

LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS ES IMPRESCRIPTIBLE

Sinopsis: La Cámara Nacional de Casación Penal de Argentina resolvió un recurso de casación interpuesto por una persona condenada penalmente por la apropiación de un menor, la alteración de su identidad, y falsificaciones ideológicas de los documentos relativos a ésta, durante la última dictadura argentina. La Cámara Nacional de Casación Penal de Argentina se refirió a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver diversos temas. En primer lugar, la querellante en el proceso penal se opuso a la admisibilidad del recurso de casación por considerar que éste no estaba acompañado de la citación concreta de las disposiciones legales que se consideraban violadas o erróneamente aplicadas, y de la expresión de la aplicación pretendida. Al respecto, la Cámara de Casación Penal se refirió, entre otros, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la garantía de la doble instancia reconocida por el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Cámara de Casación Penal hizo alusión al amplio alcance de la capacidad revisora en materia de casación y a la imposibilidad de negar el trámite del recurso con base en formulaciones teóricas o requisitos formales, aún cuando el recurso estuviera basado en enunciados o razonamientos relativos a cuestiones de índole fáctica. Señaló que bastaba con la presentación plausible de todo agravio que razonablemente pudiera constituir un error de la decisión que, de ser cierto, debiera conducir a la eliminación total o parcial de la resolución, y que no debía exigirse al recurrente ningún tipo de carga adicional a la de presentar sus agravios en tiempo, forma y modo comprensible.

Uno de los agravios presentados por el recurrente fue el relativo a la supuesta valoración incorrecta que el tribunal *a quo* había realizado de una pericia genética incorporada al proceso. El re-

corrente señaló que conforme al sistema de libre valoración de las pruebas los resultados genéticos debían considerarse como meros indicios que debían ser apreciados por el juzgador conjuntamente con el resto de la evidencia. Al respecto, la Cámara Nacional de Casación Penal se refirió al sistema de la sana crítica racional incorporada al Código Procesal Penal argentino conforme al cual las conclusiones de la sentencia deben ser consecuencia de una valoración racional de las pruebas, respetándose las leyes de la lógica, de la psicología y de la experiencia común. Sobre este tema, refirió que este sistema también es la pauta que prevalece en tribunales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica, evitando adoptar una rígida determinación del *quantum* de la prueba necesaria para sustentar un fallo. La Cámara de Casación Penal desechó este agravio con base en que la garantía de defensa en juicio que se desprende, entre otros, del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no había sido afectada porque el tribunal *a quo* había valorado de forma correcta y conjunta la pericial genética, y en que las conclusiones de la sentencia eran resultado de un análisis racional de dicha prueba.

El principal agravio esgrimido consistía en la supuesta prescripción penal de los delitos imputados. El tribunal *a quo* consideró que la apropiación de un menor, la alteración de su identidad, y falsificaciones ideológicas de los documentos relativos a ésta, sucedidas durante la dictadura argentina, constituían desaparición forzada de personas y un crimen de lesa humanidad, por lo cual resultaban imprescriptibles. Entre otros, el recurrente señaló que no se configuraba un crimen de lesa humanidad puesto que los hechos no habían tenido lugar en el marco de un ataque sistemático a una población civil, y que no era aplicable la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas dado que ésta había sido ratificada por el Estado argentino posteriormente a que el hecho había cesado de ejecutarse. Asimismo, negó que existiera en la legislación interna norma alguna que previera los llamados crímenes de lesa humanidad y que regulara su imprescriptibilidad, que no surgía del derecho de gentes norma imperativa que debiera aplicarse, y que con base en el principio de legalidad no podía dictarse una sentencia penal de condena fundándose en el derecho penal internacional. Al

respecto, la Cámara de Casación Penal señaló que la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ya había resuelto que para la década de los setenta, época en que sucedieron los hechos imputados, el orden jurídico argentino ya preveía normas internacionales que consideraban a la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad. Estas normas, además de estar incorporadas en diversos instrumentos internacionales de los cuales Argentina era parte, también ostentaban para la época de los hechos el carácter de derecho universalmente válido o *ius cogens*.

La Cámara de Casación Penal consideró que los hechos por los cuales se acusó al recurrente constituían desaparición forzada de personas ya que la retención y ocultación del menor de edad, previamente sustraído de su madre biológica detenida durante la dictadura militar argentina, se llevó a cabo y pudo mantenerse con la supresión y posterior sustitución de su estado civil a través de distintas falsedades ideológicas de documentos públicos, como su certificado de nacimiento y documento de identificación, todo lo cual obstaculizó la búsqueda del menor de edad por parte de sus familiares. Por lo tanto, estimó que la acción típica de desaparición forzada había cesado cuando se descubrió la verdadera identidad del entonces menor de edad, esto es, a partir de los resultados que arrojó la prueba pericial genética, tomando en cuenta la persistencia previa de la negativa de información acerca de la suerte o paradero del menor. En este punto, la Cámara de Casación Penal también hizo referencia a jurisprudencia de la Corte Interamericana conforme a la cual la desaparición forzada de personas consiste, entre otros, en una afectación de diferentes bienes jurídicos que continúa por la propia voluntad de sus perpetradores, quienes al no dar información sobre el paradero de la víctima mantienen la violación a cada momento. Por ello, la desaparición forzada de personas es un delito de ejecución permanente.

Asimismo, con base en jurisprudencia de la Corte Interamericana, señaló que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil, que tales actos van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y que ofenden a toda la humanidad. En tanto que la desaparición forzada del entonces menor de edad no había sido un hecho aislado sino que había respondido 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 Cámara de Casación Penal consideró que el mismo constituía un crimen de lesa humanidad el cual, conforme a los principios del *ius cogens* del derecho internacional, integrante del derecho interno argentino, era imprescriptible. Con base en lo anterior, entre otros, dicha Cámara rechazó el recurso de casación interpuesto.

En la presente sentencia la Cámara Nacional de Casación Penal de Argentina aplicó la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emanada de las sentencias dictadas en los casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *Bulacio vs. Argentina*, *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, *Maritza Urrutia vs. Guatemala*, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, y *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*.

THE CRIME OF FORCED DISAPPEARANCE OF PERSONS IS NON EXTINGUISHABLE

Synopsis: *The National Chamber for Cassation in Criminal Matters of Argentina solved a motion to vacate filed by a person who was convicted of abduction of a minor, change of identity and forgery of personal documentation, during the last Argentine dictatorship.*

The National Chamber for Cassation in Criminal Matters of Argentina referred to the case-law of the Inter-American Court of Human Rights when solving different issues. In the first place, the complainant in the criminal proceeding objected to the admissibility of the motion to vacate upon considering that such motion did not specifically mention the legal provisions that were considered violated or erroneously applied and did not indicate the intended petition. In this respect, the Chamber for Cassation in Criminal Matters referred to, among others, the case-law of the Inter-American Court of Human Rights regarding the guarantee of the right to appeal enshrined in article 8.2 of the American Convention on Human Rights. The Chamber for Cassation

in Criminal Matters referred to the broad scope of the reviewing capacity in matters related to cassation and the impossibility of rejecting the processing of the motion based on theoretical opinions or formal requisites, even if the motion was based on statements or reasoning related to factual issues. It pointed out that it was enough with the valid presentation of any grievance that could reasonably constitute an error of the decision that, should it be true, might lead to the total or partial revocation of the order and that the appellant should only be requested to present the grievances in time fashion.

One of the grievances submitted by the appellant is related to the alleged incorrect assessment the lower court made of a genetic expert assessment incorporated into the proceeding. The appellant pointed out that, according to the principle of free appraisal of the evidence, the genetic results should be considered as mere signs to be assessed by the judge together with the rest of the evidence. In this respect, the National Chamber for Cassation in Criminal Matters referred to the reasonable rules of competent analysis incorporated into the Code of Criminal Procedure of Argentina according to which the conclusions of the judgment must be the consequence of a reasonable assessment of the evidence, respecting the rules of logic, psychology and common experience. In this regard, it indicated that this system is also the pattern followed by international tribunals, like the Inter-American Court of Human rights, in the sense that they have the authority to assess and appraise the evidence according to the rules of sound judgment, and avoid the adoption of a strict determination of the quantum of the evidence necessary to sustain a ruling. The Chamber of Cassation in Criminal Matters disregarded this grievance based on that the right to a legal defense that derived, among others, from article 8 of the American Convention on Human Rights has not been violated since the lower court had specifically assessed the genetic expert assessment and that the conclusions of the judgment were the result of a rational analysis of said evidence.

The main grievance consisted in the alleged extinguishment of the crimes charged. The lower court considered that the abduction of a minor, the change of identity and the forgery of personal documentation, which occurred during the Argentina dictatorship, constituted forced disappearance of persons and a crime against humanity, for which such crimes were not subject to stat-

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS ES IMPRESCRIPTIBLE

*ute of limitations. Among other aspects, the appellant pointed out that it was not a crime against humanity given that the facts did not take place within the framework of a systematic attack against the civilian population and that the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons was not applicable since it was ratified by the Argentine State after the occurrence of the fact. Moreover, the appellant denied the existence of a rule within the domestic legislation which provide the so-called crimes against humanity and the regulation of the non-applicability of the statute of limitations, and he also indicated that the law of nations did not provide for the application of a peremptory norm. In addition, he indicated that, based on the principle of *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, the international criminal law cannot be the basis for the delivery of a condemnatory judgment. In this respect, the Chamber for Cassation in Criminal Matters pointed out that the Supreme Court of Justice of Argentina had solved that, in the 1970s, when the facts of the case took place, the Argentine legal system already provided for international norms that classified the forced disappearance as a crime against humanity. These norms, apart from being incorporated into several international treaties to which Argentina was a party, had attained the status, by the time of the events, of *jus cogens*.*

The Chamber for Cassation in Criminal Matters considered that the facts of which the appellant was accused constituted forced disappearance of persons since the retention and concealment of a minor, who had been previously taken away from her biological mother detained during the Argentine military dictatorship, took place due to the assumption and subsequent replacement of its false legal status by means of the forgery of public documents, like the minor's birth certificate and identity document, all of which hindered the search of the minor conducted by their next-of-kin. Therefore, it deemed that the commission of the crime of forced disappearance continued until the true identity of the minor was discovered, that is, as from the results produced by the genetic expert assessment, taking into account the prior existence of the refusal to provide information on the fate or whereabouts of the minor. In this regard, the Chamber for Cassation in Criminal Matters also referred to the case-law of the Inter-American Court according to which the forced disappearance of persons affects, among other aspects, different juridical rights and it

continues owing to the deliberate intention of the alleged perpetrators, who, by refusing to provide information on the victim's whereabouts maintain the offense throughout time. Therefore, the forced disappearance of persons is an offense of a permanent nature.

Moreover, based on the case-law of the Inter-American Court, it pointed out that crimes against humanity include the commission of inhuman acts committed in a context of generalized or systematic attacks against civilians and that such crimes are intolerable in the eyes of the international community and offend humanity as a whole. While the forced disappearance of the then minor had not been an isolated fact but it had responded to a "general decision of a criminal enterprise executed by a governmental apparatus that violated fundamental human rights", the Chamber for Cassation in Criminal matters considered that such act constituted a crime against humanity which, according to the principles of jus cogens of international law, which is part of the Argentine domestic law, was non - extinguishable. Based on the foregoing, said Chamber disallowed the motion to vacate filed.

In the instant judgment, the National Chamber for Cassation in Criminal Matters applied the case-law of the Inter-American Court of Human Rights based on the judgments delivered in the cases of Herrera Ulloa v. Costa Rica, Bulacio v. Argentina, Myrna Mack Chang v. Guatemala, Maritza Urrutia v. Guatemala, Almonacid Arellano et al v. Chile, Heliodoro Portugal v. Panama and Ticona Estrada et el v. Bolivia.

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL
ARGENTINA

CAUSA NO. 10.896
RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO
POR VÍCTOR ENRIQUE REI
10 DE JUNIO DE 2010

... se reúne la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal ... a los efectos de resolver el recurso de Casación interpuesto ... de la presente causa **Nro. 10.896** del Registro de esta Sala, caratulada “**REI, Víctor Enrique s/recurso de casación**”, de la que **RESULTA:**

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 6 de esta ciudad, en la causa Nro. 1.278 de su Registro -Expte. Nro. 19.398/2002 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 1, Secretaría Nro. 1- resolvió con fecha 23 de abril de 2.009 -cuyos fundamentos fueron leídos el 30 de abril del mismo año-, en lo que aquí interesa: I. **NO HACER LUGAR** al planteo de prescripción de la acción penal incoado por la defensa respecto de la totalidad de los delitos imputados a Víctor Enrique Rei por tratarse aquéllos de delitos de lesa humanidad (art. 118 de la Constitución Nacional); II. **RECHAZAR** las nulidades opuestas por la defensa; III. **CONDENAR** a **VICTOR ENRIQUE REI**, de las condiciones personales que constan en autos, por considerarlo coautor penalmente responsable de los delitos de retención y ocultamiento de un menor de diez años previamente sustraído, en concurso real con los delitos de supresión del estado civil de un menor de diez años mediante la falsedad ideológica de documento público en relación al certificado de nacimiento que en copia luce...; falsedad ideológica de

documento público respecto del acta de nacimiento inscripta bajo el nro. 545 del Tomo I del año 1.978 de la Circunscripción 8° del Registro Civil de esta ciudad y falsedad ideológica REGISTRO NRO. 13.534 .4 de documento público destinado a acreditar la identidad de las personas, vinculado al DNI N° 26.122.906, concurriendo los últimos cuatro hechos en forma ideal entre sí, a la PENA DE DIECISÉIS AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y AL PAGO DE LAS COSTAS DEL PROCESO, según los hechos que fueron verificados cuanto menos desde el día 6 de abril de 1.978 en esta ciudad y hasta el día 11 de julio del año 2.006 (arts. 12, 19, 29 inciso 3°, 40, 41, 45, 54, 55, 146 según ley nro. 24.410-; 139 inc. 2° -según ley nro. 11.179- y 293 -párrafos primero y segundo- en función del 292, segundo párrafo -según ley nro. 20.642- del Código Penal de la Nación y arts. 398 y siguientes, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación; ...V. DECLARAR LA FALSEDAD INSTRUMENTAL del certificado de nacimiento que en copia luce...; del acta de nacimiento nro. 545 inscripta al Tomo I de la Circunscripción 8° del Registro Civil de esta ciudad cuya copia luce... y del DNI nro. 26.122.906 a nombre de Alejandro Adrián Rei que en copias fue agregado...; ORDENAR la supresión de aquéllos y sus inmediatas RECTIFICACIONES; ...XII. TENER PRESENTES las reservas de la defensa para recurrir en casación y plantear el caso federal.

II. Que contra dicha resolución interpuso recurso de casación el doctor Alejandro María MACEDO RUMI, asistiendo a Víctor Enrique REI..., el que fue concedido por el “a quo” con fecha 28 de mayo de 2009...

III. El doctor Alejandro María MACEDO RUMI, ejerciendo la defensa de Víctor Enrique REI, encauzó sus agravios por vía de ambos incisos del artículo 456 del C.P.P.N.

En primer lugar reintrodujo el planteo relativo a la nulidad de todo lo actuado a partir de las declaraciones informativa e indagatorias brindadas por su asistido a fs. 182/3; 578 y 895/896, lo que incluye el auto que convirtió su detención en prisión preventiva y dispuso su procesamiento..., el requerimiento de elevación a juicio formulado por el Sr. Agente Fiscal

a fs. 2054/2061 y el auto de elevación a juicio dictado en consecuencia...

Apoyó este ataque en que la indagatoria y previo acto informativo acorde la anterior legislación de rito se constituyó conforme la imputación respecto de la pareja Tasca-Casado. Producido el auto de procesamiento o prisión preventiva, afirmó, luego el hecho materia del proceso varió sustancialmente a raíz del descubrimiento de la verdad en un caso ajeno, que demostró la evidente falta de participación de REI en el hecho objeto procesal. Es decir, luego de encontrarse procesado aún por ese hecho inexistente, se lo elevó a juicio en materia de otro hecho completamente distinto, el que resultó en el debate oral. En resumen, no existe una correlación entre el hecho intimado en las indagatorias... y el que fue en definitiva materia del juicio. Entendió así violadas las normas de los arts. 166, 168, 294, 306, 307, 308, 346, 351 y 354 del C.P.P.N.

Seguidamente reiteró la nulidad de la pericia genética efectuada por el Banco Nacional de Datos Genéticos... sobre la muestra obtenida del cepillo de dientes que fuera incautado del domicilio de calle El Ombú 1051 de la localidad de Don Torcuato, provincia de Buenos Aires, con motivo del allanamiento practicado el día 9 de septiembre de 2005.

Fundó esta impugnación en diversos motivos, tales como la inexistencia de un marco normativo procesal y penal específico que regule el procedimiento a seguir en los peritajes de ADN; la dudosa neutralidad del Banco Nacional de Datos Genéticos, por encontrarse integrado su Consejo Asesor por integrantes de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, que reviste la calidad de querellante en la causa; el incumplimiento, como acto preliminar a la pericia, del adecuado registro de los datos de los integrantes del grupo familiar Sandoval-Fontana, por no constar en la causa sus impresiones digitales ni fotografías; la ilegalidad del procedimiento, por inobservancia de cuestiones técnicas atinentes al método de recolección, manipulación, transporte y conservación de los elementos incautados; por haberse visto violada la cadena de custodia de dichas muestras biológicas, desde el momento de su obtención en el domicilio de Ale-

jandro Adrián hasta su arribo al B.N.D.G. y en sus escalas intermedias dentro de las dependencias policiales, ello, al no haber sido ordenada judicialmente la filmación continua desde el momento de la recolección de la muestra hasta su recepción en el ente pericial; finalmente, por la ausencia de testigos ajenos al personal policial.

Criticó además que el perito de la División Laboratorio Químico de P.F.A. Alejandro Antonio Ladra que se encargó de recoger los elementos que luego serían peritados no haya tomado más recaudo que el uso de guantes y de bolsas plásticas de dudosa asepsia, de lo que se derivó la degradación de las muestras con anterioridad al inicio del examen.

Invocó el art. 6° de la ley 23.511 para señalar que resultaba obligatoria la realización de un análisis serológico sobre muestras de tipo hemático que en este caso no se llevó a cabo, sino que directamente se había implementado el método de detección de ADN en vestigios separados del cuerpo humano. Recordó, en este punto, que obra en la causa documentación que prueba el detalle sexológico que coincide exactamente con el resultado de ser hijo Alejandro Adrián REI de Víctor Enrique REI y de Alicia Beatriz ARTEACH...

Por otra parte, consideró viciadas de nulidad absoluta y general a las resoluciones que ordenan proceder al allanamiento del domicilio de Alejandro Adrián REI y de llevar a cabo el examen genético del caso, por infracción a los arts. 123, 166, 169 y 172 del C.P.P.N., vulnerando los arts. 18 y 19 de la C.N. Ello por cuanto, la incorporación del análisis de ADN al proceso penal resulta una clara afectación al derecho a la personalidad protegido constitucionalmente y por los tratados de derechos humanos incorporados a nuestro bloque constitucional.

Impugnó asimismo el examen genético en sí, por cuanto el resultado brindó una simple probabilidad del 99,9999996 %, sin aportar la única certeza aceptada en estudios de ADN, que es la exclusión absoluta. Citó bibliografía que destaca el error de enviar muestras húmedas en bolsas cerradas —lo cual crea un ambiente propicio para la proliferación de bacterias—, y cri-

ticó la inexistencia de la cadena de frío —la cual no fue mantenida—, así como la forma de cerrar las bolsas con las muestras.

Destacó que, habiendo ya comenzado la pericia, en fecha 16/2/06..., la Dra. Di Leonardo fue dejada cesante entre el 13/3/06 y el 20/4/06, circunstancia que atenta contra la validez del examen, por cuanto temporariamente salió de su esfera de control.

Defendió el sistema de libre valoración de las pruebas, afirmando que los resultados genéticos merecen en la mayoría de los casos la consideración de meros indicios que deberán ser apreciados por el juzgador conjuntamente con las restantes evidencias, en particular, con la posible existencia de alteraciones o disminución de la calidad probatoria de las muestras.

En otro orden de argumentos, reiteró el planteo de prescripción de la acción penal de los delitos en juego, negando que se configurara en el caso un delito de lesa humanidad, por no haberse producido el hecho en el marco de un “ataque sistemático a una población civil”.

Recordó que la aplicación de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas fue recién ratificada por el Estado Argentino en virtud de la ley 24.556, de fecha 18/10/95, por lo que la vigencia de esta norma de derecho internacional es notablemente posterior al momento en que el hecho cesó de ejecutarse, que sitúa en fecha 1° de marzo de 1.989, cuando los padres brindaron información al Estado acerca del paradero de la víctima.

Observó que el límite temporal de comisión del delito es la fecha en que el menor cumple los diez años de edad, no pudiéndose considerar que resulte delictivo permanecer en una actitud pasiva más allá de ese límite que marca la propia legislación. Y en este sentido subrayó que el art. 63 del Código Penal prevé que si el delito fuere continuo la prescripción comenzará a contarse a partir del día en que cesó de cometerse.

Sobre la base de las previas consideraciones entendió que debió aplicarse la ley 11.179, vigente al momento en que se consumó la conducta.

Agregó que el art. 18 de la C.N., en cuanto opone una absoluta prohibición a la aplicación retroactiva de todo empeoramiento del régimen de prescripción penal, prevalece sobre los acuerdos internacionales, por disponerlo los arts. 31 y 75, inc. 22, de la C.N.

Más allá de la gravedad de los llamados delitos de lesa humanidad, negó que existiera en la legislación argentina norma alguna que los prevea y que regule su imprescriptibilidad, no surgiendo del derecho de gentes norma imperativa que deba aplicarse.

Acudió al principio de legalidad, para resaltar que el derecho penal sólo puede descansar en la ley, no pudiéndose dictar una sentencia penal de condena fundándose en el derecho penal internacional, porque el derecho penal interno exige, indisolublemente, la doble precisión de la ley sobre los hechos punibles y sobre las penas a aplicar.

Por último, impugnó el monto de la pena, al que considera injusto e ilegal, por haber reposado sobre criterios irreales y meramente doctrinarios.

En este sentido, afirmó que no existe en la causa ningún estudio psiquiátrico o psicológico del que surja el daño concreto causado a Alejandro Adrián. Postuló como atenuantes no considerados, por un lado, al tiempo transcurrido para el descubrimiento del hecho y la elucidación de la causa a nivel procesal, lo que atribuye a la inacción del Estado, y por el otro, a la cantidad de tiempo ya cumplido en prisión preventiva, en violación al principio de inocencia. Igualmente cuestionó que se hubiera entendido como agravantes a la jerarquía y grado que ostentaba el imputado, pues el trabajo o la profesión se encuentran ínsitos en la punición, máxime cuando se trataba de un cargo medio, carente de facultades decisorias.

En orden a las cuestiones planteadas, reiteró la reserva del remedio federal previsto en el art. 14 de la let 48.

IV. Que en el término de oficina previsto por los arts. 465, primer párrafo, y 466 del C.P.P.N., se presentaron... el Sr. Fiscal General ante esta Cámara,... el... representante de la querellante Asociación Abuelas de Plaza de Mayo.

El Sr. Fiscal General propició el rechazo del recurso de casación interpuesto, sustentando su opinión en tres órdenes de fundamentos.

Con relación al planteo de nulidad de las declaraciones informativa e indagatorias, reclamó un criterio restrictivo en materia de nulidades procesales, dada la gravedad de esta sanción, y entendió que la defensa en este acápite no hizo más que reeditar los planteos que expusiera en el debate, y que fueron debidamente tratados y respondidos por el tribunal del juicio.

En lo atinente al nuevo planteo de prescripción formulado por la defensa destacó que nuestro Máximo Tribunal ya se ha expedido sobre el tema, expresando que “...*las reglas de jerarquía inferior sobre prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno (art. 62 del Código Penal), han quedado desplazadas por la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad*” (...). No habiendo la defensa del inculcado REI controvertido los argumentos vertidos por nuestro más Alto Tribunal, agregó, no pueden ser éstos dejados de lado.

En torno a la alegada violación a los arts. 40 y 41 del Código Penal, entendió que escapa al control de la jurisdicción casatoria el elemento de valoración personal contenido en la valoración de la pena, dejando a salvo los supuestos de arbitrariedad o absurdo, pues en este último caso lo controlable en casación es la falta de motivación del fallo o su motivación contradictoria. Más allá de ello, juzgó correcta la valoración de las pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 del C.P. que hizo el fallo, y en consecuencia consideró que éste se encuentra a cubierto del embate casatorio y aún a resguardo de tacha de arbitrariedad alguna.

... la querrela Asociación Abuelas de Plaza de Mayo,... expuso los motivos determinantes del rechazo del recurso, que propicia.

Luego de señalar que a su criterio el recurso es inadmisibles, por haberse el impugnante limitado a reiterar los argumentos sostenidos durante el debate —sin realizar una debida crítica a la resolución del Tribunal que los descartó, ni indicar cuáles

son los vicios de la sentencia—, abordó la pretendida nulidad de lo actuado por defectos en las declaraciones informativa e indagatorias prestadas, señalando que estas actuaciones, además de haberse adecuado a las normas procesales vigentes, permitieron al imputado conocer sin inconvenientes la imputación, habiendo existido una correcta correlación entre los hechos objeto de la indagatoria, del procesamiento y de la condena.

Sobre la nulidad de la experticia genética, juzgó inválidos los argumentos que sustentan el planteo, tanto en lo relativo al marco legal regulatorio de la pericia, cuanto a la alegada parcialidad del Banco Nacional de Datos Genéticos. También rechazó como argumentos atendibles, el incumplimiento del adecuado registro de los datos del grupo familiar Sandoval-Fontana, la ilegalidad de la orden de allanamiento del domicilio de Alejandro Adrián y el procedimiento consecuente, la necesidad de resguardo de las muestras genéticas, la “obligatoria” realización de un análisis de tipo serológico, y la invocación de bibliografía en detrimento de la opinión de los expertos que concretamente se pronunciaron en la especie. En particular consideró absurdo que la defensa de Rei apoyara el pedido de nulidad invocando la afectación al derecho a la personalidad de Alejandro Adrián, por ser éste precisamente la víctima del delito.

Acerca de la alegada prescripción de los delitos juzgados, consideró que se encuentran en éstos todos los elementos requeridos para la conformación de un delito de lesa humanidad, a saber, la privación de la libertad de la víctima, la intervención de agentes estatales, la negativa a informar sobre su suerte o paradero, la imposibilidad de los familiares del menor de plantear los recursos legales pertinentes, y la ocurrencia de los hechos en el marco de un ataque sistemático a la población civil desde el aparato estatal. Siendo ello así, resulta aplicable la ya consolidada doctrina del más Alto Tribunal que determina la imprescriptibilidad de este tipo de delitos, resultando aplicable la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, la que no

hizo más que reconocer una norma ya vigente del derecho internacional público de orden consuetudinario (*ius cogens*).

...

V. Celebrada la audiencia prevista por el art. 468 del C.P.P.N., ... Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Mariano González Palazzo, Augusto M. Diez Ojeda y Juan Carlos Rodríguez Basavilbaso.

El **señor Juez Mariano González Palazzo** dijo:

I. Primeramente es menester determinar la admisibilidad formal del recurso, aspecto que la querellante Asociación Abuelas de Plaza de Mayo ha objetado, por entender incumplida por parte de la defensa, la norma del art. 463 del código ritual, que exige que el recurso de casación sea acompañado de la citación concreta de las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas y de la expresión de la aplicación pretendida.

Más allá de no advertir que en su recurso... la defensa del encartado haya omitido una crítica concreta y circunstanciada de los argumentos jurídicos de la sentencia, ni haya dejado de mencionar las normas jurídicas que entiende violadas o erróneamente aplicadas, el criterio que debe primar en la materia ha de ser el que armónicamente adapta las normas procesales que rigen el recurso de casación a la garantía de la doble instancia emanada del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —art. 14.5— y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —art. 8.2—, normas de jerarquía constitucional que otorgan al imputado el derecho de someter el fallo condenatorio a la revisión amplia y eficaz de un Tribunal Superior.

Estos compromisos internacionales asumidos por la Nación impiden que mediante formulaciones teóricas o contingentes requisitos formales se niegue el tratamiento del planteo del recurrente en esta instancia -aún cuando se trate de enunciados o razonamientos relativos a cuestiones de índole fáctica-, de lo cual se deriva la misión de esta Cámara Nacional de Casación Penal de garantizar la efectiva vigencia de un doble juicio concordante en caso de condena.

En este sentido debe recordarse el alcance amplio de esa capacidad revisora en materia de casación que, con sustento en el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, se estableció a partir del fallo “LÓPEZ, Fernando Daniel s/recurso de queja” (causa Nro. 4807, Reg. Nro. 6134.4, rta. el 15/10/04).

Observando estos principios, “... *para habilitar la instancia de casación basta entonces con la presentación plausible de todo agravio que razonablemente pueda constituir un error de la decisión que, de ser cierto, debe conducir a la eliminación total o parcial de la resolución. En la fiscalización de tales vicios el tribunal de casación, en lugar de cerrar su competencia alegando defectos formales, debe facilitar la revisión en razón de la ya señalada gravedad de las consecuencias. Así, el tribunal debe aplicar el principio iura novit curia, hasta hoy inaplicable en gran medida en casación, y no debe exigir del recurrente ningún tipo de carga adicional a la de presentar sus agravios en tiempo, forma y modo comprensible*” (del dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de fecha 9 de agosto de 2005, in re: ...).

Esta interpretación amplia ha sido establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como la única compatible con los derechos y garantías invocadas por la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la aplicación que de éstos han efectuado los diversos Organismos y Tribunales competentes (C.S.J.N, en la ya mencionada causa “Casal”).

Confrontando al caso estos criterios imperantes, se percibe que el recurrente ha cumplido con su carga procesal, indicando los motivos de su agravios y habilitando a este tribunal para el cumplimiento de su misión de fiscalizar la sentencia en cuanto a dichos agravios, tanto en cuanto al examen tradicional de la exacta aplicación de las disposiciones legales en juego, cuanto al análisis de las pruebas de la anterior instancia que trascienden a la intermediación.

En orden a lo expuesto y de conformidad con las prescripciones contenidas en los arts. 438, 456, 457, 459 y 463 del

C.P.P.N. corresponde declarar formalmente admisible el recurso de casación interpuesto por la defensa de Víctor Enrique REI.

II. Sentado ello, al efecto de abordar el tratamiento de los agravios introducidos, creo conveniente sistematizar a éstos en torno a cuatro núcleos conceptuales, a saber: 1) la nulidad planteada por ausencia o defectos de la indagatoria, por encontrarse enderezada la originaria imputación a un hecho distinto de aquél por el cual REI fue finalmente juzgado y condenado; 2) la nulidad de la experticia genética, comprensiva tanto de la ilegalidad de la resolución que la dispone, cuanto de diversos otros aspectos relativos a su realización; 3) la calificación de los delitos como de lesa humanidad y la prescripción de la acción penal; 4) el monto de la pena.

III. El primero de los agravios así determinados pretende la nulidad de todo lo actuado a partir de las declaraciones informativa e indagatorias brindadas por Víctor Enrique REI..., nulidad que incluiría el auto que convirtió su detención en prisión preventiva y dispuso su procesamiento..., el requerimiento de elevación a juicio formulado por el Sr. Agente Fiscal... y el auto de elevación a juicio dictado en consecuencia...

...

IV. a) La impugnación de la validez de la prueba consistente en la pericia efectuada por el Banco Nacional de Datos Genéticos... remonta sus cuestionamientos a las resoluciones mismas que ordenaron proceder al allanamiento del domicilio de Alejandro Adrián y llevar a cabo el examen genético del caso, por infracción a los arts. 123, 166, 169 y 172 del C.P.P.N., y a los arts. 18 y 19 de la C.N. y se apoya, tal impugnación, en que la incorporación del análisis de ADN al proceso penal resulta una clara afectación al derecho a la personalidad protegido constitucionalmente y por los tratados de derechos humanos incorporados a nuestro bloque constitucional.

El planteo se vale de la tensión existente entre el interés del Estado en investigar y reprimir el delito —en aras del cual el art. 224 del Código Procesal Penal de la Nación confiere al juez la potestad de ordenar por auto fundado el registro de determi-

nado lugar si hubiere motivo para presumir que en él existen cosas vinculadas a la investigación de un delito, sumado a la posibilidad de disponer el secuestro de esas cosas (art. 231)—, y las garantías individuales que se entienden violadas —en este caso las de Alejandro Adrián, tales como el derecho de preservar, cuestionar o esclarecer su identidad, el de propiedad, el de disponer de su propio cuerpo, en fin, el de resguardar su intimidad y protegerla de injerencias extrañas—, y sostiene, en este conflicto, la preeminencia de estas últimas garantías.

Sin embargo, por de pronto, a esta ecuación se incorporan los derechos de quienes constituyen la familia biológica de Alejandro Adrián. Ellos también han sido afectados por el delito y pretenden conocer la verdad de los hechos y dilucidar si el nombrado es efectivamente hijo de Liliana Clelia Fontana y de Pedro Fabián Sandoval, y de esta manera poder acaso, además, avanzar un paso más en la investigación sobre la desaparición forzada de estos últimos.

En el dilema, bueno es recordar que las normas de nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales mencionados en su art. 75, inc. 22, no impiden ni prohíben en forma absoluta la afectación de los derechos individuales, ni la adopción de medidas que requiera el esclarecimiento de un delito, sino que sólo importan el establecimiento de una serie de recaudos que constituyen un marco protector para que los derechos de los habitantes de nuestro país no sean injustamente vulnerados.

Observando este concepto nuestro más Alto Tribunal... ha resuelto una cuestión análoga, lo que nos conduce a revisar si se presentan en la especie los parámetros tenidos en cuenta por el mencionado fallo para otorgar validez a una medida similar que confrontaba idénticos intereses.

Este examen me lleva a advertir que en autos no se observa que la medida en cuestión haya afectado los derechos individuales más que en la medida estrictamente necesaria para la dilucidación de la verdad, y sin afectar la vida, salud, integridad corporal o intimidad de la víctima, ya que las muestras han sido tomadas sin invadir el cuerpo de la persona involucrada.

Igualmente se constata que la medida aparece como una diligencia razonable e idónea para la averiguación de la verdad, pues los objetos así obtenidos han permitido la realización de la pericia genética que a la postre constituyó una prueba dirimente del resultado del proceso.

La similitud del caso sub examine con el precedente mencionado ya fallado por la C.S.J.N., nos permite aplicar su doctrina y compartir que "...la sentencia impugnada no se muestra como violatoria de los derechos y garantías constitucionales, por cuanto su producción no ocasiona una restricción de los derechos de quien aparecería como una de las víctimas del hecho y porque, además, encuentro adecuado fundamento en la necesidad de salvaguardar el deber del estado de investigar y sancionar los hechos reputados como delito, máxime cuando, como en la especie, el objeto procesal de autos aparecería en principio vinculado con un delito de lesa humanidad cual es la desaparición forzada de personas".

...

Desde esta perspectiva -atinente a la legitimación para invocar la nulidad-, el caso presenta originales aristas.

En primer lugar porque, a diferencia de lo fallado *in re* "RAYFORD", en esta especie, a la puja de intereses y de valores allí involucrados se incorporan los de terceras personas -las que formarían la familia biológica de Alejandro Adrián-, derechos que intensifican la necesidad de conocer la verdad, desde una perspectiva personal e individual, y más allá del interés estatal general de reprimir cualquier delito.

...

j) Como último aspecto de su ataque a la pericia genética, se impugnó la valoración que del examen genético hizo el *a quo*, por cuanto el resultado brindó una simple probabilidad del 99,9999996 %, sin aportar la única certeza aceptada en estudios de ADN, que es la exclusión absoluta.

En esta línea, la defensa de REI invocó el sistema de libre valoración de las pruebas, afirmando que los resultados genéticos merecen en la mayoría de los casos la consideración de meros indicios que deberán ser apreciados por el juzgador conjun-

tamente con las restantes evidencias, en particular, con la posible existencia de alteraciones o disminución de la calidad probatoria de las muestras.

Sobre el punto conviene recordar que nuestro Código Procesal Penal ha adoptado el sistema de la sana crítica racional -art. 398, 2/ párrafo-, que requiere que las conclusiones a las que se arriba en el veredicto deben ser consecuencia de una valoración racional de las pruebas, respetándose las leyes de la lógica -principios de identidad, tercero excluido, no contradicción y razón suficiente- de la psicología y de la experiencia común. *“Las reglas de la sana crítica son pautas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia (Couture) ellas informan el sistema de valoración de la prueba adoptado por nuestro Código Procesal Penal en su art. 398, 2º párrafo, estableciendo plena libertad de convencimiento de los jueces pero exigiendo que las conclusiones a que arriben en la sentencia sean el fruto racional de las pruebas; sin embargo esta libertad reconoce un único límite infranqueable, respeto a las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano es decir, las leyes de la lógica -principios de identidad, tercero excluido, contradicción y razón suficiente- de la psicología y de la experiencia común.”* (C.N.C.P., Sala II, in re: “WAISMAN, CARLOS A. s/recurso de casación” rta. el 4/4/94).

La sana crítica es también la pauta que impera en los tribunales internacionales en el sentido de que tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica evitando adoptar una rígida determinación del *quantum* de la prueba necesaria para sustentar un fallo. En esta línea, se ha expresado que *“este criterio es especialmente válido en relación con los tribunales internacionales de derechos humanos, que disponen, para efectos de la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por violación de derechos de la persona, de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante ellos sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia”* (cfr.

Corte Interamericana de Derechos Humanos in re: Bulacio vs. Argentina, sentencia del 18 de septiembre de 2003 parág. 42; Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia del 25 de noviembre de 2003, parág. 120; Maritza Urrutia vs. Guatemala, sentencia del 27 de noviembre de 2003, párag. 48; y “Herrera Ulloa v. Costa Rica” sentencia del 2 de julio de 2004, parág 57).

De los arts. 18 de la Constitución Nacional y 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos surgen los principios que conforman la garantía del debido proceso, tales como los de sentencia fundada en ley, defensa en juicio y presunción de inocencia, de los que se sigue el derecho fundamental de obtener una resolución motivada, que incluye tanto la motivación jurídica, como la que se refiere al análisis y valoración de la prueba como exteriorización del fundamento de la decisión adoptada, a la vez que permite un eventual control jurisdiccional; por lo tanto, si el proceso lógico que sirve para fundamentar una conclusión carece de apoyo en las propias constancias de la causa, configura un supuesto de arbitrariedad que compromete el veredicto con afectación de la garantía de defensa en juicio en su más amplio contenido.

Confrontando estos principios a la queja del recurrente, recordemos que éste no se contentó con la alta probabilidad que aportó el estudio de ADN y reclamó que el examen genético mereciera la consideración de mero indicio que deberá ser apreciado por el juzgador conjuntamente con las restantes evidencias, en particular, con la posible existencia de alteraciones o disminución de la calidad probatoria de las muestras.

Si bien *“la doctrina es unánime en cuanto a que el resultado de la prueba pericial no obliga al juez, quien podrá separarse del dictamen siempre que tenga la convicción contraria”*... conforme a las reglas de la sana crítica que también imperan en la valoración de este tipo de medio de prueba (art.263 in fine del C.P.P.N.), para separarse del resultado del dictamen pericial, el juez *“...deberá expresar explícita y razonadamente los fundamentos de tal apartamiento”* ..., y de allí que sobre el punto se haya resuelto que *“Las conclusiones no obligan a los jueces; sin*

embargo, prescindir de ellas requiere oponer otros elementos no menos convincentes”...

En el caso, los jueces del tribunal *a quo* han valorado de forma correcta, que las conclusiones periciales han sido categóricas —brindando un porcentaje de probabilidades cercano a la certeza absoluta de que Alejandro Adrián es hijo de la pareja conformada por Liliana Clelia Fontana y Pedro Sandoval— y concordantes entre todos los peritos, incluyendo al perito de parte de la defensa, Dr. Mariano Castex.

Por otro lado, no se observa discrepancia alguna entre el resultado pericial y el restante material que integra el plexo probatorio, por cuanto, aún sometida la valoración de la pericia a este tamiz, su resultado no hace más que corroborar los extremos que aún sin esta prueba resultaban probables, teniendo en cuenta la fecha en que verosímilmente se produjo el nacimiento de Alejandro Adrián y la de su inscripción por parte de Víctor Enrique REI.

De esta manera, la errónea valoración de la prueba pericial que el recurrente le imputa al fallo no resulta acertada, pues del mismo se advierte que los miembros del tribunal del juicio han valorado en forma conjunta la prueba agregada a la causa y sus conclusiones aparecen como el resultado de un análisis racional de la prueba incorporada.

Así, resultando lógicamente comprobable el *iter* condenatorio transitado por el tribunal de “a quo”, atribuyendo responsabilidad penal al encartado en virtud de una prueba pericial categórica y concordante con los demás elementos de la causa, las objeciones de la defensa se reducen, entonces, a una valoración distinta de aquélla, sin que existan elementos en la causa que sustenten su apreciación, por lo que corresponde el rechazo del agravio invocado en cuanto a la errónea valoración del plexo probatorio.

V. En lo que calificamos como su tercer grupo argumental, la defensa reiteró el pedido de prescripción de la acción penal de los delitos en juego.

Este planteo ha sido esgrimido, en primer lugar, en base a negar que se configurara en el caso un delito de lesa humani-

dad, por no haberse producido el hecho en el marco de un “ataque sistemático a una población civil”.

a) La queja nos conduce a determinar los límites conceptuales del delito de lesa humanidad, que se fue formando, delimitando y perfeccionando a lo largo del tiempo, a partir del prólogo a la Convención de La Haya de 1907 y, posteriormente, fue utilizada en los Protocolos I y II de la Cuarta Conferencia de Ginebra de 1977, instrumentos en los que comenzó a moldearse el concepto sobre una idea de ataques generalizados y sistemáticos contra una población civil, proveniente de un poder organizado por el Estado.

Pero la primera declaración formal en que se asentó positivamente el concepto surge del art. 6 inc. c) del Estatuto del Tribunal Internacional Militar de Nuremberg del 8 de agosto de 1945, declarando como tales *“el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos en contra de cualquier población civil, antes o durante la guerra, o las persecuciones por motivos raciales o religiosos, en la ejecución o en conexión con un crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal”*.

Este Estatuto fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 11 de diciembre de 1946 y declarado como parte integrante de los “principios del derecho internacional”.

Con posterioridad, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad de 1968 (con jerarquía constitucional para nuestro país, según Ley 25.778 del 3/9/03) estableció, en su art. I ap. b) la imprescriptibilidad de *“los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg del 8 de agosto de 1945 y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la prevención y la sanción del delito”*

de genocidio aún si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos”.

Con la instauración de los tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (cfr. Resoluciones del Consejo de Seguridad Nros. 808/93, 827/93 y 955/94) se consolidó definitivamente la noción de crímenes de lesa humanidad. Así, el art. 5/ del Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia los enuncia como “... los siguientes crímenes cuando hayan sido cometidos en un conflicto armado de carácter interno o internacional y dirigidos contra cualquier población civil: a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación; e) encarcelamiento; f) tortura; g) violación; h) persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) otros actos inhumanos ...”; y por su parte, el art. 3/ del Tribunal para Ruanda establece que “... los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra cualquier población civil por motivos de nacionalidad o por motivos políticos, étnicos, raciales o religiosos: a) homicidio intencional; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación; e) encarcelamiento; f) tortura; g) violación; h) persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) otros actos inhumanos”.

Finalmente, en la más reciente determinación del concepto de los delitos de lesa humanidad, el Estatuto de Roma para el establecimiento de la Corte Penal Internacional en el año 1998 (nuestro país ratificó el Estatuto el 16/1/01 y rige al respecto la Ley N/ 26.200- Ley de Implementación del Estatuto de Roma) dispone en su art. 7/, que “... se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque ...”, enumerando posteriormente una serie de conductas constitutivas de dicho delito, entre las cuales figura en su inciso i) la “Desaparición forzada de personas;...”

Del mismo modo, el punto 2 inc. a) del artículo 7/, expresa que “... por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de ac-

tos mencionados en el párr. 1/ contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política ...”.

Nuestro Máximo Tribunal ha tenido oportunidad de aplicar estas nociones y de aproximarlas a nuestra historia, sosteniendo en el caso “Simón”, del 14 de junio de 2.005, que *“la descripción jurídica de estos ilícitos contiene elementos comunes de los diversos tipos penales descriptos, y otros excepcionales que permiten calificarlos como “crímenes Cámara Nacional de Casación Penal contra la humanidad” porque: 1- afectan a la persona como integrante de la “humanidad”, contrariando a la concepción humana más elemental y compartida por todos los países civilizados; 2- son cometidos por un agente estatal en ejecución de una acción gubernamental, o por un grupo con capacidad de ejercer un dominio y ejecución análogos al estatal sobre un territorio determinado. El primer elemento pone de manifiesto que se agrede la vida y la dignidad de la persona, en cuanto a su pertenencia al género humano, afectando aquellos bienes que constituyen la base de la coexistencia social civilizada. Desde una dogmática jurídica más precisa, se puede decir que afectan derechos fundamentales de la persona, y que estos tienen esa característica porque son “fundantes” y “anteriores” al estado de derecho. Una sociedad civilizada es un acuerdo hipotético para superar el estado de agresión mutua (Hobbes, Thomas, “Leviatán. O la materia, forma y poder de una República, eclesiástica y civil”, México, Fondo de Cultura Económica, 1994), pero nadie aceptaría celebrar ese contrato si no existen garantías de respeto de la autonomía y dignidad de la persona pues “aunque los hombres, al entrar en sociedad, renuncian a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo que tenían en el estado de naturaleza, poniendo todo esto en manos de la sociedad misma para que el poder legislativo disponga de ello según lo requiera el bien de la sociedad, esa renuncia es hecha por cada uno con la exclusiva intención de preservarse a sí mismo y de preservar su libertad y su propiedad de una manera mejor, ya que no puede suponerse que criatura racional alguna cambie su situación con el deseo de ir a peor” (Locke, John, “Segundo Tra-*

tado sobre el Gobierno civil”, capítulo Madrid, Alianza, 1990). Tales derechos fundamentales son humanos, antes que estatales. Por ello, los derechos fundamentales no pueden ser suprimidos por el Estado Nacional y si no son respetados, tienen tutela transnacional. Este aspecto vincula a esta figura con el derecho internacional humanitario, puesto que ningún estado de derecho puede asentarse aceptando la posibilidad de la violación de las reglas básicas de la convivencia y admitiendo comportamientos que tornan a las personas irreconocibles como tales. El segundo aspecto requiere que la acción no provenga de otro individuo aislado, sino de la acción concertada de un grupo estatal o de similares características que se propone la represión ilícita de otro grupo, mediante la desaparición física de quienes lo integran o la aplicación de tormentos. No se juzga la diferencia de ideas, o las distintas ideologías, sino la extrema desnaturalización de los principios básicos que dan origen a la organización republicana de gobierno. No se juzga el abuso o el exceso en la persecución de un objetivo loable, ya que es ilícito tanto el propósito de hacer desaparecer a miles de personas que piensan diferente, como los medios utilizados que consisten en la aniquilación física, la tortura y el secuestro configurando un “Terrorismo de Estado” que ninguna sociedad civilizada puede admitir. No se juzga una decisión de la sociedad adoptada democráticamente, sino una planificación secreta y medios clandestinos que sólo se conocen muchos años después de su aplicación. No se trata de juzgar la capacidad del Estado de reprimir los delitos o de preservarse a sí mismo frente a quienes pretenden desestabilizar las instituciones, sino de censurar con todo vigor los casos en que grupos que detentan el poder estatal actúan de modo ilícito, fuera del ordenamiento jurídico o cobijando esos actos con una ley que sólo tiene la apariencia de tal. Por ello, es característico de esos delitos el involucrar una acción organizada desde el Estado o una entidad con capacidad similar, lo que comprende la posibilidad del dictado de normas jurídicas que aseguran o pretenden asegurar la impunidad” (voto del Dr. Lorenzetti, considerando 13).

En resumen el Alto Tribunal señaló que “... ya en la década de los años setenta, esto es, en el momento de los hechos investigados, el orden jurídico interno contenía normas (internacionales) que reputaban a la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad. Estas normas, puestas de manifiesto en numerosos instrumentos internacionales regionales y universales, no sólo estaban vigentes para nuestro país, e integraban, por tanto, el derecho positivo interno, por haber participado voluntariamente la República Argentina en su proceso de creación, sino también porque, de conformidad con la opinión de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional más autorizada, dichas normas ostentaban para la época de los hechos el carácter de derecho universalmente válido (*ius cogens*.” (Conf. CSJN - “Fallos”: 328, pp. 2056).

También en el caso “DERECHO, RENE” (11/07/2007, Fallos: 330:3074), nuestra C.S.J.N. ha examinado las conductas y elementos que permiten encuadrar una conducta dentro de la categoría de crímenes de lesa humanidad a la luz de lo prescripto en el art. 7 del Estatuto de Roma. En este sentido, ha señalado que “... Se trata, en primer lugar, de actos atroces enumerados con una cláusula final de apertura típica (letra “k”, apartado primero del artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional). Comprende, entre otras conductas, actos de asesinato, exterminio, esclavitud, tortura, violación, desaparición forzada de personas, es decir, un núcleo de actos de extrema crueldad. En segundo lugar, estos actos, para ser calificados como crímenes de lesa humanidad, deben haber sido llevados a cabo como parte de un “ataque generalizado o sistemático”; en tercer lugar, ese ataque debe estar dirigido a una población civil. En cuarto lugar, se encuentra un elemento que podría ser descripto como complejo. En efecto, por la forma en que comienza su redacción, sólo parecería que se trata de la definición de un elemento ya enumerado, es decir la existencia de un ataque. El porqué de la reiteración del término “ataque” se explica a partir de las discusiones en el proceso de elaboración del Estatuto, que aquí pueden ser dejadas de lado. Lo relevante es que el final del apartado 1 incorpora realmente otro elemento, que con-

siste en la necesidad de que ese ataque haya sido realizado de conformidad con una política de un estado o de una organización, o para promover esa política”.

Respecto de los requisitos exigidos por la norma, sostuvo que “... *En primer lugar, el requisito más relevante para que un hecho pueda ser considerado un delito de lesa humanidad consiste en que haya sido llevado a cabo como parte de un ataque que a su vez —y esto es lo central— sea generalizado o sistemático. Este requisito recibió un tratamiento jurisprudencial en el fallo Prosecutor v. Tadic, dictado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia el 7 de mayo de 1997. Allí se explicó (apartados 647 y ss.) que la inclusión de los requisitos de generalidad o sistematicidad tenía como propósito la exclusión de hechos aislados o aleatorios de la noción de crímenes contra la humanidad...*”

Desde el punto de vista de la jurisprudencia internacional, y de manera congruente con la postura asumida por nuestro Máximo Tribunal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile” estableció que “*los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad.*” También señaló que “*los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda*” (Corte IDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, Sentencia del 26/9/2006, Párr. 98).

A su turno, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, en el caso “Endemovic”, expresó que “*Los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa*

humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima”.

Tal como se verá *infra*, las normas penales internacionales que prohíben los crímenes de lesa humanidad pertenecen al *ius cogens* y son, en consecuencia, normas imperativas y de exigibilidad universal (oponibles *erga omnes*). Esta imperatividad universal, puede surgir de una fuente consuetudinaria, de un principio general del derecho o incluso de un principio general de humanidad, y podrá reflejarse ulteriormente en una Convención o tratado, mas es indispensable señalar que la imperatividad se impone por la comunidad internacional con total prescindencia de la firma de una Convención o Tratado...

b) A la luz de estos principios teóricos ha de analizarse la calificación legal escogida por el “a quo” al caracterizar las conductas en juego como un delito de lesa humanidad, a los efectos de atender el agravio que sostiene que los hechos imputados no constituyen un delito de tal naturaleza, y que en consecuencia la acción a su respecto se encuentra prescripta.

Al efecto, recuérdese que el tribunal resolvió condenar a Víctor Enrique REI como coautor penalmente responsable de los delitos de retención y ocultamiento de un menor de diez años previamente sustraído, en concurso real con los delitos de supresión del estado civil de un menor de diez años mediante la falsedad ideológica de documento público en relación al certificado de nacimiento que en copia luce...; falsedad ideológica de documento público respecto del acta de nacimiento inscripta bajo el nro. 545 del Tomo I del año 1.978 de la Circunscripción 8° del Registro Civil de esta ciudad y falsedad ideológica de documento público destinado a acreditar la identidad de las personas, vinculado al DNI N° 26.122.906, concurriendo los últimos cuatro hechos en forma ideal entre sí.

La correcta calificación de estos hechos requiere tener en cuenta que, tal como ha quedado acreditado, Lilita Clelia FONTANA fue secuestrada el 1° de julio de 1977, en la vivienda de calle Kelsey 2034, de la localidad de Caseros, Provincia

de Buenos Aires, por agentes estatales; que por entonces se encontraba embarazada con más de dos meses de gestación, y que, estando en cautiverio dio a luz a Alejandro Adrián; que a posteriori ese niño nacido en cautiverio, fue retenido y ocultado, e incorporado en forma irregular a otra familia —sin vínculo biológico alguno—, con la consecuente supresión de su estado civil mediante la falsedad ideológica de diferentes instrumentos públicos, imposibilitando así a sus familiares biológicos conocer la existencia y el paradero del niño.

El contexto en que se han llevado a cabo las figuras delictivas condujo al tribunal anterior, con un criterio que compartimos, a sostener que los hechos por los cuales se acusara a Víctor Enrique REI constituyen una desaparición forzada de persona, por cuanto la retención y ocultación de Alejandro Adrián —previamente sustraída de su madre biológica— sólo pudo mantenerse mediante la supresión y posterior sustitución de su estado civil a través de las distintas falsedades ideológicas de documentos públicos, de modo tal que estas formas comisivas concomitantes no resultan conductas aisladas sino parte integrante de aquella primitiva sustracción.

En cuanto al referido contexto, señala con acierto el colegiado anterior que *“no es posible desconocer que el gobierno militar que usurpó el poder en el período comprendido entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983 se atribuyó la suma del poder público, se arrogó facultades extraordinarias y en el ejercicio de estos poderes, implementó, a través del terrorismo de Estado, una práctica sistemática de violaciones a garantías constitucionales (Cfr. al respecto lo señalado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 309:33 y 309:1689, por el Procurados General de la Nación in re “Simón”, considerando VII; por la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas —CONADEP—; y por la Comisión Americana de Derechos Humanos, en el informe sobre la situación de los derechos humanos en la Argentina de 1980).”*

Lo decisivo, a los fines del correcto encuadramiento jurídico, es que los hechos que conformaron los delitos juzgados se dieron en un marco mucho más amplio, consistente en una multi-

plicidad de hechos ilícitos tales como desapariciones forzadas de personas, privaciones ilegítimas de libertad y tormentos, entre otros, ocurridos durante la última dictadura militar gobernante.

En estas circunstancias, la conducta en que incurrió Víctor Enrique REI responde a la que describe la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (aprobada por ley 24.556), esto es, *“la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”* (artículo II).

En el caso, la desaparición forzada de Alejandro Adrián, se consumó mediante su sustracción física de manos de su madre detenida, y posterior sustitución de su verdadera identidad por otra, lo que frustró la búsqueda por parte de sus familiares.

En esta línea, participamos de la opinión que llevó a los magistrados de la instancia anterior a expresar que *“...la desaparición forzada de Alejandro Adrián, no abarca sólo su ‘privación de libertad’, materializada mediante sus sustracción y posterior retención, sino que también comprende la ‘falta de información o la negativa’ de reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre su paradero, lo que se materializa mediante su ocultamiento y la sustitución de su estado civil, como así también las correspondientes falsedades documentales -Arts. 146, 139 y 293 del C.P.-.”*

No debe dejar de considerarse que la conducta del imputado no sólo se desarrolló en el contexto del terrorismo de Estado que se asentó durante la última dictadura militar, sino que también ella misma formó parte de los ataques cometidos desde el poder estatal, al ser Clelia Liliana Fontana -progenitora de Alejandro Adrián- una de las personas que sufrió la detención y posterior desaparición orquestada desde las esferas del poder.

La conexión de la detención y desaparición de los padres de Alejandro Adrián con esa política de estado se encuentra sobradamente probada, por cuanto múltiples testimonios dan cuenta de que la pareja Fontana-Sandoval, previamente a su desaparición, permanecieron en el centro clandestino de detención conocido como el “Club Atlético”, ubicado en una dependencia de la Policía Federal Argentina.

Esta conexión entre el delito y la política de violación a los derechos humanos desatada por la dictadura militar en aquel entonces, sella su suerte, además, como delito de lesa humanidad, por cuanto concuerdan sus elementos esenciales con los que establece el Estatuto de Roma para el establecimiento de la Corte Penal Internacional en el año 1998, que mencionáramos más arriba como la más reciente determinación de la figura del delito de lesa humanidad.

El referido Estatuto dispone en su art. 7/, que “... *se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque ...*”, y enumera luego una serie de conductas constitutivas de dicho delito, entre las cuales figura en su inciso i) la “*Desaparición forzada de personas;...*”

Del mismo modo, el punto 2 inc. a) del artículo 7/, expresa que “... *por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párr. 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política ...*”.

Desde nuestra óptica, el Tribunal inferior ha analizado correctamente las características fácticas del hecho, desde los elementos probatorios incorporados, y ha explicado satisfactoriamente su calificación como desaparición forzada de persona y como delito de lesa humanidad.

c) Contra esta caracterización jurídica efectuada por el fallo, el recurrente ha argumentado que “...*en el accionar del estado en los años 70, no hubo ningún ‘ataque sistemático a una población civil’, sino una respuesta exclusiva y excluyentemente diri-*

gida a ejércitos irregulares conformados por combatientes armados y entrenados, lo cual constituye una acción de suyo justa y legítima...” ... y que en el análisis que hizo el fallo “...se omite otro detalle nada menor: que la situación descrita por las Convenciones Internacionales de DDHH opera en tiempos de paz, pues en tiempo de guerra dicha legislación es suplantada por las Convenciones de Ginebra y La Haya sobre el derecho de guerra” ...

Tales argumentos no conmueven, desde mi óptica, lo expresado por el resolutorio en el sentido de que *“Liliana Clelia Fontana Deharbe y Pedro Fabián Sandoval fueron secuestrados de la vivienda familiar...”* por lo cual *“...no resulta necesario analizar si los nombrados pertenecían o no a alguna organización armada, ni el carácter jurídico de ésta, ya que lo cierto es que ninguno de los declarantes ni las personas que aún continúan desaparecidas se encontraba en combate”...*

Por lo demás, compartimos que *“Respecto a la calidad de la existencia de conflicto armado o no, los Estados que redactaron el Estatuto de Roma reafirmaron, por omisión de toda relación con un conflicto armado, que los crímenes de lesa humanidad pueden cometerse en tiempo de paz o durante conflictos armados” (...).*

d) Tampoco resulta admisible el argumento de que la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas *“es notablemente posterior al momento en que el hecho cesó de ejecutarse (el día 1° de marzo de 1989) cuando los padres brindaron información al Estado acerca del paradero de la víctima” (...),* pues tal razonamiento olvida que *“...la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país sólo ha significado, como ya se adelantara, la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal, puesto que la evolución del derecho internacional a partir de la segunda guerra mundial permite afirmar que para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la*

desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad”...

Sin perjuicio de ello, conforme se especifica *infra...*, el delito cometido por Víctor Enrique REI es de naturaleza permanente o continuada, y su comisión se prolongó hasta una fecha muy posterior a la del inicio de la vigencia de la Convención señalada por el recurrente, por lo que, en razón de los mismos fundamentos allí expresados, tal ordenamiento le resulta directamente aplicable.

e) Acerca del encuadramiento jurídico de los hechos, también la defensa acudió al principio de legalidad, para resaltar que el derecho penal sólo puede descansar en la ley, no pudiéndose dictar una sentencia penal de condena fundándose solamente en el derecho penal internacional, porque el derecho penal interno exige, indisolublemente, la doble precisión de la ley sobre los hechos punibles y sobre las penas a aplicar.

Sobre el tema, los argumentos del quejoso no conmueven lo expresado por el tribunal inferior cuando, con remisión a lo expresado por el Procurador General de la Nación, compartió que *“...Debe quedar claro que no se trata de combinar, en una suerte de delito mixto, un tipo penal internacional -que no prevé sanción alguna- con la pena prevista para otro delito de legislación interna. Antes bien, se trata de reconocer la relación de concurso aparente existente entre ambas formulaciones delictivas...”* (Cfr. *Incidente de apelación y nulidad de prisión preventiva –expediente 30.312- formado en la causa N° 1.499 del registro de este órgano jurisdiccional, caratulada “Videla, Jorge Rafael s/supresión del estado civil de un menor -art. 139, inc. 2º- dictamen del 23 de agosto de 2001).*”

De esta manera, el tratamiento que mereció el asunto por parte del Inferior no hizo sino seguir el camino señalado por la doctrina de nuestro Máximo Tribunal *in re* “ARANCIBIA CLAVEL, ENRIQUE LAUTARO s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros” (causa n° 259, resuelta el 24/08/2004, Fallos: 327:3312). Allí, resultan esclarecedores los conceptos vertidos sobre el punto por el voto del ministro Juan Carlos Maqueda: *“El castigo a ese tipo de crímenes proviene, pues, di-*

rectamente de estos 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 algunas de las limitaciones de la Constitución Nacional para el castigo del resto de los delitos. La consideración de aspectos tales como la tipicidad y la prescriptibilidad de los delitos comunes debe ser, pues, efectuada desde esta perspectiva que asegura tanto el deber de punición que le corresponde al Estado Nacional por su incorporación a un sistema internacional que considera imprescindible el castigo de esas conductas como así también la protección de las víctimas frente a disposiciones de orden interno que eviten la condigna persecución de sus autores” (Considerando 33); “Que la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los estados nacionales sino de los principios del ius cogens del Derecho Internacional (conf. Arg. Fallos: 318:2148, considerando 4º), lo que pone en evidencia que sea plenamente aplicable el sistema de fuentes del derecho propio de aquéllos.” ... “Por consiguiente, corresponde verificar si la conducta constituye un crimen contra la humanidad de acuerdo a las reglas consuetudinaria de derecho internacional o el derecho internacional convencional o en virtud de los principios de derechos reconocidos por la comunidad de las naciones, constituya o no una contravención al derecho vigente en el tiempo y lugar de su comisión en el sistema normativo nacional” (Considerando 42) “...lo hasta aquí expresado en modo alguno implica desconocer el principio nullum crimen sine lege por cuanto la conducta materia de juzgamiento, al momento de los hechos, no sólo estaba prevista en el derecho internacional - incorporada mediante el art. 118 de la Constitución Nacional-, sino que también constituía un delito para el código penal argentino. Por otra parte 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 otras palabras, el código penal, además de ser el producto de la política en lo criminal adoptada por el

legislador para proteger a sus habitantes, también aparece como el instrumento con el que el Estado argentino asume la punición respecto de determinadas conductas por exigencia de la comunidad internacional” (Considerando 57).

La aplicación de estos principios al hecho concreto de autos nos conduce a descartar las razones del recurrente, compartiendo lo expresado por el colegiado anterior, en cuanto expuso que “... *el universo fáctico abarcado por la desaparición forzada de Alejandro Adrián, se encontraba ya previsto en los delitos de sustracción, ocultación y retención de un menor de diez años de edad -Art. 146 del CP-; y falsedad ideológica de instrumento público destinado a acreditar la identidad de las personas”.*

Y agregó que “*Esto es así porque, la desaparición forzada de Alejandro Adrián, no abarca sólo su “privación de libertad”, materializada mediante sus sustracción y posterior retención, sino que también comprende la “falta de información o la negativa” de reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre su paradero, lo que se materializa mediante su ocultamiento y la sustitución de su estado civil, como así también las correspondientes falsedades documentales -arts. 146, 139 y 293 del CP.- (En igual sentido, Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, Exp. 30.312 “Videla, J.R. s/prisión preventiva”, resuelta el día 9 de septiembre de 1.999)”.*

f) A fin de agotar el tratamiento de los agravios relativos al correcto encuadramiento jurídico de los hechos, recordemos que la defensa entendió que debió aplicarse la ley 11.179, vigente al momento en que se consumó la conducta, en lugar de la más gravosa n° 24.410, promulgada en diciembre de 1994.

Sobre el punto ya ha recaído pronunciamiento de la CSJN en los autos “REI, VICTOR ENRIQUE Y OTRO (S) s/sustracción de menores de 10 años (art. 146)” (causa R. 1236. XLI, resuelta el 29 de mayo de 2007), en la cual el Alto Tribunal compartió e hizo suyos los fundamentos y conclusiones del dictamen del Procurador Fiscal relativos a la aplicación de la ley 24.410 al caso —que resultaba según la defensa de REI contraria al principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución

Nacional—. Al respecto, concluyó 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 art. 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.*” (Dictamen del Procurador Fiscal, de fecha 15 de agosto de 2.006).

De esa manera, ha quedado aclarada la inteligencia que debe reconocerse a las aplicabilidad temporal de la ley 24.410, restando en todo caso determinar si, en la especie, la acción típica había continuado cometiéndose al tiempo de entrada en vigencia de esta norma.

Al respecto, entiendo correcta la interpretación dada por el *a quo* en cuanto a que la acción típica cesa cuando se descubre la verdadera identidad de la víctima, por cuanto es la que mejor se conforma con la naturaleza del delito (de ejecución permanente o continua), teniendo en cuenta la persistencia de la “negativa de información acerca de la suerte o paradero de la víctima”, y es la inteligencia que ha adoptado, además, la C.I.D.H. en los precedentes “Heliodoro Portugal vs. Panamá” (12/08/08) y “Ticona Estrada y otros vs. Bolivia” (27/11/08). En estos asuntos, se dijo que “...*la desaparición forzada consiste en una afectación de diferentes bienes jurídicos que continúa por la propia voluntad de los presuntos perpetradores, quienes al negarse a ofrecer información sobre el paradero de la víctima mantienen la violación a cada momento. Por tanto, al analizar un supuesto de desaparición forzada se debe tener en cuenta que la privación de la libertad del individuo sólo debe ser entendida como el inicio de la configuración de una violación compleja que se prolon-*

ga en el tiempo hasta que se conoce la suerte y el paradero de la presunta víctima”.

En el caso que ahora nos ocupa, los jueces que en este aspecto conformaron la mayoría entendieron que el delito cesó de ejecutarse el día 11 de julio de 2.006, fecha en la cual la víctima recuperó su identidad por haberse recibido en este proceso el resultado del estudio inmunogenético practicado por el Banco Nacional de Datos Genéticos...

El criterio no parece desacertado en cuanto a que, si habremos de aceptar que la acción típica cesa cuando se descubre la verdadera identidad de la víctima, bien puede considerarse determinante el momento de obtención de datos fidedignos que permitan conocerla. La única objeción que advierto contra esta opinión es que, estando sujeta la pericia genética a impugnaciones, se requeriría la ulterior ratificación judicial, y siguiendo en esta línea de razonamiento, sólo al adquirir firmeza la sentencia condenatoria, se podría tener dilucidada la verdad de los hechos —y con ellos, la cuestión de la verdadera identidad— en forma inconvencional y definitiva.

La cuestión nos llevaría a adentrarnos en una discusión que a la postre resultaría bizantina, porque dadas las circunstancias del caso, nos basta con la seguridad de que el momento de cesación de la acción típica no podría situarse “antes” de la obtención del resultado de la prueba genética que ha develado la identidad de Alejandro Adrián con un grado de altísima probabilidad, cercana a la certeza.

Por su parte, en el dictamen del Procurador Fiscal de fecha 15 de agosto de 2.006 en los mencionados autos “REI, VICTOR ENRIQUE Y OTRO (S) s/sustracción de menores de 10 años (art. 146)” (causa R. 1236. XLI de la C.S.J.N.) afirmó que, a esa fecha, el delito “*aún se está cometiendo*”.

Conforme a todo ello, y cualquiera fuere el criterio que adoptemos dentro de estos posibles, sin duda alguna a la fecha de entrada en vigencia de la ley 24.410 (publicada en el B.O. del 2/1/95), se mantenía la ejecución del delito, y por ello, esta norma es la que resulta aplicable.

g) Con relación a la naturaleza del delito —sustracción del presunto hijo de personas detenidas ilegalmente, secuestradas y desaparecidas durante la última dictadura militar—, en el precedente “GUALTIERI” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la disidencia parcial (sobre otros aspectos) de los ministros Ricardo Lorenzetti y Raúl Zaffaroni, se expresó que *“...queda claro que el caso corresponde a un presunto delito de lesa humanidad en forma de crimen de estado. Pero no se trata de uno más de los muchos cometidos en el curso de los siglos, en que por cierto son generosos en su aberración los ejemplos de las dos centurias anteriores...sino que se trata de un crimen cuya perversa originalidad le quita cualquier analogía con todos los conocidos”*. *“Salvo las recientes investigaciones en curso sobre el destino de niños por el régimen franquista, no hay en el mundo precedentes de casos de secuestro y consiguiente privación de identidad en forma masiva de niños de cortísima edad o nacidos en cautiverio o arrebatados de sus hogares, habiendo sido casi siempre asesinados sus padres en el curso de la práctica de otros crímenes de estado, manteniendo esta situación indefinidamente en el tiempo.*

Es claro que 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” (Considerando 7°).

En el Dictamen del Procurador General ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, correspondiente a la causa “VAZQUEZ FERRA, EVELIN KARINA s/incidente de apelación”..., dicho magistrado recordó que *“...como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la práctica de sustracción de niños hijos de desaparecidos, además de configurar un delito en el derecho interno, constituye una violación a normas fundamentales de derecho internacional de los derechos humanos, principalmente aquellas que tutelan el derecho a la identidad de las víctimas directas y protegen la familia (artículos 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y artículos V y VI de la Declaración Americana de los Dere-*

chos y Deberes del Hombre; Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1987/8, págs. 350/63).”

h) De la caracterización jurídica de los hechos así determinada se sigue la respuesta al planteo de prescripción formulado.

Al respecto, adujo el recurrente que la aplicación de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas fue recién ratificada por el Estado Argentino en virtud de la ley 24.556, de fecha 18/10/95, por lo que la vigencia de esta norma de derecho internacional es notablemente posterior al momento en que el hecho cesó de ejecutarse, que sitúa en fecha 1° de marzo de 1.989, cuando los padres brindaron información al Estado acerca del paradero de la víctima, o bien cuando el menor cumplió los diez años de edad, no pudiéndose considerar que resulte delictivo permanecer en una actitud pasiva más allá de ese límite que marca la propia legislación. Y en este sentido subrayó que el art. 63 del Código Penal prevé que si el delito fuere continuo la prescripción comenzará a contarse a partir del día en que cesó de cometerse; y agregó que el art. 18 de la C.N., en cuanto opone una absoluta prohibición a la aplicación retroactiva de todo empeoramiento del régimen de prescripción penal, prevalece sobre los acuerdos internacionales, por disponerlo los arts. 31 y 75, inc. 22, de la C.N. Más allá de la gravedad de los llamados delitos de lesa humanidad, negó que existiera en la legislación argentina norma alguna que los prevea y que regule su imprescriptibilidad, no surgiendo del derecho de gentes norma imperativa que deba aplicarse.

La cuestión así expuesta resulta idéntica, en lo pertinente, a la resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los ya citados autos “ARANCIBIA CLAVEL”, en los que se expresó que “*..el fundamento común del instituto de la prescripción, independientemente del objeto al que aluda -de la acción o de la pena-, es la inutilidad de la pena en el caso concreto, en los que el transcurso del tiempo entre el hecho y el juicio, o entre la condena y su ejecución, hace que la persona imputada no sea la misma, como así también que el hecho sometido a la jurisdicción pierda vigencia vivencial conflictiva, para pasar a ser un*

mero hecho histórico-aneecdótico.” (Considerando 20); “Que la excepción a esta regla está configurada para aquellos actos que constituyen crímenes contra la humanidad, ya que se tratan de supuestos que no han dejado de ser vivenciados por la sociedad entera dada la magnitud y la significación que los atañe...” (Considerando 21); de ello se sigue “...la necesidad de un examen de la cuestión de la prescripción diferenciada, según se trate o no de un delito de lesa humanidad” (Considerando 26); “Que esta convención (sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad) sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (ius cogens) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la aplicación de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos” (Considerando 28); “Desde esta perspectiva, así como es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la convención, también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la convención al derecho interno” (Considerando 29).

Similares principios aplicó nuestro Alto Tribunal in re: “SIMON, JULIO HECTOR Y OTROS s/privación ilegítima de la libertad, etc”... con relación a la imprescriptibilidad de la acción penal respecto de los crímenes de lesa humanidad, debiendo destacarse, sobre este particular aspecto el voto del ministro Antonio Boggiano en cuanto expresó “*Que, esta Corte juzgó que la calificación de delitos de lesa humanidad está sujeta de los principios del ius cogens del derecho internacional y que no hay prescripción para los delitos de esa laya (Fallos: 318:2148). Este es un principio derivado tanto del derecho internacional consuetudinario cuanto del convencional, la Convención de la imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. En suma, los delitos de lesa humanidad nunca han sido*

prescriptibles en el derecho internacional ni en el derecho argentino. En rigor, el derecho internacional consuetudinario ha sido juzgado por esta Corte como integrante del derecho interno argentino...”

De esta manera, compartiendo el hecho objeto de esta causa la estudiada naturaleza de lesa humanidad, y no existiendo, en lo que nos interesa, diferencias esenciales con los que motivaron precedentes mencionados, resultan aplicables sus principios, lo que determina el rechazo de la defensa de prescripción.

...

VII. Por los fundamentos que anteceden, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto por el doctor Alejandro María MACEDO RUMI, en representación de Víctor Enrique REI..., con costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.), y tener presente la reserva del caso federal efectuada por el recurrente.

El señor juez Augusto M. Diez Ojeda dijo:

Que por coincidir en lo sustancial con las consideraciones realizadas por el distinguido colega que lidera el acuerdo, adhiero a su voto.

Sin embargo, considero oportuno precisar, respecto al planteo que involucra el tiempo en prisión preventiva que lleva el incurso y la duración del proceso como circunstancias atenuantes para la graduación de la pena en los términos del art. 40 y 41 del Código Penal, que en mi opinión, el tratamiento del agravio se torna insustancial, toda vez que el recurrente no logra demostrar los extremos que dan lugar a la articulación.

En este orden de ideas, no es posible soslayar que, recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* “Salgado, Héctor y otros s/defraudación a la Administración Pública -causa N/ 15174 -34341-”..., recordó que el alcance del derecho a obtener un pronunciamiento sin dilaciones indebidas -garantía de plazo razonable- reconocido a partir de los precedentes... “se encuentra limitado, por supuesto, a la demostración por parte de los apelantes de lo irrazonable de esa prolongación... pues en esta materia no existen plazos automáticos o absolutos

y, precisamente, 'la referencia a las particularidades del caso aparece como ineludible'...

El señor juez **Juan Carlos Rodríguez Basavilbaso** dijo:

Que adhiero a los votos que anteceden.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal

RESUELVE:

I. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto... por el doctor Alejandro María MACEDO RUMI, en representación de Víctor Enrique REI, con costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal efectuada.

...