

Cámara Nacional de Casación Penal

Causa n° 9569, "Rivas,
Osvaldo Arturo y otros s/

REGISTRO NRO.15.083

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 8 días del mes de septiembre del año dos mil nueve, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el juez doctor W. Gustavo Mitchell como Presidente y los jueces doctores Luis M. García y Guillermo J. Yacobucci como Vocales, asistidos por la Secretaria, doctora Sol Déboli, a los efectos de resolver los recursos interpuestos contra la sentencia de fs. 3887/3977 de la presente causa n° 9569 del registro de esta Sala, caratulada: "RIVAS, Osvaldo Arturo y otros s/recurso de casación", representado el Ministerio Público Fiscal por el señor Fiscal General doctor Raúl Omar Plée y la defensa particular de Enrique José Berthier es ejercida por el doctor Ramiro Hernán Rúa, la defensa oficial de Osvaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pinto por el doctor Juan Carlos Sambucetti, por la querrela interviene el doctor Tomás Ojea Quintana en representación de María Eugenia Sampallo Barragán y de Azucena Flora Martín de Barragán.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultaron designados para hacerlo en primer término el juez doctor Luis M. García y en segundo y tercer lugar los jueces doctores Guillermo J. Yacobucci y W. Gustavo Mitchell, respectivamente.

El señor juez doctor **Luis M. García** dijo:

-I-

Con fecha 4 de abril de 2008 el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 5 de esta ciudad dictó sentencia en la causa Nro. 1229 de su registro, y resolvió:

-Condenar a Osvaldo Arturo Rivas a la pena de ocho años de prisión, inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, más accesorias legales y costas por ser coautor penalmente responsable de los delitos de falsedad

ideológica en instrumento público y retención y ocultamiento de una menor de diez años y autor de falsedad ideológica en instrumento público y falsedad ideológica en instrumento público destinado a acreditar la identidad de las personas, todos en concurso material entre sí (arts. 12, 19, 29 inciso 3°, 40, 41, 45, 55, 146 -texto conforme ley 24.410- 293, primer y segundo párrafo, este último en función del 292, segundo párrafo -textos según ley 20.642 y 21.766-, todos del Código Penal; 403 y 531 del Código Procesal Penal) [**punto dispositivo II de la sentencia recurrida**].

-Condenar a María Cristina Gómez Pinto a la pena de siete años de prisión, inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, más accesorias legales y costas, por ser *coautora* penalmente responsable del delito *de retención y ocultamiento de una menor de diez años* (arts.12, 19, 29 inciso 3°, 40, 41, 45 y 146 -texto conforme ley 24.410- del Código Penal; 403 y 531 del Código Procesal Penal) [**punto dispositivo III de la sentencia recurrida**].

-Condenar a Enrique José Berthier o Enrique José Nicolás Berthier a la pena de diez años de prisión, inhabilitación absoluta por el tiempo de condena, más accesorias legales y costas, por ser *cómplice necesario* penalmente responsable *en el delito de falsedad ideológica en instrumento público y coautor de ocultamiento de una menor de diez años, en concurso material entre sí* (arts. 12, 19, 29 inciso 3°, 40, 41, 55, 146 -textos según leyes 20.642 y 21.766-, todos del código Penal; 403 y 531 del Código Procesal Penal) - [**punto dispositivo IV de la sentencia recurrida**].

-Absolver libremente y sin costas a María Cristina Gómez Pinto en orden a los delitos de *falsedad ideológica en instrumento público (dos hechos) y falsedad ideológica en instrumento público destinado a acreditar la identidad de las personas* (arts. 45, 55 y 293, primer y segundo párrafo, en función del 292, segundo párrafo del Código Penal, textos según leyes 20.642 y 21.766; 399 y 531 a *contrario sensu* del Código Procesal Penal) [**punto dispositivo V de la sentencia recurrida**].

-Absolver libremente y sin costas a Enrique José Berthier o Enrique José Nicolás Berthier en orden a los delitos de *falsedad ideológica en*

Cámara Nacional de Casación Penal

instrumento público y falsedad ideológica en instrumento público destinado a acreditar la identidad de las personas por los cuales fuera acusado en calidad de cómplice primario (arts. 45, 55 y 293 primer y segundo párrafo en función del 292, segundo párrafo, del Código Penal, textos según leyes 20.642 y 21.766; 399 y 531 a *contrario sensu* del Código Procesal Penal) [*punto dispositivo VI de la sentencia recurrida*].

Contra esa sentencia han interpuesto recurso de casación: a) el señor defensor oficial doctor Víctor Enrique Valle y la señora defensora oficial *ad hoc* María Pilas Millet a cargo de la defensa de los condenados Oswaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pinto (fs. 3997/4055); b) el señor defensor particular del condenado doctor Enrique José Berthier, doctor Ramiro Hernán Rúa (4148/4221); c) el señor Fiscal titular de la Unidad de Asistencia para causas por Violaciones a los Derechos Humanos durante el Terrorismo de Estado de la Procuración General de la Nación, doctor Félix Pablo Crous (fs. 4056/4111), y d) el señor en representación de las querellas doctor Tomás Ojea Quintana (4112/4134).

Todos los recursos fueron concedidos (fs.4230/4233).

-II-

1) La Defensa Oficial de Oswaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pinto impugna la sentencia con invocación de los dos supuestos del art. 456 del C.P.P.N.

La defensa pretende que esta Sala revise los siguientes aspectos de la sentencia:

a) El momento en que debe tenerse por cesada la ejecución del delito de retención y ocultación de la niña sustraída, a tenor del art. 146 C.P., alegando que el delito habría cesado cuando María Cristina Gómez Pinto la puso a disposición de un servicio del Hospital Durand para la toma de muestras genéticas, el día 13 de marzo de 1989, con el fin de esclarecer su "verdadera filiación".

b) Alegando errónea aplicación de la ley sustantiva, en el caso del art. 146 C.P. –texto según ley 24.410-, reclama que se debía aplicar el texto anterior a esa reforma, que establecía una escala penal menor que la de la ley aplicada. Invoca los arts. 18 C.N., 2 C.P. y 9 CADH.

c) Los fundamentos del rechazo del planteo de prescripción que se había formulado en el juicio. Pretende que la acción penal por el delito de retención y ocultamiento de la niña (art. 146 C.P.) se habría extinguido por haberse operado la prescripción sea que el plazo se compute desde que la niña cumplió diez años de edad, sea que se compute desde el momento de su presentación al servicio hospitalario para la toma de muestras con el fin de realización de un examen genético.

En cuanto a los demás delitos por los que fueron condenados sus defendidos, sostiene –con cita de Fallos: 312:1353– que mientras no hubiese recaído sentencia firme por la comisión del delito del art. 146 C.P., no podría asignarse a éste efecto interruptor de la prescripción de los otros delitos instantáneos objeto de la condena.

d) Pretende que el supuesto de hecho del art. 146 C.P. requiere en plano subjetivo que el agente conozca que el menor de diez años que se retiene u oculta ha sido sustraído, y que en el juicio no se ha acreditado el conocimiento de que la niña había sido sustraída, y alega insuficiencia de la prueba y defecto de motivación de la sentencia en este punto (art. 404, inc. 2, C.P.P.N.).

e) Subsidiariamente ataca de nulidad la sentencia en punto a la determinación de la medida de la pena.

En definitiva concluye que el tribunal oral *“ha arribado a un pronunciamiento condenatorio sobre la base de una motivación ilógica, ausencia de fundamentación suficiente, violación de la presunción de inocencia y del principio de culpabilidad, fundamentación dogmática y aparente sin relación con las constancias comprobadas de la causa”* y que *“la sentencia adolece, por las razones apuntadas oportunamente, de errónea aplicación de la ley sustantiva”* y pide a esta Sala que declare su nulidad y reenvíe el proceso para su sustanciación

Cámara Nacional de Casación Penal

o bien, en su caso, dicte una nueva con arreglo a la ley y doctrina aplicable (fs. 4054).

2º) El defensor de confianza de Enrique José Nicolás Berthier ataca la sentencia de condena con invocación de los dos supuestos del art. 456 del C.P.P.N. En particular pretende que esta Sala revise las siguientes cuestiones:

a) En punto a la condena de su asistido sostiene que no se ha acreditado con certeza la participación atribuida al condenado como coautor de ocultamiento de la niña sustraída, a tenor del art. art. 146 C.P., y discute en todo caso la atribución de coautoría en el ocultamiento, y sostiene que a lo sumo podría habersele atribuido participación en la sustracción, delito instantáneo, que habría cesado con la entrega de la niña.

b) Subsidiariamente que, los delitos de retención y ocultamiento, aunque permanentes, cesan en el momento en que el niño cumple diez años de edad.

c) Subsidiariamente sostiene que el ocultamiento habría dejado de ejecutarse en el momento en que Oswaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pinto habían recibido la citación para la toma de muestras de sangre de la niña. De allí pretende que el delito se habría agotado antes de la entrada en vigencia de la ley 24.410, y que entonces debió aplicarse el texto anterior a esa reforma.

d) También subsidiariamente, frente a lo sostenido en la sentencia en el sentido de que el ocultamiento continuó consumándose después de la entrada en vigencia de la ley 24.410, debía aplicarse la ley más benigna, en el caso, la vigente al comienzo de ejecución del hecho. Invocó los arts. 18 C.N. y 2 C.P.

e) Por otra parte se agravia la defensa por la condena en base a la figura del art. 293 C.P. Alega insuficiencia de la prueba para atribuirle la entrega del certificado de nacimiento junto con la niña.

f) Imputa al *a quo* omisión de tratamiento de planteos efectuados por la defensa en punto a la nulidad de la declaración indagatoria de Oswaldo Arturo Rivas, la falsificación de la firma de María Eugenia Sampallo Barragán en el

Hospital Durand y las concernientes a las llamadas de la testigo González al juzgado de instrucción.

En definitiva pretende se anule la sentencia recurrida y *“oportunamente se establezca la correcta doctrina y se resuelva la causa resolviendo la situación procesal del suscripto, disponiéndose la absolución”* (fs. 4221).

3º) El representante del Ministerio Público Fiscal pretende en su recurso de casación que se revise la sentencia recurrida, en los siguientes puntos:

a) Invocando errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 456, inc. 1, C.P.P.N., ataca el punto dispositivo V de la sentencia en cuanto absolvió a María Cristina Gómez Pinto de los delitos de falsedad ideológica de instrumento público (dos hechos) y falsedad ideológica de instrumento público destinado a acreditar la identidad de las personas en concurso real.

Pretende la condena como coautora de la falsedad ideológica de la partida de nacimiento de la niña a los fines de su inscripción como María Eugenia Rivas y por la falsedad ideológica del Documento Nacional de Identidad bajo ese mismo nombre. Subsidiariamente, como partícipe necesaria de esos delitos.

b) El punto dispositivo VI de la sentencia, en cuanto absolvió a Enrique José Berthier por el delito de falsedad ideológica de instrumento público con relación a la partida de nacimiento de la niña inscripta como María Eugenia Rivas. Pretende que se lo condene como partícipe necesario de la falsedad de la partida de nacimiento, porque el certificado de parto falso, que se tuvo por acreditado entregó el condenado, era necesario para la obtención de la partida.

c) Con invocación de errónea interpretación del art. 139, inc. 2, C.P., pretende que se revise el punto la sentencia y se incluya también en la condena a los tres imputados como coautores de la alteración del estado civil de la niña, discutiendo la interpretación que se hace en la sentencia, en punto a que la figura legal exigiría un ánimo de causar perjuicio no acreditado en el caso. Alega que en este caso existe un concurso formal con las falsedades del art. 293 C.P.P.N.

d) Con invocación de los dos incisos del art. 456 C.P.P.N., ataca la pena impuesta a Osvaldo Arturo Rivas, María Cristina Gómez Pinto y Enrique José Berthier. Pretende que el monto de la pena de prisión se eleve a veinticinco años, alegando arbitraria y defectuosa motivación para la determinación de la pena y errónea interpretación de los arts. 40 y 41 C.P.

e) En forma subsidiaria también invoca errónea aplicación de la ley procesal por defectuosa motivación en el juicio de interpretación de los hechos, en punto omisiones en la descripción de los hechos probados, y en particular sobre la finalidad con la que Enrique José Berthier entregó el certificado de nacimiento, para obtener la partida de nacimiento, sobre el acuerdo entre los integrantes del matrimonio Gómez Pinto para inscribir a la bebé como hija propia, y se agravia de la arbitrariedad de la sentencia por la "inexistencia de fundamentos que den mérito a las absoluciones adoptadas respecto de Gómez Pinto y Berthier". Con cita de la sentencia de Fallos: 328:3399 ("Casal, Matías Eduardo"), sostiene que no pretende una nueva producción de pruebas, sino más bien la rectificación de las conclusiones y el alcance del juicio deductivo que puede extraerse de ciertos elementos probatorios valorado por el *a quo*, y que esta Cámara puede directamente dar una solución diferente a la cuestión, con cita del art. 470 C.P.P.N.

4º) Los representantes de las querellantes pretenden la revisión de la sentencia recurrida, argumentando sobre la existencia de errores bajo los dos supuestos del art. 456 C.P.P.N.

Atacan la sentencia en los siguientes puntos:

a) Arbitrariedad de la sentencia por ausencia de debida fundamentación en cuanto a la falta de acreditación del "propósito de perjuicio" requerido por la figura del art. 139 inc. 2º del Código Penal, lo que la descalifica como acto jurisdiccional válido. Pretende la condena de Osvaldo Arturo Rivas, María Cristina Gómez Pinto y Enrique José Berthier, como coautores de alteración del estado civil de María Eugenia Sampallo Barragán.

b) Le atribuye errónea valoración de la prueba en cuanto a la participación de la condenada Gómez Pinto en el delito de falsificación del certificado de nacimiento, con afectación de la garantía de debido proceso legal, alegando la existencia de un acuerdo común entre Osvaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pinto para la inscripción de la niña como propia.

c) Defecto de fundamentación de la medida de la pena impuesta. Pretenden que se ha incurrido en omisión de hacer explícitos los parámetros teóricos sobre cuya base se mediría la pena, que se incurrió en errónea aplicación de los criterios de los arts. 40 y 41 del Código Penal, y omisión de consideración como pauta mensurativa de que los delitos comprobados se adecuaban a la categoría de crímenes contra la humanidad.

-III-

Que en el término de oficina (art. 465 C.P.P.N.), se han presentado el defensor de Enrique José Berthier, doctor Ramiro Hernán Rúa (fs. 4262/4280); el señor Fiscal General doctor Raúl Omar Pleé que actúa ante esta Cámara (fs. 4282/4292), y el señor Defensor Público Oficial, doctor Juan Carlos Sambucetti (h.), que actúa también ante esta Cámara (fs. 4298/4304).

Mientras que el defensor de Enrique José Berthier no ha ampliado los fundamentos de sus agravios, sino que se ha limitado a reiterar los del recurso de casación, el representante del Ministerio Público ha presentado observaciones sobre los recursos de las defensas y ha ampliado los fundamentos del recurso de la Fiscalía en punto a la pretensión de que María Cristina Gómez Pinto debió ser tenida por coautora de la falsedad ideológica de la partida de nacimiento y del documento nacional de identidad expedidos a nombre de María Eugenia Violeta Rivas. También ha introducido en su presentación argumentaciones sobre cuya base entiende debió condenarse a Enrique José Berthier como coautor de falsedad ideológica de instrumento público y falsedad ideológica de documento destinado a acreditar la identidad de las personas.

Por su parte, la Defensa Pública Oficial amplió los fundamentos del recurso de casación en punto a la pretensión de que se declarase extinguida por

Cámara Nacional de Casación Penal

prescripción la acción penal correspondiente a los delitos por los que fueron acusados sus defendidos, alegando la conexión existente entre la prescripción y el derecho ser juzgado sin dilaciones indebidas; en otro orden reprodujo las pretensiones de que se redujese la pena impuesta a María Cristina Gómez Pinto y a Oswaldo Arturo Rivas alegando arbitraria fundamentación de la medición de la pena. También formuló observaciones sobre la admisibilidad de los recursos de casación de la Fiscalía y de los representantes de las querellas, argumentando que los estándares del caso de Fallos: 328:3399 ("Casal, Matías Eduardo) no son aplicables a los recursos de la Fiscalía, que el ejercicio de la facultad recursiva, de ser admitido y modificarse la condena, agravándola, está en infracción con la prohibición *ne bis in ídem*; y alegó inadmisibilidad del recurso de la querella, al que asigna defectos de fundamentación, y señala que pretende someter a esta Sala la revisión de cuestiones que no caen bajo los supuestos del art. 456 C.P.P.N.

A fs. 4537 se dejó debida constancia de haberse realizado la audiencia prevista en el art. 465 bis del C.P.P.N., a la que comparecieron Enrique José Berthier, junto con su defensor, doctor Ramiro Hernán Rúa, y por el Ministerio Público el señor Fiscal General doctor Raúl Omar Pleé.

En la audiencia el Fiscal General se remitió a las presentaciones donde quedaron expresadas las pretensiones de la Fiscalía, y expuso sobre el agravio que le causaba la absolución de María Cristina Gómez Pinto por los delitos de falsedad ideológica de la partida de nacimiento y por la expedición del documento nacional de identidad falso, argumentando la existencia de dominio funcional entre los esposos, más la participación en la etapa de decisión, como "reforzamiento de la voluntad del marido". También expuso su agravio por la absolución de Enrique José Berthier en punto a la pretendida participación necesaria en la expedición de aquellos documentos, alegando que el único objeto de la entrega del certificado de parto falso, por el que el imputado fue condenado, era la inscripción de la niña. Alegó por otro lado que la cuestión sobre la prescripción de la acción penal había sido resuelta en las etapas anteriores al juicio

y que la cuestión estaba precluida. En definitiva pidió que se reforme la sentencia aplicando las penas pedidas por el Ministerio Público.

En la audiencia la defensa de Enrique José Berthier alegó sobre la inexistencia de elementos de juicio para atribuirle a su defendido los hechos que se le atribuyeron en la sentencia, reiteró la pretensión de que se declare que la acción se ha extinguido por prescripción, alegando que la falsedad documental es un delito instantáneo que se consumó con la entrega del certificado de parto, y que si se le atribuyese participación en las falsedades por las que fue absuelto éstas también son instantáneas y se consumaron en el momento de inscripción de la niña. En punto al delito del art. 146 C.P., alegó que a partir de la entrega en 1978 Enrique José Berthier no tenía facultad de ocultar o retener, y por ende no tenía dominio de la acción, por lo que no podía ser culpable del ocultamiento o retención ulteriores, porque a lo sumo pudo haber tenido dominio del hecho hasta la entrega de la niña, tiempo a partir del cual, sostiene, comenzó a correr el plazo de prescripción. En definitiva solicitó la absolución de todos los hechos, por no haberse probado la acusación, y subsidiariamente, la absolución por haberse extinguido la acción penal por prescripción.

También el condenado ejerció su derecho de ser oído en la audiencia. Expresó que no tuvo ninguna intervención en los hechos que se le atribuyen, que la causa estaba “armada” porque “había que colgar a un militar”, negó haber tenido contacto alguno ni visto en su vida al Coronel Médico Cáceres Monié, que firmó el certificado de parto, señaló que a la fecha de los hechos era teniente de tropa técnica en la Policía Militar, que nunca estuvo destinado en el Hospital Militar. Pidió que esta Sala reexaminara las declaraciones prestadas en el juicio, discutió los dichos de la testigo “Alicia González” (probablemente refiriéndose a Olga González), alegó sobre la retractación de María Cristina Gómez Pinto, dijo no haber visto jamás la partida de nacimiento y el documento nacional de identidad de María Eugenia, alegó que a ésta la vio sólo una vez. En definitiva reiteró que no tuvo participación alguna en los hechos, y sostuvo que hizo opción por el procedimiento de juicio oral para que surgiera a luz la verdad.

Cámara Nacional de Casación Penal

Causa n° 9569, "Rivas,
Oswaldo Arturo y otros s/

En sustitución de su presentación en la audiencia la representación de las querellantes ha dejado breves notas en las que sintetiza las pretensiones de su recurso de casación (fs. 4535/4536).

-IV-

Los recursos de casación se dirigen contra la sentencia final de la causa (art. 457 C.P.P.N.), y caen, respectivamente, bajo los supuestos de impugnabilidad objetiva definidos en el C.P.P.N. (arts. 458, 459 y 460 C.P.P.N.).

La jurisdicción de revisión de esta Cámara, en cuanto concierne a los recursos de casación de las defensas de Oswaldo Arturo Rivas, María Cristina Gómez Pinto, y Enrique José Berthier, debe entenderse con el alcance establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Casal, Matías Eugenio" (Fallos: 328:3399) que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar, o sea de agotar la revisión de lo revisable (confr. considerando 5 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay). La jurisdicción de revisión quedará circunscripta a los agravios presentados y no implicará una revisión global de oficio de la sentencia (art. 445; vide también consid. 12, párrafo 5, del voto de la jueza Argibay en el caso citado).

Sin embargo, ello no exime a los recurrentes de caracterizar suficientemente la materia de su agravio, y la solución pretendida, como lo exige el art. 463 C.P.P.N., de modo que, sin perjuicio de los agravios que se examinarán en particular más adelante, adelanto que el recurso de la defensa de Enrique José Berthier es sólo parcialmente admisible. En particular, ha sido mal concedido en punto a lo que se expresa en el punto XII del escrito de interposición bajo el título "*otras irregularidades no resueltas*" (fs. 4220 y ss.). En efecto, alega allí la omisión de tratamiento de planteos efectuados por la defensa en punto a la nulidad de la declaración indagatoria de Oswaldo Arturo Rivas, la alegada falsificación de la firma de María Eugenia Sampallo Barragán en el Hospital Durand y las concernientes a las llamadas de la testigo González al juzgado de instrucción, pero

en el remedio no desarrolla, siquiera mínimamente una concreción del alegado agravio, de la alegada omisión, y de la consecuencia que tendría en la solución del caso. En este aspecto, el recurso de casación ha sido mal concedido.

En lo que concierne a los recursos de casación de los representantes del Ministerio Público y de las querellantes, la jurisdicción no se define por la doctrina de Fallos: 328:3399 (“Casal, Matías Eduardo”), sino por una interpretación estricta del art. 456 C.P.P.N., que no excluye el escrutinio de logicidad o arbitrariedad en la construcción de los fundamentos de hecho y de derecho de la sentencia a tenor del art. 404 C.P.P.N. Esta diferencia en el alcance de la jurisdicción encuentra su razón de ser en el fundamento normativo de la sentencia del caso “Casal”, en el que se ha interpretado el art. 456 de un modo que garantice el derecho del inculpado a obtener la revisión de la sentencia de condena según la interpretación que la Corte IDH había asignado al art. 8.2, letra h, CADH en el caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” (Corte IDH, Serie C, n° 107, sent. de 02/07/2004), y el derecho del inculpado a obtener una revisión sobre la declaración de culpabilidad y la pena, según la interpretación que el Comité de Derechos Humanos había asignado al art. 14.5 PIDCP en los casos “Gómez Vásquez, Cesario c. España” (Comunicación 701/1996, observación de 11/08/2000) y “Sineiro Fernández, Manuel c. España” (Comunicación 1007/2001, observación de 19/09/2003). Tratándose, pues, de un derecho fundamental sólo reconocido al condenado, nada obsta a que la ley conceda que los recursos de los acusadores una revisión más restringida.

La naturaleza de las cuestiones planteadas y traídas a revisión de esta Sala mediante los recursos de las defensas de los condenados Osvaldo Arturo Rivas, María Cristina Gómez Pinto y Enrique José Berthier y por los recursos del representante del Ministerio Público Fiscal y de las querellantes María Eugenia Sampallo Barragán y Azucena Flora Martín de Barragán impone establecer un orden de tratamiento de las cuestiones, según criterios de orden lógico. Entiendo que deben tratarse en primer lugar las impugnaciones que versan sobre los hechos que se han tenido por probados en la sentencia, en cuanto fueron objeto de condena, y de los hechos objeto de acusación, que en ella no se hubiesen tenido

Cámara Nacional de Casación Penal

por probados. A continuación deben tratarse las cuestiones sobre la ley aplicable a esos hechos, y su significación jurídica. Una vez resueltas estas cuestiones será pertinente el examen de la excepción de prescripción de la acción penal, porque la aplicación de las reglas de prescripción dependerá de la configuración concreta de los hechos probados, y su significación jurídica. A este respecto, la regla del art. 398 C.P.P.N. establece un orden de las cuestiones, que es sólo indicativo, pues ese orden se fijará "en lo posible". Si bien en la regulación del sobreseimiento se establece un orden de las cuestiones que principia por la subsistencia de la acción, la prueba de la existencia del hecho, la subsunción legal, la participación del imputado, y la existencias de causas de exclusión de la punibilidad, ese orden no es rígido y debe ser observado "siempre que fuere posible" (arts. 336 y 337, primer párrafo, C.P.P.N.). Por lo demás, las reglas de deliberación sobre el sobreseimiento no son automáticamente extensivas ni aplicables por analogía a la fijación del orden de las cuestiones en la deliberación de la sentencia final sobre el mérito de la acusación. Ello es así pues las reglas de los arts. 336 y 337 C.P.P.N. se aplican en un estado del proceso en el que el juez o tribunal no están habilitados a pronunciarse de modo definitivo y con fuerza de certeza acerca de la existencia del hecho y de la participación del imputado, ni sobre su configuración concreta, y por ende, sólo es posible en esa etapa asignar una calificación jurídica sobre una base meramente hipotética, que puede estar o no rayana en la certeza. Mientras que en el marco del debate concluido el juez o tribunal han sido habilitados por la acusación del ministerio público para pronunciarse sobre la existencia de los hechos de la imputación, y su configuración, de modo tal que el examen de la prescripción de la acción no se apoya ya en una subsunción hipotética. Debe primero decidirse sobre los hechos probados, establecerse la ley aplicable a esos hechos probados, y la subsunción jurídica que les corresponde, y en particular con atención a su configuración concreta que se ha tenido por probada, estableciendo cuándo se tienen por cometidos o cuándo han cesado de cometerse, y a partir de allí, abordarse la cuestión acerca de la subsistencia o extinción por prescripción de la acción penal (vide, en sentido concordante, causa n° 4886, Sala III, "Casa

Isenbeck s/ recurso de casación”, rta. 17/12/2004, Reg. n° 829/2004, voto de la jueza Berraz de Vidal, al decir que “*la declaración de la extinción de la acción penal por prescripción [...] se encuentra íntimamente ligada a la significación jurídico-penal del hecho objeto del juicio*). Así, la provisionalidad o imprecisión de la hipótesis de la acusación ante las etapas anteriores al juicio no existe ya una vez realizado éste, y los jueces están en condiciones de decidir, primero, sobre el mérito de la acusación, y después de esa decisión examinar si la acción se ha extinguido según la calificación jurídica que corresponda al hecho o hechos probados, y según cómo ha sido realizado en concreto ese hecho o hechos (confr. *mutatis mutandis* Sala IV de esta Cámara, causa n° 3133, “Clebañer, Felipe Armando s/ recurso de casación”, rta. 19/02/2001, Reg. n° 3133.4).

Finalmente, entiendo que, si se superasen las objeciones de las defensas sobre los hechos probados, su calificación, y sobre la subsistencia de la acción, corresponderá entonces abordar las cuestiones presentadas tanto por las defensas, como por la Fiscalía y la querrela, en punto a la determinación de la pena.

-V-

a) **Las impugnaciones que versan sobre determinaciones de hecho.**

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal dejó a salvo que el fallo no tenía por objeto enjuiciar el hecho de la desaparición forzada de Mirta Mabel Barragán y Leonardo Rubén Sampallo. Sin embargo, tuvo por probada la existencia de esos hechos como antecedentes de los sucesos que fueron objeto de la acusación a Osvaldo Arturo Rivas, María Cristina Gómez Pinto y Enrique José Berthier. A este respecto tuvo por cierto que “*el origen histórico de los eventos que aquí se analizan se remonta al momento en que esa pareja fue detenida el 6 de diciembre de 1977, por personal de civil y de uniforme, en el domicilio de Viamonte 2565 piso 3° departamento “B” en Capital Federal. Allí también se encontraban Ana María Bonatto, Eduardo Emilio Azumendi y Gustavo Hernán*

Cámara Nacional de Casación Penal

Rojas -de tres años de edad-, hijo de Mirta Mabel Barragán y Marcos Alberto Rojas”.

El *a quo* tuvo por probado lo siguiente:

a) Que Mirta Mabel Barragán cursaba un embarazo de seis meses de gestación y dio a luz a una niña –en fecha y lugar no determinados- mientras estaba privada de su libertad.

b) en el mes de mayo de 1978 *“la menor es entregada por una persona de sexo masculino [...] capitán del Ejército Argentino, a un individuo de idéntico sexo, junto a un certificado de parto suscripto por el entonces Teniente Coronel Médico Julio César Cáceres Monié, a la sazón Jefe de la División Sanidad del Comando del Cuerpo de Ejército I, que daba cuenta de haber asistido al nacimiento de una criatura de sexo femenino a las 16 horas del 7 de mayo de 1978 en el domicilio de la calle Rómulo S. Naón 3730 de Capital Federal”.*

c) Que dicho certificado resultó falso en su contenido en cuanto a la fecha como al lugar de nacimiento.

d) Que la persona que recibió a la menor junto con el referido instrumento, insertó falsedades en la parte inferior de ese formulario, en el sector reservado para los datos necesarios para su inscripción registral –los datos personales y los de su pareja- como si fueran los progenitores de la criatura a la que nominó como María Eugenia Violeta, y lo suscribió.

e) Que con el referido instrumento éste se presentó ante el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, e hizo insertar los mismos datos falsos en la partida de nacimiento inscrita el 12 de mayo de 1978 en la Circunscripción 4, tomo 1ª, número 781, año 1978.

f) Que la partida resultó ideológicamente falsa al distorsionarse no sólo el lugar y la fecha del parto, sino también los datos de los padres biológicos, consignándola como nacida el 7 de mayo de 1978 e hija del matrimonio que la recibía.

g) Que el mismo proceder realizó la misma persona ante el Registro Nacional de las Personas para que expidiera el documento nacional de identidad n° 26.577.145 a nombre de María Eugenia Violeta Rivas.

h) Que la niña *“permaneció retenida y oculta en poder de ese matrimonio, que simuló detentar el carácter de padres biológicos, hasta el 25 de julio de 2001, ocasión en que la víctima fue notificada por las autoridades de la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad del resultado de un estudio [...] realizado a su pedido [...] que concluye que Mirta Mabel Barragán tiene una probabilidad de 99,9999999 % de ser la madre de María Eugenia Violeta Rivas”*;

i) más tarde, mediante una nueva peritación, se conoció que también era hija biológica de Leonardo Rubén Sampallo (confr. fundamentos de la sentencia, fs. 3946 vta./3947).

También se ha tenido por probado en la sentencia que Osvaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pinto *“conociendo el origen de María Eugenia Sampallo Barragán, la retuvieron y ocultaron, entre principios de mayo de 1978 y el 25 de julio de 2001, impidiendo que conociera su verdadera identidad; la cual recobró gracias a las búsquedas emprendidas por ella; y como consecuencia del resultado de los análisis de ADN practicados, a su solicitud, luego que se presentara ante las autoridades de la CO.NA.DI.”* (fundamentos, fs. 3949 vta.).

También tuvo por probado que *“fue Berthier quien la entregó –en fecha no determinada, a principios de mayo de 1978 –junto con un certificado de nacimiento ideológicamente falso, al matrimonio por entonces conformado por Rivas y Gómez Pinto; como así también participó en su ocultamiento, habiendo tenido la posibilidad de revelarle a aquélla, en varias ocasiones, su verdadera identidad”* (fundamentos, fs. 3949 vta./3950).

b) La impugnación de la defensa de Osvaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pinto sobre la falta de prueba de la existencia del dolo requerido por el art. 146 C.P.

Durante el debate la defensa había alegado que no se había demostrado que los imputados conociesen el origen de la niña, y que ésta hubiese sido sustraída. En la parte pertinente de la sentencia el Tribunal Oral declaró que *“está por demás probado que tanto Rivas como Gómez Pinto conocían el verdadero origen de María Eugenia. Quizás no conocieran datos precisos acerca de los padres de la niña, ni tampoco las circunstancias concretas del despojo, pero lo que sí conocían era que María Eugenia había sido sustraída”* (confr. fundamentos de la sentencia, fs. 3958 vta.).

El *a quo* fundó esa convicción del siguiente modo: a) el imputado Rivas reconoció que recibió a la niña en el Hospital Militar Central, de manos de un militar, *“quien le indicó que la única manera de inscribirla en el Registro Civil era mediante el espurio certificado de nacimiento por él entregado”*; b) en su indagatoria el imputado *“refiere [...] que no se trataba de una bebé abandonada”*; c) *“los militares ejercían un poder omnímoto en el país, y que el Hospital Militar no es una maternidad pública en la que eventualmente pudiera ser abandonada una beba”*, pues *“en dicho lugar sólo eran atendidos los militares o aquéllos a quienes estos llevaban a esos efectos”*; d) *“resulta demostrativo del dolo requerido por la figura el mote de «hija de guerrilleros» que Gómez Pinto le adjudicó a María Eugenia o el estado de desesperación en que recayó ante la presencia de integrantes de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo y de la solicitud de extracción de sangre para un estudio de ADN”*; e) las diversas versiones que dieron los imputados frente a las permanentes demandas de María Eugenia por conocer la verdad; f) ante el resultado negativo del primer examen de ADN en el Hospital Durand mantuvieron su *“recalcitrante actitud de retener y ocultar a la niña como si fuera propia”* (confr. fundamentos, fs. 3958 vta. /3959).

Después de estas consideraciones el *a quo* expresó: g) *“cuando el delito está constituido por las acciones de retener u ocultar al menor sustraído por otro, el agente tiene que conocer esta circunstancia; en este caso la duda equivale al saber (Creus, Carlos, Derecho Penal-Parte Especial, 4ª. Edic., Astrea, T° 1, pág. 343)”*. A continuación el *a quo* agregó: *“Conceptos similares se extraen*

de la jurisprudencia en cuanto sostuvo que « la admisión del dolo eventual de la presente figura es casi unánime en la doctrina. En ese orden de ideas, la imputada no puede ampararse en la simple afirmación de haber recibido de buena fe a un menor de manos de quien no representaba a ninguna institución de bien público, ni era pariente consanguíneo, con la única manifestación de que él no tenía a nadie en el mundo, con el agravante de adoptar luego una forma ilegal para incorporarlo a su familia. El hecho de recoger a un niño de un desconocido y seguir una acción irregular para tal incorporación, hacen presumir que la encausada debió, mínimamente, sospechar que podían existir familiares del niño que ellos estaban amparando y que al incorporarlo de la forma en que se hizo se estaba impidiendo el ejercicio de la tutela por parte de ellos. La circunstancia de que los trámites de adopción fueran complicados o largos, no justifican la elección de medios ilegales, y el hecho de que la encausada hubiera elegido éste es un indicio [...] de que debió figurarse que alguien podía reclamar al niño y, por tanto, que sospechaba sobre la vigencia del vínculo de consanguinidad» [...]” (fundamentos de la sentencia, fs. 3959 vta., con cita de una sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, y de Donna, Edgardo A., De La Fuente, Javier, Maiza, María Cecilia y Piña Roxana, *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, tomo II, p. 735).

En el recurso de casación se ataca la sentencia atribuyéndole defecto de motivación a tenor del art. 404, inc. 2, C.P.P.N., pretendiendo poner en discusión todos y cada uno de los argumentos sintetizados en las letras a) a f) precedentes, con el fin de demostrar que esos argumentos no eran concluyentes, señalando que el imputado Rivas en su indagatoria no había dicho que la niña no era abandonada sino “*no sé si fue precisamente así, es decir que fueran chicos abandonados. Me dijo el Mayor García que tenían chicos en el Hospital Militar Central*” y postulando que “*a partir de estas manifestaciones queda abierta la posibilidad de que estos chicos fueran abandonados, huérfanos o víctimas de alguna situación que no necesariamente importe el hecho de que hayan sido sustraídos*”. Se extiende también la defensa en discutir los restantes argumentos, y de atribuir poca confiabilidad a la testigo que declaró haber escuchado que la

Cámara Nacional de Casación Penal

imputada Gómez Pintos se habría dirigido a María Eugenia reprendiéndola con el mote de "hija de guerrilleros".

Así asegura que el hecho de que se haya afirmado durante el juicio que un militar había entregado a la menor no implica que hubiera conocimiento por parte de sus defendidos de que aquélla había sido sustraída; que la voluntad de inscribir a la niña sólo demuestra la intención del imputado de hacer una "adopción irregular"; que por la naturaleza del poder ejercido por los militares sería posible que el Hospital Militar fuera un lugar apto para que la gente abandonara bebés; que los imputados Rivas y Gómez Pinto eran ciudadanos comunes que no tenían conocimiento al momento del hecho, año 1978, de lo que sucedía en el país pues en esa época los grupos de tareas actuaban en la clandestinidad; que no tenían ningún vínculo con la estructura represiva, por lo que no podían tener conocimiento sobre las circunstancias que rodearon la entrega y falsa inscripción de la niña; y que la reacción de Gómez Pinto al enterarse de la presencia de personas pertenecientes a la Asociación Abuela de Plaza de Mayo no permite inferir el origen de María Eugenia sino que respondía a la reacción normal de quien hizo una "adopción ilegal" y teme la pérdida de un ser querido.

Observo, sin embargo, que el recurso de casación en este aspecto no satisface mínimamente las exigencias de motivación del art. 463 C.P.P.N., pues no se hace cargo en modo alguno de refutar lo afirmado por el *a quo* en el sentido de que basta para satisfacer el supuesto de hecho subjetivo de la figura legal del art.146 C.P., el dolo eventual, y que la duda acerca de si ha sustraído equivale a saber. Tal refutación torna inadmisibile el remedio, máxime cuando de los argumentos del propio recurrente se infiere que los imputados no habrían realizado ningún esfuerzo para averiguar cómo habría llegado la niña al Hospital Militar, y no surge de sus declaraciones que ellos confiaran que la niña no hubiese sido sustraída sino meramente abandonada sobre la base de algún dato objetivo que razonablemente los llevara a esa conclusión.

De tal suerte, y sin perjuicio de lo que se dirá más adelante en el sentido de que la retención y ocultamiento de niños del art. 146 C.P. no requiere

que se trate de niños previamente sustraídos, y que por ende, tampoco es requerido por el supuesto de hecho subjetivo de la figura legal el conocimiento de la sustracción previa, este sólo defecto lleva a que el agravio no sea de recibo (art. 463 C.P.P.N.).

c) Las impugnaciones de la defensa de Enrique José Berthier sobre la participación atribuida en los hechos objeto del proceso.

La defensa de Enrique José Berthier ataca la sentencia por falta de fundamentación sobre los hechos de la condena por ocultamiento de menor y falsedad ideológica de instrumento público, le atribuye fundamentación aparente e infracción al art. 399 C.P.P.N. porque, sostiene, al condenarlo el *a quo* no ha considerado la defensa, “*ni las otras pruebas contundentes en tal sentido y haciendo incapié simplemente en dos declaraciones testimoniales [...] las de González y Souza*” (SIC).

Destaca que “*a pesar de la retractación efectuada por Gómez Pinto, el Tribunal dará por cierta la primigenia declaración de la imputada, por entender que la circunstancia de que Berthier haya sido el militar que entregó a María Eugenia Sampallo Barragán, encuentra principal sustento en lo manifestado por ésta, por Olga González y María del Carmen Seoane en el debate*”.

En particular se remite a las alegaciones efectuadas en el debate por el anterior defensor del imputado al valorar los dichos de Olga González y pone en cuestión su confiabilidad, sobre la base de la apreciación del testimonio que allí presenta.

Sostiene que “*las declaraciones efectuadas por los testigos, fueron en un caso con un claro propósito de perjudicar dado que tenía interés en el resultado de la causa como lo verbalizó, en el otro caso, fueron al igual que en el anterior por dichos no directos sino indirectos, lo que hace a una parcialidad en el testimonio que no fue evaluado en su momento [...] y por último no se puede*

Cámara Nacional de Casación Penal

dividir la declaración de la imputada en su perjuicio o en perjuicio de otro imputado como Berthier".

Concluye postulando que *"esto revela una falta de fundamentación por errónea valoración de las pruebas en la sentencia dictada que la descalifica como tal"* (fs. 4216/4217).

En otro orden, pretende atacar los fundamentos de la sentencia en punto a la atribución de participación en el delito de falsedad ideológica de instrumento público, en el caso del certificado de parto firmado por el médico militar Cáceres Monié.

Afirma que no está acreditado que Enrique José Berthier *"entregó a la criatura con un documento que era de nacimiento de la misma"*, lo que fue negado por el imputado y por los otros dos imputados, alega que Enrique José Berthier no sólo no insertó los datos falsos, sino que además tampoco pudo hacerlos insertar, destacando que *"el certificado que se le endilga a Berthier, fue suscripto por el entonces General Cáceres Monié"* y afirma que *"no resiste el menor análisis [...] que Berthier pueda haber hecho insertar datos falsos a un médico que ostentaba una jerarquía mayor a la del imputado"*.

Concluye que *"la suscripción de dichos certificados era un modus operandi que efectuaba el mencionado General, dado que se pudo acreditar en otras causas ya mencionadas en el debate la misma operatoria"* y agregó tampoco podía afirmarse que hubiese sido a sugerencia de Berthier, por lo que cabía absolverlo también por esta imputación (fs. 4217/4218).

A continuación, atribuye al fallo omisión de aplicación de las normas de la lógica, de la psicología y la experiencia común e infracción a las reglas de la sana crítica y realiza citas de doctrina (fs. 4218 vta. /4220).

El tribunal oral al dar por probados los hechos mencionados en la letra a precedente y atribuidos a Enrique José Berthier sostuvo: *"a pesar de la retractación efectuada por Gómez Pinto, el Tribunal dará por cierta la primigenia declaración de la imputada, por entender que la circunstancia de que Berthier haya sido el militar que entregó a María Eugenia Sampallo Barragán*

encuentra principal sustento en lo manifestado por ésta, por Olga González y María del Carmen Seoane en el debate y en la estrecha relación, también acreditada, que los encausados poseían entre sí y que continuó aún con posterioridad a dicha entrega” (fundamentos fs. 3953). Si bien se lee, la convicción no se sustenta en los puros dichos de María Cristina Gómez Pinto, sino en los de María Eugenia Sampallo Barragán, Olga González y María del Carmen Seoane, sobre cuya base consideró cierta la primera.

En cuanto a la declaración de María Eugenia Sampallo Barragán el *a quo* relevó de su relato lo dicho en punto a que los imputados Osvaldo Arturo Rivas y María Cristina Gomez Pinto, le habían revelado, cuando niña, entre los años 1985 y 1986, que no era su hija biológica, y todas las sucesivas versiones contradictorias que le dieron acerca de su origen. Entre ellas relevó que *“otra de las versiones narradas por Rivas y Gómez Pinto consistía en que Berthier se las había entregado porque sabía de sus problemas para concebir y que, telefónicamente, se comunicó con ellos para hacerles saber que había un bebé abandonado en el Hospital Militar Central”*. También relevó lo que dijo la testigo Sampallo Barragán en punto a que *“de todas las versiones recibidas ésta tenía una referencia a alguien conocido, y con nombre y apellido” (ibídem).*

También relevó de la declaración de María Eugenia Sampallo Barragán su relato acerca de una visita que realizó Enrique José Berthier a su madre aparente, en la que la deponente le inquirió acerca de lo que sabía de su origen, que en la sentencia se asienta en estos términos: *“Explicó que al finalizar el encuentro insistió en acompañar a aquél a la puerta de calle. Que una vez en el hall del edificio, Berthier se hizo el gracioso y se puso contra la pared, como si lo estuvieran apuntando con un arma y le preguntó qué era lo que quería. Que ella, explicó, le manifestó que lo único que deseaba era hacerle unas preguntas con respecto a lo que sabía acerca de cómo había llegado a la casa de Gómez Pinto y de Rivas, a lo que aquél le contestó que no sabía nada, que lo único que podía decirle era que a él le habían avisado que en el Hospital Militar había un bebé abandonado y que, como sabía que aquéllos no podían tener hijos, les comunicó*

Cámara Nacional de Casación Penal

esta noticia, negando cualquier tipo de participación", (fundamentos, fs. 3954 vta.).

También relevó que María Eugenia Sampallo Barragán declaró que bastante tiempo después de haber dejado el domicilio de Gómez Pintos y haberse ido a vivir a casa de unas amigas, *"se encontró con Gómez Pinto, quien le repitió que Berthier era quien la había llevado a la casa y que no sabía nada más"* (*ibídem*).

En segundo término relevó el *a quo* la declaración de Olga Norma González, prestada en el debate. En cuanto aquí interesa valoró que la testigo dijo que *"Gomez Pinto le brindó varias versiones acerca del origen de la niña"*, versiones que relató en la audiencia, y que *"con posterioridad Gómez Pinto le confesó que a María Eugenia se la había entregado Berthier porque su esposa no la quería, y a aquél el Dr. Cáceres Monié; agregando que a la nena la habían traído del Hospital Militar"* (fundamentos, fs. 3955 vta.).

También relevó el *a quo* la declaración de María del Carmen Seoane, en particular que *"por Juanita, una vecina, supo que a la nena se la había dado un militar, aunque no le dijo de quién se trataba"* (fundamentos, fs. 3975).

También relevó el *a quo* el legajo de fotocopias remitido por la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo (fs. 2984), concerniente a María Eugenia Sampallo Barragán, y en particular las anotaciones que se refieren a averiguaciones oficiosas entre vecinos del edificio, que consignan *"la tienen desde que la nena tenía dos meses y se las entregó un sub-teniente llamado Enrique Vertier y por lo que se decía la nena habría nacido en un Sanatorio de Belgrano o en el Hospital Militar"* y que *"la niña fue traída de + ó - 2 ó 3 meses, en el 78 por el sub teniente Enrique Bertier. Dicen q' es hija de una psicóloga, subversiva que la mataron y la niña fue anotada como hija propia, con certificado firmado x un médico militar en una clínica de Belgrano"* (fundamentos, fs. 3957, con remisión a las copias de fs. 2973 y 2983).

Relevó también el *a quo* *"la fotografía que luce glosada a fs. 1.008, en donde puede observarse a la pequeña María Eugenia en brazos de la madre de*

Berthier; extremo que no puede considerarse menor desde que pone de resalto una familiaridad de trato que supera holgadamente aquella que han admitido los encartados en autos” (fundamentos, fs. 3958).

Al momento de emprender un examen de los fundamentos de la sentencia por la cual se tuvo por cierto que Enrique José Berthier entregó a la niña nacida del vientre de Mirta Mabel Barragán al matrimonio compuesto por Osvaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pinto, evoco los estándares de del caso de Fallos: 328:3399 (“Casal, Matías Eduardo”). Señalo también que la definición del objeto de la impugnación establece el alcance de la jurisdicción de revisión. El objeto de la impugnación no puede ser separado del hecho de que se trata de un recurso contra la sentencia de condena. En otros términos, el objeto de examen no es la acusación, sino la sentencia que ha decidido sobre la acusación, y en su caso, el examen de cuestiones previas que condicionan la validez de la sentencia en general.

La definición del objeto de revisión no aparece de modo explícito en el precedente de la Corte Suprema. En general todos los jueces que han tomado parte en esa decisión han concordado que los arts. 8.2.h. CADH y 14.5 PIDCP imponen un examen integral de la sentencia recurrida, sin embargo, queda por definir cuáles son los límites –si los hay–, impuestos a ese examen integral o total.

En el voto concurrente de la jueza Argibay esos límites aparecen expresados con claridad: a) el agravio del recurrente limita el alcance de la jurisdicción, b) existen ciertos límites fácticos o materiales, productos de la inmediatez, que imposibilitan el examen en la instancia revisora, condicionados por la falta de inmediatez.

En cuanto a lo primero la jueza ha declarado que *“el carácter total de la revisión no implica per se que el examen que el tribunal del recurso realice respecto de la sentencia de condena deba ir más allá de las cuestiones planteadas por la defensa. Ello es así porque, al tratarse de un derecho que su titular ejerce en la medida que la sentencia le causa agravio, resulta incorrecto intentar derivar de la garantía en cuestión una exigencia normativa que obligue a*

Cámara Nacional de Casación Penal

controlar aquellos extremos del fallo que el recurrente no ha sometido a revisión del tribunal examinador" (consid. 12 del voto de la jueza Argibay).

Si bien no se encuentra una declaración análoga en los otros votos que formaron la decisión, la idea está implícita en ellos. En efecto, en ninguno de esos votos se ha establecido que el imputado tenga reconocido –según las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos antes citados– un derecho a la realización de un segundo nuevo juicio. En verdad esos instrumentos conceden el derecho a un recurso contra la sentencia o el fallo, de donde se sigue que el objeto directo de la revisión es el fallo, y no la decisión sobre acusación presentada en la instancia anterior, aunque la insubsistencia del fallo pueda ser determinante para el mérito de la acusación.

Al respecto es oportuno evocar que, aun antes de la decisión del caso "Casal, Matías Eugenio", la doctrina sostenía que si el recurso de casación es el único medio de impugnación *"contra la sentencia de mérito no tiene que excluir necesariamente a los errores considerados de hecho, sino que, muy por el contrario, ellos deben integrar el ámbito de su competencia, ya directamente, siempre que las circunstancias prácticas lo permitan (ausencia de intermediación en la forma de obtención de la sentencia impugnada), o recurriendo al método que sea necesario para permitir el examen eficaz de la reprobación planteada sin restringirse los límites de la intermediación y sin que ellos, al menos en contra del acusado, sean intolerablemente violados [...]"* (PASTOR, Daniel R., *La nueva imagen de la casación penal*", Ad-Hoc, Bs. As., 2001, pág. 42, sin subrayar en el original). Aun esa doctrina, que propone una revisión más extensa que la reconocida en aquella decisión de la Corte Suprema para que la intermediación no sea *"un límite para una reprobación más amplia de los defectos de la sentencia condenatoria"*, reconoce como límite que ello no implique una *"vulneración de los principios básicos del juicio público, pero también sin que ello conduzca a una renovación completa de los juicios y a la objeción del regreso en infinito que produciría el 'efecto primera sentencia' de la decisión de cada nuevo juicio."* (op. cit., pág. 48, sin subrayado en la fuente). *"En la primera instancia la decisión se*

refiere al mérito de la acusación; en la segunda al mérito de la impugnación” (pág. 151). Y más adelante propone que “[l]o único que no puede hacer la casación es una renovación total del juicio desde la acusación, pues en ese caso sí se estaría ante la tan temida segunda primera instancia de la que hablaba *BINDING* [...]” (pág. 161).

Este objeto de la impugnación está implícito en los otros votos del caso “Casal”. Por ejemplo, debe estar comprendida en la revisión la construcción de la sentencia, incluso en lo concerniente a la valoración de la prueba por el *a quo*. Así se lee en el primero de los votos que “*no existe razón legal ni obstáculo alguno en el texto mismo de la ley procesal para excluir de la materia de casación el análisis de la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto, o sea, para que el tribunal de casación revise la sentencia para establecer si se aplicaron estas reglas y si esta aplicación fue correcta*” (confr. consid. 22 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti). También se dice que “*nada impide que el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación sea leído en la forma en que exegéticamente se impone y que, por ende, esta lectura proporcione un resultado análogo al consagrado en la doctrina y jurisprudencia alemanas con la llamada teoría de la Leistungsfähigkeit, que sería el agotamiento de la capacidad de revisión. Leistung es el resultado de un esfuerzo y Fähigkeit es capacidad -la expresión se ha traducido también como capacidad de rendimiento-, con lo cual se quiere significar en esa doctrina que el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable*” (consider. 23 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; concordemente voto del juez Fayt, consid. 7).

De otros pasajes del precedente surge también con claridad que la Corte no ha impuesto la realización de un nuevo juicio sobre la acusación, sino un juicio sobre la sentencia recurrida. Ello se infiere, por ejemplo, del siguiente pasaje: “*en materia de prueba, la casación debe entender en todos los casos valorando tanto si se ha aplicado la sana crítica, como si sus principios se aplicaron correctamente, en tanto que incumbe a esta Corte entender sólo en los*

Cámara Nacional de Casación Penal

casos excepcionales en que directamente no se haya aplicado la sana crítica" (consid. 28 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; compárese voto del juez Fayt, consid. 9). En otros términos, es objeto de la revisión el sustrato argumental de sentencia sobre los elementos de prueba. En este sentido la Corte ha rechazado que un sistema de íntima convicción fuese compatible con los arts. 8.2.h, CADH, y 14.5 PIDCP. Al respecto se ha dicho en la sentencia: *"La doctrina en general rechaza en la actualidad la pretensión de que pueda ser válida ante el derecho internacional de los Derechos Humanos una sentencia que se funde en la llamada libre o íntima convicción, en la medida en que por tal se entienda un juicio subjetivo de valor que no se fundamente racionalmente y respecto del cual no se pueda seguir (y consiguientemente criticar) el curso de razonamiento que lleva a la conclusión de que un hecho se ha producido o no o se ha desarrollado de una u otra manera. Por consiguiente, se exige como requisito de la racionalidad de la sentencia, para que ésta se halle fundada, que sea reconocible el razonamiento del juez. Por ello se le impone que proceda conforme a la sana crítica, que no es más que la aplicación de un método racional en la reconstrucción de un hecho pasado"* (consid. 29 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti). Más allá de que considero discutible que esa apreciación sobre el alcance de los arts. 8.2.h CADH y 14.5 PIDCP sea exacta y sostenible, lo cierto es que, si la ley interna exige que la sentencia valore los elementos de prueba puestos a disposición de los jueces según las reglas de la sana crítica, la inobservancia o error en la aplicación de esas reglas de valoración deben estar comprendidos en el recurso de casación. Sigue siendo el objeto, sin embargo, no un segundo nuevo juicio sobre el mérito de la acusación, sino un juicio sobre la sentencia.

El examen por la vía del recurso de casación debe comprender entonces la omisión de aplicación de las reglas de la sana crítica en la sentencia, y también la errónea aplicación de esas reglas (consid. 31 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; voto del juez Fayt, consid. 10).

En un segundo orden, la Corte Suprema no ha impuesto una revisión imposible, en la medida en que los elementos de convicción pueden ser conocidos pero no siempre pueden ser reproducidos en las mismas condiciones en que fueron producidos ante el tribunal de juicio. En este sentido el tribunal de revisión está sujeto a ciertas limitaciones fácticas.

Así, por ejemplo, después de declararse que *“el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable”*, la Corte ha advertido que se impone preguntar qué es lo no revisable y ha declarado que *“lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación. Esto es así porque se imponen limitaciones de conocimiento en el plano de las posibilidades reales y –en el nivel jurídico– porque la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro. En este caso son los textos de la Convención Americana y del Pacto Internacional que no pueden ser interpretados en forma contradictoria: en efecto, los arts. 8.5 de la Convención Americana y 14.1 del Pacto exigen la publicidad del juicio, con lo cual están exigiendo la oralidad, que es inseparable condición de la anterior, y, por ende, no puede entenderse que los arts. 8.2.h. de la Convención Americana y 14.5 del Pacto impongan un requisito que la cancela. Por ende, debe interpretarse que los arts. 8.2.h de la Convención y 14.5 del Pacto exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso. De allí que se hable de la *Leistung*, del rendimiento del máximo de esfuerzo revisable que puedan llevar a cabo en cada caso”* (consid. 24 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; comparar voto de la jueza Highton de Nolasco, consid. 10; voto del juez Fayt, consid. 12, y voto de la jueza Argibay, considerandos 12 y 16).

Sentado el alcance que entiendo debe darse a los estándares de revisión del caso "Casal", como primera observación destaco que la defensa de Enrique José Berthier no se ha esforzado en emprender una crítica puntual a todos los fundamentos en los que se apoyó aquella conclusión, por lo que falla en demostrar cuál sería la sustancia de la alegada infracción a las reglas de la lógica, de la psicología y la experiencia común e infracción a las reglas de la sana crítica. En primer lugar observo que mientras el *a quo* no tuvo en sí misma como dirimente la declaración que María Cristina Gómez Pinto había prestado durante la instrucción, a tenor del art. 236, segundo párrafo, del Código de Procedimientos en Materia Penal que entonces regía el caso (ver acta de fs. 57/59), el recurrente postula que éste ha sido el elemento en que se apoyó la condena, y que el *a quo* ha asignado ninguna relevancia al hecho de que la imputada se hubiese retractado en un careo posterior celebrado con el imputado Enrique José Berthier.

Si bien se lee, el *a quo* ha tenido por ciertos los escuetos dichos que la imputada había expresado en aquella declaración, sobre la base de su confrontación con los testimonios de María Eugenia Sampallo Barragán, Olga González y María del Carmen Seone, y en la estrecha relación que tenían los encausados entre sí, que continuó después de la entrega de la niña.

Enrique José Berthier había negado cualquier participación en el hecho atribuido, y admitido un conocimiento remoto de Oswaldo Arturo Rivas, y minimizado la relación de trato frecuente que se le atribuía, sosteniendo que vio a María Eugenia una única vez, en el año 1994, con motivo de una visita que quiso hacer a Oswaldo Arturo Rivas, que entendía estaba seriamente enfermo. Ha admitido también haber conocido en la adolescencia a María Cristina Gómez Pinto, pero no ha reconocido frecuencia de trato con ella.

La defensa también señala que según las declaraciones indagatorias de Oswaldo Arturo Rivas, cuyas actas fueron incorporadas por lectura a la audiencia (actas de fs. 223 y fs. 247/251), ninguna intervención habría tenido Enrique José Berthier en la entrega de la niña, pues aquél se ha referido a un capitán del Ejército de apellido García, con el que habría tomado contacto y

conocimiento a raíz de operaciones comerciales en la empresa Terrabussi donde el primero trabajaba.

Contra lo que alega el defensor, entiendo que el *a quo* ha observado las reglas de la sana crítica al tener por cierta la versión inicial de María Cristina Gómez Pinto, pues había suficiente base objetiva independiente que conducía a esa conclusión.

En efecto, surge del acta de fs. 57/59 que la imputada había declarado “*A María Eugenia la trajo mi marido, Osvaldo Arturo Rivas, del cual estoy separada hace más de diez años [...] La trajo el 7 de mayo de 1978. María Eugenia en ese entonces tendría menos de quince días, aproximadamente [...]*”. Según consta en el acta, cuando había sido preguntada sobre la persona que entregó a la niña a su ex marido, contestó no saberlo. Sin embargo, al terminar el acto, cuando se le preguntó si era su deseo agregar algo más dijo “*ahora que recuerdo conocí a una persona de apellido Berdier, o algo parecido, que era amigo de la infancia de mi ex marido, el cual creo que tenía una cierta relación con los militares. Yo sospeché siempre que él trajo a la criatura. Recuerdo también que integrantes de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo vinieron a mi casa y yo llevé a María Eugenia al Banco Nacional de Datos Genéticos para que se analizara y nunca más supe nada. Yo me estoy viendo en un problema por haber hecho un bien. Quiero mi vida limpia como la tuve hasta ahora. Y fue Berdier o Berthier quien entregó la criatura a mi ex-esposo*”.

El *a quo* ha relevado exhaustivamente la declaración prestada en el juicio por María Eugenia Sampallo Barragán, y más arriba se han extractado algunos pasajes de la declaración que se valoraron en la sentencia. Entre ellos se destaca que la testigo ha declarado bajo juramento que su madre aparente, María Cristina Gómez Pinto, le había dado varias versiones inconciliables entre sí, sobre cómo había llegado a la casa en la que fue criada por ella y por su entonces marido Osvaldo Arturo Rivas. También se destaca que fue finalmente María Cristina Gómez Pinto quien le dijo que había sido entregada por Enrique José Berthier, después de que había sido abandonada en el Hospital Militar. Esto coincide con la escueta y sesgada admisión de María Cristina Gómez Pinto en su declaración

Cámara Nacional de Casación Penal

inicial. También se destaca en la sentencia que la vez que la testigo reunió fuerzas para preguntarle a Enrique José Berthier sobre lo que sabía acerca de su origen, éste admitió que había tenido alguna intervención, aunque menor, pues *“lo único que podía decirle era que a él le habían avisado que en el Hospital Militar había un bebé abandonado y que, como sabía que .aquéllos no podían tener hijos, les comunicó esta noticia, negando cualquier tipo de participación”*.

En el recurso de casación la defensa no ha intentado impugnar de ningún modo la declaración de María Eugenia Sampallo Barragán, que declara bajo juramento no de oídas, o de referencia, sino sobre circunstancias por ella vividas y ofrece dos apoyos centrales a la decisión del *a quo*: las admisiones que le hizo la madre aparente y las que le hizo el imputado Berthier. En el recurso se guarda silencio sobre esta declaración que ha sido el primer elemento de prueba en que se apoyan las conclusiones de la sentencia. A falta de impugnación o demostración de error de apreciación, no veo cuál sería la infracción a las reglas de la sana crítica por el hecho de que el *a quo* hubiese dado más valor a la declaración inicial de la imputada y ningún valor a su retractación posterior.

Esta Sala no se encuentra en las mismas condiciones que estuvo el Tribunal *a quo* para valorar los dichos de la testigo, porque no pueden reproducirse esos dichos en las mismas condiciones de inmediación existentes al momento de la declaración. Sin embargo ello no impide que examine el material de convicción disponible, en la medida de sus posibilidades. Entre ese material se encuentra la grabación integral de la declaración de la testigo, que ha sido puesta a disposición de esta Sala (cassettes numerados 1, 2, y 3, declaración de 21 de febrero de 2008), que pueden ser objeto de inspección para indagar la existencia de un error de apreciación del testimonio que pudiese ser determinante para el resultado del juicio.

Esa declaración, en su integralidad, es el relato de una búsqueda emprendida por María Eugenia Sampallo Barragán a partir del momento en que sus aparentes padres le develaron que no era hija biológica de ellos. De una búsqueda emprendida desde niña para saber cómo había llegado a aquella casa,

quiénes eran en verdad sus padres. Es un relato de las versiones contradictorias recibidas, y de cómo y de quién fue recibiendo las distintas versiones. Es un relato en el que explica que de todas las versiones que recibió, las únicas veces que se mencionaron nombres el mencionado fue siempre el del imputado Berthier. Los siguientes pasajes son relevantes, para examinar la decisión del *a quo*.

Después de relatar una de las veces en las que inquirió a su madre aparente sobre el punto sostuvo que Gómez Pinto le dijo: “*Que Berthier era la persona que me había llevado a su casa (pausa) y que nada más, que no sabía nada más*”. En el registro de voz surge que la testigo dijo “*Era como la tercera vez que lo escuchaba de diferentes personas*” y que a continuación le reclamó a su madre aparente “*¿Cómo puede ser que no supieras, que no preguntaste?*”, y que la imputada Gomez Pinto le había dicho que “*la condición para que ellos me criaran (pausa) me quedase (pausa) ellos me recibieran (pausa) que no preguntara nada, que no quisiera saber nada*” a lo que había agregado “*ella había aceptado esas condiciones*”.

También surge de ese registro de la declaración que María Eugenia Sampallo Barragán dijo que había preguntado antes, por curiosidad, por qué le habían puesto esos nombres, y que le habrían explicado que “*Violeta me lo habían puesto por la esposa de Berthier*”, de lo que concluyó: “*Parecía casi como un homenaje*”.

En lo que concierne a la indagación que la testigo intentó hacer con el imputado Berthier, surge de la declaración grabada que la testigo relató cómo esperó para acompañarlo hasta la puerta de calle al terminar la visita a su madre aparente y que expuso haberle preguntado cómo había llegado a la casa de los imputados, y que “*él le dijo que no sabía nada*”, y que “*él le dice que le avisó a Gómez y a Rivas que había un bebé en el Hospital Militar abandonado [...] él se comunicó por teléfono con los imputados para avisarles, pero él sólo se había limitado a realizar esa gestión*”.

No hay pues fallas o desvíos interpretativos entre lo que dijo la testigo, y lo que los jueces del tribunal *a quo* han dicho en la sentencia al relevar esos dichos. La defensa no ha emprendido ningún intento de explicar que esos

Cámara Nacional de Casación Penal

dichos debiesen ser entendidos de algún modo distinto de lo que expresamente dicen, ni introducido ninguna duda sobre la fiabilidad o exactitud del testimonio de María Eugenia Sampallo Barragán.

Sí intenta echar dudas sobre la imparcialidad de la testigo González, a la que atribuye querer favorecer a María Eugenia Sampallo Barragán. Al ser preguntada por las generales de la ley esta testigo dijo: *“el único interés que puedo tener personal es que tenga una buena vida ella [refiriéndose a María Eugenia Sampallo Barragán]”* (confr. surge del registro de audio de la audiencia, cassette n° 1, fecha 27/02/2008). Más tarde, durante su declaración, una de las defensas intentó indagar en qué sentido había dicho la testigo a María Cristina Gómez Pinto que iba a declarar a los tribunales de Comodoro Py en favor de María Eugenia. Según consta en los registros dijo: *“El sentido de que no tenía un buen trato con la chica, que la chica ya hacía años atrás me había pedido por favor que quería ir a la comisaría a buscar a sus padres. Era algo que la chica tenía muy interno, yo vi lo que esa criatura pasó, entonces para mí era una victimaria en todo esto y quería que fuera persona normal, lo más normal posible. Eso era lo que yo sentí”*.

Estas afirmaciones no indican ánimo de perjuicio contra los imputados, sino simplemente un compadecimiento y reconocimiento de su interés por ayudar a María Eugenia a develar su origen.

Sentado ello, es de señalar que la mayoría de las cuestiones que se desarrollan en punto a si la testigo pudo haber oído a través de un pozo de aire y luz las incidencias previas a un viaje que habrían tenido lugar en el baño de sus vecinos, en cuyo marco María Cristina Gómez Pinto habría recriminado a la niña tratándola de rebelde e “hija de guerrillera”, o en punto a si conocía y podría recordar la fisonomía de Enrique José Berthier, después de varias décadas de no verlo, son intrascendentes para la cuestión en disputa, porque no se advierte qué relevancia tienen ellas para la defensa de éste, en tanto en la sentencia sólo se ha relevado de la declaración de la testigo que había sido la imputada Gómez Pinto la que le habría *“confesado”* a la testigo *“que a María Eugenia se la había entregado*

Berthier porque su esposa no la quería, y a aquél el Dr. Cáceres Monié; agregando que a la nena la habían traído del Hospital Militar”.

El *a quo*, ha relevado que de varias fuentes surgía que había sido el imputado quien había procurado la niña al matrimonio Rivas-Gómez Pinto, a saber, relevó las propias declaraciones de María Eugenia Sampallo Barragán, las de la testigo González, antes transcritas, y de cuya confiabilidad el recurrente se queja en general por tratarse de un testimonio de referencia. Ha examinado también las constancias de la indagación que por propia iniciativa habían emprendido entre el vecindario integrantes de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, y ha concluido sobre esto que *“la intervención [del imputado Berthier] en el ilícito [...] era tan conocida que no sólo lo supo [la testigo] González sino que, cuando Abuelas de Plaza de Mayo concurrió a la finca y realizó averiguaciones surgió rápidamente su nombre como el de la persona que entregara a la niña a sus apropiadores”*(fundamentos, fs. 3959).

Sentado ello, tampoco hay lugar a censurar que el *a quo* formase su convicción por la vía de la admisión de la imputada Gómez Pinto en su declaración inicial, que encuentra como puntos de constatación externos las admisiones que la misma imputada hizo a su hija aparente, y a sus vecinas. A ello se suma la admisión –aunque de una intervención menor- que Enrique José Berthier hizo a María Eugenia Sampallo Barragán.

El imputado ha negado toda intervención en el hecho, y ha referido, en ocasión de la audiencia del art. 454 C.P.P.N., la existencia de una patraña urdida, y su compromiso y fe en la verdad.

Hay al menos parte de su versión sostenida en el juicio, que es evidentemente falsa y dirigida a ocultar la naturaleza de su relación frecuente y estrecha con el matrimonio de Gómez Pinto y Rivas, relación de amistad que mantuvo –al menos con la primera- aún después de su separación. María Eugenia Sampallo ha dado cuenta en su declaración –según surge del registro de voz- que *“Berthier era amigo de Gómez (pausa) no era amigo de Rivas (pausa) sabía que eran amigos [con Gómez] incluso desde la adolescencia”*. En el curso de su testimonio la testigo ha depuesto sobre esa frecuencia de trato, y se ha referido a

Cámara Nacional de Casación Penal

que evocaba el recuerdo de que el imputado y su esposa concurrían a sus cumpleaños.

Se señala este aspecto porque en la sentencia, al valorar la prueba, se ha afirmado expresamente como relevante para formar su convicción *"la estrecha relación, también acreditada, que los encausados poseían entre sí y que continuó aún con posterioridad a dicha entrega"*.

Por otra parte, cabe abordar la objeción que formula la defensa en cuanto sostiene que se ha fundado la condena en testigos de referencia. Los testigos de referencia en general adquieren relevancia según las circunstancias del caso. Cuando, como en ésta causa, refieren haber tomado conocimiento de los hechos por medio de relatos recibidos de la imputada y brindan una versión análoga a la que ésta inicialmente había ofrecido, con ello muestran una persistencia en el relato y son útiles para valorar las eventuales retractaciones posteriores. Esto vale, en particular, en lo concerniente a que María Eugenia Sampallo Barragán y Olga González han declarado que según la versión que, en circunstancias distintas le había dado a cada una de ellas María Cristina Gómez Pinto, la niña había sido procurada y entregada por Enrique José Berthier.

Hecha este breve reseña, no alcanzo a avizorar indicio algún que pudiera suscitar dudas razonables sobre la credibilidad de los testigos, y ni sobre la exactitud o confiabilidad de sus dichos.

En suma, no ha habido infracción a las reglas de la lógica ni se aparta de las reglas de la sana crítica la sentencia en la que los jueces han formado su convicción acerca de que ha sido el imputado Enrique José Berthier quien intermedió y procuró la entrega a Oswaldo Arturo Rivas, y a María Cristina Gómez Pinto de la niña sustraída a Mirta Mabel Barragán, y que él mismo fue quien la entregó junto con el certificado de parto, parcialmente completo y con datos falsos, firmado por el teniente coronel médico Cáceres Monié.

La defensa ha intentado cuestionar también la falta de fundamentos de la sentencia acerca de este último punto. Sin embargo, sus argumentos aparecen como meramente retóricos y no guardan relación con el contexto de lo

que el *a quo* ha tenido por probado. En efecto, sólo le ha atribuido a Enrique José Berthier la entrega de ese certificado de parto, y no algún papel determinante en la decisión de expedirlo ni en su contenido. En particular, nada se dice en la sentencia en el sentido de atribuir al imputado que hubiese “ordenado” a un oficial superior en jerarquía, o si se quiere en términos más dogmáticos que lo hubiese determinado a la creación del instrumento. Sólo se le asigna la entrega de la niña y del documento, de suerte tal que las alegaciones que en este sentido realiza la defensa son insustanciales.

En esas condiciones considero que los agravios que la defensa de Enrique José Berthier ha introducido contra los fundamentos de la sentencia en punto a los hechos que se han tenido por probados no pueden ser de recibo.

-VI-

Corresponde aquí abordar el conjunto de agravios presentados por los distintos recurrentes en torno a la significación jurídica de los hechos probados que habían sido objeto de acusación.

a) El delito de retención y ocultamiento de niño sustraído y la imputación formulada a Osvaldo Arturo Rivas y a María Cristina Gómez Pinto.

Según la sentencia Mirta Mabel Barragán dio a luz a una niña mientras se encontraba privada ilegalmente de su libertad, en un lugar y fecha que no se pudo determinar, probablemente en el mes de febrero de 1978, y que la niña fue separada de su madre, también en un momento no determinado, pero en todo caso, a más tardar a principios de mayo de 1978, antes de su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas el día 12 de mayo del mismo año. También se tuvo por probado que la niña fue entregada en el mes de mayo de 1978 por un oficial del Ejército Argentino, junto con un certificado de parto falso, a un hombre que completó ese certificado, insertando falsedades en el sector reservado para los datos de los padres, que le dio un nombre, y la inscribió

Cámara Nacional de Casación Penal

en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, obteniendo una partida de nacimiento ideológicamente falsa, pues "distorsionaba" esto es falseaba "no sólo el lugar y fecha del alumbramiento [...] sino también los datos de los padres biológicos, consignándosela como nacida el 7 de mayo de 1978 e hija del matrimonio que la recibía (confr. fundamentos, fs. 3946/3947).

En cuanto aquí interesa, en la sentencia se expresa: "*con relación al hecho que perjudicara en forma directa a María Eugenia Sampallo Barragán [...] debe tenerse por acabadamente demostrada la participación que en él le cupo a Oswaldo Arturo Rivas, María Cristina Gómez Pinto y Enrique José Berthier; debiendo responder los dos primeros como coautores de la retención y el ocultamiento de María Eugenia Sampallo Barragán y el último de ellos como coautor de dicho ocultamiento*". Al respecto se declara en la sentencia que "*quedó demostrado [...] que tanto Rivas como Gómez Pinto, conociendo el origen de María Eugenia Sampallo Barragán, la retuvieron y ocultaron, entre principios de mayo de 1978 y el 25 de julio de 2001, impidiendo que conociera su verdadera identidad; la cual recobró gracias a las búsquedas emprendidas por ella; y como consecuencia del resultado de los análisis de ADN practicados, a su solicitud, luego que se presentara ante las autoridades de la CO.NA.D.I.*" (fundamentos, fs. 3949 vta.).

En ese mismo pasaje se sostiene que la niña había sido entregada por Enrique José Berthier al matrimonio constituido por Oswaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pinto, junto con el certificado de nacimiento ideológicamente falso.

Respecto de estos hechos que se han tenido por probados se pretende que se revise la sentencia en cuanto determinó el momento en que cesa la ejecución del delito de retención y ocultamiento de la niña por parte de Oswaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pintos, con el fin de identificar la ley aplicable.

A la época de la separación de la niña de su madre regían los arts. 138, 139 y 146 pertenecientes al texto original del C.P. (texto según ley 11.179)-

Entonces el art. 146 establecía: “*Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que sustrajere a un menor de diez años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare*”. Esa disposición fue modificada parcialmente por la ley 24.410 (B. O. 02/01/1995) que mantuvo la descripción del supuesto de hecho punible, y modificó la pena, conminándolo con cinco a quince años de reclusión o prisión.

Corresponde examinar las cuestiones debatidas en torno a ambos textos; a saber: los alcances del supuesto de hecho objetivo de la figura legal, la determinación de su consumación instantánea o ejecución permanente, y el modo en que se toma parte en la ejecución del hecho. Seguidamente, en el supuesto de que la figura admita formas de ejecución permanente, la cuestión acerca de la ley aplicable en el supuesto de sucesión de leyes en el tiempo.

La respuesta a estas preguntas no es posible sin una determinación previa del campo de protección de la norma.

En el Título V, Capítulo I, del Libro Segundo del Código Penal, bajo la rúbrica de los “delitos contra la libertad individual” se incluyen supuestos de hecho que afectan la libertad física o ambulatoria de las personas (por ejemplo arts. 141, 142, 143, 144, 144 bis, 145 C.P.) otros supuestos de hecho en los que se afecta la libertad de autodeterminación que puede o no estar asociada a una restricción de la libertad física o ambulatoria y a una afectación de la integridad física o la dignidad personal (arts. 142 bis, 143, inc. 3, 144 bis, 144 tercero, 149 bis, 149 ter, C.P.). El art. 146 aparece ubicado entre los delitos del primero y segundo grupo, y su supuesto de hecho puede satisfacerse tanto mediante una restricción de la libertad física, como mediante una restricción de la libertad individual de un modo más general, y en particular de la libertad de decisión personal.

Las acciones que constituyen el supuesto de hecho del art. 146 C.P. no son equivalentes a las formas básicas de restricción de la libertad física o ambulatoria, aunque en algunos casos podrían superponerse. De hecho puede sustraerse, retenerse u ocultarse a un niño sin que necesariamente se lo prive de la libertad física, o ambulatoria, porque el art. 146 no es una forma agravada de la

Cámara Nacional de Casación Penal

figura básica del art. 141 C.P. En este sentido, la disposición trata de acciones de sustracción, retención u ocultamiento de un menor de edad, en tanto constituyen actos de limitación de la libertad de actuar del niño o de actuar de terceros legitimados a tomar decisiones por el niño en virtud de la patria potestad, la tutela o la guarda, o eventualmente, por razón del patronato estatal; si esos actos se ejecutan de un modo que al mismo tiempo constituyen actos de restricción o de limitación de la libertad física del menor de edad, pueden presentarse casos en los que se satisfacen las figuras de sustracción del niño de diez años o de retención del menor de edad, y al mismo tiempo el supuesto de hecho del art. 141 C.P. En cambio, en el primer sentido, las conductas punibles afectan al mismo tiempo al menor de edad, y a quienes corresponde por la ley su cuidado y tutela, y la toma de decisiones con estos fines. Esto aplica a todas las formas de ejecución de la figura legal, a saber, la sustracción, la retención y el ocultamiento. El niño de diez años no tiene libertad plena de ir y venir, o de elegir su residencia, o de mudarla, así como también tiene sensiblemente restringida su capacidad jurídica de autodeterminación. El orden jurídico provee a su representación y protección, en el interés de él, de modo que la sustracción, ocultamiento o retención del niño afecta en mayor o menor medida las posibilidades de tomar de decisiones en lo que concierne al niño.

En la doctrina se ha interpretado que los arts. 146, 147, 148 y 149 C.P. tienen como objeto esencial el ataque a la tenencia de los menores por sus padres, tutores, guardadores o encargados, (NÚÑEZ, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal Argentino – Parte Especial*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967, t. V, p. 58); o que “*lo que la ley toma en cuenta es el libre ejercicio de las potestades que surgen de las relaciones del derecho de familia, que ciertos sujetos, originariamente o por delegación, tienen sobre el menor*” (CREUS, Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial*, 4ª. Edic, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 340, de modo análogo en el derecho alemán, SCHÖNKE, Adolf / SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch-Kommentar*, 23ª. Edic., Beck, Munich, 1988, nota al § 235, nro 1; tb. LACKNER, Karl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 22ª. Edic., Beck, Munich,

1997, nota al § 235, nro. 3). De allí se concluye que la ofensa “*mirada por el Código Penal como un atentado a la libertad individual, científicamente debe regularse como una ofensa a la familia del menor, pues la incolumidad de la tenencia y gobierno de los menores por quien tiene la potestad para hacerlo, es algo que atañe a la integridad material del grupo familiar y a la autoridad del jefe o de su sustituto*” (NÚÑEZ, *op. cit.*, tomo V, p. 58). Estas concepciones enraízan en la explicación de Tejedor al antecedente de esta disposición, que exponía que se castiga como delito contra la familia “*el hecho de sustraer al menor de la potestad de los padres o encargado de su custodia*” y que “*el principal objeto de la ley, en esta parte, es la protección de la familia y el mantenimiento de la autoridad paterna*” (cit. según MORENO, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, H. A. Tommasi Editor, Buenos Aires, 1923. tomo IV, p. 386). Sin embargo, los autores no han asignado ningún efecto relevante para una interpretación distinta que ahora se defina a este supuesto de hecho como delito contra la libertad y no meramente como delito contra la familia.

Se entiende desde esta perspectiva que el niño no es el sujeto pasivo del delito, sino el objeto de la acción, y que por ende su consentimiento es indiferente para la configuración del supuesto de hecho legal (CREUS, *op. cit.*, p. 341 y MAIZA, *op. cit.*, p. 239).

Se señala que la raíz histórica de estas disposiciones se remonta a las figuras de robo de niños concebido como derivación o forma del delito de plagio, en el que la voluntad del sustraído es irrelevante (SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino – Parte Especial*, 3ª edic., TEA, Buenos Aires, 1973, tomo IV, p. 54), porque, de modo análogo al caso de plagio, aunque no se presente reducción a servidumbre, “*el menor de diez años efectivamente se encuentra en una situación de dependencia total de otra voluntad, y la ley castiga al que usurpa esa otra voluntad*” (SOLER *op. cit.*, tomo IV, p. 56).

Se concluye, así que el niño sólo es objeto material del delito, y que el ofendido es –únicamente- la persona que ejerce la tenencia del menor, y que la ofensa está constituida por el despojo de esa tenencia, (NÚÑEZ, *op. cit.*, tomo V, p. 62 y CREUS, *op. cit.*, p. 343). La existencia previa de una tenencia fundada en la

Cámara Nacional de Casación Penal

patria potestad, la tutela dativa, o en un hecho no contrario a la ley, es, según estas opiniones, un presupuesto de la tipicidad (CREUS, *ibídem*). Esto conduce a que sea necesario determinar la persona bajo cuya tenencia estaba el niño antes de la sustracción, retención u ocultamiento, y a que *“la determinación del titular del derecho ofendible por el delito depende, en cada caso, de la legitimidad de una situación efectiva de guarda material del menor”* (NÚÑEZ, *op. cit.*, tomo V, p. 62). Al contrario, no serían típicas las acciones de sustracción, retención u ocultamiento si el niño no está a cargo de nadie (NÚÑEZ, *ibídem*). La opinión se remonta a Moreno, que entendía que *“cuando se trata de menores que no están a cargo de nadie, la sustracción prevista en la ley no puede existir [...] la sustracción, en caso de no tener un menor padres, tutores ni guardadores, no podría pensarse si no hubiera concurrido otra infracción nada más que en el caso de tener los caracteres fijados para la existencia del delito de detención privada, esto es, cuando se impidiere el ejercicio de la libertad personal. Fuera de ahí no habría delito y aun cuando personas y cosas no puedan compararse jurídicamente, el que se llevara a un menor abandonado o sin custodia a vivir a su casa, estaría en las condiciones del que tomase una res nuli”* (MORENO, *op. cit.*, tomo IV, p. 388).

Todas estas opiniones ponen el acento en que las acciones punibles interfieren en las posibilidades de ejercicio de ciertas potestades jurídicas sobre el niño, establecidas en la ley. No toman en cuenta, de ningún modo, que la sustracción, retención y ocultamiento también afectan intereses del niño legalmente protegidos.

Por lo pronto, se presentan ciertas inconsecuencias en la argumentación, pues si se propone que el supuesto de hecho del art. 146 C.P sería una forma de plagio, entonces la primera conclusión debería ser que el ofendido es el niño, porque el plagio afecta la libertad del niño en primer lugar, en un sentido análogo a la figura del art. 140 C.P. Sin embargo, la equiparación es al menos discutible porque la sustracción o retención de un niño no necesariamente implica

las mismas restricciones a la libertad individual que las definidas en esta disposición.

En una perspectiva distinta se observa que *“al menor pertenece el derecho de libertad, tiene el goce del mismo y hasta cierto punto, el ejercicio; el derecho del padre o del tutor no sustituye al derecho del hijo; lo representa, lo anima, lo hace operante, lo tutela; el padre y el tutor ejercitan, no un derecho propio, sino un derecho del menor, de modo que puede decirse que el suyo, más que un derecho, es un deber”* (GÓMEZ, Eusebio, *Leyes penales anotadas*, EDIAR, Buenos Aires, 1955, tomo II, p. 405). Se afirma así que las acciones alternativas del delito del art. 146 afectan en primer lugar al niño, o en todo caso, importan una doble lesión –del derecho del padre o tutor y del derecho del niño– y que en todo caso *“el derecho del menor sería siempre el derecho prevaleciente”*. (GÓMEZ, loc. cit.; lo sigue FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, tomo IV, p. 302). Desde esa perspectiva se efectúa una distinción entre los arts. 146 y 147, por un lado, y los arts. 148 y 149, C.P., por el otro, pues se entiende que estas dos últimas figuras se apartan claramente de las otras dos, que tutelan, la libertad personal, especialmente de la del plagio, para quedar reducida la lesión jurídica al derecho de tutela de los padres o encargados del menor (FONTÁN BALESTRA, *op. cit.*, tomo IV, ps. 308/309) .

En una perspectiva que centra el acento en los derechos del niño, se sostiene que el bien jurídico protegido por la norma *“es el derecho a tener su estado de familia, y es más, a saber quiénes son sus padres y a estar junto a ellos”* (sic) (DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte Especial*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, tomo II-A, p. 215; en el mismo sentido voto de los jueces Ledesma y Riggi en la causa n° 5917, Sala III, “Balanovsky, Gabriel s/recurso de casación”, rta. 30/09/2005, Reg. nro. 790/2005). En una dirección aparentemente similar se sostiene que *“el bien jurídico que de manera prevaleciente se afecta es el derecho de tenencia y custodia del niño, que nace del vínculo familiar (ejercicio de la patria potestad), o bien de una situación de hecho (guarda) o de derecho (tutela)”* y asimismo, *“de modo más amplio y teniendo en*

Cámara Nacional de Casación Penal

consideración la acción sancionada –sustraer– y el límite de edad del sujeto pasivo, se protegen los atributos esenciales del estado civil y el estado de familia, que tiene, como derecho esencial, el derecho del niño de conocer su origen, preservar su identidad y de ser cuidado por sus padres” (MAIZA, Cecilia, *Sustracción de menores*, en NIÑO, Luis F., y MARTÍNEZ, Stella Maris (coordinadores), *Delitos contra la libertad*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, tomo 1, p. 239), pues si bien *“el ofendido directo es quien tiene legalmente la tenencia del menor y sufre la acción de despojo [...] indudablemente, el niño que no ha cumplido 10 años, también resulta afectado, pues en la mayoría de los casos de apropiación, pierden su estado de familia y sus derechos elementales, de jerarquía constitucional, a tener contacto con ambos padres y conocer su origen biológico, aunque sin embargo, desde el punto de vista del bien jurídico tutelado, es el objeto de la acción y el ofendido indirecto* (MAIZA, *op. cit.*, p. 243; compárese, en la misma dirección, SCHÖNKE / SCHRÖDER, *op. cit.*, nota al § 235, nro. 1, y LACKNER, *op. cit.*, nota al § 235, nro. 1, en el sentido de que la disposición sobre sustracción de niños sirve a los intereses de éstos sólo de forma mediata).

Y en sentido parcialmente concordante se ha declarado que el art. 146 C.P. define conductas que afectan, *“por un lado la libertad individual del menor (especialmente cuando es un tercero el que lo sustrae) y su derecho a la identidad; por otro el derecho de éste a ser criado (toda la actividad formativa y conductiva) por ambos padres; por otro el del padre o madre natural a gozar del hijo que han traído al mundo”* (del voto del juez doctor Hornos, en la causa n° 5105 “Piryh, Luis Aníbal s/ recurso de casación”, rta. 26/02/2007, Reg. n° 8276.4, con adhesión de la jueza Capolupo de Durañona y Vedia).

Las opiniones expuestas en último término son susceptibles de algunas precisiones. Por una parte, la sustracción, retención y ocultamiento de un niño afecta dos círculos de derechos: los del niño, y las de las personas a las que la ley reconoce derechos de relación con el niño. Si bien se observa, las acciones de sustracción, retención u ocultamiento del niño afectan en primer lugar el derecho

del niño a la protección de su vida familiar, que comprende el derecho a no ser removido ilegítimamente de su núcleo de convivencia, sea este el de su familia en su sentido estricto, eventualmente el de su familia extensa, o el de la comunidad de vida en el que está legítimamente inserto. En segundo lugar, las acciones de sustracción, retención u ocultación interfieren, obstaculizan o frustran, según el caso, el derecho del niño a gozar de las decisiones y las medidas de protección que como niño le corresponden, sea frente a las personas físicas a quienes compete su cuidado, sea frente al Estado (art. 5, incs. 1 y 2 y art. 7 de la ley 26.061).

En este sentido el niño tiene derecho a la alimentación, educación y crianza por sus padres (art. 265 C.C.), reside por regla en el domicilio de éstos (art. 275 C.C.) y a los primeros se les concede derecho a obtener auxilio de las autoridades públicas en caso de sustracción del ámbito espacial de tenencia o de retención (art. 276 C.C.), no sólo en el interés de los padres, sino de los niños mismos tan pronto se define la patria potestad como derecho-deber en la primera de las disposiciones citadas. También tienen derechos de alimentación y protección en caso de tutela sea ésta dativa o legal (art. 377 y concordantes C.C.), y la ley procura que si un menor de edad no está sometido efectivamente a una patria potestad o tutela, se le provea de ésta (art. 378 C.C.), preferentemente entre parientes próximos bajo la forma de tutela legal (arts. 390 C.C.) y en su defecto bajo la tutela dativa a otras personas (392 C.C.). En este cometido es competente el ministerio de menores (art. 381 C.C.).

Por otra parte tales derechos encuentran también reconocimiento en la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular, los derechos del niño a medidas de protección y cuidado exigibles frente al Estado, sin perjuicio de los derechos y deberes de sus padres (art. 3.2), CDN); el derecho del niño de conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (art. 7.1), el de preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre, y las relaciones familiares, y a la asistencia y protección apropiadas exigibles al Estado cuando sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad (art. 8.1), el derecho del niño a medidas estatales para asegurar que no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, salvo las excepciones que permite la misma Convención (art. 9.1) y el

Cámara Nacional de Casación Penal

derecho a mantener relaciones personales y contacto con ambos padres (art. 9.3), el derecho del niño a la protección de su vida familiar (art. 16). También se comprenden allí el derecho y los deberes de los padres y, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle dirección y orientación apropiada para el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (art. 5) y por principio el derecho y obligaciones de los padres en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño (art. 18), y el derecho del niño privado de su medio familiar a medidas especiales de protección y asistencia por parte del Estado (art. 20), entre otros. La ley 26.061 ha contemplado y reglamentado esos aspectos, de modo concordante (especialmente arts. 11, 12,13 y 37).

Desde estas perspectivas normativas, la sustracción de un niño del ámbito de guarda reconocido por la ley afecta de manera sustancial su vida familiar en el que está comprendido un complejo de vínculos protegidos por la ley para asegurar las condiciones más adecuadas para el desarrollo de su libertad en sentido general. La sustracción y retención u ocultamiento ulteriores frustra el derecho del niño al establecimiento (si la sustracción es inmediata al parto) o a la preservación de esos vínculos (si la sustracción y retención interrumpen el vínculo ya establecido) que son esenciales y decisivos para su desarrollo personal, incluido el desarrollo de su libertad y lo remueve del ámbito de protección específico de la ley, creando una situación de guarda sobre el hecho consumado de la ruptura de la situación de guarda preferida y protegida por la ley.

La ley protege la preservación de estos vínculos familiares –con los padres, tutores (incluida aquí la familia extensa definida por el marco de tutela legal) y los guardadores legítimos- en primer lugar, en función del mejor interés del niño, y el art. 146 C.P. castiga la sustracción de un niño menor de diez años, su retención u ocultamiento, en la medida en que esas conductas afectan o frustran el conjunto de derechos de goce y protección que le corresponden como niño.

Este marco de referencia tiene consecuencias decisivas en punto a la doctrina tradicional que sólo ve en el art. 146 C.P. una afectación de los derechos

o potestades de los padres, tutores o encargados de la guarda del niño, y que concluye que, sin sustracción previa la retención o el ocultamiento serían atípicos. Las consecuencias de esta doctrina son inaceptables. Un niño perdido o abandonado, o uno cuyos padres han muerto, o cuya suerte se desconoce, no es una “*res nullius*” susceptible de “apropiación”, es una persona plena de derechos, entre ellos, los enunciados más arriba. De allí se derivan otras consecuencias, entre ellas, no sólo que puede haber retención u ocultación típicas sin sustracción previas, más aún, que los efectos de la sustracción, retención u ocultamiento siguen consumándose ante la muerte o desconocimiento del paradero de los padres, tutores o encargados de su guarda. Porque en esos casos, el niño tiene derecho a que el Estado adopte las medidas de protección pertinentes para asegurarle tutela, cuidados, y emplazamiento en una determinada comunidad de vida familiar, sea en la familia extensa, o en otra.

Cuando se argumenta desde el punto de vista de la afectación o interferencia en el ejercicio de las potestades que la ley confiere a ciertas personas sobre el niño, son necesarias dos precisiones. Las potestades sobre el niño no son reconocidas necesariamente como derechos subjetivos sobre el niño, que serían afectados o interferidos por la sustracción, retención u ocultamiento. Estas potestades se reconocen a los padres, tutores o encargados, en primer lugar, en vistas a los derechos e intereses del niño. Incluso el ejercicio de la patria potestad como derecho/deber (art. 265 C.C.), muestra la doble dimensión de deberes de protección y asistencia frente al niño y como derecho preferencial a la protección y asistencia del niño que se ejerce frente al Estado y frente a otras personas, en gran medida de modo exclusivo y excluyente. Solo en este último aspecto la sustracción, retención u ocultación interfiere u obstaculiza el ejercicio de este derecho preferencial. En el caso de los padres, o de otras personas de la familia extensa, y en algunos casos de discernimiento de tutela o guarda, la sustracción afecta el derecho a gozar de la vida familiar. Sin embargo, la renuncia, omisión o falta de interés en el ejercicio de estas preferencias o del derecho a la vida familiar no afecta la tipicidad de la sustracción, retención u ocultamiento en vista del

Cámara Nacional de Casación Penal

ámbito de protección central de la norma, que está constituido por los derechos del niño antes enunciados.

A partir de esta comprensión pueden formularse precisiones adicionales en vistas de que, el supuesto de hecho típico del art. 146 C.P. establece modos alternativos de ejecución: a) la sustracción de un menor de diez años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él; b) la retención o el ocultamiento del menor de diez años, haya sido o no sustraído y c) la retención o el ocultamiento de un menor de edad que ha sido sustraído o retenido antes de cumplir los diez años.

Se ha entendido que la sustracción consiste en el apoderamiento del niño, separándolo de su padre, tutor o guardador (MOLINARIO, Alfredo, *Los Delitos*, TEA, Buenos Aires, 1996/1999, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, tomo I, p. 81). Sin embargo la sustracción no implica necesariamente constitución de un poder sobre el niño, y lo decisivo es la separación o apartamiento del ámbito de protección familiar y jurídica en el que estaba emplazado. Así se explica que "sustraer" consiste en apartar al niño de la esfera de custodia que se encuentra confiada por imperio de la ley a padres, tutores u otros encargados, aunque lo sean a título temporal, como ser los maestros, guardadores y niñeras, acción que se consuma por la mera remoción o apartamiento, sin que se requiera que el agente consolide un dominio sobre el niño (confr. SOLER, *op. cit.*, tomo IV, p. 56/57) o sacar el niño de la custodia a la que se hallaba legalmente sometido (MAIZA, *op. cit.*, p. 239).

A este respecto es irrelevante que el agente no conserve poder fáctico sobre el niño –no lo retenga–, ni que sepa dónde está éste. La esfera de custodia surge, en primer lugar, de un hecho jurídico, el nacimiento, que define la custodia por la madre y por el padre si se trata de un hijo matrimonial; o de un acto jurídico, por ejemplo el reconocimiento por el padre no casado, el discernimiento de guarda o tutela; o de cualquier acto de otro tipo que importe asumir deberes de cuidado y protección del niño por delegación de quienes ejercen la patria potestad, la tutela, o por acto de autoridad del Estado. Un niño abandonado o perdido, no

puede ser objeto de sustracción, pero sí de retención o de ocultamiento en los términos del art. 146 C.P. aun en el caso de que sus padres o tutores hubiesen muerto, o se ignorase su paradero.

Se dice que el despojo puede ejecutarse “*apartando al menor de los lugares donde se ejercía su tenencia, logrando que el mismo menor se aparte [...] o impidiendo que el legítimo tenedor vuelva a la tenencia del menor cuando aquélla se ha interrumpido por cualquier causa* (CREUS, *op. cit.*, p. 341). Sin embargo, la sustracción no tiene la misma estructura material que el robo de cosas, porque no implica, sólo ni siempre, el acto material de sacar al menor del ámbito de la esfera física de custodia de su tenedor, sino que la sustracción también puede cometerse respecto de un menor que se encuentra fuera de ese ámbito (NÚÑEZ, *op. cit.*, tomo V, p. 61). En rigor, parece más apropiado el criterio de la doctrina alemana que pone el acento en la separación o apartamiento espacial entre el niño y quienes tienen el ejercicio de la patria potestad o aquellos a quienes incumben los deberes de custodia y protección del niño (veáse así, p. ej. LACKNER, *op. cit.*, nota al § 235, nro. 3, y SCHÖNKE / SCHRÖDER, *op. cit.*, nota al § 235, nro. 5, que entiende que la sustracción [*Entziehung*] tanto puede ejecutarse removiendo al niño de un lugar a otro, o impidiendo el acceso de padres, tutores o guardadores al lugar donde éste se encuentra, siempre que por esta vía se afecte el contenido sustancial del ejercicio de la patria potestad, tutela o guarda).

Se entiende que retener es guardar (CREUS, *op. cit.*, p. 342). Retener es poner al niño bajo el propio poder de guarda, o bajo la delegación de la custodia a otro que actúa bajo el poder o dominio del agente. La retención es en verdad una usurpación de la guarda del niño. En cuanto a la retención, su significado varía según la interpretación de la que se parta. Sobre la base de una interpretación sintáctica, se entiende que las acciones de retención u ocultamiento tienen como presupuesto que el niño menor de diez años haya sido sustraído, sólo habrá retención por quien tiene o guarda fuera de esa esfera de custodia al menor ilícitamente sustraído (SOLER, *op. cit.*, tomo IV, p. 58; NÚÑEZ, *op. cit.*, tomo V, p. 60; MAIZA, *op. cit.*, p. 239 y 240). Más aún, se sostiene que la retención u ocultamiento deben estar referidas a la persona de un menor sustraído por la

Cámara Nacional de Casación Penal

actividad de un tercero, y que la retención subsecuente por el mismo agente de la sustracción carece de relevancia penal (CREUS, *op. cit.*, p. 341).

No parece ser esta la interpretación del Código por Moreno, en cuanto ha dicho del art. 146 C.P que: *"El artículo se refiere también a la retención del menor. Para la existencia del delito deben concurrir los mismos extremos que se han determinado para la sustracción menos el hecho de ésta. La retención supone que el agente no ha sustraído al menor, pero que habiendo llegado éste a su poder, lo retiene en vez de entregarlo a las personas que lo tenían a su cuidado, o de dejarlo para que vuelva a donde aquéllas estuvieren siempre que fuese posible"* (MORENO, *op. cit.*, tomo IV, p. 388/389, el subrayado no pertenece al original). Si bien se lee, puede entenderse que el autor requiere –al igual que en la sustracción- que el niño hubiese estado a cargo de otras personas, porque no reconoce tipicidad a la "apropiación" de un niño abandonado o sin custodia, pero no requiere expresamente que el niño retenido provenga de una sustracción. En efecto sostiene que deben concurrir los mismos extremos que la sustracción "menos el hecho de ésta", y además se contenta con que el niño hubiese llegado al poder del retentor.

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

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

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

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

A este respecto, por lo demás, debe señalarse que es imposible una separación conceptual absoluta entre sustracción, retención y ocultamiento, pues hay modos de ejecución que implican al mismo tiempo sustracción por retención u ocultamiento. Así, en la doctrina alemana sobre el § 235 que define a la sustracción de niños con el verbo “sustraer” [*entziehen*], sin otras acciones

Cámara Nacional de Casación Penal

alternativas, se interpreta que “*la simple recepción de un niño fugado no es sustracción salvo que el autor tomara medidas adicionales para impedir la restitución del niño o para excluir el contacto del niño con sus padres*” (SCHÖNKE / SCHRÖDER, *op. cit.*, nota al § 235, nro. 5).

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

Se ha entendido que ocultar implica impedir el restablecimiento del vínculo usurpado por el despojo (SOLER, *op. cit.*, tomo IV, p. 59; MAIZA, *op. cit.*, p. 241), o impedir la vuelta del niño a la situación de tutela en que se hallaba (FONTÁN BALESTRA, *op. cit.*, tomo IV, p. 306), o impedir el conocimiento de su ubicación o paradero por parte del padre tutor o encargado de la guarda (MOLINARIO, *op. cit.*, tomo II, p. 82; ; NÚÑEZ, *op. cit.*, tomo V, p. 61). Las dos primeras interpretaciones suponen que ha habido un quebrantamiento del vínculo o de la tutela, lo que no sucede necesariamente por la mera sustracción, pues aún desconociéndose el paradero del niño pueden los legitimados entablar medidas de protección, o realizar actos jurídicos propios de la patria potestad o de la tutela. Lo que quiebra la sustracción o la retención es una situación fáctica de emplazamiento privilegiada por la ley en el interés del niño, y la ocultación es un modo de impedir la restitución o la constitución de esa situación fáctica. En ese sentido, es más adecuada al fin de protección de la norma la interpretación que sostiene que la acción de ocultamiento consiste en impedir el conocimiento del paradero del menor al padre, tutor o guardador (MOLINARIO, *op. cit.*, p. 82), o a las autoridades del Estado competentes para adoptar medidas de protección y discernir su tutela o guarda.

El ocultamiento del niño puede llevarse a cabo de distintas formas, así, ocultándolo físicamente, haciendo imposible conocer su paradero, o mediante otros actos que no implican ocultamiento físico pero que dificultan su identificación. Así por ejemplo, alterando su estado civil o los datos de su

identidad que son relevantes para identificarlo. Ahora bien, la alteración del estado civil o de datos de su identidad relevantes para su identificación no es el único modo posible de ocultamiento.

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

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

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

El delito se consuma por ocultamiento, mediante cualquier acto que impida conocer el paradero del niño, o que altere su emplazamiento en el estado

Cámara Nacional de Casación Penal

de familia, o los datos que permitirían su identificación. Según el modo concreto el ocultamiento será instantáneo o de ejecución continuada o permanente (NÚÑEZ, op. cit., tomo V, p. 62).

La retención se consuma mientras se guarde y mantenga al niño bajo el poder del agente.

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

El ocultamiento cesa cuando el agente entrega al niño a otro sin colaborar con un ocultamiento ulterior, o cuando el niño es hallado por los padres, tutores o guardadores, o por las autoridades del Estado en condiciones de determinar quiénes son sus padres tutores o guardadores. También cesa cuando el agente da a conocer el paradero del niño a sus padres, tutores o guardadores, o al Estado, si desconoce a los primeros, o el paradero de éstos.

La defensa de María Cristina Gómez Pinto y de Osvaldo Arturo Rivas pretende que la retención u ocultamiento cesan de cometerse cuando el niño sustraído cumple los diez años de edad, aunque el niño continúe siendo ocultado, o retenido. Esta tesis ha tenido recepción en esta Cámara, pero no ha concitado mayoría como para formar una decisión judicial. Me refiero al voto de la Jueza Dra. Capolupo de Durañona y Vedia, que sobre la base de una interpretación sintáctica concluye con cita de Moreno que *"para que concurra el delito de sustracción de menores, se requiere... que la persona sustraída no tenga diez años cumplidos"* y que *"el artículo se refiere también a la retención del menor. Para la existencia del delito deben concurrir los mismos extremos que se han*

determinado para la sustracción” (confr. su voto en causa 2947, del registro de la Sala IV, “Landa Ceferino y otra s/ recurso de casación”, rta. 27/11/2002, Reg.4466.4, con cita de MORENO, *op. cit.*, tomo IV, p. 387 y ss.). De allí afirma que “*si las conductas de sustracción, retención u ocultamiento contempladas en la citada disposición no recaen sobre un menor de diez años, se está frente a la ausencia de un elemento típico que impide la comisión de los delitos allí previstos, sin perjuicio de que otros distintos puedan realizarse*”, y señala que “*no es posible suponer que un delito continúa cometiéndose, porque sus efectos se mantengan si los requisitos que la ley exige para constituir en penalmente relevante una conducta no están presentes en un caso*” (esta interpretación no fue mantenida por la jueza en el caso posterior, causa n° 6331, “Fernández, Margarita Noemí s/ recurso de casación”, rta. 30/05/2007, Reg. n° 8740.4).

Esa inteligencia no se compadece con el ámbito de protección de la norma. Si las acciones de sustracción, retención u ocultamiento del niño afectan en primer lugar el derecho del niño a la protección de su vida familiar, que comprende el derecho a no ser removido ilegítimamente de su núcleo de convivencia, sea este el de su familia en su sentido estricto, eventualmente el de su familia extensa, o el de la comunidad de vida en el que está legítimamente inserto, y, en segundo lugar, su derecho a medidas de protección que como niño le corresponden, sean estas exigibles a las personas físicas a quienes compete su cuidado o al Estado, entonces no puede asignarse relevancia típica al hecho de que el niño cumpla diez años de edad durante el ocultamiento o la retención. El cumplimiento de la edad de diez años no puede tener relevancia típica si las acciones de retención o el ocultamiento continúan, pues con ellas se sigue afectando el derecho del niño a la vida en común con su familia estricta, o en su caso con su familia extensa o en la comunidad de vida interrumpida por el delito. También se sigue afectando el derecho a obtener la protección de sus padres, tutores o encargados, y eventualmente de las autoridades competentes del Estado para que los restituya con ellos, o para que les provea de tutela o guarda.

Se ha sostenido que la retención o el ocultamiento cesarían cuando la persona sustraída “*recupera su identidad*”. Así, sobre la base del carácter

Cámara Nacional de Casación Penal

pluriofensivo de las acciones del art. 146 C.P., y la concepción de que entre los bienes jurídicos protegidos se encuentra la identidad, se ha declarado que la consumación del ocultamiento cesa en el momento en que el sustraído "*recupera su verdadera identidad biológica y jurídica*" (causa n° 6331, "Fernández, Margarita Noemí s/ recurso de casación", rta. 30/05/2007, Reg. n° 8740.4 de la Sala IV, voto de la jueza Capolupo de Durañona y Vedia, con adhesión de la jueza Berraz de Vidal), o "*cuando fue colocado en condiciones de conocer, y por ende de recuperar su verdadera identidad biológica y jurídica -que hasta entonces le habría sido [...] ocultada- y a partir de ello sus vínculos familiares [...] por lo que la conducta de ocultar cesa, cuando cesa el ocultamiento mismo: en relación al caso, cuando la persona pasa a conocer su identidad*" (voto del juez Hornos en la misma sentencia).

Aunque la determinación del momento a partir del cual comienza la ejecución del delito permanente de retención u ocultamiento de niños del art. 145 C.P., así como la determinación del momento en que éste cesa de cometerse, involucra la interpretación del alcance de una disposición de derecho común, y de cuestiones fácticas, la Corte Suprema ha abordado en algunos casos estas cuestiones por su conexión con alguna cuestión federal propuesta y admitida. Entiendo pues pertinente examinar si, como se afirma en la sentencia recurrida y proponen los acusadores, existe una jurisprudencia establecida por la Corte Suprema según la cual la ejecución del delito del art. 146 C.P, cuando se ejecuta por retención u ocultamiento, cesa en el momento en que se determina la relación de ascendencia biológica del sustraído cuando niño o cuando se restablece o recupera su "identidad biológica".

En Fallos: 318:2481 ("C. J. A. s/ querrela por retención y ocultamiento de menor"), la cuestión aparece abordada en un voto disidente. Allí se sostuvo que, en el caso no se habría operado el plazo de prescripción correspondiente al delito de retención de un menor de diez años del art. 146 C.P., habida cuenta de que "[...] *-dado el carácter permanente del delito- [...] dicha conducta habría continuado produciéndose mucho después del acto inicial de*

sustracción ocurrido con posterioridad al 22 de julio de 1976 y antes del 23 de marzo de 1977’ (voto disidente de los jueces Petracchi y Fayt). En el voto disidente no se estableció expresamente ningún criterio para determinar cuándo se considera que la retención u ocultamiento dejan de cometerse, pero si se toma en cuenta que la sentencia fue dictada el 5 de diciembre de 1995, se infiere que el niño de cuya sustracción se trataba no había cumplido aún la mayoría de edad, aunque había superado ya ampliamente los diez años de edad. En este caso, por lo demás, la mayoría había tenido en cuenta el día que presuntamente la víctima fue hallada en la vía pública y entregada en guarda provisional como última fecha a partir de la cual correspondía computar el plazo de prescripción de la acción, de donde se infiere que la mayoría consideró que fue a partir de ese momento que cesaron las acciones de retención u ocultamiento.

En el caso de Fallos: 328:4423 (“Videla, Jorge Rafael s/ incidente de apelación y nulidad de prisión”), el Procurador General había propuesto a la Corte que la fecha de determinación judicial de la ascendencia fijaba el momento en que cesaba de cometerse la retención y ocultamiento de menores. Allí sostuvo que: *“las acciones delictivas permanentes sufridas por los menores inscriptos como Mariana Zaffaroni Islas y Carlos Rodolfo D`Elía, que comenzaron al ser sustraídos el día 27 de septiembre de 1976, la primera, y el 26 de enero de 1978, el segundo, han dejado de cometerse el día que recayó sentencia firme respecto de los padres putativos [...]”,* y explicó que ello era así, *“en la medida en que constituyen el acto que otorga el juicio de certeza necesario para despejar la incertidumbre respecto de las consecuencias de la sustracción y ocultación clandestina”,* sentencias a partir de las que, en su opinión quedaba fijado el *dies a quo* a partir del cual debía iniciarse el cómputo del término de la prescripción de la acción penal. Sin embargo, la Corte Suprema no se pronunció sobre esta interpretación pues rechazó el recurso por no dirigirse contra una sentencia definitiva (voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Lorenzetti y Argibay).

En el caso de Fallos: 327:525 (“Mastronicola, Teresa s/ retención y ocultamiento de un menor de diez años de edad sustraído del poder de sus padres

Cámara Nacional de Casación Penal

“causa N° 284”, en la sentencia recurrida por la vía del recurso extraordinario se había argumentado que el límite de la edad establecida por la ley sólo alcanzaba al supuesto de hecho de la acción de sustracción del menor y no se extendía al agente que, volviendo permanente el delito, prolongaba el estado consumativo al retenerlo u ocultarlo. Al respecto se examinaba la sintaxis de la disposición legal, y se sostenía que si el legislador hubiese querido extender el presupuesto a las acciones de retención u ocultamiento, habría redactado la disposición de otro modo, refiriéndose primero a las acciones típicas de sustracción retención y ocultamiento, y estableciendo después el objeto de la acción con la cualidad de menor de diez años. En la sentencia recurrida se había declarado que el cese de la ejecución del delito se producía “*cuando se logra o se hace factible restablecer el vínculo familiar*”, lo que habría ocurrido en el caso con la decisión judicial que discernía su tutela.

En el recurso extraordinario la apelante pretendía que la interpretación del *a quo* con respecto al delito de retención y ocultamiento de menores como un delito permanente, cuya comisión subsiste más allá de la fecha en que la niña había cumplido los 10 años, era incompatible con el principio de legalidad (art. 18, C.N.), y en el caso había conducido a una condena por un delito respecto del cual la acción penal se encontraría prescripta.

La Corte Suprema, consideró que el recurso extraordinario era inadmisibile con cita del art. 280 C.P.C.C.N., y no abordó la cuestión (voto de los jueces Belluscio, Fayt, Boggiano y Zaffaroni), mientras que dos de sus jueces se ocuparon de examinarla, en estos términos: “*sostener que a partir del momento en que el menor cumple 10 años, la figura de retención contemplada en el art. 146, Código Penal, ya no resulta aplicable, constituye sólo un tramo del razonamiento, en la medida en que el efecto pretendido depende de una premisa adicional: que se pueda sostener válidamente que la conducta de quien mantiene bajo su esfera de poder a un ‘mayor’ de diez años no está alcanzada por ningún otro tipo penal. En otras palabras, que a partir de ese momento pierde toda relevancia para el derecho penal la circunstancia de que, como consecuencia de la conducta*

*anterior, el menor haya quedado colocado en una situación tal que, de hecho, no podía regresar al ámbito de la familia de la que había sido sustraído”. Después de evocar la función que el límite de diez años tiene en punto a la irrelevancia del consentimiento del niño menor de esa edad, se afirmó en ese voto que “la circunstancia de que la retención de menores afecte el derecho de familia no permite descartar, sin más ni más, que el tipo penal no lesione, además, la libertad en el sentido estricto de libertad ‘ambulatoria’ que es protegida por las figuras de privación ilegal de la libertad, en tanto las varias veces aludida conducta, una vez que la víctima fue colocada fuera del área de guarda legítima, constituye una valla que le impide al menor retornar a dicha guarda legítima. En este sentido, el hecho de que el menor nunca hubiera manifestado su voluntad de regresar a su núcleo familiar de origen tampoco basta para justificar la omisión de considerar la cuestión. En efecto, tal circunstancia no puede ser tomada como una situación frente a la cual es evidente la no afectación de la libertad, pues uno de los requisitos para que el consentimiento excluya la tipicidad es que éste haya sido prestado libremente, sin engaño, o sin recurrir a cualquier otra maniobra que coloque a la persona en una situación tal en la que ya no le queda ninguna otra alternativa más que aceptar someterse a la restricción que se le impone”. Y se advirtió que en este contexto “la circunstancia de que el menor, mayor de 10 años, pero sustraído de sus padres antes de cumplir esta edad, ‘consintiera’ su nuevo emplazamiento (ilegítimo) de familia, es irrelevante para la existencia de un consentimiento excluyente del tipo, pues dicho menor, por sí solo, carece de la facultad de disponer del bien jurídico protegido con un alcance tal que lleve a excluir el ejercicio de la patria potestad por parte de quienes tienen derecho a ella”. Si bien se mira, según este voto minoritario, no es relevante la restitución del vínculo familiar, sino el hecho de que la sustracción coloca al niño “fuera del área de guarda legítima” y la retención se sigue consumando en la medida en que “constituye una valla que le impide al menor retornar a dicha guarda legítima”. Aunque no se dice expresamente, debería inferirse de allí *a fortiori*, que no podría sostenerse la continuación de la consumación cuando ya no hay posibilidad jurídica de guarda legítima porque la víctima ha alcanzado la mayoría de edad. El*

Cámara Nacional de Casación Penal

establecimiento de la ascendencia biológica no aparece en este voto minoritario como criterio dirimente para decidir sobre el cese de la consumación.

También estaba en disputa la determinación del momento del cese de la consumación del delito de retención del art. 146 en el caso de Fallos: 327:3279 ("Jofré, Teodora"), donde se atacaba la decisión de la Cámara Federal que había declarado que en las modalidades de retención y ocultamiento del art. 146 C.P. se trata de un delito de carácter permanente, cuya acción típica cesa cuando se descubre la verdadera identidad del causante, en aquel caso, cuando se determinó la ascendencia por el análisis genético. El Procurador General había dictaminado allí que la determinación del momento del cese de la ejecución del delito previsto en el artículo 146 del Código Penal era un tema que remitía a la determinación de cuestiones de hecho y del derecho común aplicable, ajeno al recurso extraordinario, y que la recurrente no había demostrado la arbitrariedad de lo decidido. La Corte Suprema remitiéndose al dictamen del PG coincidió en que la materia era ajena al recurso extraordinario (voto de los jueces Petracchi, Fayt y Maqueda; voto concurrente del Juez Boggiano: lo mismo se infiere del voto de la Jueza Highton de Nolasco, que declaró inadmisibles el R.E.). Puesto que la Corte declaró inadmisibles el recurso, no puede afirmarse que hubiese sentado en ese fallo alguna doctrina acerca del momento del cese de la ejecución.

También se intentó someter a la Corte Suprema una cuestión análoga en el caso de Fallos: 330:2434 ("Rei, Víctor Enrique y otro (s) s/sustracción de menores de 10 años -art.146-"), en el contexto de una apelación de un incidente de excarcelación en el que se había considerado aplicable la ley 24.410 a una retención iniciada antes de su entrada en vigencia, la Cámara Federal de esta ciudad había sostenido que el delito del art. 146 en sus modalidades de "retención" y "ocultación" aún estaba produciendo sus efectos, pues la acción típica cesa cuando se descubre la verdadera identidad de la víctima. Al llevar la cuestión ante la Corte Suprema, la defensa pretendía que una vez que la víctima alcanzó los diez años de edad debía encuadrarse la conducta en el art. 141 C.P.

El Procurador General opinó que la interpretación que se atribuyó al delito de retención y ocultación de un menor de diez años (artículo 146 del Código Penal) y la aplicación de las previsiones de la ley 24.410, remitía exclusivamente a un tema de derecho común que había sido resuelto con argumentos bastantes de ese carácter. La Corte Suprema, por mayoría, compartió la opinión del Procurador General, y rechazó el recurso sin abordar la cuestión (voto de los jueces Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi y Maqueda).

La inteligencia que se sostiene en la sentencia recurrida aparece ahora esbozada en una opinión minoritaria de dos jueces de la Corte Suprema. En un caso en el que se trataba de la retención de un niño alegadamente nacido durante el cautiverio de la madre, mientras se encontraba en situación de desaparición forzada, y sustraído a ésta, de la alteración o sustitución de su emplazamiento de estado civil, y de la expedición de documentos probatorios de su nacimiento e identidad ideológicamente falsos, se ha expresado que *“el delito de que se trata - como cualquier delito- tiene un momento consumativo, pero pertenece a la categoría de los delitos en que la consumación no se agota de modo instantáneo sino que se mantiene en el tiempo hasta que cesa el resultado. No es un delito de resultado permanente, pues éste puede cesar, sino que el delito mismo es permanente y sólo cesa simultáneamente con el estado que ha creado y que el autor o autores están siempre en condiciones de hacer cesar. Por ende, el delito de que es víctima el secuestrado -sin perjuicio de mayores precisiones técnicas acerca de la tipicidad, que no son materia de discusión en este momento- se sigue cometiendo hasta la actualidad y, de hecho, esa fue una de las razones (aunque no la única) por la que nunca pudo plantearse en términos jurídicamente válidos la cuestión de la prescripción”* (sentencias de las causas G. 1015; L. XXXVIII, "Gualtieri Rugnone de Prieto Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años -causa n1 46/85-", rta. 11/08/2009, y G.291, XLIII, "Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años", rta. en la misma fecha, voto común de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, considerando 9, de ambas sentencias) y se señala que el delito cesaría cuando se determinase de modo positivo la ascendencia biológica por un estudio genético, en estos términos: *“la*

Cámara Nacional de Casación Penal

familia biológica acabaría con su angustia conociendo que el resultado de la prueba fuese positivo en cuanto indicador del vínculo, o sea, que con la comunicación de este resultado quedaría garantizado su derecho a la verdad y desde que adquiriese ese conocimiento también para la familia biológica cesaría la comisión del delito" (ibídem, considerando 21 voto común de los jueces Zaffaroni y Lorenzetti en ambas sentencias). Los otros jueces de la Corte no han compartido esta aproximación, de modo que no puede asignarse a esas afirmaciones el carácter de doctrina de seguimiento obligatorio.

Más allá de que, con el examen de la jurisprudencia de la Corte que he relevado precedentemente surge que no hay una jurisprudencia que ésta hubiese establecido sobre el punto, entiendo que el punto de vista presentado en el voto de dos de sus jueces, y sintetizado en el párrafo precedente no puede ser sostenido frente al art. 146 C.P., **porque en realidad la consumación y el agotamiento se deben definir por referencia al supuesto de hecho legal de una disposición penal y no de modo general, lo que requiere entonces realizar "precisiones técnicas" sobre la tipicidad de aquella figura legal, es decir, dogmáticas.**

En primer lugar, si bien la alteración del estado civil o la alteración de los datos que permitirían la identificación del niño pueden ser formas de ocultación, ni la identidad ni el estado civil caen bajo el ámbito de protección del art. 146 C.P., aunque puedan caer bajo el campo de protección de otras disposiciones penales, por ejemplo del art. 139 C.P., que define una acción de consumación instantánea.

En segundo lugar porque si bien la retención o el ocultamiento pueden adoptar la forma de delito permanente –o de ejecución continuada– la continuación no puede ser indefinida en el tiempo. Por un lado, porque una vez que el sujeto pasivo del delito alcanza la mayoría de edad civil, desaparece el objeto de protección de la norma del art. 146 C.P; ello impide sostener que el delito pueda seguir consumándose cuando ya no hay objeto de protección y cuando ya no hay objeto material de la acción susceptible de ser retenido u

ocultado. Por el otro, porque la “*recuperación de la identidad*”, entendida como develación de uno de los elementos de la identidad, esto es los datos de nacimiento en conexión con una determinada ascendencia biológica, es algo que no necesariamente está bajo el dominio del autor de la retención u ocultamiento. Si el agente que no sustrajo y simplemente retuvo u ocultó al niño no conoce los hechos o datos que fundan la relación de ascendencia biológica, no tiene dominio sobre la “*recuperación de la identidad*”. En estos términos, lo que no depende de la conducta del agente no integra su dominio del hecho.

Por cierto, mientras continúe siendo menor de edad el agente puede hacer cesar la retención o el ocultamiento, entregando al menor de edad a sus padres, tutores, encargados, o eventualmente al Estado que ejerce el patronato. Pero si la determinación de la ascendencia biológica no depende de lo que él conoce, no puede sostenerse que continúa ocultando al menor de edad mientras esa ascendencia no se determine con certeza. Más aún, si el agente pone al menor de edad a disposición para la determinación de la ascendencia mediante exámenes biológicos, el éxito o el fracaso de los exámenes es irrelevante para determinar si la ocultación continúa consumándose, porque el supuesto autor carece de cualquier dominio sobre ese resultado.

Sobre la base de estas consideraciones, se concluye que es legalmente incorrecta y no consulta una indagación dogmática del ámbito de protección de la norma que subyace a la prohibición del art. 146 C.P., la determinación del *a quo* en el sentido de que “*existe una corriente jurisprudencial aceptada por nuestro más alto Tribunal que establece que el delito de ocultamiento de un menor cesa de cometerse en el momento en que la víctima recupera su identidad biológica*”.

Según el *a quo*, la conducta de ocultar “*implica tanto el evitar que las personas legítimamente autorizadas a ejercer la tenencia o guarda del menor puedan conocer su destino; como así también que éste pueda tener acceso al conocimiento de su identidad biológica*” y “*esta última conducta no cesa –como pretende la defensa– al cumplir la víctima los diez años, sino en el momento en que cesa el ocultamiento y la persona pasa a conocer su identidad [...]*”.

Antes se ha señalado que los datos de identidad personal, o la llamada "identidad biológica", en rigor, el conocimiento de la ascendencia biológica que permiten a toda persona saber que descende de unas determinadas personas, y no de otras, o saber que ciertas personas son sus descendientes, y no los descendientes de otras, no cae bajo el ámbito de protección del art. 146 C.P., sino bajo el ámbito de protección de otras disposiciones legales, que eventualmente concurrirán con este artículo.

En un sentido es incorrecta aquella concepción, porque es inconciliable con la exigencia de derecho penal de acto, según el cual una persona sólo puede ser responsabilizada penalmente por la lesión o puesta en peligro no autorizados de un bien jurídico, imputable objetivamente a su propia conducta activa u omisiva. Si en el campo de protección de la norma caen ciertas conductas de ejercicio de un poder fáctico y jurídico sobre un niño, sometiéndolo a la voluntad del agente que no está legitimado por el orden jurídico para ejercer ese poder ni para tomar decisiones que conciernen a su bienestar, si también cae en ese campo de protección de las condiciones para el ejercicio del derecho/deber de padres tutores y guardadores a tomar decisiones respecto del niño, en particular, criarlo, educarlo alimentarlo y protegerlo, y si también cae bajo el ámbito de protección de la norma, hasta cierto punto, la vida privada y familiar del niño con sus padres, o su familia extensa, u otros ámbitos de convivencia, entonces, con la mayoría de edad cesa toda posibilidad jurídica de que el delito de ocultamiento o retención de un menor de edad continúe consumándose. El entonces niño o menor de edad cobra autonomía plena al alcanzar la mayoría de edad, y ninguna otra persona puede tomar decisiones por él acerca de su educación, alimentación, lugar de residencia y el modo y las personas con las que establece su vida familiar o su núcleo de convivencia. Con la llegada a la edad adulta, cesa la función estatal de asistencia y protección coadyuvante con las de los padres, tutores o guardadores, o excepcionalmente vicariante de éstos.

Finalmente, la interpretación de que el delito del art. 146 C.P. continúa consumándose mientras la persona sustraída cuando niña desconozca su

ascendencia o “identidad biológica” constituye un criterio *ad hoc* para los casos en los que la sustracción y ocultamiento conllevan la incertidumbre sobre esa ascendencia, irrelevante en los demás casos en que la sustracción u ocultamiento no han afectado ese conocimiento, y –aplicado como regla general *ad hoc*– conduce a consecuencias inconciliables con el principio de responsabilidad por el acto, y es fruto de una utilización equívoca e imprecisa de la doctrina de los llamados delitos “permanentes”, entendidos como delitos de ejecución continuada.

La idea de que en tal clase de delitos la consumación se produce con la primera realización de todos los elementos del supuesto de hecho típico, y que lo que los define como permanentes es que continúan ejecutándose de modo continuo, y que por ende la consumación sea continua e invariablemente típica, es en principio correcta frente a definiciones de supuestos de hecho legales en los que se emplean expresiones verbales que permiten tal consumación continuada (vide FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, 1ª. Edic., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, tomo I, p. 482; SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, Parte General*, 4ª. Edic., TEA, Buenos Aires, 1970, tomo II, p. 154). Se señala que “*puede hablarse de delito permanente, sólo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se la pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del derecho en cada uno de sus momentos*” (SOLER, *ibídem*).

En principio, la forma verbal de sustracción es de consumación instantánea, que se perfecciona cuando el agente logra consolidar la situación de apartamiento espacial y de contacto entre el niño y los padres, tutores o guardadores, y es difícil imaginar un supuesto en el que, quebrada la situación fáctica en la que reposaba la relación de custodia, pueda sostenerse que la ejecución del delito del art. 146 C.P. continúa bajo la forma de sustracción. Al contrario, las formas verbales de retención y ocultamiento tienen semánticamente un sentido de continuidad de la acción que da sustento a la idea de consumación permanente o continuada.

Ahora bien, con el primer acto consumativo del ocultamiento o en su caso de la retención el agente opera la lesión ilegítima al núcleo de derechos que

Cámara Nacional de Casación Penal

caen bajo el campo de protección de la disposición del art. 146 C.P. pero sólo puede afirmarse que continúa consumando el delito cuando sus acciones posteriores tienen también la cualidad de seguir lesionando ilegítimamente ese núcleo de derechos, y la lesión perdura no simplemente como consecuencia de un acto de ocultamiento de efectos permanentes, sino porque esa lesión es objetivamente imputable a conductas del agente, continuadas en el tiempo, bajo las formas de ocultamiento o retención.

Al respecto, en doctrina se caracterizan los llamados delitos permanentes *"por el hecho de que la continuación temporal de una situación o conducta antijurídica configura un ilícito aún típico [...] la consumación se produce en estos casos con la (primera) realización de todos los elementos del tipo [...] el agotamiento, recién con la suspensión de la situación antijurídica [...] o la interrupción de la conducta prohibida [...]"* (STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal, Parte General, El hecho punible*, trad. de la 4ª. Edic. alemana, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, § 12, nro. 131).

No es en esta clase de delitos la simple perduración del resultado lo que los califica como permanentes, sino la permanencia de una acción del agente que perdura en el tiempo aún después de la consumación. Así se dice que *"en el delito permanente [...] se da también una unidad de acción [...], en el cual pertenece a la acción típica no sólo la fundamentación, sino también el mantenimiento de una situación antijurídica permanente"* (WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, trad. de la 12ª. Edic. alemana, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1987, p. 310). O en otros términos que *"En los delitos de creación de un estado el hecho queda concluido (consumado y agotado) con la realización de un estado [...] en los delitos permanentes el estado, tras su creación (es decir tras la consumación), debe ser mantenido por el autor"* (JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General*, traducc. de 2ª. Edic., Marcial Pons, Madrid, 1997, apartado 6, p. 207, nro. 80, sin subrayado en el original).

De modo análogo se afirma que *"En los delitos permanentes, el mantenimiento de la situación antijurídica creada por la acción punible depende*

de la voluntad del autor, *de modo que, en cierta medida el hecho se renueva permanentemente* [...] en los delitos de estado el resultado consiste igualmente en la producción de una situación antijurídica, pero con el ocasionamiento de este último el hecho está jurídicamente consumado” (JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, trad. 4ª. Edic. alemana, Comares, Granada, 2002, p. 281, sin subrayado en el original; el autor ordena entre los primeros a los delitos de privación de libertad, y entre los segundos la alteración de estado civil).

También en ese sentido se define que “*delitos permanentes son aquellos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la [permanente o continuada] voluntad delictiva del autor, tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo*” (ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General*, Civitas, Madrid, 1997, tomo I, p. 329, nro. 105; en el original alemán, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1ª. Edic., Beck, Munich, 1992, p. 205, nro. 205 se emplea el adjetivo “*fortdauernd*” en el sentido de “*permanente*” o “*continuada*”, que no aparece en la traducción; el subrayado no es del original), mientras que se describen como delitos de efectos permanentes o “*delitos de estado los hechos que están concluidos con la provocación de un determinado estado (por regla general el resultado en el sentido de los delitos de resultado), y por tanto no son susceptibles de mantenimiento por el autor, ni lo necesitan*” (*ibídem*, sin subrayado en el original; en términos sustancialmente análogos, véase voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni en las sentencias de Corte Suprema en los casos G. 1015, L. XXXVIII, “Gualtieri Rugnone de Prieto Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años -causa n1 46/85-”, rta. 11/08/2009, y G.291, XLIII, “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años”, rta. en la misma fecha, consid. 9).

Al respecto ha dicho la Corte Suprema que “*el carácter instantáneo o continuo de una infracción resulta del hecho o de la hipótesis que la disposición legal contempla, y es preciso no confundir las consecuencias ulteriores que derivan de toda infracción produce, con el estado permanente que se prolonga en el tiempo, característico de la infracción continua*” (Fallos: 198:214).

Esta concepción del delito permanente aparece originariamente propuesta por el Procurador General en el caso de Fallos: 328:4423 ("Videla, Jorge Rafael s/ incidente de apelación y nulidad de prisión"), en estos términos: *"el delito permanente supone el mantenimiento de una situación típica, de cierta duración, por la voluntad del autor, lapso durante el cual se sigue realizando el tipo, por lo que el delito continúa consumándose hasta que cesa la situación antijurídica. Y cuando se dice que lo que perdura es la consumación misma se hace referencia a que la permanencia mira a la acción y no a sus efectos. Por ello, en estas estructuras típicas "está en poder del agente el hacer continuar o cesar esa situación antijurídica; pero mientras ésta perdure, el delito se reproduce a cada instante en su esquema constitutivo"* (citando a MAGGIORE, G., Derecho penal. Traducido por Ortega Torres, T. 1, Bogotá, 1956, pág. 295). Esta concepción aparece reproducida en el dictamen del Procurador General en Fallos: 327:3279 (J. 46. XXXVII, Jofré, Teodora s/ denuncia). Puede decirse que a partir de este caso tal concepción ha sido incorporada a la jurisprudencia de la Corte Suprema, porque allí –por mayoría- la Corte resolvió por remisión a los fundamentos del representante del Ministerio Público (voto de los jueces Petracchi, Fayt y Maqueda; voto concurrente del Juez Boggiano), mantenido por la mayoría en Fallos: 330:2434 ("Rei, Víctor Enrique y otro s/sustracción de menores de 10 años -art. 146-") con otra integración (voto de los jueces Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda).

En este marco, no es correcto fijar el cese de la consumación del delito por referencia a la cesación de los efectos eventualmente perdurables o permanentes de una acción, estado que permanece más allá de la perduración de la acción, sino que debe establecerse el momento de cesación de una acción continuada, que consuma en cada acto el delito y de este modo mantiene sus efectos.

Si por definición un delito permanente se diferencia de los delitos de efectos permanentes en que el primero no se agotó aún porque el autor continúa renovando la acción, entonces debe considerarse agotado cuando puede decirse

que el autor no quiere o no puede continuar ejecutando la acción, porque la permanencia del resultado debe ser objetivamente imputable a esa acción continuada. Esto explica, por ejemplo, que mientras dure la permanencia de la acción es posible la participación o coautoría sucesivas (SOLER, *op. cit.*, tomo II, ps. 156 y 239; ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro/ SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª. Edic., EDIAR. Buenos Aires, 2003, ps. 786 y 821).

¿Cuál es la acción que continúa la ejecución del hecho una vez que el entonces sustraído como niño alcanza la mayoría de edad? El mero silencio de lo conocido, no es equivalente a ocultar un menor de edad –salvo que existiese deber jurídico de expresarse y que este deber pudiese ser exigido-. El objeto de la acción de ocultar es el menor, la acción no consiste en callar información a la persona sustraída cuando menor, ni en callar información a sus padres, tutores, guardadores, o a los que tienen vocación de tutela legal, o parientes extensos. Por otra parte, la omisión de información podría constituir una acción cuando el agente está en condiciones de informar; mientras que lo que no se conoce no puede ser objeto de una acción de ocultamiento u omisión de informar.

Las defensas de los tres condenados proponen que la ejecución del delito habría cesado con la conducción a la niña a un servicio hospitalario para que se realizara un estudio genético con el fin de determinar su ascendencia. Sin perjuicio de que a partir de ese momento podría sostenerse, bajo ciertas condiciones, que el agente ha cesado en la ejecución de su acción de ocultamiento, y de que sólo subsisten los efectos del ocultamiento anterior, puede sin embargo continuar la ejecución del mismo delito bajo la forma de retención, en la medida en que continúe conservando bajo su tenencia y guarda al menor de edad, tenencia originada y fundada en un delito. Mientras mantenga al menor de edad bajo su ámbito de toma de decisiones el agente continúa reteniendo. En este sentido el paso del tiempo no es fundamento jurídico de un derecho de tenencia y custodia, porque no se trata de las medidas de protección y cuidado que el agente pueda –por propia iniciativa- querer proveer al niño sustraído o retenido, sino de que el orden jurídico establece quiénes son las personas que tienen el derecho y el deber

Cámara Nacional de Casación Penal

de proporcionarle tal clase de medidas. Tampoco se trata de que el menor de edad que ha sido objeto y víctima del delito goce, de hecho, de esas medidas de protección y cuidado, incluso eventualmente adecuadas, sino de que se sigue afectando su derecho a la protección por las personas establecidas por la ley, y a la preservación de su derecho a la vida familiar, tanto en su sentido restrictivo como en el más extenso.

A lo que se dice cabe hacer excepción si perdura alguna forma de retención del mayor de edad, que no cae ya bajo el supuesto del art. 146 C.P., cuando pudiese caer, bajo ciertas condiciones, bajo el supuesto de hecho de otra figura legal.

En la sentencia se afirma que "*Mirta Mabel Barragán estaba embarazada de seis meses y dio a luz a su hijo mientras se encontraba privada de su libertad, en un momento y lugar que el tribunal no pudo determinar*". Se afirma más adelante, pero sin certeza, que la niña habría nacido en el mes de febrero de 1978. A falta de otras determinaciones en la sentencia, y por aplicación del principio *in dubio pro reo*, debe partirse de la hipótesis de que la niña nació el primero de febrero de 1978, de modo que habría alcanzado la mayoría de edad el día primero de febrero de 1999. No está discutido que hasta ese momento, la menor de edad o bien convivió con sus padres aparentes –los aquí imputados Rivas y Gómez Pinto-, o bien, aún no conviviendo con ellos, permaneció jurídicamente bajo su potestad y guarda hasta la mayoría de edad.

Debe tenerse por cierto, entonces, que el delito de retención ejecutado por Oswaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pinto cesó de cometerse a más tardar en aquella última fecha.

c) El delito de ocultamiento de niño sustraído y la imputación formulada a Enrique José Berthier.

El Defensor de Enrique José Berthier ha cuestionado en general la imputación de coautoría en el ocultamiento de la niña sustraída, sobre la base de

inexistencia de prueba que permitiese atribuirle alguna conducta con relación a la sustracción y entrega de la niña al matrimonio entonces constituido por Osvaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pinto. Subsidiariamente, y a los fines de sustentar la excepción de prescripción de la acción penal, sostuvo que, si se le hubiese de atribuir haber entregado a la menor y haberla mantenido bajo su esfera de custodia, ocultándola, debía considerarse que su conducta cesó “[¿] *cuando perdió tal dominio en el peor de los supuestos y en el hipotético caso de que se siga sosteniendo que él entregó a la menor? La prescripción comenzaría a computarse respecto de él en el momento de su entrega a Gómez Pinto y Rivas*” (SIC, fs. 4213 vta.).

El planteo impone pues determinar también respecto del imputado, desde el marco conceptual desarrollado en la letra anterior, a partir de qué momento puede decirse que el imputado cesó en la ejecución de la acción típica de ocultación atribuida a tenor del art. 146 C.P.

Pocas son las referencias que respecto de este imputado se efectúan en la sentencia. Se le atribuye coautoría en la acción de ocultamiento (fs. 3949 vta.) sobre la base de haber procurado y entregado a la niña, y sobre la base de su silencio ulterior o negativa a dar explicaciones a ésta sobre su origen.

Se sostiene también en la sentencia “*que fue Berthier quien la entregó –en fecha no determinada, a principios de mayo de 1978- junto con un certificado de nacimiento ideológicamente falso, al matrimonio por entonces conformado por Rivas y Gómez Pinto; como así también que participó en su ocultamiento habiendo tenido la posibilidad de revelar a aquélla, en varias ocasiones, su verdadera identidad*” (fs. 3949 vta./3950).

Más tarde dice que el imputado Berthier “*teniendo la posibilidad de revelar a María Eugenia su verdadero origen, ante el requerimiento expreso de ella, prefirió callar la verdad y continuar con su actividad delictiva*” (fundamentos fs.3959).

No hay otra determinación de hecho relevante atribuida al imputado, ni tampoco precisión acerca de cuándo habría cesado, si es que cesó, el ocultamiento que como autor se le atribuye.

Al respecto es necesario realizar una advertencia preliminar por comparación con la atribución efectuada a Osvaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pinto. Mientras que a éstos se les atribuyeron acciones de retención y ocultamiento, a Enrique José Berthier sólo se le atribuyó ser coautor en el ocultamiento de la niña. En la letra anterior se ha señalado que tanto la retención como el ocultamiento pueden adoptar la forma de delitos permanentes, y pueden aparecer como acciones concomitantes o sucesivas. También se ha señalado que cuando son concomitantes, es posible que cese el ocultamiento, pero continúe la acción típica bajo la forma de retención.

Ahora bien, en la sentencia no se atribuye a Enrique José Berthier ningún acto que sea constitutivo de una custodia o poder sobre la niña más allá del momento de la entrega a Osvaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pinto, y por ende no se ha calificado su conducta como "retención". Tampoco se establece en la sentencia cómo obtuvo el imputado a la niña antes de entregarla, lo que impide atribuirle participación en su sustracción. Sólo se establece que la entregó al matrimonio Rivas-Gómez Pinto, junto con un certificado de parto ideológicamente falso, que borraba toda traza de la madre que la había parido y del momento y lugar del parto. Según la sentencia el imputado entregó la niña y el certificado a principios de mayo de 1978.

Estos actos, en sí mismos, son constitutivos de ocultamiento de la niña, en la medida en que perpetúan los efectos de la sustracción realizada por otros, dificultando la reunión de la niña con sus padres, o con los parientes a los que la ley concede derechos de tutela legal, u obstaculizando incluso que los órganos competentes del Estado discernan la guarda o tutela de la niña, según la ley, en beneficio de la niña misma.

Sin embargo, en la sentencia no se define que el imputado hubiese realizado otra conducta activa de *ocultamiento de la niña*. Destaco esto porque en el supuesto de hecho objetivo del art. 146 C.P., el objeto directo de la acción de ocultamiento es el niño sustraído. El delito consiste en ocultar al menor sustraído (arg. "el que sustrajere a un menor de diez años [...] y el que lo retuviere u

ocultare”), y no simplemente en callar o guardar silencio sobre lo que se sabe acerca de éste.

Esto conduce a que el ocultamiento por lo regular sólo puede realizarse mediante actos que impiden u obstaculizan conocer el paradero o lugar en el que se halla el niño. Si bien ya resulta difícil imaginar un caso en el que el ocultamiento se realizase mediante la pura omisión de informar o dar cuentas del lugar donde se halla el menor, **porque ello impondría identificar la fuente del deber de dar esa información**, no es ya admisible realizar una construcción que pretenda fundar que el deber de informar surja de la acción anterior del agente, de sustracción, de retención, o de ocultamiento mediante actos positivos de obstaculización de su ubicación, paradero o identificación.

Una tal construcción tropieza con dos escollos insuperables.

Un primer escollo está constituido por la dificultad de fundar de modo compatible con el principio de legalidad y la exigencia de *lex stricta* que, toda conducta descrita en el supuesto de hecho de las respectivas figuras legales, admite la traducción, por una cláusula de equivalencia no escrita, de conductas activas en conductas omisivas –o más estrictamente impropias de omisión- sobre la base de definición de un círculo de autores que se encontraría en posición de garantía del bien jurídico afectado. Entre esos intentos de definición del círculo de autoría se encuentra el de la injerencia o conducta anterior del agente que fundaría el deber de impedir la concreción del riesgo objetivamente imputable a su conducta anterior de creación de ese riesgo. Sin perjuicio de las dificultades de definición que entraña la injerencia (confr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, op. cit. p. 579); no entran bajo la formula de la injerencia los casos en los que el agente ya ha concretado el riesgo en lesión (consumación), por su conducta dolosa anterior, y después se abstiene de realizar conductas que podrían reparar esa lesión. Ello equivaldría a sostener que consumado el delito y agotada la acción, el agente “mantiene voluntariamente” la consumación, por su omisión de reparar o anular los efectos que la consumación ha producido. Se trataría así de una nueva construcción del concepto de delito permanente que borra la diferencia entre el

Cámara Nacional de Casación Penal

delito de estado (o de efectos permanentes) y el delito permanente (o de ejecución continuada).

Hay además un segundo escollo: Si se admitiese que la acción anterior de sustracción, retención u ocultamiento mediante actos positivos hace nacer en cabeza del agente un deber de informar, que mientras no sea satisfecho, continúa consumando el delito a modo de delito permanente, ello equivaldría a imponer un deber jurídico de auto incriminarse respecto de hechos que por hipótesis ya han cesado, esto es, la sustracción, retención u ocultamiento por actos positivos. Al contrario, si no han cesado, entonces la falta de información carece de significación adicional alguna para la tipicidad.

Este obstáculo surge con claridad de la confrontación con el supuesto de hecho del art. 147 C.P., que extiende la punibilidad, con igual clase de pena, “[a]l que hallándose encargado de la persona de un menor de diez años, no lo presentara a los padres o guardadores que lo solicitaren o no diere razón satisfactoria de su desaparición”. En este supuesto el agente tiene a cargo al menor de diez años por causa de un acto lícito, y de ese acto lícito surge el deber de dar razón satisfactoria de su desaparición. Ese acto lícito por cuya causa se entra en la tenencia, o se toma a cargo el niño, es el fundamento del deber de dar cuenta de su paradero o desaparición.

Por estas razones, una vez que el imputado entregó la niña al matrimonio Rivas-Gómez Pinto, junto con el certificado de nacimiento ideológicamente falso, agotó toda cooperación al ocultamiento de la niña. Que después de ello no hubiese dado satisfacción a las preguntas y demandas de la niña/mujer, sobre lo que pudiese conocer acerca de su origen, no constituye un acto de ocultamiento en el sentido de la figura legal del art. 146 C.P.

Tal vez la dificultad se presenta, en casos como el presente, en los que el nacimiento del niño o niña sustraídos acaecen y tienen lugar cuando la madre está sometida a una situación de desaparición forzada. Por cierto, el supuesto de hecho del crimen internacional de desaparición forzada constituye un supuesto de hecho complejo, con un acto antecedente o inicial de ejecución –la

privación de la libertad de la víctima- y uno consecutivo –la negativa a dar informaciones sobre la detención, sobre su existencia o sobre el paradero de la persona privada de libertad-. Esta definición como acto complejo conduciría a sostener que el delito se sigue consumando mientras la información no sea provista por quien está obligado a proveerla, y está en condiciones de hacerlo.

Sin embargo, si bien en ciertos casos la realización del supuesto de hecho del art. 146 C.P. puede formar parte de un tramo de la ejecución del crimen internacional de desaparición forzada, el supuesto de hecho del primero no se identifica con el de desaparición forzada, pues no contiene *todos* los elementos constitutivos del supuesto de hecho objetivo de ésta. Esta diferencia lleva a que la negativa a informar o dar cuenta de la suerte del niño no tiene, en el marco de la disposición interna, la relevancia típica que podría tener frente al delito de desaparición forzada de personas, que no ha sido incluido como tal en el catálogo del derecho penal interno, a pesar de los compromisos asumidos por el Estado Argentino (confr. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, artículo III). Más adelante se volverá sobre esta cuestión de la identificación parcial al examinar si los hechos del presente caso caen bajo la regla general de prescripción del art. 62 C.P.

Ahora bien, como conclusión de lo que se lleva dicho, debe admitirse la pretensión de la defensa de Enrique José Berthier de que su defendido cesó en la ejecución del delito de ocultación de la niña sustraída en el momento en que la entregó al matrimonio de Osvaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pinto, en los primeros días del mes de mayo de 1978.

Ello es así porque en la sentencia no se ha establecido que el imputado, después de esa entrega, hubiese colaborado de algún modo activo con aquéllos a la ocultación que a partir de la recepción de la niña continuaron realizando.

d) Sobre la ley aplicable y la sucesión de leyes a partir de la reforma del art. 146 C.P. por la ley 24.410.

Habida cuenta de lo que se establece en la letra precedente, la conducta de ocultación de la niña sustraída atribuida a Enrique José Berthier, tuvo comienzo de ejecución, y cesó, durante la vigencia del art. 146 C.P. en la versión original del Código Penal de 1921, que amenazaba esa conducta con pena de tres a diez años de reclusión o prisión.

Distinta es la situación en lo que concierne a la retención y ocultamiento de la niña sustraída por parte de Oswaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pinto, que se consumó y se continuó ejecutando, como delito permanente, entre los primeros días del mes de mayo de 1978, y cesó, a más tardar, el día 1° de febrero de 1999 (vide *supra*, letra a).

Ahora bien, en ese largo período se operó una sucesión de leyes que, sin cambiar los elementos del supuesto de hecho de la figura legal del art. 146 C.P., agravó la escala penal aplicable, llevando su mínimo a cinco años de reclusión o prisión y su máximo a quince años (ley 24.410, B. O. 02/01/1995).

El *a quo* ha decidido que era aplicable al caso esta última disposición. Al respecto consideró, con cita de cierta doctrina, que en el caso de delitos permanentes, si se produce una sucesión de leyes mientras dura su ejecución, se aplicará la ley que esté vigente al momento de la terminación del hecho, y concluyó –con cita de un precedente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal- que “*la norma aplicable al caso es la que contempla las reformas introducidas por la ley 24.410, desde que los autores, aun conociendo las modificaciones legislativas continuaron en su obrar delictivo, por lo que su accionar doloso, cae también bajo el alcance de la nueva disposición, quedando por tanto fuera de los alcances del artículo 2 del Código Penal*” (fundamentos, fs. 3944/3945 vta.). Trajo además en apoyo de su decisión los casos de Fallos: 327:3279 (“Jofré, Teodora”) y de Fallos: 328:2702 (“Landa, Ceferino”).

La doctrina, en la que se apoyó la sentencia recurrida ha sostenido que “*si el sujeto persiste en su conducta punible, si sigue adelante con su acción pese a lo que manda la nueva disposición legal, estimamos que deberá aplicársele*

*la ley nueva más severa, que voluntaria y deliberadamente insiste en seguir infringiendo, no pudiendo luego ampararse para mejorar su situación en la circunstancia de que un tramo de la acción delictiva desarrollada la ejecutó bajo una ley más benigna, ya que a pesar de la consecuencia más grave dispuesta por la última norma legal, siguió adelante con su conducta criminal” (FIERRO, Guillermo J., *La Ley Penal y el Derecho Transitorio*, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 222). Al respecto señala que el autor está en condiciones de adecuar su conducta a las nuevas exigencias normativas y que “*existe un abismo de diferencia entre las situaciones ordinarias en que corresponde la aplicación ultraactiva de la ley penal anterior más favorable, que fue la única que el delincuente violó [...] y las hipótesis de delito permanente examinadas en donde el infractor persiste en su acción delictiva pese a conocer la mayor gravedad de ésta, pudiendo desistir de su empeño criminal” (FIERRO, op. cit., p. 224).**

La defensa alega infracción al art. 2 C.P. y al art. 9 CADH. Apoya su pretensión en la siguiente opinión doctrinaria contraria a la anterior: “*los límites temporales que se toman en cuenta en el art. 2º del CP para determinar cuál es la ley más benigna y los constitucionales para prohibir la retroactividad más gravosa, son los de la comisión del hecho y de la extinción de la condena [...] Por tiempo de comisión del hecho se entiende el de la realización de la acción típica (y no el de la producción del resultado). La consumación no debe confundirse con la comisión: si la acción puede escindirse del resultado, pero la comisión se habría agotado siempre con la acción; en los delitos permanentes la comisión se extiende aún después de la consumación. No obstante, como la actividad voluntaria (comisión) se despliega en el tiempo, tiene un momento inicial y otro terminal, siendo necesario determinar cuál es el que debe tomarse en cuenta para este efecto. La doctrina argentina se inclina por sostener que es el del comienzo de la actividad voluntaria; la europea predominante toma en cuenta la de su cese. En función de la interpretación restrictiva cabe inclinarse por la posición de la doctrina argentina, pero existe otra razón que refuerza esta posición: si bien el delito se comete desde que la acción se inicia hasta que cesa, cuando una ley más gravosa entra en vigencia en un momento posterior al comienzo de la acción,*

Cámara Nacional de Casación Penal

existe un tramo de ella que no está abarcado por la tipicidad de la nueva ley, salvo que se haga una aplicación retroactiva de ella" (ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *op. cit.*, ps. 122/123).

Entiendo que el *a quo* ha resuelto el punto sin infracción al art. 2 C.P., ni al art. 18 C.N.

Defensas de este tipo han sido opuestas en varios casos anteriores que tenían por objeto la sustracción de menores de diez años, y su retención u ocultamiento posteriores, con motivo de la disputa acerca de la aplicabilidad de la ley 24.410 a casos de retención u ocultamiento que habían comenzado a ejecutarse antes de la entrada en vigencia de esa ley.

En el ámbito de esta Cámara Nacional de Casación Penal la cuestión se suscitó en en el caso "Landa Ceferino y otra s/ recurso de casación" (Sala IV, sent. de 27/11/2002, Reg.4466.4). Por mayoría se declaró que "*cuando el ilícito se prolonga en el tiempo son todos y cada uno de sus momentos idénticamente violatorios de la ley, pudiéndose imputar cualquiera de ellos a título de consumación ...el dictado de una nueva ley que modifique a la anterior en un sentido más desfavorable para el imputado, obliga al intérprete a establecer si el sujeto persiste o no en su omisión punible. Es decir, si sigue adelante con ella, pese a las disposiciones de la nueva normativa, debe aplicársele ésta más severa que voluntaria y deliberadamente insiste en seguir infringiendo, no pudiendo luego ampararse para mejorar su situación en la circunstancia de que un tramo de la acción delictiva desarrollada la ejecutó bajo una ley más benigna, ya que a pesar de la consecuencia más grave dispuesta por la última norma legal, siguió adelante con su conducta criminal. El principio de la irretroactividad relativa de la ley penal quiere proteger al infractor respecto de las consecuencias más graves que éste pueda sufrir como resultado de las nuevas valoraciones legales que se proyecten sobre actos ocurridos antes de la vigencia formal de esas valoraciones, pero no cuando la acción se sigue ejecutando luego de que ellas ya son obligatorias"* (Voto de los jueces Hornos y Berraz de Vidal, con cita de la opinión de FIERRO, antes transcrita). De tal suerte, se consideró aplicable la ley 24.410 si

después de su entrada en vigor los imputados continuaron ocultando a la menor de edad sustraída. La alegación de afectación del principio de legalidad fue rechazada en estos términos: *“Ciertamente, el principio de legalidad, mencionado por la defensa, impone la obligación de juzgar el hecho conforme a la ley vigente al momento de su comisión. Es que, la represión es subjetivamente justa sólo frente a la posibilidad de los afectados de conocer en el momento de la infracción las consecuencias de esa índole establecidas para ella. De esto se deriva la necesidad de que la gravedad de las consecuencias del delito no exceda la medida establecida en el momento en el cual el autor se hace acreedor a ellas”*. La misma doctrina fue reiterada por esa Sala en el caso “Fernández, Margarita Noemí s/ recurso de casación” (causa n° 6331, rta. 30/05/2007, Reg. n° 8740.4, voto de la jueza Capolupo de Durañona y Vedia, que concitó la mayoría).

La cuestión se planteó y fue decidida por la Corte Suprema en el caso de Fallos: 327:3279 (“Jofré, Teodora”), donde se sostenía que la característica de delito permanente no impedía aplicar el art. 2 C.P., pues éste no admitiría ninguna excepción a su obligatoriedad en tanto su texto indica que *“se aplicará siempre la más benigna”*, lo que impondría aplicar la más benigna vigente al comienzo de ejecución de la acción, aunque otras más graves la hubiesen sucedido antes de que la ejecución cesara. El Procurador General había rechazado esta pretensión señalando que el art. 2 C.P. *“menciona tres momentos: a) el tiempo de cometerse el delito, b) el del fallo, y c) el lapso intermedio entre ambos”* y que en el caso de los delitos permanentes *“No nos encontramos entonces en la hipótesis del artículo 2 del Código Penal, que plantea únicamente el supuesto de un cambio de leyes entre el tiempo de comisión del delito y el de la condena o, eventualmente, el intermedio. Ni tampoco en los del artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni del artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues en estos instrumentos se habla del "momento de la comisión del delito", pero nada dicen si este momento se prolonga y rigen dos leyes distintas”*. Opinó así el Procurador General que esta situación no está expresamente contemplada en los dispositivos legales que establecen el principio

Cámara Nacional de Casación Penal

de la ley penal más benigna, por lo que su aplicación no estaba en juego en el caso.

A continuación sostuvo que la retención y ocultamiento de un menor de diez años prevista en el art. 146 C.P. es *“un delito continuo e indivisible jurídicamente, y que durante su lapso de consumación rigieron dos leyes, ambas plenamente vigentes -sin que sea éste un caso de ultra actividad o retroactividad de alguna de ellas- en base al principio general del artículo 3 del Código Civil (tempus regit actum)”*, y agregó que *“por lo tanto, no se trata de un caso de sucesión de leyes penales (hipótesis del artículo 2 del C. Penal, donde se debe aplicar la más benigna), sino de un supuesto de coexistencia teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de los delitos permanentes”*.

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

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

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

Me he ocupado de transcribir extensamente la argumentación del máximo representante del Ministerio Público, no simplemente por su valor argumental, sino en particular porque, por estricta mayoría la Corte Suprema se remitió a ese dictamen y lo hizo fundamento de su sentencia rechazando el agravio de la defensa (votos de los jueces Petracchi, Fayt y Maqueda; voto concurrente del Juez Boggiano; en la misma fecha votaron en igual sentido en Fallos: 327:3274 G. 523. XXXVII, “Gómez, Francisco s/ denuncia”).

En ambos casos, los jueces disidentes votaron por la aplicación de la ley vigente al comienzo de la ejecución de la retención y ocultamiento, con recepción de la opinión de doctrina ya transcrita (disidencia de los jueces Belluscio, Vázquez y Zaffaroni, con términos sustancialmente análogos a los de la obra de ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR).

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

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

Cámara Nacional de Casación Penal

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

El examen anterior permite sostener que –aunque por estricta mayoría- la Corte Suprema tiene establecida una jurisprudencia que es contraria a las pretensiones de las defensas. No sólo en el recurso de casación no se provee de nuevos argumentos que justificaran la revisión de esa doctrina, lo que llevaría al rechazo del agravio por resultar la cuestión insustancial, sino que, además, encuentro otros adicionales que fortalecen la adhesión a ella.

En efecto, las conductas son libres de pena salvo que una ley las defina como delito y determine la sanción. Cuando se trata de una conducta o actividad libre de pena que, por su naturaleza no se agota en un acto, sino que consiste en una actividad continuada en el tiempo, la tesis que no comparto conduciría al absurdo resultado de que no sería aplicable a una conducta continuada ya iniciada y que aún no ha cesado una ley que después de su inicio la definiese como delito y la conminase con pena (un argumento análogo en FIERRO, *op. cit.*, ps. 220 y 224). Por cierto, en términos estrictos, no puede decirse que la

ejecución y consumación habrían comenzado antes de la entrada en vigencia de la ley que define la conducta como delictiva, porque comienzo de ejecución y consumación dependen de la definición del supuesto de hecho de la ley penal y no puede haber comienzo de ejecución o consumación de una acción que no estaba todavía comprendida en ninguna figura penal. Sin embargo, el fundamento de la aplicación de la nueva ley a esta actividad continuada en el tiempo es que, por definición, el agente continúa o mantiene de modo voluntario una acción que cuando inició la actividad no era definida como delito y ahora sí lo es. Que en la medida de su responsabilidad y de la pena que le pueda corresponder no se incluya la valoración del tramo de la actividad libre de pena, por virtud del principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa, no significa que no pueda ser penado en absoluto con arreglo a la nueva ley.

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

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

Cámara Nacional de Casación Penal

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

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

Por lo demás, en cuanto concierne a la alegación de infracción al art. 9 CADH, que formula la defensa de Oswaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pinto, esta alegación no consulta la doctrina de la Corte Interamericana sobre el punto. En un caso en el que se discutía la aplicación de una ley que introducía el delito de desaparición forzada de personas en el Código Penal de Guatemala, ha declarado que "*por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el derecho penal interno, si se mantiene la conducta delictiva, la nueva ley resulta aplicable*" sin infracción al principio de legalidad (confr. Corte IDH, "Tiu Tojín vs. Guatemala, sent. de 26/11/2008, Serie C, n° 190, § 87).

Por ello entiendo correctamente resuelta la aplicación al caso de la ley 24.410 en lo que concierne a la figura del art. 146 C.P. al determinar la ley aplicable a los hechos cometidos por Oswaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pinto, de un modo que, por lo demás, se ajusta a la jurisprudencia establecida por la Corte Suprema en los casos "Jofré", "Gómez" y "Rei" y por la Corte IDH en el citado caso "Tiu Tojín vs. Guatemala".

d) Sobre la pretensión de condena a María Cristina Gómez Pinto como coautora de falsedad ideológica en instrumento público (la partida de

nacimiento), en concurso real con falsificación ideológica de documento público destinado a acreditar la identidad de las personas (el documento nacional de identidad).

Cuando el proceso tramitaba bajo la ley 2372, los fiscales que entonces intervenían incluyeron la imputación de falsa inscripción de la niña que dirigieron tanto a Osvaldo Arturo Rivas como a María Cristina Gómez Pinto (fs. 2210/2217), en estos términos: *“Posteriormente a Rivas le fue entregada la recién nacida (...). Como consecuencia de esto, cabe destacar que Rivas y Gómez Pinto, inscribieron a María Eugenia Sampallo Barragán como su hija biológica, mediante la utilización del certificado de nacimiento ideológicamente falso. Tal circunstancia era un requisito ineludible (conforme los dichos del propio Rivas) que dicho matrimonio debió aceptar para retener a la niña, y así lo hicieron, insertando sus datos correspondientes en el certificado mencionado, conductas con la cual lograron alterar la identidad de un menor de 10 años (art. 139, inciso segundo del Código Penal). La responsabilidad de Rivas y Gómez Pinto, también debe ser extendida respecto de la falsificación del certificado de nacimiento de María Eugenia Sampallo Barragán, así como también el haber obtenido por la utilización de ese documento, que el Registro Nacional de las Personas expida el documento nacional de identidad nro. 26.577.145, con los datos falsos en cuanto a la identidad de María Eugenia”.*

Al cabo del debate, el Ministerio Público había sostenido que María Cristina Gómez Pinto y Osvaldo Arturo Rivas debían responder como *“coautores de los delitos de falsificación ideológica de documento público reiterado (en concurso real) en dos oportunidades (el certificado y la partida de nacimiento), en concurso real con falsificación ideológica de documento público destinado a acreditar la identidad de las personas, que concurren idealmente con el delito de alteración del estado civil, agravado por tratarse de un menor de diez años; en concurso real, todos ellos, con los delitos de retención y ocultamiento de un menor sustraído del poder de sus padres antes de los diez años de edad”*, con

Cámara Nacional de Casación Penal

cita de los arts. 45, 54, 55, 139, inc. 2, 146 y 293 C.P. (confr. acta del debate, fs. 3753 vta.).

Según la Fiscalía *“el matrimonio aportó sus datos personales, inventó un lugar y una fecha de nacimiento y un nombre para María Eugenia, siendo datos esenciales que tales documentos públicos están destinados a probar. Por su parte, Rivas firmó la documentación con el acuerdo de su cónyuge [y afirmó] que nadie puede dudar que los miembros de un matrimonio que recibe a una niña sustraída de sus padres desaparecidos, falsifica la documentación que acredita su nacimiento y la inscribe falsamente como hija propia, perfeccionando así la desaparición que persistirá mediante la retención de la persona y el ocultamiento de su origen tanto a ella como al resto de su familia y la comunidad toda, falseando su identidad, situación que cesará por la acción de terceros ajenos a los autores, han obrado en virtud de un sólido acuerdo previo”*. Agregó que *“tales decisiones no se toman, y menos se sostienen, cuando exigen férreos «pactos de silencio», sin la unánime voluntad de los miembros de la pareja”*. Sostuvo también que *“no afecta la responsabilidad compartida el hecho de que las manifestaciones falsas y las inserciones de puño y letra en los certificados hayan sido efectuadas sólo por Rivas. Primero porque los actos materiales de la falsificación están condicionados por las características del documento, en donde se requiere un denunciante; y luego, porque al momento de consumarse este delito la patria potestad era ejercida por el «padre» hasta la entrada en vigencia de la ley 23.264 en 1985, siendo hasta entonces imperativo que la denuncia del nacimiento de un hijo de «padre desconocido» fuera realizada por éste. Considera que no se afecta ningún principio del derecho penal de acto al responsabilizar por este delito a Gómez Pinto en carácter de coautora”* (acta del debate, fs. 3753 vta./3754).

Al dictar sentencia el *a quo* declaró que Oswaldo Arturo Rivas debía ser tenido por coautor de la falsedad ideológica del certificado médico (constancia de parto) y autor de la falsedad ideológica de la partida de nacimiento y del

documento nacional de identidad n° 26.577.145, expedidos a nombre de María Eugenia Violeta Rivas (fundamentos, fs. 3961).

Sostuvo que los imputados Gómez Pinto y Berthier no podían ser tenidos como coautores de la falsedad ideológica de la partida de nacimiento y del documento nacional de identidad. Después de exponer el modo en que entendía el art. 45 C.P., y sobre las particularidades de la autoría y participación en los delitos de propia mano, distinguió los supuestos generales de coautoría funcional, de los casos de delitos de propia mano en los que ésta no es posible, y los casos de cooperación necesaria en la etapa preparatoria sin que el agente participe en la ejecución del hecho, y desarrolló las razones por las cuales entendía que el supuesto de hecho descrito en el art. 293 C.P. pertenece al conjunto de delitos especiales propios, *“en el que el círculo de autores está limitado a un número de personas que reúne una determinada cualidad: hacer fe pública, con la realización de su actividad o declaración”* (fundamentos, fs. 3962, el subrayado pertenece al original).

Después de ello sostuvo que *“determinados entonces los parámetros teóricos a la luz de los cuales habrá de analizarse la conducta de los mencionados encausados debe señalarse que no se advierte cuál ha sido la intervención de Gómez Pinto en la fase ejecutiva de las falsificaciones que nos ocupan. Anticipamos que la única respuesta posible es: ninguna”*. Y continuó: *“la encausada no hizo insertar dato alguno, ni en el certificado de nacimiento (parto), ni en la partida de nacimiento de quien apareciera inscripta bajo el nombre de María Eugenia Violeta Rivas, ni tampoco en el documento nacional de identidad que se expidiera como consecuencia de ello. Esta actividad la llevó a cabo Osvaldo Arturo Rivas [...] y por ser personal, no resulta factible de ser compartida [...] fue Rivas quien hizo insertar las atestaciones falsas”* (fundamentos fs. 3962).

También se sostuvo en la sentencia: *“Que Gómez Pinto aprobara, con carácter previo a su ejecución la ilícita conducta de su entonces cónyuge no la convierte en coautora de la misma; tampoco en partícipe puesto que no se advierte cuál habría sido el aporte y la trascendencia del mismo”*. Se expresó al

Cámara Nacional de Casación Penal

respecto que *“con referencia a que la división de funciones estuvo determinada por las prescripciones acerca del ejercicio de la patria potestad que, a la fecha de los sucesos [...] la ley civil ponía en cabeza del padre, por lo que obligatoriamente debía ser éste quien realizara la documentación; basta para descartar el argumento la lectura del artículo 27 de la ley 14.586, que dice que «si se tratase de hijos matrimoniales, el padre, y en ausencia o falta de él, la madre y en su defecto, el pariente más cercano que exista en el lugar, estarán obligados a hacer por sí o por medio de otra persona la declaración del nacimiento ante la oficina del Registro»[...]” (fundamentos fs. 3962 vta., subrayado en el original de la sentencia).*

Desde esta interpretación reiteró que la imputada Gómez Pinto no tuvo dominio funcional del hecho y sostuvo que *“en cuanto a que conocía que estaba realizando una adopción ilegal mediante las falsificaciones y al tiempo en que tuvo a la menor antes de ejecutar los actos, el Tribunal no logra advertir cómo ello puede ser tomado como integrante de la faz ejecutiva, que como se vio resulta indispensable para poder hablar de coautoría”* y concluyó que *“a fin de cubrir todas las posibilidades habremos de afirmar aquí que ni las partes lo dijeron, ni el Tribunal lo advierte, que Gómez Pinto haya determinado a Rivas a ejecutar las conductas delictivas que se le enrostran, ni tampoco que haya efectuado alguna otra clase de aporte trascendente para la ejecución del injusto”* (fundamentos, fs. 3963).

En el recurso de casación el Ministerio Público ataca esa decisión. Comenzó por sostener que *“Rivas firmó la documentación con el acuerdo de su cónyuge”* y señalar que *“el tribunal tuvo por probados todos los extremos fácticos necesarios para afirmar la existencia de dicho acuerdo y la responsabilidad de Rivas en las falsedades documentales”*. Después de argumentar sobre los extremos de hecho que confirmaban la existencia de ese acuerdo previo (fs. 4067/4067 vta.), sostuvo que *“el matrimonio obró en forma conjunta y mediante un acuerdo destinado a obtener esos documentos ideológicamente falsos, acuerdo que resultó del todo esencial a la configuración*

propia del delito”. Después de señalar un pasaje de la sentencia que reputa contradictorio en cuanto empleando sujeto plural se expresó que Gómez Pinto y Rivas “*inscribieron [a la niña] en el Registro Civil como hija propia, sustituyéndole sus datos filiatorios*”, pretende que “*sorpresiva y contradictoriamente, a la hora de calificar la conducta de la nombrada el Tribunal entendió que la situación de ésta era diferente a la de Rivas, no asignó ninguna relevancia típica a su intervención, incurriendo así en una errónea aplicación del art. 45 C.P. en cuanto a la evaluación de la trascendencia y necesidad de su aporte para la configuración del hecho típico*” (fs. 4068/4068 vta.).

Discute la Fiscalía que, según había expresado en su alegato conclusivo en la audiencia, “*el haber acordado y consentido que su cónyuge Rivas hiciera insertar esos datos, contribuyendo así a crear un documento que hace fe pública respecto de un estado legal de maternidad en verdad inexistente*”, e interpreta que “*se advierte que la discrepancia con el tribunal gira en torno a la relevancia o necesidad que se le asigna al aporte de Gómez Pinto en los términos de las reglas de la participación para cometer el delito (art. 45 del C.P.), entendiendo que dicho aporte consiste en el acuerdo previo y sostenido en el acto de ejecución, en el «pacto de silencio» para inscribir y criar a la niña como hija propia; en el apoyo psicológico para realizar dicha acción por parte de Rivas*” (fs. 4068 vta./4069).

A continuación señala que en la sentencia se incurre en confusión entre los delitos de propia mano, que son los que “*deben ser realizados en forma corporalmente inmediata por el autor, lo que excluye cualquier tipo de coautoría por determinación*” y los delitos propios, “*de autor calificado, que suelen llamarse también delitos especiales, por oposición a los delitos generales o delicta comunia, que pueden ser cometidos por cualquiera [...] lo que define la calidad propia de la autoría en los delicta propia no es la intervención corporal directa o personal en el acto, sino la posesión de una determinada calidad especial de autor requerida por la figura típica que debe verificarse en cada caso en la ley y que, en muchos casos, como sucede en el delito contenido en el art. 293*

Cámara Nacional de Casación Penal

del C.P, esa calidad singular está asociada a específicos deberes determinados legalmente para un autor, que son infringidos en el caso y, justamente, es esa infracción lo que funda el ilícito” (fs. 4069/4069 vta.).

Al respecto se ha extendido sobre la inteligencia que asigna a las calidades del otorgante del acto declaración de nacimiento que se instrumenta por documento público, sobre su deber de hacer declaraciones verdaderas, y ha afirmado que *“tanto Rivas como Gómez Pinto estaban obligados a decir la verdad sobre el nacimiento denunciado con lo cual ambos poseen la calidad típica para ser autores y, dado que obraron en virtud de un acuerdo, resultan coautores, más allá de que fuera Rivas quien ejecutara materialmente el hecho” (fs. 4070 vta.).*

Con cita del art. 27 de la ley 14.586, arguye que *“los actos materiales de la falsificación estaban condicionados por las características del documento que requiere un denunciante, y porque al momento de consumarse el delito la patria potestad era ejercida por el padre”,* y señala que *“cuando se tratase de hijos matrimoniales, es el padre el obligado jurídicamente a denunciar el nacimiento y, en ausencia de él, establece un orden de prelación en el cual la madre es la primera [...]”.* Concluye que si bien según la ley civil es el padre el obligado a denunciar el nacimiento, *“ello no implica que siendo la «madre» integrante de un matrimonio no sea también una posible «otorgante» de ese mismo acto, en ausencia del padre, y así entonces también reúne las especiales características de autora que requiere la figura típica del artículo 293 del C.P., pues también sobre ella pesa la obligación jurídica de decir la verdad sobre la declaración del nacimiento de un hijo matrimonial. En consecuencia la «madre», quien también está obligada a decir la verdad sobre este acto, y que presta su consentimiento para que su cónyuge realice materialmente esa inscripción, con el consiguiente conocimiento y acuerdo previo, puede ser coautora junto con aquél” (fs. 4071 vta.).*

Sostuvo la Fiscalía que la *madre aparente* intervino en la fase ejecutiva del delito *“mediante la formación de la decisión [...] y el estímulo y reafirmación anímica de uno de los cónyuges”,* y afirmó que *“ese acuerdo no es*

para nada accesorio, sino que es del todo determinante de la ejecución de la conducta de Rivas, implica una distribución de roles entre los integrantes del matrimonio y un codominio en la contribución a formar un carácter que es esencial a ese documento, que hace fe pública, esto es, el carácter legal falseado [...]”. Subsidiariamente, impetró que si esta Cámara concordase con lo dicho en la sentencia en punto a que *“la actividad de «hacer insertar» es personal y no resulta factible ser compartida [...] al menos debe concederse que el acuerdo previo, el conocimiento sobre la falsificación, el apoyo psicológico, etc., resulta un aporte esencial en los términos de la participación necesaria prevista en el art. 45 del C.P.”.*

La pretensión principal de la Fiscalía no puede ser de recibo porque, más allá de la discusión acerca de si el art. 293 C.P. define un círculo de autoría en el que se requieren ciertas calidades especiales, lo que aparece claro en la primera alternativa (fedatario que inserta declaraciones falsas en el instrumento concernientes hechos que este debe probar), y es al menos discutible en la segunda (agente que hace insertar la falsa declaración al fedatario), el recurrente no refuta adecuadamente los argumentos de la sentencia en punto a que no puede haber coautoría sino en la faz ejecutiva del delito, y en particular, que el acuerdo previo, en la etapa preparatoria, esto es, por definición, antes del comienzo de ejecución, no puede fundamentar una atribución de coautoría.

Los argumentos del recurso de casación, en torno a la legislación aplicable a la declaración de nacimiento, y la posibilidad jurídica de que la madre pueda declarar la existencia del nacimiento, en defecto del padre, conciernen a la definición de las personas que pueden hacer declaraciones sobre hecho que el instrumento público debe probar –en el caso el nacimiento-, a lo sumo, si se siguiese la concepción de que el art. 293 C.P. define un círculo especial de autoría, serán relevantes para definir quiénes son las personas que tienen calidades que lo definen como autor idóneo, pero conciernen al plano de la interpretación dogmática y no al plano de los hechos. En el recurso aparecen confundidos la calidad especial de autor y la efectiva realización de la acción típica por un autor idóneo. El art. 293 castiga al que inserta o hace insertar las declaraciones falsas en

Cámara Nacional de Casación Penal

el instrumento público, y sólo satisface el supuesto de hecho objetivo a título de autor, quien efectivamente inserta o hace las declaraciones falsas. Los mismos argumentos del recurrente, en punto a que el autor es garante de la veracidad de la declaración porque pesa sobre él la obligación jurídica de decir la verdad, excluyen las pretensiones de la Fiscalía. La madre que no se presenta a declarar el nacimiento no es garante de la verdad de la declaración que un tercero, salvo cuando se trata de un acto de dominio de la acción del tercero, o de predeterminación de su voluntad, o de colaboración con éste.

El *a quo* se ha hecho cargo, implícitamente, de estas posibilidades, al sostener que *“a fin de cubrir todas las posibilidades habremos de afirmar aquí que ni las partes lo dijeron, ni el Tribunal lo advierte, que Gómez Pinto haya determinado a Rivas a ejecutar las conductas delictivas que se le enrostran, ni tampoco que haya efectuado alguna otra clase de aporte trascendente para la ejecución del injusto”*.

En el recurso de casación insiste la Fiscalía en que el acuerdo previo y el “pacto de silencio”, constituyen una colaboración a título de coautoría. Sin embargo, ni en la acusación inicial (fs. 2210/2217), ni en el alegato final al cabo del debate, había sostenido que el acuerdo previo constituyese un modo de determinación de la voluntad de Arturo Oswaldo Rivas, o de dominio de su voluntad de emitir la falsa declaración del nacimiento. Tampoco había siquiera dado indicio acerca de cómo, por qué vía, y hasta qué punto, el puro acuerdo implicaba co-dominio de la presentación del marido ante el oficial público, y co-dominio de la emisión de la falsa declaración.

Ahora en el recurso de casación, se introduce, genéricamente y sin mayor argumentación fáctica, la hipótesis de que el acuerdo es *“estímulo y reafirmación anímica”* de uno de los cónyuges al otro para que materialice la registración apócrifa que *“es a todas luces esencial para la existencia de la conducta físicamente exteriorizada”* y que *“ese acuerdo no es para nada accesorio, sino que es del todo determinante de la ejecución de la conducta de Rivas”*.

Estas alegaciones, podrían eventualmente ser pertinentes para examinar alguna forma de participación en la etapa previa al comienzo de ejecución. Sin embargo, en las circunstancias del caso no pueden ser examinadas, porque constituyen una variación del objeto de la persecución, definido en la acusación con la ejecución común del hecho (arg. *“Rivas y Gómez Pinto, inscribieron a María Eugenia Sampallo Barragán como su hija biológica”*, fs. 2210/2217), o en el alegato como un acuerdo común que precedió a la inscripción por el imputado Rivas (*“Rivas firmó la documentación con el acuerdo de su cónyuge”*). Ahora pretende la Fiscalía que la voluntad de Rivas estuvo determinada por el acuerdo previo, y que hubo “estímulo y reafirmación anímica”. Esto no constituye simplemente una modificación de la base argumental, sino un sutil cambio de la base fáctica que sólo podría haber sido introducido para su consideración en la sentencia por la vía reglada en la ley, de la que no se hizo uso oportuno para garantizar los derechos de defensa e impedir cambios sorpresivos (art. 381 C.P.P.N.).

En estas condiciones, entiendo debe rechazarse la pretensión de la Fiscalía de que se reforme la sentencia apelada, se revoque el punto dispositivo V de la sentencia, y se condene a María Cristina Pinto como coautora de falsedad ideológica de instrumento público reiterada, dos hechos, con relación a la expedición de la partida de nacimiento y el documento nacional de identidad a nombre de María Eugenia Violeta Rivas.

En su recurso de casación las querellas han atacado la sentencia en cuanto al dispositivo V, que absolvió a María Cristina Gómez Pinto de la acusación de coautoría de falsedad ideológica de la partida de nacimiento, con invocación de *“errónea valoración de la prueba en cuanto a la participación de la condenada GOMEZ PINTO en el delito de falsificación del certificado de nacimiento”* (fs. 4132). En ese escueto acápite sostienen que *“durante el juicio se ha acreditado que la querellante permaneció una semana en la casa de RIVAS y GÓMEZ PINTO, luego de lo cual se realizó la inscripción del nacimiento en el Registro, con lo cual aparece evidente que durante ese lapso hubo un acuerdo común entre los condenados de inscribir a la criatura como propia. Incluso, más*

Cámara Nacional de Casación Penal

allá de los datos personales de GOMEZ PINTO, que el Tribunal señala que fueron tomados por RIVAS de la libreta de matrimonio, no se puede negar que el nombre que los condenados decidieron ponerle a la querellante, MARIA EUGENIA VIOLETA RIVAS, sí fue un aporte necesario de GÓMEZ PINTO y parte del acuerdo común entre ellos”.

En cuanto concierne a la existencia de un acuerdo cabe remitirse a lo dicho anteriormente. En lo demás el remedio es en este aspecto manifiestamente inadmisibile porque aparece por un lado confuso, en tanto no permite identificar si se agravia de la absolución por la falsedad del certificado de nacimiento (o de parto), o de la partida de nacimiento expedida en el Registro Civil. Tampoco tiene un desarrollo mínimo necesario para poner en evidencia la sustancia del agravio, y no satisface las exigencias del art. 463 C.P.P.N., y por lo demás, lo único comprensible es que la querrela pretende que esta Cámara incursione en la valoración de la prueba y extraiga inferencias fácticas sobre la existencia y alcance del alegado acuerdo, que quedan fuera de los supuestos de revisión del art. 456 C.P.P.N.

e) Sobre la pretensión de que se condene a Enrique José Berthier como partícipe necesario en la falsedad ideológica de la partida de nacimiento.

Que el Ministerio Público también pretende se revoque el punto dispositivo VI de la sentencia recurrida, por el que se absolvió a Enrique José Berthier de la acusación de participación necesaria en la falsedad ideológica de instrumento público (partida de nacimiento) expedido a nombre de María Eugenia Violeta Rivas.

En el recurso de casación el representante del Ministerio Público señala que el *a quo* tuvo por probado en la sentencia que el imputado Berthier fue quien entregó la niña al matrimonio Gómez Pinto-Rivas “con los papeles”, esto es, con el certificado de parto “*suscripto por el médico Cáceres Monié para que fuera utilizado por Rivas*”, que “*siguiendo la declaración de Rivas, el Tribunal da por*

cierto que el militar que le entregó a la bebé en el Hospital Militar «le hizo entrega de un certificado de nacimiento firmado por un médico y le indicó que con eso debería inscribirla» [...]» (cita p. 128 de los fundamentos de la sentencia). También señala que el tribunal oral condenó a Enrique José Berthier como coautor del delito del art. 146 C.P., por la entrega de la niña, y sostiene la Fiscalía que “es decir, sabía que el matrimonio inscribió y crió a la niña como hija propia falseando su identidad y la entregó a tal fin” (fs. 4074 vta.).

De allí pretende que “de todos estos hechos probados por el Tribunal, surge que Berthier, al entregar ese certificado de parto ideológicamente falso, por el cual el Tribunal lo responsabilizó como cómplice necesario, para ser utilizado por Rivas, sabía que el único destino posible de ese documento era la obtención de una partida de nacimiento que perfeccionara el falseamiento de la identidad de la niña sustraída y sus padres biológicos y entregada al matrimonio para retenerla y ocultarla”. Al respecto señala que “la Fiscalía formuló un expreso pedido de condena al respecto, pues se alegó que el aporte de Berthier resultó necesario no sólo para el delito de falsedad ideológica de ese certificado de parto, sino también para la inscripción falsa de la niña como propia en los registros estatales, alterando su estado civil, constituyendo ello una contribución esencial a la conducta ejecutada por los autores, dado que la partida había sido obtenida como consecuencia y sobre la base de ese certificado”.

Al dictar sentencia, el a quo, después de señalar por qué Enrique José Berthier debía ser tenido como partícipe necesario de la falsificación del formulario 01 (certificado de parto), sobre cuya base se realizaron la partida de nacimiento, descartó la pretensión de la querrela y de la Fiscalía, que sostenían que al proveer el certificado había realizado una “cooperación sustancial” a las otras falsedades.

Sostuvo que “la Fiscalía no ha aportado demasiados argumentos al respecto limitándose a realizar una descripción genérica similar a la de la Querrela”, y expresó “El argumento resulta a nuestro entender más efectista que efectivo. La intervención a título de cómplice necesario en el primer ilícito no trae aparejada las otras dos. El Tribunal no advierte que ello configure un aporte

Cámara Nacional de Casación Penal

esencial a la falsificación de la partida ejecutada por Rivas, como acto propio; y mucho menos que tenga alguna incidencia en la obtención del documento nacional de identidad ideológicamente apócrifo. Las partes no han traído otros argumentos, razón por la cual nada corresponde decir al respecto". Sobre esa base declaró que correspondía absolver a Enrique José Berthier con referencia a las falsedades ideológicas de la partida de nacimiento y del documento nacional de identidad confeccionados a nombre de María Eugenia Violeta Rivas (fundamentos, fs. 3963/3963 vta.).

El Fiscal se agravia de lo decidido invocando que se han aplicado erróneamente los principios de la participación. Sostiene que *"es claro que el aporte de Berthier al entregar el certificado de parto ideológicamente falso, junto con la niña, para que el matrimonio la criara como propia, no puede desvincularse, sin más de la relevancia que ese aporte posee para la configuración del otro documento falso, a la sazón la partida de nacimiento, más allá de que esa falsedad haya sido «ejecutada por Rivas como acto propio», como sostiene el Tribunal"*.

Alega que el certificado de parto *"resultaba un documento imprescindible para realizar la falsa inscripción de la filiación de la niña, es entonces consustancial a la falsa partida, pues este documento ideológicamente no podría haberse obtenido en el caso concreto de no haber contado con el falso certificado de parto facilitado por Berthier. Es más, un certificado de parto no sirve sino para inscribir a un recién nacido en el Registro Civil, y nada más que para eso"* y reitera que ese certificado es el antecedente necesario de la partida de nacimiento (fs. 4074 vta.). Sobre esa base pretende se case la sentencia y se condene a Enrique José Berthier por la falsedad ideológica de instrumento público destinado a acreditar la identidad de las personas (art. 293, segundo párrafo, en función del art. 292 del C.P., según leyes 20.642 y 21.766).

En el término de oficina, el señor Fiscal General que actúa ante esta Cámara se ha extendido en la fundamentación de la atribución jurídica a Enrique José Berthier de participación necesaria en la obtención o emisión de la partida de

nacimiento ideológicamente falsa, y en la demostración de por qué esa cooperación debería ser calificada como necesaria (fs. 4290/4291 vta.).

El alegado agravio no puede ser recibo por las siguientes razones.

Al momento de presentar la pieza acusatoria, regida entonces por el Código de Procedimientos en Materia Penal, los fiscales que entonces intervenían habían sostenido que *“en cuanto a Enrique José Berthier, este Ministerio Público Fiscal le imputa al nombrado, en su carácter de miembro del Ejército Nacional Argentino, el haber entregado a la hija de la pareja Zampallo Barragán, a Osvaldo Arturo Rivas, junto con el certificado de nacimiento donde figura dicha criatura con el nombre de María Eugenia Rivas, para que éste lo inscriba como hija biológica del matrimonio Rivas”* (SIC, fs. 2211 vta., el subrayado no pertenece al original). En el capítulo de valoración y motivación de la pieza acusatoria, los representantes del Ministerio Público sostuvieron *“consideramos que José Enrique Berthier fue aquella persona que junto con Julio Cáceres Monié entregó a la menor al matrimonio acusado, junto con el certificado de nacimiento extendido por dicho médico”* (fs. 2215). Allí se sostuvo que *“las actividades desplegadas por José Enrique Berthier son constitutivas de los delitos previstos y reprimidos por los artículos 139, inciso 2º del C.P., que concurre idealmente con la falsedad ideológica del certificado de nacimiento a nombre de María Eugenia Sampillo Barragán (art. 54, 292 y 293 del C.P.); que a su vez concurre en forma real con el delito previsto y reprimido por el artículo 146, conforme las previsiones de la ley 24.410, en calidad de partícipe necesario (art. 45 del C.P.)”* (fs. 2215 vta., el subrayado no pertenece al original). El escrutinio de esta pieza muestra que, más allá de la afirmación de que el certificado de nacimiento había sido entregado por el imputado, para que Osvaldo Arturo Rivas inscribiese a la niña como hija del matrimonio, no se había ejercido pretensión de condena por alguna forma de participación de Berthier en la obtención de la partida de nacimiento ideológicamente falsa, y la pretensión estaba restringida a la condena por falsedad ideológica del certificado de nacimiento. Ninguna argumentación de hecho se había incluido en este sentido, salvo la mención a la finalidad de la entrega del certificado. En particular ninguna descripción fáctica en la que los

Cámara Nacional de Casación Penal

representantes del Ministerio Público atribuyesen al acusado alguna participación o cooperación en la tramitación de los otros documentos.

Al cabo del debate, en la oportunidad señalada por el art. 393 C.P.P.N., el representante del Ministerio Público que aquí recurre en casación había sostenido que Enrique José Berthier, debía responder, entre otros delitos por los que lo acusó, como partícipe necesario de los delitos de falsificación ideológica de documento público, reiterada en concurso real en dos oportunidades (el certificado y partida de nacimiento). Según consta en el acta de debate señaló *“que su intermediación para que Rivas y Gómez Pinto aporten los datos con los que el militar médico Cáceres Monié confeccionó el certificado de parto falso y la entrega del certificado de parto al matrimonio para que inscriban falsamente a la niña como hija propia en los registros estatales, alterando así su estado civil, constituyen una contribución esencial a las conductas ejecutadas por los autores, puesto que sin su intervención éstas no se habrían podido llevar a cabo”* (acta de debate, fs. 3756).

Bajo la invocación de errónea aplicación de la ley sustantiva, en el caso, concerniente al alcance del art. 45 C.P., el representante del Ministerio Público pretende que el Tribunal tuvo por probados ciertos hechos realizados por Enrique José Berthier –la entrega o gestión del certificado de parto ideológicamente falso-, que según su juicio constituía un acto de cooperación necesaria a la ejecución de la falsedad ideológica de la partida de nacimiento.

Sin perjuicio de señalar que son inexactas las afirmaciones de la Fiscalía en punto a que el *a quo* habría declarado y tenido por probado que Enrique José Berthier hubiese entregado el certificado de parto *“para que Rivas inscribiera a la niña”*, pues la referencia que hace a un pasaje de la sentencia (fs. 3950 vta. –p. 128 según numeración al pie-) no contiene una declaración de la existencia de hechos por el tribunal, sino una síntesis de la declaración del imputado Rivas, lo decisivo es que la jurisdicción del tribunal estaba limitada por los hechos de la acusación, y más allá de las convicciones a las que pudiese arribar

sobre la base de la prueba producida, no estaba habilitado por los requerimientos del Ministerio Público para realizar tal clase de declaraciones de hecho.

De los párrafos precedentes surge que al formular la acusación el Ministerio Público no había atribuido a Enrique José Berthier ningún acto de cooperación para la obtención de la partida de nacimiento y el documento nacional de identidad. Si bien se había referido a la finalidad con la que había entregado el certificado de parto, no había atribuido a esa entrega la calidad de cooperación para otro delito, ni intentado establecer la naturaleza fáctica y jurídica de esa posible cooperación. Tampoco había pretendido una condena por cooperación a la expedición de la partida de nacimiento. Las alegaciones del fiscal que actuó en el juicio, y que se documentaron en el pasaje transcripto del acta de debate, constituyen una reformulación de la acusación que no se restringe a un mero cambio de punto de vista jurídico, sino a una solapada modificación fáctica de la pieza de fs. 2210/2217, sin respetar el procedimiento establecido en el art. 381 C.P.P.N. En esas condiciones, el *a quo* no estaba habilitado por una actividad requirente válida para pronunciarse acerca de si la entrega del certificado de parto había constituido, desde el punto de vista fáctico, una cooperación a la emisión de la partida de nacimiento y el documento de identidad ideológicamente falsos, y en su caso sobre la naturaleza jurídica de esa cooperación.

Las pretensiones del representante del Ministerio Público en el recurso de casación, no trasuntan, pues, una errónea aplicación del art. 45 C.P, sino una pretensión tardía de incluir en la condena hechos que no habían sido incluidos de modo suficientemente preciso, y por una vía regular y válida, ni en la acusación, ni en el alegato final.

Así, el recurso de casación de la Fiscalía debe ser rechazado en lo que concierne a este agravio.

f) Sobre la pretensión de que se condene a los tres imputados por los delitos de alteración de estado civil.

En sus respectivos recursos, los representantes del Ministerio Público y de las querellantes pretenden que los imputados Oswaldo Arturo Rivas, María Cristina Gómez Pinto y Enrique José Berthier debieron ser condenados también por los delitos de alteración del estado civil de la niña ajena retenida, a tenor del art. 139, inc. 2, C.P. Esta pretensión había sido ejercida en las piezas acusatorias de la Fiscalía (fs. 2210 y ss., especialmente fs. 2215 vta.) y de la querella (fs. 2072/2073), y mantenida al cabo del debate (confr. acta de la audiencia, fs. y fs. 3716 y 3889, respectivamente).

Al respecto sostiene la Fiscalía que el *a quo* ha incurrido en errónea interpretación de la ley sustantiva, al sostener que el art. 139, inc. 2, C.P. constituye un supuesto de hecho agravado del art. 138, y por esta vía, incluir como elemento del supuesto de hecho subjetivo el propósito de causar perjuicio, contenido en esta última disposición, y al sostener que ese perjuicio debe referirse a otro bien jurídico, diferente al del estado civil, de modo que la ofensa al estado civil debía ser utilizada como un medio para otro efecto trascendente. Se agravia de que *“la interpretación del Tribunal frente al tipo penal en examen configura una errónea interpretación de la ley sustantiva; le impone requisitos en verdad inexistentes pues restringe la aplicación de este tipo penal a unos contados supuestos en los que existe un plus en la afectación de los derechos de la víctima o terceros, distinto a la ofensa al estado civil, que es el bien jurídico tutelado”* (confr. fs. 4076).

Destaca que había alegado ante el *a quo* que el art. 139 C.P. tenía autonomía frente al art. 138, y subsidiariamente que el propósito de causar perjuicio previsto en el art. 138 *“en su redacción histórica no obedecía a dar al tipo penal una «ultraintención» [...] sino, como lo explicaba Moreno [...] más bien a excluir de la norma casos en los que se suponía el estado civil de una persona para beneficiarla, para darle los derechos que se derivan de ese estado civil, y sin perjudicar a nadie, dado que en ese momento en la entrada en vigencia del Código de 1921 no existía la figura legal de la adopción”* (fs. 4076 vta./4077).

Después de alegar sobre la desaparición de la razón histórica, a partir de la introducción de la adopción en la ley civil, y sobre las razones que condujeron a la modificación por ley 24.410 que suprimió la exigencia de ese propósito, propone que en la norma histórica estaba ya tutelada la “afectación de la identidad” del niño, y que ese perjuicio “es más grave” e “irreparable” en un menor de diez años, máxime cuando se trata de un recién nacido, distinguiendo entre el estado civil, como “*atributo de la personalidad que define la situación jurídica de la persona en la familia y en la sociedad, posición de la cual se derivan [...] una serie de derechos y obligaciones*” y la “*identidad como necesidad básica del ser humano, para responder a la pregunta vital sobre su origen, su vida y proyectar su subjetividad*” (fs. 4080).

Las querellantes, por su parte, han presentado una línea argumental análoga, en punto a que “no hay relación de tipo básico a agravante” (fs. 4127) y subsidiariamente, si se acepta que el perjuicio debe ser diferente al efecto sobre el estado civil, que “*no hay duda que el perjuicio aquí presente va más allá del estado civil, tratándose de la identidad de María Eugenia Sampallo Barragán*”, pues “*el estado civil y la identidad son objetos de protección vinculados pero diferentes*” (fs. 4128).

La pretensión de los recurrentes impone también aquí determinar el alcance de la protección de la norma en las distintas figuras comprendidas en el Libro Segundo, Título cuarto, Capítulo 2, del Código Penal. Dentro de los alcances posibles que cabe asignar al término “estado civil”, según era utilizado en la redacción original el Código Penal, se han interpretado esas figuras con arreglo a una concepción estricta de estado civil como a la situación o estado de hecho de las personas en relación a la familia -estado de familia-, del cual se derivan o corresponden un cúmulo de derechos y deberes propios del estado familiar. En efecto, la doctrina ha entendido invariablemente que en ese Capítulo el término estado civil es empleado en el sentido de estado de familia (vide p. ej. MORENO, *op. cit.*, tomo IV, p. 345; GÓMEZ, *op. cit.*, p. 371, nro. 374).

Desde esta perspectiva estricta del concepto de “estado civil”, se tiene el estado de padre, de hijo, de hermano, en general de pariente, y el de soltero o

Cámara Nacional de Casación Penal

casado (LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Derecho Civil, Parte General*, 6ª. Edic., Perrot, Buenos Aires, 1975, tomo I, p. 341; compárese CREUS, *op. cit.*, p. 280).

El art. 138 C.P., según la versión original de la ley 11.179, establecía que "*Se aplicará prisión de seis meses a dos años al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterar o suprimiere el estado civil de otro, con el propósito de causar perjuicio*". La supresión, la alteración o la introducción de incertidumbre sobre ese estado de emplazamiento en las relaciones de familia es el núcleo de la acción penada por esa disposición.

Se ha dicho así que "*cuando ese estado, que es fuente de derechos y de obligaciones, se cambia o se suprime dolosamente por la acción de otro, la ley para tutelar la familia, que es la institución social básica, castiga las maniobras por medio de las cuales se verifican las alteraciones*" (MORENO, *op. cit.*, tomo IV, p. 346).

Por extensión, las alteraciones ilegítimas del nombre pueden caer bajo ciertas condiciones en el supuesto de hecho del art. 138, y de otras disposiciones del citado Capítulo puesto que hay una íntima relación entre el nombre, como atributo de la personalidad, y el estado civil, en la medida en que el nombre indica una relación familiar de ascendencia por consanguinidad, o en su caso el estado de familia por adopción, y también, de modo opcional, el estado de casada o de viudez de la mujer (arts. 2, 4, 5, 6, 8, 10, 12, 13 de la ley 18.248, texto según ley 23.515, y arts. 323, 326, 329, 332, C.C., texto según ley 24.779). La alteración del nombre, o la usurpación del poder de imponer el nombre a una persona es uno de los modos de ejecución de los supuestos de hecho punibles cuando ello hace incierto, altera o suprime el estado de familia.

En este sentido, el estado civil está determinado por el nacimiento, la legitimación, el reconocimiento, la adopción y el matrimonio. En cuanto el estado de familia se adquiere por nacimiento o por adopción, son decisivos para la prueba del estado de familia la prueba del nacimiento y del parto -eventualmente también los hechos o actos relevantes de legitimación y de reconocimiento-, en el primer caso, y en el segundo, la prueba de la concesión de la adopción. La prueba del

matrimonio o de su disolución por alguna de las causas legales es decisiva para la determinación del estado de soltería, matrimonial o de viudez. Los arts. 138 y 139 C.P. comprenden distintos supuestos de alteración ilegítima de hechos o de pruebas sobre esos extremos.

El supuesto de hecho objetivo del art. 138 C.P. consiste en hacer incierto, alterar, o suprimir el estado civil de otro. El supuesto de hecho objetivo del art. 139, inc. 2, según la redacción original que estuvo vigente hasta la entrada de la ley 24.410, era básicamente el mismo pues también castigaba la exposición, ocultación y otro acto cualquiera que hiciera incierto, alterare o suprimiere el estado civil de un menor de diez años. Así se sostiene que, en general el supuesto de hecho de los arts. 138 y 139, inc. 2, C.P. puede ser satisfecho por un acto cualquiera (GÓMEZ, *op. cit.*, p. 371; NÚÑEZ, *op. cit.*, tomo IV, p. 431) que se reconoce por el resultado de la acción, hacer incierto, alterar o suprimir el estado civil (MOLINARIO, *op. cit.*, tomo I, p. 531), a diferencia del caso especial del art. 139 inc. 1, en el que se definen formas específicas de ejecución.

Entonces, la menor edad del niño objeto de la acción establecía la diferencia y era la base de la diferente punibilidad de los arts. 138 y 139, inc. 2, C.P., mientras que más allá de la referencia a actos ejecutivos específicos como la exposición y ocultación, el supuesto se satisfacía por cualquier acto que acarreará aquellos efectos sobre el estado civil del niño. Sin embargo, en el plano subjetivo, y a diferencia del art. 138, el supuesto de hecho subjetivo del art. 139, inc. 2, C.P. no exigía de modo expreso que el agente obrase con ánimo de causar perjuicio.

Puesto que está fuera de cuestión que las conductas atribuidas a los imputados Rivas y Gómez Pinto que han tenido por efecto la alteración del estado civil de la niña sustraída y retenida por ellos, se habrían consumado antes de la reforma introducida por la ley 24.410 (B.O. 02/01/1995) -que entre otros aspectos modificó más gravemente el marco penal-, ello impide enjuiciar las pretensiones de los acusadores a tenor del nuevo texto legal que: a) ha suprimido la referencia al propósito de causar perjuicio; b) ha sustituido en el art. 139, inc. 2, C.P. el objeto de la acción, que ya no es el estado civil, sino la *identidad* del niño menor de diez años.

Pasaré ahora a examinar la pretensión de los acusadores de que las conductas que se han probado en la sentencia, deben ser objeto de condena también a tenor del art. 139, inc. 2, C.P.

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

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

El estado civil se suprime *"cuando se coloca a una persona en condiciones de no poderse saber de dónde desciende"*, y se ejemplifica que *"tal ocurre con los niños que se llevan sin dato alguno a la Casa de Expósitos, o los que se abandonan en las mismas condiciones"* (MORENO, *op. cit.*, p. 350), en otros términos importa tornar imposible establecerlo (MOLINARIO, *op. cit.*, tomo I, p. 533), de manera que la persona queda sin saber a qué familia pertenece (NÚÑEZ, *op. cit.*, tomo IV, p. 427).

Surge de la sentencia recurrida que Oswaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pinto recibieron a la niña ajena sustraída, que la emplazaron en la vida familiar como su hija, y que fue inscripta como María Eugenia Rivas, hija de ambos, nacida el día 7 de mayo de 1978 en la ciudad de Buenos Aires.

Alteraron así su estado civil, en el sentido de sustituir el estado de hija que le correspondía por el nacimiento del vientre de Mirta Mabel Barragán, por un emplazamiento ilegítimo en el estado de hija de los imputados. También ha quedado establecido en la sentencia que estas conductas fueron ejecutadas poco tiempo después de su nacimiento, por lo que también está satisfecho el supuesto de hecho objetivo del art. 139, inc. 2, C.P. en el que la acción se realiza respecto de un niño menor de diez años.

El *a quo*, sin embargo, ha tenido por no satisfecho el supuesto de hecho subjetivo del art. 139, inc. 2, C.P., por entender no comprobada una actuación con ánimo de causar perjuicio.

Al respecto, y contestando las pretensiones de los acusadores, el *a quo* señaló que si bien ese ánimo era expresamente exigido en el art. 138 C.P., y no en el supuesto del art. 139, inc. 2, este último “no es otra cosa que la forma agravada del 138” (confr. fundamentos, fs. 3966 vta./3967 y la doctrina y jurisprudencia que allí cita).

El establecer el contenido del ánimo de perjuicio, ha relevado la jurisprudencia que interpreta esa disposición en el sentido de que “*el propósito de causar perjuicio es un dolo específico, cuya objetividad puede ser cualquier interés del ofendido o de un tercero ... Pero el perjuicio querido por el autor no puede consistir en la ofensa del estado civil en sí, pues esta ofensa debe ser utilizada por el autor como un medio para lograr otro efecto trascendente*” (fundamentos, fs. 3965), y la doctrina que sostiene que “*ese propósito no se refiere al estado civil, que necesariamente resultará dañado con las acciones enunciadas [sino al] propósito de perjudicar a otro bien, que podría ser por ejemplo el honor, la honestidad o el patrimonio de alguien*” (confr. fundamentos, fs. 3966 vta., con cita de Molinario).

Entiendo que esa disposición ha sido erróneamente interpretada, y que ello condujo a la omisión de su aplicación a los hechos del caso.

La disposición reconoce como antecedente el Código Tejedor, que castigaba “*al que expusiere u ocultare a un niño o le supusiere filiación para hacerle perder su estado de familia o los derechos que por él le corresponden*”.

Cámara Nacional de Casación Penal

Explicaba su redactor que *“no se pena la ocultación o exposición de un hijo por ser tales, sino el robo, que eso es la ocultación, o la exposición para hacerle perder su estado civil. De lo que aquí se trata es de la usurpación cometida en esa tierna persona de los derechos que le da su nacimiento, de la sucesión que podría tener de sus padres, de los beneficios que le esperaban de otros parientes, de su nombre, de su condición, de su existencia verdadera. Cuando la ocultación o la exposición han tenido otras causas, cuando se le ha depositado, por ejemplo, en la inclusa, por no haber con qué alimentarle, el caso es muy otro, y este artículo no tiene aplicación alguna. El robo, la defraudación del estado civil, de esa parte de nuestra existencia, es, en una palabra, lo que con gran justicia quiere aquí impedir la ley”* (citado según MORENO, *op. cit.*, p. 355). El proyecto de 1891 aportó claridad al supuesto de hecho objetivo, que se refería a un niño como objeto de la acción, sin determinar su edad, y la estableció en diez años, *“porque las personas mayores de esta edad tienen más medios de protegerse y contra ellas el delito no será tan grave”* (MORENO, *op. cit.*, p. 355).

En el antecedente, el ánimo de perjuicio no se estableció como elemento de la figura, pero la explicación daba a entender que quedarían fuera de ella las actuaciones con ánimo de favorecer al niño. Rodolfo MORENO ha sido el mentor de la inclusión de aquél elemento del ánimo en el art 143 de su proyecto de 1906, que ha sido fuente del art. 138 del Código Penal de 1921, pues sostenía que *“hay casos en que se supone el estado civil de una persona para beneficiarla sin perjudicar a nadie. Eso sucede muchas veces cuando se adoptan expósitos y no se tienen herederos. Como entre nosotros no existe la adopción, se recurre algunas veces al expediente de simular la existencia del hijo. Los términos generales del artículo 143 del proyecto podrían llevar a que se castigase a quien no hubiera tenido el propósito de delinquir, no obstante lo que se establece respecto a voluntad criminal. He creído conveniente, por eso, referirme al propósito, para que no puedan producirse interpretaciones dudosas”* (MORENO, *op. cit.*, p. 349).

Esta idea parece haber sido concebida sobre la base de que la falsa filiación podía obedecer a “*sentimientos nobilísimos*” casos en los que sería inicua no sólo la imposición de pena, sino también la iniciación del proceso (la expresión se atribuye a RIVAROLA, confr. NÚÑEZ, *op. cit.*, tomo IV, p. 427, FONTÁN BALESTRA, *op. cit.*, tomo V, p. 235).

La indagación de la fuente que realiza Moreno muestra que mientras que el propósito de causar perjuicio del art. 138 CP tenía por fin excluir la punibilidad de las alteraciones de estado civil de los expósitos cuando, a falta de adopción, se los incluía en el estado de familia “*para beneficiarlos y no perjudicar a nadie*”, esto es, por inexistencia de herederos forzosos, en el art. 139, inc. 2, se trata de un supuesto distinto: el del “*robo, que eso es la ocultación, o la exposición para hacerle perder su estado civil*”. Se trata de la privación de un atributo de la persona, el estado civil que se tiene por el hecho del nacimiento, “*de esa parte de nuestra existencia*”, que se pena más gravemente porque se presume que los niños mayores de diez años tienen otras defensas para mantener o hacer restablecer su estado civil.

Si bien se observa, en el art. 139, inc. 2, no se requería un obrar con propósito perjudicial, como sí se mencionaba expresamente el art. 138 C.P. Esto ha llevado a inferir la existencia de una contradicción entre los arts. 138 y 139, inc. 2º, C.P, pues éste último es susceptible de cometerse por exposición, ocultamiento u “otro acto cualquiera”, lo que llevaba a la inclusión de la conducta de quien recoge al niño expósito menor de diez años y le da un nombre, cuidados y fortuna y con ello se frustra la finalidad que guiaba al art. 138 C.P. (SOLER, *op. cit.*, tomo III, p. 359).

En contra de ello, la doctrina había entendido, en general, que el supuesto de hecho del art. 139, inc. 2, C.P. era una figura agravada de la figura básica del art. 138 C.P., y que, por ende también en la primera se requería el propósito de causar perjuicio (FONTÁN BALESTRA, *op. cit.*, tomo V, p. 236; KIPER, Jorge, *Delitos contra el estado civil. Menores de diez años, El propósito de causar perjuicio*, L.L. 1991-D, p. 193). Según la opinión que parece ser mayoritaria en la doctrina el requerimiento de ánimo de perjuicio estaba implícito pues se trataba

Cámara Nacional de Casación Penal

sólo de una forma agravada del supuesto de hecho de esta disposición, "por la edad inferior a diez años del ofendido, que tiene menos medios de protegerse que las personas de más edad", tesis que pretende reforzarse con el argumento histórico concerniente a "la situación de los adoptantes de niños cuya impunidad quiso resguardar la exigencia de ese dolo específico" y se afirma que "resultaría incongruente que el legislador hubiese prescindido del propósito dañino que le proporciona la criminalidad al hecho, nada menos que en la situación que tuvo presente para requerirlo" (NÚÑEZ, *op. cit.*, tomo IV, ps. 430/431; CREUS, *op. cit.*, p. 290; FONTÁN BALESTRA, *op. cit.*, tomo V, p. 236).

Se dice que "[...] *La alteración simple común, es decir, inscribir como propio un hijo ajeno en vez de utilizar el procedimiento de la adopción, requiere para subsumirse dentro del tipo penal de la figura delictiva, "el perjuicio". La alteración del estado civil de un menor de 10 años, por medio de exposición, de ocultación o de otro acto cualquiera, importan circunstancias agravantes que completan la descripción del tipo subjetivo, pertenecen a éste y condicionan la adecuación típica, es decir, deben darse en el hecho cometido de la misma manera que los elementos del tipo y tener en el tipo subjetivo (en el dolo) el reflejo que es característico del delito doloso [...]. Tienen incidencia en el disvalor de la acción del delito aumentándolo, pero no modifican los elementos del tipo objetivo en la figura básica, que requiere el perjuicio como elemento constitutivo del ilícito*" (KIPER, *ibídem*).

Ahora bien, la dificultad radica en determinar el contenido o naturaleza del perjuicio al que se refiere el ánimo del agente. Al respecto se ha afirmado que la criminalidad es esencialmente subjetiva, porque radica en el propósito de causar perjuicio, sea moral o material, privado o público, de familia pecuniario o de cualquier otra índole, pero no puede consistir en la ofensa al estado civil en sí, pues esta ofensa debe ser utilizada por el autor como un medio para lograr otro efecto trascendente y que puede ser para la víctima o para un tercero, aunque su realización sea imposible. De ello resulta que se sigue a la impunidad, cuando los atentados se realizan para "beneficiar a la víctima" o

cuando no existe propósito de causar perjuicio (NÚÑEZ, *op. cit.*, tomo IV, p. 428; FONTÁN BALESTRA, *op. cit.*, tomo V, p. 236).

Aun frente a esta interpretación, que por las razones que expresaré considero errada, no debe perderse de vista el contexto histórico, en el que se pretendía dar una respuesta *ad hoc* a la recepción y asunción de hecho en la familia del agente de niños abandonados o expósitos, frente a la inexistencia de leyes de adopción. De la misma explicación que da Moreno para incluir el propósito de perjuicio, surgen además indicios de que la constelación de casos impunes sería muy limitada, a los casos en que “*se adoptan expósitos y no se tienen herederos*”. Habida cuenta de que el perjuicio al que se refiere la figura legal no se reduce al niño objeto de la acción, sino que también quedan incluidos los perjuicios a parientes o esposo del agente, o a los parientes del niño, aun en la vieja ley eran pocos los casos en los que podría faltar ese elemento subjetivo. En general la cuestión tenía relevancia respecto de los expósitos cuyo estado de familia fuese desconocido, casos en los que se sostenía que el propósito “altruista” excluía la pena.

Sin embargo, en general la doctrina ha concluido que “*ese propósito no se refiere al estado civil, que necesariamente resultará dañado con las acciones enunciadas. Es el propósito de perjudicar otro bien, que podría ser por ejemplo el honor, la honestidad o el patrimonio de alguien*” (MOLINARIO, *op. cit.*, tomo I, p. 534). La figura requeriría, según este modo de ver, un propósito que trascienda de las propias acciones alteradoras o supresoras del estado civil” (CREUS, *op. cit.*, p. 283).

La argumentación omite que el supuesto de hecho del art. 138 C.P. puede estar satisfecho por cualquier acto que opere alguno de estos tres resultados: la incertidumbre sobre el estado civil, su alteración o sustitución, y su supresión. El argumento podría ser consistente con la *alteración* de estado civil para “*beneficiar*” a un expósito, pero es inconcebible, de entrada, que se busque *hacer incierto* o que se *suprima* el estado civil de una persona con ánimo de beneficiarla, por lo que el argumento “altruista” o de “beneficio” es inconsistente en estos

Cámara Nacional de Casación Penal

casos, de modo que, puesto que el ánimo de causar perjuicio según la ley aplica a las tres alternativas, el término debe querer decir otra cosa.

Entiendo que este argumento tampoco es razonable para excluir la punibilidad de aquellos casos de alteración del estado civil de expósitos. En primer lugar, porque la ley debe proveerle a éstos seguridades para que tenga un estado civil, y además, ahora hay formas de darle protección mediante la colocación en guarda o incluso mediante la adopción legal.

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

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

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

Concluyo, pues, que más allá de las finalidades que movieron a la inclusión del propósito de causar perjuicio en el supuesto de hecho del art. 138, la inclusión de esa frase no es idónea para lograr la finalidad declamada, pues es inconcebible un caso en el que se haga incierto, se altere o se suprima el estado civil de una persona, sin otra finalidad, sino que ésta tendrá siempre la finalidad de otorgar o privar de derechos que emanan del emplazamiento en el estado de familia a la persona objeto de la acción, o de ampliar o privar de derechos otras personas, por causa de ese emplazamiento. Esto vale tanto para el supuesto de hecho del art. 138, como para el supuesto del art. 139, inc. 2, que, en su redacción original constituía una figura especial respecto del primero.

De allí que, habida cuenta de que en la sentencia se ha probado que los acusados habían emplazado a la niña como hija, con ello la privaron de los derechos que le correspondían como hija de Mirta Mabel Barragán, y al mismo tiempo, privaron al menos a ésta de los derechos que le correspondían como madre, y también privaron al menos a los parientes de ésta última de los derechos que la ley les concede en relación a la niña por causa del estado de familia.

Opino pues que debe reformarse la sentencia recurrida, y que Osvaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pinto deben ser condenados, también, como coautores de alteración del estado civil de la niña nacida del vientre de Mirta Mabel Barragán, al emplazarla como hija propia, dándole el nombre de María Eugenia Rivas, e inscribiéndola como tal (arts. 45 y 139, inc. 2,

Cámara Nacional de Casación Penal

C.P.), y Enrique José Berthier como partícipe necesario de ese delito, pues la entrega de la niña tenía por objeto tal emplazamiento (para que la criaran como hija propia), lo que resulta indiscutible a partir de que ésta fue entregada junto con un certificado de parto falso.

g) Sobre el concurso de los delitos objeto de la condena.

El delito de falsedad ideológica de instrumento público reiterado, atribuido a Oswaldo Arturo Rivas (falsedad ideológica de la partida de nacimiento y falsedad ideológica del documento nacional de identidad), concurre en las circunstancias del caso de modo ideal con el delito de alteración de estado civil de la niña (arts. 54 y 139, inc. 2, y 293 C.P.).

No existe una opinión pacífica sobre la relación concursal. Mientras que inicialmente se entendió que existe concurso ideal entre la falsedad de instrumentos públicos cuando se comete a fin de alterar, suprimir o usurpar el estado civil de otro (MORENO, *op. cit.*, p. 350; CREUS, *op. cit.*, p. 281, FONTÁN BALESTRA, *op. cit.*, tomo V, p. 239), por otro lado se ha sostenido que el Código Penal distingue, a los efectos de la protección del estado civil, su posesión por las personas, de su registro público, lo que conduce a la regla del concurso material.

En esta línea se dice que, mientras que la protección de la posesión de estado se dispensa en el Título IV, Capítulo I, del Libro Segundo, su registro público encuentra protección en el título de los delitos contra la fe pública, capítulo de la falsificación de documentos (NÚÑEZ, *op. cit.*, tomo IV, p. 423). Así, los arts. 138 y 139 C.P se refieren a conductas que afectan, alteran o suprimen la posesión del estado civil de las personas (CREUS, *op. cit.*, p. 280); si la afectación, alteración o supresión se ejecutan por medio de actos ante un registro público del estado civil de las personas, esos actos pueden constituir, además, un delito contra la fe pública, y tratándose de falsedades cuyo objeto radica en la prueba de un determinado estado civil caen bajo los arts. 292 y 293 CP, según los casos.

Desde esa perspectiva se sostiene que *“para consumir la incertidumbre, alteración o supresión del estado civil, el autor puede valerse de otros delitos. Por ejemplo puede recurrir a un atentado contra la libertad del ofendido o contra la fe pública. En estos casos los delitos concurren materialmente, porque esos medios constituyen un hecho distinto e independiente del que constituye el delito contra el estado civil: una cosa es la que el autor hace privando de la libertad o alterando las actas del Registro Civil y otra, cuando por otras acciones concurrente, logra afectar el estado civil de la víctima, pues ninguno de los delitos utilizados como medios, es suficiente por sí, para lograr este resultado”* (Núñez, *op. cit.*, tomo IV, p. 429). Al respecto se propone no debe confundirse *“el delito documental, que puede ser un medio para coadyuvar a volver incierto, alterar o suprimir el hecho de la posesión del estado civil, y esta conducta, la cual siempre requiere de acciones u omisiones que tengan por objetivo aquella situación de posesión y no la simple documentación del estado civil”* (NÚÑEZ, *ibídem*)

Inicialmente la jurisprudencia de la Corte Suprema había seguido en parte la misma idea, en tanto había declarado que el delito de supresión de estado civil (art. 139, inc. 2º, Cód. Penal) concurre idealmente con la falsificación del certificado de nacimiento que da cuenta de una relación parental inexistente, y es distinguible de aquel otro que se habría cometido al lograrse la expedición de documentos falsos destinados a acreditar la identidad de las personas (Fallos: 312:2217; 314:1321; 316:1789; 320:2020; 323:1107; 325:779 y 326:1310).

Sin embargo, a partir del caso de Fallos: 329:2136 (“Napoli, Erika y otros”), la Corte ha declarado expresamente que correspondía apartarse de esa jurisprudencia. Allí relevó que con el llenado y la suscripción de la solicitud de inscripción de nacimiento y del acta del libro de nacimientos del Registro Provincial de las Personas, se había logrado la expedición del acta de nacimiento y del documento nacional de identidad de la menor. Sostuvo que *“En tales condiciones, se trata de un caso de pluralidad de movimientos voluntarios que responden a un plan común y que conforman una única conducta -en los términos del art. 54 del Código Penal- insusceptible de ser escindida, en la que el delito de*

Cámara Nacional de Casación Penal

supresión de estado civil concurre idealmente con la falsificación del acta de nacimiento y del documento destinado a acreditar la identidad de la persona" y concluyó en que se imponía un enjuiciamiento único (en el mismo sentido decidió más tarde el caso de Fallos: 329:2136).

En verdad, si se observa que es fácticamente posible cometer la falsedad ideológica en instrumento público, sin alterar el estado civil, y a la inversa tornarse incierto el estado civil de una persona sin falsedad documental (como lo hace SOLER, *op. cit.*, tomo III, p. 358 y FONTÁN BALESTRA, *op. cit.*, p. 239, aunque llegan a otras conclusiones), la decisión sobre la concurrencia ideal o real dependerá en cada caso de la configuración de las conductas del agente. En primer lugar es necesario subrayar que el art. 138 C.P. comprende las acciones que tornan incierto, alteran o suprimen el estado civil de otro "*por un acto cualquiera*", de suerte tal que este resultado puede ser alcanzado por variados hechos sin necesidad de la realización o colaboración a una falsedad documental. El estado civil es un estado que depende de la ocurrencia de determinados hechos o realización de determinados actos, sobre cuya base el derecho establece relaciones de familia, y, a partir de ellas anuda derechos y obligaciones. Mucho de los casos clásicos de supresión, por ejemplo, se ejecutan por el simple hecho de la exposición o abandono. Lo mismo cabe decir de la simulación de embarazo o parto. En otros casos, la asunción de un niño ajeno, sin adopción, ocultando su filiación verdadera, y dándole trato de hijo, puede configurar el delito aunque no se realice ninguna falsedad documental. Ahora bien, cuando el medio elegido para alterar el estado civil de un niño es la creación u obtención de un falso certificado de parto o nacimiento, podrá presentarse concurso ideal si ese es el primer acto consumativo con el que se torna incierto o se altera el estado civil del niño. La ulterior inscripción en los registros de nacimientos es un hecho de falsedad independiente de los actos anteriores, que se considerará consumada con la creación del instrumento, aunque por otras razones la alteración del estado fracase, o éste no pierda certeza.

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

Por su parte, también debe esclarecerse la relación concursal existente entre los delitos de sustracción, retención u ocultamiento de niños, y el de supresión del estado civil. Al respecto se ha entendido que cuando la sustracción “*se hace con el objeto de hacer perder al menor su estado civil o darle otro*” corresponde aplicar el art. 146 C.P. que señala penas mayores que las de los arts. 138 y 139 C.P. sin explicar si a la solución se llega por la vía del concurso aparente o la del concurso ideal (así MORENO, *op. cit.*, tomo IV, p. 38.). Otras opiniones se inclinan por la existencia de un concurso aparente, aunque tampoco aclaran cuál sería la disposición desplazada (MOLINARIO, *op. cit.*, tomo I, p. 535).

Entiendo que la retención del niño sustraído no implica, de modo necesario, la supresión o alteración de su estado civil. Si el agente elige además operar la alteración de su estado civil, se satisface al mismo tiempo la conducta alternativa de ocultación, que también consuma al mismo tiempo el delito del art. 146 y el delito del art. 139, inc. 2, C.P, por hipótesis posterior en el tiempo a la retención. Si se trata de la acción alternativa de ocultamiento del niño sustraído, podría resultar del plan de configuración de la acción, que el agente haya concebido ocultar al niño sustraído mediante la alteración de su estado civil. En ese caso, puede presentarse un concurso ideal por unidad de hecho entre un delito instantáneo y otro permanente. En la doctrina se admite que “*hay concurso ideal cuando el delito instantáneo era el medio para la mantención del delito permanente, p. ej., se perpetra la lesión corporal para poder continuar en la casa*” (WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*”, Ed. Jurídica de Chile, 3ta. ed. en castellano, 1987, Chile, pág. 318) o cuando se trata de delito instantáneo que

Cámara Nacional de Casación Penal

consiste en el mantenimiento de la situación antijurídica del delito permanente (JESCHECK, *op. cit.*, p. 778; JAKOBS, Günther, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, 2a. Edic. de Gruyter, Berlín, 1993, p. 911, nro. 10; STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal – Parte General I*, trad. de la 4a. Edic. alemana, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 550, nro. 32; ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *op. cit.*, p. 866).

En esta Cámara, siguiendo esa concepción, se ha decidido que la obtención de una partida de nacimiento y de un documento nacional de identidad ideológicamente falsos, valiéndose para lo primero de una constatación de nacimiento falsa, alterando así el estado civil del niño sustraído, configuran un conjunto de actos ejecutados para mantener la retención y ocultación del niño (confr. Sala IV, causa n° 6331, "Fernández, Margarita Noemí s/recurso de casación", rta. 30/05/07, Reg. N° 8740.4).

La decisión depende, como siempre, de la configuración concreta de la ejecución del hecho. En este caso, habiéndose iniciado la ejecución por parte del matrimonio de Osvaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pinto con la recepción y retención y ocultación de la niña –delito de carácter permanente- la ejecución de actos de alteración de su estado civil concurren de modo ideal, por las razones expuestas.

En el caso de las falsedades documentales atribuidas a Osvaldo Arturo Rivas, por lo demás, también se da el supuesto de concurso ideal con la retención y ocultamiento de la niña, porque la obtención de los documentos –delito instantáneo- es el modo emprendido, según el plan, para favorecer y mantener el delito permanente de retención y el ocultamiento de la niña.

En el caso de la imputación a Enrique José Berthier, la participación en la ocultación –entregando a la niña a la familia que la emplazaría en el estado de hija- concurre idealmente con la participación en la alteración de su estado civil.

-VII-

Que corresponde examinar los agravios traídos contra la sentencia de condena, en cuanto en ella se había rechazado la excepción de prescripción de la acción penal que las defensas habían introducido en el debate.

El representante del Ministerio Público, al presentarse en el término de oficina, ha opuesto la inadmisibilidad del recurso de casación en cuanto a esta materia, señalando que esta cuestión ya había sido planteada y resuelta antes del debate, por el juez federal, por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, y por esta misma Sala II, y habían sido rechazados. Argumenta que *“el planteo que reedita la parte en la instancia plenaria fue alcanzado por la preclusión, principio procesal que junto al de progresividad impiden retrotraer el proceso a etapas ya superadas. En virtud de ello, los pasos cumplidos en tiempo oportuno adquieren firmeza, caducando las facultades no ejercidas durante el mismo, siendo inadmisibile la reproducción de cuestiones ya resueltas o que se deduzcan otras no planteadas en el momento apropiado”* (fs. 4287/4287 vta.).

La cuestión de la prescripción de la acción penal no puede darse por precluida por dos razones.

Desde un abordaje general porque se entiende a la preclusión como *“la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal [que] resulta normalmente de tres situaciones diferentes: a) por no haberse observado el orden u oportunidad dado por la ley para la realización de un acto; b) por haberse cumplido una actividad incompatible con el ejercicio de otra; c) por haberse ejercido ya una vez, válidamente, esa facultad (consumación propiamente dicha)”* (confr. COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ed. Depalma, Bs. As., 1977, p. 196).

La objeción que plantea el Fiscal General debe ser examinada a la luz del tercer grupo. Ahora bien, como he señalado antes de ahora (confr. causa n° 8597, “Mones Ruiz, Fernando Javier y otro s/ recurso de casación”, rta. 16/02/09, reg. 13859), pertenecen a este grupo los casos en los que se ha operado la preclusión por el ejercicio mismo de la facultad de modo válido, obteniendo la decisión jurisdiccional. Por cierto, la preclusión operará respecto de quien ha

Cámara Nacional de Casación Penal

instado la decisión, o de aquél a quien se le ha dado oportunidad de participar en su sustanciación, dentro de la misma instancia o grado. He señalado en aquel voto que *“la preclusión estará revestida de la cosa juzgada formal o material una vez que deje transcurrir el término para introducir los recursos disponibles o, recurriendo de ella, cuando la última instancia disponible sea llamada a pronunciarse y agote su jurisdicción. De tal manera, preclusión y firmeza no van necesariamente juntas, aunque la segunda presupone a la primera. Así, no es posible la renovación de la instancia de nulidad en la misma etapa o grado del proceso si tiene el mismo objeto fáctico, aunque sea posible, en el momento señalado por la ley, la revisión de lo decidido en un grado ulterior o «superior», por ejemplo mediante los recursos provistos por la ley”*.

Ahora bien, la introducción de la excepción de prescripción, en una etapa anterior a la apertura del juicio, podría haber operado efecto preclusivo – prohibición de renovación de la cuestión- en la misma etapa, y oponible a los sujetos que tomaron parte en su sustanciación, sin perjuicio de los recursos disponibles inmediatamente, o más tarde con motivo de la sentencia final, ante un tribunal de grado superior. Tal efecto no alcanzaría, sin embargo, la posibilidad de proponer nuevamente la prescripción, sobre la base de modificaciones o variaciones del objeto del proceso, o de modificación de otras circunstancias relevantes.

Ahora bien, si las decisiones de rechazo no resultaban *prima facie* susceptibles de ser recurridas por vía de casación, por no tratarse de decisiones definitivas comprendidas en el art. 457, o equiparables a ellas (nótese que esta Sala había declarado inadmisibile el recurso contra la anterior decisión por no estar comprendida en esa disposición y por ser la cuestión federal invocada insustancial, confr. causa n° 6474, “Berthier, Enrique José Nicolás s/ recurso de queja”, rto. 12/02/2006, Reg. N° 8293). entonces, no puede predicarse la preclusión porque nada empece a que aquella decisión sea revisada ahora por este Tribunal, con motivo de la sentencia final si, como aquí sucede, la subsistencia de la acción ha sido presupuesto de condena. De lo contrario se presentaría la

paradoja de sostener que tal decisión no es susceptible de recurso de casación por tratarse de una decisión anterior a la sentencia definitiva, y al mismo tiempo que dictada la sentencia definitiva, que presupone la subsistencia de la acción, ésta no puede ya ser revisada.

Por otro lado, en el presente caso el *a quo*, a pesar de que señaló los planteos anteriores en que se había opuesto la prescripción de la acción, que habían sido rechazados, consideró que debía pronunciarse en la sentencia final sobre la cuestión y así lo hizo, rechazándola (confr. fundamentos, fs. 3941 vta. y ss.). De hecho, no consideró precluida la cuestión, y es contra esta decisión que se alza el recurso de casación de las defensas. A ello se suma que la determinación del tiempo de comisión del delito, del momento en que cesó de cometerse, y eventualmente de su naturaleza, son por lo regular decisivos para juzgar la subsistencia de la acción.

El *a quo* había denegado la excepción de prescripción, con fundamento en que el delito de retención u ocultamiento de un niño sustraído antes de los diez años de edad es un delito permanente, y continúa ejecutándose hasta el momento en que *“cesa el ocultamiento y la persona pasa a conocer su identidad”* o, en otros términos, que *“existe una corriente jurisprudencial aceptada por nuestro más alto Tribunal que establece que el delito de ocultamiento de un menor cesa de cometerse en el momento en que la víctima recupera su identidad biológica”* (fundamentos, fs. 3944 vta.). Sostuvo a continuación que *“María Eugenia Sampallo Barragán recién recuperó su identidad el día 25 de julio de 2001, fecha en la cual se le hiciera entrega del resultado del estudio de ADN que determinaba que ella era hija biológica de Mirta Mabel Barragán [...] Es en esta fecha en que cesa el delito de ocultamiento de menor y en consecuencia, sólo a partir de esa fecha habría comenzado a correr el plazo para que se extinguiera la acción penal (siempre que se considerara que es prescriptible)”* (fundamentos, fs. 3945). Computado el curso de la prescripción desde esa fecha, declaró que ésta no se había operado hasta al dictado de la sentencia.

En el considerando VI, letra a, se ha explicado por qué debe entenderse que María Cristina Gómez Pinto y Osvaldo Arturo Rivas continuaron consumando la retención de quien habían inscripto amañadamente como María Eugenia Violeta Rivas –hoy reconocida como María Eugenia Sampayo Barragán– a más tardar hasta el momento en que adquirió la mayoría de edad, esto es, estimativamente y por aplicación del art. 3 C.P.P.N. la retención ha durado hasta el día 1° de febrero de 1999. Sobre esa base, sería innecesario abordar la alegación de imprescriptibilidad del delito de retención del menor, del art. 146 C.P. puesto que, decidido que se trató en el caso de un modo de ejecución permanente, cuyo cómputo del curso de la prescripción de la acción comenzó a contarse cuando éste cesó de cometerse, entonces está fuera de cuestión que no se ha agotado aún el término de prescripción del art. 62, en conexión con el art. 146 C.P. Así, no habiéndose agotado el plazo de prescripción según las reglas comunes del Código Penal, el tratamiento de la cuestión acerca de la imprescriptibilidad de tal delito sería inoficioso (confr. *mutatis mutandis* voto del juez Fayt en el caso de Fallos: 328:4423, “Videla, Jorge Rafael s/ incidente de apelación y nulidad de prisión”).

Empero, la defensa pública de Osvaldo Arturo Rivas y de María Cristina Gómez Pinto pretende también que habida cuenta de que los delitos de sustitución del estado civil de la niña recibida y retenida, y de falsedad ideológica de instrumentos públicos, son instantáneos y de efectos permanentes, no podría invocarse la interrupción del curso de la prescripción por la ejecución permanente del delito del art. 146 C.P. según la regla del art. 62 C.P. porque ese efecto interruptivo sólo podría admitirse después de una sentencia firme sobre la existencia y duración del último. Pretende sustentar su pretensión en las decisiones de la Corte Suprema en los casos de Fallos: 312:1351 y 322:717. Sin embargo, si debiese concederse a la Fiscalía que los delitos objeto de la sentencia no están sometidos a las reglas de prescripción del art. 62 C.P., entonces sería inoficioso cualquier examen de la corrección del alcance que la defensa asigna a esos fallos.

Del mismo modo debe abordarse la cuestión en lo que concierne a la situación de Enrique José Berthier. En el considerando VI, letra b, se ha concluido que al nombrado sólo puede atribuírsele la participación en el ocultamiento de la niña sustraída, hasta el momento de la entrega de esta al matrimonio constituido por María Cristina Gómez Pinto y Osvaldo Arturo Rivas, esto es, a más tardar, a principios de mayo de 1978, y que a partir de allí no se le puede atribuir ninguna acción que sea constitutiva de alguna forma de cooperación típicamente relevante a la retención y ocultamiento que continuaba ejecutando el citado matrimonio. Si el caso hubiese de regirse por las reglas generales del Código Penal, la acción penal se habría extinguido *–prima facie–* por prescripción. En efecto, se habría agotado el curso de la prescripción, por referencia a la ley aplicable a aquella clase de cooperación probada respecto del delito definido en el art. 146, que cae bajo la redacción original del Código Penal, que conminaba la participación necesaria con diez años de reclusión o prisión, y por otra parte, no se demuestra la existencia de actos con efecto interruptor de la prescripción antes del agotamiento de ese plazo.

Lo mismo aplica respecto de la atribución de participación en el delito de falsedad ideológica en instrumento público.

Por tales razones, es necesario considerar las alegaciones de la Fiscalía y de la querrela que sostienen la imprescriptibilidad de crímenes de tal laya.

En esta Cámara se ha declarado que debían tratarse como delitos de lesa humanidad, y por ende no sujetos a prescripción, los delitos de supresión de estado civil en concurso ideal con falsificación de documento público destinado a acreditar la identidad de las personas -por los que habían sido condenados los acusados- en tanto habían sido cometidos en ejecución de un plan criminal tendente a la desaparición forzada de personas, delito indiscutible de lesa humanidad, -en el caso concretado respecto de los padres de una menor nacida durante el cautiverio de sus progenitores-, que incluía -para evitar su descubrimiento- la alteración o supresión del estado civil de su descendencia con la consiguiente creación de documentos espurios que ampararan su nueva identidad (Sala I, causa n° 5475, “Bergés, Jorge Antonio y otro s/recurso de

Cámara Nacional de Casación Penal Causa n° 9569, "Rivas, Osvaldo Arturo y otros s/

casación" (rta. 08/03/05, Reg. n° 7477.1). En esa decisión se interpretó que merecían tal tratamiento delitos comunes cuando tienen por objeto la comisión de crímenes contra los derechos humanos (con cita de Fallos: 327:3312, "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259-").

En el caso de Fallos: 328:4423 ("Videla, Jorge Rafael s/ incidente de apelación y nulidad de prisión"), se trataba de decidir sobre la aplicación de las reglas de prescripción a los delitos de sustracción, ocultación y retención de un menor de diez años, en concurso real con el delito de falsificación ideológica de documento público destinado a acreditar la identidad de las personas, en concurso real con el delito de falsificación ideológica de documento público, concurriendo estos dos últimos en forma ideal con el delito de supresión del estado civil de un menor de diez años, atribuidos al imputado a título de autor mediato. El Procurador General desarrolló las razones por las cuales entendía que no podía considerarse operada la prescripción conforme a las reglas generales del Código Penal, y a continuación argumentó que los hechos imputados también constituían crímenes contra la humanidad en virtud de normas del derecho penal internacional de los derechos humanos, vinculantes para el Estado Argentino, y que como tales eran imprescriptibles.

Con cita del art. 2 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas –incorporada a la Constitución por ley 24.556– el Procurador General evocó que *"por desaparición forzada de personas se entiende en el derecho penal internacional la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuera 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"*, formulación positiva que, según sostuvo, *"no hizo más que receptar en esa medida la noción que era ya de comprensión general en el derecho internacional de los derechos humanos"*.

Expresó que, a su juicio, “*al menos algunos casos de desaparición forzada de personas ya se encuentran tipificados en distintos artículos de nuestra legislación penal interna*” y señaló que “*del universo abarcado por el delito de desaparición forzada de personas, un sector, el que se refiere a la desaparición forzada de menores de 10 años sustraídos a sus padres, se encuentra ya previsto como un caso específico del delito –más genérico- del artículo 146 del Código Penal, que se le enrostra[ba] al imputado*”.

Se adelantó a aclarar que “*no se trata entonces 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 la legislación interna [sino que] antes bien, se trata de reconocer la relación de concurso aparente existente entre ambas formulaciones delictivas y el carácter de lesa humanidad que adquiere la sustracción, ocultación o retención de un menor de diez años cuando es realizada en condiciones tales que constituyen una desaparición forzada*”.

En el caso “Videla” la Corte no abordó la cuestión, porque consideró inadmisibles los recursos extraordinarios por no dirigirse contra una sentencia definitiva.

En el caso “Gualtieri Rugnone de Prieto y otro”, que ha sido objeto de reciente decisión por la Corte Suprema (causa G. 1015; L. XXXVIII, “Gualtieri Rugnone de Prieto Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años -causa n1 46/85-”, rta. 11/08/2009), que se refería a una incidencia en un proceso cuyo objeto era indagar la presunta sustracción, retención y ocultamiento de un niño nacido mientras su madre estaba en situación de desaparición forzada, y de la alteración de su estado civil y otros delitos conexos, la cuestión fue nuevamente abordada por el Procurador General. Allí, después de evocar las características centrales y la metodología utilizada para perpetrar violaciones masivas de los derechos humanos según se habían tenido por acreditadas en la sentencia publicada en Fallos: 309:1689, y de señalar que el fenómeno de persecución y represión estatal clandestina debe ser analizado desde la perspectiva de los crímenes contra el derecho de gentes en el marco del art. 118 C.N., el Procurador General sostuvo que una solución correcta y acorde con el derecho internacional

imponía "en primer término caracterizar al caso como crimen contra el derecho internacional (más específicamente, como crimen contra la humanidad)".

Según propuso, "la hipótesis delictiva investigada en la [...] causa deb[ía] ser considerada parte sustancial de un hecho de desaparición forzada de personas, llevada a cabo en el contexto de un ataque sistemático y generalizado perpetrado por el Estado contra una población civil". A este respecto en ese dictamen se concibe a la desaparición forzada de personas como "la privación de la libertad de una persona, cometida por agentes del Estado o por personas que actúen con su autorización, apoyo o aquiescencia, 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", y se argumenta que "en el primer tramo de la conducta prohibida resulta víctima quien es directamente privado de su libertad, tal como ocurre en el caso de los simples delitos contra la libertad individual [mientras que] del segundo tramo de la descripción, relativa a la negativa de dar información, sujeto pasivo del delito sólo puede ser quien la solicita del Estado" y que "la falta de información que configura el trayecto posterior al tramo instantáneo del delito (el primer acto inicial de la privación de libertad) implica no ya la mera permanencia del efecto de un delito de por sí ya consumado, sino la permanencia en la ejecución, mediante una modalidad generalmente omisiva, de la parte más característica del delito: la desaparición, es decir, la falta de conocimiento del destino de la víctima de la privación de libertad", aclarando que "se trata de casos en los que hay un acto que puede ser instantáneo; pero, en tanto siga bajo el control fáctico del autor la posibilidad de informar acerca de la víctima, surge sin duda un tramo del deber que se concreta en la obligación de dar información". A partir de allí desarrolló su argumentación en punto a que los familiares del desaparecido deben ser tenidos como víctimas de del delito de desaparición forzada respecto de la segunda parte de la ejecución, esto es, la omisión de informar sobre el destino de primero. El abordaje del Procurador General muestra coincidencias sustanciales con una opinión de la doctrina publicada antes de ese dictamen (confrontar FOLGUEIRO, Hernán, *Sobre*

la extracción compulsiva de sangre para la investigación del delito de desaparición forzada de personas, en Rev. Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis-Nexis, año 2005, n° 7, p. 259).

Al dictar sentencia en aquél caso, algunos jueces de la Corte han abordado las argumentaciones del Procurador General, aunque con distintos alcances.

Así se ha sostenido en el primer voto que *“el caso corresponde a un presunto delito de lesa humanidad en forma de crimen de estado”* pues a su criterio era 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”*. Al respecto se expresó que *“La creatividad tan perversa de esta decisión hace difícil la comprensión misma de su motivación y, por ende, de la propia dinámica criminal de los hechos”*, pues tanto *“puede pensarse en una tentativa de eliminar la memoria de esas víctimas, sumiéndolas en la ignorancia no sólo de su origen sino también hasta de su propia orfandad”*, como en un delito que *“se erige en una nueva cosificación humana que guarda cierto parentesco con la esclavitud, por considerar a los infantes como parte de botines de correrías criminales”*. (voto de los jueces Zaffaroni y Lorenzetti, consid. 7; coincide con texto del consid. 7, del voto de los mismos jueces en causa G.291, XLIII, “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años”, resuelta. en la misma fecha). A este último respecto se agrega que *“puede hablarse de crimen contra la humanidad en la modalidad de privación de uno de sus elementos, como es la identidad, también con incidencia incuestionable sobre el normal desarrollo de la persona [...] se trata de una subcategoría especial de crimen contra la humanidad, caracterizado por inferir una herida en la personalidad, al interferir y suprimir un rasgo propio de la humanidad, impidiendo una respuesta primaria a la pregunta ¿Quién soy?”* (confr. causa G.1015, “Gualtieri Rugnone de Prieto”, cit, voto de los jueces Zaffaroni y Lorenzetti, consid. 8; y de modo idéntico los mismos jueces en causa G.291, XLIII, “Gualtieri Rugnone de Prieto”, consid. 8).

También en otro voto se expresa que los delitos objeto de ese caso (sustracción, retención y ocultamiento de menores de 10 años; supresión y/o alteración de la identidad de un menor de 10 años y falsedad ideológica de instrumentos destinados a acreditar la identidad de las personas) eran "*hechos que a su vez aparecen vinculados con sucesos que constituyen crímenes de lesa humanidad, cuales son la desaparición forzada de personas de la que resultaría víctima Laura Beatriz Segarra*", esto es, la mujer sometida a situación de desaparición forzada, que en su cautiverio habría dado a luz a un niño, y habría sido despojada de él (confr. voto de la jueza Highton de Nolasco en la causa G. 1051, antes citada, considerando 4º, y de modo idéntico voto de la misma jueza en causa G.291, también citada, considerando 4º). En ese voto se expresó también que en la especie, no sólo aparecía como víctima el niño nacido durante el cautiverio de la mujer colocada en situación de desaparición forzada, sino también la madre de la mujer secuestrada (ibídem, consid. 9 del voto de la jueza Highton de Nolasco en ambas sentencias). Y finalmente declaró que "[...] *el objeto procesal de autos aparecería en principio vinculado con un delito de lesa humanidad cual es la desaparición forzada de personas*" (ibídem, consid. 20 del voto de la misma jueza en ambas sentencias).

Por su parte, también en otro voto de la misma sentencia, se declaró los delitos que eran objeto de ese proceso penal "*son una consecuencia directa de la desaparición forzada de personas y, éstos constituyen crímenes de lesa humanidad*" (voto del juez Maqueda, en la causa G. 1051, consid. 26, reproducido en el voto del mismo juez en la causa n° G. 291, consid. 18, con cita de sus votos en los casos de Fallos: 326:2805 y 328:2056). Y más adelante el mismo juez afirmó que "*el objeto procesal de autos aparecería, en principio, vinculado con un delito de lesa humanidad cual es la desaparición forzada de personas*" (ibídem, consid. 40).

Como balance del examen de los argumentos de la sentencia dictada en las causas citadas se obtiene que, mientras que cuatro de los jueces de la Corte Suprema han entendido que la sustracción, retención y ocultamiento de un niño

nacido mientras la madre se encontraba privada de libertad en situación de desaparición forzada, la alteración de su estado civil, y las falsedades cometidas para su inscripción y para la obtención de documentos destinados a acreditar la identidad serían parte de, o estarían vinculados con el delito de desaparición forzada de la madre (votos de los jueces Zaffaroni, Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda), otros tres jueces no han hecho pronunciamiento alguno sobre el punto (votos de los jueces Petracchi, Fayt y Argibay).

Es difícil determinar si la suma de los cuatro primeros votos establece una doctrina jurisprudencial clara respecto de la cuestión, porque se observan diferencias lingüísticas que podrían insinuar distinta comprensión de la cuestión. Así, en el voto de los jueces Zaffaroni y Lorenzetti resulta claro que la sustracción del niño, su retención, la alteración de su estado civil y las falsedades documentales dirigidas a inscribirlo y obtener documentos de identidad, en los casos en que el niño ha sido sustraído a su madre en el contexto de su sometimiento a desaparición forzada, constituiría una sub-categoría de crimen de lesa humanidad que priva al ser humano de uno de sus elementos: la identidad. En cambio en otros votos no es tan evidente que esos delitos en sí constituyan un crimen de lesa humanidad, sino que estarían “vinculados” a uno de tal clase (votos de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda) o serían una “consecuencia” directa de la desaparición forzada de personas (voto del juez Maqueda). Mientras que en la tesis que proponía el Procurador General, tales actos serían “*parte sustancial de un hecho de desaparición forzada de personas, llevada a cabo en el contexto de un ataque sistemático y generalizado perpetrado por el Estado contra una población civil*”.

Probablemente la diferencia de matices y de enfoques no responda a una cuestión estrictamente dogmática, sino al hecho de que la práctica masiva y organizada de desaparición forzada de personas ha superado todos los moldes dogmáticos, y puede decirse, parafraseando el voto de dos jueces de la Corte Suprema, que plantea problemas paradójales “*de tal magnitud que escapa a toda posible imaginación de laboratorio de casos, al punto de no existir doctrina ni jurisprudencia aplicable*” (voto de los jueces Zaffaroni y Lorenzetti en las Causas

Cámara Nacional de Casación Penal

Causa n° 9569, "Rivas, Osvaldo Arturo y otros s/

G. 1051 y G.291, "Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años", ya citadas, consid. 9 de ambas sentencias).

Esta dificultad sin embargo, no oculta el valor argumental de ciertas afirmaciones, ni impide abordar una caracterización más precisa que intentaré emprender de la mano de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha caracterizado la desaparición forzada de seres humanos: a) como violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la CADH; b) coloca a la víctima en situación de indefensión y fuera de toda protección de la ley; c) acarrea de ordinario otros delitos conexos; d) es un delito contra la humanidad.

Desde su jurisprudencia inicial de la Corte IDH ha expresado que "*la desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar*" (Corte IDH, "Velásquez Rodríguez vs. Honduras", sent. 29/07/88, Serie C, n° 4, § 155; "Godínez Cruz vs. Honduras", sent. de 20/01/89 Serie C, n° 5, § 163; véase también su recepción por la Corte Suprema en Fallos: 327:3312, "Arancibia Clavel), y que "*el fenómeno de las desapariciones involuntarias constituye una forma compleja de violación de los derechos humanos que debe ser comprendida y encarada de una manera integral. Es una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención, que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar*" (Corte IDH, "Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras", sent. 15/03/89, Serie C, n° 6, § 147). Así por ejemplo se ha dicho que "*la desaparición forzada o involuntaria constituye una violación múltiple y continuada de varios derechos de la Convención, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad, sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido. Además, coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otros delitos conexos*" (Corte IDH, "Bámaca Velásquez vs. Guatemala", 25/11/2000, Serie C, n° 70, § 128).

En particular, se ha concebido a la desaparición forzada como acto complejo en el que a la víctima se la priva de toda protección legal, en estos términos: *“todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia”* (Corte IDH, *Blake vs. Guatemala*, sent. 24/01/1998, serie C, n° 36, § 97). En este último sentido, se ha declarado que *“ésta constituye un hecho ilícito que genera una violación múltiple y continuada de varios derechos protegidos por la Convención Americana y coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otros delitos conexos; se trata de un delito contra la humanidad. La responsabilidad internacional del Estado se ve agravada cuando la desaparición forma parte de una práctica aplicada por el Estado”* (Corte IDH, *“Molina Theissen, sentencia sobre reparaciones”*, sent de 3/07/2004, Serie C, No. 108, § 41; y *“Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador”*, sent. de excepciones preliminares de 23/11/2004, Serie C, n° 118, § 100; Corte IDH, *“Goiburú y otros vs. Paraguay”*, sent. de 22/11/2006, Serie C, n° 153, § 82).

Sobre la caracterización de estos delitos ha dicho la Corte Interamericana que *“la desaparición forzada significa un craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios esenciales en que se fundamentan el sistema interamericano y la propia Convención Americana. Igualmente claro es el hecho que este delito implica un conjunto de violaciones a diferentes derechos consagrados en la Convención y que para declarar la violación de tales derechos el Tribunal no requiere que el Estado demandado haya ratificado la Convención Interamericana sobre la materia, así como tampoco lo requiere para calificar al conjunto de violaciones como desaparición forzada”* (Corte IDH, *“Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador”*, sent. de excepciones preliminares de 23/11/2004, Serie C, n° 118, § 105).

Esta caracterización de la desaparición forzada plantea dificultades frente al deber de los Estados de investigar, perseguir y castigar en su orden interno tal clase de violaciones graves a los derechos humanos, cuando no existen en el derecho interno disposiciones legales que definan y castiguen a la

Cámara Nacional de Casación Penal

desaparición forzada como tal. Sin embargo, estas dificultades no afectan la perseguibilidad en el orden interno, por lo que se dirá.

Por un lado, la Corte IDH ha expresado que *“el deber de adecuar el derecho interno a las disposiciones de la Convención Americana, de conformidad con el citado artículo 2, tiene carácter primordial para la efectiva erradicación de esta práctica. En atención al carácter particularmente grave de la desaparición forzada de personas, no es suficiente la protección que pueda dar la normativa penal existente relativa a plagio o secuestro, tortura, homicidio, entre otras. La desaparición forzada de personas es un fenómeno diferenciado caracterizado por la violación múltiple y continuada de varios derechos consagrados en la Convención, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad, sino viola la integridad y la seguridad personal y pone en peligro la propia vida del detenido, colocándolo en un estado de completa indefensión y acarreando otros delitos conexos”* (Corte IDH, “Gómez Palomino vs. Perú”, sent. 22/11/2005, Serie C, n° 136, § 92; véase también Corte IDH, “Heliodoro Portugal vs. Panamá”, sent. de 12/08/2008, Serie C, n° 186, § 181). En la visión de la Corte, el derecho interno que pena el plagio, secuestro, tortura y homicidio, entre otros actos constitutivos de la violación múltiple de derechos en que consiste la desaparición forzada, no ofrece protección suficiente frente a los deberes asumidos por los Estados de investigar, perseguir y castigar las desapariciones.

A este respecto ha destacado la Corte IDH, en particular *“la necesidad de considerar integralmente el delito de desaparición forzada en forma autónoma y con carácter continuado o permanente, con sus múltiples elementos complejamente interconectados y hechos delictivos conexos, se desprende no sólo de la propia tipificación del referido artículo III en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, los travaux préparatoires a ésta, su preámbulo y normativa, sino también del artículo 17.1 de la Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 1992, que incluso agrega un elemento más, ligado al deber de investigación, al señalar que el delito de referencia debe ser*

considerado “*permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos*” [...] “(Corte IDH, “Goiburú y otros vs. Paraguay”, sent. de 22/11/2006, Serie C, n° 153, § 83).

He dicho antes que según la Corte IDH las dificultades que acarrea la circunstancia de que en el derecho interno no se hubiese incorporado una figura que defina y castigue de modo específico ciertos actos delictivos complejos y conexos bajo el título de desaparición forzada, no obsta al deber de investigar, perseguir y castigar según el derecho doméstico, esos actos que constituyen actos ejecutivos de la desaparición forzada, o conexos con ella. Así ha declarado la Corte IDH que “*ante la imperiosa necesidad de evitar la impunidad sobre desapariciones forzadas en situaciones en que un Estado no haya tipificado el delito autónomo de la desaparición forzada, existe el deber de utilizar aquellos recursos penales a su disposición que guarden relación con la protección de los derechos fundamentales que se pueden ver afectados en tales casos, como por ejemplo el derecho a la libertad, a la integridad personal y el derecho a la vida, en su caso, que están reconocidos en la Convención Americana*” (Corte IDH, “Heliodoro Portugal vs. Panamá”, sent. de 12/08/2008, Serie C, n° 186, 182).

Sentado lo anterior, entiendo que los hechos que han sido objeto de la sentencia recurrida no son meramente delitos “vinculados” o que sean “consecuencia” de una desaparición forzada, sino antes bien, forman parte de la ejecución de la desaparición forzada de Mirta Mabel Barragán. En efecto, definida la desaparición forzada de personas como la privación de la libertad de una persona, cometida por agentes del Estado o por personas que actúen con su autorización, apoyo o aquiescencia, 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, lo distintivo y característico de la desaparición forzada es este segundo elemento de la definición, que, si no se presenta, no se diferencia de otros delitos comunes, cuales el plagio, la privación de libertad, el homicidio, y otros tratamientos inhumanos conexos. La desaparición forzada es tal por la falta de información sobre la existencia de la privación de libertad, o por la negativa a

Cámara Nacional de Casación Penal

reconocer su existencia, o por la falta de información sobre el paradero de la persona. En términos llanos, lo característico del delito es la pérdida de todo rastro de la persona colocada en situación de desaparición forzada.

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

Desde esa perspectiva, entiendo que la sustracción, retención y ocultamiento de un niño nacido en parto que tuvo lugar durante el cautiverio de la madre en situación de desaparición forzada, la alteración de su estado civil, y la creación de instrumentos falsos sobre su nacimiento y sobre su identidad son parte ejecutiva de la desaparición forzada de la madre.

En este sentido, puede concordarse –al menos en casos como estos– con la argumentación del Procurador General en el caso de Fallos: 328:4423 (“Videla, Jorge Rafael s/ incidente de apelación y nulidad de prisión”), en punto a que *“del universo abarcado por el delito de desaparición forzada de personas, un sector, el que se refiere a la desaparición forzada de menores de 10 años sustraídos a sus padres, se encuentra ya previsto como un caso específico del*

delito –más genérico- del artículo 146 del Código Penal, que se le enrostra[ba] al imputado”.

Pero más aún, en un caso como el presente, es el niño nacido durante el cautiverio de su madre también una víctima de la desaparición forzosa, no sólo en el sentido de que ésta afecta a la familia de la persona desaparecida, como lo ha expresado la Corte Interamericana, sino en el sentido de que el niño ha sido –de modo promiscuo con su madre- objeto de una privación de libertad física desde el nacimiento al menos hasta su separación de ella, privación que está seguida de actos directamente dirigidos a ocultar su nacimiento, su filiación, y borrar toda traza de estos, funcionales a la finalidad de negar la existencia del nacimiento, o de informar sobre el destino del niño.

Esta comprensión del niño como víctima directa de desaparición forzada, y no meramente como víctima en sentido extenso de la desaparición forzada de su madre, aparece insinuada en la doctrina que propone que “*más allá de que la privación de la libertad en un sentido físico haya cesado por cualquier razón (sea por la muerte del detenido o por la entrega de un menor a personas distintas de los familiares), mientras se niegue o se oculte la información del desaparecido el delito de desaparición forzada de personas continúa en ejecución*” (FOLGUEIRO, *op. cit.*, p. 260). De esta afirmación puede interpretarse que está incluido como objeto del delito de desaparición –entendido como objeto sobre el que recae la acción- no sólo la madre sometida a situación de desaparición, sino al niño mismo como “desaparecido”, aunque la privación de libertad de éste hubiese cesado con la entrega a personas distintas de los familiares.

En este sentido, si bien muchos casos de desaparición, entendida como violación múltiple y continuada de variados derechos se ejecutan con la desaparición física de la víctima, la desaparición física no es decisiva, pues lo decisivo es la negación de la existencia de la privación de libertad, o de información sobre ésta y la suerte de la víctima. Evoco aquí nuevamente el voto de los jueces Zaffaroni y Lorenzetti en la causa “Gualtieri Rugnone de Prieto” antes citada, en el que señalan que entre los móviles de hechos como los del

presente caso *“puede pensarse en una tentativa de eliminar la memoria de esas víctimas, sumiéndolas en la ignorancia no sólo de su origen sino también hasta de su propia orfandad”*, como en un delito que *“se erige en una nueva cosificación humana que guarda cierto parentesco con la esclavitud, por considerar a los infantes como parte de botines de correrías criminales”*. Es además, la forma más brutal de colocar al niño al margen de la protección de la ley, porque, por la concomitancia o proximidad que tienen con su nacimiento las acciones de sustracción, alteración de estado y falsedades documentales, él mismo no estará en condiciones de reclamar la protección de la ley, pues en un número importante de casos, si no la mayoría, no tendrá conciencia de que él mismo ha sido colocado en situación de desaparecido, y por ende, de reclamar tal protección.

De tal manera, también puede concordarse con lo que ha propuesto el Procurador General en el caso de Fallos: 328:4423, al decir que *“no se trata entonces 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 la legislación interna [sino que] antes bien, se trata de reconocer la relación de concurso aparente existente entre ambas formulaciones delictivas y el carácter de lesa humanidad que adquiere la sustracción, ocultación o retención de un menor de diez años cuando es realizada en condiciones tales que constituyen una desaparición forzada”*.

Sentado lo anterior, se despeja la cuestión acerca de la imprescriptibilidad de los delitos de sustracción de un menor de diez años, su ocultamiento o retención, o de los delitos de alteración de su estado civil, o de las falsedades que son instrumentales a la ejecución de los anteriores. Porque cuando estos delitos son o forman parte de la ejecución de una desaparición forzada, en los términos expresados más arriba, entonces ellos no pueden estar sujetos al régimen de prescripción del art. 62 C.P.

Ahora bien, tal conclusión viene decidida a partir de lo resuelto por la Corte Suprema en el caso de Fallos: 327:3312 (“Arancibia Clavel”), tal como lo había resuelto esta misma Sala, en su anterior integración, en el incidente de

extinción de la acción penal por prescripción promovido por la defensa de Enrique José Berthier, tal (confr. causa n° 6474, “Berthier, Enrique J. N.”, rta. 17/02/2006, Reg. n° 8293). Criterio que ha sido reiterado por la Corte Suprema en el caso de Fallos: 328:2056 (“Simón, Julio Héctor”) cuya revisión los recurrentes no han justificado siquiera mínimamente.

A este respecto señalo que la misma Corte Suprema rechaza por insustanciales los planteos que pretenden la revisión de la doctrina sentada en los casos de Fallos: 327:3312 y 328:2056, cuando el recurrente no ofrece nuevos argumentos que justifiquen su revisión (así, por ejemplo, en la causa E. 191, L° XLIII, ‘Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/ recurso extraordinario’, sentencia de 17/02/2009), sentencias a las que, por lo demás, los tribunales inferiores deben leal acatamiento (confr. por ejemplo, Sala III, causa n° 9333, “Menéndez, Luciano Benjamín; Bussi, Antonio Domingo y Cattaneo, Alberto Luis s/ recurso de queja”, rta. 16/06/ 2009, Reg. n° 767/09; y causa n° 9411, “Zimmerman, Albino Mario Alberto s/ rec. de queja”, rta. 7 de mayo de 2009, Reg. n° 575/09, de la misma Sala).

Sentado lo anterior, corresponde rechazar la pretensión de las defensas recurrentes en cuanto sostienen que las acciones nacidas de los delitos por los que han sido condenados los imputados se habían extinguido por prescripción.

-VIII-

a) Los delitos objeto de la condena

Que, en definitiva, de acuerdo a lo que se ha establecido en los considerandos que anteceden, corresponde reformar el punto dispositivo II de la sentencia recurrida de fs. 3887/3977, y condenar a Osvaldo Arturo Rivas como autor responsable de los delitos de retención y ocultamiento de una niña sustraída antes de los diez años de edad, alteración del estado civil de una niña menor de diez años de edad, falsedad ideológica de instrumento público –certificado de parto y partida de nacimiento- y falsedad ideológica de instrumento público destinado a acreditar la identidad de las personas, todos en concurso ideal (arts.

Cámara Nacional de Casación Penal

45, 55, 146 –texto según ley 24.410-, 139, inc. 2, 293, primero y segundo párrafos –textos según leyes 20.642 y 21.766- todos del C.P.).

También corresponde reformar el punto dispositivo III de la sentencia recurrida de fs. 3887/3977, y condenar a María Cristina Gómez Pinto como autora responsable de los delitos de retención y ocultamiento de una niña sustraída antes de los diez años de edad en concurso ideal con alteración del estado civil de una niña menor de diez años de edad (arts. 45, 55, 146 –texto según ley 24.410-, 139, inc. 2, C.P.).

Debe además modificarse el punto dispositivo IV de la sentencia recurrida de fs. 3887/3977, y condenar a Enrique José Berthier como autor responsable de los delitos de ocultamiento de una niña sustraída antes de los diez años de edad, de falsedad ideológica de instrumento público y como partícipe necesario en la alteración del estado civil de una niña menor de diez años de edad, todos en concurso ideal (arts. 45, 55, 146 –texto según ley 24.410-, 139, inc. 2, 293, primer párrafo –textos según leyes 20.642 y 21.766-).

La reforma parcial de los puntos dispositivos II, III y IV de la sentencia impone examinar y decidir sobre incidencia que esta modificación pudiese tener sobre la medida de la pena. Sin embargo esta cuestión no puede ser abordada de modo independiente del examen de los agravios presentados en los respectivos recursos de casación con relación al modo en que la pena había sido individualizada por el tribunal *a quo*.

b) Los agravios presentados sobre el modo en el que el *a quo* ha establecido la medida de las penas.

Los agravios presentados en los recursos de casación han definido el alcance de la jurisdicción de esta Sala (art. 445 C.P.P.N.), de modo que no corresponde aquí emprender la determinación de la pena revisando todos los elementos relevantes de modo global y *ex novo*, sino sólo examinar los puntos de la sentencia que han sido objeto de impugnaciones, y decidir lo que corresponda.

Tanto la defensa de Osvaldo Arturo Rivas, como la Fiscalía y las querellantes, han impugnado los puntos dispositivos II, III y IV en cuanto a la magnitud de las penas impuestas.

Antes de abordar los respectivos agravios, considero necesario advertir que el alcance de la jurisdicción de esta Sala para revisar la magnitud de la pena impuesta varía según se trate de la impugnación del condenado o de los acusadores.

En cuanto al recurso del condenado dirigido contra la determinación de la pena que le ha sido impuesta la revisión no debe restringirse al control de arbitrariedad de la sentencia, pues el caso se rige por los estándares sentados en Fallos: 328:3399 (“Casal, Matías Eduardo”).

Antes de ahora he abordado esta cuestión (confr. causa n° 9314 de esta Sala “Campos, Luis Alberto s/rec. de casación”, rta. 25/07/08, Reg. N° 13.053; tb. mi voto en la causa causa n° 8940, de la Sala I, “Noguera, Antonio Miguel s/rec. de casación”, rta. 16/09/08, Reg. N° 12.522) y he advertido que el art. 456 C.P.P.N. que enuncia los motivos admisibles de casación debe ser leído de un modo que no frustre el derecho establecido en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en favor del condenado, que resulta complementario de los derechos y garantías enumerados en la primera parte de la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22, C.N.). Aquél enuncia que “*toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley*”.

Si bien la disposición transcrita reenvía a lo prescrito por la ley doméstica, los Estados no tienen margen de discreción para limitar la disponibilidad de los recursos sólo a la revisión de la declaración de culpabilidad, o sólo a la revisión de la pena, pues la conjunción copulativa "y" no deja lugar a dudas de que debe asegurarse la posibilidad de la revisión de ambos aspectos (confr. STAVROS, Stephanos, *The guarantees for accused persons under art. 6 of the European Convention on Human Rights*, ed. Martinus Nijhoff, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1993, p. 269).

Cámara Nacional de Casación Penal

Interpretando esa disposición convencional el Comité de Derechos Humanos ha sostenido, en la Comunicación N° 701/1996, "Cesario Gómez Vázquez c. España", dictamen de 11/08/2000, doc. CCPR/C/69/D/701/1996, que, *"al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión éste ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto [...] El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena sea revisado íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación [...] limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14 del Pacto"* (§ 11.1). Más tarde, en la Comunicación N° 836/1998, "Kestutis Gelazauskas c. Lituania", dictamen de 2 de junio de 2003, doc. CCPR/C/77/D/836/1998, se ha remitido expresamente al caso anterior y ha afirmado: *"el Comité recuerda que el párrafo 5 del artículo 14 supone el derecho a una revisión de hecho y de derecho por un tribunal superior"* (§ 7.2). Como puede advertirse, el Comité no distingue y entiende que sea que se pretenda la revisión de la condena o sentencia sobre la culpabilidad, o del dispositivo por el que se establece la pena, la revisión integral comprende tanto los aspectos de hecho como los de derecho.

De tal suerte, no cabe asignar al recurso contra la sentencia previsto en el art. 14.5 PIDCP un alcance más o menos amplio según el recurrente pretenda la revisión de la declaración de culpabilidad o de la pena.

Por lo demás, la jurisprudencia del Comité del caso "Gómez Vázquez" ha sido recibida por la Corte IDH en su sentencia en el caso "Herrera Ulloa v. Costa Rica", sent. de 2 de julio de 2004, Serie C, N°107, § 166, y más tarde por la Corte Suprema en el caso de Fallos: 328:3399 ("Casal, Matías Eduardo").

Entiendo, pues, que la jurisdicción de esta Cámara abierta por el recurso de fs. 3997/4054 no puede quedar limitada al examen excepcional de la tacha de arbitrariedad, y que el Tribunal debe seguir el estándar fijado por la Corte Suprema en el citado precedente, que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de ser revisado, o sea de agotar la revisión de lo revisable (confr.

considerando 5 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay), con la salvedad de que la jurisdicción de revisión quedará circunscripta a los agravios presentados y no implicará una revisión global de oficio de la sentencia (art. 445; vide también consid. 12, párrafo 5, del voto de la jueza Argibay en el caso citado).

Desde esta perspectiva deben ser examinados los agravios de la defensa en punto a la determinación de la pena impuesta a Osvaldo Arturo Rivas y a María Cristina Gómez Pinto.

Distinta es la jurisdicción disponible para la revisión de la determinación de la pena por virtud de los recursos de casación interpuestos por la Fiscalía y por las querellas. La primera, no tiene derecho a una jurisdicción de revisión más amplia que la que le concede el art. 456 C.P.P.N., porque no puede invocar en su favor el art. 8.2, letra h, CADH, ni el art. 14.5 PIDCP, en la medida en que esos tratados internacionales de derechos humanos están concebidos para asegurar cierto piso mínimo de garantía de las personas frente al Estado, y, en cuanto aquí interesa, la garantía de los derechos de las personas imputadas (confr. Fallos: 320:2145, “Arce, Jorge Daniel”, consid. 6). Tampoco tiene disponible la querella una vía de revisión más amplia que la delimitada por el art. 456 C.P.P.N. Ello es así porque tanto el art. 8.2, letra h, CADH, como el art. 14.5 PIDCP, se refieren a garantías mínimas del imputado condenado.

Por lo demás, si bien se observa, no es de aplicación aquí la doctrina del caso de Fallos: 328:3399 (“Casal, Matías Eduardo”) que ha sido elaborada respecto de casos en que se trataba de la primera pretensión recursiva del condenado contra una sentencia de condena (confr. causa Nro. 8258 del Registro de esta Sala, “Mugica, Pablo s/ recurso de casación”, rta. 30/10/2008, Reg. N° 11.908; causa n° 8950, “Marino, Eduardo D., s/ recurso de casación”, rta. 03/02/09, Reg. N° 13.7575, y causa n° 10.740, “Taccari, Carlos A. s/recurso de queja”, rta. 03/06/09, Reg. N° 14.612). De tal suerte, no cabe sino un escrutinio estricto de los motivos de casación del art. 456, C.P.P.N. en cuanto concierne a los recursos de los acusadores.

Cámara Nacional de Casación Penal

La defensa pública de Oswaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pinto ataca diversos aspectos de la sentencia en punto a la determinación de la pena. Se queja de que el *a quo* hubiese tomado como agravante, en el marco del art. 146 C.P., "*el más que evidente daño psicológico causado a la víctima a través del ocultamiento y situación de mentira generada para ocupar un rol que, a los sujetos activos, obviamente no les incumbía*" y sostiene que el ocultamiento a la que se refiere el tipo penal, "*supone una situación de mentira, ya que es difícil suponer un ocultamiento sin mentira*", alega que "*es obvio el daño psicológico que este tipo de conductas va a generar en todos los casos en la víctima*" y que "*estos dos aspectos se encuentran siempre abarcados por la realización del tipo penal y no pueden constituir, por eso mismo, una circunstancia agravante*". Discute también con el mismo argumento que el *a quo* hubiese considerado como circunstancia agravante el esfuerzo que tuvo que emprender la víctima para "*asumir la reubicación de sus afectos*" cuando logró encontrarse con su familia de origen. También se queja de que se hubiese considerado entre esas circunstancias las diversas versiones falsas que sobre su origen le habían dado los imputados y el estado de incertidumbre, angustia y dolor psíquico acarreado. Sostiene que esas argumentaciones "*aparecen en la sentencia como si fuesen tres motivos de agravación independientes, cuando en realidad se refieren siempre a lo mismo; esto es, al daño psicológico que la actividad de [los imputados] habría producido en la víctima*" (fs. 4051/4051 vta.).

También ataca la sentencia en cuanto relevó el "*daño ocasionado a sus familiares legítimos, a quienes se despojó de su descendencia sin que éstos renunciaran a ella*", sosteniendo que esta consecuencia se encuentra abarcada por la realización del tipo penal.

En otro orden, y con relación a la relevancia que el *a quo* asignó a la duración de la retención y ocultamiento alega que éstas "*son conductas de carácter permanente que, por lógica, habrán de prolongarse por un lapso considerable, e insiste que la actividad habría cesado en marzo de 1989*" (fs. 4052 y 4053 vta.).

En punto a las consideraciones que el *a quo* hizo sobre el maltrato que María Gómez Pinto infligió a la víctima durante su niñez y adolescencia y sobre el trato que ésta y Osvaldo Arturo Rivas le dieron después de su separación, sostiene que “ese mal trato en todo caso resultaba ser la consecuencia de una familia disfuncional”, y que “*esta circunstancia era independiente del hecho de que Rivas y Gómez no sean los padres de María Eugenia*” (fs. 4052/4053).

Finalmente se queja de que el *a quo* no hubiese acogido las alegaciones de la defensa sobre los elementos de atenuación, en cuanto no dio relevancia a la edad de los imputados, que “*tiene que ver con el hecho incontrastable de que Rivas y Gómez han llegado a esas edades sin registrar antecedentes condenatorios, ni procesos en trámite; y eso entendemos que debe valorarse positivamente*”, y adicionalmente, en cuanto concierne a María Cristina Gómez Pinto, señala su bajo nivel educativo y que una persona con mayor nivel “sería merecedora de mayor reproche que otra de menor nivel de instrucción” (fs. 4053).

Las quejas sobre la graduación de la pena que presenta la defensa de Osvaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pinto conducen, en verdad, a la necesidad de identificar si son pertinentes y admisibles, en el marco de los arts. 40 y 41 C.P. ciertos criterios de atenuación y de agravación. Pretende que la falta de antecedentes condenatorios a lo largo de toda la vida de los imputados que a la fecha de la sentencia había ingresado en la séptima década de existencia, tienen influencia atenuante que no fue reconocida, que ciertos aspectos de la socialización de María Cristina Gómez Pinto, a los que indistintamente llama “nivel de educación” y “nivel de instrucción”, aunque sin explicar qué contenido asigna a esos términos, también tendrían relevancia atenuante del reproche. Por otro lado pretende que no es permitido tomar como circunstancias o criterios pertinentes de agravación del injusto el daño psicológico causado a la niña sustraída, la ejecución de la retención y ocultamiento por medio de la mentira, y las consecuencias del daño y dificultades para asumir la vinculación con sus ascendientes biológicos, porque considera estos aspectos implícitos en el injusto de la figura legal, del mismo modo que el despojo a los ascendientes está también

Cámara Nacional de Casación Penal

comprendido en el injusto. Finalmente sin discutir la pertinencia de la duración de la retención u ocultamiento como criterio de determinación de la pena, pretende que la duración ha sido menor de la establecida en la sentencia.

El recurso de casación aparece infundado en punto a las alegaciones sobre el bajo nivel de "educación", o de "instrucción", que están desprovistas de la fundamentación mínima necesaria para abordar su tratamiento. En efecto, la defensa pública nada explica sobre el nivel concreto de "educación" o "instrucción" alcanzado por María Cristina Gómez Pinto, ni tampoco cómo ese alegado bajo nivel es un elemento relevante al momento de considerar el injusto o la culpabilidad de la imputada por los delitos concretos por los que ha sido condenada. No basta con la afirmación genérica de que *"está claro que una persona con una mejor preparación cuenta con mejores herramientas para afrontar la crianza de una persona adoptada aunque la adopción haya sido ilegal, como en este caso. Específicamente, tendrá a su alcance las más modernas tendencias que la psicología aporta sobre la problemática"*. Se trata en el caso de una niña sustraída a su madre, y de la apropiación de ésta por otra mujer que sabe que no es su hija, y que la retiene, le da un nombre y la cría a pesar de que sabe que está siendo buscada por otros. Más allá de los elementos objetivos y subjetivos que configuran la tipicidad, en el caso se trata, desde lo social, de un hecho que conmueve profundamente el valor que se asigna, desde tiempos ancestrales en nuestra cultura, a la constitución y protección de la familia fundada en la ascendencia biológica, y en la maternidad. De un valor tan primario y común que ni siquiera se pone en duda en nuestra cultura, y de un hecho tan ligado a la naturaleza humana que trasciende cualquier grado de educación alcanzado. Pues ninguna educación compleja es necesaria para aprehender el relato del "Juicio de Salomón" que pertenece a la cultura judeo-cristiana y comprender este pasaje del relato: *«Dijo el rey: "Partid en dos al niño vivo y dad una mitad a una y otra a la otra". La mujer de quien era el niño habló al rey, porque sus entrañas se conmovieron por su hijo, y dijo: "Por favor mi señor, que le den el niño vivo y no lo maten". Pero la otra dijo: "No será ni para mí ni para ti: que lo partan»*

(confr. I Reyes, 3, 25-26, cit. según *Biblia de Jerusalem*, ed. Desclée de Brouwer, Bilbao, 1975, p. 369).

Entiendo pues que el recurso de la Defensa Pública no satisface en este punto, siquiera mínimamente, las exigencias del art. 463 C.P.P.N.

Las demás cuestiones, exigen examinar el sentido y alcance de los arts. 40 y 41 C.P., y si el *a quo* al resolverlas se ha ajustado a criterios normativos compatibles con ellos. Caen, pues, en el supuesto del art. 456, inc. 1, C.P.P.N. y serán tratadas más adelante.

De otro lado, en el recurso de casación la Fiscalía ataca la medición de la pena impuesta a Osvaldo Arturo Rivas, María Cristina Gómez Pinto y Enrique José Berthier; alega arbitraria motivación e invoca el art. 456, inc. 2, C.P.P.N., y también que se ha incurrido en errónea interpretación e inobservancia de las pautas de los arts. 40 y 41 C.P. en invoca el art. 456, inc. 1, C.P.P.N.

Por una parte, se queja que el tribunal ha incurrido en arbitrariedad al valorar los trastornos de personalidad de la imputada como circunstancia de atenuación en el marco de un supuesto de disminución de reprochabilidad o de “imputabilidad disminuida”.

Sostiene la existencia de falta de fundamentación porque el tribunal debía evaluar un estado particular de la conciencia en un momento determinado del delito y no una personalidad permanente. Se queja de que la sentencia da como único fundamento para concluir en la inimputabilidad disminuida respecto de Gómez Pinto el informe psicológico de fs. 400/401, sin valorar las conclusiones que allí se exponen y no toma en cuenta el informe psiquiátrico de fs. 402/405 que concluyó en la normalidad jurídica. Señala que del testimonio de las vecinas, Olga Norma González y María del Carmen Seoane, quienes la conocían desde antes del momento del hecho no surgen indicios para presumir que la nombrada sufriera trastornos graves de su personalidad de tal magnitud para que no pudiera comprender su accionar ilícito. Por otro lado señala que en la sentencia no se expresa si esas circunstancias estuvieron presentes al momento del hecho y tampoco se analiza cómo habrían influido en la capacidad de comprensión de la

Cámara Nacional de Casación Penal

antijuridicidad de la conducta, dado que tanto el informe psicológico fechado el 2 de mayo de 2002 y el informe psiquiátrico dan cuenta de una "normalidad".

Concluye que *"la consideración de esta circunstancia como atenuante de la pena resulta completamente arbitraria y debe ser desechada [por esta Sala], imponiendo un nuevo monto de pena que no valore este extremo en la mensuración"* (fs. 4087/4087 vta.).

El recurso de casación de la Fiscalía no es admisible en cuanto concierne a este agravio sobre la alegada arbitrariedad en la consideración del informe psicológico de fs. 400/401. Contra lo que sostiene, en la sentencia no se ha sostenido la existencia de un supuesto de imputabilidad disminuida al momento de la ejecución de los hechos. Ningún sustento ha dado el *a quo* en este sentido, y simplemente se ha limitado expresar que *"los serios trastornos de la personalidad de Gómez, en tanto sí fueron acreditados ya que se incorporaron por lectura a conocimiento del colegiado y que en la causa obran a fs. 400/401, habrán de reflejarse en una disminución de su reprochabilidad, sin que ello implique hacerla ingresar en una eximente de responsabilidad"* (art. 34.1 C.P.). Más allá de los defectos sintácticos, de la sentencia no surge lo que la Fiscalía sostiene. Habida cuenta de que, en el marco del art. 41 C.P., cabe la consideración de la personalidad del agente para la medición de la pena, más allá de la cuestión de la capacidad de comprensión del injusto, incumbía al recurrente demostrar que la consideración que se hizo en la sentencia no tenía base en esa disposición o era arbitraria. Por lo demás, los restantes argumentos del agravio conducen al examen del valor de los informes psicológico y psiquiátrico, y a su confrontación, y exceden el examen que la Fiscalía tiene garantizado por la vía del art. 456, inc. 2, C.P.P.N.

En otro orden, la Fiscalía imputa al *a quo* haber descalificado arbitrariamente la pretensión punitiva concreta expresada en el alegato. Allí el representante del Ministerio Público al acusar a Osvaldo Arturo Rivas, María Cristina Gómez Pinto y Enrique José Berthier, había pedido se impusiese a cada uno de ellos las penas de veinticinco años de prisión, accesorias legales y costas,

por los hechos objeto de acusación. En el recurso del acusador público se sostiene que cuando las defensas optaron por la tramitación del proceso por el régimen del Código Procesal Penal de la Nación, *“hicieron caer la acusación formulada por los fiscales Comparatore y Evers en la instrucción [bajo el régimen procesal de la ley 2372] en lo que atañe a la pretensión punitiva”* y que al cambiar el régimen procesal *“la acusación formulada por los fiscales de primera instancia debe ser considerada [...] como un requerimiento de elevación a juicio, en cuanto a la descripción de los hechos y la calificación legal aplicable”*.

Después de señalar que en el régimen actual no se le exige al fiscal que formule pedido de pena al momento del requerimiento de elevación a juicio sostuvo que el pedido de pena realizado bajo el régimen anterior *“no puede tener incidencia alguna”*.

Agrega que *“fueron los propios actos de los imputados, ejercidos con la debida defensa técnica, los que enervaron el viejo procedimiento y habilitaron este régimen procesal en el cual el pedido de pena por parte del Ministerio Público se expresa al finalizar el debate y no antes”* y sostiene que *“no puede la defensa alegar agravios sobre sus propias elecciones”*.

Sostiene que la pretensión punitiva expresada en primera instancia lo fue sobre la base de un régimen procesal diferente, puramente escrito y sin debate, conforme las reglas del antiguo Código de Procedimientos en Materia Penal, y que ahora, *“luego de producida la audiencia de debate, este Ministerio Público ha evaluado las circunstancias fundantes de la determinación de la pena de modo diferente”* (SIC, fs. 4089). Alega que *“se ha producido el juicio entre ambos actos, el que ha permitido apreciar con la inmediación del caso, las gravísimas circunstancias que se tornan imperativas para considerar este caso como uno de los más graves supuestos de los que prevé el legislador al pensar el máximo de la escala penal y que deben evaluarse para determinar la pena a imponer”* (ibídem).

Después de discutir que el Ministerio Público no forma parte del tribunal, y de presentar su concepción acerca de la limitada función orientadora del principio de objetividad que rige la actuación del Ministerio Público Fiscal,

Cámara Nacional de Casación Penal

pide que esta Cámara “*revise la decisión del Tribunal en este punto a la hora de determinar la pena a imponer en el caso*” (fs. 4092).

Entiendo que esta queja también es inadmisibles. En primer lugar, el *a quo* no ha declarado que la Fiscalía estuviese limitada por la pretensión punitiva sensiblemente menor respecto de todos los imputados, que el Ministerio Público había presentado con la acusación (fs. 2210/2217). En la sentencia se lee: “*llama poderosamente la atención el incremento sancionador en las actuales pretensiones, habida cuenta que al estar el proceso encuadrado en las normas solicitaron: [...] Acusación pública, ocho (8) años para Rivas y siete (7) años para Gómez. En consecuencia se sorprende la defensa oficial por el viraje en las pretensiones acusadoras, que no encuentran correlato con la base fáctica, la cual no se vio conmovida por ningún aporte disímil con respecto al momento en que aquellas acusaciones se produjeron. Este argumento es compartido por el Tribunal en los precisos límites en que el mismo ha sido planteado, aun cuando no implique, necesariamente que las pretensiones establezcan un marco a la punición*” (fundamentos, fs. 3970).

Así, en los términos en que se expresa la sentencia, y a la luz de los agravios presentados contra ella, esta Sala no está llamada a examinar si la petición original de penas del escrito de acusación de fs. 2210/2217, precluía la posibilidad de que durante el juicio, y en virtud del cambio de régimen procesal que bajo el cual tramitaba el caso, la Fiscalía estaba habilitada para modificar su petición de condena, elevándola sustancialmente como lo hizo, respecto de los tres acusados. Sentado ello, las argumentaciones que trae la Fiscalía en punto al alcance del principio de objetividad que regula su actuación, no tienen relación directa con lo decidido. Por lo demás, de lo que se trata es de determinar si ésta ha ofrecido en el juicio puntos de sustento pertinentes y suficientes para justificar su pretensión de que cada uno de los acusados debían ser condenados a la pena de veinticinco años de prisión. De tal suerte, lo que se presenta como un agravio autónomo no es sino una disputa que no conduce a ningún resultado sobre la pena aplicable.

En otro orden, imputa al *a quo* “*arbitraria consideración de las penas impuestas por otros pronunciamientos judiciales*” y critica que se hubiesen comparado las penas impuestas en otras sentencias judiciales por delitos similares, y el modo en que se ha efectuado la comparación. Comienza por evocar que en el alegato había sostenido que “*los órganos de administración de justicia habían sido extremadamente piadosos al penar estos gravísimos delitos*” y que “*ésta resultaba una oportunidad de cambiar el rumbo injusto y de restablecer la racionalidad axiológica que debe sostener un cuerpo legal y la práctica de sus operadores*”. Sostiene que “*se pretendía que el Tribunal no se ciñera a otros pronunciamientos judiciales*” y alega la existencia de cambios sociales de valoración de las conductas objeto de este proceso (fs. 4092 vta.).

Después de proponer que “*es inadmisibile que un tribunal se encuentre sujeto a la determinación de la pena efectuada por otro tribunal, lo que no se corresponde con la independencia de cada juez*”, insiste que “*debe corregirse la injusticia histórica de falta de consideración de gravedad de estos delitos*” y a continuación emprende un esfuerzo de comparación con otras sentencias para identificar las diferencias que a su juicio justificarían en este caso la imposición de las penas solicitadas en la oportunidad del art. 393 C.P.P.N. (fs. 4093 vta. y ss.)

Sostiene que “*las circunstancias concretas de cada caso que fundan la consideración de las agravantes resultan diferentes*” y señala entre esas diferencias: la prolongación en el tiempo del delito, el daño causado, la existencia de malos tratos y que la escala penal aplicable está fijada por la ley 24.410; lo que a juicio de la Fiscalía demuestra la arbitrariedad de recurrir a la comparación y el modo en que ésta se llevó a cabo.

Estas argumentaciones de la Fiscalía aparecen en cierto punto contradictorias. Por un lado afirma –y en ello lleva la razón– que la pena no debe determinarse sino con arreglo a las circunstancias de cada caso, relevantes según los arts. 40 y 41 C.P., y sin consideración a la magnitud de las penas impuestas en otros procesos por delitos de análoga naturaleza. La comparación sólo podría conducir a conclusiones superficiales sobre el carácter inusitado de la pedida por

Cámara Nacional de Casación Penal

la Fiscalía, pero no ofrecería ningún otro aporte decisivo para la medición de la pena, porque esta debe ser establecida en cada caso, conforme a las circunstancias de cada caso, y corresponde a la acusación demostrar los elementos en los que en cada caso funda su pretensión de pena. Por otra parte, la Fiscalía aparece contradiciendo el punto de partida, porque alega la existencia de sentencias anteriores "extremadamente piadosas" respecto de delitos gravísimos, y la necesidad de reparar una alegada "injusticia histórica" de la falta de consideración de gravedad de esos delitos. Aquí se trata, sin embargo, de la determinación de la pena en este caso, de suerte tal que es inoficioso el tratamiento de los ejercicios de comparación que la Fiscalía ha emprendido para mostrar analogías y diferencias con otros casos.

También ataca la Fiscalía la determinación de la pena imputando al *a quo* arbitraria omisión de considerar el carácter de delitos de lesa humanidad como agravante. Se refiere a la argumentación que había presentado en el debate en el sentido de que la sustracción de un niño y su posterior retención y ocultamiento es una desaparición forzada de personas en la que se verifican los siguientes elementos: a) privación de la libertad de los menores que se inicia con la sustracción de la esfera de custodia de su familia; b) acto realizado por parte de agentes del estado o con su aquiescencia; c) negativa sistemática sobre la privación de la libertad, así como a brindar información sobre el paradero de las personas detenidas respecto de los menores y sus familiares de origen d) esto impide interponer los recursos legales.

Concluye que se trata de delitos sumamente graves que deben ser castigados como tales, con cita de la Convención internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas cuyo art. 20 establece que estos delitos deben ser sancionados "*con penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad*" y pretende que "*la exégesis de los delitos de sustracción, retención y ocultación en los casos antes explicados puede ser repensada a la luz de estas directrices internacionales*", que establecen pautas

interpretativas respecto del bien jurídico tutelado por estos delitos y quiénes son sus víctimas, incluyendo a los familiares del niño sustraído.

Argumenta, por comparación con el art. 77.1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional –Estatuto de Roma- sobre la “*imposibilidad de cuantificación de esta clase de ilícitos, por cuanto [...] superan todo umbral de agresión a los bienes jurídicos y por ello corresponden a la máxima gravedad posible*” y se agravia de que la sentencia, de modo arbitrario, omitió contestar este punto (fs. 4102). Sostiene que “*el caso en examen constituye aquellos de los más graves casos que pueden encuadrar dentro de la escala penal aplicable*” y que “*en el caso, la gravedad impone el máximo legal de pena, más allá de que otros casos iguales o aún más graves –por ejemplo, por un mayor número de hechos- también lo merecieran, pues ello resulta una consecuencia directa del maximum punitivo*”.

Reitera la obligación que el derecho internacional impone de sancionar estos delitos con penas adecuadas, y sostiene que la omisión de consideración del hecho como delito de lesa humanidad con razones infundadas torna arbitraria la sentencia en este punto.

Esta cuestión remite a la consideración de la naturaleza de la acción, enunciada entre los criterios del art. 41 C.P., y el agravio se sintetiza en que el *a quo* no ha tomado en cuenta la naturaleza de la acción como delito de lesa humanidad. Cae pues bajo el supuesto del art. 456, inc. 1, C.P.P.N., y este aspecto del recurso será objeto de oportuna consideración.

También se agravia la Fiscalía de que el *a quo* hubiese rechazado en el caso que la intervención de varias personas en el hecho debiese ser considerada como agravante. Sostiene que si bien la figura penal del art. 146 C.P. no contiene una agravante específica ello no significa que la intervención de varias personas, valorada por el legislador en tipos penales análogos, no debe reflejarse en la valoración de la pena. Argumenta que “*por regla general, el delito cometido por varios intervinientes revelará un ilícito más grave, en tanto representa un aumento del poder ofensivo, dado que de este modo, la pertenencia a un grupo para cometer el hecho, facilita a sus miembros el logro de sus objetivos, por la necesaria división de tareas*”, y emprende una comparación con otras figuras

Cámara Nacional de Casación Penal

penales que conminan delitos contra la libertad que contemplan la agravación por intervención plural.

Sostiene que *“la intervención múltiple Gómez Pinto, Rivas y Berthier en la concreta configuración del hecho resultó en un mayor esfuerzo por parte de María Eugenia Sampallo Barragán para quebrar el círculo de mentiras que los acusados sostuvieron mediante un sólido pacto entre ellos, y que llevó a ocultar la identidad de aquella durante años, alejándola de su familia”*.

Pretende pues que se determine nuevamente la medida de la pena computando esta circunstancia.

También este agravio remite a una cuestión de interpretación normativa, bajo la óptica del art. 41 C.P., que cae bajo el supuesto del art. 456, inc. 1, C.P.P.N.

Finalmente se agravia por falta de fundamentación de la sentencia en punto a la determinación de la pena, señalando que el Tribunal enunció las circunstancias que consideraba agravantes, pero *“no explica cuánto disvalor le asigna a esas agravantes, ni siquiera con una mínima mención, y, por otro lado, ello no se ve reflejado en la pena que impuso”*.

Sostiene que la escala penal cubre el caso más grave como el más leve concebibles para el delito de que se trate y que resulta necesario un caso base para la comparación, y que en la sentencia *“ni siquiera se mencionó si las agravantes que consideró especialmente justificaban la elevación notoria de la pena por encima del mínimo; no mencionó si las circunstancias del hecho examinado acercaban al caso abstracto más grave contenido en la norma, como lo sostuvo la Fiscalía, y por qué”*. Propone que el mínimo legal parece más bien fundado en criterios de prevención general, que establece *“un piso por debajo del cual la sociedad no está dispuesta a renunciar al castigo estatal por la gravedad abstracta del delito, aun cuando fuera ínfimo el reproche que pudiera formularse al autor”* (SIC, fs. 4105 vta.) y sostiene que *“en las antípodas de la bagatela se sitúa nuestro caso, en el cual la gravedad superlativa de inusitados crímenes hace*

estallar los máximos punitivos al que cabe ceñirse sólo en cumplimiento celoso del principio de legalidad”.

Alega que las circunstancias agravantes enunciadas por el *a quo* no se reflejan en la medida de la sanción aplicada, y “*esta omisión de la sentencia configura un motivo de arbitrariedad*” (fs. 4106 vta.). Así alega que fueron cuantificados de modo defectuoso el tiempo de prolongación del delito, el daño gravísimo para la salud psíquica de la víctima, las “violencias” con las que se cometió el hecho, y la participación de un funcionario público.

Concluye pidiendo que se determine nuevamente la pena de los acusados, computando los hechos por los que habían sido absueltos y cuya condena impetra, y valorando nuevamente las pautas de los arts. 40 y 41 C.P. admitiendo como única atenuante la falta de antecedentes y pretendiendo se valoren entre las agravantes el carácter de lesa humanidad de los delitos objeto de acusación, la pluralidad de intervinientes, y en cuanto a las restantes reconocidas por el *a quo* se sigan “*las pautas de valoración explicadas para realizar la cuantificación de las agravantes, manteniendo la armonía axiológica entre las escalas penales y demás circunstancias que también el tribunal oral omite arbitrariamente*”. Reitera que todo “*ello lleva necesariamente a considerar estos hechos como uno de los más graves posibles entre todos los supuestos abstractos incluidos por el legislador en esas escalas penales*”, y sobre esa base requiere se imponga a los acusados la pena de veinticinco años de prisión (fs. 4108).

En este aspecto el recurso aparece suficientemente fundado, y remite al escrutinio de la existencia de motivación suficiente de la medida de las respectivas penas impuestas, en el marco de los arts. 456, inc. 2, C.P.P.N., en función del art. 404 del mismo código.

A su turno la representación de las querellantes también ataca la sentencia atribuyéndole arbitrariedad por ausencia de la debida fundamentación en cuanto a los parámetros de la determinación de la pena. Evoca jurisprudencia de esta Cámara sobre casos en los que se considera admisible el recurso de casación por falta de fundamentación o arbitrariedad en la medición de la pena. Comienza por señalar que la sentencia del *a quo* “*describe qué circunstancias deben ser*

Cámara Nacional de Casación Penal

tenidas como agravantes y cuáles como atenuantes, sin luego realizar mención alguna sobre la transformación de todas las consideraciones en una expresión numérica". Sostiene a continuación que no se agravia de la carencia de un "cálculo matemático", sino de la falta "*de alguna referencia, por escueta que sea, de cuáles han sido los criterios o teorías utilizadas para la determinación de la pena a cada uno de los procesados*" (fs. 4117 vta.).

A partir de ese señalamiento, discurre sobre los modelos teóricos de individualización de la pena, enuncia las teorías de la pena exacta o puntual, del espacio de juego, y del valor posicional, y se queja de que "*en la sentencia nada se expresa sobre qué parámetros se utilizaron para graduar la pena a cada imputado, ni qué teoría se utilizó para ello*" (fs. 4118/4118 vta.). Insiste en que "*nada refiere a qué teoría utilizó para individualizar las penas en concreto; si en aquel proceso utilizó la culpabilidad en algún sentido, o en su defecto reparó en consideraciones de carácter preventivo*" y en que "*no hay modo de poder acceder a la reflexión y fundamentación que llevó al tribunal a aplicar aquellas penas y el por qué de no otras*".

Finalmente, señala que "*una de las cuestiones que necesariamente se debe mencionar, y que en la sentencia el Tribunal también omitió, está vinculada a los fines de la pena*" y reproduce un pasaje de una conocida obra de doctrina que sostiene que "*la decisión acerca de los fines que debe cumplir la pena es la que permitirá orientar la decisión respecto de qué circunstancias serán consideradas relevantes y qué valor se les dará. Constituye el trasfondo de la decisión correcta, un marco conceptual ineludible, y permite realizar una selección previa del material a ser tomado en cuenta y un primer lineamiento acerca de cuál es la importancia, el valor que se le otorga a ese material*" (fs. 4119, con cita de ZIFFER, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 94).

Concluye que teniendo en cuenta que la individualización de la pena no es una cuestión discrecional de los magistrados, y que su corrección debe ser comprobable desde el punto de vista jurídico, la sentencia es arbitraria.

En otro orden, sostiene que el Tribunal Oral incurrió en errónea aplicación de los criterios establecidos en los arts. 40 y 41 del Código Penal por cuanto los delitos objeto del proceso se adecuaban a la categoría de crímenes contra la humanidad, y rechazó valorar esta calidad como pauta mensurativa de los arts. 40 y 41 del Código Penal.

Se agravia de que se omitió ponderar el carácter de crímenes contra la humanidad de los delitos del caso, y que por ende resulta manifiestamente inmotivada la fijación de la pena. Argumenta que la República Argentina “*se ha obligado internacionalmente a investigar, juzgar y sancionar adecuadamente a los responsables de delitos contra la humanidad*” (fs. 4120, el destacado en el original). Sostiene que los delitos objeto de este proceso, en cuanto delitos contra la humanidad, “*impactan sobre las pautas que fijan los artículos 40 y 41 del Código Penal, en cuanto a que aquellos han sido cometidos en ejecución de un plan criminal que incluía la comisión de distintos delitos, como la desaparición forzada de personas, la aplicación de tormentos, el homicidio, la sustracción, retención y ocultación de menores de diez años*”. Propone que la prohibición de este tipo de crímenes es considerada parte del *ius cogens* que obliga a los Estados de la comunidad internacional a “*castigar adecuadamente este tipo de conductas*” y argumenta que “*perderían todo sentido las normas que imponen la inderogabilidad de estas prohibiciones y la obligatoriedad de su juzgamiento si los Estados miembros de la comunidad de las naciones pudiesen imponer sanciones irrisorias a los responsables de este tipo de crímenes*” (fs. 4121 vta./4122). Señala también que según el derecho internacional convencional la República Argentina “*se encuentra obligada internacionalmente a perseguir, juzgar y sancionar con penas adecuadas (a la gravedad de los hechos) a los responsables de crímenes contra la humanidad*” y cita la jurisprudencia de la Corte IDH sobre los arts. 1.1, 1.2, 8 y 25 CADH sentada a partir del caso “Barrios Altos”, propone que los arts. 2 y 9 del PIDCP deben ser interpretados en la misma dirección a la luz de esa jurisprudencia, y evoca que la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas “*obliga a nuestro país a castigar ese delito contra la humanidad con penas*

Cámara Nacional de Casación Penal

apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad", y que lo mismo establece la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas "al obligar el castigo de ese delito contra la humanidad mediante una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad" (fs. 4124 vta./4125).

La querrela no presenta en su remedio casatorio ninguna pretensión concreta, ni en la parte pertinente de desarrollo de los agravios contra la determinación de la pena en el que sostiene que "corresponde elevar la pena impuesta a los tres procesados" (confr. fs. 4126) ni tampoco en su petitorio final en el que simplemente se pide que el *a quo* "eleve los autos a conocimiento del Alto Tribunal a fin de que atienda los argumentos expuestos en el presente escrito y, en consecuencia, dicte fallo con arreglo a derecho" (fs. 4133).

El recurso de la querrela sólo es parcialmente admisible en lo que concierne a sus agravios sobre el modo en que el *a quo* ha determinado las penas a imponer a los condenados.

Si bien se observa, en el escrito de interposición se hacen censuras genéricas acerca de la falta de adscripción del tribunal a un marco teórico sobre la práctica de la medición de la pena y a alguna teoría sobre los fines de la pena, pero se falla en demostrar que tal adscripción fuese decisiva para la satisfacción de las exigencias de motivación que pone el art. 404 C.P.P.N. Por lo demás, aparece subyacente en la imputación de ese defecto, una confusión entre las construcciones conceptuales que podrían servir como ayuda instrumental para hacer explícitas las relaciones entre los elementos que pesan en la elección de una pena determinada y su especie, y la exigencia de que la determinación de la pena pueda encontrar sustento en las bases normativas de los arts. 40 y 41 C.P. El art. 404 C.P.P.N. no exige adscripciones de aquel tipo, sino simplemente una expresión de fundamentos que pueda ser confrontada con los hechos y la ley aplicable, en el caso los arts. 40 y 41 C.P. De tal modo que el 456, inc. 2, C.P.P.N. no habilita para revisar en casación cuestiones puramente teóricas, mientras no se demuestre que se infieren de modo necesario del marco normativo aplicable, y que son decisivas para la solución del caso. Por lo demás, si se pretende que la

sentencia tuviese el defecto que el recurso de las querellas pretende asignarle, entonces el recurso de casación aparece infundado, en cuanto no adscribe a ninguna teoría y no demuestra cómo la elección de alguna de las teorías que enuncia, pero cuyo funcionamiento práctico ni aplicación al caso explica, habría de poner en crisis la sentencia recurrida. En este aspecto el recurso de casación es inadmisibile (art. 463 C.P.P.N.).

Por el contrario, la pretensión de que el carácter de crimen de lesa humanidad, que pretende debe asignarse a los delitos objetos del proceso, tiene que encontrar expresión en la medida de la pena, se vincula con la interpretación del art. 41 C.P. en cuanto manda tomar en cuenta la naturaleza de la acción, por lo que esta cuestión será abordada oportunamente.

b) Las penas que corresponden a los hechos objeto de la condena.

El art. 18 C.N. sólo permite la aplicación de una pena a una persona que ha cometido u omitido un hecho definido en una ley anterior. Sin embargo, el Congreso de la Nación, cuando define esos hechos por ley, conforme a la autoridad que le confiere el art. 75, inc. 12 C.N., no goza de discrecionalidad absoluta: tiene un límite en el art. 19 C.N. que sólo autoriza la intervención estatal respecto de acciones que afectan el orden o la moral pública, o los derechos de un tercero. El Estado sólo puede interferir con acciones humanas cuando se presenta una “afectación” en el sentido de lesión o peligro de lesión al orden y la moral pública, o los derechos de un tercero.

La dañosidad del hecho, o el peligro de daño cuya ejecución acarrea, son a la vez el fundamento y el límite de la intervención estatal mediante la conminación y aplicación de una pena. Se pena porque el hecho ha sido prohibido por su carácter dañino. En este marco, la culpabilidad no es un fundamento de la prohibición, sino una condición adicional a ésta, de modo que no puede haber una culpabilidad independiente del daño que el hecho causa, o cuyo peligro acarrea.

De allí se infieren dos consecuencias: a) en general las cualidades personales del agente no tienen relevancia para decidir la prohibición del hecho, ni para medir en abstracto la pena que corresponde al hecho prohibido, porque es el

Cámara Nacional de Casación Penal

hecho y no el autor los que están en el fundamento de la prohibición y el alcance más o menos dañino del hecho lo que da la medida de la pena; por excepción esas cualidades son decisivas para la prohibición en los delitos especiales propios; b) la culpabilidad es una condición para la aplicación de la pena, pero cualquiera que sea la medida de la culpabilidad, no existe una medida de culpabilidad que pueda superar la medida del injusto, pues no hay culpabilidad sino por un determinado injusto, de allí se sigue que la pena no puede superar la medida del injusto, o en otras palabras, del daño o peligro de daño prohibido por la ley penal bajo amenaza de pena (confr. causa n° 9583, "Garaza Pereira, Rodolfo s/ recurso de casación", rta.: 22/04/09; Reg. N° 14.311).

Los arts. 40 y 41 del Código Penal deben ser interpretados desde esa óptica. A partir de mi voto en la causa n° 9108 de esta Sala, "De las Toscas, José Luis s/ recurso de casación", (rta. 14/07/ 08, Reg. N° 12.095), señalé que el segundo indica a los jueces que para la determinación de la pena deben tomar en cuenta circunstancias que se refieren al hecho (inc. a), y circunstancias que se refieran al autor o agente (inc. b). Las primeras comprenden -aunque no de modo exhaustivo- los elementos objetivos del injusto del que el autor ha sido hallado culpable, a saber, la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y peligro causados.

La prohibición de doble valoración es un principio en general aceptado e inferido de la prohibición *ne bis in ídem* que predica que cuando una circunstancia está contemplada en el supuesto de hecho de la figura legal no debe ser tomada en cuenta nuevamente para la cuantificación de la pena. Se explica que "*esta regla elemental impide que una circunstancia, cuando forma parte de la descripción típica en su determinación básica o cualificada que agraven la pena, pues ya integra el desvalor del injusto que se reprocha*" (ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *op. cit.*, p. 1046), o en otros términos que "*todas aquellas circunstancias que fundamentan el ilícito no pueden ser consideradas nuevamente al momento de fijar la pena para un hecho concreto*" (ZIFFER, *op. cit.*, p. 107).

Una observación preliminar lleva a advertir que los elementos objetivos definidos en el supuesto de hecho objetivo de la figura legal están por cierto constituidos por una acción de una determinada naturaleza, a veces por el empleo de ciertos medios para realizar esa acción, y en otras la figura legal requiere la producción de un daño o la creación de un peligro. El art. 41, inciso a, C.P., no podría ser interpretado en el sentido de que debe darse relevancia, en el momento de determinación de la pena, a la constatación de la presencia de los elementos que son requeridos por la ley para satisfacer el supuesto de hecho objetivo de la figura legal. Así, por ejemplo, cuando la ley requiere ardid o engaño, la constatación de la existencia de ese ardid o engaño no puede tener ningún efecto en la determinación de la pena; cuando el supuesto de hecho requiere que se mate a otro o que de la acción resulte la muerte de otro, la muerte tampoco puede tener ningún efecto esa medición; cuando se trata del supuesto de hecho de la tentativa que se satisface con la realización de la acción no consumada, la falta de consumación en sí misma no puede tener ningún efecto en la medición de la pena, y lo mismo cabe predicar cuando el supuesto de hecho consiste en la creación de un peligro; y, finalmente, cuando el supuesto de hecho de la figura legal requiere el empleo de ciertos medios para fundar la aplicación de la pena, o para establecer un marco penal diferenciado, el empleo de esos ciertos medios tampoco puede tener un efecto relevante en la graduación de la pena.

Una inteligencia en sentido contrario sería absolutamente irracional pues, con independencia de la cuestión que se podría eventualmente suscitar en torno a la prohibición de doble valoración, lo cierto es que esos elementos no proporcionarían ningún criterio operativo para determinar la pena divisible dentro del marco relativamente extenso de la escala penal que rige el caso. En otros términos, si esos elementos objetivos del injusto están ya contemplados en el injusto, y si el mínimo legal ha sido establecido como reacción mínima a cualquier acción que satisfaga el supuesto de hecho objetivo del injusto, entonces no hay modo racional de demostrar que esos elementos permitirían apartarse del mínimo de la escala penal.

Cámara Nacional de Casación Penal

Entonces, el art. 41, inc. a C.P., significa algo distinto en tanto hace referencia no ya al injusto sino a su grado (ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *op. cit.*, p. 1047), en otros términos, significa que “*el ilícito culpable no sólo constituye el presupuesto de la punibilidad de la conducta, sino también la base para la graduación de su gravedad*” (ZIFFER, Patricia, comentarios a los arts. 40 y 41 en BAIGÚN, David / ZAFFARONI, Eugenio R. (Directores), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, 2a. ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 80).

En este sentido, la prohibición de doble valoración no obsta a que un elemento que forma parte del supuesto de hecho de la figura básica, o de una figura agravada, sea tomado en cuenta en el momento de cuantificación de la pena “*para particularizar su intensidad*” (ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *op. cit.*, p. 1047), pues “*ilícito y culpabilidad son conceptos graduables, y el paso decisivo de la determinación de la pena es definir su gravedad*” (ZIFFER, *Lineamientos ...*, *cit.*, p. 107).

Esto es evidente tan pronto se toma nota de que, por definición, las disposiciones penales que conminan los delitos con penas divisibles establecen un marco penal de relativa amplitud dentro del cual están en principio comprendidos todos los modos posibles en que una conducta humana satisface el supuesto de hecho objetivo y subjetivo de la ley penal y se hace reprochable de ello. La gravedad del injusto y de la culpabilidad se determina en el momento de medición de la pena, examinando el modo y circunstancias concretas en que esa persona ha satisfecho el supuesto de hecho de la ley penal, y el modo concreto en que se ha hecho reprochable de ello. Al respecto se señala que si bien los conceptos de injusto y culpabilidad vienen dados por la teoría del delito existe una diferencia de perspectiva, ya que mientras a los fines de la imputación lo que interesa es si concurren sus presupuestos, lo que se considera en el ámbito de la medición de la pena, dado que se trata de nociones mensurables, es su intensidad (RIGHI, Esteban, *Teoría de la pena*, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 223).

Así, cuando el art. 41, inc. a, C.P., se refiere a la extensión del daño y peligro causados como elementos a tener en cuenta en la medición de la pena, está indicando que la medida de la culpabilidad, o del reproche, si se prefiere, está influenciada, entre otras, por la menor o mayor extensión del daño, y no por la existencia misma de un daño, y que la medida del peligro al que el agente ha expuesto a otras personas con su obrar culpable, es relevante en la medición de la culpabilidad, o de la reprochabilidad, si se prefiere, y no la creación misma del peligro. En otros términos, se ha señalado que está fuera de cuestión que *“la gravedad de un hecho depende también de la medida del padecimiento que o de qué intervención en los bienes jurídicos le ha inferido al afectado”* (STRATENWERTH, Günter, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Strafen und Maßnahmen*, 2ª. ed. Stämpfli & Cie. AG, Berna, 2006, p. 182, nro. 19).

Cuando el mismo inciso indica medir la pena según la naturaleza de la acción y de los medios empleados tampoco puede entenderse que se está refiriendo a aquellos componentes de la acción contenidos en la figura legal que dan fundamento a la punibilidad, o a una punibilidad atenuada o aumentada. En verdad, la acción punible rara vez consiste en la pura “causación” de un determinado resultado o en la pura creación de un riesgo. En la mayoría de los casos la modalidad de la acción que desencadena el resultado o crea el riesgo juega un papel esencial en la pena. (Ibídem, p. 183, nro. 21).

A este respecto se sostiene que *“su valoración no presenta en principio dificultades, en tanto se trate solamente de los distintos grados de intensidad del comportamiento descrito en el supuesto de hecho como tal”*, y que en ese sentido, por ejemplo, *“juegan un rol relevante en los delitos violentos, qué medida de coacción física o de amenaza ha empleado el autor, en los delitos de fraude con engaño qué tan tosco o refinada y sin escrúpulos ha sido la inducción al error, en los delitos de abuso sobre niños, cuán gravemente ha sido abusada sexualmente la víctima, etc.”*; pues *“tales valoraciones están en la misma línea que la del resultado típico; conciernen, en parte de modo directo, al grado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico [...] sólo debe prestarse atención a que*

Cámara Nacional de Casación Penal

las modalidades de la ejecución del hecho a menudo conducen a un cambio de la escala penal cuando alcanzan un umbral determinado" (Ibídem, p. 183, nro. 22).

En este último supuesto entra en consideración la prohibición de doble valoración, pues *"en tales casos las circunstancias que conducen de modo determinante a la aplicación de la escala penal modificada, no pueden servir nuevamente para fijar, dentro de esta escala, una pena especialmente alta o atenuada; de lo contrario una y la misma circunstancia se hace valer dos veces en contra o en favor del autor"*, en esto, la doble valoración de elementos del supuesto de hecho es inadmisibles, sin embargo, *"nada se opone a considerar nuevamente, en qué medida se presentan las modalidades de calificación o de privilegio"* (Ibídem, p. 183, nro. 22).

Por otro lado, en cuanto el art. 41, inciso b, C.P. indica atender a circunstancias que se refieren al autor o agente (circunstancias personales), debe señalarse que no todas estas circunstancias constituyen un punto de apoyo de la medida la culpabilidad, y entre ellas se incluyen algunas que sólo pueden tener relación con la peligrosidad del agente. Tal es el caso de las reincidencias o la existencia de antecedentes condenatorios, por ejemplo. Sobre este elemento he señalado en mi voto en la causa n° 8754 de esta Sala, "Gerstenkorn, Daniel Enrique s/recurso de casación" (rta. 14/07/08, Reg. N° 12.091) que establecida la incompatibilidad de una pena medida según la peligrosidad del agente con el art. 18 C.N., el inciso b del art. 41 puede ser interpretado por vía de una visión superadora de sus antecedentes históricos, de un modo compatible con esa disposición constitucional si se interpreta que en general el art. 41 establece pautas que atienden a la magnitud del injusto y de la culpabilidad, y que la peligrosidad no es ya fundamento de medición de la pena, sino simplemente un correctivo de la pena medida según el injusto y la culpabilidad, en el sentido de que no permitiría la aplicación de una superior al límite fijado por éstas, pero si, una menor cuando la falta de peligrosidad o la mínima peligrosidad disminuyen las necesidades preventivo especiales.

Sentado el marco teórico, corresponde entonces emprender el examen de los agravios de la defensa y de los acusadores, en la medida en que el respectivo recurso ha sido considerado admisible en punto a la pena fijada.

En primer lugar corresponde examinar los agravios que conciernen a circunstancias que se refieren al hecho, esto es la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y peligro causados (art. 40, inc. a, C.P.).

La Fiscalía pretende que las penas impuestas a los acusados no toman en cuenta que los hechos tenidos por probados son constitutivos de un delito de desaparición forzada, delito de lesa humanidad, que debe ser castigado por el Estado con penas apropiadas o adecuadas a su naturaleza. La querrela se expresa en términos análogos.

Más arriba se ha señalado que en ciertos casos la realización del supuesto de hecho del art. 146 C.P. puede formar parte de un tramo de la ejecución del crimen internacional de desaparición forzada, pero que el supuesto de hecho del art. 146 no se identifica con ella pues no contiene *todos* los elementos constitutivos del supuesto de hecho objetivo de la desaparición forzada. Se ha señalado que en el marco de esta figura la negativa a informar o dar cuenta de la suerte del niño no tiene, la relevancia típica que podría tener frente al delito de desaparición forzada de personas, que hasta ahora no ha sido incluido como tal en el catálogo del derecho penal interno, a pesar de los compromisos asumidos por el Estado Argentino. También se ha dicho que los delitos de supresión de estado civil en concurso ideal con falsificación de documento público destinado a acreditar la identidad de las personas forman parte de la ejecución de la desaparición forzada cuando han sido cometidos en ejecución de un plan criminal tendente a la desaparición forzada de personas, para evitar su descubrimiento.

En la misma línea se ha relevado la conceptualización jurisprudencial de la desaparición forzada como violación múltiple y continuada de numerosos derechos fundamentales y como acto que sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos tanto a ella como a su familia.

Se ha señalado también que al menos en los casos en los que la persona colocada en esa situación de desaparición da a luz un hijo durante su cautiverio, la sustracción del niño nacido, el ocultamiento de los datos del lugar de nacimiento, y de la identidad de su madre, la retención u ocultamiento del niño, el emplazamiento en un estado de familia que no corresponde a su nacimiento, la expedición de documentos ideológicamente falsos para ocultar la verdadera identidad de la madre y las circunstancias del nacimiento, y la obtención de documentos de identidad falsos sobre la base de los actos anteriores, *constituyen parte de los actos ejecutivos de desaparición forzada de la madre*, y también parte de la ejecución de una desaparición forzada del niño nacido en esas circunstancias.

Sin embargo, se ha señalado la dificultad que se presenta cuando no existen en el derecho interno disposiciones legales que definan y castiguen a la desaparición forzada como tal. Sin perjuicio de las consecuencias que el hecho de que esos actos formen parte de la ejecución de una desaparición forzada tienen en punto a su perseguibilidad, los tribunales argentinos no pueden emitir condenas por el delito de desaparición forzada de personas, a falta de recepción en el derecho interno de esa figura, por estricta aplicación del art. 18 C.N., sólo pueden ser objeto de condena los actos que forman parte de la ejecución de la desaparición forzada en la medida en que se adecuen a alguna o algunas de las descripciones de la ley vigente. A este respecto se ha evocado la jurisprudencia de la Corte IDH que se pronuncia en el mismo sentido (Corte IDH, "Heliodoro Portugal vs. Panamá", sent. de 12/08/2008, Serie C, n° 186, 182).

Sentado lo anterior, se extraen las siguientes consecuencias. Desde el punto de vista objetivo, no se trata aquí de una condena por desaparición forzada, sino por ciertos delitos que forman parte de la ejecución de una desaparición forzada. Ello conlleva que, sin menospreciar la gravedad de tales actos en conexión con una desaparición forzada, esa gravedad que debe encontrar expresión en la determinación de la pena, como elemento de la "naturaleza de la acción y de los medios empleados", no puede constituirse en una subrogante del

injusto de la desaparición forzada, que como tal no está comprendido en una figura autónoma del derecho argentino. Así, puesto que hay elementos constitutivos de la desaparición forzada que las figuras del derecho argentino no contemplan, no puede pues intentar introducirse esos elementos, como fundamento de agravación, en el marco de esas figuras.

También desde el punto de vista objetivo debe señalarse que el objeto de este proceso no es la determinación de responsabilidad y el castigo de los acusados por la desaparición forzada de Mirta Mabel Barragán, de modo que, aunque los hechos aquí juzgados son objetivamente conexos con esa desaparición, el injusto de este gravísimo delito no puede tener expresión alguna en la pena a imponer a los imputados.

Desde el punto de vista subjetivo no debe tampoco perderse de vista que la definición de desaparición forzada incluye entre sus elementos que la desaparición sea “*cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado*” (art. II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas). Esto conduce a examinar si el agente ha obrado como agente del Estado, o en el marco y al amparo del Estado, y en su caso, cuál ha sido el aporte del agente en la ejecución de la desaparición forzada.

A este respecto observo que en la sentencia se ha tenido por probado, y no se ha discutido, que Enrique José Berthier tenía estado militar en el momento de la entrega de la niña al matrimonio constituido por Osvaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pinto, y rango de oficial de baja graduación (teniente del Ejército Argentino). Por su condición de militar ha tenido evidentemente acceso o contacto con los agentes del Estado que habían sustraído a la niña después del nacimiento, y con los que procuraron el falso certificado de nacimiento. Sin embargo, más allá de ello, no se le ha asignado otra participación que procurar una ubicación para la niña, y la entrega de ésta con la certificación ideológicamente falsa. Sus actos, si bien forman parte de la ejecución del acto complejo de desaparición forzada, tienen una relevancia limitada en el contexto de la gravedad del hecho de la desaparición. Al respecto en la sentencia se ha

Cámara Nacional de Casación Penal

afirmado que las partes acusadoras no habían demostrado que el imputado hubiese tomado parte en actos del "Terrorismo de Estado", y en particular, "*que Berthier hubiera cumplido funciones en un Centro Clandestino de Detención*" (fundamentos, fs. 3969 vta.). Este aspecto de la sentencia no ha sido objeto de impugnación por los acusadores, de modo que en la graduación de la pena debe computarse, por un lado, que Enrique José Berthier al recibir y entregar la niña junto con el falso certificado de parto realizó un acto que constituía una parte de la ejecución de la desaparición forzada de la niña (se excluye toda consideración a la desaparición de la madre porque no es objeto de la acusación y de la sentencia), y por el otro que se trataba de un oficial de baja graduación, de quien no se ha probado que hubiese tenido participación activa en el plan sistemático de desapariciones forzadas que se ejecutaba en la época del hecho.

Distinta es la situación en lo que concierne a la gravedad de los injustos atribuidos a Osvaldo Arturo Rivas y a María Cristina Gómez Pinto. Surge de la sentencia que ellos han sido receptores de una niña previamente sustraída conforme a un plan en el que no se les atribuye participación o ideación, y que no sólo no puede adjudicárseles participación alguna en el plan sistemático de ejecución de desapariciones forzadas, sino que, además, ni siquiera puede atribuírseles otra cosa que la recepción, retención y ocultamiento de la niña, la alteración de su estado civil, y en el caso de Rivas su falsa inscripción en el Registro Civil y la obtención de un documento nacional de identidad ideológicamente falso. En estas condiciones, la circunstancia de que estos hechos puedan ser tenido como parte de la ejecución de un delito de lesa humanidad –la desaparición forzada de la niña- tiene una relevancia muy limitada como agravante del injusto.

La Fiscalía y las querellantes han insistido en la necesidad de que el delito de desaparición forzada sea castigado con penas "adecuadas" o "proporcionadas" a la gravedad del delito. La querrela incluso ha tildado de "irrisorias" las penas de siete, ocho y diez años de prisión impuestas respectivamente a María Cristina Gómez Pinto, Osvaldo Arturo Rivas y Enrique

José Berthier, sin explicar por qué penas de esa gravedad podrían ser calificadas de tales. Sin embargo, en ninguno de los recursos se demuestra por qué las conductas concretas de los imputados, que constituyen sólo una parte de la ejecución del delito de desaparición forzada tal como se la ha concebido en el presente voto, no serían adecuados a la naturaleza del aporte concreto a la ejecución de ese delito. Observo esto porque, por lo demás, coincide con la apreciación de la Fiscalía que propuso que *“la hipótesis delictiva investigada en la [...] causa deb[ía] ser considerada parte sustancial de un hecho de desaparición forzada de personas, llevada a cabo en el contexto de un ataque sistemático y generalizado perpetrado por el Estado contra una población civil”*.

Más aún, ni siquiera han hecho un esfuerzo para demostrar por qué ese aporte sería el de la máxima gravedad posible en el marco de la escala penal de la ley doméstica aplicable.

Viene al caso evocar aquí que la sentencia de Corte IDH en el caso “Heliodoro Portugal”. Allí había sido llamada a examinar si el Código Penal de Panamá, al incorporar en el derecho interno el delito de desaparición forzada de personas, se ajustaba a la obligación contraída según el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. El Código Penal definía la desaparición forzada, que conminaba con penas de tres a cinco años de prisión, y de modo agravado con penas de cinco a quince años cuando la desaparición durase más de un año. La Corte IDH, que señaló que la definición de la desaparición forzada no se ajustaba al art. II de la Convención, sin embargo no acogió la pretensión de que las penas conminadas no serían adecuadas a la gravedad del delito. Sostuvo al respecto que *“El artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas genera una obligación al Estado de imponer “una pena apropiada que tenga en cuenta [la] extrema gravedad” del delito de desaparición forzada”* (Corte IDH, “Heliodoro Portugal vs. Panamá”, sent. de 12/08/2008, Serie C., n° 186, § 201), pero recordó que *“en otras oportunidades este Tribunal ha considerado que no puede sustituir a la autoridad nacional en la individualización de las sanciones correspondientes a delitos previstos en el derecho interno; sin embargo, también ha señalado que la*

Cámara Nacional de Casación Penal

respuesta de un Estado a la conducta ilícita de un agente debe guardar proporcionalidad con los bienes jurídicos afectados". Después de reiterar que esta posición se conecta con la obligación general que los Estados tienen a la luz de los artículos 1.1 y 2 de la Convención, y de la obligación derivada de perseguir conductas ilícitas que contravengan derechos reconocidos en la Convención señaló que "[...] *dicha persecución debe ser consecuente con el deber de garantía al que atiende, por lo cual es necesario evitar medidas ilusorias que sólo aparenten satisfacer las exigencias formales de justicia. En este sentido, la regla de proporcionalidad requiere que los Estados, en el ejercicio de su deber de persecución, impongan penas que verdaderamente contribuyan a prevenir la impunidad, tomando en cuenta varios factores como las características del delito, y la participación y culpabilidad del acusado*" (ibídem, § 203, el resaltado no está en el original). Concluyó la Corte IDH que Panamá debía modificar su legislación en cuanto a la descripción de la conducta punible como desaparición forzada de personas, pero no formuló censura alguna en cuanto a las penas amenazadas por la ley doméstica (compárese § 259, y punto dispositivo 16 de la sentencia).

Ni la querrela ni la Fiscalía han provisto sin embargo de criterios concretos para determinar por qué las penas impuestas por el *a quo* no son adecuadas a las características del delito, al aporte de los condenados, o a su culpabilidad. Por estas razones, la pretensión de que debió imponérseles la pena de veinticinco años de prisión y de que la pretensión ha sido desechada arbitrariamente por el *a quo* aparece infundada.

La defensa pública de los imputados Rivas y Gómez Pinto se queja de que el daño psicológico ocasionado a María Eugenia Sampallo Barragán, y la mentira empleada como medio para el ocultamiento "*se encuentran siempre abarcados por la realización del tipo penal y no pueden constituir, por eso mismo, una circunstancia agravante*", alega, sin calificarla así, una infracción a la prohibición de doble valoración. Lo mismo alega en punto a las consecuencias y a los esfuerzos que realizó la víctima para asumir su inserción familiar con sus ascendientes biológicos. Con análogo argumento, sostiene que el daño ocasionado

a sus familiares legítimos, es una consecuencia que se encuentra abarcada por la realización del tipo penal, y predica lo mismo respecto de la duración atendiendo a que se trata de un delito permanente que, por lógica, habrá de prolongarse en el tiempo.

Por otro lado, se queja de que el estado de incertidumbre, angustia y dolor psíquico acarreado “*aparecen en la sentencia como si fuesen tres motivos de agravación independientes, cuando en realidad se refieren siempre a lo mismo; esto es, al daño psicológico que la actividad de [los imputados] habría producido en la víctima*”.

Todos estos aspectos cuestionados por la defensa están comprendidos dentro del concepto de “*extensión del daño causado*” por el delito, enunciado en el art. 41, inc. a, C.P., entendido el daño como “medida del padecimiento” o “medida de la restricción de bienes jurídicos” que el delito infligió a la víctima o víctimas, en los términos de STRATENWERTH antes citados. El padecimiento puede ser multiforme, y todos los aspectos de éste pueden ser abarcados en el art. 41, inc. a, C.P., sin duda, al menos, cuando el padecimiento es objetivamente imputable a la acción prohibida. El padecimiento es imputable a la acción cuando la prohibición tiene por objeto evitar acciones que acarreen tal clase de padecimientos, o en otros términos, cuando la acción acarrea daños que caen bajo el ámbito de protección de la norma.

También la duración de la retención tiene relevancia para enjuiciar la extensión del daño causado, y por ende la medida del injusto, cuando se trata de un delito permanente como el de retención u ocultación de menor. Respecto de este delito, la prolongación en el tiempo es directamente proporcional a la extensión de la afectación de los derechos del niño, de sus padres, de sus parientes con vocación de tutela legal, o de la familia extensa. Por cierto, no es concebible, por lo que se dijo en el considerando VI, letra a, una sustracción que no afecte de algún modo a estos últimos, además de afectar al niño, sin embargo, la gravedad del injusto es creciente, cuando más perdura y obsta al goce por el niño del derecho a vivir con sus padres, y ser criado por ellos, o en defecto de ellos a la protección de su vida familiar, y de obtener el cuidado y protección de otros

Cámara Nacional de Casación Penal

miembros de su familia, o incluso del Estado para emplazarlo legítimamente, perduración que en igual medida afecta el ejercicio de los derechos fundados en la patria potestad, o en la tutela, y los derechos que tienen padres y parientes a la vida familiar con el niño. Según se ha dicho más arriba, del hecho de que el injusto es mensurable en su intensidad, se deriva como imperativo dar relevancia a esa intensidad en el marco de la escala penal, intensidad que se ve reflejada, en el caso, por la duración de la retención y ocultamiento.

A la luz de como han quedado establecidos los hechos del caso, la duración es disímil y por ello pesa de modo diferente respecto de los imputados.

María Cristina Gómez Pinto y Oswaldo Arturo Rivas recibieron la niña a principios del mes de mayo de 1978, y, por las razones que se desarrollaron en el considerando VI, letra a, debe entenderse que el delito ha cesado de ejecutarse, a más tardar, cuando María Eugenia Barragán alcanzó la mayoría de edad, esto es el 1 de febrero de 1999. La retención y ocultamiento se han extendido por veintiún años, y ello debería encontrar expresión en la pena, alejándola sensiblemente del mínimo legal. Sin embargo, se ha dado en el caso la particular circunstancia de la sucesión de leyes en el tiempo que ha sido objeto de tratamiento en el considerando VI, letra d. Allí señalé que, habida cuenta de que parte de la conducta se ha desarrollado, desde el comienzo de ejecución, bajo una ley que castigaba menos severamente la retención u ocultamiento de menores de edad, la relevancia de los dos momentos legales deberá ser tomada en cuenta en todo caso, al medir la pena, y la duración temporal de cada momento. Ello es evidente porque no puede considerarse el período de ejecución del delito permanente que corrió hasta la entrada en vigencia de la ley 24.410 (B.O. 02/01/1995) como de gravedad homogénea con el período menor que corrió desde la vigencia de ésta, hasta el 1 de febrero de 1999. Proporcionalmente, pues, ha sido mayor el tiempo de ejecución bajo la ley que penaba el hecho con prisión de tres a diez años, que el posterior de ejecución bajo la nueva ley que lo pena con prisión de cinco a quince años. De suerte tal, en las particulares circunstancias del caso, en que debe aplicarse esta última ley, el apartamiento del mínimo por causa

de la duración de la ejecución del delito permanente no puede ser tan significativo como el que correspondería de haberse ejecutado el delito permanente sólo bajo el imperio de la ley actual.

Distinta es la situación de Enrique José Berthier. En el considerando VI, letra c, se ha establecido que el acusado cesó en la ejecución del delito de ocultamiento de la niña cuando la entregó a Osvaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pinto en los primeros días de mayo de 1978. Su conducta cae exclusivamente bajo el texto del art. 146 C.P. anterior a la reforma de la ley 24.410, por lo que el mínimo del cual se parte para la fijación de la pena es de tres años de prisión o reclusión. Por otro lado, aunque no se conoce el momento de la recepción de la niña por el imputado y la duración temporal del ocultamiento, esta ha tenido necesariamente una extensión relativamente breve habida cuenta del momento estimado de su nacimiento.

La defensa pública se queja de que se hubiese considerado entre las circunstancias de agravación los malos tratos prodigados a la niña, desde su infancia, hasta que decidió, al fin de su adolescencia, abandonar la convivencia con su madre aparente, y después de un frustrado intento de convivencia con su padre aparente también abandonó ese domicilio. Pretende que no existiría conexión entre el maltrato –cuya existencia y entidad no discute- y las conductas típicas por las que se hace responsables a sus defendidos. Aunque imprecisamente expuesto, la defensa parece insinuar el problema de la consideración de consecuencias o daños extratípicos en la medición de la pena (STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II ...*, cit., p. 182, nro. 20; RUDOLPHI, Hans Joachim / HORN, Eckhard / SAMSON, Erich *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5^a. Edic., Metzner, Neuwied-Kriftel, 1991, nota al § 46, nros. 107 y ss.; MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Karl-Heinz / ZIPF, Heinz, *Derecho Penal – Parte General*, trad. De la 7a. Edic. Alemana, Astrea, Buenos Aires, 1995, tomo 2, p. 726, nros. 24 y ss.; JESCHECK, *op. cit.*, p. 957; ZIFFER, Patricia, *Lineamientos ...*, cit. p. 124). Sin embargo, entiendo que si se concibe el ámbito de protección de la norma que subyace a la punición de la sustracción, retención y ocultamiento de niños, en particular de la perspectiva de que esas conductas afectan en primer

Cámara Nacional de Casación Penal

lugar intereses del niño legalmente protegidos, y en particular desde la perspectiva de los derechos que éste tiene a obtener la protección de sus padres, de quienes ejercen la tutela legal o dativa, o de los encargados de su guarda, o en último término del Estado, entonces no cabe duda que las consecuencias del trato dispensado al niño durante la retención no son consecuencias extratípicas, porque el maltrato se inserta en la exclusión de quienes tienen el deber de proteger al niño. Más aún, la retención y el trato dado durante la retención son desde el punto de vista fenoménico de distinción imposible. Desde el punto de vista jurídico, el trato pertenece a la forma de retener, y a la exclusión de la protección a quienes por razón de la ley les compete esa protección frente al maltrato de terceros.

Entiendo pues que el *a quo* ha valorado correctamente como agravante de la intensidad del injusto el trato dispensado a la niña hasta el final de su adolescencia, pues esta circunstancia está comprendida entre los criterios del art. 40, inc. a, C.P.

El representante del Ministerio Público se ha agraviado de que el *a quo* no ha considerado relevante, en la medición de la pena correspondiente a los hechos del caso la intervención plural de personas en el delito.

Se lee en la sentencia que el *a quo* declaró que en el caso tal pretensión no era relevante para la medición de la pena "*desde que el delito en análisis no es, por ejemplo, contra la propiedad, donde entonces sí, un mayor número de sujetos activos incrementa el riesgo para dicho bien jurídico*". Agregó además que "*analizando el caso concreto, dicha hipótesis en nada incide [...] que un sujeto fuera el entregador de la menor y dos, ambos miembros de un, por entonces matrimonio, quienes lo recibieron, de ninguna manera representa un mayor peligro, como en todo caso podría llegar a considerarse si los apropiadores fueran integrantes de una secta o grupo social cerrado*" (fundamentos, fs. 3969 vta.).

La crítica de la Fiscalía es sólo parcialmente justa. En verdad no es una respuesta suficiente la comparación con los delitos contra la propiedad, máxime teniendo en cuenta que cierta clase de participación plural está prevista en

un supuesto de hecho de agravación del robo. Sin embargo, la fiscalía emprende la crítica sobre la base de una tarea deductiva de otras figuras legales en las que la participación plural conduce expresamente a un marco penal agravado, e infiere entonces que la participación plural sería elemento general de agravación en el delito de retención y ocultación de niños, y eventualmente en el de alteración del estado civil. El mismo punto de partida podría en verdad conducir a la inferencia contraria: si el legislador no ha previsto expresamente la agravación por participación plural, entonces se infiere que en los casos no previstos ella es irrelevante para la medición de la pena. Entiendo sin embargo que ninguna de las dos inferencias es en sí misma correcta.

En la doctrina se señala que la forma de aparición del hecho (*Erscheinungsform der Tat*) es un punto de conexión importante para la medición del injusto y para la valoración de la medida de energía criminal del autor, y con ello para la determinación de la medida de la pena; “*por ello es importante conocer de qué medios se ha servido el autor, o si varias personas han obrado conjuntamente para la ejecución del hecho*” (RUDOLPHI / HORN / SAMSON, *Systematischer Kommentar...*, cit., nota al § 46, nro. 99). Sin embargo, no se sostiene que la participación plural sea necesariamente un elemento relevante para la graduación del injusto del hecho.

Ahora bien, si se trata de la sustracción inicial, y retención y ocultación posteriores de un niño sustraído antes de los diez años, la participación plural puede tener relevancia en la medida en que sea expresión objetiva de una aumentada capacidad lesiva del hecho (facilitadora de la sustracción, facilitadora de la retención o facilitadora del ocultamiento). Por ejemplo, tal sería el caso si en la sentencia se hubiese tenido por probado respecto de Enrique José Berthier una actuación que consistiese en una cooperación al plan sistemático y masivo de ejecución de desapariciones forzadas entre los años 1976 y 1983. En ese caso, la forma organizada habría tenido un peso relevante en la medición de la pena. Pero tal extremo no ha sido probado en la sentencia.

Se trata en verdad de un caso en el que es en general inconcebible una sustracción u ocultamiento sin el precedente de la sustracción por un tercero.

Cámara Nacional de Casación Penal

De un caso en el que quien recibe al niño sustraído lo recibe de alguien, que puede ser el propio autor de la sustracción, u otra persona que sin haber participado en ella lo recibió y lo entrega como medio de ocultación. Por lo demás, puesto que la sustracción tiene por fin alterar el estado civil del niño y emplazarlo en una familia que no es la reconocida y protegida por la ley, aunque no es indispensable, es connatural a la figuras típicas que el matrimonio o pareja obre mancomunadamente al recibir al niño, retenerlo y ocultarlo mediante la alteración del estado civil. No hay pues, en los hechos del caso, una intervención plural que aumente el poder lesivo facilitando la retención, ocultamiento y alteración del estado civil, sino que al contrario, es difícilmente concebible que tales hechos se hubiesen podido cometer sin un agente que entrega al niño, y un matrimonio o pareja que lo recibe. La pluralidad de personas en el sentido en que han concurrido en el caso, debe entenderse que no afecta más gravemente los bienes jurídicos puestos en riesgo por la ocultación, la retención y la alteración del estado civil. Tampoco demuestra la Fiscalía que, como alega, las dificultades que haya debido enfrentar María Eugenia Sampallo Barragán para develar su origen se hayan visto incrementadas por el hecho de que fue objeto de apropiación por un matrimonio, y no por una persona singular, o por el hecho de haber sido entregada por un tercero a ese matrimonio.

Entiendo pues que debe confirmarse este aspecto de la sentencia en cuanto no se ha admitido la agravación pretendida por la Fiscalía.

Corresponde finalmente examinar el agravio de la defensa pública de los imputados Rivas y Gómez Pinto en cuanto se queja de que el *a quo* no hubiese acogido sus alegaciones sobre los elementos de atenuación, en cuanto no dio relevancia a la edad de los imputados, que "*tiene que ver con el hecho incontrastable de que Rivas y Gómez han llegado a esas edades sin registrar antecedentes condenatorios, ni procesos en trámite; y eso entendemos que debe valorarse positivamente*".

El *a quo* ha relevado, sin embargo, como circunstancia que atenúa la pena, el hecho de que los imputados no tuviesen condenas anteriores, y lo ha

expresado en estos términos: “[...] 3) *la carencia de antecedentes en este caso, de todos los acusados (Rivas, Gómez y Berthier), en efecto, habrá de meritarse como atenuante*” (fundamentos, fs. 3970 vta.).

Por las razones indicadas más arriba, la eventual existencia de condenas anteriores no proporcionaría ningún punto de sustento para la graduación del injusto, porque no pertenece a la objetividad del hecho, sino que constituye una circunstancia personal del autor que en principio no tiene incidencia en la medición de su culpabilidad, porque la culpabilidad se refiere al hecho y no a la vida anterior al hecho. Sin embargo, como se ha señalado, la inexistencia de condenas anteriores puede ser indicio de menores necesidades preventivo-especiales que autorizarían a fijar una pena menor a la adecuada a la culpabilidad por falta de peligrosidad del agente.

Sin embargo, la relevancia atenuante de la falta de antecedentes es limitada. Aun cuando se estimase improbable la reiteración de esta clase de delitos, habida cuenta de que los aquí enjuiciados han estado en parte condicionados por la edad y etapa vital de los imputados al momento de cometerlos, y por las circunstancias excepcionales de la existencia de un plan sistemático de desaparición forzada de personas concebido y ejecutado por las autoridades de un gobierno espurio y autocrático, circunstancias todas estas que improbablemente habrán de repetirse en el futuro, ello no puede conducir a minimizar el reproche merecido por los hechos. La disminución de la medida de la pena sobre la base de mínimas o nulas necesidades preventivo especiales encuentra su límite en otras necesidades preventivo generales de confirmación del ámbito de lo prohibido cuando se trata de hechos de extrema gravedad, cometidos en circunstancias excepcionales, respecto de los cuales no se avizora peligro probable de repetición (ROXIN, Claus, *Sentido y límites de la pena estatal*, en “Problemas básicos del Derecho Penal”, Reus, Madrid, 1976, ps. 16 y 24/25).

Con esto ha de rechazarse la pretensión de la defensa pública de que el *a quo* ha omitido considerar adecuadamente la inexistencia de otras condenas a los imputados en toda la extensión de su vida.

Con estas consideraciones, considero agotado el examen de los agravios introducidos por los recurrentes en punto al modo en que el *a quo* relevó la existencia de agravantes y atenuantes. Corresponde, sobre la base de esas consideraciones, y tomando en cuenta la reforma parcial de los delitos objeto de las condenas, establecer la pena adecuada a los respectivos injustos y a la culpabilidad de los acusados. El Tribunal puede emprender esa tarea sin reenvío, examinando conjuntamente las pautas de agravación y de atenuación valoradas en la sentencia del *a quo*, que no han sido objeto de impugnación, y también las pautas revisadas, que han superado las impugnaciones. Por esta vía, propuesta por la Fiscalía en su recurso, se favorece la decisión definitiva del caso, y se asegura el derecho de los imputados a una decisión de esa clase que establezca de una vez su posición frente a la acusación y la ley.

En síntesis, el *a quo* ha relevado, como elementos que pesan en la medición o gravedad del injusto: la magnitud y cualidad del daño causado a María Eugenia Sampallo Barragán, que consideró expresado en la medida según el daño psicológico ocasionado, el estado de incertidumbre y angustia sobre el propio origen, el dolor psíquico, el maltrato, y el tiempo que duró el ocultamiento. Estos elementos conducen a apartarse del mínimo legal de la escala del concurso ideal que rige los delitos de retención y ocultamiento de una niña sustraída antes de los diez años de edad. Este último elemento debe ser sopesado a la luz de las consideraciones anteriores sobre la sucesión de leyes en el tiempo y la proporción del tiempo de ejecución bajo una y otra ley. Si bien la duración total del delito permanente es menor en alrededor de dos años a la establecida en la sentencia recurrida, comparada con el tiempo de duración total la diferencia no es muy significativa en la medida de la pena, y por otro lado se ve compensada por la valoración de la naturaleza de la acción, como parte de la ejecución de un delito de desaparición forzada, con el alcance y valor relativo que se le ha asignado más arriba. A ello debe agregarse que la reforma parcial de la sentencia, incluyendo en la condena el delito de alteración de estado civil de la niña, impone considerar

dentro de la escala del concurso ideal la pluralidad de injustos comprendidos en el concurso.

Estos elementos son comunes a la fijación de la pena respecto de ambos imputados. La diferencia de magnitud de las penas entre ambos se justifica, por las características de personalidad de la imputada Gómez Pinto enunciadas en el informe de fs. 400/401, que ha superado el embate casatorio de la Fiscalía, y por la circunstancia de que Osvaldo Arturo Rivas ha satisfecho también el injusto de las falsedades documentales, que no se atribuyen a la imputada.

Sobre esta base debe estimarse la extensión del injusto y el reproche de culpabilidad. La edad de los imputados, y la inexistencia de antecedentes permiten disminuir, en alguna medida, la pena adecuada al injusto culpable.

En esas consideraciones, habida cuenta de la reforma de la sentencia y de la compensación apuntada, estimo adecuado mantener la magnitud de las penas impuestas por el *a quo* a Osvaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pinto, no obstante la variación parcial de la base de medición.

En cuanto concierne a la pena a imponer a Enrique José Berthier, rigen las mismas consideraciones sobre la extensión del daño causado, con la corrección que resulta de la más breve duración de la ejecución del delito permanente de ocultación de la niña sustraída, lo que ha conducido a una escala penal menos grave, que establece la pena entre tres y diez años de reclusión o prisión. También debe encontrar expresión en la pena la concreción de tres injustos diferentes bajo la forma del concurso ideal. Son también de aplicación los otros criterios relevados por el *a quo*, y en particular su estado militar, su grado de oficial del Ejército, y especialmente, que la condición de militar le facilitó el acceso o contacto con los agentes del Estado que habían sustraído a la niña después del nacimiento, y con los que procuraron el falso certificado de nacimiento. En este aspecto se releva especialmente que sus acciones han formado parte, aunque en medida limitada del acto complejo de desaparición forzada, y por ello justifican la manutención de la pena de diez años de prisión fijada por el *a quo*, aunque sobre la base de argumentos parcialmente distintos.

-IX-

Por las razones expuestas, propongo al acuerdo:

a) que se confirme el punto dispositivo I de la sentencia de fs. 3887/3977, en cuanto rechazó la excepción de prescripción opuesta por las defensas;

b) se haga lugar parcialmente al recurso de la fiscalía y se reforme el punto dispositivo II de la sentencia recurrida, condenando a Osvaldo Arturo Rivas, a la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas, por ser autor responsable de los delitos de retención y ocultamiento de una niña sustraída antes de los diez años de edad, alteración del estado civil de una niña menor de diez años de edad, falsedad ideológica de instrumento público –certificado de parto y partida de nacimiento- y falsedad ideológica de instrumento público destinado a acreditar la identidad de las personas, todos en concurso ideal (arts. 45, 55, 146 – texto según ley 24.410-, 139, inc. 2, 293, primero y segundo párrafos –textos según leyes 20.642 y 21.766- todos del C.P.).

c) se haga lugar parcialmente al recurso de la fiscalía y se reforme el punto dispositivo III de la sentencia recurrida, condenando a María Cristina Gómez Pinto a la pena de siete años de prisión, accesorias legales y costas, como autora responsable de los delitos de retención y ocultamiento de una niña sustraída antes de los diez años de edad, en concurso ideal con alteración del estado civil de una niña menor de diez años de edad (arts. 45, 55, 146 –texto según ley 24.410-, 139, inc. 2, C.P.).

d) que se haga lugar parcialmente a los recursos de casación de la defensa, de la fiscalía y de las querellas, se reforme el punto dispositivo IV de la sentencia recurrida, y se condene a Enrique José Berthier a la pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas, como autor responsable de los delitos de ocultamiento de una niña sustraída antes de los diez años de edad, de falsedad ideológica de instrumento público y como partícipe necesario en la alteración del estado civil de una niña menor de diez años de edad, todos en concurso ideal (arts.

45, 55, 146 –texto según ley 24.410-, 139, inc. 2, 293, primer párrafo, C.P. –textos según leyes 20.642 y 21.766-).

e) que en lo demás, se rechacen los recursos de casación deducidos.

Tal es mi voto.

El juez doctor **Guillermo J. Yacobucci** dijo:

Que adhiero a las conclusiones a las que arriba en su voto el juez doctor Luis M. García y en lo sustancial a los argumentos que son el fundamento de aquéllas, a los cuales me remito.-

El señor juez **W. Gustavo Mitchell** dijo:

Coincido plenamente con cuanto se propone en el voto que lidera este acuerdo y, asimismo, con sus sólidos y bien explicitados fundamentos, con la única salvedad de lo referente a cuando cesa de cometerse el delito de retención pues entiendo que siendo una exigencia típica que se trate de “un menor de diez años” ella se refiere al momento en que comienza el hecho, que luego se seguirá cometiendo hasta que el retenido u ocultado recupere su identidad biológica.

Ello así pues si se exigiese la subsistencia de la condición impuesta por el tipo penal el delito cesaría al cumplir los 10 años, lo que no parece aceptable. O sea, es necesario por exigencia de la figura legal que al iniciarse la retención u ocultamiento, la víctima tenga menos de 10 años; pero la acción se continuará cometiendo hasta que la situación de incertidumbre cese, cualesquiera sea la edad biológica del damnificado.

Habida cuenta que se trata de conductas imprescriptibles por ser delitos de lesa humanidad, mi punto de vista sobre este particular no tiene consecuencia práctica alguna en lo que es materia de este fallo.

Con tal salvedad adhiero en todo al voto del Dr. Luis M. García.

Cámara Nacional de Casación Penal

Causa n° 9569, "Rivas,
Oswaldo Arturo y otros s/

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal **RESUELVE:** a) confirmar el punto dispositivo I de la sentencia de fs. 3887/3977, en cuanto rechazó la excepción de prescripción opuesta por las defensas; b) hacer lugar parcialmente al recurso de casación de fs. 4056/4111 y reformar el punto dispositivo II de la sentencia de la sentencia recurrida, y condenar a **Oswaldo Arturo Rivas**, a la pena de **ocho años de prisión**, accesorias legales y costas, por ser autor responsable de los delitos de retención y ocultamiento de una niña sustraída antes de los diez años de edad, alteración del estado civil de una niña menor de diez años de edad, falsedad ideológica de instrumento público –certificado de parto y partida de nacimiento- y falsedad ideológica de instrumento público destinado a acreditar la identidad de las personas, todos en concurso ideal (arts. 12, 45, 55, 146 –texto según ley 24.410-, 139, inc. 2, 293, primero y segundo párrafos –textos según leyes 20.642 y 21.766- todos del C.P., arts. 470, 530 y 531 C.P.P.N.); c) hacer lugar parcialmente al recurso de casación de fs. 4056/4111, reformar el punto dispositivo III de la sentencia recurrida, y condenar a **María Cristina Gómez Pinto** a la pena de **siete años de prisión**, accesorias legales y costas, como autora responsable de los delitos de retención y ocultamiento de una niña sustraída antes de los diez años de edad, en concurso ideal con alteración del estado civil de una niña menor de diez años de edad (arts. 12, 45, 55, 146 –texto según ley 24.410-, 139, inc. 2, C.P., arts. 470, 530 y 531 C.P.P.N.); d) hacer lugar parcialmente a los recursos de casación de la defensa, de la fiscalía y de las querellas, reformar el punto dispositivo IV de la sentencia recurrida, y condenar a **Enrique José Berthier** a la pena de **diez años de prisión**, accesorias legales y costas, como autor responsable de los delitos de ocultamiento de una niña sustraída antes de los diez años de edad, de falsedad ideológica de instrumento público y como partícipe necesario en la alteración del estado civil de una niña menor de diez años de edad, todos en concurso ideal (arts. 12, 45, 55, 146 –texto según ley 24.410-, 139, inc. 2, 293, primer párrafo, C.P. –textos según leyes 20.642 y 21.766-, arts. 470, 530 y 531 C.P.P.N.); en lo demás, rechazar los recursos de casación deducidos.

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del artículo 455 último párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación y remítase al tribunal de procedencia sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

Firmas: W. Gustavo Mitchell, Luis M. García y Guillermo J. Yacobucci. Ante mí:
Sol Déboli.