

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

///Plata, diciembre de 2010.-

AUTOS Y VISTOS:

Reunidos los integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de La Plata, Dres. Carlos Alberto Rozanski quien lo preside, Roberto Atilio Falcone y Mario Alberto Portela, juntamente con los Sres. Secretarios Dr. Eduardo Rezses y Dra. Liliana Scheinkman, a fin de dictar sentencia en esta causa N° **2965/09** seguida por infracción a los arts. 139 inc. 2, 293 y 146 del C.P. a **OMAR ALONSO**, titular del D.N.I. n° 5.176.438, argentino, de estado civil casado, jubilado, domiciliado en Camino Centenario n° 647 de City Bell, nacido en La Plata, Provincia de Buenos Aires, el 11 de febrero de 1939, hijo de Venancio y de Amalia Rodríguez; y a **JUAN CARLOS HERZBERG**, titular del D.N.I. n° 5.969.310, argentino, de estado civil casado, marino retirado, domiciliado en calle Luis María Campos n° 1419/35, piso 16 A de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, nacido en Alcorta, Provincia de Santa Fe, el 6 de junio de 1927, hijo de Juan y de Teresa María Rossi.

USO OFICIAL

RESULTANDOS:

Producida la prueba, en oportunidad de formular su alegato el **Sr. Fiscal Federal ad hoc, Dr. Hernán Schapiro**, realizó un pormenorizado análisis fáctico y jurídico de las probanzas recibidas en la audiencia, las cuales constan en el acta de debate, y a la cual cabe remitirse por razones de brevedad.

En conclusión solicitó se condene a Omar Alonso a la pena de 20 años de prisión, inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, demás accesorias legales y costas, por ser coautor por el dominio funcional del hecho de los delitos de falsificación de instrumento público en concurso de ideal con alteración del estado civil de un menor de 10 años, ambos en concurso real

con los delitos de retención y ocultamiento de un menor de 10 años (arts. 45, 54, 55, 139 inc. 2 (según ley texto según ley 11.179, 146 según ley 24.410 y 293 según ley 20.462).

Respecto de Juan Carlos Herzberg solicitó se lo condene a la pena de 19 años de prisión, inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, más accesorias legales y costas por ser partícipe necesario del delito de alteración del estado civil de un menor de 10 años en concurso real con los delitos de sustracción en grado de autor y ocultamiento en grado de coautor de un menor de 10 años (arts. 45, 54, 55, 139 inc. 2 según ley texto según ley 11.179 y 146 según ley 24.410).

Previamente había señalado que Omar Alonso, llegó a juicio como autor directo del delito de alteración del estado civil de un menor de diez años en concurso ideal con falsedad ideológica de instrumento público, conforme lo dispuesto en los artículos 139 inc. 2º, 293 y 54 del Código Penal y autor directo (art. 45 del C.P.) de retención y ocultamiento de un menor de 10 años (art. 146 ley 24.410 de enero de 1995), y Juan Carlos Hezberg, partícipe necesario de alteración del estado civil de un menor de diez años, conforme lo dispuesto en los artículos 139 inc. 2º del Código Penal y co-autor directo como constitutivos de los delitos de sustracción y ocultamiento de un menor de 10 años.

Recordó que los hechos materia de juzgamiento constituyen una de las prácticas criminales generalizadas y sistemáticas emprendidas por el terrorismo de Estado implantado por la dictadura cívico-militar entre los años 1976 y 1983, con el propósito de implantar un modelo económico excluyente y de eliminar opositores y disciplinar a la sociedad, introduciendo un fenomenal cambio cultural, funcional a dicho modelo y que la apropiación de

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

menores hijos de desaparecidos para ser entregados a personas extrañas, pero en general afines al régimen, fue una práctica que tuvo carácter generalizado y sistemático, al punto de que se calcula en más de 500 los niños desaparecidos durante la última dictadura militar.

Remarcó que la apropiación y alteración o sustitución de identidad de un niño o niña constituye un ataque directo al libre desarrollo de su personalidad y que esta situación se traduce en la vulneración de múltiples derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. Agregó que estos delitos constituyen crímenes del derecho penal internacional.

Posteriormente, hizo un relato de los hechos resaltando que las maniobras de ocultamiento tendientes a esconder la identidad de Natalia llegaron a consumarse en un expediente judicial, orquestando un fraude procesal.

A continuación realizó un análisis de toda la prueba colectada. Así, el Fiscal, consideró acreditado que Alonso valiéndose de un documento espurio logró la expedición de diversos documentos públicos materialmente auténticos, pero ideológicamente falsos, entre los que se encuentra, el acta de nacimiento de la víctima y el Documento Nacional de Identidad n° 26.058.284 a nombre de María Natalia Alonso, y que a través de dicha maniobra alteró el estado civil de María Natalia inscribiéndola como hija biológica propia, y asimismo, retuvo y ocultó a la hija recién nacida de María Elena Isabel Corvalán y Mario Suárez Nelson, desde que la recibió de manos de Juan Carlos Herzberg el día 8 de agosto de 1977; mientras que, en relación a Juan Carlos Herzberg, después de enumerar toda la prueba colectada, consideró que, a través del aporte esencial que supuso la entrega de María Natalia al matrimonio Alonso-Di Mattía, participó en la alteración de su estado civil, ya

que debido a esa circunstancia no fue inscripta de acuerdo a su verdadero estado civil, quedando acreditado que el acusado sustrajo a la hija de María Elena Isabel Corvalán y Mario César Suárez Nelson, momentos después de haber nacido, y luego la ocultó, entregándola a su consorte de causa y a la esposa de éste, así como negando la verdad a la víctima.

Posteriormente, consideró que las conductas desplegadas por los imputados se enmarcan al menos en dos figuras del derecho penal internacional: genocidio; y crimen de lesa humanidad, en su modalidad de desaparición forzada de personas.

Señaló que deben ser los tipos del derecho penal interno las herramientas a utilizar para poder reprochar la magnitud del ilícito del *ius gentium* señalado, realizando un análisis del art. 146 a la luz del fallo “Rivas” de la Cámara de Casación Penal, contraviniendo la doctrina tradicional que sólo ve en el art. 146 C.P. una afectación de los derechos o potestades de los padres, tutores o encargados de la guarda del niño, y que concluye que, sin sustracción previa, la retención o el ocultamiento serían atípicos. Y dijo que es imposible una separación conceptual absoluta entre sustracción, retención y ocultamiento, pues hay modos de ejecución que implican al mismo tiempo sustracción por retención u ocultamiento, y que el bien jurídico detrás de la norma concede la calidad de víctimas a ambas partes de la relación biológica interrumpida de manera equiparable, en tanto la protección excede al menor apropiado para abarcar también a quien se ve impedido de desarrollar esa relación a partir del delito cometido por terceros. A partir de la negativa a informar sobre el paradero del privado de su libertad, también analizó la retención y el ocultamiento.

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

También hizo el Fiscal una explicación acerca del carácter permanente de este delito a los fines de determinar no la imprescriptibilidad sino la ley aplicable, recordando que existe jurisprudencia acerca del carácter permanente de la figura del art. 146 del CP, citando “Jofré”, “Rei”, “Gómez”, aplicando así, la ley 24.410, y que estos delitos cesan con la revelación de la verdadera identidad a víctima, citando para ello, el fallo de la Corte en “Prieto”, “Jofré” “Gómez”. También hizo un análisis del art. 139 del CP y al 293 del mismo cuerpo legal. En relación a los delitos de falsedad ideológica en instrumento público que se imputan a Alonso (un caso) se consumó entre el 8 de agosto de 1977, por aplicación del principio del artículo 2 del Código Penal, deben ser subsumidos en las previsiones del Código Penal según leyes 20.642 y 21.766, por resultar más benignas que las vigentes en el período intermedio y en la actualidad.

También dijo que el delito de falsedad ideológica de instrumento público reiterado, atribuido a Alonso (falsedad ideológica de la partida de nacimiento), concurre en las circunstancias del caso de modo ideal con el delito de alteración de estado civil de la niña (arts. 54 y 139, inc. 2, y 293 C.P.), a partir del caso “Napoli” (Fallos: 329:2136); y considero que Alonso es coautor de la alteración del estado civil y el ocultamiento, y autor directo de la falsedad ideológica de documento público, y que Herzberg es partícipe necesario de la alteración, autor de la sustracción y coautor del ocultamiento, y calificó el hecho, en relación a Omar Alonso como coautor por el dominio funcional del hecho de los delitos de falsificación de instrumento público en concurso de ideal con alteración del estado civil de un menor de 10 años, ambos en concurso real con los delitos de retención y ocultamiento de un menor de 10 años (arts. 45, 54, 55, 139 inc. 2 (según ley texto según ley

11.179, 146 según ley 24.410 y 293 según ley 20.462), y en cuanto a Juan Carlos Herzberg: partícipe necesario del delito de alteración del estado civil de un menor de 10 años en concurso real con los delitos de sustracción y ocultamiento de un menor de 10 años (arts. 45, 54, 55, 139 inc. 2 según ley texto según ley 11.179 y 146 según ley 24.410), y para ellos, después de analizar los arts. 40 y 41 del Código Penal y 399, párrafo primero, del Código Procesal Penal., teniendo en cuenta el hecho del injusto y el grado de reprochabilidad del mismo, la magnitud del daño causado a la víctima, a la familia nuclear y externa, y a la sociedad toda, teniendo en cuenta que esto excede los delitos del ámbito interno porque afectan a la humanidad toda, que Natalia fue negada como persona, las distintas versiones sobre su identidad que tuvo que soportar, las mentiras a las que fue sometida, el daño psíquico que ello ocasiona, y en cuanto a Herzberg, que conocía el origen de Natalia, mintió, engañó, eludió el conocimiento de Natalia sobre su identidad, participó en uno de los más graves crímenes, tuvo acceso a un centro clandestino de detención, y todos los actos de Alonso tendientes a la obstrucción del conocimiento del origen de Natalia en una causa judicial, solicitó para Alonso la pena de 20 años de prisión y par Herzberg la pena de 19 años de prisión, inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, accesorias legales y costas.

En relación al cumplimiento de la pena, el *Fiscal* dijo que, en cuanto a Herzberg, la Unidad Fiscal siempre apeló los otorgamientos de los arrestos domiciliarios, y por eso solicitó que se hagan los exámenes médicos y en caso de que de allí surja que pueda estar en condiciones de ser alojado en una unidad carcelaria, sea allí alojado, y en cuanto a Alonso, pidió que se le

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

realicen unos nuevos exámenes médicos y se de vistas de los mismos a fin de poder volver a dictaminar.

En representación de la **querrela Asociación Abuelas de Plaza de Mayo**, la **Dra. Colleen Torre**, realizó del mismo modo un pormenorizado análisis fáctico y jurídico de las probanzas recibidas en la audiencia, que consta en el acta de debate, a la cual cabe remitirse por razones de brevedad. Posteriormente tomó la palabra el **Dr. Kexel**, representante de la misma querrela, quien dijo que las conductas realizadas por Omar Alonso y Juan Carlos Herzberg encuadran en los tipos penales de los arts. 139 inc.2) –según ley 24.410-, 146 –según ley 24.410 y 293 del CP. En primer lugar realizó un análisis de la figura del art. 146 del CP, y dijo que Herzberg realizó esa conducta típica, que está debidamente acreditado que el imputado le entregó a Alonso una beba y que participó en la sustracción de le beba de su madre.

El Dr. Kexel le imputó a Omar Alonso el delito de retención y ocultación de una menor de diez años, hizo un análisis de esas figuras, dijo que la retención se lo relaciona con que tenía la guarda de la niña y que se la llevó a Paraguay y que la ocultación quedó acreditada con la falsificación de la documentación.

En relación al carácter permanente de este delito y a la determinación de la ley aplicable, señaló que la discusión quedó zanjada a partir del fallo de la Corte en “Jofré” que establece que el delito deja de cometerse cuando la persona recupera su vínculo familiar interrumpido, y por ello entendió que debía aplicarse la figura del art. 146 del CP conforme la ley 24.410, ya que es la ley vigente en ese momento, y también citó para ello, los votos de Zaffaroni y Lorenzetti en la causa “Prieto”.

En relación al delito previsto en el art. 139 inc. 2º del CP, dijo que debe aplicarse esa figura de acuerdo a la ley 11.179, hizo un análisis dogmático de la norma, y dijo que este delito se consumó el día 16 de agosto de 1977 mediante la inscripción que hizo Alonso en el Registro Civil de La Plata como si fuera hija propia y de su cónyuge, mientras que Herzberg otorgó un aporte esencial a través de la entrega de María Natalia al matrimonio Alonso-Di Mattía. Y en relación a la aplicación del art. 293 del CP, el Dr. Kexel remarcó que la ley aplicable debe ser la ley 11.179 y la 20.642, y la inscripción de datos falsos en el acta de constatación de nacimiento firmado por Bosia encuadra en el segundo párrafo del art. 293, en tanto que la falsificación ideológica del acta de inscripción del nacimiento encuadra en el primer párrafo del 293, según ley 11.179 y 20.642, y dedujo que el acta de constatación del nacimiento era al momento de los hechos un documento público destinado a acreditar la identidad de las personas en tanto que la inscripción en el Registro Civil no tenía tal entidad, siendo el DNI el medio de prueba que acredita la identidad.

Finalmente dijo que debe considerarse a Alonso como autor de los delitos de retención y ocultación de un menor de años previamente sustraído (art. 146 CP, según ley 24.410) en concurso real con el delito de falsificación ideológica de documento público en dos hechos por la falsificación del Formulario I y el DNI (art.293, 1º parr, según ley 11.179), el cual concurre de manera ideal con el delito de alteración del estado civil de un menor de diez años (art. 139 inc. 2º CP); mientras que calificó la conducta de Juan Carlos Herzberg como autor de la figura del art. 146 según ley 24.410 en cuanto a la sustracción y ocultación de un menor de diez años en concurso real con el

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

delito de sustitución del estado civil de un menor de diez años (art. 139 inc. 2º CP según ley 11.769) en calidad de partícipe necesario.

En último lugar tomó la palabra el **Dr. Lovelli**, en representación de la misma parte querellante, quien analizó estas conductas a la luz del derecho internacional de los Derechos Humanos. Para ello, hizo un desarrollo histórico del delito de desaparición forzada de personas como un delito de lesa humanidad, refiriendo que este delito es una de las cuales sufrió la víctima en autos. Dijo que hay que analizar a las conductas de Herzberg y Alonso como parte de un engranaje de los delitos cometidos en el país durante los años 1976-1983 y recordó que este Tribunal caracterizó a estos delitos como de lesa humanidad ocurrida dentro del marco de un genocidio, pero que en este caso debe encuadrarse en el inc. e) de la Convención en cuanto al “traslado de niños”, siendo Natalia uno de ellos.

Concluyó que, para el pedido de pena, no debe aplicarse la reforma de la ley 25.928 y solicitó lo siguiente: en relación a Juan Carlos Herzberg, lo acusó por el delito de sustracción y ocultamiento de un menor de diez años previamente sustraído (art. 146, ley 24.410), en concurso real con el delito de alteración del estado civil de un menor de 10 años (art. 139 inc. 2º CP, según ley 11.179), este último en calidad de partícipe necesario, por lo que le solicitó una pena de 19 años de prisión inhabilitación, accesorias legales y costas, mientras que en cuanto a Omar Alonso lo acusó como autor penalmente responsable del delito de retención y ocultamiento de un menor de diez años previamente sustraído (art. 146 CP según ley 24.410) en concurso real con el delito de falsificación ideológica de documento público destinado a acreditar la identidad de las personas en dos hechos –certificado de nacimiento y documento nacional de identidad- (art. 293 CP, 2do párrafo, según ley 20.642)

en concurso real con el delito de falsificación ideológica de documento público –partida de nacimiento- (art.293, 1º parrado, ley 11.179), el cual concurre de manera ideal con el delito de alteración del estado civil de un menor de 10 años (art. 139, inc. 2º del CP, según ley 11.179), todos ellos en calidad de autor, solicitado una pena de 25 años de prisión, accesorias legales y costas. Finalmente, en cuanto a Herzberg pidió la revocación de su arresto domiciliario y el cumplimiento de su condena en un establecimiento carcelario, y en cuanto a Alonso, pidió que se le realicen los estudios médicos para corroborar si está en condiciones de cumplir su condena en una cárcel.

A continuación alegó la **Sra. Defensora Oficial Dra. Laura Inés Díaz, a cargo de la defensa técnica de Omar Alonso**, para cuyos planteos cabe la misma remisión al acta de debate oral realizada para los alegatos anteriores. La defensora dijo que se mantiene en su petición inicial en cuanto a la recepción de cosa juzgada oportunamente interpuesta por considerar que existe una flagrante violación a ese principio, y reafirmó las reservas recursivas oportunamente interpuestas.

Dijo que no va a discutir la materialidad de los hechos toda vez que fueron reconocidas expresamente por Alonso en su declaración indagatoria, y de allí, aceptó parte de los hechos que se le atribuyen, salvo en cuanto a que no está acreditado el elemento subjetivo, esto es el origen de María Natalia, que las acusaciones no pudieron demostrar, y no hay ni siquiera una prueba indiciaria de ello. Toda la prueba colectada la obliga a pedir la no aplicación del art. 146, que no es un delito de lesa humanidad y solo debe aplicarse la figura del art. 293 CP.

Agregó que disiente con la querrela en cuanto a la calificación de los hechos como de lesa humanidad y desaparición forzada de personas, y

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

adelantó que va a adherir los planteos que luego va a formular el Dr. Marino Aguirre, atento que no hay en ese punto intereses encontrados.

Se le imputa a su defendido el art. 146 del CP, y dijo que la ley aplicable debe ser la vigente el momento de los hechos y no la 24.410. Los arts. 18 C.N., 9 de la C.A.D.H. y 15 del P.I.D.C.P. dejan claro que la pena debe ser fundada en una ley anterior al hecho del proceso. Aún cuando se trate de un delito permanente, la ley vigente debe ser la existente al momento del inicio de la acción, y si el Tribunal no compartiese este criterio, hay otras circunstancias que hacen la aplicación de la ley 11.719. Dijo que la acción debe recaer sobre un menor de 10 años, en este sentido el delito se consumó el día 8 de agosto de 1987 cuando Natalia cumplió los 10 años de edad, y también dijo que se hagan propios los argumentos que en este sentido expondría luego el Dr. Marino Aguirre.

Agregó la Dra. Díaz que su defensa adhiere a otra tesis que hace a la aplicación del art. 146 en su anterior redacción y es expuesta por los jueces de la Cámara Federal de Apelación al resolver el auto de procesamiento. En este sentido recordó que el Dr. Schiffrin explicó que el bien jurídico protegido es el derecho de la familia y del niño su identidad, y que el momento en el que debe cesar este delito es cuanto alcance la mayoría de edad. Dijo que adhiere a esa postura, con la diferencia que no es cuando la víctima cumple la mayoría de edad, si no que debe ser cuando se casó en Paraguay y logró así la emancipación, por eso consideró que la ley aplicable al art. 146 debe ser la anterior redacción, 11.179.

En cuanto a los arts. 139 inc.2) y 293, compartió el criterio de la fiscalía, que son delitos instantáneos con efectos permanentes, por lo que la ley aplicable es al momento de su consumación. Por eso, la falsedad

ideológica constituye un medio o un acto cualquiera constituyen los arts. 138 y 139, por eso no acepta la existencia de un concurso real o ideal, sino que lo que existe es un concurso aparente de leyes que debe resolverse aplicando el principio de especificidad. En este sentido la figura del art. 139 debe ser la privilegiada que absorbe a las demás figuras, por eso hay un concurso aparente de leyes, siendo la ley específica la del art. 139, la cual debe aplicarse.

Asimismo planteó su disenso a la imputación del art. 293 a Alonso porque no puede atribuirse a su defendido la falsificación del certificado de parto y el certificado de nacimiento, siendo el único documento que puede ser válido para acreditar la identidad de las personas es el DNI. La ley 24.410 llena ese vacío e incorpora estos certificados, pero como es un delito instantáneo con efectos permanente, no puede aplicarse. Hay un concurso aparente de leyes y debe primar el delito específico, y en cuanto a la supresión del estado civil, pedía que debe acreditarse el propósito de causar perjuicio, que no debe ser una mera ofensa, sino que es un dolo específico, por lo que así lo dejó sentado. Pidió que a los delitos de ocultamiento y retención se le aplique la ley vigente al momento de realización del hecho, y que lo que existe es un concurso aparente que debe resolverse a través del principio de especialidad y solo puede atribuirse la falsedad documental del DNI.

Por último, en cuanto a los montos de las penas solicitadas por las acusaciones, las consideró excesivas y pidió al Tribunal que al momento de entender la pena se la considere como función socializadora y tenga en cuenta asimismo otras circunstancias que fueron omitidas por las acusaciones, y que deben ser valoradas: Alonso no tiene antecedentes penales, es civil, no formó parte de ninguna fuerza estatal, no está acreditado que haya tenido acceso a

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

ningún centro de detención legal o ilegal, que debe considerarse del mismo modo su reconocimiento de los hechos que hizo ante el Tribunal en una confesión que no considera auto exculpatoria, y que también hay que tener en cuenta lo que dijo la víctima, que todavía lo quiere, que fue un buen padre para ella. Planteó que todas estas son circunstancias deben valorarse al aplicar la pena. También pidió expresamente que se mantenga la detención domiciliaria, no solo por la edad, sino porque existen otras circunstancias: Alonso tiene una enfermedad cardíaca grave, un cuadro alto de diabetes en estado de avance.

USO OFICIAL

Asimismo, la Dra. Díaz dejó planteada las reservas casatorias y federal que corresponden, recordando las cuestión planetas por la cosa juzgada.

Finalmente, tomó la palabra el Sr. Defensor Oficial, **Dr. Santiago Marino Aguirre**, en su carácter de defensor de **Juan Carlos Herzberg**, valga respecto de sus argumentos la misma remisión al acta labrada durante el debate oral por razones de economía procesal. El defensor no negó la relación entre su defendido y Alonso, pero aclaró que no quedó acreditado que su defendido haya tenido alguna participación en ese hecho. Recordó lo dicho por el Fiscal en cuanto a que no se puede demostrar que Herzberg arrancó a Natalia de su madre y no se ha acreditado de ningún modo que efectivamente Herzberg haya sustraído a la menor María Natalia en ese momento. También dijo que no hay ninguna prueba en este juicio que demuestre que Herzberg estuvo en “La Cacha”.

Dijo que debe aplicarse el principio in dubio pro reo, ya que se genera un estado de duda, y que no hay estado de certeza, por lo que pidió la absolución de su defendido.

Respecto del derecho aplicable refirió que debe ser el interno al momento de cometerse los hechos.

Dijo que la conducta de su defendido se agotó con la entrega y por lo tanto se encuentra prescripta la acción penal. Asimismo que cuando la menor cumplió los diez años no hay mas tipicidad objetiva. En este sentido también correspondería la absolución de su defendido por haber prescripto la acción. Dijo que no hay ocultación si no hay retención y coincidió con la Dra. Díaz en cuanto a la fecha de cesación, que no es cuando la víctima conoce su identidad, sino que, teniendo en cuenta que es un delito contra la libertad, el efecto se agotó cuando la persona fue liberada.

En cuanto al art. 139, recordó Marino Aguirre que las acusaciones dijeron que su defendido es partícipe necesario del fraude de la identidad, pero que se hizo a través de una conducta que no se le imputa a él, solo hay una participación de una calificación, y nunca fue indagado por los hechos que constituyen esa conducta, por eso también debe ser absuelto, y también dijo que la doctrina clásica decía, el art. 139 era una agravante del art. 138, y si es así, y por lo atento debe tornarse atípica la conducta y por eso debe declararse atípica la conducta por ausencia de perjuicio.

En cuanto al derecho supra nacional, dijo que no puede entenderse a este delito como una figura de la desaparición forzada de personas, a la luz del art. 18 de la CN, ya que al momento de los hechos, no estaban legislado estos delitos, y tampoco puede considerarse a la costumbre internacional como fuente del derecho penal. Agregó que al momento de los hechos, no puede considerarse la conducta como delitos de lesa humanidad, y que el Estatuto de Roma no tiene aplicación retroactiva.

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

Del mismo modo planteó la vulneración del principio de congruencia ya que ni en la indagatoria de instrucción ni acá se le informó a su defendido los elementos vinculados a la desaparición forzada de personas y al plan sistemático que aludieron los acusadores. Por ello corresponde la absolución de su defendido respecto de ello, y solo cabe aplicar la ley nacional para la cual se encontraría prescripto o la conducta sería atípica.

En cuanto al pedido de pena efectuado por las acusadoras, el Dr. Marino Aguirre alegó que son desproporcionados, ya que no hacen alusión a ningún atenuante. En este sentido recordó que en la causa de provincia el fiscal había pedido 7 años y 6 meses.

Finalmente respecto del pedido de “cárcel común” las partes acusadoras omitieron una norma que se vincula con los derechos humanos que dice que los ancianos no pueden estar en una cárcel las personas mayores de 70 años. Que su defendido supera los 80 años, tiene problemas cardíacos y hasta es probable que pudiera fallecer.

CONSIDERANDO:

En las deliberaciones se estableció que las cuestiones a decidir se refieran: a la existencia del hecho delictuoso y sus circunstancias jurídicamente relevantes, la excepción de cosa juzgada oportunamente deducida y diferida a este momento procesal, a la participación de los imputados, la calificación legal de su conducta, a las sanciones aplicables, al modo de cumplimiento y a las costas. Del sorteo efectuado surgió el siguiente orden de votación: Dres. Falcone, Portela y Rozanski.

I. MATERIALIDAD:

El Dr. Falcone dijo:

En el transcurso de la audiencia oral y pública celebrada en autos ha quedado debidamente acreditado que el 10 de junio de 1977 María Elena Isabel Corvalán, en un estado de embarazo avanzado, fue secuestrada en un operativo desarrollado por Fuerzas Armadas y de Seguridad en inmediaciones de su vivienda de 8 entre 80 y 81, de la ciudad de La Plata. En el mismo fue asesinado su esposo, Mario César Suárez Nelson. La mujer fue llevada al centro clandestino “La Cacha”, en donde fue vista en estado de gravidez por varios sobrevivientes que declararon en el debate dando a luz a una beba el día 8 de agosto de 1977, presumiblemente en la maternidad de la cárcel de mujeres de Lisandro Olmos.

Igualmente resultó acreditado que el 8 de agosto de 1977, el acusado Juan Carlos Herzberg se apoderó de la niña, que todavía conservaba el cordón umbilical, separándola de su madre, entregándosela al imputado Omar Alonso y a su esposa, María del Luján Di Mattía, en el domicilio de ambos en calle 39 número 622 2ºA, de La Plata. Ese mismo día, un llamado telefónico anónimo advirtió a la familia Corvalán que había nacido la hija de María Elena Isabel y que se encontraba en buen estado de salud.

Días después, el 12 de agosto de 1977, se confeccionó un certificado espurio en que se consignaba falsamente a ese departamento como el lugar de nacimiento de la beba, firmado por el médico Francisco Bosia, y certificado por el escribano público Carlos A. De Cano. En dicho instrumento, más precisamente en la parte inferior del formulario, en el sector reservado para los datos necesarios para su inscripción registral, Omar Alonso insertó falsamente

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

sus datos personales y los de su esposa María del Luján Di Mattía como si fueran los progenitores de la criatura.

Con ese instrumento público falso, Omar Alonso hizo insertar esos datos que sabía apócrifos, en la partida de nacimiento de María Natalia, el 16 de agosto de 1977, ante el Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires, lo cual fue anotado bajo acta N° 1148, de la delegación La Plata.

La partida de nacimiento resultó así ser ideológicamente falsa, al distorsionar lugar de nacimiento, hora del parto y datos de los padres biológicos de la beba.

El mismo proceder fraudulento de Alonso se halla acreditado al tramitar el Documento Nacional de Identidad de la niña –que llevó el número 26.058.284– ante la seccional 2da La Plata del Registro Nacional de las Personas.

Con esta identidad, la niña creció y permaneció retenida y oculta en poder del matrimonio Alonso-Di Mattía, quienes simularon ser sus padres biológicos hasta 1998, fecha en que la joven cumplió 21 años de edad.

Ello sin perjuicio de que el 1° de junio de 2006, la joven pudo saber quiénes habían sido sus padres biológicos, el matrimonio Suarez Nelson-Corvalán al ser notificada de la pericia de fs. 291/303, que estableció compatibilidad entre el perfil genético extraído del cepillo de dientes de María Natalia con las familias de ese matrimonio, con una probabilidad de parentesco de 99,9995%.

Lo expuesto resulta acreditado con la declaración (confesión simple) del imputado Omar Alonso, los testimonios de María Natalia Suárez Nelson, Mónica Elena Torres, Patricia Pérez Catán, María Silvia Bucci, Héctor Javier Quintero, Raúl Elizalde, Juan Manuel Ricardo Corvalan, María Cecilia

Marcela Corvalan y Hugo Pérez Salas, la declaración de la perito María Belén Rodríguez Cardozo, la pericia del Banco Nacional de Datos Genéticos obrante a fs. 291/303, la constatación de nacimiento de fs. 22 de la causa 2413 y el acta de nacimiento N° 1148 del Registro Provincial de Capacidad y Estado Civil de las Personas, obrante a fs. 520/21 y a fs. 11 de la causa 2413 y fotocopia del DNI de la víctima, de fs. 320/1, estos documentos han sido incorporados al debate por lectura. En orden a la prueba testimonial, cabe remitirse a lo que se dirá a posteriori.

Sin perjuicio de lo que se tratará en el capítulo correspondiente a la participación, corresponde formular algunas consideraciones acerca de los extremos cuya acreditación deviene imprescindible para afirmar la tipicidad de la conducta enjuiciada. Ello así porque el primer extremo de la imputación, en este caso, lo constituyen una pluralidad de hechos delictivos que se inician con la sustracción y ocultamiento de una niña recién nacida, a la que se separa de su madre para ser finalmente entregada a un matrimonio que, recibió a la niña sustraída, emplazándola en la vida familiar como su hija, inscribiéndola como María Natalia Alonso, hija de Omar Alonso y María del Luján Di Mattía, nacida el 8 de agosto de 1977.

Previamente a la alteración del estado civil de María Natalia, consumado al sustituir el estado de hija que le correspondía por el nacimiento del vientre de María Elena Isabel Corvalán, por un emplazamiento ilegítimo en el estado de hija del imputado Alonso, corresponde despejar algunos interrogantes acerca de las conductas exteriorizadas respecto de las exigencias típicas.

En primer lugar cuando se trata del delito del art. 146 del C.P., sustracción, ocultamiento y retención de un menor de diez años, el agente

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

tiene que conocer que se trata de un menor sustraído; en tal caso la duda equivale a saber (Creus Carlos, Derecho Penal, Parte Especial, 4ta edición Astrea, T I pág 343). Al tratar la autoría de Alonso en el hecho nos referiremos a este tópico, en el que media confesión del nombrado acerca del carácter de menor sustraída, aún cuando alegue que no sabía que era de una madre desaparecida.

Respecto de los requerimientos típicos del art 146 y 139 inc. 2 del C.P. , corresponde remitirse al excelente voto del juez Luis García, emitido en causa 9569 “Rivas Osvaldo Arturo y Otro s/ Retención y Ocultamiento de un menor de diez años y Alteración de Estado civil”, Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, en el que se aborda con una profundidad poco común aspectos esenciales de la dogmática aplicable a estos hechos. Ha entendido dicho juez que la sustracción consiste en el apoderamiento del niño, separándolo de su padre, tutor o guardador (MOLINARIO, Alfredo, *Los Delitos*, TEA, Buenos Aires, 1996/1999, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, tomo I, p. 81). Sin embargo la sustracción no implica necesariamente constitución de un poder sobre el niño, y lo decisivo es la separación o apartamiento del ámbito de protección familiar y jurídica en el que estaba emplazado. Así se explica que “sustraer” consiste en apartar al niño de la esfera de custodia que se encuentra confiada por imperio de la ley a padres, tutores u otros encargados, aunque lo sean a título temporal, como ser los maestros, guardadores y niñeras, acción que se consuma por la mera remoción o apartamiento, sin que se requiera que el agente consolide un dominio sobre el niño (confr. SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, TEA Buenos Aires, 1973, tomo IV, p. 56/57) o sacar al mismo de la custodia a la que se hallaba legalmente sometido (MAIZA, Cecilia, *Sustracción de*

Menores, en Niño, Luís, Martínez, Stella Maris (coordinadores), *Delitos contra la Libertad, Ad Hoc*, Buenos Aires 2003, T I págs. *op. cit.*, p. 239).

Un niño abandonado o perdido, no puede ser objeto de sustracción, pero sí de retención o de ocultamiento en los términos del art. 146 C.P. aun en el caso de que sus padres o tutores hubiesen muerto, o se ignorase su paradero.

Se entiende que retener es guardar (CREUS, *op. cit.*, p. 342). Retener es poner al niño bajo el propio poder de guarda, o bajo la delegación de la custodia a otro que actúa bajo el poder o dominio del agente. La retención es en verdad una usurpación de la guarda del niño. En cuanto a la retención, su significado varía según la interpretación de la que se parta. Sobre la base de una interpretación sintáctica, se entiende que las acciones de retención u ocultamiento tienen como presupuesto que el niño menor de diez años haya sido sustraído, sólo habrá retención por quien tiene o guarda fuera de esa esfera de custodia al menor ilícitamente sustraído (SOLER, *op. cit.*, tomo IV, p. 58; NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal Argentino –Parte Especial-* Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1967, tomo V, p. 60; MAIZA, Cecilia, *Sustracción de Menores*, en Niño Luis, Martínez Stella Maris (coordinadores), *Delitos contra la Libertad, Ad Hoc*, Buenos Aires 2003, T I págs. 239 y 240). Más aún, se sostiene que la retención u ocultamiento deben estar referidas a la persona de un menor sustraído por la actividad de un tercero, y que la retención subsecuente por el mismo agente de la sustracción carece de relevancia penal (CREUS, *op. cit.*, p. 341).

No parece ser esta la interpretación del Código por Moreno, en cuanto ha dicho del art. 146 C.P que: *“El artículo se refiere también a la retención del menor. Para la existencia del delito deben concurrir los mismos extremos que se han determinado para la sustracción menos el hecho de ésta. La*

Poder Judicial de la Nación *Año del Bicentenario*

retención supone que el agente no ha sustraído al menor, pero que habiendo llegado éste a su poder, lo retiene en vez de entregarlo a las personas que lo tenían a su cuidado, o de dejarlo para que vuelva a donde aquéllas estuvieren siempre que fuese posible” (MORENO, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, H.A. Tommasi Editor, Buenos Aires 1923, tomo IV, p. 388/389). Si bien se lee, puede entenderse que el autor requiere –al igual que en la sustracción- que el niño hubiese estado a cargo de otras personas, porque no reconoce tipicidad a la “apropiación” de un niño abandonado o sin custodia, pero no requiere expresamente que el niño retenido provenga de una sustracción. En efecto sostiene que deben concurrir los mismos extremos que la sustracción “*menos el hecho de ésta*”, y además se contenta con que el niño hubiese llegado al poder del retentor.

USO OFICIAL

Cuando se indaga el alcance de protección de la norma, no es consecuente sostener que la ley sólo castigue la retención u ocultamiento de un niño previamente sustraído. Si se parte de que la retención consiste en mantener al niño bajo el propio poder, excluyéndolo del poder o amparo de los padres, tutores, o personas encargadas, debe entenderse que no hay diferencia entre el injusto de la sustracción del niño, y el de la retención ilegítima de éste, aunque no hubiese sido previamente sustraído. Por ejemplo, la figura abarca también la retención que tiene como acto precedente la entrega voluntaria del niño que hubiesen hecho sus padres, tutores o encargados (MOLINARIO, *op. cit.*, tomo II, p. 81). Contra la objeción que se levanta, en el sentido de que por esta vía se crea un tipo de omisión de restitución del niño distinto al que prevé el art. 147 C.P. (vide NÚÑEZ, *op. cit.*, tomo V, p. 60, nota 136) puede responderse que mientras que en el supuesto de hecho de esa disposición se comprenden los casos en los que el agente ha recibido al niño de modo

legítimo de quien tiene poder para conceder su tenencia o guarda, y asume la obligación de reintegrarlo, en el art. 146 se trata de la retención de un niño, en cuya tenencia no se ha entrado legítimamente, y el hecho se consuma mientras el agente no ponga el niño a disposición de sus padres, tutores, o guardadores, si estos fuesen conocidos, o eventualmente a la autoridad estatal, si fuesen desconocidos; si no lo hace, retiene ilegítimamente.

Por otra parte, un niño abandonado por sus padres, tutores o guardadores, o uno perdido, no pierde el derecho que tiene a la guarda por las personas que la ley instituye, ni el derecho a ser criado, alimentado y educado por sus padres o por las personas designadas por la ley, ni el derecho a conocerlos y –por regla– a convivir con ellos, ni tampoco pierde el derecho a medidas de protección estatales, incluido el discernimiento de una guarda según la ley, ni tampoco pierde el derecho a la protección de su núcleo de convivencia –eventualmente con su familia extensa– o las personas a las que el Código Civil reconoce la tutela legal. La argumentación que establece como presupuesto de la retención u ocultamiento típicos la existencia de una sustracción previa reposa, probablemente, en el papel central que cierta doctrina asigna a los derechos y potestades de los padres, tutores o guardadores como objeto de protección de la norma, sin advertir que la disposición tiene por objeto, en primer lugar, la protección del niño, esto es de sus derechos antes enunciados, en el que su voluntad es irrelevante en el marco de la tipicidad del art. 146 C.P. Quien oculta o retiene un niño menor de diez años fugado, perdido o abandonado, afecta esos derechos del niño.

En esto radica la diferencia de la retención del art. 146 y la del art. 147 C.P.

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

A este respecto, por lo demás, debe señalarse que es imposible una separación conceptual absoluta entre sustracción, retención y ocultamiento, pues hay modos de ejecución que implican al mismo tiempo sustracción por retención u ocultamiento. Así, en la doctrina alemana sobre el § 235 que define a la sustracción de niños con el verbo “sustraer” [*entziehen*], sin otras acciones alternativas, se interpreta que “*la simple recepción de un niño fugado no es sustracción salvo que el autor tomara medidas adicionales para impedir la restitución del niño o para excluir el contacto del niño con sus padres*” (SCHÖNKE / SCHRÖDER, *op. cit.*, nota al § 235, nro. 5). (del voto del Dr. García, cit).

En estos casos, tampoco es posible descartar que el mismo agente satisfaga, sucesivamente, más de una de las acciones alternativas de la figura legal; así, que sustraiga al niño, y que lo oculte, o que mantenga bajo su poder cuando se le exige su restitución.

Se ha entendido que ocultar implica impedir el restablecimiento del vínculo usurpado por el despojo (SOLER, *op. cit.*, tomo IV, p. 59; MAIZA, *op. cit.*, p. 241), o impedir la vuelta del niño a la situación de tutela en que se hallaba (FONTÁN BALESTRA, Tratado de Derecho Penal, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, , tomo IV, p. 306), o impedir el conocimiento de su ubicación o paradero por parte del padre tutor o encargado de la guarda (MOLINARIO, Alfredo, Los Delitos, TEA, Buenos Aires, 1996-1999, actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, tomo II, p. 82; ; NÚÑEZ, *op. cit.*, tomo V, p. 61). Las dos primeras interpretaciones suponen que ha habido un quebrantamiento del vínculo o de la tutela, lo que no sucede necesariamente por la mera sustracción, pues aún desconociéndose el paradero del niño pueden los legitimados entablar medidas de protección, o realizar actos

jurídicos propios de la patria potestad o de la tutela. Lo que quiebra la sustracción o la retención es una situación fáctica de emplazamiento privilegiada por la ley en el interés del niño, y la ocultación es un modo de impedir la restitución o la constitución de esa situación fáctica. En ese sentido, es más adecuada al fin de protección de la norma la interpretación que sostiene que la acción de ocultamiento consiste en impedir el conocimiento del paradero del menor al padre, tutor o guardador (MOLINARIO, *op. cit.*, p. 82), o a las autoridades del Estado competentes para adoptar medidas de protección y discernir su tutela o guarda.

El ocultamiento del niño puede llevarse a cabo de distintas formas, así, ocultándolo físicamente, haciendo imposible conocer su paradero, o mediante otros actos que no implican ocultamiento físico pero que dificultan su identificación. Así por ejemplo, alterando su estado civil o los datos de su identidad que son relevantes para identificarlo. Ahora bien, la alteración del estado civil o de datos de su identidad relevantes para su identificación no es el único modo posible de ocultamiento.

En la doctrina prima la opinión de que el conocimiento de que el niño ha sido sustraído integra el supuesto de hecho subjetivo de la retención y el ocultamiento. (FONTÁN BALESTRA, *op. cit.*, tomo IV, p. 305; SOLER, *op. cit.*, p. 58/59; CREUS, *op. cit.*, p. 343; MAIZA, *op. cit.*, p. 243). Algunos sostienen que la duda equivale al saber (CREUS, *ibídem*), o que basta el dolo eventual (NÚÑEZ, *op. cit.*, p. 61). Sin embargo, esta inteligencia deriva de una decisión interpretativa previa: que la ley sólo castiga la retención u ocultamiento de un niño previamente sustraído, interpretación que más arriba ha sido objetada. Si puede presentarse una retención u ocultamiento típicos que no tengan como hecho precedente una sustracción, entonces, el conocimiento previo de que el

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

niño ha sido sustraído es irrelevante para el supuesto de hecho subjetivo de la retención u ocultamiento.

Según se trate de la sustracción, retención u ocultamiento del niño, el delito se consumará de modo instantáneo, o ser de ejecución continuada o permanente. La sustracción es un delito instantáneo, que no requiere la consolidación de ningún poder de hecho sobre el niño (MAIZA, *op. cit.*, p. 243). El delito se consuma, mediante sustracción, con cualquier acto sobre el niño que quiebre la esfera de custodia de sus padres, tutores o encargados (Fallos: 314:898 y 317:492; NÚÑEZ, *op. cit.*, tomo V, p. 62; DONNA, Edgardo, *Derecho Penal Parte Especial*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, tomo II A., p. 221) y no se requiere que el agente consolide sobre el niño su tenencia u otro poder más allá de la sustracción (CREUS, *op. cit.* p. 342; FONTÁN BALESTRA, *op. cit.*, tomo IV, p. 304).

Sin embargo, si tras la sustracción, cuya consumación comienza con el quiebre de la esfera de custodia del niño, continúa la retención o el ocultamiento, entonces se tratará de un delito de ejecución permanente mientras la retención u ocultamiento sigan ejecutándose (NÚÑEZ, *op. cit.*, tomo V, p. 62; en sentido similar MAIZA, *op. cit.*, p. 243).

El delito se consuma por ocultamiento, mediante cualquier acto que impida conocer el paradero del niño, o que altere su emplazamiento en el estado de familia, o los datos que permitirían su identificación. Según el modo concreto el ocultamiento será instantáneo o de ejecución continuada o permanente (NÚÑEZ, *op. cit.*, tomo V, p. 62).

La retención se consuma mientras se guarde y mantenga al niño bajo el poder del agente. Lo que quiebra la sustracción o retención es una situación fáctica de emplazamiento privilegiado por la ley en el interés del niño, y la

ocultación es un modo de impedir esa restitución o el restablecimiento de esa situación fáctica

En los casos de ejecución permanente se plantea la cuestión acerca del cese de su ejecución. La ejecución de la retención cesa, tanto cuando, sin el concurso de la voluntad del agente, el niño es recuperado y restituido a quienes estaban en su tenencia o guarda legítimas, o en su defecto, como cuando las autoridades competentes del Estado están en condiciones de discernir su tutela o guarda en caso de imposibilidad de restitución a sus padres o tutores, y así también cuando el agente que lo retiene ilegítimamente lo pone a disposición de esas personas o del Estado, en caso de desconocer a los padres, tutores o guardadores, o su paradero.

El ocultamiento cesa cuando el agente entrega al niño a otro sin colaborar con un ocultamiento ulterior, o cuando el niño es hallado por los padres, tutores o guardadores, o por las autoridades del Estado en condiciones de determinar quiénes son sus padres tutores o guardadores. También cesa cuando el agente da a conocer el paradero del niño a sus padres, tutores o guardadores, o al Estado, si desconoce a los primeros, o el paradero de éstos. La disidencia de los jueces Zaffaroni y Lorenzetti en causa G 1015; L. XXXVIII, “Gualtieri Rugnone de Prieto Emma Elidia y otro s/ sustracción de menores de 10 años-causa n° 4685” rta 11/08/2009, y G.291, XLIII, “Gualtieri Rugnone de Prieto Emma Elidia y otros s /sustracción de menores de 10 años” resuelta en la misma fecha señala que el delito cesaría cuando se determinase de modo positivo la ascendencia biológica por un estudio genético

Sobre este último aspecto, se entiende que cuando el sujeto pasivo alcanza la mayoría de edad desaparece el objeto de protección del art. 146; ello así porque el ámbito de protección de la norma se refiere a la protección

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

de la vida familiar del niño sustraído, retenido u oculto, a la violación del derecho a no ser removido ilegítimamente de su núcleo de convivencia, y dicho objeto de tutela desaparece cuando se alcanza los 21 años de edad (ahora 18).

Por ello no es de recibo la opinión de la defensa de Herzberg en cuanto el cumplimiento de los diez años por el niño hace desaparecer la protección del tipo penal. El razonamiento del Dr. Marino Aguirre con fundamento en Rodolfo Moreno y en el voto de la jueza Dra Capolupo de Durañona y Vedia en causa 2947 “Landa Ceferino”, Cam. Nac. Cas. Penal. Sala IV no puede aceptarse. En efecto si el bien jurídico protegido está integrado, también, por el derecho del niño a la protección de la vida familiar, con todo lo que ello conlleva, derecho a no ser removido del núcleo de convivencia, o de la comunidad de vida en la que se halla inserto, no puede tener gravitación a que el niño cumpla los diez años durante el ocultamiento o la retención.

También debemos tener en cuenta que si bien el delito de alteración del estado civil (art. 139 inc. 2 del C.P.) del que resultó víctima María Natalia ha resultado una forma de ocultación, ni la identidad ni el estado civil caen bajo el campo de tutela del art. 146 del Código Penal; por ello no puede continuarse la consumación del delito cuando ya no hay objeto de tutela alguno. Más aún, en muchos casos la recuperación de la identidad ya no estará bajo el dominio del autor de la retención, p.e.j. si no fue el autor de la sustracción o desconoce los hechos que establecen la relación de ascendencia biológica.

En tal sentido cabe señalar que la lesión del bien jurídico consiste en retirar al menor de las personas legitimadas por el ordenamiento jurídico para tomar decisiones concernientes a su bienestar (padres, tutores o guardadores),

lo que no ocurre cuando el menor cobra plena autonomía, esto es al adquirir la mayoría de edad. Desde la edad adulta cesa la función estatal de asistencia y protección.

En relación a la alteración del estado civil de María Natalia Suarez Nelson, corresponde señalar que “los arts. 138 y 139, inc. 2, C.P. reprimen cualquier acto del agente que haga incierto el estado civil de otra persona. Se comprende aquí *“toda maniobra por medio de la cual la situación que debe ser en cada individuo precisa, se torne incierta de tal modo que no pueda establecerse con claridad cuál es el estado del sujeto”* (MORENO, *op. cit.*, p. 349), en otros términos la acción consiste en *“hacerlo dudoso o pasible de indeterminación”* (MOLINARIO, *op. cit.*, tomo I, p. 531; NÚÑEZ, *op. cit.*, tomo IV, p. 426) –del voto del Dr. García, cit–.

Por otro lado se entiende de modo unánime que la alteración es la sustitución de un estado civil por otro. Se dice así que *“alterar el estado civil de otro quiere decir determinar un cambio en el mismo”* (GÓMEZ, *op. cit.*, p. 371). El estado se altera *“cuando se cambia el que tiene la persona por otro distinto. Tal sucedería cuando se anotase en el Registro Civil a un niño atribuyéndole distintos padres de los que tiene”* (MORENO, *op. cit.*, p. 349). En síntesis se altera cuando se atribuye al sujeto pasivo un estado diferente al que le corresponde (MOLINARIO, *op. cit.*, tomo I, p. 533; NÚÑEZ, *op. cit.*, tomo IV, p. 427) –*ibídem*–.

El estado civil se suprime *“cuando se coloca a una persona en condiciones de no poderse saber de dónde descende”*, y se ejemplifica que *“tal ocurre con los niños que se llevan sin dato alguno a la Casa de Expósitos, o los que se abandonan en las mismas condiciones”* (MORENO, *op. cit.*, p. 350), en otros términos importa tornar imposible establecerlo (MOLINARIO, *op.*

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

cit., tomo I, p. 533), de manera que la persona queda sin saber a qué familia pertenece (NÚÑEZ, *op. cit.*, tomo IV, p. 427).-ibídem-

USO OFICIAL

En verdad, si del estado civil -entendido como estado de familia- derivan múltiples relaciones jurídicas, derechos y deberes, entonces, toda acción que lo hace incierto, lo altera o lo suprime, causa perjuicio y debe entenderse movida por el propósito de afectar esas relaciones, derechos y deberes, aunque persiga finalidades alegadamente “altruistas”. Por ejemplo, derechos a la determinación del nombre, de la residencia, derechos-deberes comprendidos en la función de patria potestad, derechos e impedimentos para contraer matrimonio, derechos-deberes dentro del matrimonio, derechos-deberes alimentarios, derechos sucesorios, etc. Quien hace incierto, altera o suprime el estado civil de otro lo hace con el propósito de afectar todos o algunos de esos derechos, pues es inconcebible la afectación del estado civil sin propósito ulterior. El ejemplo que se suele proponer en la doctrina para justificar la idea contraria a la que aquí expongo hace evidente cuanto digo: el reconocimiento por el hombre de un hijo de madre soltera, a sabiendas de que no es propio (ejemplo de MOLINARIO, *op. cit.*, tomo I, p. 534) puede ser entendido socialmente como realizado con un fin loable, pero sin duda está movido por el ánimo de dar al niño derechos que no le corresponden y ello afecta los derechos de diferentes personas.

Hay siempre, pues, propósito de perjuicio aunque se lo quiera revestir de alegados fines “altruistas”, no hay, sin embargo, lugar a calificar de “altruistas” a acciones que necesariamente implican suprimir, alterar o tornar inciertos ilegítimamente los derechos de otros. Bajo la apariencia de fines altruistas reposa siempre ese propósito. Nótese al respecto que según la original explicación de Moreno, el propósito de causar perjuicio se incluyó

buscando dejar libre de pena los casos en los que “*se adoptan expósitos y no se tienen herederos*”, lo que, según la expresión de aquél parecerían quedar afuera casos de niños que no son expósitos, y casos en los que, siéndolo, el agente tiene herederos que se ven afectados por la modificación del número de sujetos con vocación sucesoria. Esta interpretación es concordada con la figura del art. 139, inc. 1, que regula la ocultación o suposición de parto que, según se observa “*ha sido siempre estructurada sobre la base de causar perjuicio, usurpando los derechos de otro o dando a alguien derechos que no le corresponden, quedando así fuera del tipo las conductas altruistas que a nadie perjudican*” (FONTÁN BALESTRA, *op. cit.*, tomo V, p. 235).

Como ha señalado el Dr. García cuya opinión hemos relevado en este voto, más allá de las finalidades perseguidas por el legislador, el emplazar como propia a una niña sustraída la ha privado de los derechos que le correspondían como hija del matrimonio Corvalán – Suarez Nelson, privando también a sus familiares de los derechos que la ley les concede en relación a Natalia, ocasionado el perjuicio exigido por la figura legal en la versión de la ley 11.179 aplicable al caso. Ello así porque se entendía que el art. 139 era una forma agravada del art. 138 que exigía “el ánimo de causar perjuicio”.

La tesis sostenida por ambas defensas y que en doctrina recibiera un importante apoyo (Nuñez, *op.cit* T IV ,p 428/429, Fontán, Balestra, *op. Cit.* T V, p. 234/235, Cam. Crim y Correc. Federal, Sala II, causa n° 5452 “Lavallén, Rubén s/Infrac. Art. 139 inc. 2 , 292 y 293 del C.P.) entre muchos otros no puede prosperar.

Los documentos públicos introducidos al debate acreditan la falsedad del emplazamiento del estado civil de María Natalia, la expedición de un certificado de nacimiento falso, de una partida de nacimiento ideológicamente

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

falsa y de un documento nacional de identidad, también falso, alterando su verdadera condición de hija de María Elena Isabel Corvalán y de Mario César Suárez Nelson, facilitando su retención y ocultamiento como conductas permanentes que llenan la tipicidad objetiva, tal como fue descripta.

A la misma cuestión, el Dr. Portela votó en igual sentido.

A la misma cuestión el Dr. Rozanski, dijo que adhiere a los votos que anteceden sin perjuicio de lo que expondrá al tratar la calificación legal.

II. PARTICIPACION:

El Dr. Falcone, dijo:

II.A. Juan Carlos Herzberg: La coimputación que sin ánimo exculpatorio le dirige Omar Alonso sumado a una serie de presunciones graves, precisas y concordantes, permiten atribuir, sin atisbo de duda razonable, que fue Juan Carlos Herzberg la persona que retiró a la niña “Lucía” de la custodia de su madre María Elena Corvalán luego que la nombrada diera a luz, el 8 de agosto de 1977.

Ha sido Herzberg el autor de la sustracción y ocultamiento de María Natalia Suárez Nelson y partícipe en la sustitución de su identidad, al haberla entregado a quienes la retuvieron e inscribieron como hija biológica y con el nombre de María Natalia Alonso en el Registro Provincial de las Personas, valiéndose para ello de documentación espuria que daba cuenta de un supuesto nacimiento ocurrido el día 8 de agosto de 1977 en el domicilio particular de la calle 39 N° 622, 2° A de La Plata, logrando de ese modo se labrara el acta N° 1148 de nacimiento de fecha 16 de agosto de 1977, con la que se perfeccionó la maniobra delictiva.

1.- Sustracción y ocultamiento.

Durante el curso de la audiencia celebrada con motivo del presente juicio oral y público ha quedado debidamente acreditado que el día 8 de agosto de 1977 Juan Carlos Herzberg entregó una beba recién nacida al matrimonio compuesto por Omar Alonso y María del Luján Di Mattía, de la cual posteriormente fue su padrino de bautismo.

Ha quedado también acreditado por prueba testimonial y documental, a la que referiremos en este voto, que el 10 de junio de 1977 se realizó un operativo a cargo de la Marina en la casa en la que María Elena Isabel Corvalán vivía con su compañero Mario César Suárez Nelson, en la calle 8 e/82 y 83 de La Plata.

El Diario La Nación, del 11 de junio de 1977, publicó una noticia en la que se informa que se realizó “un procedimiento en una finca de la calle 8 entre 82 y 83, de la ciudad de La Plata, en el que se logró abatir a uno de los “subversivos”, logrando el otro de sexo femenino eludir el cerco” (fs. 781). Crónica similar obra a fs. 780 del diario La Prensa. Asimismo en ambos artículos se informa que “...debe lamentarse la muerte del soldado conscripto Miguel Vidal perteneciente al III Batallón de Infantería de Marina, efectivos que constituían parte de las tropas que operaba en esa circunstancia”.

Todo lo anteriormente citado demuestra fehacientemente que el operativo en el que secuestran a María Isabel Corvalán y asesinan a Mario César Suárez Nelson, fue llevado a cabo por miembros de la Marina, institución en la que prestaba funciones Herzberg.

Constituye también una fuerte presunción de autoría la circunstancia que surge de su legajo que indica que al momento de los hechos el imputado estaba a cargo de la Fuerza de Tareas N° 5, sumado al hecho de que en el CCD en que estuvo prisionera Corvalán antes y después de dar a luz a su hija Lucía

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

(hoy María Natalia) era un lugar en el que, entre otros, operaban grupos de la Marina. Todo ello nos permite afirmar que Herzberg fue quien arrancó de los brazos de la madre a la beba recién nacida y quien perfeccionó la acción de sustraer la niña, cuya entrega ya había comprometido al matrimonio Alonso-Di Mattía tiempo antes.

La pertenencia de Herzberg a la Marina con el grado de Capitán de Navío y Comandante de la Fuerza de Tareas N° 5 está acreditado según su Legajo de Servicios donde consta que ascendió a Capitán de Navío el 31 de diciembre de 1974 y desde el 24 de marzo de 1976 pasó a ser parte de la DIAP (folios 4 y 13). Asimismo de su Legajo de Conceptos (folios 77/78) surge que su cargo hasta el 24 de marzo de 1976 era Jefe de Departamento Planes de la D.G.P.N. y que lo dejó por haber sido seleccionado para contribuir al ejercicio de la función pública al asumir el Gobierno Nacional de las Fuerzas Armadas.

Asimismo, según este mismo Legajo en ese momento, Herzberg detentaba dos funciones, la de Comandante de la Fuerza de Tareas N° 5 y la de Director del Liceo Naval Militar “Almirante Brown”; por ambas fue evaluado por sus superiores de la siguiente manera: “Aptitud para el ejercicio del Comando: Sobre lo normal” (Folio 58/61). Merece agregarse que a fines del año que ocurrieron los hechos en el Legajo citado aparece una evaluación firmada por el entonces Comandante en Jefe de la Armada y miembro de la Junta Militar Emilio Eduardo Massera (Folio 69).

En la audiencia oral la entrega de María Natalia Suárez Nelson se ha corroborado a partir de numerosas declaraciones.

En tal dirección cobran relevancia los dichos del imputado, Omar Alonso quien refirió que en una oportunidad Herzberg le ofreció entregarle un niño, que él lo rechazó, pero posteriormente lo aceptó por pedido de su señora.

Respecto al día de la llegada de la beba, hecho que ocurrió aproximadamente 20 días después del ofrecimiento, señaló que no se encontraba en su casa, y que al arribar allí lo recibieron sus padres, felicitándolo por la llegada de la niña que Herzberg acababa de traer. Reconoció también que ya habían comprado todo el ajuar para al recién nacido.

La declaración referida se encuentra corroborada por los dichos de la víctima en autos, María Natalia Suárez Nelson quien supo como llegó a la casa de Alonso por lo que le contara la esposa del nombrado, María Lujan Di Mattía el 25 de diciembre de 1993, conmocionada luego de la detención de Alonso. En esa fecha, encontrándose fuera del alcance de la justicia argentina en la República del Paraguay, Di Mattía le dijo que “ellos no eran sus padres y que aparentemente era hija de desaparecidos”.

En este sentido podemos citar a Graciela Alquaz, esposa de Juan Manuel Ricardo Corvalán, quien en el año 2007 estuvo conversando con “Mora” (María del Lujan Di Mattía), quien le contó que Alonso conocía a Banzer y a través de él conoció a Herzberg, y que sabiendo que ellos no podían tener chicos les había ofrecido un bebe. Agregó que Mora le dijo que para ella Natalia había nacido el 8 de agosto -aclaró que fue el día que su cuñada recibió el llamado al que me referiré más adelante-, que ese día se la llevaron a la casa por la tarde, y 15 o 20 días antes Herzberg les había dicho que estaba por nacer una bebe.

Asimismo en la audiencia del día 7 de diciembre, el Dr. Hugo Pérez Salas declaró que concurrió a la casa de Alonso y Di Mattía porque le dejaron un llamado en su consultorio para que concurra al domicilio; que ese hecho fue en el 76 o 77. Refirió que lo hicieron pasar al dormitorio y se encontró con una recién nacida, que estaba perfecta, con reflejos normales. Agregó que en

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

ese momento calculó que la beba tenía 3 o 4 horas de nacida porque el cordón umbilical estaba intacto, no había empezado a atrofiarse.

Esta declaración confirma que María Natalia Suárez Nelson fue entregada muy poco tiempo después de nacer, dejando sentado también que el médico Pérez Salas solo atendió a la nena en virtud de su especialidad, constatando que era recién nacida pero no que era hija de María del Lujan Di Mattía.

A su vez, Estela De la Cuadra refirió que la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo desde el año 1982 comenzó a tener la información de que a un comerciante conocido de Tolosa le habían entregado una nena en un capó o abrigo de la Marina. Agregó que distintas personas llamaban y decían que el que la entregó era Gelver o algo así; dijo que ya en la primera denuncia está lo del capó del marino, pero que es recién a fines de los 90 cuando aparece el nombre; que un día charlando con Adelina Alaye, es ella quien le pasa los datos de Juan Carlos “Gelver”. Destacó que no era claro el apellido, pero se sabía que era de la Marina.

Cabe aclarar que la testigo se presentó diciendo que participaba de la Asociación junto con su madre Alicia Zubasnábar de De la Cuadra, quien ha fallecido - la copia certificada de su certificado de defunción se encuentra agregada a fs. 1750- y cuya declaración que se encuentra agregada a fs. 1488/1488 vta. de la causa 2413 –cuya copia certificada se encuentra incorporada por lectura– podemos saber que “como miembro de la Asociación había recibido un llamado anónimo diciéndole que la supuesta hija del matrimonio Alonso, María Natalia, había sido entregada en un capote militar y que un oficial del BIN N° 3 habría sido quien la entregó y que era el padrino de bautismo”.

Roger Soruco Torrijos relató un hecho muy significativo para lo que aquí estamos considerando; al comentarle a su padre que el Dr. Corvalán le había hecho entrega de una medicina difícil de obtener, que éste necesitaba, por padecer una grave enfermedad, su padre le dijo: “te voy a decir algo, la hija que tiene Alonso se la entregó el capitán Herzberg, envuelta en un capote negro de la marina”. Resulta muy claro para el suscripto que en un ámbito muy reservado se sabía que Natalia era una beba apropiada y que uno de los apropiadores era el capitán Herzberg. Pero también se sabía que era hija de María Elena Corvalán, de allí que el padre de Roger Soruco le hiciera este comentario que concuerda con todo lo que se viene exponiendo.

El hecho de que María Natalia haya sido entregada en un “capote militar” o “un capote de la marina” fue referido por dos vías distintas, a través de los testimonios de Estela De la Cuadra y Alicia Zubasnábar de De la Cuadra quienes se enteraron de ello a partir de los llamados que recibían y Roger Soruco Torrijos a quien se lo contó su padre muy poco antes de fallecer.

También la familia de la María Elena Isabel Corvalán tuvo noticias sobre el nacimiento de su hija. Así Juan Manuel Ricardo Corvalán, su hermano, declaró en la audiencia que recibieron un llamado telefónico a su casa donde les avisaron que había nacido la beba, que le habían puesto Lucía, que nació por cesárea y que pesó tres kilos ochocientos. Aclaró que él siempre pensó que había atendido ese llamado pero que hoy sabe que lo atendió su hermana Cecilia; agregó que ella no sabe bien quien llamó pero cree que fue una partera. Sus dichos fueron ratificados por María Cecilia Marcela Corvalán, quien en la audiencia expresó que ella era la hermana menor de María Isabel, quien le llevaba 11/12 años. Destacó que durante el 77 la

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

llamaron y le dijeron que Elena Corvalán había tenido una beba de 3 kilos y medio y que se llamaba Lucía; que el llamado fue de una mujer y que creyó que la llamaron de la cárcel, pero no puede afirmar sobre este último punto si fue su interpretación o realmente la llamaron de una cárcel.

La estrecha relación de confianza entre Herzberg y Alonso, se puede observar a partir del hecho, que, por un lado, Herzberg y su mujer son los padrinos de bautismo de María Natalia y por otro, que Alonso le otorga un poder general a Herzberg, mediante el cual podía disponer de todos sus bienes.

Este vínculo fue mencionado en la audiencia de debate por Estela De la Cuadra quien destacó que la gente colaboraba mucho con Abuelas, les dijeron que Alonso tenía relaciones con Banzer y su sobrino quien era cónsul en La Plata; esto se encuentra corroborado por los dichos a Graciela Alquaz, que escuchó de la esposa de Alonso que a Herzberg lo conoció a través de Banzer.

Roger Soruco Torrijos declaró que su padre ejerció las funciones de cónsul adjunto de Bolivia en La Plata, desde 1976 por el término de 14 años y que asistía periódicamente durante los días de semana Eduardo Banzer Ojopi.

Refirió que un día se hizo un asado, en la casa de Alonso al cual iba a concurrir el general Hugo Bánzer. Aclaró que no podía precisar fehacientemente la fecha, pero estimaba que había sido entre 1979 y 1980. En momentos de volver a retirar a su padre, lo hicieron ingresar a la casa observando que se trataba de una reunión, no multitudinaria, pero había unas 10 ó 15 personas, entre los cuales estaban el general Hugo Bánzer, Eduardo Banzer Ojopi, su padre, el dueño de casa el señor Omar Alonso, y una persona a la que le presentaron como el capitán de navío Herzberg. En esa reunión escuchó decir “ésta es la niña”, en obvia referencia a Natalia, quien en aquella

época tenía dos o tres años de edad; interpretó el declarante que la reunión era algo así “como su presentación en sociedad”.

Refuerza la idea de que los coimputados, que se habrían conocido en el Consulado de Bolivia según Soruco Torrijos tenían una relación cercana el hecho de que Herzberg y su esposa sean los padrinos de María Natalia, lo que se prueba a partir del certificado de bautismo de María Natalia (fs. 596). A su vez María del Luján Di Mattía en su indagatoria en causa N° 176 del registro del Juzgado Federal N°3 de La Plata, del 8 de abril de 2010 – incorporada por lectura al debate–, refirió que “quiere resaltar que cuando Herzberg le dio a Natalia la dicente les ofreció que fueran los padrinos, por una cuestión de agradecimiento...” Asimismo la propia víctima en autos lo ha nombrado como su padrino y según el testimonio de Alicia Zubasnábar de De la Cuadra, la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, desde la década del 80 contaba con la información de que la persona que había entregado una niña a Alonso a su vez era su padrino de bautismo.

No es creíble la versión del acusado, en su declaración indagatoria de fs. 707/708 vta., cuando niega rotundamente que él haya sido quien entregó a la beba al matrimonio. Herzberg ofreció un niño al matrimonio Alonso, llamó por teléfono a la casa de los nombrados veinte días antes del alumbramiento y también lo hizo poco tiempo antes de llevar la beba a la casa. El matrimonio Alonso Di Mattía la recibió con el ajuar preparado, ya habían comprado la cuna, encontrándose presentes los padres de Alonso. Todo fue cuidadosamente planificado, tal como lo ha revelado la prueba reseñada precedentemente, que apreciada de conformidad con las reglas de la lógica, la experiencia y el recto entendimiento judicial nos permite formar convicción acerca de la participación personal de Herzberg en el hecho criminoso que se

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

le reprocha. La declaración del médico que la examina a las pocas horas de su nacimiento es terminante en cuanto a la coetaneidad de todos estos sucesos

A mayor abundamiento se señala que la víctima, María Natalia, tomó conocimiento de que fue llevada al domicilio de Alonso por Herzberg, no sólo por el relato de Di Mattía, sino por la propia infidencia del imputado quien pretendió desligarse de la sustracción diciéndole que “a él se la había entregado otra persona”.

Refuerza el caudal probatorio antes citado que el operativo en que se asesinó a Mario César Suárez Nelson y se secuestró a María Elena Isabel Corvalán fue realizado por la Marina y que esta última fue vista por muchos sobrevivientes del CCD La Cacha, que funcionó en el predio lindero a la Cárcel de Olmos en el que había estado ubicada la radio Provincia.

Lo anteriormente descripto se encuentra probado a través de testimonios escuchados en el debate. Así Mónica Elena Torres, refirió haber sido vecina de los que para ella eran Mónica (María Elena Corvalán), el Gordo (Mario César Suárez Nelson) y Lucía (María Natalia) porque para ellos, si bien no había nacido, tenía presencia; el Gordo había hecho con sus propias manos la cunita. Relató que una mañana se enteró de que se la habían llevado a Mónica quien al momento del secuestro tenía un embarazo de 8 meses y que habían matado al Gordo. Aclaró que la dirección de ellos era 8 entre 82 y 83 y que fue entre el 7 y el 10 de junio de 1977. Sus dichos respecto al apodo de María Elena Corvalán fueron corroborados en la audiencia por María Cecilia Marcela Corvalán quien refirió que su hermana tenía un apodo que era “Mónica”, no recordó por qué lo sabía, pero lo sabía.

Asimismo se escucharon en la audiencia testimonios de ex detenidos en el CCD La Cacha.

Respecto de la presencia de María Elena Isabel Corvalán en dicho CCD, podemos citar los testimonios de Patricia Perez Catán, María Silvia Bucci, Héctor Javier Quintero, Raúl Elizalde y Carlos Antonio Herrera.

Puntualmente, acerca de su avanzado estado de embarazo: Patricia Perez Catán refirió que era estudiante de Medicina y los guardias la llevaban a atender a otros detenidos, por eso pudo ver a María Elena, comprobar su estado de embarazo, y conversar con ella; asimismo Quintero dijo que podía afirmar que su embarazo era de un estado avanzado; los guardias le permitían caminar y así supo su identidad, también esto les hacía presumir que iba a tener el parto. Herrera refirió que allí vio a la Negra Corvalán, estaba “muy” embarazada, a ella le permitían caminar por el lugar, y así como lo hicieron todos, ella contó quien era; y Elizalde, expresó que cuando ella llegó estuvieron en catres paralelos, pudo ver que estaba embarazada, era un embarazo avanzado. Ella le contó que era de La Plata, que estaba embarazada y como había sido su secuestro. Refirió que ella por estar embarazada podía moverse y quizás en la comida le tenían una consideración especial. Agregó que en un momento ella se despidió de todos y no la volvió a ver, pasado un tiempo el comentario era que había dado a luz.

En relación al actuar de la Marina en dicho centro Patricia Perez Catán, María Silvia Bucci, Héctor Javier Quintero, Raúl Elizalde y Carlos Antonio Herrera dijeron que eran varias las fuerzas las que operaban allí, entre ellas, el Ejército, particularmente el Servicio de Inteligencia del Ejército, la Marina, el Servicio Penitenciario, la Policía de la Provincia y la Fuerza Aérea. Elizalde dijo que los mismos guardias comentaban su pertenencia y Herrera refirió que respecto al actuar de la Marina lo sabía por haber visto los sobretodos.

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

Asimismo, Elsa Suárez Nelson, la hermana de Mario César, durante el debate destacó que en ese momento ella estaba estudiando en Humanidades y se le acercaron unos compañeros y le dijeron que María Elena estaba en “La Cacha”, pero que ya no tenía a su niña.

Como se observa, la prueba que señala a Juan Carlos Herzberg como autor de la sustracción es categórica. Su pertenencia a la marina, el ofrecimiento de un niño anterior al nacimiento de Natalia, su entrega en el domicilio de Alonso, su padrinzgo, su reconocimiento a la propia Natalia, todo ello conforma un plexo probatorio de cargo, que como se dijo al comienzo permite fundar convicción acerca del quehacer delictivo del capitán de Navío Juan Carlos Herzberg.

Por último téngase presente que estos delitos, de los más infames cometidos durante el terrorismo de Estado, son delitos en las sombras. En esas catacumbas, las víctimas muchas veces no podían ver a sus captores, sufrían todo tipo de vejámenes, motivo por el cual no puede exigirse la prueba como si se tratara de un hurto. No hay filmaciones ni actas notariales ni decenas de personas presenciando un hecho a la luz del mediodía, sin embargo, pocas veces la prueba es tan contundente como la examinada precedentemente.

2.- Alteración del estado civil

Con la prueba reunida durante la etapa de debate oral se acreditó que Juan Carlos Herzberg, a través del aporte esencial que supuso la entrega de María Natalia al matrimonio Alonso-Di Mattía, participó en la alteración de su estado civil, ya que en virtud de haber sido sustraída de los brazos de su madre y ocultada de quienes debieron tenerla a su cargo, no pudo ser inscripta de acuerdo a su verdadero estado civil, y lo fue como hija biológica de Omar Alonso y María del Luján Di Mattía con el nombre de María Natalia Alonso

en el Registro Provincial de las Personas. Para ello se valieron de documentación espuria que daba cuenta de un supuesto nacimiento ocurrido el día 8 de agosto de 1977 en el domicilio particular de la calle 39 N° 622, 2° A del partido de La Plata, logrando de ese modo que se labrara el acta N° 1148 de nacimiento de fecha 16 de agosto de 1977, a partir de la cual oportunamente se confeccionara el D. N. I de la víctima de autos.

Un testimonio que ilustra claramente el desarrollo de los hechos es el brindado en la audiencia de debate por el Dr. Perez Salas en el cual relató que una semana después del nacimiento de María Natalia, se acercaron al consultorio para un control de rigor, y en esa primera visita ya tenían el D.N.I. y libreta sanitaria; frente a esta situación destacó que para él “fue muy rápido todo”.

Como ya se ha referido, María Natalia Suárez Nelson declaró en la audiencia del día 30 de noviembre; allí relató dos encuentros que tuvo con Herzberg luego de conocer que no era hija del matrimonio Alonso. En uno de ellos le dio el nombre de un comisario “Mazzota” quien sería el responsable de la entrega.

Asimismo y en relación a los dichos de Herzberg respecto al origen de María Natalia, relató que María del Luján Di Mattía le contó que desde el ‘84 estaba la duda de su origen, y que Herzberg siempre le decía “quedate tranquila”.

Esta declaración prestada por la propia víctima de autos demuestra no solo que Herzberg sustrajo y entregó a María Natalia Suárez Nelson al matrimonio apropiador, sino que le ocultó la verdad sobre su origen biológico durante treinta años, y cuando comenzó a conocer su verdadera historia, negó tanto los hechos como su participación en los mismos. Por lo tanto, Herzberg

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

con su aporte infungible, entrega de la niña recién nacida, ha prestado una colaboración para lograr la alteración de su verdadero estado civil sin la cual el delito no habría podido cometerse. Esta situación de incertidumbre continuó hasta el 1 de junio de 2006, cuando María Natalia conoció su verdadera identidad a través de la notificación de los resultados del estudio de histocompatibilidad realizados por el Banco Nacional de Datos Genéticos (fs. 291/303) y supo que era hija de María Elena Isabel Corvalán de Suárez Nelson y Mario César Suárez Nelson, ambos desaparecidos durante la última dictadura militar. No obstante en el considerando correspondiente a la calificación legal se tratará lo concerniente al cese del momento consumativo y pérdida de la protección penal.

El aporte necesario de Herzberg en la alteración del estado civil de la hija del matrimonio Corvalán - Suárez Nelson se prueba a través de los elementos ya valorados que ratifican que el imputado entregó a la niña con la única finalidad de que la misma fuera inscripta por Alonso como hija propia, por lo tanto es también responsable de la alteración del estado civil ya que la entregó con conocimiento de que se trataba de una niña sustraída que iba a ser emplazada como propia por quienes no eran sus verdaderos padres, Herzberg tenía pleno conocimiento de la antijuridicidad de su proceder.

En efecto, con la confección de la partida de nacimiento, en la que Alonso suministró falsamente sus datos como padre biológico, se suprimió el estado civil de la menor (art. 139, inc. 2), hecho delictivo en el que la participación de Herzberg fue esencial, como se dijo.

II.B. Omar Alonso

La autoría penalmente responsable del acusado por los hechos surge de plurales elementos de prueba, directos, documental, testimonial e indirectos,

tales como una serie de presunciones, plurales, graves, precisas y concordantes que armonizan con el resto del material probatorio producido en el debate oral, permitiendo formar convicción acerca de los extremos de la imputación penal.

Si bien Alonso ha confesado su participación en los delitos acriminados, tratando de excusarse en que, en realidad, fueron Herzberg y su esposa quienes acordaron la entrega de la niña, y que ante el insistente pedido de su esposa, quien no podía dar a luz, no pudo oponerse, y que su actitud fue más bien pasiva. Todo ello se contrapone con las múltiples evidencias recogidas a lo largo del debate oral.

María Elena Corvalán, como ya se expuso, fue secuestrada por un grupo de tareas el 10 de junio de 1977 en avanzado estado de embarazo. En período de gestación de un bebé fue vista por personas detenidas ilegalmente en el centro clandestino de detención conocido como “La Cacha”. En este sentido la declaración testimonial recibida a Silvia Bucci quien no sólo la vio embarazada sino que precisó que luego de dar a luz la regresaron a “La Cacha”, y que a su niña la había llamado “Lucía”.

Ha quedado acreditado también que días previos al 8 de agosto de 1977 se produjo un llamado telefónico en el que Herzberg adelantaba el nacimiento de la niña. Y que finalmente ese día, el 8 de agosto de 1977, fecha del nacimiento, María Natalia fue llevada a la casa de Alonso donde fue recibida por Alonso y su esposa María del Luján Di Mattía. Previamente se había recibido un llamado telefónico en el que se anunciaba que la niña había nacido, según declaró María Natalia Suarez Nelson ante este tribunal según se lo relatara la Sra. Di Mattía.

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

La propia confesión de Alonso, más allá de su inexplicable tendencia autoexculpatoria, ha servido para exponer cómo se montó en su domicilio una escena falsa, tendiente a presentar a la niña como nacida en su casa, ese día 8 de agosto de 1977.

Y en este punto es esencial lo afirmado por Alonso, porque para disipar dudas acerca de lo que se va a resolver en este decisorio, es el propio autor de tan infamante delito quien nos dice cómo un médico (Dr. Bosia) y testigos mendaces, al amparo de documentos públicos falsos, pudieron urdir un enjambre procesal que culminó en una escandalosa sentencia absolutoria. Más allá de que lo haya o no querido, Alonso ha puesto claridad sobre el irregular procedimiento judicial. Y dentro de tanta negrura, constituye una bocanada de aire fresco que podamos volver sobre este tema.

Vamos entonces desgranando el quehacer delictivo de cada uno de los imputados:

1. La falsedad ideológica de tres documentos públicos

En primer lugar ha quedado acreditado tanto en las audiencias como en la documentación incorporada al debate por lectura que Omar Alonso hizo insertar declaraciones falsas en documentos públicos, uno de ellos tendiente a acreditar la identidad de María Natalia Suárez Nelson. El imputado la inscribió como a su hija biológica con el nombre de María Natalia Alonso, valiéndose de un documento espurio consistente en la constatación de nacimiento suscripta por el Dr. Francisco Bosia obrante a fs. 22 de la causa 2413 oportunamente incorporada por lectura. Según este documento el nacimiento se habría producido el 8 de agosto de 1977 en el departamento del matrimonio Alonso-Di Mattía en calle 39 N° 622 2°A, de La Plata. Días después, como se indicó al tratar la materialidad, Alonso completó una

planilla de “datos para labrar la inscripción de nacimiento” inscribiendo a María Natalia como su hija biológica.

Como consecuencia de estas maniobras se logró la expedición de otros documentos públicos materialmente auténticos pero ideológicamente falsos: el acta de nacimiento correspondiente a María Natalia Alonso, N° 1184 de la Delegación La Plata del Registro Provincial de las Personas, en la que figura Omar Alonso como su padre (copia certificada obrante a fs. 520) y el Documento Nacional de Identidad expedido bajo el número 26.058.284 con los mismos datos apócrifos ante la seccional 2da de La Plata del Registro Nacional de las Personas (copia obrante a fs. 320/21; corroboran los datos el acta de nacimiento y la resolución de nulidad obrante a fs. 312)

La falsedad fue subsanada el 9 de agosto de 2007, cuando el Dr. Arnaldo Hugo Corazza, a cargo de esta causa en la instrucción, resolvió declarar la nulidad tanto del acta de nacimiento como del DNI, ordenando inscribirla bajo el apellido Suárez Nelson (fs. 312).

En su declaración prestada ante el Tribunal, Omar Alonso reconoció su conducta delictiva cuando aceptó la “irresponsabilidad”, según sus propias palabras, de haber anotado como propia a María Natalia.

Sin embargo esa falsedad ya había quedado suficientemente acreditada por los resultados del análisis genético realizado con material indubitado obtenido de un cepillo de dientes de María Natalia Suárez Nelson, que había sido secuestrado en un allanamiento judicial, dispuesto por el *a quo* el 1 de septiembre de 2005 en su domicilio de calles 8 y 48, piso 15°A, de acuerdo al acta (fs 276/79). Con este material se ordenó un examen pericial que fue realizado por el Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG) y obra agregado a fs. 291/303. Los resultados de estos análisis determinan en un 99,9995% la

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

probabilidad de parentalidad con María Elena Isabel Corvalán de Suárez Nelson y Mario César Suárez Nelson.

En el debate, uno de los peritos que realizó este estudio, María Belén Rodríguez Cardozo, Directora Interina del Banco Nacional de Datos Genéticos, explicó que las muestras alternativas (como prendas u objetos de uso personal) tienen el mismo grado de certeza en estos análisis que la sangre o cualquier otra secreción del cuerpo. Agregó que recordaba que en este caso en particular las muestras fueron llevadas al BNDG por personal de la Gendarmería Nacional en bolsas perfectamente separadas y rotuladas que se correspondían con el acta labrada. Respecto del porcentaje de probabilidad del examen en cuestión, explicó que se trata de un resultado “suficientemente válido” y que en todos los casos en los que se trata de cálculos se habla de probabilidad especialmente en casos de generaciones discontinuas (como el presente), que “matemáticamente se está contemplando esta generación que falta”. No obstante lo cual, volvió a remarcar que se trata de un resultado “suficientemente concluyente” y que “no se puede excluir bajo ningún concepto su vinculación biológica”.

A mayor abundamiento, son contestes tanto los testimonios prestados en el marco del debate oral como los agregados oportunamente por lectura, que niegan el estado de embarazo de la esposa de Alonso, María del Lujan Di Mattía y confirman la “adopción” de una niña de un modo que se presentaba como irregular.

Si bien estos datos podrían presentarse como sobreabundantes frente a la prueba concluyente del análisis genético, tienen su relevancia en tanto refuerzan la prueba.

En este sentido, Olga Amalia Karaczan en su declaración testimonial prestada con fecha 3 de abril de 1995, obrante a fs. 48 y 49 de la causa 2413 y oportunamente incorporada por lectura, refirió que conoció en el edificio al matrimonio compuesto por Alonso y Di Mattía, que vivieron en el 2°A entre los años 1972 y 1980 aproximadamente. Expresó en ese testimonio que tenía presente que “sorprendió” a los ocupantes de departamentos del edificio, que en total eran 9 departamentos, la circunstancia de que “si mal no recuerda durante el transcurso del año 1977, la Sra. Di Mattía de Alonso haya aparecido con una bebita recién nacida en el edificio, mereciendo el comentario general de los ocupantes de los departamentos citados, que era una nena adoptada, por la sencilla razón de que ninguno de los habitantes del edificio había visto embarazada a la señora citada”.

Durante la audiencia del día 6 de diciembre, Graciela Mabel Lofeudo declaró que su padre era viajante de comercio y que en una oportunidad un comerciante le manifestó que tenía una hija adoptiva. Que, según su padre, este comerciante, quien luego supo que era Alonso, hasta ese momento había hecho todo lo posible para que pareciera que su hija era biológica, que su padre estaba extrañado y que luego al declarar ante la Justicia en la década del '80 se generó un problema familiar ya que ella declaró la situación tal como se la había referido su padre, y éste negó recordarla, circunstancia que la testigo atribuyó al “miedo”. Precisó en este sentido que antes de testimoniar en ese expediente, un hombre que según ella habría sido el abogado de Alonso le advirtió su a padre si recordaba bien los dichos del ahora imputado, y reiteró que su padre tuvo miedo, y que incluso había tenido miedo por lo que ella iba a decir.

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

Asimismo, cabe hacer una referencia a la declaración prestada durante la audiencia del día 7 de diciembre por el Sr. Hugo Pérez Salas, el médico pediatra de Natalia Suárez Nelson hasta que esta tuvo 7 u 8 años. Recordó que el supuesto día del parto, concurrió a la casa de Alonso y Di Mattía ante un llamado telefónico que él no atendió. Que al llegar se encontró con “un recién nacido”, cuando esperaba encontrarse con un niño ya evolucionado. Según dijo, se trataba de una niña, que se encontraba en perfecto estado de salud, aclarando que lo recordaba porque sino hubiera sido así, la hubiese internado.

Calculó el testigo en ese momento que la beba había nacido “3, 4 o 5 horas” atrás porque tenía “el cordón umbilical intacto, perfecto, todavía no había comenzado a atrofiarse”, y agregó que es fácil calcular a esa edad el tiempo de vida de una criatura.

En referencia a Di Mattía, quien aparecía en esa escena como la supuesta madre, refirió que la vio en pie y vestida pero que esta circunstancia no lo asombró ya que había visto situaciones así muchas veces en el hospital. Sin embargo a preguntas de este Tribunal refirió que no era normal que lo llamen para ver niños recién nacidos en su casa. Que ello, en toda su larga carrera, ocurrió en tres oportunidades. Especificó que no vio vestigios de que hubiese existido un parto en ese lugar ya que todo estaba en orden. Estaban “la madre”, “creo que el padre” y “no vi a nadie más”. Aclaró que era la primera vez que veía al Sr. Alonso y que ellos se presentaron como padres de la criatura. Recordó haberle sugerido a la supuesta madre leche maternizada.

Pérez Salas relató asimismo que siguió atendiendo a la niña hasta la primera infancia, 7 u 8 años, y que dejó de hacerlo “de un día para el otro”. Que los padres nunca le dijeron que se trataba de una niña adoptada y que

ellos siempre le dieron a entender que eran los padres biológicos. Agregó que, en otros casos, los padres le decían que sus hijos eran adoptados.

Finalmente, precisó que una semana después de esa primera visita en la casa de Alonso, los supuestos padres concurren a su consultorio y “ya tenían DNI y libreta sanitaria”. Esta circunstancia resulta de particular importancia ya que da cuenta del interés y el apresuramiento con el que actuaron Alonso y Di Mattía al momento de fraguar los documentos que ocultarían la identidad de María Natalia.

Como ha quedado acreditado la niña no era hija de Omar Alonso y de María del Lujan Di Mattía ni tampoco nació en su domicilio. Las circunstancias del parto en el que nació María Natalia Suárez Nelson fueron referidas también en la audiencia por integrantes de su familia, que en la época contemporánea a la entrega de la beba a Alonso, se enteraron que María Elena Isabel Corvalán había dado a luz en cautiverio.

En este sentido, María Cecilia Marcela Corvalán, hermana de María Elena, prestó declaración testimonial en la audiencia del 30 de noviembre y dijo que recibió en su casa un llamado telefónico de una mujer que le dijo que su hermana había tenido una hija de 3 kilos 500 gramos, a la que había llamado “Lucía”, nombre que la familia ya conocía como el deseado para la beba pronta a nacer. Aclaró que nunca supo quién llamó, y que si bien tenía la idea de que habían llamado de una cárcel, no podía asegurar si era así o si lo había interpretado ella. Refirió además que había habido “versiones” de que era una mujer que había hecho “un par de llamados” a otras familias en situaciones similares, y que después había desaparecido.

La existencia del llamado telefónico fue ratificada por Juan Manuel Ricardo Corvalán en la audiencia del 30 de noviembre. El testigo precisó que

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

el dato aportado indicaba que el parto había sido por cesárea y que “la que llamó fue la partera”. Además, dijo que un amigo suyo, Roger Soruco, le había contado muchos años después cómo había sido el episodio de la entrega de la beba a Alonso: que Herzberg se la había entregado “envuelta en un capote militar”.

Graciela Alquaz, la tía política de Natalia, en la audiencia de del 6 de diciembre también ratificó el llamado telefónico que recibió su cuñada. Esta testigo refirió además que posteriormente, cree que fue en 2007 pero no está segura, tuvo una charla con María del Lujan Di Mattía, quien le contó las circunstancias en que habían recibido a Natalia: que el matrimonio no podía tener hijos; y que Alonso conoció a través de Banzer a Herzberg, quien sabiendo que ellos no podían tener hijos les ofreció un bebé. Unos 15 o 20 días antes del 8 de agosto, día en que llevaron a la niña a su casa, Herzberg los había llamado por teléfono diciéndoles que estaba por nacer “una bebe”.

Ahora bien, no hay posibilidades de discutir la conciencia del Sr. Alonso respecto del hecho delictivo que estaba realizando. En primer lugar surge de su propia declaración cuando reconoce que fue un error anotarla como su hija biológica. Por otro lado, las declaraciones manifiestamente falsas respecto de cómo se habría producido una ficción de parto en la casa de Alonso y el supuesto embarazo de María del Lujan Di Mattía muestran claramente una maniobra de ocultación.

En este sentido es esclarecedor el testimonio brindado por Elsa María Suárez Nelson, hermana del padre de María Natalia. La testigo refirió que Alonso “sí sabía” quienes eran los padres de Natalia. Así, relató que para el cumpleaños de la niña, en el año 1990 o ‘91, sin haber tomado contacto ni con ella ni con su familia hasta entonces, le envió de regalo una maceta con una

“violeta de los Alpes”, a través de un mozo de la parrilla de Alonso, con una tarjeta que decía “Natalia feliz cumpleaños, tu tía y tus primos que te quieren mucho”. Más tarde, encontró la misma planta en la puerta de su casa. Al explicar esta circunstancia por demás extraña, señaló que posteriormente se enteró que Alonso le había dicho a Natalia “esto debe ser de la Faleti”, aludiendo a su apellido de casada; y que éste le había devuelto la planta dejándosela en la puerta de su casa.

Las versiones del imputado respecto de su conocimiento del origen de Natalia resultaron contradictorias y confusas. Sin embargo surge claramente que tenía conciencia de que se trataba de una niña sustraída, aún cuando no pudiera justificar de manera exacta cual era su procedencia.

Hemos aclarado que un niño no es un “res nullius” susceptible de apropiación, que la beba se la sustraigan a una madre moribunda o no, no cambia el origen espurio de la recepción.

2. La alteración del estado civil, y la retención y ocultamiento de María Natalia Suárez Nelson.

Del mismo modo ha quedado acreditado que mediante las declaraciones falsas insertadas en diversos documentos públicos, Alonso alteró la identidad de la niña a la vez que la retenía y ocultaba. Cabe destacar que estas acciones se realizaron sobre una menor que había sido sustraída del poder de sus padres; Alonso no sólo completa esa sustracción sino que continúa el delito reteniéndola y ocultándola.

Según lo declarado por la testigo Estela de la Cuadra en la audiencia del día 30 de noviembre, las primeras denuncias recibidas sobre el caso por la organización “Abuelas de Plaza de Mayo” datan de 1982 y allí se indicaba que Alonso había recibido a una beba en un “capó” de la marina. La testigo aclaró

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

que por esa época sospechaba que Natalia era su sobrina, hija de su hermana desaparecida durante la última dictadura, ya que la fecha de parto prevista para esta era contemporánea con el nacimiento de la beba.

Refirió entonces De la Cuadra, tal como surge de la causa 2413 agregada al debate por lectura, que en septiembre de 1986, en forma intempestiva, Alonso parte con su esposa y Natalia a Paraguay y que hasta los propios vecinos advirtieron que el departamento de la familia estaba siendo desalojado.

Esta partida de Omar Alonso coincidente temporalmente con el comienzo de las investigaciones judiciales configura uno más de los actos que forman parte del ocultamiento.

La situación también fue admitida por el propio imputado en su declaración en la audiencia del 29 de noviembre. En esa oportunidad refirió que un día la empleada le avisó que dos hombres habían querido entrar a su casa; explicó que ante esto su señora se asustó “porque creía que le querían sacar a la nena” y se quiso ir del país.

Alonso relató ante el Tribunal que llevó a su mujer y a su hija al Aeroparque, que sacó los pasajes y les dio dinero, pero que ellas fueron bajadas del avión. Si bien el imputado dijo desconocer la causa del impedimento para volar, explicó que entonces sospechó que la anotación (de su hija en el Registro de las Personas) “era mala” y que “su madre biológica la buscaba”. Es decir, plenamente consciente de que era buscado por las autoridades por una irregularidad en el estado civil de su hija, decidió salir del país, según argumentó, porque su esposa sentía “terror” de que le sacaran a la nena. Detalló que cruzaron a Uruguay en auto de noche y desde ahí se fueron a Paraguay.

Si bien el imputado negó que esto constituyera una fuga, y que él entraba y salía del país con frecuencia en forma legal, no puede constituirse como un atenuante la apreciación que de esta situación haga el imputado. Ha quedado debidamente acreditado ante este Tribunal que el imputado salió del país intentado eludir el accionar de la justicia.

María Natalia Suárez Nelson, en su declaración testimonial prestada con fecha 29 de noviembre refirió que habían salido del país porque “mi papá dijo que tuvo un problema con Alfonsín”. El imputado desmintió esta versión y agregó que Raul Alfonsín era su amigo.

Asimismo, los dichos de Alonso quedan rebatidos con la abundante prueba documental, que indica que efectivamente estaba siendo buscado con orden de captura en la época en que escapaba a Paraguay, según él, porque su mujer tenía “terror”. Del estudio de la causa 2413 surge que el 16 de septiembre de 1986 se ordenó la inmediata detención de Alonso en la causa 129.342 por disposición del juez Bruno Casteller (fs. 175) y que el 17 de noviembre de 1987 el juez Carlos Ocampo, del juzgado en lo Criminal N°9 de La Plata solicitó las detenciones de Omar Alonso y María del Luján Di Mattía a INTERPOL y la posible localización de la menor María Natalia Alonso (fs. 117 causa 2413). Alonso fue finalmente detenido en el marco de ese expediente con fecha 23 de diciembre de 1993, en oportunidad de encontrarse en Argentina (fs. 175/6).

La fuga y permanencia de Alonso y Di Mattía en Paraguay se encuentra acreditada no sólo por la confesión del imputado sino también por la documentación aportada por la querrela y obrante a fs. 803/4. Esta consiste en un informe de la Policía de la Capital, Departamento de Investigación, Dirección de política y afines; de Asunción Paraguay del 27 de noviembre de

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

1987. En el mismo consta que “*el ciudadano argentino OMAR ALONSO, se encuentra radicado en nuestro país en las mismas condiciones que los MIARA y BIANCO, que el exhorto de extradición ya llegó por intermedio del Embajador argentino Dr. RAÚL ALBERTO QUIJANO y que entre el martes o miércoles de la próxima semana, por medio de los Diarios se iniciará un furibundo ataque en contra del Paraguay.*

Que el referido OMAR ALONSO reside en la casa de la calle San Miguel y Cautelar, con teléfono n°292-167, con oficina en Estrella n° 692- 9° piso, oficina 94 con teléfono n° 98-464 y dice tener muy buenas relaciones con el Gral. HUGO BANZER, sugiriendo el informante que se lo puede pedir que de inmediato salga para Bolivia, a fin de evitar problemas al superior gobierno de nuestro país. Fdo. Crio. Gran Alberto B. Cantero DIRECTOR DE POLÍTICA Y AFINES”.

USO OFICIAL

El imputado fue detenido por primera vez el 23 de diciembre de 1993, sin embargo las maniobras destinadas a ocultar la identidad de María Natalia continuaron hasta 1998 fecha en que la joven cumplió 21 años. Esto independientemente de que María Natalia no pudo conocer su verdadera identidad hasta el 1° de junio de 2006; fecha en que fue notificada de la pericia que estableció la compatibilidad genética entre ella y sus padres biológicos, el matrimonio Suárez Nelson-Corvalán.

Entre otras circunstancias podemos destacar algunas que son significativas para demostrar las conductas mediante las cuales se ocultó la verdadera identidad de Natalia. Una de ellas cuando María Natalia regresó al país ante la extradición de Di Mattía y fue a visitar al imputado que se encontraba detenido en la Unidad 9, en esa oportunidad ella le dijo que

conocía que era adoptada y Alonso le “pellizcó” la pierna ordenándole que no hablara más de eso.

En el mismo sentido es significativo lo manifestado por María Natalia Suárez Nelson a pregunta del suscripto, cuando señaló en forma afirmativa que Alonso paralizó la posibilidad de que pudiera conocer su origen. Refirió que en 1998 María Julia Alí a quien identificó como persona de confianza de Alonso, se le acercó estando ella en su domicilio de City Bell y le dijo que ella era hija de Alonso y una amante que había tenido, ya fallecida. Natalia fue a agradecerle a Alonso que estaba durmiendo por haberle “mandado a Julia” para que le cuente. Refirió la testigo que el imputado se emocionó y le dijo que (su amante) había sido “el amor de su vida”; luego de este episodio estuvo dos años creyendo esa historia. Claramente seguían las maniobras de ocultamiento por parte de una persona a la que María Natalia definió como manipulador, violento y que sometía a todos los que lo rodeaban.

Ha quedado entonces acreditada sin lugar a dudas la participación de Omar Alonso en los delitos investigados. El imputado hizo insertar declaraciones falsas (respecto del lugar y fecha de nacimiento de María Natalia Suárez Nelson y de los datos de sus padres biológicos) en tres documentos públicos, uno de ellos, el DNI, tendiente a acreditar su identidad. Alteró conscientemente la identidad de la menor que había sido sustraída, con conocimiento pleno de tal circunstancia y procedió luego a retenerla y ocultarla hasta que alcanzó la mayoría de edad.

Así lo voto.

A la misma cuestión los **Dres. Portela y Rozanski**, por los mismos fundamentos manifestaron que adhieren al voto precedente, sin perjuicio de lo que expondrá el último de los nombrados más adelante.

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

III. CALIFICACION LEGAL.

El Dr. Falcone, dijo:

1. La sustracción, retención y ocultamiento de un menor de diez años; la alteración de su estado civil como delito de Lesa Humanidad.

El supuesto de hecho sometido a conocimiento del Tribunal se encuentra integrado por la sustracción, retención y ocultamiento de una niña nacida del vientre de una madre privada ilegalmente de su libertad por agentes del Estado o por personas que actuaron con su autorización apoyo o aquiescencia, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o de informar sobre el paradero María Elena Corvalán; a la predicha conductas delictivas le ha seguido la falsificación de documentos públicos y la alteración del estado civil de una menor de diez años.

El supuesto fáctico sintéticamente descrito no constituye sólo la consumación de los delitos de sustracción, retención y ocultamiento de un menor de diez años, la falsificación de documentos públicos y la alteración del estado civil de un menor en los términos previstos en los arts 146, 293 último párrafo y 139 inc. 2 del C.P. con las especificidades que trataremos oportunamente; por el contrario las maniobras delictivas de las que resultaron víctimas María Elena Corvalán y María Natalia Suárez Nelson constituyen un tramo típico del delito de desaparición forzada de personas, catalogado como crimen de Lesa Humanidad y por ende imprescriptible.

En tal dirección, la Cámara Nacional de Casación Penal al resolver la causa “Berges, Jorge Antonio y otro s/ recurso de Casación”, rta 8/3/05, Reg n° 7477.1 interpretó que merecían tal tratamiento los delitos comunes como

USO OFICIAL

los aquí juzgados, cuando tenían por objeto la comisión de crímenes contra los derechos humanos (se citó: Fallos 327:3312, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros, causa n° 259). Y últimamente la Sala II de la misma Cámara, al resolver la causa “Rivas Osvaldo Arturo y otros” citada, por voto del Dr. García entendió que:

“Desde esta perspectiva, al menos en los casos en los que la persona colocada en esa situación de desaparición da a luz un hijo durante su cautiverio, la sustracción del niño nacido, el ocultamiento de los datos del lugar de nacimiento, y de la identidad de su madre, la retención u ocultamiento del niño, el emplazamiento en un estado de familia que no corresponde a su nacimiento, la expedición de documentos ideológicamente falsos para ocultar la verdadera identidad de la madre y las circunstancias del nacimiento, y la obtención de documentos de identidad falsos sobre la base de los actos anteriores, constituye parte de los actos ejecutivos de desaparición forzada de la madre, pues mediante esos actos se oculta todo dato que podría dar noticia de la suerte de la madre. Incluso, atendiendo a que la desaparición forzada constituye una violación múltiple de derechos, con aquellos actos se pretende borrar toda traza de que la mujer colocada en situación de desaparición forzada ha sido madre, en un determinado momento y lugar, del que no se quiere informar, porque informar impondría dar noticia sobre el paradero o la suerte de la madre”.

En igual sentido el dictamen del Procurador General en el caso de Fallos: 328: 4423 “Videla, Jorge Rafael s/ incidente de apelación y nulidad de prisión en cuanto ha sostenido que “del universo abarcado por el delito de desaparición forzada de personas, un sector, el que se refiere a la desaparición forzada de menores de 10 años sustraídos a sus padres, se encuentra ya

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

previsto como un caso específico del delito –más genérico- del art. 146 del Código Penal, que se le enrostra al imputado” (Ver sobre este punto, Folguero, Hernán sobre la extracción compulsiva de sangre para la investigación del delito de desaparición forzada de personas, en Rev. Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis Nexus, año 2005, n° 7, pág. 259).

Con argumentos inobjetables, que este tribunal hace suyos, se refirieron a este tema los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Eugenio Raúl Zaffaroni y Ricardo Lorenzetti en autos “Gualtieri, Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros, s/sustracción de menores de diez años”, causa G 291, XLIII:

USO OFICIAL

“el crimen en autos no configura un hecho aislado, sino que respondió a una decisión general en el marco de una empresa criminal llevada a cabo por un aparato de poder del estado violador de elementales derechos humanos”....“La creatividad tan perversa de esta decisión hace difícil la comprensión misma de su motivación y, por ende, de la propia dinámica criminal de los hechos”, pues tanto “puede pensarse en una tentativa de eliminar la memoria de esas víctimas, sumiéndolas en la ignorancia no sólo de su origen sino también hasta de su propia orfandad”, como en un delito que “se erige en una nueva cosificación humana que guarda cierto parentesco con la esclavitud, por considerar a los infantes como parte de botines de correrías criminales”. También el voto del ministro Maqueda en la causa G.291, considerando 18; C.I.D.H., “Velásquez Rodríguez vs Honduras”, sentencia del 29/07/88, Serie C, n° 4, p.155; Godínez Cruz vs Honduras”, sentencia del 20/01/89, Serie C, n° 5, p. 163. En el caso “Bámaca Velásquez vs Guatemala”, sentencia del 25/11/2000, Serie C, n° 70 p. 128 la Corte IDH caracteriza a la desaparición forzada o involuntaria como “una violación

múltiple y continuada de varios derechos de la Convención, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad, sino que pone en peligro la libertad personal, la seguridad, y la propia vida del detenido. Además, coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreado otros delitos conexos. (el subrayado no pertenece al original).

Por lo tanto, este acto criminal, aberrante, de colocar al niño al margen de toda protección legal, arrancado del vientre materno, alterando su estado civil, llevándolo a la ignorancia sobre tal estado, colocándolo en situación de desaparecido, eleva la sustracción, retención y ocultamiento de un menor de diez años, a la categoría de crimen de Lesa Humanidad, ya que la unicidad de la víctima puede referirse a la humanidad toda en su conjunto.

a) La relación concursal.

Los delitos de falsificación de documento público, en el caso, suscripción de la solicitud de inscripción de nacimiento, y del acta del libro de nacimiento del Registro Provincial de las Personas, acta de nacimiento y documento nacional de identidad, “se trata de un caso de pluralidad de movimientos voluntarios que responden a un plan común y que conforman una única conducta –en los términos del art. 54 del Código Penal– insusceptible de ser escindida” C.S.J.N. “Nápoli, Erika y otros, Fallos: 329: 2136).

Aquí debe tenerse presente que la relación concursal siempre depende del caso concreto; las falsedades documentales cometidas por Omar Alonso concurren idealmente con la retención y ocultamiento de la niña María Natalia Suárez Nelson, porque la obtención de los documentos constituyen delitos instantáneos, que son parte del plan ideado para favorecer y mantener la retención y ocultamiento de la niña.

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

En el caso de Juan Carlos Herzberg, la sustracción a título de autor y la participación en la ocultación –entrega de la niña a la familia que la emplazaría en el estado de hija- concurre idealmente con la participación en la alteración de su estado civil. Una aclaración: cuando el autor también realiza actos de participación, lo determinante es la autoría.

Por último las conductas atribuidas a los imputados pudieron haberse ejecutado de otro modo, representando un caso de concurso real; sin embargo, en el caso concreto, la conducta de alteración del estado civil satisface al mismo tiempo la conducta alternativa de “ocultamiento”, que consume el tipo del art. 146 del C.P., si Alonso concibió ocultar a la niña mediante la alteración de su estado civil. Aquí existe un concurso ideal por unidad de hecho entre un delito instantáneo y otro permanente. Hay concurso ideal cuando el delito instantáneo era el medio para la mantención del delito permanente (Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán, Ed. Jurídica de Chile, 3ta ed 1987, Stratenwerth, Günter, Derecho Penal, Parte General,, traducción de la 4ta edición alemana, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 550, Zaffaroni, Alagia y Slokar, Derecho Penal, Parte General, cit, p. 866, Struensee, E y Jakobs, G , Problemas Captales de Derecho Penal Moderno, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p.107 y ss, Jeschek, H. H.Tratado de Derecho Penal, Parte General, Comares, Granada, 1994 p. 537).

Ahora bien, establecida la relación concursal que media entre los comportamientos punibles corresponde fijar cuál es la ley aplicable.

Resultando Omar Alonso autor de un delito permanente, retención y ocultamiento de un menor de diez años, cuya ejecución se inició bajo la vigencia de la redacción originaria del código penal de 1921, que cesó al cumplir María Natalia Suárez Nelson 21 años de edad.

El delito de retención y ocultamiento de un menor de diez años integra la categoría de delitos permanentes, en los que la actividad consumativa no cesa al perfeccionarse el delito, sino que perdura en el tiempo, por lo que éste continúa consumándose hasta que culmina la situación antijurídica. Sin embargo Zaffaroni interpreta que en estos casos, cuando una ley más gravosa entra en vigencia en un momento posterior al comienzo de la acción, existe un tramo de ella que no está abarcado por la nueva ley, salvo que se haga una aplicación retroactiva de ella, lo que le lleva a aplicar la vigencia al momento del inicio de la acción. (Zaffaroni, Alagia y Slokar, Derecho Penal, Parte General, op.cit. p. 122/123).

Como ya se dijo delito permanente es aquel comportamiento único que inicia la vulneración o puesta en riesgo del bien jurídico y, sin solución de continuidad, mantiene en el tiempo la ofensa a ese interés hasta cuando el autor, por voluntad propia, deja de lesionarlo, o hasta cuando por otra razón, por ejemplo, la muerte de la víctima, su huida, el arresto del agente o la clausura de la instrucción, desaparece el daño o el peligro al interés o valor tutelado.

Ese delito, de otra parte, dentro de selecta doctrina ha sido concebido mayoritariamente como una pluralidad de actos seguidos, continuos, que integran una sola singularidad, es decir, una sola conducta o, si se prefiere, un sólo delito. Así, por ejemplo, se ha expresado, veamos:

Silvio Ranieri, *para los fines del derecho, la conducta que ocasiona la consumación y la conducta de la que depende la prolongación del estado antijurídico, se unifican en una conducta unitaria* (Manual de derecho penal. Tomo I. Parte general. El derecho penal objetivo. El delito. Bogotá, Temis, 1975, T: Jorge Guerrero, página 327).

Poder Judicial de la Nación *Año del Bicentenario*

Para Francesco Carrara, *el delito permanente es siempre único* (Programa de derecho criminal. Parte Especial, Volumen VII. Bogotá, Temis, 1982, reimpresión de la cuarta edición, T: J. J. Ortega T y J. Guerrero, página 222).

Con palabras de Hans-Heinrich Jescheck, *“La creación del estado antijurídico forma con los actos destinados a su mantenimiento una acción unitaria”* (Tratado de derecho penal. Parte general. Volumen Segundo. Barcelona, Bosch, 1981, T: S. Mir P. y F. Muñoz C., página 998).

De acuerdo con Giovanni Fiandaca y Enzo Musco, *“el delito permanente es un delito único en cuanto lesivo de un mismo bien jurídico”* (Diritto penale. Parte generale. Bologna, Zanichelli, 1999, 5ª reimpresión de la 3ª edición, -de 1995-, página 171).

La misma idea puede leerse en Antonio Pagliaro, quien sobre el tema explica: *“El delito permanente es un delito único, y no una forma de conexión de delitos. De aquí resulta que los efectos típicos del reato permanente son siempre aquellos del delito único y jamás los de la pluralidad de delitos”* (Principi di diritto penale. Parte generale. Milano, Giuffrè, 1980, 2ª edición, página 500).

Es evidente que en materia de aplicación de la ley más favorable frente a delitos permanentes, la doctrina no es totalmente uniforme, y que inclusive dentro de quienes afirman la unidad del delito permanente hay unos que consideran que solamente se debe tener en cuenta la ley que rige al momento en que es realizado el último acto.

La conclusión más jurídica, sin embargo, es la otra: si se trata de un delito único, no es posible desmembrarlo para efectos de la aplicación de la

ley, como si fuera una mera pluralidad de acciones u omisiones o si se tratara de varios delitos.

Así Franz von Liszt cuando afirma *“Una pluralidad de actos puede presentarse ante la consideración del derecho penal, como un DELITO ÚNICO.*

En estos casos la unidad debe ser considerada y tratada como tal en todas las relaciones jurídicas. El delito, jurídicamente uno, es cometido, pues, en todo lugar y en todo momento en que fue cometido uno de los actos; en caso de modificación de la legislación, se aplica siempre la ley más benigna.

La serie de actos singulares que el derecho considera como un delito único debe ser considerada como una unidad, respecto del comienzo de la prescripción. Así, en el delito permanente y exactamente igual en el continuado, la prescripción sólo comienza a correr al terminar la actividad delictiva (Tratado de derecho penal. Tomo Tercero, Madrid, Reus, 3ª edición, s/f, T: Luis Jiménez de Asúa (de la 20 edición alemana), páginas 149 y 410).

Y sobre el mismo tema, en la misma línea, la autoridad de las frases de don Luis Jiménez de Asúa es nítida:

Por nuestra parte, preferimos la solución de Liszt-Shmidt (pág 351): en todo caso se debe aplicar la ley más favorable, porque el delito permanente y el continuado son, en pura doctrina jurista, un delito único (Tratado de derecho penal, II, Filosofía y ley penal. Buenos Aires, Losada, 4ª edición, 1964, página 636).

Coinciden, pues, y convergen al mismo punto, la Constitución, el bloque de constitucionalidad, las normas rectoras de la ley penal argentina, las reglas de ésta, y la mejor doctrina.

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

USO OFICIAL

En su obra *Código Penal y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*, David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, anotan como comentario al artículo segundo del Código de fondo:

El primer tópico se vincula con el tiempo en el cual el delito se considera cometido (36, t. II, p. 641) particularmente en lo atinente a los llamados delitos permanentes, sobre los cuales Jiménez de Asúa se expide por la solución propuesta por Liszt-Schmidt, quienes al considerar a esa infracción como un delito único, postulan la tesis que resuelve la impunidad final de aquella actividad que, al comenzar a desplegarse, no estaba contemplada como delictiva por el ordenamiento jurídico, pero luego, durante su prolongado desarrollo, se promulga una ley que la incrimina, no obstante lo cual, su autor persiste en su actitud.

Terminado el delito permanente, es decir, superada la lesión al bien jurídico por razones materiales (por ejemplo, el autor deja de vulnerar el interés protegido) o por razones jurídicas (por ejemplo, cierre de la investigación), comienzan a correr los términos de la prescripción de la acción.

Si durante la ejecución del hecho, es decir, si durante todo el tiempo de realización de la conducta, han transitado varias disposiciones que regulan el asunto de diversas maneras, se debe aplicar la más favorable.

El artículo 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), bajo el título de “Principio de legalidad y de retroactividad”, establece similar derecho en los siguientes términos:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento

de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Idéntica es la redacción del artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Estas disposiciones del derecho internacional “prevalecen en el orden interno”, porque forman parte del denominado “bloque de constitucionalidad”.

Como se lee con facilidad, las normas citadas se refieren al principio de favorabilidad de manera considerablemente generosa, vasta, por cuanto, como se percibe sin esfuerzo, de una parte, no limitan en ningún caso a la aplicación de una u otra disposición. Simplemente es seleccionada aquella que, de cualquier forma, incrementa, para bien, la situación del reo; y, de la otra, porque no excluyen de su contenido ningún evento de benignidad, o sea, no aluden a excepciones a la benignidad.

Bastaría afirmar, entonces, con los principios generales del derecho, con los grandes postulados argumentativos sempiternos, que si la ley no se refiere expresamente a excepciones, tampoco puede hacerlo el intérprete (*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*); y que cuando la ley lo quiere, lo dice. Si no lo quiere, calla (*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*).

Constitucionalmente, entonces, no hay duda alguna en cuanto no existen restricciones para escoger y aplicar la disposición más benigna, de aquellas que se han sucedido durante el tiempo de comisión constante y continua de la conducta punible. Es, se reitera, apreciación elemental: si la ley no distingue, el intérprete tampoco puede hacerlo.

Con una interpretación restrictiva, en cambio, es evidente que se colocarían obstáculos al amplio ámbito del axioma de la favorabilidad y se

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

cercenaría el derecho a ésta, pues iría en contra de la Carta Política, del bloque de constitucionalidad y de la ley, que, se repite, no establecen ni insinúan cortapisa alguna en la materia.

Si fuera necesario, mírese y agréguese lo siguiente, que enseña cómo la misma legislación penal avala la correcta interpretación que se hace:

El artículo 63 del Código Penal, en tema de iniciación del lapso de prescripción de la acción, dice que:

La prescripción de la acción empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si éste fuese continuo, en que cesó de cometerse.

USO OFICIAL

Obsérvese que no dice cuál de las leyes debe ser la seleccionada en caso de sucesión de las mismas en el tiempo, como sí lo hace, por ejemplo, el artículo 2.2. del Código Penal Alemán, que remite a la norma vigente a la culminación del hecho.

Se infiere de lo anterior, entonces, que el legislador penal sencillamente se acoge a los mandatos constitucionales y legales que, como ya se vio, construyendo una favorabilidad más profunda, más prolija y lata, carente de excepciones.

En la misma línea interpretativa la cuestión fue abordada por el ex ministro del Alto Tribunal, Doctor Don Augusto César Belluscio, y los Señores Ministros Doctores Don Adolfo Roberto Vázquez y Don E. Raúl Zaffaroni, en su voto en la causa "Jofré., Teodora s/ denuncia". Rta: 24 de agosto de 2004 (CSJN): Así en los considerandos 3 a 9 que se transcribe, entendió:

3º) Que en el remedio federal la recurrente invoca que la aplicación de la norma citada viola el principio de aplicación de la ley penal más benigna

*establecido en el art. 2° del Código Penal y en el art. 24 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional -aprobado por la ley 25.390-, dado que al momento en que se consumó la conducta se hallaba vigente la ley 11.179, que preveía una escala penal sustancialmente menor, que de aplicarse posibilitaría la excarcelación, conforme a lo previsto en el art. 379, inc. 1° del Código de Procedimientos en Materia Penal. Por ello, a criterio de la agraviada, **la utilización de la ley más gravosa no corresponde ni siquiera para los supuestos del delito permanente, en los cuales debe aplicarse la ley más benévola, tomando en cuenta "el momento de comenzar a delinquir"**.*

4°) Que según se desprende de las constancias de la causa, la sustracción, retención y posterior ocultación de la identidad del menor se habría consumado a fines del año 1978 y se habría extendido hasta el 20 de agosto de 2000, fecha en la que se determinó su verdadera identidad, mediante un examen genético.

5°) Que si bien las resoluciones que deniegan la excarcelación del imputado no constituyen sentencias definitivas, toda vez que no ponen fin al proceso, corresponde equipararlas a éstas a los efectos de posibilitar la vía recursiva prevista por el art. 14 de la ley 48, en tanto restringen la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa, ocasionando un perjuicio que podría resultar de imposible reparación ulterior (Fallos: 311:358, entre otros).

6°) Que en el caso existe cuestión federal suficiente ya que se ha cuestionado la validez temporal de la ley penal establecida en el art. 2° del Código Penal de la Nación, con remisión al principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional, y el principio de aplicación de la ley penal más benigna, consagrado en el art. 9° de la Convención Americana

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

sobre Derechos Humanos y en el art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -documentos internacionales incorporados a la Constitución Nacional por el art. 75, inc. 22 de la Carta Magna-.

7°) Que para resolver el recurso extraordinario debe tomarse en cuenta esencialmente el acatamiento al principio de legalidad que enuncia el art. 18 de la Constitución Nacional, el cual requiere que tanto la descripción de la conducta por la que una persona puede ser sometida a proceso, como la escala penal prevista para la misma, deben haber sido establecidas en una ley sancionada con anterioridad a la comisión del hecho.

USO OFICIAL

En este sentido, se ha dicho que "...En el derecho penal reviste singular trascendencia la regla cardinal de irretroactividad de la ley (tempus regit actum), emanación del principio de legalidad contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional, el cual se expresa en el principio nullum crimen nulla poena sine lege, según el cual el juez penal debe aplicar la ley que se hallaba vigente al tiempo de producirse la conducta delictiva..." (Fallos: 323:3426, voto del conjuez Luis René Herrero).

Este principio de irretroactividad de la ley penal rige como regla en la materia, y reconoce como única excepción la aplicación retroactiva de una ley penal posterior más benigna para el imputado.

8°) Que en el caso, para determinar cuál es la ley aplicable, resulta necesario establecer el momento de comisión del hecho. En este sentido, y al tratarse de un delito permanente, donde la comisión de la conducta se extiende aun después de la consumación, se plantea como conflicto la vigencia de dos leyes en el período de comisión. Así, al momento de consumarse el hecho se encontraba vigente la redacción del art. 146 del Código Penal de la Nación según la ley 11.179, mientras que al momento de

cesar la comisión, ya había sido sancionada la ley 24.410 que modificó la escala penal del mismo tipo, agravándola. Es importante tomar en cuenta que en estos delitos la conducta comisiva se desarrolla en el tiempo, tiene un momento inicial -en esta causa noviembre 1978- y uno en el que termina -agosto 2000-, y es esta particularidad la que permite que coexistan diferentes criterios de interpretación en referencia a cuál de los momentos ha de tomarse en cuenta a los fines de establecer la comisión del hecho y en consecuencia la ley aplicable.

En este contexto corresponde adoptar el criterio del comienzo de la actividad voluntaria como momento de comisión, no sólo porque permite una interpretación más restrictiva de la norma, sino porque evita incurrir en una contradicción que resultaría más gravosa; porque si bien la comisión del delito se prolonga en el tiempo desde su comienzo y hasta su conclusión, cuando una ley más gravosa entra en vigencia con posterioridad al comienzo pero antes del cese de la acción -tal como sucede en este caso- existe un tramo de la conducta que no se encuentra abarcado por la nueva ley -en el presente el transcurrido entre noviembre de 1978 y diciembre de 1994-, y obligaría a resolver la cuestión planteada retrotrayendo los efectos de la ley más gravosa, constituyendo una violación del principio contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional y en el art. 2° del Código Penal de la Nación.

Definido el momento de comisión del hecho como el del inicio de la actividad voluntaria, corresponde aplicar la ley vigente en ese momento, salvo que la ley posterior fuese más benigna. En este caso entonces corresponde aplicar la redacción del art. 146 del Código Penal, según texto de la ley 11.179.

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

9º) *Que en virtud de lo establecido en el acápite precedente, la aplicación de la ley 24.410 efectuada por el a quo, resulta violatoria del principio de irretroactividad de la ley penal establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional.*

El valor de este precedente, emitido por la C.S.J.N. en un caso análogo al juzgado, impone su aplicación, aun cuando su incidencia en la mensuración de la pena sea negativa, porque tal como explicaré, no reflejan todo el desvalor del injusto –gravísimo- cometido por Alonso y Herzberg. Pero los argumentos de la tesis contraria a la que aquí se sostiene, a mi juicio, perdieron consistencia.

USO OFICIAL

Por el contrario, Juan Carlos Herzberg, cesó en la ejecución del delito de ocultamiento de la niña cuando la entregó a Omar Alonso el día 8 de agosto de 1977. Su conducta cae bajo el texto del art. 146 del Código Penal anterior a la reforma de la ley 24.410. En dicho momento el imputado Herzberg perdió el dominio del hecho sobre la conducta permanente ejecutada por Alonso. Allí concluye su participación en el evento criminoso. Ello sin perjuicio, que, como se dijo, su participación lo ha sido en el marco de actos ejecutivos típicos de crímenes de Lesa Humanidad.

Esta solución se impone ya al quedar la niña en poder de Alonso, es éste imputado, quien continúa con la ejecución de la acción –retención-ocultamiento– entendida como permanencia delictiva.

Por último quiero señalar que tanto el certificado de nacimiento como la partida de nacimiento son instrumentos públicos, pero ninguno de ellos tiene por finalidad la acreditación de la identidad. El primero tiene en miras la existencia de un parto y los datos del estado civil, el otro.

Ambos instrumentos carecen de elementos esenciales en orden a la acreditación del estado civil, tal como lo son, fotografía y huella dactilar.

Refuerza la conclusión precedente el art. 13 de la ley 17.671 que establece que el documento nacional de identidad será requerido “ en todas las circunstancias en que sea necesario probar la identidad de las personas.....sin que pueda ser suplido por ningún otro documento de identidad, cualquiera fuera su naturaleza y origen”.

Ello ha llevado a la doctrina, a excluir la agravante de la figura legal cuando se trata de documentos que están destinados a acreditar circunstancias de la persona, distintas a su identidad, aunque estén relacionadas con ella.... a pesar de que la costumbre haga servir a alguno de ellos como acreditante de la identidad (Ver Creus, Carlos “Falsificación de documentos en General”, pág 116). Es por ello que la ley 24410 equipara a los documentos nacionales de identidad **los certificados de parto y de nacimiento**, lo que implica que no se trata de instrumentos idénticos.

Alonso hizo insertar declaraciones falsas sobre hechos que debía denunciar con veracidad en los instrumentos públicos mencionados en el párrafo que antecede, con lo cual se cumplen los requerimientos de la tipicidad objetiva y subjetiva del art. 293 del C.P.-

b) Contestación al planteo del Dr. Marino Aguirre acerca del desplazamiento del derecho penal internacional por el derecho interno.

A los argumentos expuestos por el Sr. Defensor Oficial, Dr. Santiago Marino Aguirre, adherido por la Sra. Defensora Oficial, -Dra. Laura Díaz-, en cuanto a que no estamos en presencia de crímenes de lesa humanidad, ni en un supuesto de casos de desaparición forzada de personas, argumentando que su

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

aplicación acarrearía la violación al principio de legalidad, y solicitando por ello que debe declararse prescrita la acción penal en beneficio de su defendido, y que no puede considerarse a la costumbre internacional como fuente de derecho penal, no debe hacerse lugar por los argumentos que a continuación, de manera muy sucinta, expondremos.

Como ya fue dicho, el hecho que aquí se juzga, insertado en ese contexto criminal, presenta las notas aberrantes que lo elevan a la categoría de delito contra el derecho de gentes, constituyendo un supuesto de desaparición forzada de personas, a cuya persecución y castigo se encuentra obligado nuestro país.

Como vimos, con muchísima anterioridad a los crímenes de Terrorismo de Estado que se perpetraron en Argentina entre los años 1976 y 1983, y, en especial, al aquí investigado, el *ius gentium* había expresado de manera clara que la prescripción penal de la acción quedaba excluida para este tipo de delitos, entre los que se encuentra la desaparición forzada de personas.

Además el hecho que aquí se juzgó presenta las notas de ese crimen de desaparición forzada de persona, repudiado por la comunidad internacional con vigor desde la década del setenta. En este sentido, la privación ilegal de la libertad sufrida por María Natalia Suárez Nelson, en la que intervino Herzberg, seguida de su apropiación por parte de Alonso y de su pareja, Di Mattía, en un contexto sistemático de aberrantes hechos similares, hiere la dignidad humana, los sentimientos más profundos de las víctimas, de sus familiares y de la comunidad toda, siendo ésta última, pues, la que ha elevado esa práctica como delito *jus gentium*, a través de su repudio y condena internacional.

Ahora bien, en relación a la costumbre internacional como fuente de derecho es necesario recordar que, según surge de la interpretación de la mayoría de los votos nuestro Máximo Tribunal en “Simón” (Fallos: 328:2056), ha sostenido que es posible establecer que el sistema internacional de protección de los derechos humanos esta constituido por un doble orden normativo formado, por un lado, por los tratados internacionales (derecho internacional de protección de los derechos humanos) y por el otro, la costumbre internacional (sistema imperativo) que considera inadmisibles la comisión de delitos de lesa humanidad ejecutados por funcionarios del Estado y exige que tales hechos sean castigados.

Este sistema cobró impulso a partir de la reforma constitucional del '94, que otorga, en forma expresa, jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos.

En este sentido, el juez Boggiano habla de una suerte de “marco de referencia” al que caracteriza como un fenómeno jurídico por medio del cual se produce una remisión a un tratado vigente internacionalmente del cual Argentina es Estado Parte (considerando 9 del voto del Dr. Boggiano); el juez Maqueda sostiene que a partir de la Carta de Naciones Unidas hay un cambio de paradigma en las relaciones internacionales en el sentido de que “marca el nacimiento de un nuevo derecho internacional y el final del viejo paradigma - el modelo de Wesfalia- difundido tres siglos antes tras el final de la anterior guerra europea de los treinta años. Representa un auténtico pacto social internacional –histórico y no metafórico, acto constituyente metafísico y no mera hipótesis teórica o filosófica- por medio del cual el derecho internacional se transforma estructuralmente, dejando de ser un sistema práctico, basado en tratados bilaterales inter pares, y convirtiéndose en un auténtico ordenamiento

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

jurídico supraestatal; ya no es un simple pactum associationis, sino además, un pactum subiectionis” (considerando 20 del voto del Dr. Maqueda); y que al momento de la sanción de las leyes, existía “un doble orden de prohibiciones de alto contenido institucional que rechazaba toda idea de impunidad respecto de los Estados Nacionales. Por un lado, un sistema internacional imperativo que era reconocido por todas las naciones civilizadas y, por otra parte, un sistema internacional de protección de los derechos humanos constituidos, en el caso, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada el 1º de marzo de 1984 por ley 23.054 poco tiempo antes de la sanción de las leyes cuestionadas) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (considerando 50 del voto del Dr. Maqueda).

También dentro de este análisis, algunos jueces del Alto Tribunal evocan al derecho de gentes, reconociendo efecto imperativo (jus cogens), reivindicando postulados básicos que se encuentran en los orígenes del derecho internacional y lo trascienden, pues no se limitan a las relaciones entre las Naciones, sino que desarrolla principios fundamentales sobre los cuales deben desenvolverse las relaciones internacionales, y que esta tradición jurídica encuentra acogida en el actual art. 118 de nuestra Constitución Nacional (V. los votos de los Dres. Maqueda, Lorenzetti, -considerando 8- y Boggiano -considerando 38-).

Ahora bien, en relación al principio de legalidad, consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional, el cual impide que el Estado avance más allá de lo que la ley permite, en el sentido que toda sanción penal debe estar previamente tipificada y debe ejecutarse en la forma prescripta por la ley, la que debe ser anterior al hecho que motiva la condena impuesta, la Corte señaló que al momento de la comisión de los hechos investigados en el caso,

ya existía una norma de orden público internacional que condenaba la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad y también señaló que la ratificación, en años recientes, de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país, sólo ha significado la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad para esa práctica estatal (considerando 38 del voto del Dr. Boggiano). Lo mismo ha sucedido con la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad (considerando 40 y sgts. del voto del Dr. Boggiano).

El voto de la mayoría acompaña este argumento, a partir de cual se confirma que no existe una violación del principio fundamental "*nulla poena sine lege*", en la medida en que los crímenes de lesa humanidad siempre estuvieron en el ordenamiento jurídico y fueron reconocibles y previsibles por cualquier ciudadano común. Los ministros Juan Carlos Maqueda (en el punto IX de su voto), Ricardo Lorenzetti (considerando 19 de su voto), y Carmen Argibay (considerando 10 de su voto) van más allá, y advierten que el delito de desaparición forzada de personas se encontraba tipificado en distintos artículos del Código Penal argentino, y que el derecho internacional incorporó un atributo adicional -la condición de lesa humanidad- con las consecuencias que de ello se derivan; mientras que Antonio Boggiano agregó que el encuadramiento de aquellas conductas investigadas en los tipos penales locales en modo alguno implica eliminar el carácter de crímenes contra la humanidad ni despojarlos de las consecuencias jurídicas que les caben por tratarse de crímenes contra el derecho de gentes.

En síntesis, la Corte entendió que no existe violación a los principios de irretroactividad y de legalidad, dado que, tanto el reproche internacional de los

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

delitos cometidos, como el carácter de *ius cogens* de esos principios, con vigencia anterior a los hechos imputados, obligan al Estado a investigar y sancionar a los responsables.

En este mismo orden de ideas, tampoco es posible afirmar que el art. 18 de la Constitución Nacional, que establece el principio de legalidad, consagre una solución distinta respecto a la aplicación de las normas del *ius cogens* relativas a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Ambos preceptos no colisionan sino que se complementan, ya que el principio de imprescriptibilidad incorpora al orden interno las normas imperativas del derecho internacional como integrantes del principio de legalidad.

Las normas de *jus cogens* son la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los Estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad, incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países, independientemente de su eventual aceptación expresa, puesto que se trata de conductas que no pueden considerarse aceptables por las naciones civilizadas.

La Corte Suprema retoma los argumentos vertidos en el caso “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro y otros s/ homicidio calificado y asociación ilícita” Sentencia del 24 de agosto de 2004, fallos 327:3312; sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y sostiene: *"la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención [Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas] y que los estados partes están obligados a respetar y garantizar"* (considerando 31 del voto de la Dra. Hihgton de Nolasco).

Todo ello sin perjuicio de la ley positiva del Estado que se trate, ya que aún cuando no existía al momento de los hechos, su incorporación se limita a cristalizar principios de *ius cogens* ya vigentes en el derecho internacional público consuetudinario.

Los Dres. Ricardo Lorenzetti (considerando 21 de su voto), Elena Highton de Nolasco (considerando 20) y Eugenio Zaffaroni (considerando 3) acompañan este argumento, y entienden que no se está aplicando en forma retroactiva la normativa internacional ya que al momento de su comisión, los hechos investigados eran considerados por la costumbre internacional crímenes de lesa humanidad, y por lo tanto resulta imposible exonerar a tales delitos de juzgamiento y declarar su prescripción.

Si bien la costumbre internacional vigente no cumple estrictamente con el requisito de ley escrita, no hay aplicación retroactiva de una norma penal más severa. De esta forma el principio de legalidad resulta morigerado pero no desplazado.

Por otro lado, los Dres. Juan Carlos Maqueda (punto X de su voto) y Antonio Boggiano (considerandos 40 y sgts. de su voto) avanzan hacia una restricción más intensa del principio de legalidad, apoyándose en sólidos antecedentes de derecho internacional, pues entienden que de todos modos la imprescriptibilidad se aplica sin importar el momento en que los hechos se cometieron, incluso de forma retroactiva: *“el castigo a ese tipo de crímenes proviene directamente de los principios surgidos del orden imperativo internacional y se incorporan con jerarquía constitucional como un derecho penal protector de los derechos humanos, que no se ve restringido por alguna de las limitaciones de la Constitución Nacional para el castigo del resto de los delitos”* (considerando 49, punto V de su voto). Al mismo tiempo afirman

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

que el principio de legalidad debe ceder frente al caso específico de la persecución de crímenes internacionales, entendiendo que, a partir del reconocimiento del rango constitucional de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad, ambos principios (imprescriptibilidad y legalidad) gozan de idéntica jerarquía.

Por su parte la ministra Carmen Argibay sostiene que *“no se viola el principio de culpabilidad, así como tampoco hay frustración de la confianza en el derecho, ya que la prescripción de la acción penal no es una expectativa con la que, al momento del hecho, el autor de un delito pueda contar; mucho menos con el carácter de una garantía constitucional, ya que el principio de defensa impone que se les de ocasión de hacer valer sus medios de defensa en la oportunidad y forma prevista por las leyes de procedimiento, pero no requiere que se les asegure la exención de responsabilidad por el solo transcurso del tiempo”*. A ello agrega un argumento ulterior: *“Tampoco puede omitirse la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad cuando ella es retroactiva, si se tiene en cuenta que fue dictada con la manifiesta intención de tener dicho efecto retroactivo”* (4º párrafo del considerando 46 de su voto).

En conclusión, sin perjuicio de las argumentaciones concretas de cada Ministro, el voto de la mayoría coincide en que los delitos de lesa humanidad nunca han sido prescriptibles en el derecho internacional ni en el derecho argentino.

c) La excepción de cosa juzgada.

Una aclaración preliminar: las causales que conducen a la extinción de la acción penal deben, generalmente, tratarse como cuestión preliminar. Ello

surge claramente del orden de las cuestiones que deben ventilarse al resolver la procedencia del sobreseimiento (art. 336 del C.P.P.N.).

Sin embargo, el sobreseimiento se dicta en base a una hipótesis probable, diferente a lo que ocurre en esta etapa procesal, en que para poder resolver acerca del planteo deducido, debemos saber si estamos frente al mismo hecho. Por ello encontrándose en mi concepto definitivamente fijadas las “conclusiones de hecho”, corresponde verificar si la excepción resulta admisible.

Paso así a ocuparme de la excepción de cosa juzgada deducida por la defensora oficial de Omar Alonso, Dra. Laura Inés Díaz introducida como cuestión preliminar, conforme el art. 376 del CPPN. La defensora consideró que de seguirse adelante este proceso, tal como los hechos fueron descriptos y atribuidos en el auto de elevación, se estaría vulnerando de manera grosera el principio de *ne bis in idem*, reconocido por el más Alto Tribunal a partir del precedente “Mattei” y en nuestra Constitución Nacional (art. 75 inc.22 y en los arts. 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 inc.7 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos).

La defensa se agravia puesto que su defendido, Alonso, ya fue juzgado y absuelto por la justicia ordinaria mediante resolución de fecha 12/02/96, pronunciamiento que fue apelado y confirmado por la Cámara de Apelaciones Criminal y Correccional, mediante sentencia de 25/11/96.

Que los hechos por los cuales Alonso fue absuelto son exactamente los mismos por que los que ahora se pretenden someter a juicio, razón por la cual, dijo que están dados los presupuestos de la cosa juzgada.

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

Que en nuestro ordenamiento no hay posibilidad de revisar la cosa juzgada en perjuicio de los imputados, y tampoco existe cosa juzgada irrita, ya que el error judicial no puede constituirse en motivo de nulidad.

Que la omisión de una prueba esencial (ADN) no puede ser atribuible a su hoy representado y que Alonso estuvo sometido a proceso, no fue beneficiado por ninguna ley, ni ninguna causal excluyente de la responsabilidad.

La cosa juzgada irrita solo puede relativizar el valor absoluto de la cosa juzgada solo cuando fue alcanzada por un concurso fraudulento de violencia, de cohecho lo cual no habría sucedido en este caso.

Señaló que no resultaba aplicable lo resuelto por la Corte en “Mazzeo”, puesto que allí se resolvió respecto de un sobreseimiento que se había dictado como consecuencia de un indulto, y después hubo nuevos hechos o denuncias que ameritaba que la denuncia siga adelante mientras que en este caso se trataría del mismo hecho. Que el Estado cumplió con las obligaciones internacionales asumidas en la materia, en el sentido que se investigó y citó un fallo de la Corte, “Sandoval, David Andrés”, donde se dijo que el Estado no tiene derecho a un nuevo juicio, cuando el error provenga del mismo Estado y que debe probarse el fraude procesal.

Por su parte el Dr. Marino Aguirre, adhirió al planteo de nulidad por aplicación del principio de cosa juzgada planteado por la Dra. Díaz, y de conformidad con el art. 172 del CPPN. por la regla de exclusión, si se declara la nulidad de la resolución del juez Corazza, que dio inicio a las actuaciones que devinieron en el posterior detención de Alonso, entonces también resulta nula la detención de su defendido.

A su vez el representante del Ministerio Público Fiscal, Dr. Hernán Schapiro solicitó el rechazo de la excepción de cosa juzgada. Señaló en primer lugar que la inmutabilidad de la cosa juzgada es relativa y citó a Chiovenda y lo decidido por la Corte Suprema en fallos 254:320 donde señaló que no es esencia de la cosa juzgada la inmutabilidad y que la misma cede, entre otros motivos, ante la existencia de fraude procesal. Se remitió al voto del Dr. Schiffrin, de la Cámara Federal de Apelaciones del circuito, en la resolución que confirmó el procesamiento de los aquí imputados, en cuanto señala que las sentencias dictadas por la justicia de la provincia, tanto de primera instancia como la de la Cámara de Apelaciones, son producto de un concurso de delitos atribuible a una orquestación entre los imputados y algunos testigos que actualmente están imputados por esa fiscalía en la instrucción residual. Que las maniobras que se hicieron para ocultar la identidad de la víctima, son las mismas que después se hicieron para consumir el fraude que llevó a esa instancia absolutoria, y que luego el examen de ADN demostró esa falsedad. Entonces no hubo error judicial, sino un fraude procesal que llevó a esta resolución y citó a la CSJN que señaló que la inmutabilidad requiere de un trámite contradictorio con garantía judicial de defensa en juicio, fallos 254:320, 278:85, considerando 18.

Por otra lado, consideró aplicable al caso la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Almonacid”, “Carpio Nicolle” y “Masacre de la Rochela vs. Colombia”. Que estos precedentes señalan que, ante la aparición de nuevas pruebas, es posible reabrir las investigaciones incluso si existe sentencia absolutoria pasada en la cosa juzgada.

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

Señaló que hubo una obstrucción a la tarea judicial desde la década del 80, por parte del imputado Alonso, quien estuvo prófugo y llevó a la víctima a Paraguay y con su accionar impidió la realización de dicha pericia.

Que resulta aplicable lo dicho en caso “Arancibia Clavel”, en los votos de Petracchi y Maqueda, en el sentido de que es doctrina ineludible para los tribunales de nuestro país lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para no caer en responsabilidades internacionales, cuando lo que está en juego es el orden público internacional.

Por último, el apoderado de la querrela representada por la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, Dr. Emanuel Lovelli señaló que este planteo ya fue introducido y rechazado durante la instrucción con confirmación de la Cámara de manera unánime, de la que se desprende que la sentencia absolutoria de provincia fue producto de un concurso de delitos que provocó esa resolución y que ordenó se investigue formándose la causa n° 176.

Adhirió a los argumentos del Fiscal Federal, citó la doctrina civil clásica expuesta en el libro del Dr. Hitters, “Revisión de cosa juzgada”, argumentando que si son aplicables en el ámbito civil, donde la verdad es un elemento respecto del cual las partes pueden disponer, con más razón sería aplicables en la esfera penal, en donde se tiende a desentrañar la verdad absoluta. En apoyo a su postura citó el fallo de la Sala I Ad Hoc de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, en causa n° 39816 - AMIA- “Galeano, Juan José y Otros s/Delito de Acción Pública”, con fecha 29 de junio de 2007, que, revocó un sobreseimiento pasado en autoridad de cosa juzgada, utilizando las categorías enunciadas por Gil Domínguez, sobre los vicios formales y sustanciales.

Expuso que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha abierto un camino progresivo en los fallos “Velázquez Rodríguez” y “Barrios Altos” donde dijo que no se podía alegar la no investigación de estos hechos así como en “Bulacio”, sobre el derecho a recursos judiciales idóneos para las víctimas. También citó a Gil Lavedra en “Bulacio” sobre las obligaciones del Estado en cuanto a la búsqueda de la verdad total, y también la imposición de la pena como una finalidad pública tendiente a comunicar que la norma infringida sigue vigente.

Por otra parte se refirió al fallo “Videla” sobre la relatividad de la cosa juzgada en estos procesos, y el fallo “Almonacid” de la Corte Interamericana sobre cosa juzgada irrita o fraudulenta cuando no hubo una intención real de someterse a la justicia. En este sentido señaló que durante toda la tramitación de la causa desde el año 1986 hubo obstrucción, y que rebatiendo lo dicho por la defensora Dra. Díaz que no era cierto que Alonso se había sometido a la justicia ya que se profugó.

Que asimismo ante la aparición del “hecho nuevo”, con el examen de ADN y la corroboración de la identidad de la víctima, quedó demostrado que la sentencia se torna injusta, hubo un giro total en la plataforma fáctica y da cuenta de la falsedad tanto del acta de nacimiento como de los testimonios. Señaló asimismo que hubo vicios de la voluntad en la víctima.

Advirtió que en “Mazzeo”, la Corte reconoció la posibilidad de revisar el instituto de la cosa juzgada, y el voto en disidencia de la Dra. Argibay, no resulta aplicable en razón de que se refiere a cambios de jurisprudencia mientras que en el presente caso estamos en presencia de un hecho nuevo. Por ello, pidió que no se haga lugar al pedido de la defensa.

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

En relación a la falta de acción para la revisión ello no es un obstáculo, citando como ejemplos los casos “Siri y “Kot” por los que se instituyó el amparo por vía pretoriana. Advirtió de igual modo que la revisión de la cosa juzgada está prevista en el código de rito y que en todo caso habría una falta de legitimación pasiva, y ese vacío se completa con la jurisprudencia y la doctrina internacional de los derechos humanos donde surge que las víctimas de las violaciones a los derechos humanos deben tener remedios satisfactorios para satisfacer el interés de las mismas.

Por último respecto de la adhesión del Dr. Marino Aguirre dijo que no hay agravio para el imputado Herzberg, toda vez que él no fue sometido a juicio.

Al momento de alegar, las partes se remitieron a lo dicho en oportunidad de introducirse la cuestión preliminar, agregando esta vez el Dr. Lovelli que la prueba rendida en el proceso había demostrado asimismo una grave conducta del juez de la justicia ordinaria Dr. Juan Carlos Bruni (h), por lo que formularon denuncia a su respecto a fin de que se investigue su responsabilidad.

Adelantó mi opinión de que el planteo de cosa juzgada no puede tener acogida por las siguientes razones.

La posibilidad de anulación de pronunciamientos en materia de violaciones a los derechos humanos con fundamento en la cosa juzgada irrita resulta indiscutible, a partir del fallo de la Corte Suprema de Justicia en el caso “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad”, en la cual declaró la inconstitucionalidad del indulto dispuesto por decreto del Poder Ejecutivo 1002/89.

En dicha oportunidad el Alto Tribunal dijo que *“Cabe recordar que la garantía de la cosa juzgada ha sido reconocida por nuestros tribunales como una derivación implícita de diferentes cláusulas de la Constitución Nacional. Hoy, además, está expresamente prevista en los arts. 8. inc. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14 inc. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Corte, al referirse a dicha garantía ha sostenido que “la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, en la medida que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia de orden público, siendo el respeto de la cosa juzgada uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro sistema constitucional” (Fallos: 312:122; 313:904, 1297). Sin embargo, dicho principio ha estado sujeto a algunas excepciones. Entre otras razones, el Tribunal entendió que la afectación a “...la seguridad jurídica, propia de las sentencias firmes...no debe ceder a la razón de justicia” (Fallos: 254:320); y que es conocido el principio conforme con el cual son revisables las sentencias fraudulentas o dictadas en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación. Y que no puede invocarse tal garantía cuando “...no ha habido un auténtico y verdadero proceso judicial, ni puede aceptarse que, habiendo sido establecida la institución de la cosa juzgada para asegurar derechos legítimamente adquiridos, cubra también aquellos supuestos en [que] los que se reconoce que ha mediado sólo un remedo de juicio...” (Fallos: 279:54, entre otros).(Causa M. 2333. XLII. y otros Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad sentencia del 13 de julio de 2007)*

En relación a la garantía constitucional de prohibición de la doble persecución penal agregó *“Que, lo cierto es que, más allá de cuáles son los*

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

contornos precisos de la garantía que prohíbe el doble juzgamiento respecto de delitos comunes, en el derecho humanitario internacional los principios de interpretación axiológicos adquieren plena preeminencia, tanto al definir la garantía del ne bis in idem como la cosa juzgada. Ello así en la medida en que tanto los estatutos de los tribunales penales internacionales como los principios que inspiran la jurisdicción universal, tienden a asegurar que no queden impunes hechos aberrantes. Por ello, sin perjuicio de dar prioridad a las autoridades nacionales para llevar a cabo los procesos, si tales procesos locales se transforman en subterfugios inspirados en impunidad, entra a jugar la jurisdicción subsidiaria del derecho penal internacional con un nuevo proceso.”

USO OFICIAL

La Corte recordó que a partir del “... caso 'Barrios Altos' CIDH - Serie C 75, del 14 de marzo de 2001, han quedado establecidas fuertes restricciones a las posibilidades de invocar la defensa de cosa juzgada para obstaculizar la persecución penal respecto de conductas como [las aquí investigadas]” (considerando 12 del voto del juez Petracchi en "Videla"; considerando 16 del voto del juez Maqueda en "Videla"). Recientemente, todos estos principios han sido ratificados por el mencionado tribunal interamericano al señalar que: "En lo que toca al principio ne bis in idem, aun cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la

intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada 'aparente' o 'fraudulenta'. Por otro lado, dicha Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana, desplazan la protección del ne bis in idem''.

(...) Que así los principios que, en el ámbito nacional, se utilizan habitualmente para justificar el instituto de la cosa juzgada y ne bis in idem no resultan aplicables respecto de este tipo de delitos contra la humanidad porque, "los instrumentos internacionales que establecen esta categoría de delitos, así como el consiguiente deber para los Estados de individualizar y enjuiciar a los responsables, no contemplan, y por ende no admiten, que esta obligación cese por el transcurso del tiempo, amnistías o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad de reproche..." (voto de la jueza Argibay in re: "Simón" Fallos: 328:2056).

Es decir que luego de este fallo de nuestro más Alto Tribunal no quedan dudas sobre **la obligación de declarar** la nulidad de resoluciones que adolecen de cosa juzgada 'aparente' o 'fraudulenta', para posibilitar la investigación de los responsables penales por violación a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario ya *"... que el Estado no podrá argumentar, prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio ne bis in idem, así como cualquier excluyente similar de*

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables (caso "Almonacid", CIDH -Serie C N° 154, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 154). (fallo citado considerando 36 in fine)

Este criterio ya había sido puesto de manifiesto en la causa 14216/2003 ex causa 450 *“la institución de la cosa juzgada deber ser analizada y construida sobre pilares compatibles con los derechos y garantías constitucionales no pudiendo reconocerse como inmutable a aquella sentencia que no ha respetado sino avasallado la defensa en juicio y el acceso a la jurisdicción.”* (Suárez Mason Guillermo y otros s/ homicidio agravado, privación ilegal de la libertad” del registro de la Secretaría n° 6, del 16-12-2003).

USO OFICIAL

Siguiendo esta línea de razonamiento, las resoluciones de la justicia ordinaria adolecen de graves defectos por violación a principios y garantías constitucionales establecidas a favor de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, que la hacen generadora de una *cosa juzgada irrita* y por tanto susceptible de revisión.

Ahora bien, a fin de fundamentar aún más este argumento, se recuerda que, de modo general, puede definirse a la cosa juzgada como el efecto que emerge de una sentencia firme -entendida como la decisión con la que culmina un juicio- y que convierte a esa declaración en inatacable e inmutable frente a posibles declaraciones jurisdiccionales posteriores; aunque, tal como quedó plasmado en la resolución del Dr. Canicoba Corral arriba citada, *“la validez de la cosa juzgada esta subordinada y condicionada al cumplimiento de los requisitos y a la observancia de los estándares sobre el debido proceso o proceso justo. De tal suerte que la intangibilidad de la cosa juzgada está condicionada a que la decisión judicial a la que se quiere atribuir tal calidad*

sea el resultado de un proceso ante un tribunal independiente, imparcial y competente y de un procedimiento con la observancia de las garantías judiciales”.

De acuerdo a lo expuesto, resulta que la revisión de la cosa juzgada írrita tiene raigambre constitucional y se configura como la posibilidad de revisar actos de un órgano de poder que vulneran derechos y garantías fundamentales y elementales normas de justicia “... *por cuanto, no puede otorgarse validez a **decisiones notoriamente injustas y erróneas, cuyo mantenimiento ocasionaría un serio e irreparable perjuicio y un agravio a la conciencia colectiva*** (Gil Domínguez, Andrés “*La acción de nulidad por cosa juzgada írrita, aspectos formales y sustanciales*” en L.L.2006- B, 7 de marzo de 2006) (el resaltado me pertenece).

Sobre este aspecto es necesario destacar que, tal como surge de la resolución de la Cámara Federal de Salta, “...*la aspiración de afianzar la justicia es un pilar estructural de cualquier sociedad civilizada, y en la nuestra constituye un principio rector del preámbulo de la Constitución Nacional. Es por eso que de los grandes males que aquejan en estos tiempos es la impunidad la que se torna intolerable. (...) Es decir de recordar en esta ocasión la doctrina del tribunal que consideró que, si bien la posible condena del inocente conmueve a la comunidad entera, en sus valores más sustanciales y profundos* (Con cita de “Fallos”, 257:132), esto ocurre también con *la absolución técnica de quienes han cometido un delito, en los supuestos en que la decisión alcanzada puede adolecer de deficiencia susceptibles de afectar una irreprochable administración de justicia. Tal circunstancia compromete principios constitucionales básicos, porque el consenso colectivo en la vigencia y eficacia de la ley es recaudo de la paz y el*

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

orden públicos, que en definitiva reposan en el imperio de la justicia (con cita de “Fallos”, 260:114; 280:297)...” (sentencia del 30/12/86, “Fallos”, 309:1729).- (V. fallo Cámara Federal de Salta en autos CABEZAS, Daniel Vicente y Otros s/ Denuncia - Palomitas - Cabezas de Buey” - 29 de Julio de 2003)

Citando a Hitters, resulta innegable que el rango de la seguridad es inferior al de otros valores jurídicos, tales como la justicia, que viene a ser el más elevado de toda la escala estimativa. El valor justicia cobra aún mayor relevancia cuando se trata de las violaciones sistemáticas a los derechos humanos durante la última dictadura militar (Conforme Hitters, Juan C. “Revisión de la cosa juzgada” Ed. Platense).

USO OFICIAL

También en este aspecto resulta atinado recordar el fallo de la Sala I de la Cámara Criminal y Correccional Federal en el caso “Crespi” *“De modo general, la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal indica que “el reconocimiento del carácter inmutable de una decisión judicial requiere la existencia de un trámite anterior contradictorio en el que se hayan respetado sustancialmente las exigencias de la garantía de la defensa en juicio” (Fallos 255:162) (...). A partir de esta doctrina, la Corte Suprema relativizó los efectos de la cosa juzgada, desconociéndose la inmutabilidad de aquellos pronunciamientos en los que media fraude, violencia, cohecho o cualquier otra circunstancia que impida que la sentencia sea el corolario de un debido proceso (Fallos 238:18, 254:320, 279:54, 294:434, 309:1689 -voto del Dr. Carlos S. Fayt, considerando 14, pág.1780-, entre otros). En términos análogos se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el precedente Castillo Petruzzi... En resumen, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos y para la Corte Suprema de Justicia de la Nación sólo*

adquirirá el efecto de cosa juzgada material aquellas sentencias que hayan sido dictadas luego de un debido proceso”.

Específicamente en materia penal la posibilidad de revisión de las sentencias firmes se encuentra prevista en el artículo 479 del CPP aunque sólo en beneficio del imputado, lo que afecta severamente disposiciones de jerarquía constitucional. Así lo ha entendido “...*la Sala Plena de la Corte Constitucional colombiana en ocasión de tratar una demanda de inconstitucionalidad contra la ley que prescribe que sólo serán objeto de revisión las sentencias condenatorias (artículo 220 numeral 3º parcial de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimientos Penal de Colombia). Luego de interpretar el bloque constitucional colombiano -el que, al igual que el argentino, se integra con tratados de derechos humanos- el Tribunal concluyó que “...tratándose de violaciones a los derechos humanos y de infracciones graves al derecho internacional humanitario, dichas restricciones [las que impiden revisar sentencias absolutorias] se tornan inconstitucionales, y por ello debe entenderse que frente a esos comportamientos, **la acción de revisión por la aparición de hecho nuevo o de una prueba no conocida al tiempo de los debates, procede también en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria, con el fin de evitar esos comportamientos atroces y poder esclarecer la verdadera responsabilidad de los procesados...incluso si no existe un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo del proceso, la acción de revisión procede frente a la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento o la sentencia absolutoria, siempre y cuando...[se constate] un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar, en forma seria e imparcial, las mencionadas violaciones. Esa [constatación de] la omisión del***

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

deber estatal de impartir justicia es entonces el elemento que justifica dejar sin efecto la decisión absolutoria que había hecho formalmente tránsito a la cosa juzgada, pues pone en evidencia que la cosa juzgada era en realidad aparente” (Expediente D-4041, Sentencia C-004/03, p. 37, del 20/1/2003).”
 (V. fallo “Crespi”).

Es decir, no cabe duda alguna que la posibilidad de remover los efectos de la cosa juzgada es plenamente admitida en los supuestos de un notorio desvío de los fines del proceso, del conocimiento de la verdad y de la actuación de la ley penal, generando una cosa juzgada irrita por contener graves defectos “in iudicando” e “in procedendo”.

En este sentido advierto que:

1.- La “investigación” fue realizada por la justicia ordinaria, cuando debió efectuarse en la jurisdicción federal, lo que constituye una franca violación a los artículos 116 de la Constitución Nacional y 3° de la ley 48. Aquí se ha inobservado una regla de orden público al someter al conocimiento de la justicia provincial un hecho como delito común cuando en puridad se trata de delitos de lesa humanidad. De allí la importancia de la fijación del contexto en el que ocurrieron los hechos que no sólo excede el supuesto fáctico de los artículos 146 y 139 inc. 2 del Código Penal, sino que lisa y llanamente se trata de otro hecho, de mayor gravedad, al punto de constituir un delito de Lesa Humanidad, imprescriptible, respecto del cual se pretende hacer valer un título obtenido mediante un concierto fraudulento delictivo que compromete severamente la irreprochabilidad del accionar de la administración de justicia.

2.- Existe como se anticipó, un erróneo encuadre jurídico realizado por la instrucción sobre los hechos como delitos comunes y no como crímenes de

lesa humanidad en el marco del terrorismo de estado llevado a cabo por la dictadura militar.

Sobre estos dos puntos es dable recordar que la causa n° 129.342 había sido iniciada por María Isabel Chorobik de Mariani, Estela Barnes de Carlotto, María Magdalena Campagnaro de Cena y Julia Irma Crespi de Spina, de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, en calidad de particular damnificada, con el patrocinio del Dr. Ramón Torres Molina, y que entre otros casos se denunciaba que la niña en poder del matrimonio Alonso – Di Mattía era presuntamente una menor desaparecida, hija de padres desaparecidos (ver fs. 7 de la causa 2413). Con copias de esa causa se dispuso formar causa por separado, dando origen a la causa n° 1222 caratulada “Menor inscripta como María Natalia Alonso- Omar Alonso (imputado) Di Mattía María del Lujan (imputado)- Suposición de estado civil y falsedad ideológica de instrumento público (de esta causa se desprendió la causa n° 2413 caratulada “Di Mattía, María del Lujan s/ suposición de estado civil y falsedad ideológica de instrumento público).

Ahora bien, al momento de dictado de la sentencia absolutoria (19/2/1996) por el Dr. Juan Carlos Bruni (h), nuestro país había asumido compromisos internacionales en materia de investigación y sanción de violaciones masivas a los derechos humanos mediante la incorporación con la reforma constitucional de 1994, de numerosos tratados internacionales.

En el fallo de fecha 25 de noviembre de 1997 por el cual la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de La Plata confirmó por mayoría la absolución de Alonso, debemos destacar el valioso voto en disidencia del Dr. Sal Llargués quien al fundar su postura, como primera cuestión, señala la errónea valoración de las pruebas efectuadas por el a quo al hacerlo “...*fuera*

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

del marco contingente en que los hechos investigado se verificaron” advirtiéndolo que “Como reconstrucción del pasado, el proceso penal no puede prescindir de esos datos del “aquí y ahora” de las conductas investigadas. Ello porque no puede llegarse a la verdad de lo ocurrido si se considera verdadero solo que atañe a las circunstancias inmediatas al hecho pero se descarta el marco general en que este tuvo lugar. Ello porque no hay verdades parciales o limitadas puesto que –en lo que se limite o compartimentalice- será mentira”.

USO OFICIAL

Es así que el hoy distinguido juez del Tribunal de Casación bonaerense advirtió en aquel entonces que los hechos materia de juzgamiento “... se verificaron en una época signada por una práctica de terrorismo de Estado que la XXIV Asamblea de la Organización de Estados Americanos sancionó y declaró crimen de lesa humanidad que fue la desaparición forzada de personas”..

Razonó que “en ese contexto, la circunstancia de que mujeres embarazadas hayan sido objeto de esa bestial práctica ha generado un subproducto de la misma como ha sido la apropiación de menores nacidos durante el cautiverio de esas mujeres y la subsecuente apropiación de los menores nacidos allí por diversas personas conocedoras o no de esa circunstancia”. “Ese marco –que es hoy público y notorio- hacen razonable la denuncia originaria de esta causa –que el sentenciante no ha considerado- y justamente versa sobre el importante número de casos de mujeres desaparecidas en estado de gravidez de cuyos hijos nada se sabía por entonces.” “Ello hace verosímil un “modus operandi” que consistió en la inscripción de hijos de otras personas como propios mediante el concierto de un número considerable de personas que consintieron en desarrollar tramos

de conducta que fueran necesarios para la perpetración de esas conductas fraudulentas” “Todas estas consideraciones son las que ha omitido el a quo al evaluar los hechos y así ha desoído la manda constitucional que le imponía tener en consideración las circunstancias del caso”.

Con lo dicho, queda claro que para el momento del dictado de la sentencia absolutoria, pesaba sobre el juez Bruni, en su carácter de juez del proceso, el cumplimiento de los deberes procesales que llevaran al dictado de un fallo ajustado a derecho. No es obstáculo a ello que hubieran intervenido con anterioridad otros magistrados atento que había medidas pedidas por el fiscal que no fueron proveídas, razón por la cual su realización no comprometía la imparcialidad del magistrado y porque en suma, toda la tramitación de la causa fue una parodia formalista en sustentada en las endeble declaraciones testimoniales que no podían sostenerse ante un conainterrogatorio medianamente serio.

3.- El proceso llevado adelante en el fuero ordinario fue objeto de un concurso de delitos desplegado por el propio imputado Alonso y por las falsas declaraciones de testigos convocados en aquella causa (Bosia, Sgro, Alí) que condujeron a una terminante violación del debido proceso legal, en el que tuvieron por veraces documentos públicos adulterados, todo lo cual impide reconocer efectos a la cosa juzgada. No puede permitirse que el delito rinda sus frutos, lo que ha punto estuvo de lograr el valioso voto del Dr. Sal Llargués.

El juez provincial, Dr. Juan Carlos Bruni (h), con fecha 19 de febrero de 1996 emitió sentencia absolviendo a Omar Alonso del delito de suposición de estado civil, sustracción de menor y falsedad ideológica de instrumento público destinado a acreditar la identidad de las personas en concurso ideal y

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

en concurso real con el de ocultamiento, por no hallarse probado el cuerpo del delito.

Para ello analizó prueba testimonial y documental, estimando que de la misma no surgía la certeza necesaria para condenarlo, y respecto de la prueba de histocompatibilidad, consideró que la misma resultaba de imposible realización.

Sin embargo, el análisis de ADN dispuesto por el juez federal Dr. Corazza demostró plenamente en ésta causa (expte 111 del Juzgado Federal n° 3 de La Plata, fs. 291/303) que la absolución de Alonso había sido producto de un concurso de delitos, desplegado durante el trámite del proceso penal provincial por el imputado Alonso y por testigos, hechos ilícitos que consistieron en la falsificación de la partida de nacimiento (art. 293 C.P.), en el uso de este documento en el proceso penal (art. 296) y en las declaraciones testimoniales falsas (art. 275 C.P.) de Francisco Bosia y Salvador Sgro. Todo ello fue confirmado por la confesión de Alonso, que como se dijo, permitió esclarecer esta escandalosa situación.

Ahora bien, ese concurso de delitos no provocó un mero “error” judicial sino que fue posible debido a la conducta gravemente negligente, al menos, del Juez Bruni, lo que no se extiende a los Jueces de Cámara por carecer de facultades instructorias y encontrarse limitados por el efecto dispositivo del recurso de apelación.

Conforme el llamado Código “Jofré” (Código de Procedimiento Penal, t.o. según ley 3589 y sus modif.) el juez Bruni era el conductor del proceso, quien debía llevar adelante la pesquisa, no obstante omitió acreditar que Di Mattía no estuvo embarazada, valoró como ciertos los dichos de testigos absolutamente mendaces, quienes además aparecían involucrados en los

USO OFICIAL

hechos, no tuvo en cuenta la pertinaz resistencia del imputado a la pericia de histocompatibilidad, omitió proveer lo conducente para realización de dicha medida, y se dejó domesticar por la versión falsa construida por el imputado y los testigos partícipes en los hechos.

Deliberadamente dejó que se conformara una verdad contrapuesta a la existencia real de los hechos, posibilitando la exculpación de quienes aparecían claramente como autores.

De este modo el juez Dr. Bruni omitió de los siguientes elementos y que le indicaban objetivamente el temperamento a seguir:

- La incomparencia de Alonso a la audiencia designada 30/7/1986 (ver fs. 41) y la fuga del matrimonio Alonso – Di Mattía a Paraguay (ver allanamiento de fs. 69 y orden de captura internacional dictada el 16/9/1986 en causa 129.342, conforme certificación de fs. 122)
- La negativa del imputado a someterse a la pericia de histocompatibilidad como asimismo a que la joven María Natalia, en poder de su consorte de causa Di Mattía en Paraguay, se realizara dicho examen.

Esta conducta del imputado a lo largo del proceso tendiente a obstaculizar la acción de la justicia, no fue computada como elemento de cargo tal como lo advirtiera el Fiscal en oportunidad de apelar una falta de mérito dictada en el proceso (fs. 389) y al formular la acusación (fs. 458).

A su vez, al valorar los testimonios de los vecinos, señaló que ninguno podría acreditar fehacientemente que Di Mattía no hubiere estado embarazada, pero consideró que aún cuando no lo hubiera estado, “ello sólo nos puede hacer presumir entonces que en realidad la niña no era su hija”(!). Una niña que aparecía inscripta como hija natural, pero que no era su hija, emplazada con un estado civil que no le correspondía, afectando los derechos de sus

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

progenitores o de su familia extensa, inscripta en documentos públicos adulterados, para el Dr. Bruni, ¿esa niña, era un objeto susceptible de apropiación como lo es una cosa perdida? El razonamiento de este juez es inverosímil.

Y en este derrotero tuvo por ciertas las versiones de quienes estaban involucrados en la maniobra delictiva (Bosia y Sgro), aún cuando estos revelan contradicciones sustanciales con los dichos del propio imputado, a saber: Alonso en su declaración indagatoria de fs. 217/226 sostuvo que al momento del parto de su esposa **no se encontraba en su domicilio ya que había viajado a Buenos Aires por razones de negocios**, y que había arribado una vez producido el alumbramiento, agregando que se había enterado de este hecho por los empleados del negocio. Por su parte los testigos Dr. Bosia (quien depuso a fs. 28/29 y fs.594/98) y Sgro (cuya declaración obra a fs. 665) refirieron en este punto que concurrieron al domicilio del imputado a fin de recibir una donación y que fueron atendidos por el propio Alonso **y que estando con él se descompuso la sra. Di Mattía.**

El juez pronunció el veredicto absolutorio pese no haber producido una prueba que había sido solicitada reiteradamente por el fiscal –y también por la denunciante Asociación Abuelas de Plaza de Mayo-, consistente en el examen de histocompatibilidad. Para ello el juez Dr. Bruni argumentó en la resolución que decidió la absolución de Alonso, que dicha prueba hubiera sido determinante pero justificó que “...ante el estado procesal en que asumiera el conocimiento de esta causa, el dictado en su momento de una medida para mejor proveer, y la imposibilidad que dimana del Código de rito (art. 262 del CPP), dicha probabilidad resultó de imposible concreción.”

Puestos a analizar las razones que invoca el juez a través del prisma de sus deberes como juez instructor, no resultan ni convincentes ni adecuadas. Veamos: Conforme las constancias en la causa, el juez se hizo cargo del Juzgado en lo Criminal y Correccional n° 9 de La Plata el día 19 de diciembre de 1995, comenzando a firmar en la causa n° 1222 (de la cual se desprendió la causa n° 2413) a partir de la resolución de fecha 26 de diciembre de ese año (ver fs. 764 de la causa n° 2413)

Ahora bien, para ese entonces y en relación a esta prueba, el estado de la causa era el siguiente: A fs. 57 de la causa 2413, (fs. 56 de la causa 1222 y 1102 de la causa 129.342) el Dr. Torres Molina solicitó se disponga la realización de pericia de histocompatibilidad con relación a la menor María Natalia. El entonces juez de la causa Dr. Brorrás dispuso mediante resolución de fecha 11/9/1986 (fs. 59) la citación de Alonso y Di Mattía para la realización de la extracción de sangre de la niña, la cual no se concretó puesto que se fugaron a Paraguay.

Luego de la detención de Alonso el 23 de diciembre de 1993, si bien el imputado al prestar declaración indagatoria manifestó su conformidad con la extracción de **su** sangre (ver fs. 224) como se verá esto no fue posible.

A fs 271 de la causa 2413 (fs 250 de la causa 1222) el juez Dr. Castelar ordenó por un lado comparencia del imputado para la extracción sanguínea, de la cual no existe constancia de su cumplimiento y respecto de María Natalia, dispuso la intervención del juez de menores (ver fs. 301) ordenando el traslado de la entonces adolescente María Natalia de Paraguay a Argentina (fs. 316). Sin que estas dos medidas se cumplieran, el Dr. Castelli declaró cerrado el sumario y dio vista la Fiscal (ver fs. 334).

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

El Fiscal Dr. Melazo advirtió que se encontraba pendiente la pericia la cual consideró “esencial” por vincularse con la prueba del delito, por lo que solicitó se practique dicha medida.

Es así que el Dr. Castelar dispuso comisionar una delegación integrada por personal del hospital Durand, de Interpol, de la Instrucción de la Brigada de Investigaciones conjuntamente con un integrante del Juzgado para que se constituyan en Asunción, Paraguay a efectos de hacer la extracción de sangre (fs 349 de la causa n° 2413 y fs. 324 en foliatura de la causa n° 1222).

A fs. 353 el abogado defensor de Alonso, Dr. Fernández Lecce entre otras cosas “transmitió” la negativa de la menor a realizarse la extracción de sangre, por lo que solicitó se deje sin efecto la medida, mientras que a fs. 356 el propio imputado, en ejercicio de su supuesta patria potestad se opuso a que le extrajera sangre a María Natalia y al mismo tiempo a que se extraiga su propia sangre.

A fs. 381 el Juez Peralta Calvo al resolver el pedido de libertad efectuado por la defensa de Alonso, consideró que al no haberse realizado la pericia de histocompatibilidad la cual era “esencial” para “acreditar el cuerpo del delito” y atento encontrarse los plazos procesales vencidos, dispuso la libertad por falta de mérito de los imputados Alonso y Di Mattía.

Esta resolución fue revocada por la Cámara de Apelaciones razón por la cual continuaron las actuaciones. Así en a fs. 450 (21/11/1994) el Fiscal Dr. Graciano formuló la correspondiente acusación mientras que fs. 465 ofreció pruebas, entre otras, la realización de la pericia de sangre (ver fs. 466).

Al ampliar su declaración indagatoria el 23 de noviembre de 1994, Alonso vuelve a negarse a que se le efectúe la extracción de sangre (ver fs.477 de la causa 2413 y 430 de la foliatura de la causa 1222) y a fs. 494 el defensor

de Alonso puso en conocimiento del juez que María Natalia había contraído matrimonio con Octavio Eduardo Fois el 24 de noviembre de 1994 en Asunción, Paraguay, acompañando el correspondiente certificado, en virtud del cual la joven se había emancipado conforme los art. 131 y 133 del Código Civil argentino, por lo que solicitó el cese de intervención del juez de menor y se deje sin efecto la medida de extracción de sangre sobre ella.

El 28 de marzo de 1995 el juez Dr. Atencio ordena la apertura a prueba de la causa y no hizo lugar a la extracción de sangre solicitada por el Fiscal atento la negativa del imputado (fs. 562/564 de la causa 2413 y fs. 494/495 de la causa 1222) mientras que a fs. 586 (fs. 511 de la causa 1222) dejó sin efecto la medida referente a la extracción de sangre a María Natalia y su consecuente traslado.

A fs. 732 Estela de Carlotto y Rosa Roisimbilt, en su carácter de presidenta y vicepresidenta de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo con el patrocinio del Dr. Torres Molina, solicitó que se de cumplimiento a lo resuelto por la Cámara de Apelaciones en el “Recurso interpuesto por el Dr. Torres Molina en causa n° 1222 (se refiere a la resolución dictada el 29 de mayo de 1995, la cual obra agregada en el Anexo documental que corre por cuerda), que textualmente cita en la parte pertinente: “Que sin perjuicio de las consideraciones precedentes el Tribunal entiende que las razones dadas por el “a quo” no impiden concretar aquella prueba previa obtención de una muestra de María Natalia Alonso, que hace al esclarecimiento de los delitos investigados”, por lo que **deberá el magistrado proveer lo conducente a su andamio**” (el resaltado me pertenece). A esta presentación, la jueza Demaría Massey dispuso que la peticionante debía previamente acreditar la personería.

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

Es decir, que el juez Bruni omitió cumplir con lo ordenado por la Cámara de Apelaciones y con la doctrina de la Suprema Corte de Justicia vigente entonces (ver fallo de 4 de diciembre de 1995, en autos respecto de la compulsividad de los exámenes hematológicos de histocompatibilidad genética o por medios alternativos tal como efectivamente lo realizara el juez federal Dr. Corazza mediante la orden de allanamiento para extraer materia genético.

La medida para mejor proveer dispuesta a fs. 750 (libramiento de oficio de informe a la Junta Nacional Electoral) que menciona el juez Bruni como otra de las razones que impedían la realización de la pericia conforme la limitación impuesta por el art. 262 del CPP vigente (que disponía que dicha medida solo procede una sola vez en cada instancia), no resultaba un argumento razonable, atento que como vemos, la pericia había sido solicitada por la Fiscalía, y le había sido ordenada por la Cámara de Apelaciones. Las medidas para mejor proveer impiden completar una instrucción deficiente pero no la realización de una prueba ofrecida y no diligenciada.

Por último darle valor a documentos públicos apócrifos, y a testimonios falsos, apoyando en ellos una sentencia absolutoria, cuando el propio juez admitió a título de hipótesis que Natalia podría no ser la hija de Alonso (fs 792) “pero sólo eso”; como si una niña pudiera ser un “res nullius” susceptible de apropiación, sólo se justifica en un obrar doloso enderezado a convalidar una situación delictiva previa, que debe investigarse con la profundidad que un delito de semejante gravedad amerita. Ello así porque en tal hipótesis, igualmente se emplazaba a la niña en un estado civil que no le correspondía impidiendo su identificación, y el ejercicio que correspondían a su progenie

con las secuelas negativas que ya hemos desarrollado, y que ampliaremos al tratar la mensuración de la punibilidad.

El **Dr. Portela** adhirió al voto precedente.

El **Dr. Rozanski**, dijo:

Las conductas enrostradas a Omar Alonso y Juan Carlos Herzberg encuadran en las figuras previstas por el Código Penal en los artículos 139 inciso 2 (sustitución de identidad) y 146 (sustracción, retención y ocultamiento de un menor de 10 años), mientras que en el caso de Alonso se adecuan además al tipo penal del artículo 293 del citado código.

1.- Carácter permanente de los delitos:

En cuanto al carácter permanente de los delitos, he de disentir con el voto de mis colegas preopinantes en el punto a la fijación del momento en que produce el cese de la acción delictiva, el cual a mi criterio acaeció cuando María Natalia Suárez Néelson tomó conocimiento de su identidad, es decir, en junio de 2006 al serle notificada de los resultados de los estudios de ADN efectuados por el Banco Nacional de Datos Genéticos.

Ahora bien, la sustracción es un delito instantáneo, que no requiere la consolidación de ningún poder de hecho sobre el niño (MAIZA, *op. cit.*, p. 243). El delito se consuma, mediante sustracción, con cualquier acto sobre el niño que quiebre la esfera de custodia de sus padres, tutores o encargados (Fallos: 314:898 y 317:492; NÚÑEZ, *op. cit.*, tomo V, p. 62; DONNA, *op. cit.*, p. 221) y no se requiere que el agente consolide sobre el niño su tenencia u otro poder más allá de la sustracción (CREUS, *op. cit.* p. 342; FONTÁN BALESTRA, *op. cit.*, tomo IV, p. 304).

Sin embargo, si tras la sustracción, cuya consumación comienza con el quiebre de la esfera de custodia del niño, continúa la retención o el

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

ocultamiento, entonces se tratará de un delito de ejecución permanente mientras la retención u ocultamiento sigan ejecutándose (NÚÑEZ, *op. cit.*, tomo V, p. 62; en sentido similar MAIZA, *op. cit.*, p. 243).

Por su parte, el delito se consuma por ocultamiento, mediante cualquier acto que impida conocer el paradero del niño, o que altere su emplazamiento en el estado de familia, o los datos que permitirían su identificación. Según el modo concreto el ocultamiento será instantáneo o de ejecución continuada o permanente (NÚÑEZ, *op. cit.*, tomo V, p. 62).

Tal como lo refiriera el representante del Ministerio Público Fiscal, Dr. Hernán Schapiro, se mantienen la retención y el ocultamiento desde que se solapa la real procedencia o mundo de origen bajo la atribución de un nombre como derecho personalísimo y una identidad como componente estructural de la personalidad, que llevan a la víctima a la errada convicción de que es quien no es. Mientras ese estado de cosas se mantiene, estos delitos, de carácter permanente no cesan de cometerse.

Es por ello que, aún cuando a los 21 años la persona puede conformar su propio mundo con cierta independencia de la familia, si el ocultamiento se sostiene, no están dados los elementos para que la persona pueda conformar su identidad con datos verdaderos, de modo que el delito se sigue consumando puesto que no hay forma de volver al estado de cosas anterior.

En doctrina se ha dicho que: *“Puede hablarse de delito permanente, sólo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se la pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del derecho en cada uno de sus momentos”* (Soler, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, Tº I, pág. 155).

A su vez Puig señala que *“El delito permanente supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor ... dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica”* (Puig, Santiago, “Derecho Penal, Parte General”, Barcelona, 5ª edic., pág. 202).

Por su parte Roxin dijo que *“Delitos permanentes son aquellos hechos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo”* (Roxin, Claus, “Derecho Penal, Parte General, Tº I, Fundamentos, La estructura de la Teoría del delito”, Ed. Civitas, 329).

El Procurador General en el caso “Videla, Jorge Rafael s/ incidente de apelación y nulidad de prisión” (Fallos: 328:4423) opinó a este respecto que *“el delito permanente supone el mantenimiento de una situación típica, de cierta duración, por la voluntad del autor, lapso durante el cual se sigue realizando el tipo, por lo que el delito continúa consumándose hasta que cesa la situación antijurídica. Y cuando se dice que lo que perdura es la consumación misma se hace referencia a que la permanencia mira a la acción y no a sus efectos. Por ello, en estas estructuras típicas "está en poder del agente el hacer continuar o cesar esa situación antijurídica; pero mientras ésta perdure, el delito se reproduce a cada instante en su esquema constitutivo”* (citando a Maggiore, G., Derecho penal. Traducido por Ortega Torres, T. 1, Bogotá, 1956, pág. 295).

Esta concepción aparece reproducida en el dictamen del Procurador General en Fallos: 327:3279 (J. 46. XXXVII, Jofré, Teodora s/ denuncia).

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

Puede decirse que a partir de este caso tal concepción ha sido incorporada a la jurisprudencia de la Corte Suprema, porque allí –por mayoría- la Corte resolvió por remisión a los fundamentos del representante del Ministerio Público (voto de los jueces Petracchi, Fayt y Maqueda; voto concurrente del Juez Boggiano), mantenido por la mayoría en Fallos: 330:2434 (“Rei, Víctor Enrique y otro s/sustracción de menores de 10 años -art. 146-”) con otra integración (voto de los jueces Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda).

En los delitos permanentes, el hecho se renueva constantemente. Y que ello determina que cuando durante la ejecución de un delito permanente se sanciona una ley que aumenta la pena correspondiente al delito, resulta aplicable la nueva ley más severa, toda vez que mientras se mantenga la situación antijurídica permanente, renovándose a cada momento la voluntad delictiva, no corresponde aplicar la ley anterior más benigna, por la mera razón de que el delito no ha dejado de cometerse.

Así, se ha dicho en forma reiterada que “...*las figuras de retención y ocultamiento de un menor de diez años integran la categoría de delitos permanentes, en los que la actividad consumativa no cesa al perfeccionarse el delito, sino que perdura en el tiempo, por lo que éste continúa consumándose hasta que culmina la situación antijurídica.*” (Dictamen PGN en causa “Rei”, del 15/8/06. La CSJN, el 29/5/07, remitió a estos fundamentos a fin de rechazar los agravios de la defensa).

El mismo criterio se verifica en el fallo “Jofré” (CSJN, 24/8/04 –Fallos 327:3279-), donde con remisión al dictamen del PGN, afirmó que “...*la permanencia de la consumación en la retención u ocultación de un menor de diez años, es un lapso que va desde la posible fecha de nacimiento del menor*

... hasta la del estudio genético ... que, en principio, haría cesar la situación de ocultamiento”, y que “...debe privar la ley 24.410, pues es la vigente en el último tramo de la conducta punible. Por otro lado, resulta claro que esta conducta delictiva continuó ejecutándose durante la vigencia de esta ley nueva, que se reputa conocida por el autor (art. 20 C.C.) y que siendo posterior deroga a la anterior.”

En el fallo Gómez (CSJN, 30/6/09): La Corte señaló que: “...en el caso "Jofre" (Fallos: 327:3279) en el que se investigó el mismo hecho por el cual resultó aquí condenado Jorge Luis Magnacco en calidad de cómplice necesario este Tribunal adhirió a las consideraciones efectuadas por el señor Procurador General, quien, siguiendo a Ricardo Nuñez, sostuvo que *"la sustracción, cuya consumación principia con el desapoderamiento del tenedor del menor o con el impedimento de la reanudación de su tenencia, se prolonga volviendo permanente el delito, con la retención u ocultación del menor fuera del ámbito legítimo de su tenencia"*. Y que teniendo en cuenta lo expresado acerca del carácter permanente del delito, el tiempo de comisión *"es un lapso que va según el criterio del a quo, no discutible en el sub judice desde la posible fecha de nacimiento del menor, hacia fines de 1978, hasta la del estudio genético, el 30 de agosto de 2000, que, en principio, haría cesar la situación de ocultamiento"*.

En el caso de María Natalia Suárez Nélon ha permanecido en desconocimiento de su identidad hasta junio de 2006, cuando como dije le fueron anoticiadas judicialmente los resultados de los estudios de ADN por el cual se revelaba que era hija biológica de María Elena Isabel Corvalán y Mario César Suárez Nelson, razón por la cual considero es el momento en que el delito previsto en el artículo 146 del CP imputado a Omar Alonso y Juan

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

Carlos Herzberg cesó de cometerse, cuestión que como se verá también gravitará respecto de la ley aplicable.

2. Artículo 146 del C.P. Ley aplicable y la sucesión de leyes a partir de la reforma por la ley 24.410.

De acuerdo a lo arriba señalado, la acción de retención y ocultamiento de una niña sustraída antes de los 10 años atribuida a Omar Alonso y la de sustracción y ocultamiento de una niña sustraída antes de los 10 años atribuida a Juan Carlos Herzberg encuadran en el tipo penal previsto por el art. 146 del CP.

USO OFICIAL

Ocurre que dichas acciones tuvieron comienzo de ejecución el día 8 de agosto de 1977 durante la vigencia del art. 146 C.P. en la versión original del Código Penal de 1921 según ley 11.179 -que preveía una pena de tres a diez años de reclusión o prisión-, conductas que se continuaron ejecutando, como delito permanente, y cesaron el día junio de 2006 – momento en que le fue notificada a María Natalia de los resultados de ADN- cuando se encontraba vigente la ley 24.410, que sin modificar los elementos del supuesto de hecho de la figura legal, agravó la escala penal aplicable, llevando su mínimo a cinco años de reclusión o prisión y su máximo a quince años (ley 24.410, B. O. 02/01/1995).

Es decir que se ha dado una sucesión de leyes durante el tiempo en que se desplegó la conducta antijurídica que hacen necesario determinar bajo que normativa debe encuadrarse.

En este sentido considero que resulta aplicable la figura del art. 146 del C.P. con la reforma introducida por la ley 24.410 por las razones que paso a exponer.

Tal como lo sostuviera en mi voto en la sentencia de fecha 6 de abril de 2004 en la causa n° 1702 “Berges Jorge Antonio y otros s/ art. 139 inc 2°, 292 y 293 del Código Penal, con cita de un fallo de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal (in re “Landa Ceferino y otra JA 2003 – IV, fasc. N°7), *“Si la sustracción, retención y ocultamiento comenzó a desarrollarse con anterioridad a la ley 24410 pero continuó con posterioridad al dictado de dicha norma, la escala penal prevista para dicho delito es la introducida por la ley 24410 del año 1995 (de cinco a quince años) y no la que tenía lugar al momento en que se inició el ocultamiento”*. Recordé en aquel entonces que en el citado voto en mayoría de los Dres. Hornos y Berras de Vidal fundamentaron dicha conclusión en que *“.....cuando el ilícito se prolonga en el tiempo son todos y cada uno de sus momentos idénticamente violatorios de la ley, pudiéndose imputar cualquiera de ellos a título de consumación... el dictado de una nueva ley que modifique la anterior en un sentido más desfavorable para el imputado, obliga al intérprete a establecer si el sujeto persiste o no en su omisión punible. Es decir, si sigue adelante con ella, pese a las disposiciones de la nueva normativa aplicársele ésta más severa que voluntaria y deliberadamente insiste en seguir infringiendo, no pudiendo luego ampararse para mejorar su situación en las circunstancias de que un tramo de la acción delictiva desarrollada, la ejecutó bajo una ley más benigna, ya que a pesar de la consecuencia más grave dispuesta por la última norma legal, siguió adelante con su conducta criminal.”*

Es decir que en el caso de delitos permanentes, si se produce una sucesión de leyes mientras dura su ejecución, se aplicará la ley que esté vigente al momento en que se consuma, es decir, cuando cesa la acción típica.

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

Así entonces resulta aplicable la norma que contempla las reformas introducidas por la ley 24.410, por cuanto los autores, aun conociendo las modificaciones legislativas continuaron en su obrar delictivo, por lo que su accionar doloso, cae también bajo el alcance de la nueva disposición.

La doctrina ha sostenido que *“si el sujeto persiste en su conducta punible, si sigue adelante con su acción pese a lo que manda la nueva disposición legal, estimamos que deberá aplicársele la ley nueva más severa, que voluntaria y deliberadamente insiste en seguir infringiendo, no pudiendo luego ampararse para mejorar su situación en la circunstancia de que un tramo de la acción delictiva desarrollada la ejecutó bajo una ley más benigna, ya que a pesar de la consecuencia más grave dispuesta por la última norma legal, siguió adelante con su conducta criminal”* (FIERRO, Guillermo J., *La Ley Penal y el Derecho Transitorio*, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 222).

Advierte Fierro que el autor está en condiciones de adecuar su conducta a las nuevas exigencias normativas y que *“existe un abismo de diferencia entre las situaciones ordinarias en que corresponde la aplicación ultraactiva de la ley penal anterior más favorable, que fue la única que el delincuente violó [...] y las hipótesis de delito permanente examinadas en donde el infractor persiste en su acción delictiva pese a conocer la mayor gravedad de ésta, pudiendo desistir de su empeño criminal”* (FIERRO, *op. cit.*, p. 224). En su obra *“Legalidad y retroactividad de las normas penales”* (Hammurabi, 2003, pág. 328 y ss.), Fierro sostiene que el autor del delito permanente puede voluntariamente cesar de continuar su acción ante la nueva ley más desfavorable, pero que al no hacerlo, renueva su voluntad, cometiendo el

hecho bajo la norma más gravosa, razón por la cual corresponde aplicar esta última.

Lo expuesto no importa una infracción al principio de ultraactividad de la ley penal más benigna contenido en art. 2 C.P., ni al principio de legalidad art. 18 C.N.

Sobre este punto y volviendo al citado fallo “Landa” la Cámara Nacional de Casación Penal dijo -en opinión que hago propia- que *“El principio de la irretroactividad relativa de la ley penal quiere proteger al infractor respecto de las consecuencias más graves que éste pueda sufrir como resultado de las nuevas valoraciones legales que se proyecten sobre actos ocurridos antes de la vigencia formal de esas valoraciones, pero no cuando la acción se sigue ejecutando luego de que ellas ya son obligatorias”.... “Ciertamente, el principio de legalidad, mencionado por la defensa, impone la obligación de juzgar el hecho conforme a la ley vigente al momento de su comisión. Es que, la represión es subjetivamente justa sólo frente a la posibilidad de los afectados de conocer en el momento de la infracción las consecuencias de esa índole establecidas para ella. De esto se deriva la necesidad de que la gravedad de las consecuencias del delito no exceda la medida establecida en el momento en el cual el autor se hace acreedor a ellas”.*

La misma doctrina fue reiterada por esa Sala en el caso “Fernández, Margarita Noemí s/ recurso de casación” (causa n° 6331, rta. 30/05/2007, Reg. n° 8740.4, voto de la jueza Capolupo de Durañona y Vedia, que concitó la mayoría y en el fallo “Rivas, Osvaldo Arturo y otros s/recurso de casación”, causa n° 9569 de la Sala II de 8 de septiembre de 2009,).

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

La cuestión se planteó y fue decidida por la Corte Suprema en el caso de Fallos: 327:3279 (“Jofré, Teodora”), donde se sostenía que la característica de delito permanente no impedía aplicar el art. 2 C.P., pues éste no admitiría ninguna excepción a su obligatoriedad en tanto su texto indica que “*se aplicará siempre la más benigna*”, lo que impondría aplicar la más benigna vigente al comienzo de ejecución de la acción, aunque otras más graves la hubiesen sucedido antes de que la ejecución cesara.

El Procurador General opinó que esta pretensión debía ser rechazada señalando que el art. 2 C.P. “menciona tres momentos: a) el tiempo de cometerse el delito, b) el del fallo, y c) el lapso intermedio entre ambos” y que en el caso de los delitos permanentes “*No nos encontramos entonces en la hipótesis del artículo 2 del Código Penal, que plantea únicamente el supuesto de un cambio de leyes entre el tiempo de comisión del delito y el de la condena o, eventualmente, el intermedio. Ni tampoco en los del artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni del artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues en estos instrumentos se habla del "momento de la comisión del delito", pero nada dicen si este momento se prolonga y rigen dos leyes distintas*”. (Dictamen del Procurador General en J. 46. XXXVII. Jofré, Teodora s/ denuncia. Buenos Aires, 23 de mayo de 2002)

Razonó entonces el Procurador General que esta situación no está expresamente contemplada en los dispositivos legales que establecen el principio de la ley penal más benigna, por lo que su aplicación no estaba en juego en el caso.

Así sostuvo que la retención y ocultamiento de un menor de diez años prevista en el art. 146 C.P. es “*un delito continuo e indivisible jurídicamente, y*

que durante su lapso de consumación rigieron dos leyes, ambas plenamente vigentes -sin que sea éste un caso de ultra actividad o retroactividad de alguna de ellas- en base al principio general del artículo 3 del Código Civil (tempus regit actum)”, y agregó que “por lo tanto, no se trata de un caso de sucesión de leyes penales (hipótesis del artículo 2 del C. Penal, donde se debe aplicar la más benigna), sino de un supuesto de coexistencia teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de los delitos permanentes”.

El Procurador General concluyó que *“como una sola de estas leyes es la que se debe aplicar -porque uno es el delito cometido- considero que estamos ante un concurso aparente de tipos penales, pues necesariamente uno debe desplazar al otro, y, en tal caso, debe privar, la ley 24.410, pues es la vigente en el último tramo de la conducta punible”.* Reforzó esta afirmación sosteniendo que *“resulta claro que esta conducta delictiva continuó ejecutándose durante la vigencia de esta ley nueva, que se reputa conocida por el autor (artículo 20 del C. Civil) y que siendo posterior deroga a la anterior (lex posterior, derogat priori)”.* Sobre el punto se hizo eco de opinión de Fierro ya citada anteriormente y argumentó por que *“puede apreciarse cómo el artículo 63 del Código Penal argentino, prevé que si el delito fuere continuo, la prescripción comenzará a contarse a partir del día en que cesó de cometerse, norma que está señalando la relevancia típica del momento en que se agota el hecho delictivo”.*

Sostuvo así que *“si la imputada hubiera consumado el delito con anterioridad, le hubiera correspondido la pena más benigna; como lo siguió cometiendo -siempre según la imputación- después de la vigencia de la ley 24.410, le corresponderá una pena mayor”*, agravamiento que según opinó el Procurador General *“tiene como base [...] su voluntad de seguir delinquirando,*

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

al prolongar la consumación del hecho ilícito [...] la solución [...] resulta acorde con el principio de culpabilidad y, desde otra óptica, no hiere el de igualdad (artículo 16 de la Constitución Nacional) puesto que no puede equipararse la situación de quien cesó de cometer el delito, una vez que la conminación penal se tornó más severa, con la de quien lo continuó cometiendo a pesar de ello”.

USO OFICIAL

He transcripto holgadamente la opinión del Ministerio Público, no solo por su gran valor argumental, sino porque, por mayoría la Corte Suprema se remitió a ese dictamen y lo hizo fundamento de su sentencia rechazando el agravio de la defensa (votos de los jueces Petracchi, Fayt y Maqueda; voto concurrente del Juez Boggiano, con disidencias de los jueces Belluscio, Vázquez y Zaffaroni; en la misma fecha votaron en igual sentido en Fallos: 327:3274 G. 523. XXXVII, “Gómez, Francisco s/ denuncia”).

Poco después de esas sentencias, el caso “Landa” llegó a conocimiento de la Corte Suprema, y fue objeto de la sentencia de Fallos: 328:2702. Allí el Procurador General no se pronunció sobre la cuestión de la sucesión de leyes durante la ejecución de un delito permanente porque consideró que la defensa no había cuestionado el carácter permanente del delito de retención y ocultamiento de un menor de diez años. La Corte, por mayoría, se remitió a los fundamentos del Procurador General (sólo el juez Zaffaroni, en disidencia parcial, se remitió a su voto en el caso “Jofré”).

Nuevamente la cuestión fue sometida a la Corte Suprema en el caso de Fallos: 330:2434 (“Rei, Víctor Enrique y otro s/sustracción de menores de 10 años -art. 146-”). El Procurador General destacó que el apelante se apoyaba en el voto disidente del caso de Fallos: 327:3279 (“Jofré”), pero no había expuesto razones suficientes para revisar el criterio que se adoptó por la

mayoría “o que importen nuevos argumentos que puedan llevar a una modificación de lo establecido”. A mayor abundamiento reiteró su opinión anterior en estos términos “Se concluyó entonces, con cita de autorizada doctrina, que las figuras de retención y ocultamiento de un menor de diez años integran la categoría de delitos permanentes, en los que la actividad consumativa no cesa al perfeccionarse el delito, sino que perdura en el tiempo, por lo que éste continúa consumándose hasta que culmina la situación antijurídica. Frente a estos hechos, la reforma de la ley 24.410 no introduce uno de los supuestos contemplados en el artículo 2 del Código Penal (que plantea únicamente la hipótesis de un cambio de leyes entre el tiempo de comisión del delito y de la condena o, eventualmente, el intermedio), sino que su aplicación al caso debe resolverse según la regla general del artículo 3 del Código Civil (*tempus regit actum*) en virtud de la cual el delito (en este caso, que aún se está cometiendo) debe regirse por las normas vigentes”. La Corte Suprema, por mayoría estricta, se remitió a ese dictamen (voto de los jueces Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda; el juez Zaffaroni, en disidencia se remitió a su voto en el caso “Jofré”, la jueza Argibay consideró inadmisibile el recurso).

Cabe hacer una reflexión en punto a los argumentos dados por los magistrados disidentes Belluscio, Vázquez y Zaffaroni en los fallos citados, siguiendo para ello los fundamentos brillantemente expuestos a este respecto por el Dr. Schiffrin, en el auto que confirmó el procesamiento de los aquí imputados (octubre de 2008). El camarista recordó que los jueces disidentes entendieron que, para determinar cuál es la ley aplicable, es necesario establecer primeramente el momento de comisión del hecho, que, en estos delitos, presenta particularidades, ya que la conducta comisiva se sigue

*Poder Judicial de la Nación
 Año del Bicentenario*

desarrollando en el tiempo, luego de la consumación del delito, teniendo un momento inicial y uno final. Concluyeron los cortesanos que *“...corresponde adoptar el criterio del comienzo de la actividad voluntaria como momento de comisión, no sólo porque permite una interpretación más restrictiva de la norma, sino porque evita incurrir en una contradicción que resultaría más gravosa; porque si bien la comisión del delito se prolonga en el tiempo desde su comienzo y hasta su conclusión, cuando una ley más gravosa entra en vigencia con posterioridad al comienzo pero antes del cese de la acción -tal como sucede en este caso- existe un tramo de la conducta que no se encuentra abarcado por la nueva ley -en el presente el transcurrido entre noviembre de 1978 y diciembre de 1994-, y obligaría a resolver la cuestión planteada retrotrayendo los efectos de la ley más gravosa, constituyendo una violación del principio contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional y en el art. 2 del Código Penal de la Nación”*.

Por ello, los ministros mencionados concluyeron que correspondía aplicar, en ese caso, el art.146 del C.P. en la redacción dada por la ley 11.179.

El mencionado Dr. Schiffrin respondió a esta postura, la cual me permito transcribir in extenso por su meridiana claridad, así dijo: *“La opinión del doctor ZAFFARONI, emitida en los precedentes “Jofré” y “Landa” citados, coincide con la que él mismo sostiene, ahora, en su obra más nueva (ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, Manual de derecho penal, parte general, Bs. As. Ediar, 2006, pág. 103, 2.º edición). Allí, el autor expresa:*

“Se ha sostenido que no hay retroactividad de esa ley [más gravosa] porque se aplica a un tramo de la conducta realizado en su vigencia, lo cual es verdad; no obstante, también es verdad que se aplicaría a un tramo de conducta no realizado en su vigencia. Por

ello, debe decidirse que no es posible aplicar la nueva ley a esa conducta”.

Esta es la misma opinión que sostuvo en la obra que reemplazó a su Tratado de derecho penal (Derecho penal, parte general, Buenos Aires, Ediar, 2002, pág. 123, 2.º edición), empero, en su Manual anterior, ZAFFARONI mantuvo la postura contraria, o sea, que correspondía aplicar la ley vigente al momento del cese de la comisión del hecho (Manual de derecho penal, parte general, Bs. As., 1986, pág. 181/182), opinión que también había mantenido en su Tratado (T. I, Bs. As., Ediar, pág. 475 y ss.). En esta última obra, el autor entendía que el momento de comisión, no era el del Acomienzo de la acción voluntaria”, como lo sostuvo en los fallos señalados, sino Ael tiempo del último acto de la conducta”, y, por ello, consideraba aplicable la ley vigente al momento en que cesaba aquélla, aunque fuere más gravosa (op. et vol. cit., pág. 477). Fundamentaba esta conclusión de este modo:

“Puesto que la norma funciona como imperativo no sólo en el momento inicial, sino también a lo largo de todo el desarrollo de la conducta y hasta el momento en que se cumple el último acto, la lógica que se encuentra en la base del régimen de sucesión de leyes induce a tener, por tiempo de comisión del delito, el tiempo del último acto de la conducta. Sólo aquí cesa para la norma la posibilidad de funcionar como imperativo y por ello, a partir de ese momento, el desarrollo ulterior del delito no cuenta a los fines de la sucesión de leyes” (loc. cit.).

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

USO OFICIAL

77) *En cierta medida las diferencias de criterio que se observan dentro de la doctrina argentina que hemos consignado tienen su paralelo en la tradición jurídica italiana. En ella, por ejemplo, CARRARA -que no se ocupa en la parte general, al menos, del problema de la sucesión de leyes- es terminante en el sentido de que en los delitos permanentes la violación de la norma se produce con el acto inicial, y la prosecución del delito, si bien puede mostrar perseverancia en la perversidad del ánimo, no se verifican ulteriores violaciones a la ley (Programma del Corso di Diritto Criminale, Parte Generale, vol. I, parág. 517, pág 438, 11. ° edición).*

La prosecución, añade el maestro de Pisa, consiste en mantener vivos los efectos del primer delito de un modo casi negativo, más bien que como una renovación de la acción en la que verdaderamente se dé un segunda infracción a la ley.

Posiblemente Carrara sólo ve la existencia de delito en los movimientos actuales de la voluntad modificatoria de condiciones preexistentes. Todas las demás etapas en que la situación no cambia, sino que se mantiene por inercia, no producen nuevas manifestaciones de lesión al derecho.

Podría objetarse que, de tal manera, la misma noción de delitos permanentes se debilita, pues no parece tan distinto a la situación de los delitos instantáneos con efectos permanentes.

De todos modos, la teoría de Carrara ha dejado una fuerte impronta en la doctrina italiana, pues ANTOLISEI (Manuale di diritto penale, Milano-Dott. A. Giuffrè-Editore, año 1960, pág. 191, 4. ° edición), dice que según una opinión muy difundida el delito permanente presenta siempre dos fases: la de

la realización del hecho descrito en la ley, por ejemplo, la privación de la libertad y la fase del mantenimiento del estado dañoso o peligroso.

Esta división en fases respecto del delito permanente es mantenida por la doctrina, sin que, empero, se sostenga la irrelevancia penal de las etapas sucesivas a la primera. BETTIOL, fundándose en ideas de Giovanni LEONE, expresa que el carácter del delito permanente consiste en la violación de distintos preceptos, el primero prohíbe u ordena una acción y el siguiente ordena la remoción del estado antijurídico creado por la desobediencia al primer precepto. «Estamos, por lo tanto en presencia de un doble precepto de doble aspecto, con esta particularidad además: que el segundo está condicionado al primero, en el sentido de que entra en funciones en la medida en que el primero fue desobedecido» (Giuseppe BETTIOL, op. cit, pág. 472/3).

Visto así el tema, la ley que establezca la agravación de la pena de la figura legal, y que abarque los últimos tramos de la desobediencia al precepto de hacer cesar el estado antijurídico, no puede verse como una aplicación retroactiva de la nueva norma si esos tramos son posteriores a la sanción de la misma. Se preguntará que ocurre con los tramos anteriores, pero, evidentemente la sanción mayor de la última fase absorbe la que correspondería a las precedentes.

Por eso se justifica tanto la solución de la ley alemana como la rotunda afirmación de ANTOLISEI (op. cit., pág. 191), BETTIOL (op. cit., pág. 122/123), de MAGGIORE (op. cit., pág. 202 y ss.) y de GRISPIGNI (op. cit., pág. 395/6), en el sentido de que en los delitos permanentes se aplicará la ley posterior más gravosa, si aún perdura la permanencia.

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

En consecuencia, toda vez que el último lapso del desarrollo del hecho que afectó a María Natalia entró en vigencia la ley 24.410, corresponde la aplicación de la misma al presente caso.”

Para concluir, amén de lo expuesto, el examen anterior permite sostener que –aunque por estricta mayoría- la Corte Suprema tiene establecida una jurisprudencia que es contraria a las pretensiones de las defensas la cuales además de no proveer nuevos argumentos que justificaran la revisión de esa doctrina, existen a criterio del suscripto otras razones que refuerzan el sentido de lo aquí decidido y que fuera expuestos en el voto del Juez García en el fallo “Rivas”.

USO OFICIAL

Así el citado magistrado señaló: *“En efecto, las conductas son libres de pena salvo que una ley las defina como delito y determine la sanción. Cuando se trata de una conducta o actividad libre de pena que, por su naturaleza no se agota en un acto, sino que consiste en una actividad continuada en el tiempo, la tesis que no comparto conduciría al absurdo resultado de que no sería aplicable a una conducta continuada ya iniciada y que aún no ha cesado una ley que después de su inicio la definiese como delito y la conminase con pena (un argumento análogo en FIERRO, op. cit., ps. 220 y 224). Por cierto, en términos estrictos, no puede decirse que la ejecución y consumación habían comenzado antes de la entrada en vigencia de la ley que define la conducta como delictiva, porque comienzo de ejecución y consumación dependen de la definición del supuesto de hecho de la ley penal y no puede haber comienzo de ejecución o consumación de una acción que no estaba todavía comprendida en ninguna figura penal. Sin embargo, el fundamento de la aplicación de la nueva ley a esta actividad continuada en el tiempo es que, por definición, el agente continúa o mantiene de modo voluntario una acción que cuando inició*

la actividad no era definida como delito y ahora sí lo es. Que en la medida de su responsabilidad y de la pena que le pueda corresponder no se incluya la valoración del tramo de la actividad libre de pena, por virtud del principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa, no significa que no pueda ser penado en absoluto con arreglo a la nueva ley.

Por razones análogas, si la nueva ley conmina más severamente la misma conducta que ya antes estaba conminada con pena –tal el caso de la ley 24.410 que sólo ha modificado la escala penal del art. 146- el agente que había comenzado antes de la entrada en vigor de ésta tiene en sus manos hacer cesar la consumación permanente, porque por definición, la consumación permanece porque él voluntariamente sigue ejecutando actos de retención u ocultamiento. Entonces, no hay afectación alguna a la prohibición de irretroactividad de la ley penal más gravosa, aunque parte de la conducta se hubiese ejecutado bajo una ley penal más suave. La relevancia de los dos momentos legales deberá ser tomada en cuenta en todo caso, al medir la pena, y la duración temporal de cada momento.

La tesis que no comparto lleva además a resultados absurdos y contrarios al principio de igualdad. Así, puesto que en general se sostiene que en los delitos permanentes se admite teóricamente la coautoría sucesiva u otras formas de participación ulteriores al comienzo de ejecución del delito, esa tesis llevaría a tratar más severamente al coautor sucesivo o al partícipe que efectúa su aporte al delito permanente después de la entrada en vigor de la nueva ley más gravosa. Así quien inició la ejecución de la acción bajo la ley más suave debería ser penado según ésta, aunque mantenga la acción de modo permanente y voluntario después de la entrada en vigor de la ley más gravosa, mientras que quien colabora con éste y da su aporte por primera vez

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

después de esta entrada en vigor debería ser penado según la ley más grave, aunque su aporte fuera menos extenso o menor que el del primero (véanse también, los otros supuestos críticos que trae FIERRO, op. cit., ps. 222/223).

Por estas razones, si por definición el delito permanente presupone que el agente mantiene voluntariamente la ejecución de una acción iniciada antes, y de ese modo la continuación de la consumación es producto no del efecto permanente de un delito instantáneo, sino de la permanencia de la acción, entonces debe aplicarse la ley más grave, salvo que entre el cese de la acción y la sentencia se hubiese dictado una más benigna.

USO OFICIAL

Tal como lo refiera el Fiscal, con lo dicho tampoco se advierte infracción al art. 9 CADH, conforme la doctrina de la Corte Interamericana en el caso “Tiu Tojín”. En dicho precedente se discutía la aplicación de una ley que introducía el delito de desaparición forzada de personas en el Código Penal de Guatemala, el Tribunal regional declaró que *“por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el derecho penal interno, si se mantiene la conducta delictiva, la nueva ley resulta aplicable”* sin infracción al principio de legalidad (confr. Corte IDH, “Tiu Tojín vs. Guatemala, sent. de 26/11/2008, Serie C, n° 190, § 87).

Por ello entiendo resulta adecuada la aplicación de la ley 24.410 al presente caso en lo que concierne a la figura del art. 146 C.P. al determinar la ley aplicable a los hechos cometidos por Omar Alonso y Juan Carlos Herzberg, de un modo que, por lo demás, se ajusta a la jurisprudencia establecida por la Corte Suprema en los casos “Jofré”, “Gómez” y “Rei” y por la Corte IDH en el citado caso “Tiu Tojín vs. Guatemala”.

3. Artículos 139 inciso 2° y 293 del Código Penal. Ley aplicable.

La conducta de alteración del estado civil de una niña menor de diez años de edad atribuida a Omar Alonso y Juan Carlos Herzberg encuadran en el tipo penal previsto en el artículo 139 inciso 2° del C.P, mientras que la de falsedad ideológica de instrumento público –certificado de parto y partida de nacimiento- y falsedad ideológica de instrumento público destinado a acreditar la identidad de las personas -D.N.I.- atribuida únicamente a Omar Alonso, se adecúa a la figura establecida por el artículo 293 del citado código.

Tanto la Fiscalía como la querrela solicitaron se aplique el tipo penal previsto por el artículo 139 inciso 2 en su redacción según ley 11.179, mientras que respecto de la figura establecida en el artículo 293 del código citado el texto de conformidad con la redacción de la ley 20.642.

Toda vez que los delitos de falsedad ideológica de instrumento público –certificado de parto y partida de nacimiento- y falsedad ideológica de instrumento público destinado a acreditar la identidad de las personas -D.N.I.- que se imputan a Alonso se consumaron el 16 de agosto de 1977, coincido con la opinión del voto de mis colegas preopinantes en punto a la aplicación del artículo 293 del C.P. según leyes 20.642 y 21.766, por imperio del principio del artículo 2 del Código Penal, por resultar más benignas que las vigentes en el período intermedio y en la actualidad.

Sin embargo he de disentir con voto en mayoría en lo que hace a la aplicación en su versión original del artículo 139 inciso 2° establecida por la ley 11.179, y habré de proponer la aplicación de la citada norma penal de conformidad con el texto de la ley 24.410.

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

Para ello nuevamente me remitiré a mi voto en la causa “Berges” arriba citada al tratar en el punto anterior, con más los argumentos allí desarrollados.

A ellos habré de agregar lo dicho por la Sala I de la Cámara Nacional Correccional y Criminal Federal de la Capital Federal, al rechazar una solicitud de prescripción respecto de hechos que encuadraban en el delito 139, inc. 2, C.P. en una causa en la que se investiga la responsabilidad penal por hechos de sustracción de menores (C. 39.628 “Bignone, Reynaldo B.A. s/Excepción de prescripción de la acción penal”, de fecha 28 de diciembre de 2006).

Allí, los integrantes de la Sala I manifestaron – en opinión que coincido – que el delito de supresión de identidad previsto en el art. 139 inc. 2 del C.P. contempla un elemento del delito de desaparición forzada de personas, cual es la falta de información o negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona y concluyeron que *“La sustitución de identidad de los menores provocó que la privación de la libertad se prolongara en el tiempo y que no se pudiera poner fin a la incertidumbre derivada del desconocimiento del destino de las víctimas. Por estas razones, la sustitución de identidad fue el medio en virtud del cual se llevó a cabo uno de los elementos del delito contra la humanidad investigado en autos. En consecuencia, y de acuerdo a las consideraciones precedentes, la sustracción de los menores señaladas y la sustitución de sus identidades son conductas subsumibles en el delito de desaparición forzada de personas.”*

4.- Relación concursal.

Coincido con mis colegas preopinante en punto a que el delito de falsedad ideológica de instrumento público reiterado, atribuido únicamente a Alonso, concurre -en las especiales circunstancias del caso- de modo ideal con

el delito de alteración de estado civil de la niña (arts. 54 y 139, inc. 2, y 293 C.P.).

Esta cuestión ha sido resuelta por nuestro más Alto Tribunal en el caso “Napoli, Erika y otros” (Fallos: 329:2136), que dijo que -de acuerdo a las constancias de esa causa- con el llenado y la suscripción de la solicitud de inscripción de nacimiento y del acta del libro de nacimientos del Registro Provincial de las Personas, se había logrado la expedición del acta de nacimiento y del documento nacional de identidad de la menor y que *“En tales condiciones, se trata de un caso de pluralidad de movimientos voluntarios que responden a un plan común y que conforman una única conducta -en los términos del art. 54 del Código Penal- insusceptible de ser escindida, en la que el delito de supresión de estado civil concurre idealmente con la falsificación del acta de nacimiento y del documento destinado a acreditar la identidad de la persona”* (en el mismo sentido decidió más tarde el caso de Fallos: 329:2136).

Debemos tener en cuenta que es éste el temperamento adecuado para al caso sub examen, puesto que como lo sostuvo la Cámara Nacional de Casación en el fallo “Rivas” *“En verdad, si se observa que es fácticamente posible cometer la falsedad ideológica en instrumento público, sin alterar el estado civil, y a la inversa tornarse incierto el estado civil de una persona sin falsedad documental (como lo hace Soler, op. cit., tomo III, p. 358 y Fontán Balestra, op. cit., p. 239, aunque llegan a otras conclusiones), la decisión sobre la concurrencia ideal o real dependerá en cada caso de la configuración de las conductas del agente.*

Ahora bien, cuando el medio elegido para alterar el estado civil de un niño es la creación u obtención de un falso certificado de parto o nacimiento,

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

podrá presentarse concurso ideal si ese es el primer acto consumativo con el que se torna incierto o se altera el estado civil del niño. La ulterior inscripción en los registros de nacimientos es un hecho de falsedad independiente de los actos anteriores, que se considerará consumada con la creación del instrumento, aunque por otras razones la alteración del estado fracase, o éste no pierda certeza.

De tal suerte, salvo en los casos en los que la supresión o alteración del estado civil tienen efecto por actos materiales anteriores al comienzo de ejecución de la falsedad de los instrumentos destinados a probar el nacimiento, o el estado civil, en los casos de concomitancia, esto es, en aquellos en los que la falsedad de los instrumentos opera ya en sí misma la certeza sobre el estado civil, o lo altera por alteración de la prueba de ese estado, los delitos de los arts. 139, inc. 2, y 293 C.P. caen bajo el supuesto del concurso ideal.”

Disiento sin embargo con la solución arribada por la mayoría, respecto de la relación concursal entre las conductas tipificadas en el artículo 146 del CP y las previstas en los artículos 139 inc. 2 y 293 del CP.

El artículo 55 del CP dice que habrá concurso real “cuando concurrieran varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena...”, cuyo alcance resulta determinado por exclusión del concurso ideal. El concurso ideal previsto en el art. 54 de dicho código se configura cuando un hecho encuadra en más de un tipo penal.

En el caso de autos, resulta clara la separación que existe entre las acciones de sustraer, retener y ocultar respecto de las conductas de alterar el estado civil mediante la falsificación de instrumentos públicos.

Tal como lo señalara el Fiscal, Dr. Hernán Schapiro, la sustitución, la retención y el ocultamiento del niño no implican, de modo necesario, la supresión o alteración de su estado civil. Si el agente elige además operar la alteración de su estado civil, se satisface al mismo tiempo la conducta alternativa de ocultación, que también consume al mismo tiempo el delito del art. 146 y el delito del art. 139, inc. 2, C.P, por hipótesis posterior en el tiempo a la retención. Si se trata de la acción alternativa de ocultamiento del niño sustraído, podría resultar del plan de configuración de la acción, que el agente haya concebido ocultar al niño sustraído mediante la alteración de su estado civil.

Sin embargo, en el caso bajo juzgamiento la sustracción por parte de Herzberg se constituye en una acción independiente de su participación en la alteración del estado civil que, en todo caso, estuvo enderezada a ocultar a María Natalia. Herzberg podría haber entregado a Natalia y desentendido de la cuestión, pero siguió accionando mediante la alteración/ocultamiento, hasta el momento mismo del ADN de María Natalia. De tal modo el concurso aquí es material.

Respecto de la acción de retención de María Natalia por parte de Alonso se extendió y diversificó mucho más allá que el mero ocultamiento mediante alteración del Estado civil, mientras la víctima era menor de edad y aún después del matrimonio forzado. Las acciones diferenciables como la salida del país para evitar que Natalia se enterara de su verdadera identidad, al tiempo que obstruir las investigaciones y las acciones coactivas sobre la propia Natalia, resultan suficientes para considerar la existencia de concurso material entre la retención y la falsedad ideológica

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

Es por ello que el caso de autos considero que existe un concurso ideal por unidad de hecho entre la alteración de la identidad y la falsedad ideológica, pero no así con las figuras del art. 146 del CP, donde concurren materialmente.

d) Considerando común.

1. El genocidio.

En sus alegatos, tanto la querrela como la fiscalía, aludieron a los hechos juzgados en este debate calificándolos como cometidos en el marco de un genocidio.

Este Tribunal, tanto en la anterior como en la actual composición y recientemente al fallar en la causa 2901 (Dupuy), dejó sentada su posición en cuanto a que en la argentina tuvo lugar un genocidio durante la última dictadura cívico militar.

Al respecto, cabe recordar una vez más sintéticamente los antecedentes de la incorporación del concepto de genocidio que luego se incorporarían parcialmente a la Convención respectiva.

Así, luego de la Segunda Guerra Mundial comenzó una discusión a nivel internacional acerca de cuál era la definición más adecuada del concepto de genocidio. Esa discusión -que se mantiene en la actualidad-, tuvo un hito en la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio aprobada por las Naciones Unidas en diciembre de 1948.

Dicha Convención, tiene a su vez un precedente que no puede pasarse por alto por sus implicancias en las conclusiones a las que arribó este Tribunal en el fallo hoy fundamentado.

Así, en la Resolución 96 (I) del 11 de diciembre de 1946, como consecuencia de los hechos vividos a raíz del nazismo, las Naciones Unidas invitaron a los Estados Miembros a promulgar las leyes necesarias para la prevención y castigo del genocidio.

En ese sentido se declaró que: “el genocidio es la negación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros, como el homicidio es la negación del derecho a la vida de seres humanos individuales; tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa grandes pérdidas a la humanidad en la forma de contribuciones culturales y de otro tipo representadas por esos grupos humanos y es contraria a la ley moral y al espíritu y los objetivos de las Naciones Unidas. Muchos crímenes de genocidio han ocurrido al ser destruidos completamente o en parte, grupos raciales, religiosos, políticos y otros”. Continúa luego señalando que: “La Asamblea General por lo tanto: Afirma que el genocidio es un crimen de Derecho Internacional que el mundo civilizado condena y por el cual los autores y sus cómplices, deberán ser castigados, ya sean estos individuos particulares, funcionarios públicos o estadistas y el crimen que hayan cometido sea por motivos religiosos, raciales o políticos, o de cualquier otra naturaleza”.

De la transcripción efectuada surge claro y es de sumo interés para este punto que en la Resolución citada, la comunidad internacional, horrorizada por el conocimiento de los crímenes cometidos por los nazis durante la segunda guerra mundial, sin vacilación incluyó en el concepto de genocidio, a los “grupos políticos, y otros” (SIC) en el primer párrafo transcrito y luego a los “motivospolíticos, o de cualquier otra naturaleza” (SIC).

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

A su vez, el art. 2º del primer proyecto de Naciones Unidas de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio señalaba: “En esta Convención se entiende por genocidio cualquiera de los actos deliberados siguientes, cometidos con el propósito de destruir un grupo nacional, racial, religioso o político, por motivos fundados en el origen racial o nacional, en las creencias religiosas o en las opiniones políticas de sus miembros: 1) matando a los miembros del grupo; 2) perjudicando la integridad física de los miembros del grupo; 3) infringiendo a los miembros del grupo medidas o condiciones de vida dirigidas a ocasionar la muerte: imponiendo medidas tendientes a prevenir los nacimientos dentro del grupo”.

Como se ve se mantuvo en el proyecto el carácter inclusivo tanto de los grupos políticos como de las opiniones políticas de sus miembros.

Sin embargo, debido a circunstancias políticas imperantes en la época en algunos Estados, la Convención sancionada en 1948 definió la figura de la siguiente manera: “se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal; a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo ; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

En esta nueva redacción, se aprecia que tanto los grupos políticos como las motivaciones políticas quedaron excluidas de la nueva definición. Se abrió a partir de allí y especialmente respecto de lo sucedido en nuestro país durante la dictadura cívico militar comenzada en 1976, una interesante cuestión acerca

de si las decenas de miles de víctimas de aquel terrorismo de Estado integran o no el llamado “grupo nacional” al que alude la Convención.

Como se señalara en las causas anteriores a partir de la sentencia dictada en el caso “Etchecolatz”, causa 2251/06, y se ratificara en la reciente Dupuy ya citada, se impone una respuesta afirmativa ya que los hechos sucedidos en nuestro país en el período en cuestión deben ser categorizados como genocidio, mas allá de la calificación legal que en aquella y en esta causa se haya dado a esos hechos a los efectos de imponer la condena y la pena.

La afirmación que antecede proviene del análisis que sigue y es el resultado de la utilización de la lógica más elemental.

Ya en la sentencia de la histórica causa 13 se dio por probada la mecánica de destrucción masiva instrumentada por quienes se autodenominaron “Proceso de Reorganización Nacional”.

Así, en la causa 13/84 donde se condenó a los ex integrantes de las Juntas Militares se dijo: “El sistema puesto en práctica -secuestro, interrogatorio bajo tormentos, clandestinidad e ilegitimidad de la privación de libertad y, en muchos casos eliminación de las víctimas-, fue sustancialmente idéntico en todo el territorio de la Nación y prolongado en el tiempo”.

Esta definición fue reproducida en la sentencia dictada el 2 de diciembre de 1986 por la Cámara Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal en la causa n° 44, introducidas ambas al debate por su lectura. Cabe agregar que en la misma causa 13 se aclaró luego que ese “sistema” se dispuso en forma generalizada a partir del 24 de marzo de 1976 (cap. XX causa 13/84).

Esta descripción realizada por aquel tribunal en el fallo citado así como las restantes sobre el particular que constan allí y las que se desarrollaron

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

luego en la causa 44 en la que se condenó a Etchecolatz por la comisión de 91 casos de aplicación de tormentos, marcó el comienzo de un reconocimiento formal, profundo y oficial del plan de exterminio llevado adelante por quienes manejaban en esa época el país.

Es precisamente a partir de esa aceptación tanto de los hechos como de la responsabilidad del Estado argentino en ellos, que comienza, un proceso de “producción de verdad” que debe incluir la aceptación de que en nuestro país tuvo lugar un genocidio. En el mismo, la producción de delitos de lesa humanidad no configuraron hechos aislados, sino que se enmarcaron en un proyecto mayor.

Respecto de si lo sucedido en nuestro país debe ser encuadrado en el concepto de “grupo nacional” según la redacción que tuvo finalmente el art. II de la Convención, este Tribunal en la sentencia Dupuy ya ratificó su posición afirmativa.

No obstante, cabe recordar lo referido por Daniel Feierstein, reconocido especialista en el tema: “...la caracterización de “grupo nacional” es absolutamente válida para analizar los hechos ocurridos en la Argentina, dado que los perpetradores se proponen destruir un determinado tramado de las relaciones sociales en un Estado para producir una modificación lo suficientemente sustancial para alterar la vida del conjunto. Dada la inclusión del término “en todo o en parte” en la definición de la Convención de 1948, es evidente que el grupo nacional argentino ha sido aniquilado “en parte” y en una parte suficientemente sustancial como para alterar las relaciones sociales al interior de la propia nación...El aniquilamiento en la argentina no es espontáneo, no es casual, no es irracional: se trata de la destrucción sistemática de una “parte sustancial” del grupo nacional argentino, destinado a

transformarlo como tal, a redefinir su modo de ser, sus relaciones sociales, su destino, su futuro” (Daniel Feierstein/Guillermo Levy. Hasta que la muerte nos separe. Prácticas sociales genocidas en América Latina, Ediciones Al margen. Buenos Aires, 2004, pág. 76).

Entendemos que de todo lo señalado surge irrefutable que no estamos como se anticipara ante una mera sucesión de delitos sino ante algo significativamente mayor que corresponde denominar “genocidio”. Pero cabe aclarar que ello no puede ni debe interpretarse como un menosprecio de las diferencias importantes entre lo sucedido en Argentina y los exterminios que tuvieron como víctimas (más de un millón) al pueblo armenio (primer genocidio del siglo XX producido a partir de 1915), el de los millones de víctimas del nazismo durante la segunda guerra mundial o la matanza en Rwanda de un millón de personas en 1994, para citar algunos ejemplos notorios.

No se trata como también se dijera en sentencias anteriores de este Tribunal, de una competencia sobre qué pueblo sufrió más o qué comunidad tiene mayor cantidad de víctimas. Se trata de llamar por su nombre correcto a fenómenos que, aún con diferencias contextuales y sucedidos en tiempos y espacios distintos registran una similitud que debe ser reconocida. Es que, como concluye Feierstein al dar las razones por las que distintos procesos históricos pueden llamarse de la misma manera “...utilizar el mismo concepto sí implica postular la existencia de un hilo conductor que remite a una tecnología de poder en la que la “negación del otro” llega a su punto límite: su desaparición material (la de sus cuerpos) y simbólica (la de la memoria de su existencia)” (obra citada pág. 88).

Asimismo, en un trabajo reciente, el autor citado incorpora un concepto

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

para el análisis de este tema sobre una modalidad genocida a partir de la experiencia del nazismo y que denominó “genocidio reorganizador”. Señaló que una de las peculiaridades de esta modalidad radica en el papel del dispositivo concentracionario como herramienta fundamental de su operatoria.

Referido a lo sucedido en nuestro país, señaló que “El caso argentino puede pensarse, complementariamente como una de las experiencias mas sintéticas y logradas de este “genocidio reorganizador” como modelo de destrucción y refundación de las relaciones sociales. Incluso como aquel proceso social que sugiere explícitamente el carácter de la práctica a través de su autodenominación como “ Proceso de Reorganización Nacional”, una novedad en relación tanto con otras dictaduras militares como con procesos genocidas previos” (Daniel Feierstein. El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina, pág. 356. Edit. Fondo de Cultura Económica. Bs As. 2007).

Señaló asimismo que una novedad de este modelo de genocidio es que se propone transformar las relaciones sociales al interior de un estado nación preexistente, pero de un modo tan profundo que logra alterar los modos de funcionamiento social del mismo (pág. 358).

Ese pensamiento “reorganizador” en el moderno modelo genocida, se puede apreciar en algunas de las numerosas exteriorizaciones que sus máximos gestores efectuaron ante los medios de prensa durante los años de dicho proceso. Así, baste una pequeña selección para abonar el concepto descripto.

“Desaparecido el sentido de la nacionalidad, de la vecindad, de la amistad, de la hermandad, todo se fue transformando en turbio y sucio. Terminó en el barro y en ese barro, se luchó por amor a Dios, la Patria y la

familia. Es el amor el que priorita y legitima las acciones de los soldados (...) En la guerra que peleamos, el amor al cuerpo social que se quiere resguardar es el que primó en todas las acciones. Porque en última instancia, al ser el marxismo la herejía moderna, lo que estamos viendo es el ‘acto presente’ de esa guerra constante entre el Bien y el Mal”. (pág. 21) Camps, Ramón J. A. Caso Timerman. Punto Final. Banfield, Editorial Tribuna Abierta, 1982.

“Subversión es subvertir los valores, siendo la guerrilla solamente una consecuencia objetiva de ello. Cuando los valores están trastocados, hay subversión (...) Además de combatir la subversión hay que gobernar, y gobernar empieza por poner en claro los valores tradicionales de nuestro estilo de vida”. Videla, Jorge Rafael, en La Prensa, 13 de mayo de 1976.

“La lucha se dará en todos los campos, además del estrictamente militar. No se permitirá la acción disolvente y antinacional en la cultura, en los medios de comunicación, en la economía, en la política o en el gremialismo”. Videla, Jorge Rafael, en La Prensa, 8 de julio de 1976.

“[Es bueno que nos miremos] como lo que somos, parte constitutiva de un fenómeno trascendente que nos excede como Nación (...) Durante los últimos treinta años se ha venido desarrollando una verdadera guerra mundial, una guerra que tiene, como campo de batalla predilecto, el espíritu del hombre (...) En medio de esta guerra de las culturas y las contraculturas, la Argentina atravesó un momento de aguda debilidad en sus controles sociales, y cada acto de seducción ilícita que se cometió con el pueblo, cada tergiversación, cada mentira, aceleraron el proceso de decepciones por donde habría de filtrarse, con el tiempo, el evangelio destructor de los totalitarismos (...) La palabras, infieles a sus significados, perturbaron el raciocinio y hasta del Verbo de Dios quisieron valerse los asesinos, para inventar una teología justificadora de la

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

violencia (...) Tenemos que reconquistar a Occidente. Pero, ¿qué es Occidente? Nadie lo busque en el mapa. Occidente es hoy una actitud del alma que ya no está atada a ninguna geografía”. Massera, Emilio E., en La Prensa, 16 de mayo de 1977.

“Por el sólo hecho de pensar distinto dentro de nuestro estilo de vida nadie es privado de su libertad, pero consideramos que es un delito grave atentar contra el estilo de vida occidental y cristiano queriéndolo cambiar por otro que nos es ajeno, y en este tipo de lucha no solamente es considerado como agresor el que agrede a través de la bomba, del disparo o del secuestro, sino también que en el plano de las ideas quiere cambiar nuestro sistema de vida a través de ideas que son justamente subversivas; es decir subvierten valores, cambian, trastocan valores (...) El terrorista no sólo es considerado tal por matar con un arma o colocar una bomba sino también por activar a través de ideas contrarias a nuestra civilización occidental y cristiana a otras personas”. Videla, Jorge Rafael, en La Prensa, 18 de diciembre de 1977.

“Los documentos de marzo de 1976 han definido claramente a la Argentina como impostada en la civilización occidental y cristiana. Esta definición, que se apoya en la afirmación de sus propios valores, no se halla condicionada a las actitudes aleatorias y erráticas de otros países integrantes de Occidente. Ese Occidente es para nosotros un devenir histórico más que una ubicación geográfica. Un devenir que nace en Grecia y se proyecta a través de Roma fecundada por la religión católica. Occidente se encuentra allá donde las ideas de libertad y fe en Cristo gobiernan el quehacer de los hombres”. Brigadier O. Agosti, en La Prensa, 11 de agosto de 1978.

“Sería absurdo suponer que hemos ganado la guerra contra la subversión porque hemos eliminado su peligro armado (...) Es en los ámbitos

religioso, político, educativo, económico, cultural y laboral, donde actualmente apuntan los elementos residuales de la subversión”. Suárez Mason, Carlos, en La Prensa, 7 de julio de 1979.

[Las pautas del Proceso de Reorganización Nacional] “ratificarán la clara definición de la Argentina como Nación occidental y cristiana. Porque la nación argentina es desde su origen parte de esa civilización. Estamos unidos en sociedad por las grandes coincidencias del amor a Dios, a la Patria, a la libertad, a la familia, a la propiedad, a la justicia, a la paz, al derecho y al orden”. Brigadier General Graffigna, en La Prensa, 11 de agosto de 1979.

“Llegué aquí desde mi país, que acababa de salir de una larga guerra contra los enemigos de la Nación, contra los permanentes enemigos de nuestra civilización, de una guerra en que participé intensamente por la gracia de Dios” (...) [Los subversivos actuaron] “sin Dios, sin familia, sin libertad, sin esperanza, sin el concepto del principio y el fin de la creación, con Satán por cabecera”. General Omar Riveros, en Le Monde Diplomatique (en español), 14 de octubre de 1980. (Discurso pronunciado ante la Junta Interamericana de Defensa).

“La nación es un sentimiento que se comparte y que va más allá de las organizaciones abstractas y de cuestiones de forma. Una unidad de destino (...) Vamos a sostener que la nación es un símbolo vivo de la identidad y de la solidaridad de la existencia humana, la síntesis plena de una cultura y de un estilo. Por eso podemos hablar de una ‘nación occidental’ ”. Camps, Ramón J., en La Prensa, 30 de enero de 1981.

“Casi sin darnos cuenta la ideología marxista creció sin limitaciones, desarrolló todos sus mecanismos, invadió nuestras vidas. No hubo liderazgo capaz de frenarlo, ni demagogia capaz de evitar el copamiento del poder, de

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

las instituciones y hasta de las costumbres argentinas. En este contexto de anarquía ideológica, de crisis de inteligencia, de ausencia de poder y de amenaza integral a nuestra unidad espiritual, las Fuerzas Armadas hicieron el Proceso de Reorganización Nacional”. Camps, Ramón J., en La Prensa, 17 de mayo de 1981.

Cabe referir como ilustración que quienes vertieron dichos pensamientos han sido condenados o procesados por delitos de lesa humanidad.

Las citas efectuadas (tomadas del libro “Censura , autoritarismo y cultura: Argentina 1960-193. Andrés Avellaneda. CEDAL, 1986”) y cuyos pensamientos centrales han surgido una vez más en el desarrollo de este debate. Difícil encontrar un ejemplo más perverso de un plan ”reorganizador”, que el robo de niños a sus familias de origen para su entrega a aquellas familias que comulguen con la ideología de los genocidas.

USO OFICIAL

2. Art. 2 inc e) de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio

Cabe señalar al respecto que de las pruebas colectadas en este debate, y teniendo en cuenta los casos ya juzgados con anterioridad (*Bergés - Etchecolatz por este mismo Tribunal, así como en Causa N° 1.351 NICOLAIDES Cristino y otros s/sustracción de menores, N°1499 VIDELA Jorge Rafael s/ supresión de estado civil de un menor”, causa n° 2963/09 caratulada “Bianco Norberto Atilio y otros s/inf. arts. 139, 146 y 293 del C.P.”, n° 8405/97 caratulada “Miara Samuel s/ suposición de estado civil”, Causa G. 1015; L. XXXVIII, “Gualtieri Rugnone de Prieto Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años -causa n1 46/85-”, rta. 11/08/2009*

CSJN, “*Rei, Víctor Enrique y otro s/sustracción de menores de 10 años -art. 146-*” “*de la Cámara de Casación Penal de 10/6/10, y causa 9569 “RIVAS, Osvaldo Arturo y otros s/recurso de casación”, Sala II de 8 de septiembre de 2009- de la Sala II de la CNCP)*, ha quedado acreditado que en la época de los sucesos, de manera sistemática y como parte del plan de exterminio llevado a cabo por la dictadura cívico militar en cuestión, se ha dado además el supuesto del inciso e) del artículo 2 de la Convención para la Prevención y la sanción del delito de genocidio.

Reza el aludido artículo e inciso: “*En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:...* e) *Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo*”.

Resultaría sobreabundante desarrollar las razones por las que cuando se arranca de sus brazos a una madre detenida-desaparecida, un bebé recién nacido -luego también desaparecido hasta que recobre su identidad- , el traslado del mismo hacia una familia previamente elegida por los genocidas, es obviamente por la fuerza, en los términos del artículo citado. Si bien, como se dijera, en la presente sentencia no se ha condenado a los imputados por el delito de genocidio, se impone dejar sentado lo que antecede, a los fines que sea tenido en cuenta el precedente en las investigaciones en curso sobre la materia. Ello por cuanto el aporte probatorio efectuado especialmente por la víctima de autos no sólo respecto de su caso, sino además de la presencia y vinculación estrecha entre el condenado Alonso y los restante condenados en otros procesos -Miara y Bianco- por delitos similares, en la ciudad de

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

Asunción del Paraguay, resulta significativo y por ello se deja constancia en esta fundamentación.

IV. SANCIONES PENALES:

El Dr. Falcone, dijo:

La función judicial de individualización de la pena constituye, junto a la apreciación de la prueba y a la aplicación del precepto jurídico-penal a los hechos penales, la tercera función autónoma del juez y representa la cúspide de su actividad probatoria (Jescheck, Tratado de Derecho Penal. Edit. Comares, Granada, 1993, págs. 787). La misma debe interpretarse como una *discrecionalidad jurídicamente vinculada*, por ello deben seleccionarse los principios o criterio de orden valorativo que deban regir dicha función evitando decisiones arbitrarias o desiguales. En este sentido puede afirmarse que “las operaciones que presiden la determinación discurren en varios niveles” (Bacigalupo, “La individualización de la pena en la reforma penal”, RF-DUC, T. 3, monográfico, 1980, pág. 60) : 1) Determinación de los fines de la pena: puesto que las normas penales (faz de conminación) deben servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos y con ello al libre desarrollo del individuo, así como al mantenimiento de un orden social basado en este principio, también la pena concreta sólo puede perseguir esto, es decir, un fin preventivo del delito. De ello resulta además que la prevención general y la prevención especial deben figurar conjuntamente como fines de la pena (Roxin, “Derecho Penal” TI, Civitas, págs. 81 y 95). No obstante un elemento propio de la teoría de la retribución debe pasar a formar parte también de la teoría preventiva mixta: el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena. Corresponde al sentimiento jurídico general la restricción del

límite superior de la pena a una duración correspondiente a la culpabilidad, lo cual, en esa medida, tiene pleno sentido desde el punto de vista preventivo. La “sensación de justicia”, a la cual le corresponde un gran significado para la estabilización de la conciencia jurídicopenal, exige que nadie pueda ser castigado más duramente de lo que se merece, y “merecida” es sólo una pena acorde con la culpabilidad. 2) Determinación de los elementos fácticos de la individualización de la pena: En primer lugar corresponde aclarar que en el ámbito de la individualización judicial de la pena, se opera con una culpabilidad para la medición de la pena y no para su fundamentación. Esta última atañe a la cuestión de bajo qué presupuestos existe responsabilidad jurídico penal, del “sí” de la pena; es decir del supuesto de hecho o tipo de conexión para la imposición de una pena; es decir del supuesto de hecho o tipo de conexión para la imposición de una pena; cuestión propia del concepto sistemático de culpabilidad. La culpabilidad para la medición de la pena, en cambio, atañe al supuesto de hecho o tipo de conexión para la medición judicial de la pena y por tanto “al conjunto de los momentos que poseen relevancia para la magnitud de la pena en el caso concreto” (Hans Achenbach, 1974, 4, citado por Roxin, ob. Cit. Pág. 814); cabe recordar que no pueden ser tenidos en cuenta criterios que ya incidieron en la determinación del marco legal (prohibición de doble valoración –art. 67 Cód. Penal Español). La gravedad de la culpabilidad como concepto en la medición de la pena, su contenido, dependerá en primer lugar de la gravedad del injusto del hecho realizado –comprensiva tanto del disvalor de acción (forma de ejecución del delito, etc.) como del disvalor del resultado (magnitud del daño, valor del bien jurídico afectado, situación de la víctima o su familia, etc.)- y en segundo lugar, de la gravedad de la culpabilidad por el hecho (móviles o motivos, etc.),

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

en el sentido dogmático del concepto (Jescheck, “Derecho Penal”, Bosch, pags, 801/802). Además, determinado lo anterior, debe tenerse en cuenta la personalidad del autor para la magnitud definitiva. Este desarrollo doctrinario encuentra sustento legal en el derecho comparado a través de los artículos 66.1 del Cód. Penal Español y & 46.I y 46.II del StGB; en el mismo sentido el Comité de Expertos encargados de la elaboración del proyecto de Código Penal para la Comunidad Económica Europea propone una fórmula análoga a los criterios aquí sustentados, concretamente en su artículo 15. En nuestro Código Penal los factores enunciados en ambos incisos del artículo 41 del Código Penal determinan las pautas a seguir, debiendo interpretarse, como unánimemente sostiene la doctrina nacional, que los criterios decisivos son tanto el ilícito culpable como la personalidad del autor (Ziffer, El sistema argentino de medición de la pena, Univ. Externado de Colombia, 1996, pág. 23). Sólo resta destacar que en este artículo sólo se hace una enumeración no taxativa de las circunstancias de la medición de la pena sin determinar la dirección de la valoración –al igual que en el & 46 del StGB–, es decir, sin pre establecer si se trata de circunstancias que agravan o atenúan.

En el proceso de cuantificación de las penas, en algunos casos, se tomarán en cuenta elementos que forman parte del supuesto de hecho pero que nada impide se lo considere al mensurar la pena, para “particularizar su intensidad” (Zaffaroni, Alagia y Slokar “Derecho Penal” Ediar, pág 1047) pues “ilícito y culpabilidad son conceptos graduables, y el paso decisivo de la determinación de la pena es definir su gravedad” (Ziffer, Patricia, “Lineamientos de la determinación de la pena”, Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, del voto del Dr. García in re “Coluccia Alberto y otro”, causa 9978, Sala II inédita).

Está fuera de cuestión que “la gravedad de un hecho depende también de la medida del padecimiento que o de qué intervención en los bienes jurídicos [el agente] le ha inferido al afectado” (Stratenwerth, Günther, Schweizerisches, Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Strafen und Maßnahmen, 2. ed Stämpfli & Cie. AG, Berna, p 182 nro 19, citado por el juez Luis García en causa “9978 “Coluccia”, opcit.).

Por último una reflexión final acerca de la realización de este tipo de procesos, llevados a cabo contra personas en general ancianas. Felix Herzog, discípulo de Winfred Hassemer recuerda que en el año 1992 a raíz del proceso en contra de Erich Honecker (último gobernante de la República Democrática Alemana), la justicia alemana se ocupó vivamente de la discusión acerca de la admisibilidad de llevar a cabo un proceso penal en contra de una persona cuya esperanza de vida es muy corta. En el caso de Honecker, el Tribunal Constitucional Berlínés afirmó que el proceso llevado en contra de un moribundo, ya no podría alcanzar su finalidad legal, que consistiría en realizar la legítima pretensión de la comunidad estatal de esclarecer los hechos y que eventualmente se condene al autor. Que de este modo el proceso penal se convertiría en un fin en si mismo, que haría de la persona nada más que un objeto de medidas estatales.

Herzog señala que en este tema no está sólo en juego el fin del proceso penal y la pena sino “la necesidad de justicia para las víctimas y sus familiares”.

En tal caso, al tratarse de delitos gravísimos no se violenta el principio de proporcionalidad, “no creo que sea para nada cínico fundamentar la prosecución del proceso penal contra personas ancianas con el argumento de que se quiere dar al imputado la posibilidad de reconciliarse con la sociedad.

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

Esta perspectiva tiene puntos de encuentro con todas las formas conocidas de pedir perdón...” y cumple con el fundamento retribucionista, al tomar en consideración el injusto pasado. No es necesario llegar a la rigurosidad de Kant en el conocido ejemplo de la isla en “La metafísica de las costumbres” porque aquí no nos referimos a la ejecución de la pena de muerte, sino a un sentido de justicia frente a una pena prescindente de fines.

Concluyó Herzog en su interesante artículo que entiende con Hassemer que la pena no pretende la “adaptación o disuasión” sino la afirmación pública y aseguramiento de normas fundamentales. El proceso penal cumple así una función de resocialización y reconciliación (Ver Herzog Felix ¿No a la persecución penal de los dictadores ancianos? Acerca de la función del Estado en la persecución de la criminalidad estatal, Política Criminal, N° 5, 2008, D-5 pág 1-9). El artículo citado enriquece una discusión cuya actualidad es innegable.

En función de todos los principios precedentemente señalados, consideramos las pautas de los arts. 40 y 41 del C.P, del siguiente modo:

Omar Alonso: como atenuante su falta de antecedentes penales (Cam Nac.Cas.Penal, Sala II, causa 15083, “Rivas Osvaldo Arturo y Otros” S/ Infracción arts 139 inc. 2, 146 293 del C.P., voto del juez García, al que adhirieron los Dres Yacobucci y Mitchell) y como agravantes: a) circunstancias que se refieren al hecho: en este aspecto cobra especial relieve la intensidad del daño causado a María Natalia Suarez Nelson y a su familia biológica. La duración de la retención permite enjuiciar también la extensión de su padecimiento en palabras de Stratenwerth, citado, que ha permanecido por espacio de veintiún años; en este sentido téngase en cuenta que Alonso recibió a María Natalia el 8 de agosto de 1977 y que la nombrada alcanzó la

mayoría de edad el 8 de agosto de 1998 y b) en orden a las circunstancias que se refieren al autor: el trato ocasionado a la víctima, provocando un mayor sufrimiento psicológico al manifestarle que “era su hija, producto de una unión extramatrimonial”, y posteriormente al trasladarla a Paraguay con la finalidad de evitar su identificación, e incluso ejerciendo una fuerte presión psicológica para que contrajera matrimonio y permitiera, de esta manera, negarse a un eventual cotejo de sangre que pusiera al descubierto los delitos cometidos; así también la pluralidad de injustos comprendidos en el fallo.

Sobre el daño psicológico sufrido por María Natalia Suárez Nelson se torna imperioso formular algunas breves reflexiones.

“Hay, naturalmente, muchos tipos de padres. Algunos de ellos dejan a sus hijos un legado de inteligencia, bondad, sentido ético y valor. Después de su muerte su personalidad continúa viviendo gracias a sus descubrimientos científicos, su producción artística, las instituciones políticas sociales o económicas que han fundado, o, sencillamente, merced a la casa que han construido y a la tierra que han cultivado con sus propias manos” (Ver *La incógnita del hombre*, Ed. Josquin Gil, Buenos Aires, 1944, Cap. VII p. 276).

María Natalia Suárez Nelson fue arrebatada de sus padres, de su historia familiar, emplazada en un mundo distinto, sin posibilidad alguna de elección, sacada del país, y luego de conocido su origen, “una crianza apoyada en la mentira”, debió padecer un proceso de confusión y angustia al reubicar sus afectos (ver sobre el riesgo psicológico el voto del Dr. Petracchi en causa “Scaccheri de López, María s/ dca, 706-XX, sentencia del 29 de octubre de 1987). Esto constituye un tramo del gravísimo daño psicológico ocasionado por Alonso.

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

Por último quiero señalar que la ley más benigna aplicable a los imputados Alonso y Herzberg, como así también, la relación de concurso ideal entre los delitos cometidos, determinan un marco penal que no refleja adecuadamente la intensidad del injusto y la gravedad de su culpabilidad, pero los jueces no somos legisladores ni podemos torcer la dogmática penal aplicable al caso porque las penas nos parezcan insuficientes; los jueces somos esclavos de la ley.

Juan Carlos Herzberg: a) circunstancias que se refieren al hecho; rigen las mismas consideraciones sobre la extensión del daño causado, haciendo hincapié que su intervención en el hecho es más breve que la del concausa Alonso y que a su respecto resulta aplicable la escala penal menos grave.

En cuanto a las circunstancias referentes al autor, b), se tiene en cuenta como atenuante su falta de antecedentes penales y como agravantes su condición de militar, más precisamente capitán de navío; en tal sentido la condición de militar le ha permitido el acceso o contactos con otros agentes del Estado facilitando la sustracción de la niña después de su nacimiento; se releva en este tópico, especialmente, que sus acciones han formado parte, aunque en medida limitada del acto complejo de desaparición forzada.

No corresponde imponer la accesoria del art 12 del C.P. en toda su extensión tal como lo paso a desarrollar.

Inconstitucionalidad de la incapacidad civil accesoria del art. 12 del C.P. El art. 12 del Código Penal dispone que “la reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve

el Tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces”.

El Tribunal Federal de Mar del Plata conforme resolvió en causa “Yaques, Ivan S/ Infracción ley 23727”, entiende que resulta inconstitucional la accesoria dispuesta en el art. 12 del Código Penal, conforme argumentación expuesta en el voto del suscrito al que adhirieran los Dres. Portela y Parra.-En tal sentido se transcribe lo que resulta pertinente-.

“Entiende Zaffaroni en opinión que suscribo que la incapacidad civil del penado tiene el carácter de una pena accesoria. (ver Tratado de Derecho Penal, Vol. V pág. 251). La prueba más clara señala el autor citado, “es que el penado, por el hecho de estar privado de su libertad, no está fácticamente imposibilitado para realizar los actos para los que el art. 12 le incapacita. La ley misma admite esta realidad cuando impone esta pena únicamente a quién está penado por más de tres años: si la incapacidad fuese una consecuencia máxima del encierro, y no tuviese otro fin que el tutelar, no tendría ningún sentido ese requisito, puesto que e la misma situación de incapacidad se hallarían todos los que están privados de libertad, sea cual fuere el tiempo de su privación”.

El art. 75 de la Constitución Nacional conforme la reforma de 1994, ha incorporado en su inciso 22 con jerarquía Constitucional, en cuanto aquí interesa, los siguientes Tratados: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; La Declaración Universal de Derechos Humanos; La Convención Americana sobre Derechos Humanos; La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles o Degradantes, El Pacto Internacional

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

de Derechos Civiles y Políticos. Este último, aprobado por ley 23.313, dispone en su art. 10 que “toda persona privada de su Libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, edicta en su art. 5 apartado 6to. que “La penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

La vigencia de los Tratados internacionales señalados, me obligan a examinar si la incapacidad civil accesoria del art. 12 del C.P. se adecua a su texto. La respuesta no puede ser otra que la negativa.

La incapacidad civil del penado, es la herencia superviviente de la “muerte civil” del Derecho Romano y de las Partidas. Representaba una pena infamante que tenía por objeto estigmatizar o separar al reo de la comunidad social, obstaculizando, cuando no impidiendo el ideal resocializador que claramente informan los Convenios Internacionales suscritos por la República Argentina. Concretamente puede afirmarse que esta pena es estigmatizante, indigna e inhumana, tal como lo sostienen Bustos Ramírez (Derecho Penal, Parte Gral. edición 1994, pág. 593), y Santiago Mir Puig (Drecho Penal Parte General, pág. 795). Se advierte que esta accesoria, reviste a la sanción penal de tintes moralistas, al establecer un reproche moral ficticio por parte de la colectividad en la órbita familiar y patrimonial, soslayando, la obligación que le incumbe al Estado de proveer en la medida de lo posible a su resocialización. Se convierte de este modo en una pena infamante, impropia de un Estado de derecho que debe tratar a todo condenado como lo que es, un ser humano.

La reforma penal producida por el gobierno democrático español, llevó en 1983 a derogar la interdicción civil prevista en el art. 43 de su Código

Penal como accesoria de la pena de reclusión mayor. El fundamento político-criminal expuesto por F. Morales puede sintetizarse así:

1) “La supresión de la pena de interdicción en la Reforma del 8 de junio de 1983 constituye una decisión plausible, dada la carencia de legitimidad político-criminal de la sanción. Desaparecen así, los perturbadores efectos de estigmatización social, que comportaba su imposición”.

2) “La pena de interdicción como sanción operativa con carácter general suponía revestir a la reacción penal de tintes moralistas, y en última instancia, a través de la misma se pretendía establecer un ficticio reproche moral de la colectividad en la órbita familiar y patrimonial del condenado”.

3) “El Derecho Penal renuncia a imponer sanciones con carácter indiscriminado en orden al ejercicio de deberes-función familiares, mediante la pena de interdicción civil. Como excepción a este postulado de partida, subsisten en el Código Penal medidas de aseguramiento en interés de terceros pertenecientes a la formación social familiar, en atención del significado de los delitos perpetrados...”

4) “En las restantes hipótesis delictivas de la parte especial, la condena penal tan solo podrá constituir el presupuesto de aplicación de las medidas de naturaleza estrictamente civil, que implican la imposibilidad de ejercicio de determinados deberes-función familiares...” (ver **Gonzalo Quinteros Olivares**, “Derecho penal”, Marcial Pons, 1989, pág. 666 y sgtes).

De todo lo expuesto, surge claramente que la pena accesoria impuesta por el art. 12 del Cód. Penal en orden al ejercicio de ciertos derechos civiles, atenta contra la dignidad del ser humano, afecta a su condición de hombre, que no la pierde por estar privado de su libertad, produciendo un efecto estigmatizante, innecesariamente mortificante, violatorio de los artículos 10

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 5 apartado 6to. De la Convención Americana de Derechos Humanos, y del art. 18 de la Constitución Nacional por lo que corresponde declarar de oficio su inconstitucionalidad.

Por lo precedentemente expuesto corresponde declarar la inconstitucionalidad de la incapacidad civil inherente a toda condena mayor a tres años de prisión o reclusión establecida en el art. 12 del Código Penal”. (ver causa “Yaques”, citada infra).

Últimamente Zaffaroni ha sostenido que “la privación de estos derechos al igual que la suspensión de la patria potestad no resultan de la restricción ambulatoria que importa el encierro. Sin duda esta pena accesoria lesiona el principio de mínima irracionalidad, lo que indica que la ley debe ser interpretada muy restrictivamente, para evitar decisiones inconstitucionales. Para ello, debe tenerse en cuenta que la curatela es un instituto de derecho civil, que tiene carácter tutelar y, por ende, no puede interpretarse de modo diferente en sede penal... No puede imponerse mecánicamente, porque si falta el supuesto tutelar su fundamento sería un resabio de muerte civil y, por ende, sería inconstitucional” (ver **zaffaroni, Eugenio R. Alagia Alejandro, Slokar Alejandro**, Derecho PENAL, Parte General, Ediar, 2000 pág. 942/943).

En un libro de reciente publicación en España en el que se narran las vinculaciones de Edmund Mezger con el nacionalsocialismo existen referencias de interés para resolver las cuestión examinada; su autor Muñoz Conde refiriéndose a Sigfried Koller considerado el padre de la bioestadística alemana de posguerra reproduce una carta que éste le escribía a su maestro Kranz en 1941 sobre lo que debía hacerse con los incapaces de comunidad “Gemeinschaftsfremde”. “Ahora disponemos del conocimiento científico de

USO OFICIAL

que los incapaces de comunidad actúan condicionados por una carga hereditaria de rango valorativo inferior y que esa carga se trasmite por lo menos por término medio o incluso en una medida superior al término medio... Este peligro debe ser prevenido por la privación de derechos civiles honoríficos”. Anota el comentarista: “entre los derechos que suponen “la dignidad del individuo” –el encodillado pertenece al original- de la que “los incapaces de comunidad” por supuesto carecen, como “el derecho al honor, la libertad, o la vida”; así como medidas como la esterilización obligatoria, el internamiento en centros para trabajos forzosos o la disolución obligatoria del matrimonio” (Ver. Alid Roth, Die restlose Erfassung, Volkszählen, Identifizieren, Aussondem im Nazionalsozialismus, Frankfurt am Main 2000, pág 111, citado por Muñoz Conde Fancisco “Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo” “Estudios sobre el derecho penal en el Nacionalsocialismo”, tirant lo blanch, teoría, Valencia 2002, pág. 180 y sgtes.)

Por ello, propongo al acuerdo:

Condenar a **OMAR ALONSO** , por resultar autor penalmente responsable de los delitos de retención y ocultamiento de una niña sustraída antes de los diez años de edad, alteración del estado civil de una niña menor de diez años de edad, falsedad ideológica de instrumento público –certificado de parto y partida de nacimiento- y falsedad ideológica de instrumento público destinado a acreditar la identidad de las personas (D.N.I.), todos en concurso ideal (arts 2, 45, 55, 146- texto según ley 11.179, art. 139, inc. 2 , y 293 último párrafos- textos según leyes 20642 y 21766- todos del C.P.) a la PENA MAXIMA DE DIEZ AÑOS DE PRISION, accesorias legales con la limitación dispuesta en orden a la incapacidad civil accesoria, inhabilitación

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

absoluta perpetua, y costas. Los delitos mencionados constituyen actos parciales de ejecución del delito de “Desaparición forzada de Personas” consumada en perjuicio de María Natalia Suárez Nelson.

Condenar a **JUAN CARLOS HERZBERG** , por resultar autor penalmente responsable de los delitos de Sustracción y Ocultamiento de una niña sustraída antes de los diez años de edad y como partícipe necesario de la alteración del estado civil de una niña menor de diez años, todos en concurso ideal (arts 2, 45, 55, 146 texto según ley 11.719, 139 inc. 2, C.P., 20.642 y 21.766), a la PENA MAXIMA DE DIEZ AÑOS DE PRISION e Inhabilitación absoluta Perpetua accesorias legales con la limitación dispuesta, y costas. Los delitos mencionados constituyen actos parciales de ejecución del delito de “Desaparición forzada de Personas” consumada en perjuicio de María Natalia Suárez Nelson.

Todos estos delitos deben calificarse como crímenes de Lesa Humanidad cometidos como parte de un plan sistemático de apropiación de niños nacidos en el marco de genocidio que tuvo lugar en Argentina durante la última dictadura cívico militar.

b). Revocación de la prisión domiciliaria.

Previo a decidir acerca del lugar de cumplimiento de la pena y atento que los imputados vienen cumpliendo prisión domiciliaria por disposición de la Excma Cámara Federal de Apelaciones, solicito se disponga un amplio examen médico de los mismo a fin de resolver la modalidad y forma de cumplimiento de la condena.

A las misma cuestión el **Dr. Portela** adhirió al voto precedente.

A la misma cuestión el **Dr. Rozanski** dijo:

El artículo 41 del código penal en su primer inciso establece las pautas que se deben tener en cuenta para fijar la pena y que son, son **1°** : la naturaleza de la acción y los medios empleados para ejecutarlos y la extensión del daño y del peligro causados y **2°** : la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, *la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir*, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, *la participación que haya tomado en el hecho*, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, *la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad...*

Corresponde referirse a ambos supuestos por separado, dada la importancia de las pautas establecidas por el legislador, especialmente en casos como el que nos ocupa, donde como se verá, tanto la calidad de la pena como su instrumentación concreta respecto del lugar de cumplimiento, incidirán, de manera irreversible, en la percepción social de impunidad que suele acompañar a las sentencias injustas. En efecto, la sentencia es el final de un juicio donde se establecen las responsabilidades -si las hubiere- de los imputados. Determinada la culpabilidad, la pena a su vez, es la consecuencia directa de las conclusiones a las que arriban los jueces, en cuanto a lo que tiene que hacer el Estado, con ese o esos sujetos.

Aclarado ello, respecto a la *naturaleza de la acción y los medios empleados para ejecutarlo* caben algunas breves reflexiones en base a lo producido en el debate así como en los precedentes judiciales de nuestro país en la materia que se encuentran hoy firmes.

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

La naturaleza de la acción, surge de las características de los delitos juzgados, especialmente teniendo en cuenta quién o quienes resultan víctimas. A diferencia de otros hechos criminales, la sustracción de una criatura, la supresión de su identidad, su ocultamiento o retención, dentro de un plan sistemático de apropiación de niños, si bien tiene como principal víctima a la niña, lo cierto es que deja un verdadero tendal de destrucción irradiada. Esa irradiación es fundamentalmente hacia aquellos familiares biológicos que, además de la irreparable pérdida producida por la desaparición de un ser querido, en el caso la muerte del padre y la desaparición de la madre de Natalia, deben soportar décadas de búsqueda desesperada de aquella beba que en el mismo momento del parto, fue arrancada a su infortunada madre. Volveré sobre esto al referirme al daño causado.

En cuanto a los *medios empleados*, son nada menos que aquellos que el propio Estado terrorista puso en manos de los imputados junto a la beba. En aquellos días, como ha sido probado con firmeza, en causas anteriores (causa 13, 44, Etchecolatz-Bergés, Etchecolatz), miles de ciudadanos uniformados y civiles, planificaron numerosos actos criminales incluyendo el aquí juzgado. En el supuesto de autos, así como en todos los secuestros, sustracción y apropiación de bebés, los autores gozaban de derecho de vida y de muerte de sus víctimas, así como de llevar a cabo los despojos que se comprobaron, tanto materiales como de “expropiación” de niños y niñas como Natalia. Así, toda la secuencia de delitos por los que son condenados Herzberg y Alonso, fue realizada contando con numerosos medios tanto materiales como de apoyo. Baste recordar la presencia de un dictador de la época (Hugo Banzer) cenando en casa de Alonso, donde se exhibió la pequeña como siniestro botín y fundamentalmente como símbolo de aquel plan continental de fronteras

abiertas para el secuestro, desaparición, muerte y en su caso expropiación, apropiación y traslado de bebés.

Entiendo imprescindible tener en cuenta la magnitud de los medios que el Estado terrorista puso a disposición de los imputados para cometer sus crímenes, a la hora de evaluar la pena a imponer.

Extensión del daño

En ocasión de sentenciar en la causa “Bergés Jorge Antonio y otro s/ arts. 139 inc. 2º, 139 bis, 292 y 293 del Código Penal”, causa N° 1702/03 del registro de este Tribunal, al referirme a la extensión del daño causado a la víctima –Carmen Sanz-, señalé en lo pertinente: *“ A su vez, el daño ocasionado a la víctima resulta de tal magnitud que difícilmente pueda ser cuantificado. No es posible tarifar la pérdida de identidad, del nombre que le puso una madre, del recuerdo de sus padres a través de aquellos parientes que podrían haberlos evocado. De los olores, colores y sabores que aún luego de la desaparición física persisten en ámbitos como el de Montevideo o Salto, en la República Oriental del Uruguay, lugares adonde luego de los actos criminales comprobados que sufrieron sus padres, era posible desde el comienzo mismo de la vida de Carmen, y aún en el medio de la tragedia que vivía, no privarla de ella. Quienes tenían en sus manos esa decisión eran los hoy condenados. Manos manchadas de sangre, como fue probado, que en ningún momento en todos estos años, sintieron piedad hacia una criatura que ambos sabían que además de haber sido privada de sus padres, estaban ahora privando de su identidad. Sin duda los hoy condenados violaron muchos más artículos que el 7 –derecho a un nombre, a conocer a sus padres, a ser cuidados por ellos.-, y 8 – identidad y relaciones familiares- de la Convención Sobre los Derechos del Niño... ”.*

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

Si a lo dicho se le reemplazara la ciudad de Montevideo o Salto por el de City Bell, en La Plata, podría perfectamente pensarse que estamos refiriéndonos al caso en examen. Ello no es casual, es una de las tantas pruebas con que se cuenta hoy que permiten asegurar que existió en nuestro país un plan sistemático de robo de bebés y supresión de identidad, como parte a su vez, del genocidio reorganizador mediante el cual se pretendió la eliminación de un grupo nacional. Ese grupo, estaba integrado no sólo por opositores al régimen imperante desde el que se perseguía un proyecto económico, sino además de un amplio espectro de población que los genocidas consideraran tanto material como intelectualmente riesgoso para sus intereses.

En ese sentido, la apropiación de bebés, configura el exponente máximo de perversión criminal, toda vez que asegurada la desaparición física de sus padres, se aseguraban la de los bebés. Ello en cuanto a la que hubieran tenido de mantenerse en sus familias naturales. Así, los “nuevos bebés” -con nueva identidad y nueva pertenencia familiar y social-, ya no serían criados y educados bajo ideologías extrañas al “ser nacional, occidental y cristiano” que pregonaban lo genocidas. Por el contrario, esas criaturas, iban a ser educadas en aquellos parámetros que el Estado criminal de la época, a través de personajes como Herzberg y Alonso, consideraban los adecuados para el tipo de civilización que buscaban y que a su vez pretendía perpetuar el proyecto económico que dio origen al genocidio.

El daño a Natalia, en el caso concreto, resulta imposible de medir. En cambio resulta útil recordar rápidamente algunas de las circunstancias por las que atravesó y que fueron acreditadas en el juicio. Cual siniestro objeto de remate, Natalia había sido “adjudicada” antes de nacer, al matrimonio Alonso

- Di Matia, a través del encargado del Grupo de tareas respectivo de la Marina, Juan Carlos Herzberg. La beba, fue arrancada de su madre al momento mismo del parto y llevada en un “capote” de la marina al domicilio de Alonso, adonde llegó apenas algunas pocas horas después, aún con el cordón umbilical. Quedó probado en el juicio que llevaba en ese momento alrededor de **tres horas** de nacida. Este es un dato importantísimo de la premeditación de las entregas y del destino fatal de las madres, como parte del plan sistemático de robo y traslado de bebés. Luego, fue criada por el matrimonio Alonso, en el engaño, la mentira y fundamentalmente en la negación deliberada y criminal de su origen, privándola durante décadas, de su identidad, con todo lo que ello significa para el aparato psíquico de una niñita brutalmente denigrada.

Debe dejarse aclarado que ninguna actitud pseudo-amorosa de sus apropiadores, puede disminuir esos daños, con independencia del afecto e incluso del amor que la víctima pueda sentir hacia quienes la criaron. No se trata de sentimientos incompatibles ya que la misma víctima que narró al tribunal que Alonso era violento con su mujer -Di Mattía-, tanto en la Argentina como en Paraguay, que la presionó para casarse en aquel país, y que además, trajo a vivir a su casa a su amante Alí -testigo en el juicio-, nos dijo que a Omar “lo quería” (SIC), ratificando una carta entregada por ese Alonso al Tribunal en ese mismo sentido.

Esa ambivalencia de sentimientos -afecto y rencor-, lejos de extrañar, deberían hacer tomar conciencia de la magnitud del daño que sufren las víctimas cuando son despojadas de algo tan esencial como es una madre y un padre, y de su propia identidad. No hay duda que entre Natalia y sus apropiadores se generó una especie de “apego”, eso quedó claro en el juicio.

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

Lo que debe ser tenido en cuenta es que no se trata del apego tradicional de aquellos grupos convivientes basados en la verdad de su propia historia. Por el contrario, se trata de una clase de apego complejo y por momentos difícil de comprender para los legos, que es el apego “traumático”.

Es importante que a esta altura del conocimiento acerca de bebés expropiados por los genocidas se difundan algunos aspectos de las consecuencias traumáticas de esos crímenes con el fin de una mejor comprensión de parte de quienes tienen que investigar y juzgar los casos. Eso evitará a mi entender, lecturas lineales y derivadas de paradigmas anteriores en materia de derecho penal y especialmente de interpretación de la conducta de las víctimas. Es de esperar que además, permita encuadrar los hechos en figuras, penas y lugar de cumplimiento de las mismas, más acorde a la dimensión del daño causado y no tanto a paradigmas anteriores contrarios a los derivados del derecho internacional de los Derechos Humanos al que nuestro país ha adherido en cada ratificación de convenciones que engrosan nuestra Constitución Nacional en el artículo 75 inciso 22.

James se refiere a esa clase de apegos de la siguiente manera. *“La formación de un vínculo de apego es absolutamente necesaria e imprescindible en el ser humano, no solo para su supervivencia en los primeros años de vida, sino para el desarrollo de la capacidad de regular sus propias emociones (lo cual a su vez permitirá una adecuada comprensión de acciones, conductas de respuesta a las acciones, anticipación de consecuencias de la propia conducta, entre otras), y de una visión de sí mismo, de los otros y del mundo que nos rodea. Esto a su vez sentará la base de las futuras relaciones interpersonales que podamos desarrollar a lo largo de la vida. El apego se clasifica a grandes rasgos en dos grupos: seguro e*

inseguro...Sin embargo algunos autores han hablado también de apego traumático para referirse a un estilo de apego que se da de manera instantánea porque se basa en el terror: en consecuencia se da la paradoja en la cual para sobrevivir la única posibilidad que existe es apegarse a aquel que es paradójicamente, a la vez, la fuente del sufrimiento o del padecimiento mismo. En ese sentido la persona a la que el niño se apega es percibida como absolutamente necesaria para la supervivencia, pero no desde una perspectiva de crecimiento y desarrollo, sino por el contrario desde una perspectiva de temor y sumisión. Mientras que un apego seguro garantiza que el niño a través de la curiosidad y la exploración del mundo que lo rodea pueda ir aprendiendo de manera paulatina, pero coherente y sostenida en el tiempo, que las relaciones interpersonales pueden desarrollarse en un ámbito de flexibilidad, aceptación, elección, etc. el niño que crece en un contexto de apego traumático por el contrario aprende que las relaciones interpersonales se juegan en un ámbito de todo o nada, sumisión o someter. Ese niño va a crecer con mayores probabilidades de establecer similares patrones de relación y apego a figuras como las que conoció en su primera infancia (tomado de “ Handbook for treatment of attachment Trauma problems in Children”, De B.James, 1994, Lexington Books).

Resulta igualmente ilustrativa una descripción basada en la teoría del “trauma por traición” que desarrolló Jennifer Freyd en estados Unidos, para explicar por qué se olvidan o disocian los abusos -en su caso de abusos sexuales-, la cual entiendo perfectamente aplicable al presente, donde sin duda alguna la víctima ha sido “abusada” a lo largo de décadas. Así, en la teoría del trauma por traición (*betrayal trauma*), partiendo de un punto de vista evolutivo, Freyd trató de demostrar que los seres humanos han evolucionado

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

afinando su capacidad de identificar engaños, permitiéndose el alejamiento de aquellas relaciones que implican una amenaza. La autora citada señala al respecto que *“...Sin embargo, en determinadas circunstancias, el descubrimiento de una traición puede ser realmente contraproducente para la propia supervivencia. En el caso en el cual la víctima dependa del cuidador[que la victimiza] puede resultar necesario para la supervivencia desconocer la traición de manera tal que se pueda mantener la relación de apego [al cuidador -ofensor]... en tales circunstancias la supervivencia queda mayormente garantizada si el niño es “ciego” ante la traición [situación que se puede seguir transportando a lo largo del desarrollo y crecimiento hasta la edad adulta], aislando la toma de consciencia del evento, respecto del conocimiento, del saber concreto sobre ese evento”* (J.Freyd (1996): *Betrayal Trauma Theory: The Logic of Forgetting Childhood Abuse*, Harvard University Press, Cambridge).

De lo citado surge sin dificultad debidamente explicado por qué, entre otras cosas, Natalia pudo compartir en el debate las distintas versiones falsas que le contaron acerca de su historia, la violencia de Alonso, y al mismo tiempo ayudar a sus propios victimarios con quienes inequívocamente declaró tener un vínculo afectivo.

Si bien extenderse en lo atinente al daño sufrido por la principal afectada de autos, excedería el marco de esta fundamentación, quedan al menos planteadas algunas de las complejas aristas que presentan casos como el que nos ocupa a la hora de referirse a la evaluación de la pena a aplicar.

En ese sentido, el compromiso argentino ante la comunidad internacional no se agota en la actividad de búsqueda de bebés apropiados. Tampoco se agota en el eventual hallazgo de una parte de los bebés robados.

Mientras reste una sola niña/o que desconozca su identidad, el compromiso estará incumplido.

Resulta ilustrativo lo citado por la Licenciada Sandra Baita, reconocida especialista en trauma, *“...Como fue declarado por Herman (1992), ” la respuesta ordinaria a atrocidades es destiérrelos del conocimiento (...) las atrocidades, sin embargo, rechazan ser enterradas ” (p. 1). El hecho que dos de estas desapariciones de niños ha sido descubierta veintisiete años más tarde es pruebas de esta negativa. Herman señaló que "recordar y decir la verdad sobre los terribles acontecimientos son requisitos tanto para la restauración del orden social como para la curación de las víctimas "(p. 1). Los niños que habían desaparecido durante el último gobierno militar en la Argentina son la evidencia de un trauma que sigue sangrando a través de las generaciones. El pequeño bebé nacido en el suelo merece su nombre real. Tal vez todavía se encuentre esperando....”* (*“Coping with Childhood Trauma and Dissociation in Argentina.”* Baita, Sandra. Co-published simultaneously in *Journal of Trauma Practice* (The Haworth Maltreatment & Trauma Press, an imprint of The Haworth Press, Inc. Vol.4,No.1/2,2005).

El esclarecimiento de una apropiación y la sanción que se aplique a los entregadores y apropiadores, no es por sí solo, en abstracto, sinónimo de reparación respecto de las víctimas. El esclarecimiento debe ser “integral”. Esto es, debe incluir entre otras cosas, la orden de investigación de todos aquellos que según el juicio llevado a cabo, sean sospechados de haber colaborado de alguna manera tanto en la sustracción como en la entrega y posterior ocultamiento y retención del niñ@. También la pena a aplicar forma parte de esa integralidad del compromiso ya que aún con todos los pasos previos adecuadamente realizados -instrucción inicial, procesamiento,

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

juzgamiento y condena-, es posible incumplir tan sagrado compromiso. Una pena que en la práctica signifique banalizar de alguna manera el horror sufrido por las víctimas -desde Natalia hasta el resto de su familia de sangre-, se aleja del paradigma actual en la materia impuesto a nuestros tribunales por el sistema Interamericano de Derechos Humanos que nuestro país orgullosamente integra.

Finalmente, en cuanto a la pena a aplicar dentro de la escala prevista por las normas respectivas, corresponde alguna breve reflexión. El legislador ha establecido desde la fundación misma de nuestro sistema penal, una suerte de escalas dentro de las cuales, los jueces van a fijar las sanciones que entienden corresponder. Así, siempre -a entender del suscripto-, partiendo del mínimo previsto por la ley, se debe ir ascendiendo en dicha escala de acuerdo a las pautas referidas del art. 41 del Código Penal. De las dos pautas principales en las que se debe basar una decisión tan importante como es la sanción específica y que se han desarrollado en este punto, no surge atenuante alguno que autorice a inclinarse por una pena inferior a la máxima prevista por la legislación que a lo largo de este voto he señalado como aplicable.

Por todo lo expuesto, entiendo corresponde condenar a Juan Carlos Herzberg al máximo de la pena prevista para las figuras enrostradas según el desarrollo de calificación y concurso efectuado supra, esto es **DIECINUEVE AÑOS DE PRISIÓN**

A su vez, entiendo corresponde condenar a Omar Alonso a la pena máxima prevista para las figuras en las que se encuadró su conducta, esto es **VEINTE AÑOS DE PRISIÓN**.

El lugar de cumplimiento de la pena

Dejo a salvo igualmente mi disidencia respecto del mantenimiento de la prisión domiciliaria de la que vienen gozando los hoy condenados.

Entiendo que, como surge del veredicto hoy fundado, ambos condenados han cometido actos criminales atroces que configuran delitos de lesa humanidad en el marco de un plan sistemático de sustracción y entrega de bebés llevado a cabo durante el genocidio acaecido en nuestro país en la época de inicio de los hechos.

La magnitud de los daños respecto de la víctima Natalia Suarez Nelson ha sido reseñada a lo largo del presente voto. Caben aquí algunas reflexiones acerca de *dónde* deben cumplir su condena Herzberg y Alonso ya que ese lugar de cumplimiento tiene a mi entender, una relación directa con el rol que los procesos por violaciones masivas a los Derechos Humanos tienen en nuestra comunidad actual.

En efecto, toda sentencia en un proceso penal versa sobre hechos pasados, pero la que recae en esta clase de causas adquiere además una relevancia particular hacia el futuro. Es la proyección hacia los tiempos venideros de los cuatro pilares en los que se basa la lucha por una sociedad mejor, que aprenda de su pasado en base a la verdad, la justicia, la reparación y la memoria. Cualquier alteración de esa secuencia, altera además el futuro. Es muy distinta una sociedad en la que los jóvenes se eduquen en una cultura de conocimiento cabal de su historia y con genocidas que cumplieron sus condenas en una cárcel común, que la de aquella en la que los condenados por gravísimos delitos contra la humanidad, disfruten el verano de City Bel, tomando un refresco al lado de la pileta de natación.

Es ilustrativo recordar que al constituirse dos jueces del Tribunal y Secretario en el domicilio donde Omar Alonso cumple su “prisión”, hace

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

pocos días, hemos podido observar que el hoy condenado, vive en una hermosa casaquinta, con parque y piscina. Las características de nuestra legislación, hacen que además, el condenado que goza del aludido régimen privilegiado, no tenga control alguno de fuerzas de seguridad ni penitenciarias. Así, el instituto en cuestión, “prisión domiciliaria” se transforma en la práctica, en domicilio familiar, placeres familiares, vida normal de festejos familiares sin restricción alguna dentro de las paredes, o como en el caso del Sr. Alonso, dentro de los ligustros de su parque con pileta.

Ello es a no dudarlo, sinónimo de impunidad y ese es el peor mensaje que se puede dar a nuestros jóvenes y muy especialmente a aquellos adultos que colaboraron desde la civilidad con la dictadura en la que se produjo el comienzo de los hechos aquí juzgados. Aquella civilidad que como en el caso de Alonso, recibía gustoso el botín de guerra transformado en una beba envuelta en un capote de la marina, de manos del otro condenado Herzberg, debe recibir un mensaje claro de nuestra parte. Es aquel que le dice que aunque pasen décadas, quien sustrae, retiene u oculta una beba, paga con cárcel semejante agravio a la humanidad toda.

Los paradigmas actuales en materia de juzgamiento de violaciones masivas a los Derechos Humanos, nos indican una cosa muy distinta. Baste releer el fallo Velázquez Rodríguez recordado en sus alegatos por la querrela y Fiscalía. En ese fallo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos inauguraba una época gloriosa para el derecho internacional. Inauguraba un estandart de análisis que nunca más iba a ser disminuído. Se decía allí que el deber de los Estados de investigar las violaciones a los Derechos Humanos *“debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad*

condenada de antemano a ser infructuosa...” (Caso Velazquez Rodríguez – sentencia del 29.VII.1988, párrafo 177-)

La seriedad, desde mi óptica, incluye muy especialmente el lugar de cumplimiento de la pena. No se trata de ser serio en la investigación previa, en el procesamiento y en el juicio. Todo eso puede ser de la mayor seriedad, pero, si a la hora de aplicar la sanción, el Estado claudica e impone penas virtuales como lo es la prisión domiciliaria, entonces claudica en aquella consigna de seriedad que, como se sabe, es obligatoria para nuestros jueces como lo es el resto de la jurisprudencia del máximo Tribunal continental.

Finalmente, ni la edad ni el estado de salud del condenado puede, en casos de delitos de lesa humanidad sustraerlo del cumplimiento de la pena en cárcel común. Como he señalado en pronunciamientos anteriores, son delitos atroces y la atrocidad no tiene edad.

Si alguno de los dos condenados, se encuentra afectado en su salud, deberá ser atendido como el resto de los condenados del país, por el sistema de salud del Servicio Penitenciario Federal, internado cuando su estado lo requiera, y luego reintegrado a su celda. Respecto de delitos de lesa humanidad, ni edad ni enfermedad son sinónimos de prisión domiciliaria. Las opciones son cárcel u hospital penitenciario o extramuros en su caso. Por lo expuesto voto por la revocación de la prisión domiciliaria de Juan Carlos Herzberg y Omar Alonso.

Constitucionalidad del art 12 del Código Penal

En relación a la declaración de inconstitucionalidad de la incapacidad civil accesoria del art. 12 CP, propinada por los colegas

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

preopinantes, debo dejar a salvo brevemente mi opinión al respecto ya que no comparto el criterio sustentado, por los argumentos que a continuación expondré.

En primer lugar, deseo expresar que, como lo ha sostenido nuestro Máximo Tribunal, *“la declaración de inconstitucionalidad es una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable”* (Fallos: 247:121 y sus citas).

USO OFICIAL

Por otra parte, siguiendo lo dictaminado por el Procurador General de la Nación en los autos caratulados “More, Silvestre s/inf. Ley 23.737” S.C.M. 1375; L. XXXIX, de fecha 10 de junio de 2004 -fundamentos a los que me remito en homenaje a la brevedad-, considero que no puede advertirse que la incapacidad civil que sufre el penado a más de tres años de prisión o reclusión, pueda tener el ilegal alcance asignado por mis distinguidos colegas, ni significa la aplicación de una pena vedada por los tratados de derechos humanos que se han invocado y el art. 18 de la Constitución Nacional.

En este sentido, las incapacidades civiles de las que habla el art. 12 del Código Penal son una consecuencia de la condena carente de carácter punitivo, con connotaciones eminentemente tutelares, que concluyen cuando se reputa cumplida la condena o, según el caso, el Tribunal optara por aplicarlas por tres años más. El alcance de dicha medida nos coloca frente a una incapacidad de hecho relativa, por lo cual el penado no pierde su capacidad jurídica, ya que la misma se refiere a un número restringido de

actividades. El penado no puede ejercer la patria potestad, que en su caso pasará a la madre de los hijos menores (art. 264 2da. parte del Cód. Civil). No obstante, se ha decidido que puede actuar en juicio de tenencia de hijos, como manifestación de su derecho potencial a la patria potestad, cuyo ejercicio como refiriera simplemente se encuentra suspendido. Esta suspensión, por otro lado, no lo priva del derecho de contraer matrimonio sin necesidad de autorización especial alguna, ni a reconocer hijos naturales.

Asimismo, el condenado queda privado de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos inter vivos. Esos actos debe realizarlos, en su nombre, el curador que se le indique. Como se trata de incapacidades relativas, expresamente enumeradas, no pueden extenderse a otros supuestos no previstos por la ley. Se impone allí la interpretación restrictiva, avalada también por el argumento a contrario de que el penado sólo está privado de disponer de sus bienes por actos inter vivos, lo que también lo faculta para testar.

No obstante el carácter tuitivo y no represivo del instituto, al ser inherente a las penas aplicadas, la relación con ellas es estrecha, lo que tiene influencia decisiva en cuanto a la duración. Comienzan a regir desde la fecha de la sentencia firme, y cesan cuando el penado cumple con su condena. Las limitaciones, como ya dijera, sólo se refieren a los derechos enumerados por la ley, por lo que puede realizar todos los demás actos de la vida civil.

Entiendo a partir de lo expuesto que debe considerarse a esta previsión como la regulación de algunas de las consecuencias civiles ocasionadas por el hecho de encontrarse privado de la libertad durante un lapso prolongado de tiempo, las que encuentran fundamento en la tutela de los derechos del sujeto privado de su libertad, por lo que no se observa la concreta

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

violación al bloque de constitucionalidad conformado por la Carta Magna y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos incorporados por la reforma de 1.994, concretamente los arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N., 10 del P.I.D.C.y P., y 5 ap. 6to. de la C.A.D.H.

Y este último extremo es un requisito sine qua non para fulminar una norma con la declaración de inconstitucionalidad, que representa la sanción de máxima gravedad prevista en el ordenamiento jurídico. Como ya he reseñado la incapacidad prevista por el art. 12 del C.P. sólo implica una incapacidad de hecho relativa, y lejos está de prever la "muerte civil" alegada por el recurrente, instituto que por lo demás, no fue receptado por el maestro Vélez Sarsfield al momento de elaborar la legislación civil.

Por último, entiendo no puede dejarse de tener en cuenta que los condenados en autos, lo son por delitos de lesa humanidad, de extrema gravedad y por ello la extensión de las sanciones. En ese sentido, ninguna de las penas impuestas se acerca siquiera a los tres años tomados como base por la ley. Se trata por el contrario de penas que van desde los 10 años hasta la prisión perpetua, así como en todos los casos con inhabilitación absoluta y perpetua.

En razón de todo lo expuesto, no habiéndose acreditado las violaciones legales denunciadas, voto por la constitucionalidad del art. 12 del Código Penal.

Por todo ello el Tribunal:

RESUELVE:

I. Por mayoría:

a) Condenar a OMAR ALONSO, ya filiado en autos, por resultar autor penalmente responsable de los delitos de retención y ocultamiento de una niña

sustraída antes de los diez años de edad, alteración del estado civil de una niña menor de diez años de edad, falsedad ideológica de instrumento público – certificado de parto y partida de nacimiento- y falsedad ideológica de instrumento público destinado a acreditar la identidad de las personas -D.N.I.-, todos en concurso ideal (arts 2, 45, 55, 146- texto según ley 11.179, art. 139, inc. 2 , y 293 último párrafos- textos según leyes 20642 y 21766- todos del C.P.) a la PENA MAXIMA DE DIEZ AÑOS DE PRISION, accesorias legales con la limitación dispuesta en orden a la incapacidad civil accesoria, inhabilitación absoluta perpetua, y costas. Los delitos mencionados constituyen actos parciales de ejecución del delito de “Desaparición forzada de Personas” consumada en perjuicio de María Natalia Suárez Nelson.

b) Condenar a JUAN CARLOS HERZBERG, ya filiado en autos, por resultar autor penalmente responsable de los delitos de sustracción y ocultamiento de una niña sustraída antes de los diez años de edad y como partícipe necesario de la alteración del estado civil de una niña menor de diez años, todos en concurso ideal (arts 2, 45, 55, 146 texto según ley 11.719, 139 inc. 2, C.P., 20.642 y 21.766), a la PENA MAXIMA DE DIEZ AÑOS DE PRISION e Inhabilitación absoluta Perpetua accesorias legales con la limitación dispuesta, y costas. Los delitos mencionados constituyen actos parciales de ejecución del delito de “Desaparición forzada de Personas” consumada en perjuicio de María Natalia Suárez Nelson.

Todos estos delitos deben calificarse como crímenes de Lesa Humanidad cometidos como parte de un plan sistemático de apropiación de niños y niñas nacidos en el marco del genocidio que tuvo lugar en Argentina durante la última dictadura cívico militar.

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

II. Por mayoría: Atento lo solicitado por la querrela y Ministerio Público Fiscal, dispóngase la realización de un exhaustivo examen médico a los condenados a fin de que el Tribunal determine la forma de cumplimiento de la pena.

III. Por mayoría: declarar la inconstitucionalidad de la incapacidad civil accesoria del art. 12 del C.P.

IV. Atento lo pedido por la querrela y fiscalía: Disponer que se de inicio a la investigación penal tendiente a determinar la participación del médico Francisco Bosia, Salvador Sgro, Julia María Alí y del juez penal Dr. Juan Carlos Bruni (h) en el delito de “desaparición forzada de María Natalia Suárez Nelson” en mérito a las consideraciones oportunamente expuestas.

V. Hágase saber al Juzgado de origen que en adelante no se realizarán debates cuando el objeto del proceso penal se encuentre fracturado contra legem, tal como ocurre en este caso, contrariando el principio de indivisibilidad de la acción penal pública. No es concebible que los siempre insuficientes recursos materiales y humanos de la administración de justicia deban duplicarse al dejarse afuera de la persecución penal a imputados sobre quienes pesa un abundante caudal probatorio (María del Luján Di Mattía).

VI. Téngase por presentadas las reservas recursivas interpuestas por las defensas.

VII. Hágase saber, dese por notificado por lectura, regístrese y cúmplase. Comuníquese a la Policía Federal, a los Registros Electoral, Nacional de Reincidencia y de las Personas. Fecho, archívese.-

Ante mi:

En igual fecha se registró. Conste.-