió manifestando que los magistrados se equivocan al atribuir la muerte de Amaya a las severidades impuestas, pues a su entender, no guardan directa causalidad con su deceso, que se produce 34 días después de haber abandonado el pabellón 8 y 21 días después de haber dejado la Enfermería de la Unidad 6 y por enfermedades previas a su encierro. Destacó que ninguna de las severidades sufridas en el pabellón determinaron en sí mismas la muerte, citando en aval de su postura a Ricardo Núñez.

De adverso a lo peticionado por la empeñosa defensa de calificar como severidades el accionar durante la detención, se encuentra verificada la relación de causalidad entre el comportamiento desplegado por Steding y el resultado de las víctimas.

Desde un devenir natural de acción-resultado corresponde concluir que el trato propinado a Amaya en la Unidad n° 6 de Rawson fue el desencadenante de su muerte.

No se desconoce que dicho criterio naturalístico no es suficiente *per se* para imputar un resultado lesivo. Es menester acudir a los criterios de imputación objetiva.

En este sentido, se debe determinar, en primer término, si ha existido una creación de un peligro para un bien jurídico determinado no cubierto por un riesgo permitido; en segundo lugar, la realización del peligro en el resultado -como forma de cumplimiento del tipo objetivo- y el alcance del tipo para verificar si abarca la evitación de tales peligros (Roxin Claus "Derecho Penal Parte General", Tomo 1, Editorial Civitas, 1997, p. 363).

En autos, se verifica la creación de un riesgo no permitido con las torturas que han quedado acreditadas. En un segundo nivel de análisis se constata que ese resultado es la concreción del peligro creado por la conducta. Ello así toda vez que la imputación al tipo presupone que en el resultado se haya realizado el riesgo no permitido creado por el autor.

En este aspecto, cabe considerar si el resultado se produjo como una plasmación del peligro creado, o si fue la

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 4170/11
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

realización de un peligro creado por una conducta ajena a la del imputado.

Ciertamente el resultado muerte es la concreción o realización del peligro creado, a través de los tormentos infligidos a Amaya. De ese modo se descarta la existencia de criterios de interrupción del nexo de imputación ante una constelación, una desviación causal o un curso causal imprevisible y, atento la ubicación funcional de Steding, infringió las torturas o tuvo conocimiento y no hizo nada para evitarlas.

Cabe partir de la premisa de la patología de base que presentaba Amaya al momento de su detención en la cárcel de Rawson, pues su condición de asmático e hipertenso era conocida por las autoridades del Servicio Penitenciario Federal, habida cuenta de que no era la primera vez que ingresaba en las instalaciones carcelarias, ya había estado detenido en otra oportunidad en el año 1972.

No obstante, no fue su enfermedad la que le causó la muerte sino -como bien razonó el tribunal-, el peregrinar que afrontó a partir de su secuestro, que lo llevó, en apenas dos meses, a encontrar la muerte siendo una persona joven.

En dicho peregrinar estuvo sometido a temperaturas rigurosas como son los inviernos en estas latitudes sin ropa apropiada, sin comida suficiente, sumándole baños de agua fría, permanencia desnudo en lugares húmedos, con ropa mojada unido todo ello a golpes y exigencias extremas y a la falta de medicación y del inhalador que suplicaba que le dieran para no ahogarse por falta de oxígeno, además del estrés que provoca la condición traumática en la que se encontraba, constantemente vapuleado, sin alimentación por lo que redujo 20 kg. de peso durante su cautiverio.

Habida cuenta de ello considero, de adverso a lo sostenido por la defensa, que las torturas que le fueron infligidas a Amaya impactaron abrupta y negativamente en su estado de salud, llevándolo en pocos días a encontrar la muerte, por lo que cabe imputar objetiva y subjetivamente este

resultado a la conducta llevada a cabo por Steding, pues fue creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado, no advirtiéndose por lo demás, interrupción del nexo de imputación.

El *a quo* valoró correctamente la incidencia que los tormentos tuvieron en su cuerpo enfatizando, fueron tan tremendas, teniendo en cuenta que fueron dos meses el tiempo transcurrido desde que Amaya fue secuestrado, hasta que murió, que hizo que quienes asistieran a su velatorio fueran contestes en que les costaba reconocerlo, señalando que había perdido tantos kilos que parecía otra persona. En este sentido son elocuentes las declaraciones valoradas por el tribunal, de Hipólito Solari Yrigoyen (hijo), José Orlando Romero, Blanca Yunes, Jorge Ferronato, Daniel Guillermo González, Marcelo Stubrin y José Jacinto Suarez.

El tribunal consideró que incluso su propia madre no lo había reconocido cuando lo visitó en el Hospital Penitenciario Central, en sus últimos días.

Cabe destacar que Amaya llegó a Buenos Aires con un infarto de 20 días de evolución y con un cuadro asmático grave compatible con la carencia de medicación específica, según certificaron los médicos del propio Hospital Penitenciario Central. Ello debido a las condiciones extremas a que había sido sometido y que no pudieron ya revertir.

El sólido cúmulo probatorio existente en la causa permite colegir que fueron las torturas inflictas a Mario Abel Amaya, las que causaron su muerte, sin que alcance para enervar dicho corolario –como bien lo ponderó el *a quo*–, las constancias de su paso por la enfermería y el suministro de medicación y comida (y un baño de cama en 13 días de internación).

En virtud de todo lo expuesto, sostengo que el resultado producido no fue la realización de un peligro creado por una conducta ajena a la del imputado, sino fue la plasmación del peligro creado por el propio comportamiento del imputado, descartándose la existencia de criterios de

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 170/01
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

interrupción del nexo de imputación ante una desviación causal o un curso causal imprevisible.

En definitiva, el resultado muerte, que si bien acaece unos días después de su permanencia en la cárcel de Rawson, cuando ya se encontraba internado en el Hospital Penitenciario n° 2 de Devoto, es la concreción del riesgo antes creado, a través de los tormentos infligidos a Amaya, quien a ese devenir presentaba un acentuado deterioro de su salud, que fue imposible revertir.

Por tanto, considero que resulta correcto el tipo penal escogido por el a quo (art. 144 ter texto ley 14.616 del CP) como asimismo la agravante discernida, por lo que cabe confirmar al juicio de tipicidad realizado en la sentencia.

Dejo de este modo formulada mi propuesta de rechazo al embate casatorio efectuado con relación a estos puntos.

4- Equivocada valoración de las pautas mensurativas previstas en el artículo 41 del C.P.

A fin de establecer la medida de la sanción que le correspondía a Steding, el a quo partió de la consideración del marco punitivo que consagra el tipo penal que rige el caso (art. 144 ter ley 14.616) y a la luz de las pautas de mensuración previstas en los arts. 40 y 41 del CP, aclarando que adscribía a la conclusión respecto de la teoría de la "prevención general positiva", explicada en la obra de Sancinetti-Ferrante "...a mi juicio, el fenómeno de la criminalidad gubernamental, ocurrido en la Argentina y otros países de su contexto, en desmedro de los derechos fundamentales, constituye la mejor prueba de que aquella explicación doctrinal del sentido de la pena es correcta y que no implica una concepción autoritaria del sentido del derecho penal. Si es que funcionarios estatales han recurrido en masa al secuestro, tortura y asesinatos por causas políticas y, una vez restablecido el orden no se reacciona contra los responsables, o se lo hace en una medida mendaz, queda reafirmado que lo que se ha hecho por entonces "estaba bien", "secuestrar", "torturar", "matar" es correcto... ("El derecho

penal en la protección de los derechos humanos", pág. 459/63, Editorial Hammurabi, 1999).

Sentado ello, y teniendo en cuenta la naturaleza de la acción, los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados, el *a quo* reputó como agravantes la naturaleza de la acción delictual ejecutada, el abuso de la función de mando, la desprotección de la víctima, la extensión del daño, la trascendencia de su acción en los subordinados, en la población carcelaria, en los familiares, y en la sociedad; su educación y formación como Oficial del Servicio Penitenciario Federal, la capacitación funcional que detentaba -para cuidar a los presos bajo su guarda -, la manera de ejecutar su función que le mereció por parte de sus superiores las siguientes calificaciones y conceptos: año 1976: obtuvo un promedio de "100", calificación "Sobresaliente"; que merece ascender y que es un oficial conocedor de su función, serio y responsable (Legajo personal s/n entre fs. 37 y 38).

Se consideró como atenuante su ausencia de antecedentes.

Ahora bien, como es dable apreciar de lo antes reseñado, el *quantum* punitivo discernido aparece precedido de fundamentación suficiente, pues el tribunal ha brindado las razones que lo llevaron a seleccionar la pena de 17 años de prisión.

En la argumentación desarrollada por el *a quo* se aludió a la magnitud de los injustos reprochados, a su cantidad, sus consecuencias dañosas y al impacto sobre las propias víctimas que resulta también extensivo a sus familiares y que en definitiva, repercute en toda la sociedad.

Todas estas circunstancias, que han sido bien ponderadas en la sentencia impugnada, configuran factores de peso decisivos que gravitan negativamente en el *quantum* discernido el que, reitero, se encuentra debidamente fundado.

No empece a tal afirmación, la queja del recurrente de que no fue computada como atenuante su edad, pues la edad que actualmente posee Steding (67 años) no constituye un

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 240/01
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

elemento dirimente para modificar el monto inflicto, toda vez que lo relevante es que la pena guarde relación con la magnitud de los injustos reprochados y con el grado de culpabilidad del autor al momento de los hechos de marras.

Lo expuesto conduce al rechazo del agravio de la defensa, destacándose por lo demás, que el monto de pena seleccionado se encuentra dentro de la escala punitiva que rige el caso.

5- Inconstitucionalidad del art. 19 del CP

Con relación al planteo de inconstitucionalidad del art. 19 inc. 4 del CP, en cuanto impone como consecuencia de la inhabilitación absoluta (art. 12 del CP) la privación del goce de la jubilación, pensión o retiro civil o militar, introducido por la defensora del imputado en el término de oficina, habré de efectuar las siguientes consideraciones:

a) En primer término, cabe recordar que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable, debe hacerse lugar a la inconstitucionalidad. De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (C.S.J.N., Fallos 226:688; 242:73; 285:369; 300:241,1087; 314:424).

Asimismo, el Superior Tribunal de la Nación ha señalado que el legislativo es el único órgano de poder que

tiene la potestad de valorar conductas, constituyéndolas en tipos penales reprochables y decidir sobre la pena que estima adecuada como reproche a la actividad que se considera socialmente dañosa (C.S.J.N. Fallos: 209:342). Ha consignado en tal sentido que *"resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas, y asimismo, y en su consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estime pertinente"* y que *"sólo quienes están investidos de la facultad de declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal, son los legitimados para establecer el alcance de esa protección mediante la determinación abstracta de la pena que se ha considerado adecuada"* (Fallos: 314:424 "Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas - causa n° 6491").

Además, ha reconocido que es ajeno al control judicial el examen sobre la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (C.S.J.N. Fallos: 257:127; 293:163; 300:642; 301:341; 314:424). Se trata pues de las llamadas cuestiones o actos políticos, propios de los poderes políticos -Legislativo y Ejecutivo- y que por tanto no son justiciables, por ser actos discrecionales de aquellos. Sostener que todos los actos o cuestiones -aún las políticas- son justiciables, sería establecer el gobierno de los jueces, cosa inaceptable para el sistema republicano que nos rige.

Cabe asimismo recordar, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido como principio que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos 302:973), y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos 299:167), así es que los jueces no pueden sustituir al legislador sino que deben aplicar la norma como éste la concibió (Fallos 300:700); las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras que emplean sin violentar su significado específico (Fallos 295:376), máxime

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 17.357
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

cuando aquel concuerda con la aceptación corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos 312:311, considerando 8º), evitando darle un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo la unas por las otras y adoptando, como valedero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos 1:297, considerando 3º; 312:1614; 321:562; 324:876, entre otros).

La exégesis de la ley requiere la máxima prudencia cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho, o el excesivo rigor de los razonamientos no desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción (Fallos 303:578 y B. 4143. XXXVIII, "Blum, Nicolás Ricardo y Cartagena, Juan Manuel s/causa nº 4052").

En el mismo sentido y como el derecho penal representa la última línea de defensa en contra de la lesión de valores jurídicos fundamentales y es tarea del legislador articular los lineamientos generales de la política criminal, la apreciación que realiza el legislador involucra una esfera de decisión política sobre la que no cabe modificación por parte de los jueces, ya que representa facultadas específicas de aquél sobre la política criminal, la que solo tendría lugar en el caso de que se lesionen garantías fundamentales reconocidas por la Constitución Nacional o Tratados Internacionales en que la República sea parte (cfr. causa nº 7976, Sala I, "Montano, Alberto Abel s/recurso de inconstitucionalidad", reg. nº 10.338, rta. el 18/4/2007).

b) Fijado dicho marco, habré de recordar cuanto sostuve al analizar la constitucionalidad de lo dispuesto en el artículo 12 del código sustantivo, al emitir mi voto *in re*: "López, Yésica Guadalupe s/recurso de casación", causa nº 17.357, reg. nº 23.436, rta. el 23/04/2014.

Allí sostuve que las accesorias legales sólo tienen como objetivo proteger al condenado de los perjuicios y dificultades que pueden provenir de su incapacidad de hecho

derivada del encierro, no revistiendo penalidad punitiva.

En ese sentido, ha sostenido esta Cámara que dicha medida constituye una incapacidad de hecho relativa, pues la misma *"no se dicta contra el incapaz, sino a favor suyo, como remedio para paliar la inferioridad de su situación"*, dado que *"la incapacidad del condenado sólo se extiende a los actos que él mismo no puede realizar eficazmente, pero que es dable efectuar por medio de un representante, lo que muestra el sentido protector de la incapacidad"* (causa n°6499, "Sánchez, Graciela Noemí s/recurso de inconstitucionalidad", Sala I, rta. 24/2/2006, reg. n° 8547).

Pues como he mencionado, el fin de la norma es el de auxiliar al condenado a pena privativa de la libertad frente a su imposibilidad de ejercer determinados actos ante los que se encuentra en situación desventajosa por su encierro.

Al respecto, es dable señalar que esta Cámara tiene dicho que *"para sostener que esa norma del código sustancial resulta inconstitucional deberá acreditarse en el caso concreto de qué manera la norma somete al causante o su familia a humillaciones o atenta contra el respeto a la dignidad de su persona; o de qué forma se opone a la finalidad esencial de readaptación social de los condenados. Por ende, si el afectado no denuncia una turbación a su dignidad personal o familiar ... o el libre ejercicio de sus derechos patrimoniales por la aplicación del mencionado artículo, no se presenta oportuno que el Estado, a través de uno de sus órganos de poder, deba de forma indeterminada y genérica conjeturar esa vulneración en el caso concreto y de allí colegir la inconstitucionalidad de la norma"* (Sala IV, causa n° 5805 "Jerez, Carlos Alberto s/recurso de inconstitucionalidad", reg. n° 7990.4, rta. el 27/10/06).

En el caso de autos, dicho perjuicio no se verifica ni la parte ha acreditado que la sanción impuesta prive al condenado de un derecho patrimonial adquirido en colisión con lo establecido por los arts. 14 bis, 16 y 17 de la CN si existen parientes con derecho a la percepción de los haberes

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 4170/11
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

que le correspondan por sus beneficios previsionales.

Por lo expuesto, la norma prevista en el art. 19 inc. 4 del C.P. no conculca las normas constitucionales invocadas por la recurrente, por lo que cabe rechazar el planteo incoado en la instancia por la defensora oficial de Steding.

En definitiva, en virtud de todas las consideraciones desarrolladas, postulo al acuerdo el rechazo del recurso de casación interpuesto por la defensa de Steding, con costas.

III. Recurso de casación interpuesto por la defensa de Luis Eduardo García

Para analizar la conducta de Luis Eduardo García por la que fue condenado por el tribunal de juicio por el delito de encubrimiento a la pena de 2 años de prisión de efectivo cumplimiento, entiendo necesario adentrarse en el contexto histórico en el que ocurrieron los sucesos que lo llevaron a la omisión de denunciar los tormentos de los que fue víctima Amaya:

a) Debate

En primer lugar, cabe recordar que en la oportunidad del art. 393 del CPPN, el Fiscal General, refirió que "se le achaca a Luis Eduardo García que en su calidad de médico y funcionario público que prestó servicios en la U. 6 entre los días 11/9/76 y 28/9/76, teniendo la obligación de dar aviso a las autoridades de los tormentos y torturas de la víctima Amaya, no lo hizo, teniendo la obligación de hacerlo por su condición de médico y de funcionario público, de esta manera encubrió este delito principal" (confr. fs. 2212).

Agregó que "con respecto a la autoría de García ha quedado probado que conoció a Amaya, que lo atendió, que Amaya ya estaba herido, que tenía síntomas de malos tratos y que conforme lo exigía la normativa en esa época no comunicó a ninguna autoridad los malos tratos", teniendo la obligación de hacerlo, por lo que lo acusó como autor del delito de

encubrimiento, conforme el art. 277 inc. 6 de la ley 11.179 y solicitó se lo condene a la pena máxima de dos años de prisión de cumplimiento efectivo y costas deljuicio (confr. fs. 2215 vta.).

b) Sentencia

El tribunal oral tuvo por probado que García tuvo contacto físico con Amaya en varias oportunidades, por lo menos seis veces -tal como el propio imputado admitió en su declaración indagatoria-, lo que le permitió conocer de manera directa las razones de su agravamiento de salud, como también conoció las consecuencias que el "tratamiento penitenciario" (tormentos) causaba a otros detenidos, pues él, como médico, atendía a presos comunes y a los llamados por el régimen de facto como "subversivos".

El a quo dio por probado la existencia de la herida en la cabeza, la que se encuentra acreditada con la misma documentación que remite el servicio penitenciario, consistente en el informe de otro médico, el Dr. Clemente Bortolotti y con las declaraciones testimoniales de Hipólito Solari Yrigoyen, de Juan Rodolfo Acuña, de Ricardo Alfonsín que lo visitó en su lecho de muerte en el hospital del penal en Devoto y de Margarita García que repitió la información que recibió.

Al momento de aquilatar su valor probatorio, el a quo relativizó su importancia pues priorizó en su valoración el notorio desmejoramiento físico que presentaba Amaya a raíz de las torturas padecidas, extremo éste que al imputado, en su condición de médico, no le pasó desapercibido, no obstante lo cual no lo denunció ante la autoridad competente como era su deber.

Finalmente, señaló que *"si la defensa material de García se basó subsidiariamente en sostener que guardó silencio sobre lo que ocurría dentro de la Unidad 6 a fin de no poner en riesgo a Amaya -lo que podría derivar de represalias hacia éste-, mala fue la opción cuando el final de lo que se ocultó conllevó a su deceso; y aun cuando se admitiera a modo de hipótesis que el no denunciar hubiera estado guiado por aquella*

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 170/01
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

voluntad de protección, muerto Amaya cesaba el riesgo y tampoco García cumplió con cuanto era su obligación" (confr. fs. 2349).

Concluyó sosteniendo que la conducta de Luis Eduardo García debe ser calificada como el delito de encubrimiento, por omisión de denuncia, en calidad de autor (arts. 45 y 277 inc. 6 del Código Penal).

Este es el análisis de la conducta que se le ha endilgado a García en su calidad de médico y de funcionario público.

c) Delito de encubrimiento

El delito por el que resultó condenado se inscribe bajo la rúbrica de los delitos contra la administración de justicia, ésta representa el bien jurídico afectado por la conducta encubridora que perturba su actividad en la individualización de intervinientes en un delito.

Cabe destacar que el encubrimiento, en todas sus formas, lesiona la administración de la justicia pública, porque interfiere (entorpeciéndola o tendiendo a hacerlo) la acción policial o judicial dirigida a comprobar la existencia de un delito y la responsabilidad y castigo de los partícipes (cfr. Ricardo C. Núñez, "Derecho Penal Argentino". Parte Especial. Tomo VII, Ed. Lerner, Córdoba, 1974, p. 175).

El encubrimiento tradicional, si bien es un injusto autónomo, se estructura sobre la base de un delito precedente en el que el agente no ha participado, de modo que para su configuración se requiere que previamente se haya cometido aquél.

Ello se infiere sin más del tenor literal del tipo penal que resulta aplicable al caso (art. 277 inc. 6, texto según ley 11.179, por aplicación del art. 2 del CP.).

Dicha figura establecía que "*será reprimido con prisión de quince días a dos años, el que, sin promesa anterior al delito, cometiere después de su ejecución, alguno de los hechos siguientes:...* 6º) *Dejar de comunicar a la autoridad las noticias que tuviere acerca de la comisión de algún delito, cuando estuviere obligado a hacerlo por su profesión o empleo*".

El encubrimiento es un hecho en sí mismo delictivo que, no constituyendo un aporte material o moral para la acusación de un delito, implica a su respecto una ayuda posterior a su ejecución, mediante una de las conductas tipificadas por la ley.

En lo que aquí atañe, la forma de dificultar o impedir el esclarecimiento de un hecho delictivo lo constituye la omisión de denunciar.

Tratándose de un delito de omisión, sólo pueden cometerlo aquellos sujetos que están obligados jurídicamente a asumir la conducta debida.

d) El rol de García y su conducta. Culpabilidad

No se halla controvertido que García se encontraba dentro del círculo de los sujetos obligados, en virtud de su calidad funcional.

Al momento de los hechos se desempeñaba en el escalafón Sanidad del Servicio Penitenciario Federal, con el grado de Sub Ayudante, cumpliendo funciones de Médico Asistente en la cárcel de Rawson. Revisó y atendió médicamente a Amaya desde el 15 de septiembre de 1976 hasta días antes de ser trasladado a la U. n° 2 de Villa Devoto, en virtud del deteriorado estado de salud que presentaba.

Establecido ello, corresponde ponderar el hecho imputado a García desde la teoría del delito, teniendo en cuenta las particulares circunstancias que presenta el caso de autos.

Como se expuso precedentemente, en el plano de la tipicidad objetiva estamos en presencia de un delito de omisión (*delicta omissiva*), cuya estructura describe una situación típica en la que se omite una determinada acción, pese a que el sujeto podía haberla realizado.

En el caso, García debía, dado el *status* que revestía, proceder a efectuar la denuncia ante la autoridad competente, de los tormentos de los que era víctima Amaya. Al no haberla llevado a cabo afectó la administración de justicia, produciéndose de ese modo el resultado lesivo que reclama el

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 1700/11
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

tipo objetivo de la figura en cuestión (art. 277 del C.P.).

Queda así verificada la presencia de los tres elementos que reclama la estructura del tipo objetivo; a) la situación típica, b) la ausencia de una acción determinada y c) la capacidad de realizar esa acción.

Ahora bien, la tipicidad del accionar de García, en cuanto a su "omisión de denunciar", conlleva a su antijuridicidad. Y esa "omisión" debe ser abordada también dentro del contexto de los sucesos de aquella época y teniendo en cuenta las razones a ese proceder.

En el caso sometido a control jurisdiccional, se le incriminó a García la omisión de haber denunciado en dictadura militar, el estado de salud de Amaya cuando lo asistió médicamente en el penal de Rawson y logró sacarlo de la crisis asmática en la que se encontraba desde el ingreso a la unidad penitenciaria. Por ello el ilícito imputado a García estaría dado por la no realización de la conducta debida, la denuncia ante la autoridad judicial competente.

De ese modo, habría infringido las previsiones del tipo objetivo del art. 277 del C.P. (conforme texto de la ley 11.179) y su accionar guiado por la voluntad de realizarlo (dolo) resultó típico.

Considero oportuno analizar el caso desde la teoría de la culpabilidad que impone la conducta imputada. En tal sentido, corresponde señalar alguno de los argumentos que utilizó la defensa para justificarla y de ese modo, concluir en la absolución:

- *si García hubiese denunciado los vejámenes, futuras represalias hubiesen recaído sobre el paciente provocándole un daño mayor; con su silencio García no habría hecho más que "proteger" a Amaya;*
- *"...que el médico debe, en primer término, garantizar la vida del paciente; que debe guardar el secreto y que está obligado a hacerlo siempre que la vida del paciente corra riesgo... y es indudable que, de haber efectuado esta declaración (por el imputado García), la vida del Dr. Amaya hubiera corrido*

riesgo”;

- García expuso que luego de decidir permanecer como médico de la unidad penitenciaria, le hicieron saber que en la sala del penal tenían un preso con un cuadro de asma prolongado, de unas 12 horas, "era el Dr. Amaya, yo lo conocía, era un diputado de mi partido [...] lo atendí y estuve charlando con él, y a las 48 hs el Dr. Amaya estaba recuperado de su mal asmático"; que luego de aplicarle el medicamento y ver que respondía bien, le preguntó qué otras cosas tenía, con el fin de armar una historia clínica del paciente; Amaya le respondió que era hipertenso; inclusive -según García- al preguntarle si le había sucedido algo más, Amaya le respondió que no;

- que en esos días García tuvo contacto con algunos familiares del abogado Amaya, a los que les informó sobre su situación y sobre la idea de derivarlo a un centro de mayor complejidad. Ese pedido de derivación fue comunicado al Dr. Saleg, jefe del servicio médico de la U6;

- García aseguró que atendió a Amaya durante 6 días seguidos, y que los últimos dos días antes de ser derivado ya no lo trató él sino otro médico, quien inclusive le aplicó un medicamento para que no sufriera ningún ataque de asma durante el viaje al penal;

- García aseveró también que hizo un diagnóstico correcto acerca de la patología de Amaya y que se preocupó por derivarlo a un centro de alta complejidad debido a su estado, que se comunicó con los familiares.

Se observa de esta reseña que lo que aquí pretende demostrar la defensa es que en todo momento el accionar de García fue el correcto como médico tratante de Amaya, durante su estadía en la unidad penitenciaria y que la omisión de denunciar, en todo caso, pretendió preservar un bien o interés mayor, es decir un estado de necesidad justificante que no resultaría punible a la luz del derecho penal (art. 34, inc. 3 del C.P.: "...causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño").

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 170/01
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

Como es sabido, "el ordenamiento jurídico no sólo consta de prohibiciones sino que contiene también autorizaciones que bajo determinadas condiciones marginan la prohibición. Las autorizaciones aparecen en forma de proposiciones permisivas que como tipos de justificación se contraponen al tipo del injusto. Si concurre una causa de justificación, la norma prohibitiva contenida como deber jurídico en el tipo del injusto pierde su efectividad en el caso concreto. El tipo del injusto no puede acoger en sí mismo los elementos del tipo de justificación, ya que sólo aspira, y resulta apropiado, a la reunión de los elementos fundadores del injusto que configuran el tipo de la especie delictiva. No obstante, una acción puede presentar, junto a los elementos que responden al supuesto normal de una determinada clase de delito, otros factores que posiblemente excluyan el juicio de antijuridicidad, porque de la esencia del injusto se deduzca que el hecho sea aprobado por el ordenamiento jurídico en su conjunto. Por esto, el juicio definitivo de antijuridicidad descansa en dos racionamientos: de un lado, en el examen de la tipicidad de la acción, y de otro, en el examen de si interviene una causa de justificación" (Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Cuarta Edición, Ed. Comares, Granada, 1993, pág. 289 y ss.).

En síntesis, la realización del tipo del injusto determina la antijuridicidad del hecho concreto, siempre y cuando no se verifique excepcionalmente una causa de justificación.

Al respecto, señala el autor citado que "para captar el sentido de una causa de justificación en particular, debe arrancarse del concepto de la antijuridicidad material puesto que justificación significa que la acción, aunque se oponga en sí a una norma prohibitiva general, se configura de tal modo en el caso concreto que la lesión o la puesta en peligro del protegido objeto de la acción ha de aceptarse en aras de valores superiores y ha de aprobarse también el fin perseguido

por el autor. Con otras palabras, a consecuencia de la intervención de la contranorma deben desaparecer o quedar compensados, plenamente o en gran parte, tanto el injusto del resultado como el de la acción del hecho" (cfr. ob. cit., pág. 292).

El sujeto que así actúa lo hace en una situación de necesidad que lo obliga a realizar un resultado típico para de ese modo impedir **que tenga lugar un daño de mayor entidad que el producido con su conducta.**

Se trata de la preservación de un bien o interés de valor preponderante para el Derecho, entre los bienes jurídicos que se encuentran en juego.

El ordenamiento jurídico le reconoce al particular la facultad de solucionar el conflicto, que no puede resolver de otro modo, declarándolo no punible si elige por salvar el bien de superior valor, sacrificando el de menor entidad. Así, al llevar a cabo dicha opción realiza el mal menor al que se refiere el texto de la ley.

Sobre este tema, Welzel sostiene que el caso más importante del principio de justificación se refiere a la colisión de dos bienes jurídicos, de los cuales uno solo puede ser salvado, pero lesionando al otro, aclarando que aquí debe considerarse, en primer término, la relación de valor de los dos bienes jurídicos en colisión; sólo el bien jurídico de menor valor puede ser sacrificado para la mantención de uno de mayor valor. Para la apreciación del valor de los bienes jurídicos habrá que recurrir al orden jurídico en su conjunto; un punto de apoyo lo ofrece especialmente el monto de las conminaciones penales en hechos que en lo demás tengan características similares.

A ello, el autor citado agrega que debe también considerarse la proximidad del peligro, si éste es aún lejano y todavía existe la posibilidad de evitarlo posteriormente con un medio más leve, no sería admisible la inmediata intervención con el medio más grave. La lesión del bien jurídico de menor valor debe ser el medio requerido y único para la salvación del

Comentado [DF1]: Do respuestas: 1) qué certeza tenía García de que existía "el otro mal"
2) muerto Amaya, desaparecía el otro riesgo para la víctima

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 170011
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

de mayor valor.

Cabe destacar que el autor debe también perseguir el fin de salvación (cfr. Welzel, Hans Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, Parte General, 11º edición, 4º edición en español, Chile, 2014, pág. 148 y ss.).

Por su parte, Bacigalupo destaca que "lo decisivo será, sin embargo, no la relación jerárquica de bienes, sino el *merecimiento de protección* de un bien concreto en una **determinada situación social**" (la negrita me pertenece).

En este sentido, pueden considerarse inclusive los intereses individuales del afectado o afectados por la acción de estado de necesidad" (Bacigalupo, Enrique, Manual de Derecho Penal. Parte General. Temis- Ilanud, 1984, pág. 129).

En este caso nos encontramos entre la administración de justicia por un lado y la vida de Amaya por otro, que constituyen los bienes jurídicos en juego.

García omitió cumplir con su obligación de poner en conocimiento de la autoridad judicial correspondiente el hecho de que Amaya habría sido atendido por él y cuál era su cuadro de salud, aparentemente con lesiones a consecuencia de la tortura. Ese accionar manifestó el imputado que fue con el propósito de no poner en peligro la vida del paciente detenido y asumió otras conductas, como otorgarle el tratamiento médico adecuado que evitó la continuación de su crisis asmática, ponerse en contacto con otros centros de alta complejidad para que fuese derivado Amaya hasta lograr su traslado al Hospital Penitenciario de Devoto y comunicarse con familiares y amigos a fin de poner en conocimiento de éstos el débil estado de salud por el atravesaba el nombrado. Acciones éstas de las que dan cuenta los testimonios de Margarita García de López y de su esposo Santiago Marcelino López, que corroboraron lo manifestado por el imputado al declarar durante el juicio cuando hizo saber sus intenciones y cuál había sido su proceder.

García actuó en la convicción de que si así no lo hacía, la vida de Amaya corría serio peligro en el Penal en el

Comentado [DF2]: No sé si es correcto señalar que estos son los dos bienes en juego. Si bien es cierto que a García se lo condenó por encubrimiento, lo cierto es que el cumplimiento de su deber como médico (denuncia) no hubiese acarreado sólo que la justicia tome conocimiento de la comisión de un hecho delictivo y lo investigue, sino también -y sobre todo- que se haga cesar esa actividad; y aquí, la consecuencia es la protección de la salud/vida de Amaya; entonces, parece tratarse del mismo bien jurídico.

Comentado [DF3R2]: Habría que ver por qué delito acusó el MPF, si en alguna oportunidad se lo calificó como partícipe en los hechos principales

cual se encontraba privado de su libertad. Tal conducta debe ser analizada teniendo en consideración el contexto político y social en el que se produjo, un médico del sistema penal en plena dictadura militar, en terrorismo de Estado y el temor por la vida del paciente y la suya propia.

En oportunidad de declarar, hizo especial referencia a sus comienzos como médico en el Penal durante el gobierno democrático de Isabel Perón y que cuando sucedió el golpe militar del año 1976 se le generó la duda de seguir allí, pero que reflexionó oyendo a algunas personas, entre ellos, al Pastor Rhys y al Dr. Atilio Viglione -Director del Sanatorio Trelew, con quien trabajó cuando éste fue Gobernador por el Partido Radical en 1983- y coincidió con ellos en que debía permanecer para atender, entre otros, a "los presos políticos", pues si no lo hacía algún día iba a reprocharse ser un cobarde. Fue en ese contexto que, según relató, el 15 de septiembre de 1976 atendió en la sala de internación de la Unidad al Dr. Amaya, "que era diputado de su partido" (según consignó), pues tenía un estado de mal asmático y quería aliviar ese cuadro, que logró recuperarlo de esa crisis en 48 hs., "... que era de conocimiento público lo que estaba pasando con el Dr. Amaya, que había estado desaparecido, que no le preguntó concretamente porque quería que fuera la voluntad de él contarle, que es la misma respuesta que le dio a Alfonsín" (confr. fs. 2272/2272 vta.).

Agregó que tuvo contacto con los familiares de Amaya y con algunas personas que lo conocían, que les informó de la situación y les dieron la idea de que fuera derivado, para su mejor atención y salvarlo de su difícil situación. Que tuvo conocimiento que el Dr. Viglione (a quien ya le había informado de los antecedentes médicos), se puso en contacto en más de una oportunidad con el Dr. Alfonsín a quien le manifestó que "a [Amaya] lo está atendiendo un médico nuestro, de confianza, del partido. Que pasaron unos días y el paciente fue derivado, que lo vio seis días seguidos siguiendo el caso clínico, que los dos últimos días no lo vio. Que hizo un diagnóstico correcto,

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 4170/11
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

que tuvo la suerte y el orgullo de haber atendido a un correligionario, que se preocupó de derivarlo a un centro de alta complejidad, que se preocupó en averiguar sus antecedentes clínicos, que esa ha sido toda su actuación médica" (confr. fs. 2272 vta.).

Se cuestionó, a modo de ejercicio imaginario, **si tenía él que denunciar y de esa forma poner en peligro la vida de su paciente**. El resaltado me pertenece y con él procuro enfatizar la disyuntiva que se le presentó a García en aquel momento y en las particulares circunstancias fácticas referidas, ante la cual optó por preservar el valor vida, bien jurídico de evidente mayor jerarquía.

Al finalizar su declaración refirió que se fue del SPF en abril del año 1977, que estuvo 10 u 11 meses y que se enteró de la muerte de Amaya en el hospital de Devoto, por los medios de comunicación, luego de la derivación que él había logrado.

Sentado ello, considero que el tribunal de juicio omitió analizar en forma armónica e integral la declaración de Luis Eduardo García y la prueba producida que la avala, teniendo especial atención al contexto en el que se inscribió el accionar del imputado, circunstancia en la que **no se le pudo exigir conductas heroicas, dentro de un marco histórico como fue la dictadura militar de 1976.**

De haberlo efectuado, a la luz de la totalidad de las circunstancias relevantes para la situación, hubiese ponderado el propósito e interés perseguido por García –preservar la vida de Amaya–, para lo cual realizó las acciones tendientes para lograr que se le brinde una adecuada terapia (extremos que encuentran correlato en los elementos convictivos antes mencionados) y cuanto menos, hubiese albergado una duda respecto de la antijuridicidad de la conducta típica en la que hubo incurrido García.

Y ante la duda debió haberse inclinado por la situación más favorable al imputado (art. 3 del C.P.P.N.).

Al respecto, nuestro Máximo Tribunal ha sostenido,

Comentado [DF4]: Con este criterio, no le era exigible al soldado raso ni al juez actuar de otro modo

con remisión al dictamen del Procurador Fiscal, el acusado "no tiene la carga de probar la disculpa aunque no aparezca probable o sincera" [...] pues 'no destruida con certeza la probabilidad de un hecho impeditivo de la condena o de la pena, se impone la absolución'[...]. Ricardo C. Núñez afirma sin retaceos que la falta de certeza sobre la existencia de los presupuestos de una causa de justificación e inculpabilidad o de impunidad posible, según el caso, conduce a su afirmación' ("*In dubio pro reo*, duda sobre la ilicitud del hecho", La Ley, 48-1 y siguientes) –Fallos: 324:4039–.

El "duress" y el "estado de necesidad" como eximentes de responsabilidad penal. Derecho Penal Internacional.

Dentro de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal, el "miedo insuperable" (duress) ha sido relacionado con el estado de necesidad, diferenciando una y otra situación. El "duress" trata acerca de la falta de libre albedrío frente a una amenaza inminente y, en cambio, el "estado de necesidad" (necessity) refiere a la elección entre dos males con la decisión a favor del mal menor (Ambos, Kai, "Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility", en Antonio Cassese, *et. al.*, (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Volumen 1, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 2002, pág. 1036 [Traducción no oficial]).

Al observar esta diferencia corresponde analizar el llamado "estado de necesidad" como eximente reproche penal.

Los sistemas jurídicos latinoamericanos reconocen como una más de las eximentes de responsabilidad, el actuar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente no ocasionado dolosa o intencionalmente por el agente, de manera que se lesione otro bien de igual o menor valor al que se intenta proteger, y siempre que se cumpla con los demás requisitos establecidos por la ley aplicable.

En el marco del derecho penal internacional, el concepto de "estado de necesidad" refiere a "amenazas a la vida

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 010011
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

o a sufrir una lesión corporal severa que emane de circunstancias objetivas y no de otra persona". En tal sentido, cabe recordar la decisión de la Corte Suprema de Perú que abordó, en cierta forma, el argumento del estado de necesidad en el marco del juicio de responsabilidad penal del ex Presidente Albero Fujimori, por la perpetración de crímenes calificados por la propia corte como de lesa humanidad (Perú, Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori) (Relación de sentencias 13.j), Considerando 681): "Durante los primeros meses de mil novecientos noventa y dos, en Perú] [n]o sólo no existía una situación de necesidad – los peligros o riesgos derivados de los ataques del terrorismo podían y debían ser enfrentados y vencidos en democracia–, sino que el peligro para la sociedad y el Estado que representaba el terrorismo era y podía ser evitado de otro modo –no cabía sacrificio tanto del Estado de Derecho ni de la libertad personal de los ciudadanos–, más aún si –como ha quedado demostrado– no existía el alegado equilibrio estratégico entre el Estado y las organizaciones terroristas. La acción que se realizó: destrucción de las instituciones constitucionales y privación de la libertad personal del agraviado –entre numerosas personas afectadas con motivo o a propósito del golpe de Estado–, no era necesaria, pues existían otros medios menos lesivos para evitar el mal que amenazaba. Además, no concurría un interés protegido –subsistencia del Estado constituido– que pueda estimarse esencialmente superior a la vigencia del régimen democrático y de las libertades que ése garantizaba. No se estaba, por consiguiente, frente a la salvaguarda de intereses legítimos –sin duda, la instauración de un régimen de emergencia, al margen y contra la Constitución, no constituye interés legítimo alguno–, y menos para vulnerar bienes jurídicos de máxima protección, como la libertad de inocentes ajenos por completo a la violencia terrorista, y declarar en esa medida la impunidad de conductas incompatibles con los postulados inspiradores del Estado de Derecho. La exigencia del

castigo para quienes perpetraron el golpe de Estado está reconocida por la Constitución de mil novecientos setenta y nueve, bajo cuya vigencia tuvo lugar, y por lo demás –es de insistir– ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional. Ello importa, desde el Derecho penal, consecuencias adicionales, siendo la más notoria la imposibilidad de alegar causas de atipicidad por falta de imputación objetiva, justificación o de inculpabilidad –adecuación social y consentimiento– que puedan eximir de sanción bajo el argumento de un supuesto peligro a la supervivencia del Estado, de su régimen político y de la sociedad por la acción terrorista o, en todo caso, bajo consideraciones ex post radicadas en la coyuntural aprobación ciudadana a esas acciones, que a final de cuentas implicaron la instauración de una dictadura [...], inaceptables desde todo punto de vista...".

Conforme lo analizado y sometido el caso al control jurisdiccional, por sus particularidades, la conducta esperada y endilgada a García, el contexto histórico en el que ocurrió el hecho que se le imputa, es menester recordar lo que nuestra legislación nacional prescribe acerca del estado de necesidad como eximente de reproche penal. Refiere a quien "causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño" (art. 34.3). El sujeto que actúa conjugando los requisitos típicos de un determinado delito, lo hace en una situación de urgencia –situación inminente– que le obliga a producir un resultado típico para de esa forma impedir que tenga lugar un daño "mayor" o "más grave".

Sin embargo, y aun teniendo en cuenta la postura defensiva, creo necesario como sostuve al comienzo, evaluar el hecho endilgado a García desde la teoría de la culpabilidad, entendida ésta como reprochabilidad penal, tomando como base además la idea de exigibilidad de otra conducta frente a una situación determinada.

En este sentido, Berthold Freudenthal a partir de las conductas que ocasionan un reproche penal, construye la

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 410/01
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

idea de "exigibilidad penal" y "poder de actuación alternativa", es decir, si del sujeto se puede esperar otra conducta y si *ha actuado como hubiese actuado cualquiera en su lugar*. Aquí estamos frente a un análisis valorativo, ético, profesional, de las circunstancias que llevaron al sujeto a un obrar determinado no siendo exigible una conducta distinta. Se excluye la culpabilidad entonces, "cuando no era de exigir al autor una conducta distinta, 'adecuada al deber social'". Poder de actuación alternativa y exigibilidad será la base central sobre la que se formulará el juicio de reproche.

De este modo, la inexigibilidad de otra conducta se manifiesta como un supuesto en el cual el individuo desarrolla una conducta que constituye un hecho típico y antijurídico, pero que no puede calificarse como culpable, pues de acuerdo a las circunstancias fácticas y a un contexto histórico no puede serle exigible el actuar conforme a derecho.

Y este es el punto de inflexión que entiendo debe considerarse al momento de evaluar la conducta de García.

Como vengo diciendo, García omitió cumplir con su obligación de poner en conocimiento de la autoridad judicial correspondiente el hecho de que Amaya había sido víctima de torturas. Y aquí es donde debe destacarse la inexigibilidad de una conducta distinta teniendo en cuenta el marco histórico de aquel entonces. Sobre todo cuando ese accionar lo llevó a cabo con el propósito de no poner en peligro y preservar la vida del paciente detenido, asumiendo otras conductas, como otorgarle el tratamiento médico adecuado evitando la continuación de su crisis asmática, ponerse en contacto con otros centros de alta complejidad para que fuese derivado Amaya hasta lograr su traslado al Hospital Penitenciario de Devoto y comunicarse con familiares y amigos de la víctima fin de poner en conocimiento de éstos el débil estado de salud por el que atravesaba el nombrado. Es decir, llevó a cabo conductas que de acuerdo a su profesión demostraron que García hizo todo lo que estuvo a su alcance, para evitar un empeoramiento aún mayor de la salud de Amaya aunque omitió denunciar las torturas de las que este

último fue víctima, dado que la situación de temor imperante en el país en ese entonces hubiese implicado asumir conductas heroicas que podrían no ser exigibles.

REGISTRO N°

En base a lo expuesto, propongo la absolución de Luis Eduardo García por los hechos por los que viene a esta instancia condenado, en aplicación del art. 3 del C.P.P.N..

Como consecuencia de ello, el tratamiento de los restantes agravios deducidos por la defensa de Luis Eduardo García deviene abstracto.

En virtud de las consideraciones expuestas, propicio al acuerdo:

I- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial de Osvaldo Jorge Fano, con costas (arts. 470 y 471 a *contrario sensu*, 530 y 531 del C.P.P.N.).

II- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial de Jorge Osvaldo Steding, con costas (arts. 470 y 471 a *contrario sensu*, 530 y 531 del C.P.P.N.).

III- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Luis Eduardo García, sin costas, casar el punto dispositivo 5) de la sentencia recurrida y en consecuencia, absolver a Luis Eduardo García por los hechos por los que fue acusado (arts. 3, 470, 530 y 531 del C.P.P.N.).

IV- Tener presentes las reservas del caso federal.

Tal es mi voto.

El señor juez **doctor Eduardo Rafael Riggi** dijo:

1. Que habremos de acompañar en sustancia los lineamientos del voto de la distinguida colega que lleva la voz de este Acuerdo, doctora Ana María Figueroa, sin perjuicio de formular algunas salvedades relacionadas con los planteos traídos a estudio de este Tribunal.

2. De esta manera, nos interesa destacar que en lo atinente a los planteos vinculados con la vigencia de la acción penal y el juzgamiento de los delitos de lesa humanidad en general, la Sala III -que naturalmente integramos- hubo de

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 170/14
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

expedirse al resolver en las causas nº6716 "Menéndez, Luciano Benjamín y otros s/recurso de casación", resuelta el 9 de mayo de 2007, registro nº 469/07; nº 9896 "Menéndez Luciano Benjamín y otros s/recurso de casación", resuelta el 25 de agosto de 2010, registro nº 1253/10; nº. 13.085/13.049 "Albornoz, Roberto y otros s/recurso de casación", resuelta el 8 de noviembre de 2012, registro nº 1586/12; nº 14.321 "Amelong, Juan Daniel y otros s/recurso de casación e inconstitucionalidad", resuelta el 5 de diciembre de 2013, registro nº 2337/13; nº 17.052 "Acosta, Jorge Eduardo y otros s/recurso de casación e inconstitucionalidad", resuelta el 14 de mayo de 2014, registro nº 753/14.

En tal sentido, cabe señalar que las cuestiones sometidas a inspección jurisdiccional de esta Sala guardan vinculación con aquéllas que fueran motivo de decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad" (Fallos 328:2056), pronunciamiento que habremos de acatar pues emana del Más Alto Tribunal de la Nación, último intérprete de la Constitución Nacional.

Asimismo, nuestros anteriores decisorios siguen también los lineamientos generales de nuestros votos en las causas nº 1975, "Olivares Cusin, Oscar Genaro s/ recurso de casación", registro nº 168, del 16 de abril de 1999, nº 4839, "Guzmán, José Marcelo y otros s/recurso de casación", registro nº 101/04 del 11 de marzo de 2004 y nº 4804, "Sandoval, Orlando Rafael y otro s/recurso de casación", registro nº 154/04 del 19 de mayo de 2004 -entre muchas otras-, oportunidades en las que invariablemente hemos sostenido la necesidad de que los tribunales inferiores acaten la doctrina que surge de los precedentes emanados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Las objeciones reeditadas por las defensas en esta instancia respecto al juzgamiento de los delitos de lesa humanidad (extinción de la acción penal, violaciones al

principio de legalidad, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, plazo razonable, etc), fueron rechazadas en el voto de la distinguida colega que lleva la voz de este acuerdo, en base a una correcta hermenéutica de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, expuesta en la línea de los precedentes "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros", causa n° 259, del 24/08/2005; "Simón" ya citado y también en "Mazzeo, Julio Lilio y otro s/recurso de casación e inconstitucionalidad" -Fallos 330:3248-.

La aplicación de los precedentes del Alto Tribunal al caso, entonces, sella la suerte de todos los agravios deducidos por las defensas en el sentido de obstaculizar el juzgamiento de delitos considerados de lesa humanidad; ello sin perjuicio de hacer reserva de nuestra opinión discordante, pues coincidimos con los fundamentos vertidos por el Sr. Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Carlos S. Fayt, en los citados fallos "Simón" y "Mazzeo", como así también con la postura asumida por la doctora Carmen Argibay en el último de los precedentes reseñados.

3. Con relación a la situación de los acusados Fano y Steding, apreciamos que en el meduloso voto de la doctora Figueroa -que en sustancia compartimos-, se ha brindado una acabada respuesta a cada una de las objeciones lanzadas por las defensas, lo cual, entonces, nos exime de realizar esa tarea, a fin de evitar repeticiones innecesarias.

4. En lo tocante con la situación de García, y en consonancia con lo expuesto en el voto que lidera el acuerdo, conceptuamos que la conducta que se le achaca al nombrado, aún cuando resultare típica del delito de encubrimiento, se encuentra en el caso justificada en los términos del art. 34 inc. 3 del CP y dadas las particularísimas circunstancias del caso.

Y ello es así, pues la omisión de denunciar los hechos de tortura de lo cual pudo derivarse una posible lesión

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 170011
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

al bien jurídico administración pública, fue realizada con la finalidad de preservar la vida del paciente, es decir, en aras de salvaguardar un bien de mayor valor -vida o integridad física- extremo que queda demostrado a poco que se repara en que García procuró -dentro de sus posibilidades- de brindarle una atención médica adecuada al paciente, de dar noticia a terceras personas de su situación, como asimismo de arbitrar los medios para lograr su traslado a un nosocomio de mayor complejidad.

En este punto, parecería ser que los miembros del tribunal analizaron la situación de García sin reparar en el particular contexto en que debía ponderarse su actuación. Es que no podemos olvidar que a la fecha de los hechos no existía un Estado de Derecho y, por ende, la radicación de una denuncia "a las autoridades pertinentes" que a García se le exige en la sentencia, podría haber acarreado severas consecuencias tanto para el paciente como para el propio imputado.

5. Con las consideraciones expuestas, adherimos en definitiva a la solución que propone la doctora Figueroa.

Tal es nuestro voto.

La señora juez **doctora Liliana E. Catucci** dijo:

A-Que para dar respuesta a los planteos traídos por las defensas relacionados con la vigencia de la acción penal y a la consideración del hecho como delito de lesa humanidad, he de remitirme una vez más en lo pertinente a los lineamientos que he dejado expuestos en las causas n° 7758 "Simón, Julio Héctor s/recurso de casación", rta. el 15/5/07, reg. 10470, n° 7896, "Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/recurso de casación e inconstitucionalidad", rta. el 18/5/07, reg. 10488 -ambas de la Sala I-, n° 9803 "Paccagnini, Rubén Roberto s/recurso de casación", rta. el 4/12/09, reg. 1782, n° 9896 "Menéndez Luciano Benjamín y otros s/recurso de casación", rta. el 25/8/10, reg. 1253 y n° 13085/13049 "Albornoz, Roberto y otros s/recurso de casación", rta. el 8/11/2012, n° 17.052 "Acosta, Jorge y otros s/recurso de casación", rta. el 14/5/2014, reg. 753/14 y 91001251/13 "Saa, Teófilo y otro s/recurso de

casación", del 5/5/2015, reg. 785 -las últimas de esta Sala-, y que determinan el fracaso de los planteos.

B-En lo que hace a las restantes cuestiones introducidas, adhiero a la solución propuesta por mis colegas por coincidir sustancialmente con los argumentos que expusieron.

Entiendo probada la responsabilidad de Osvaldo Fano y Jorge Steding y adecuado el encuadre jurídico escogido, como así también la pena impuesta; sus intervenciones en los hechos gravísimos fue debidamente acreditada por el *a quo* como ponderaron mis colegas.

En lo que se refiere al procesado Luis Eduardo García, era un médico de segunda línea dentro del centro de detención y con afinidad política alejada del poder militar de turno, factores que limitan su responsabilidad a punto de que no se ha logrado a través de lo actuado demostrar con la certeza requerida en un juicio de condena una conducta delictual; me adhiero pues al voto de mis colegas.

Tal es mi voto.

En virtud del acuerdo que antecede, el Tribunal,
RESUELVE: I- **Rechazar** el recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial de Osvaldo Jorge Fano, con costas (arts. 470 y 471 a *contrario sensu*, 530 y 531 del C.P.P.N.).

II- **Rechazar** el recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial de Jorge Osvaldo Steding, con costas (arts. 470 y 471 a *contrario sensu*, 530 y 531 del C.P.P.N.).

III- **Hacer lugar** al recurso de casación interpuesto por la defensa de Luis Eduardo García, sin costas, casar el punto dispositivo 5) de la sentencia recurrida y en consecuencia, absolver a Luis Eduardo García por los hechos por los que fue acusado (arts. 3, 470, 530 y 531 del C.P.P.N.).

IV- Tener presentes las reservas del caso federal.

Regístrese, notifíquese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada de la CSJN n° 15/13) y remítase al Tribunal de

Cámara Federal de Casación Penal

Causa Nº 170/01
"Fano, Osvaldo Jorge y
otros s/ recurso de
casación".
-Sala III- C.F.C.P

procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Fdo: Dres. Liliana E. Catucci - Eduardo R. Riggi -
Ana M. Figueroa. Ante mi: María de las Mercedes López Alduncin.
Secretaria de Cámara.