

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

REGISTRO N° 2063/13

///la Ciudad de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 20 días del mes de noviembre del año dos mil trece, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por el doctor Alejandro W. Slokar como presidente y los doctores Ángela E. Ledesma y Pedro R. David como vocales, asistidos por el Secretario de Cámara doctor Cristián Varela, a los efectos de resolver los recursos de casación interpuestos contra la sentencia de fs. 1788/1873 vta. del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de La Plata, en la presente causa n° 14168 bis del registro de esta sala, caratulada: "ALONSO, Omar y otro s/ recurso de casación". Representa en esta instancia al Ministerio Público Fiscal, la señora Fiscal General, doctora Irma Adriana García Netto; a la querrela Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, los Dres. Colleen Wendy Torre y Emanuel Lovelli; a Omar Alonso, la defensora oficial *ad hoc* de la Unidad de Letrados Móviles de la Defensoría General de la Nación, doctora María Eugenia Di Laudo y a Juan Carlos Herzberg, la defensora oficial *ad hoc* de la misma dependencia, doctora Magdalena Laiño.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultaron designados para hacerlo en primer término el juez Pedro R. David y, en segundo y tercer lugar, los jueces Angela Ester Ledesma y Alejandro W. Slokar, respectivamente.

El señor **juez doctor Pedro. R. David** dijo:

-I-

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de La Plata, en la causa n° 2965/09 de su registro, resolvió: "I. Por mayoría: a) Condenar a OMAR ALONSO [...] por resultar autor penalmente responsable de los delitos de retención y ocultamiento de una niña sustraída antes de los diez años de edad, alteración del estado civil de una niña

menor de diez años de edad, falsedad ideológica de instrumento público -certificado de parto y partida de nacimiento- y falsedad ideológica de instrumento público destinado a acreditar la identidad de las personas -D.N.I.-, todos en concurso ideal (arts. 2, 45, 55, 146 -texto según ley 11.179-, art. 139, inc. 2, y 293 último párrafos -textos según leyes 20642 y 21766- todos del C.P.) a la PENA MAXIMA DE DIEZ AÑOS DE PRISION, accesorias legales con la limitación dispuesta en orden a la incapacidad civil accesoria, inhabilitación absoluta perpetua, y costas. Los delitos mencionados constituyen actos parciales de ejecución del delito de 'Desaparición Forzada de Personas' consumada en perjuicio de María Natalia Suárez Nelson [...] b) Condenar a JUAN CARLOS HERZBERG [...] por resultar autor penalmente responsable de los delitos de sustracción y ocultamiento de una niña sustraída antes de los diez años de edad y como partícipe necesario de la alteración del estado civil de una niña menor de diez años, todos en concurso ideal (arts. 2, 45, 55, 146 -texto según ley 11.719-, 139 inc. 2, C.P., 20.642 y 21.766), a la PENA MAXIMA DE DIEZ AÑOS DE PRISION e Inhabilitación absoluta Perpetua accesorias legales con la limitación dispuesta, y costas. Los delitos mencionados constituyen actos parciales de ejecución del delito de 'Desaparición forzada de Personas' consumada en perjuicio de María Natalia Suárez Nelson. [...] Todos estos delitos deben calificarse como crímenes de Lesa Humanidad cometidos como parte de un plan sistemático de apropiación de niños y niñas nacidos en el marco del genocidio que tuvo lugar en Argentina durante la última dictadura cívico militar [...] III. Por mayoría: declarar la inconstitucionalidad de la incapacidad civil accesoria del art. 12 del C.P." (fs. 1782/1783 y 1788/1873 vta.).

2º) Que contra ese pronunciamiento dedujeron recursos de casación los defensores oficiales de Omar Alonso y de Juan Carlos Herzberg (fs. 1934/1956 vta. y 1982/2018

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

vta., respectivamente) y los doctores Emanuel Lovelli, Germán Kexel y Colleen Wendy Torre, apoderados de la querrela Asociación Abuelas de Plaza de Mayo (fs. 1957/1980 vta.).

3°) Que los remedios casatorios fueron concedidos por el tribunal oral a fs. 2124 bis/2126 y mantenidos en la instancia por el doctor Germán Kexel, en representación de la Asociación de Abuelas de Plaza de Mayo a fs. 2245 y por las defensas oficiales de Juan Carlos Herzberg y Omar Alonso a fs. 2246 y 2250, respectivamente.

Notificadas las partes del término de oficina, de conformidad con los artículos 465, cuarto párrafo, y 466 del CPPN, presentaron ampliación de fundamentos la defensora oficial de Herzberg, doctora Brenda Palmucci (fs. 2265/2278) y la defensora oficial de Alonso, doctora Mariana Grasso (fs. 2299/2312). Asimismo, a fs. 2337/2346 obra el escrito presentado por el representante del Ministerio Público Fiscal en la misma oportunidad procesal.

-II-

4°) Recurso de casación interpuesto por los representantes de la querrela Asociación Abuelas de Plaza de Mayo.

a) En primer orden, la parte querellante cuestionó el criterio del voto mayoritario del pronunciamiento en crisis que subsumió la conducta atribuida a Alonso en el texto original del artículo 146 del CP (ley n° 11179, BO 16.1.1985).

El impugnante entendió -con invocación de lo resuelto por el alto tribunal en Fallos: 327:3279 "Jofré"; 330:2434 "Rei" y 327:3274 "Gómez"- que debió haberse aplicado al caso la modificación introducida a la norma antes citada por la ley n° 24410 (BO 2.1.1995).

Afirmó que: "[s]i la esencia misma del delito [permanente] es la perduración de las acciones en el tiempo, consideramos erróneo establecer la ley aplicable basándose en el primero de los hechos protagonizados por el imputado o el

comienzo de su accionar delictivo". Agregó que: "[s]i la permanencia y la renovación del accionar delictivo es la característica saliente de los delitos permanentes, dicha característica no puede ser apartada a la hora de elegir cuál es la ley aplicable en casos como el analizado" (fs. 1962 vta.).

Señaló que: "la ley que establezca la agravación de la pena de la figura legal, y que abarque los últimos tramos de la desobediencia al precepto de hacer cesar el estado antijurídico, no puede verse como una aplicación retroactiva de la nueva norma si esos tramos son posteriores a la sanción de la misma. Se preguntará qué ocurre con los tramos anteriores, pero, evidentemente la sanción mayor de la última fase absorbe la que correspondería a las precedentes" (fs. 1963).

Asimismo, descartó que este criterio vulnere los artículos 9 de la CADH y 15.1 del PIDCyP, alegando que: "la pena que esta parte reclama se aplique, emana de una ley contemporánea y anterior a la finalización de la conducta delictiva reprochada" y no implica un análisis sobre: "la aplicación de una ley más leve sancionada 'con posterioridad a la comisión del delito'" (fs. 1964).

En este orden de ideas, concluyó que la subsunción legal que postula, no implica retrotraer "los efectos de la ley a los hechos anteriores a la aplicación de la misma, sino que es la renovación de la propia conducta del imputado la que conlleva a que los efectos de la ley n° 24410 se apliquen" y que esa aplicación deviene obligatoria "en virtud de ser la [ley] vigente en las siguientes configuraciones de las conductas ilícitas" (fs. 1965).

b) Por otra parte, cuestionó que se haya considerado que, con relación a Herzberg, el delito de sustracción cesó de cometerse en el momento en que entregó la niña sustraída al matrimonio Alonso-Di Mattía y que, como consecuencia, se haya aplicado la escala penal prevista en la

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

ley n° 11179.

Sostuvo el recurrente que de las pruebas producidas durante el debate, surge que Juan Carlos Herzberg "realizó desde la sustracción hasta el año 2006 distintas conductas que contribuyeron al ocultamiento de la víctima" y que éstas "no pueden considerarse sólo como una participación necesaria en la alteración del estado civil de María Natalia, sino como conductas que concretaron el ocultamiento" (fs. 1968).

En este mismo orden de ideas, afirmó que la conducta de Herzberg no se limitó a la sustracción de la niña y su entrega a otras personas para que la anoten como hija propia, pues luego de la entrega el encartado realizó "nuevas intervenciones en pos de contribuir al accionar ilícito, renovando su accionar en pos de ocultar el verdadero origen de la víctima" y esa renovación -entendió el impugnante- es la que determina la ley aplicable (fs. 1968 vta.).

En favor de su agravio, afirmó que: "la conducta de Herzberg también encuadra en la figura de ocultamiento de María Natalia, y debe ser condenado por la comisión de ese delito, conforme la escala penal establecida por la ley n° 24410, ya que el delito cesó de cometerse en el año 2006, cuando María Natalia Suárez Nelson fue notificada de los resultados del estudio de ADN y pudo conocer su verdadera identidad" (fs. 1970).

Afirmó que Herzberg participó en todas las etapas del ilícito, pues se tuvo por probado que perpetró la sustracción de la niña a pocas horas de su nacimiento y, además, que conocía que ésta era hija de desaparecidos. Añadió que el imputado no sólo omitió reparar los efectos del delito ya consumado, sino que exteriorizó su conducta en hechos concretos de ocultamiento y respondió con evasivas a los requerimientos de la víctima de conocer su origen biológico.

El impugnante señaló que el tipo penal previsto en el artículo 146 del CP no requiere el ocultamiento físico de

la persona, "ya que en la mayoría de los casos, al tener los niños/jóvenes la identidad cambiada, a los autores o partícipes del delito les basta con abstenerse de brindar información o proporcionarla falazmente acerca del origen del niño/a para asegurarse su impunidad y lograr así que las víctimas no puedan tomar contacto con sus familiares biológicos" (fs. 1969).

Adunó que la circunstancia descripta se agrava respecto de Herzberg, por su rol de padrino de la víctima, "lo cual originó naturalmente cierta confianza y respeto de Natalia hacia él o al menos hacia su investidura, y cierta autoridad moral de él hacia la víctima, independientemente de la concurrencia más o menos seguida de Herzberg al hogar de Alonso" (fs. 1970).

c) En otro cauce argumental, el apoderado de la parte querellante criticó que se haya considerado que el cese de la acción delictiva prevista en el artículo 146 del CP operó cuando la víctima cumplió veintiún años. Al respecto, afirmó que recién se concretó cuando ella "tomó conocimiento de su identidad, es decir, en junio de 2006 al serle notificados los resultados de los estudios de ADN efectuados por el Banco Nacional de Datos Genéticos" (fs. 1970 vta.).

Apuntó que el límite de los veintiún años tiene su fundamento en la presuposición del discernimiento pleno de la persona y que no puede perderse de vista que "esa convención normativa supone un sujeto PLENO de libertad y discernimiento y no a quien tiene su estado filial y civil y sin dudas su identidad falseada" (fs. 1972 vta., el destacado corresponde al original).

De seguido afirmó que: "los delitos cometidos por los condenados Alonso y Herzberg en perjuicio de María Natalia Suárez Nelson constituyeron actos parciales del delito de desaparición forzada [de personas]" (fs. 1973 vta.).

En este entendimiento razonó que: "si se entiende

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

que hay correspondencia entre la apropiación y [...] las conductas constitutivas del delito de desaparición forzada de personas baste decir que este último se sigue cometiendo hasta que la persona no aparezca o no haya rastro o noticia acerca de su paradero", en tanto en el artículo III de la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas se establece que este delito "será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima" (fs. 1973 vta./1974).

Coligió entonces que: "si se toma a las acciones típicas del artículo 146 y el 139 del CP, como legislación doméstica del delito de desaparición forzada también lo será el momento en que finaliza su comisión" (ibídem).

Continuó, argumentando que: "lo decisivo no es la edad de 21 años sino el conocimiento de la verdad para advertir la finalización de la acción típica de retener y ocultar porque el conocimiento de la verdadera identidad de la víctima, en su caso junio de 2006, es el que da un dato certero de que su madre desaparecida estuvo con vida y secuestrada clandestinamente al menos, hasta el momento del parto" (fs. 1974 y vta.).

d) Por otro lado, aseveró que, contrariamente a lo decidido en la sentencia, las acciones atribuidas a los imputados concurren materialmente.

Entendió que en el *sub examine*: "es clara la separación que existe entre las acciones de ocultar y retener, que resultan típicas del artículo 146 del Código Penal, respecto de las conductas de falsificar ideológicamente documentos públicos, que están tipificadas en el artículo 293 del mismo cuerpo legal" (fs. 1979).

Destacó que: "en cada caso existe un dolo específico y una unidad de acción guiada por esa voluntad realizadora", concluyendo que se trata de una pluralidad de hechos delictivos que concurren materialmente entre sí, pues se realizaron independientemente, pudiéndose "haber cometido

cualquiera de ellos sin necesidad de los otros" (fs. 1978 vta./1979).

Afirmó que en la causa se demostró que: "[las] reiteradas acciones individuales realizadas por Alonso en pos de ocultar a la víctima respecto de su origen biológico y de su entorno familiar", no se limitaron a la falsificación de documentos públicos sino que involucraron "diversos hechos independientes a éste" (fs. 1979).

En igual sentido, expresó que entre los delitos de sustracción y ocultamiento y el de sustitución de estado civil de la menor, también media un concurso real, teniendo "en cuenta las acciones particulares emprendidas por el propio Juan Carlos Herzberg en pos de mantener a la víctima alejada de su familia biológica". Explicó que la participación de ese imputado "en diferentes hechos independientes del ocultamiento quedó evidenciada con los diversos encuentros y diálogos que mantuvo con la víctima en los cuales se fueron renovando las afirmaciones falaces que procuraban asegurar su impunidad y mantener a Natalia Alejandra alejada de su verdadero entorno biológico" (fs. 1979 vta./1980).

En favor de su postura citó lo afirmado en el voto en minoría del pronunciamiento recurrido, respecto a que: "en el caso bajo juzgamiento la sustracción por parte de Herzberg se constituye en una acción independiente de su participación en la alteración del estado civil que, en todo caso, estuvo enderezada a ocultar a María Natalia. Herzberg podría haber entregado a Natalia y [haberse] desentendido de la cuestión, pero siguió accionado mediante la alteración/ocultamiento, hasta el momento mismo del [estudio de] ADN de María Natalia. De tal modo el concurso aquí es material" (fs. 1980).

5º) Recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de Juan Carlos Herzberg.

a) La impugnante sostuvo, en primer término, que la sentencia cuestionada resulta arbitraria, en tanto carece de

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

la motivación necesaria para tener por acreditada la participación de Herzberg en los hechos endilgados y manifestó su disconformidad con la incorporación y valoración de la prueba realizada por el tribunal oral.

Cuestionó la incorporación por lectura de las declaraciones indagatorias de la imputada Di Mattía -a cuyo respecto se había dictado la falta de mérito en estos autos-, en el entendimiento de que su valoración se encuentra vedada por imperio del artículo 392 del CPPN, que sólo admite la lectura de aquellas declaraciones prestadas por coimputados sobreseídos, absueltos, condenados o prófugos (fs. 1985). Adunó que la calidad de imputada de Di Mattía, revela "un evidente interés en mejorar su situación procesal; a la vez que no declaró bajo juramento de decir verdad ni con las posibles consecuencias jurídicas que podrían caberle al testigo falaz" (fs. 1985 vta.).

Asimismo alegó que el matrimonio Alonso-Di Mattía mintió sobre el origen de la víctima y que esa mentira se mantuvo hasta que se dio a conocer el resultado del análisis de ADN practicado en autos.

Por otro lado, cuestionó el valor otorgado a las declaraciones de María Natalia Suárez Nelson y de Julia Alí, en el entendimiento que resultan "interesadas y huérfanas de sostén probatorio". A este respecto, señaló que no fueron testigos presenciales de los hechos y que, por otra parte, durante el juicio se evidenció el vínculo sentimental que unía a la primera con María del Luján Di Mattía y a la segunda con el coimputado Omar Alonso (fs. 1986). Adunó que no se indicaron otros elementos de juicio que den crédito a estos testimonios y que el tribunal se basó: "sólo en inferencias vinculadas con el carácter de integrante de las fuerzas armadas de [Herzberg]" (fs. 1986 vta.).

También cuestionó el valor otorgado a la declaración de Roger Soruco, alegando que el testigo: "aporta los supuestos dichos de alguien [que] ha fallecido", sin

indicar otro dato que sustente la hipótesis que relató (fs. 1987).

b) Por otra parte, señaló que corresponde absolver a Herzberg en orden al delito de alteración de la identidad de la víctima. Argumentó que si se consideró que su accionar cesó al momento de la entrega de la niña, de ello se deriva que su asistido "no realizó -ni se describió en la sentencia- ningún acto ejecutivo que lo constituya en autor, cómplice, ni instigador" (fs. 1988).

En este punto, señaló que: "[l]a afirmación de que Herzberg debe responder por los hechos de Alonso y Di Mattía cuando la actividad por él supuestamente realizada había finalizado, importa una interpretación de la regla de causalidad que resulta hoy en día inconcebible" (fs. 1988).

En la misma línea argumental, adunó que: "si el medio de alterar la identidad fue una conducta sólo atribuida a Alonso [a través de la falsificación ideológica de documentos], no resulta posible atribuirle responsabilidad a [Herzberg] que no participó de esa conducta". Y concluyó expresando que: "[e]l hecho de que justamente los magistrados coincidan en que la falsificación de documentos concurse en forma ideal con la alteración del estado civil es una muestra más del evidente error de derecho en el que se incurre al condenar a Herzberg como partícipe de la alteración del Estado civil" (fs. 1989).

c) Por otro lado, manifestó que le causa agravio la calificación de los hechos imputados como "desaparición forzada de personas" y por ende "delito de lesa humanidad". A ese respecto señaló que la resolución impugnada contiene una fundamentación aparente basada en consideraciones dogmáticas y que se omitió dar respuesta a los contra-argumentos esgrimidos por la defensa durante el juicio.

Insistió en que al tiempo de ocurrencia de los hechos, la "desaparición forzada de personas" no se encontraba tipificada en el derecho penal argentino y que su

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

aplicación infringe los principios de legalidad y reserva consagrados constitucionalmente.

Señaló que: "...el Estado Argentino, al aprobar la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas, ratificada por la República Argentina el día 8 de marzo de 1996, y entrada en vigor, el día 28 de marzo de 1996, no incorporó automáticamente el delito de desaparición forzada de personas. Aunque por supuesto: ésta no puede ser aplicada en forma retroactiva, ya que como se dijo el hecho que se le imputa a [su] asistido finalizó en agosto de 1977" (fs. 1992 vta.). Y añadió que: "si bien en alguna oportunidad se ha pretendido la creación de un tipo penal mixto, es decir conformado: a) por la letra de la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas, por un lado, y b) diferentes artículos del CP argentino, por otro -solución que pareciera haber adoptado el resolutorio recurrido aunque de manera claramente dogmática al no indicar [...] la forma en la cual se relacionan ambos tipos y en qué modo, y [sin hacer] ni siquiera un análisis de los elementos típicos de la desaparición forzada de personas-", esta solución también vulnera, a su entender, el principio de legalidad (fs. 1993).

Por otro lado, afirmó que aun aplicando la convención internacional sobre la materia, el hecho en estudio no puede subsumirse bajo la figura de "desaparición forzada", pues de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte IDH en esta materia, en el artículo II de esa convención se estipula que: "...se deben verificar la existencia de tres elementos 'concurrentes y constitutivos de [esta figura]: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o por la aquiescencia de éstos, y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona interesada'...". Añadió que se exige también que: "...se le haya impedido [a la víctima] el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes" (fs. 1994 vta.).

En esta dirección, indicó que en el caso la víctima no estuvo detenida en ningún centro de detención, sino que estuvo viviendo en la casa de la familia Alonso, que no se le negaron recursos que le impidieran recuperar su libertad y que sólo la situación de Alonso y de Di Mattía podría eventualmente encuadrarse en la figura delictual en cuestión.

Agregó el impugnante que su defendido Herzberg, al momento de ser indagado, no fue intimado respecto de ningún elemento típico de la desaparición forzada de persona y que, por ello, la condena vulnera el principio de congruencia y el derecho de defensa en juicio.

En otro orden argumental, expresó que: "[s]i bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha calificado en algunas oportunidades al delito de desaparición forzada de personas como un delito [de] lesa humanidad, ello en modo alguno puede entender que prueba la existencia de una costumbre internacional vigente entre el 24 de marzo de 1976 y 10 de diciembre de 1983. En primer lugar: a) porque la primera sentencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -caso Velásquez Rodríguez contra Honduras- data del 29 de julio de 1988, y los hechos que se le imputan a [su] asistido finalizaron en agosto de 1977, y b) la jurisprudencia de la Corte Interamericana no crea costumbre internacional" (fs. 1996 vta.).

d) Seguidamente, alegó que no comparte el argumento utilizado por los sentenciantes para sostener la imprescriptibilidad de estos delitos a la luz de la costumbre internacional.

Señaló -con cita de la disidencia de los jueces Levene (h) y Belluscio en Fallos: 318:2148- que la única alusión al derecho de gentes en la Constitución Nacional se encuentra en la letra del artículo 118, que "constituye solamente una regla de competencia judicial" (fs. 2008 y vta.).

Por otra parte, sostuvo que la primacía de la

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

Constitución obsta a la aplicación retroactiva de la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad.

e) Por último, cuestionó el monto de la sanción impuesta a Herzberg, apuntando que el tribunal oral no valoró la avanzada edad de su asistido ni su grave estado de salud. Alegó que la sanción debe permitir: "...la posibilidad de su resociabilización, lo que implica un eventual egreso, en plenitud, al medio libre. En otras palabras que no se le imponga una pena que en los hechos resulte de carácter 'perpetuo'", y en razón de ello estimó que la imposición de diez años de prisión conculca lo dispuesto en el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por otro lado, denunció una desproporción entre la pena impuesta a su defendido y la que le cupo al coimputado Alonso. Señaló que es mayor el contenido del injusto por el cual se condenó a su consorte de causa y que, no obstante ello, a su pupilo se le impuso la misma pena.

En este sentido, afirmó que debe confrontarse no sólo los delitos atribuidos a cada condenado, sino también que mientras que la conducta atribuida a Herzberg cesó en agosto de 1977, la de Alonso se extendió por veintiún años más.

Agregó que el monto punitivo decidido también resulta desproporcionado con aquellas penas impuestas a otros acusados en la "Causa 13", sanciones que -a su entender- deben ser consideradas "teniendo en cuenta su gravedad e importancia", así como el "punto de partida para juzgar la totalidad de los hechos cometidos por las fuerzas de seguridad" durante la última dictadura militar (fs. 2015).

Por último, el impugnante se agravió de que se haya considerado como circunstancia agravante de la sanción, la condición de militar de su defendido y sostuvo, además, que la sentencia no fundamentó de qué modo se valoró la edad, el estado de salud y la situación familiar del encausado,

vulnerando así los artículos 40 y 41 del código penal.

6º) Recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de Omar Alonso.

Por su parte la defensa oficial de Alonso propició la nulidad de la sentencia, en el entendimiento de que evidencia una "valoración fragmentada, desmembrada y descontextualizada" de los argumentos expuestos por esa parte en la audiencia de debate, todo lo cual la torna arbitraria.

a) Sostuvo el impugnante que el tribunal oral: "se apartó de la hipótesis fáctica intimada a [su] defendido, circunstancia que aparejó una flagrante violación al principio de congruencia y la consecuente violación al derecho de defensa" (fs. 1939).

En este punto, denunció que el representante del Ministerio Público Fiscal durante su alegato, al cual adhirió la parte querellante, "de manera sorpresiva e intempestiva" añadió a la acusación la figura de desaparición forzada de personas (fs. 1939 y vta.).

Remarcó que su agravio se configura en la medida que: "todo el proceso se originó, transitó y produjo en base a la descripción de hechos que tenían su correlato o adecuación típica en las figuras previstas en el Código Penal de la Nación, pero de ninguna manera relacionadas con la desaparición forzada de personas". Esta circunstancia, a su entender, no implicó: "...un simple cambio de calificación, sino por el contrario, [trajo] aparejado un cambio concreto en la plataforma fáctica..." (fs. 1939 vta.).

El recurrente explicó que no pone en discusión la posibilidad del órgano judicial de recalificar el hecho, sino que en el caso el cambio de calificación efectuado en la sentencia provocó una situación de indefensión, al haberse alterado la imputación que había sido intimada al acusado. A este respecto agregó que: "la calificación escogida en la sentencia en crisis implicó el cambio absoluto de los primigenios hechos endilgados y calificados legalmente, toda

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

vez que [su] asistido ha resultado condenado por una cuestión novedosa por la cual no fue intimado previo al debate, ni se le amplió su indagatoria durante el juicio oral a esos efectos, lo que le ha impedido a Alonso en su principal acto de defensa controvertir esa nueva calificación legal..." (fs. 1941).

b) En otra línea argumental, el casacionista cuestionó el rechazo de la excepción de cosa juzgada y vulneración al principio *ne bis in idem*, alegados en el curso de la audiencia.

El impugnante adujo que: "...los hechos, ahora motivos de juzgamiento, son exactamente los mismos e idénticos que los anteriormente ventilados y sometidos a proceso en el marco de la causa N° 2413 del Juzgado Criminal y Correccional N° 9 del Departamento Judicial de La Plata, en la que estuvo detenido y la cual concluyó con una sentencia absolutoria de fecha 19/2/96..." y que tal pronunciamiento fue confirmado por la Cámara Criminal y Correccional de esa misma ciudad (fs. 1942 y vta.).

A este respecto, aseveró que: "[la] identidad de persona, identidad de objeto e identidad de causa de persecución, [...] permite sostener que la conducta humana atribuida a Alonso -y ya juzgada- es exactamente igual a la que ahora fue nuevamente motivo de juzgamiento" (ibídem).

Asimismo, entendió que en el presente caso no concurre ninguno de los supuestos en virtud de los cuales la ley permite la revisión de una decisión judicial firme, ya que la absolución dictada respecto de su defendido fue dictada por un juez natural, con jurisdicción y competencia en el caso, por mandato legal y designado conforme a las previsiones constitucionales.

Por otra parte, estimó que tampoco se dan las circunstancias detalladas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Almonacid Arellano", para conmovir la garantía procesal de cosa juzgada y permitir una

nueva investigación. En tal sentido sostuvo que: "Alonso permaneció privado de su libertad, a disposición de la justicia y en tales condiciones fue juzgado y absuelto por un delito común y no de lesa humanidad..."; que: "...la absolución fue confirmada por un fallo de la Cámara distrital y que [...] nadie procedió a formular denuncia contra el magistrado actuante ni contra las personas que intervinieron en ese proceso ante la eventual o hipotética incursión en delitos" (fs. 1943).

También señaló, con invocación del precedente "Sandoval, David Andrés s/ Rec. de Hecho" del 31 de agosto de 2010 del alto tribunal, que la circunstancia de que en esa causa se haya denegado la realización del estudio de ADN no puede perjudicar a su pupilo, pues ni "el eventual supuesto de la existencia de error y/o negligencia judicial puede permitir desmoronar la cosa juzgada y permitir una nueva persecución penal" (fs. 1944 vta.).

El recurrente aseveró que: "[en] el presente caso no existió renuncia por parte del Estado a la persecución de los delitos, por cuanto las actuaciones no concluyeron con disposiciones de amnistía, prescripción, causales excluyentes de responsabilidad y/o fraude procesal [y] que resulta vedado entonces relativizar o suprimir los efectos de la cosa juzgada y permitir una nueva persecución penal, circunstancia que acarrea la vulneración de principios y garantías de raigambre constitucional, que conllevan a la nulidad de la resolución dictada..." (fs. 1943 vta. y 1944).

Concluyó su planteo alegando que: "la cosa juzgada tiene jerarquía constitucional y supranacional, y que la estabilidad de las decisiones judiciales constituye un presupuesto de la seguridad jurídica que, incluso prevalece ante la evidencia de error judicial" (fs. 1944).

c) En otro orden de ideas, el impugnante consideró que el voto mayoritario se valió de una visión parcial y errónea de las pruebas incorporadas al debate, cuando al

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

calificar la conducta atribuida a su asistido destacó que: "...Alonso tuvo un único fin y/o determinación: Ser padre de una hija a la que cuidaría y otorgaría todos los derechos inherentes a los de un grupo familiar normalmente constituido, lo cual hizo, según surge de las constancias agregadas a la causa" (fs. 1945).

Asimismo, adujo que: "...Alonso actuó en el convencimiento de que la niña era entregada voluntariamente por sus padres biológicos -que transitaban por difíciles momentos, según le expresara Herzberg para entonces- para que otras personas la cuidasen como propia" y que: "por tanto al recibir a la niña en tales circunstancias y anotarla como propia [...] actuó con el desconocimiento total del verdadero origen de Natalia" (fs. 1945 y vta.). Manifestó que no surgen de la causa constancias que permitan afirmar lo contrario, ni que Alonso mintiera durante el juicio respecto de la información que le brindó Herzberg al momento de entregarle la niña sustraída.

Destacó también que su asistido confiaba en el coimputado y que en varias oportunidades este último le manifestó tanto a él como a su esposa, que respecto a la procedencia de la víctima "se quedaran tranquilos" que "no había nada raro" (fs. 1946).

Continuó expresando que, en tanto Alonso desconocía la sustracción de Natalia, la retención u ocultamiento posteriores resultan atípicos, pues para que se configuren esas conductas se debe tener conocimiento respecto de que el menor fue sustraído.

En ese sentido concluyó que: "la conducta que aceptara [su] asistido y que reconociera como un error cometido del que se siente arrepentido y del que sufre el bagaje de consecuencias -jurídicas y también emocionales- encuadra perfectamente en el tipo previsto en el art. 139 inc. 2° del código de fondo y, a su vez, se aleja ostensiblemente del contenido en el art. 146, pues para ello

no se cuenta con el elemento subjetivo indispensable que es actuar a sabiendas de que la menor era sustraída" (fs. 1947).

d) Por otro lado, estimó que, a diferencia de lo sostenido en la sentencia, la falsedad ideológica reprimida por el artículo 293 del CP queda comprendida dentro de la figura penal prevista en el artículo 138 del mismo cuerpo legal, señalando que la expresión "por un acto cualquiera" que menciona esta norma convierte a la falsedad documental prevista en el artículo 293 en un elemento típico del delito previsto en el mencionado artículo 138 del CP.

e) En otro orden de ideas, la defensa de Alonso expuso que durante el debate no surgieron circunstancias que permitan afirmar que su asistido tuvo algún tipo de participación concreta en los episodios delictivos calificados como desaparición forzada de personas, "materia que no surgió ni del juicio legal en el que otrora fue absuelto, ni durante la instrucción de esta nueva causa, sino exclusivamente en los alegatos de este juicio, a punto tal de no haberse podido determinar cuál habría sido el aporte concreto" (fs. 1948).

Asimismo puntualizó que: "...de la sentencia que se cuestiona, no surge *ab initio*, ni cómo, ni de qué manera, ni con qué procedimiento concreto, ni en qué circunstancia específica, ni con qué intervención se establece que Alonso fue parte del brazo ejecutor de las políticas de represión ilegal y de un eventual plan sistemático de apropiación de menores que habría implementado el último gobierno de facto" (fs. 1948 vta.).

En estas condiciones, concluyó que en este aspecto la sentencia evidencia una deficiente fundamentación y valoración de los elementos del juicio, que conculca el derecho de defensa.

f) Por otro lado, el impugnante descartó que los hechos endilgados a Alonso puedan ser calificados como crímenes de lesa humanidad, en tanto alegó que no concurren

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

los elementos del tipo en cuestión. Basó esta afirmación en que, por un lado, Alonso ostenta la calidad de civil y, por el otro, que no se demostró que el condenado haya tenido conocimiento o voluntad de formar parte del plan sistemático.

Señaló que para catalogar los hechos como delitos de lesa humanidad se debe recurrir al artículo 7° del Estatuto de Roma y que la aplicación de esa norma nunca podría ser retroactiva, pues vulneraría los principios de irretroactividad de la ley penal y legalidad y el artículo 24 del propio estatuto.

Al respecto expuso que: "está probado que los padres biológicos de la damnificada en autos -Natalia...- fueron víctimas de delitos que bien pueden ser calificados de lesa humanidad y de desaparición forzada de personas, pero lo cierto es que en este juicio no es ese el objeto procesal ni la conducta juzgada, al menos respecto de mi representado. Lo que de ninguna forma se ha probado es que mi defendido, en la condición de civil y totalmente ajeno al gobierno de facto, habría tomado parte de algún plan como el descrito, con voluntad y conciencia, es decir con el dolo de lesa humanidad que exige el citado artículo 7°; y agregó que: "Alonso no secuestró, no violó, no robó un niño, ni desapareció a nadie (sic)" (fs. 1951).

g) En cuanto a la sanción que le cupo a Alonso, la defensa denunció que el tribunal, a partir de la errónea interpretación y aplicación del artículo 41 del CP, realizó una doble valoración del mismo acontecimiento histórico en contra de su defendido, que se tradujo en una mayor pena.

Consideró el casacionista que: "al estar disconformes los juzgadores con la escala de la pena prevista en la legislación penal aplicable, y estando maniatado de acuerdo a sus propias convicciones sobre este ítem -puestas de manifiesto expresamente en la sentencia- directamente y sin poder optar por otra, aplicaron para el caso la máxima

sanción estatuida, descartándose así, de plano, cualquier posibilidad de atenuación" (fs. 1954).

Afirmó que la sanción impuesta omitió valorar circunstancias atenuantes. Entre ellas, que Alonso carece de antecedentes penales, es civil, no formó parte de ninguna fuerza estatal ni se probó que haya tenido acceso a algún centro de detención. Afirmó que también debe considerarse a su favor que reconoció los hechos ante el tribunal y que durante el proceso "no sólo no obstaculizó, sino que por el contrario participó activamente en el reencuentro de María Natalia con su familiares biológicos" (fs. 1955).

Además manifestó respecto al daño psicológico que sufrió la víctima, que: "no se consideró que ese no fue causado intencionalmente por el imputado, sino que es la resultante de este tipo de casos, donde se mezclan la ley [y] los sentimientos más íntimos familiares" (fs. 1955 vta.).

7º) Presentación en término de oficina de la defensa oficial de Juan Carlos Herzberg.

En la oportunidad prevista en el artículo 466 del CPPN, la defensa oficial de Herzberg ante esta instancia agregó nuevos agravios y argumentos a aquellos esgrimidos en el instrumento recursivo originario, aduciendo que, en resguardo del derecho de defensa en juicio, deben ser considerados integralmente a la hora de revisar el fallo condenatorio.

En primer orden, planteó "la arbitrariedad de la concesión formal del recurso de casación de la querrela", señalando que se aparta de la previsión del art. 458 inc. 2 del CPPN, al no resultar la pena impuesta inferior a la mitad de la solicitada por el acusador particular.

Por otra parte, reeditó el planteo relativo a que la calificación de los hechos imputados a Herzberg como "desaparición forzada de personas" y "delito de lesa humanidad", vulneró el principio de congruencia. En este punto señaló que ni el fiscal ni el querellante incluyeron

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

estas imputaciones en la descripción de la plataforma fáctica de los requerimientos de elevación a juicio y, por lo tanto, en virtud de lo sostenido en Fallos: 329:2596 ("Del'Olio"), se encontraban impedidos de endilgarlos durante la etapa de alegatos.

Por las mismas razones, señaló que no resulta procedente la alegación de la querrela relativa a que la calidad de padrino de la víctima permite acreditar la continuidad de la conducta atribuida a Herzberg, en tanto esa situación tampoco fue intimada al imputado en el momento indicado.

Por otro lado, la defensa hizo propios los argumentos expuestos en el instrumento recursivo interpuesto a favor de Alonso, vinculados a la violación a la garantía del *ne bis in idem*. En este punto entendió que, en tanto la pretensión de Alonso derivaría en la nulidad absoluta del procedimiento, nada de lo dicho en este proceso podría hacerse valer en contra de Herzberg, ya que su vinculación surge de las declaraciones prestadas por Alonso y su esposa en esta nueva imputación (fs. 2268)

En cuanto a los cuestionamientos referidos al valor otorgado a la declaración indagatoria de Di Mattía, la defensa se explayó señalando que ese elemento de cargo no pudo ser controlado por la defensa.

Asimismo, con relación a la mensuración de la pena impuesta a su asistido añadió a lo ya señalado en el recurso casatorio, que los sentenciantes no tuvieron en cuenta los informes médicos obrantes en la causa (fs. 2269 vta.).

Insistió en que Herzberg es una persona de avanzada edad y que "la pena propiamente perpetua, es decir, sin posibilidad alguna de extinción durante toda la vida del penado, equivale a la pena de muerte, al igual que cualquier pena que se aproxime al agotamiento de la expectativa de vida de la persona" (fs. 2270 vta.).

Además postuló que: "en la sentencia se condenó a

Herzberg a la pena de inhabilitación perpetua cuando ninguno de los tipos penales del concurso ideal habilita la posibilidad de una pena de inhabilitación. En consecuencia esto demuestra una clara arbitrariedad que afecta el principio de legalidad, habiéndose resuelto contra la letra expresa de ley". Agregó que: "la acusación sólo solicitó 'pena de inhabilitación' por el tiempo de la condena (por lo que en segundo lugar también se viola el principio acusatorio), y que de los fundamentos de la sentencia no se extrae ningún tipo de tratamiento en torno a estas cuestiones" (fs. 2271 vta.).

8º) Presentación en término de oficina de la defensa oficial de Omar Alonso.

a) Por su parte, la defensora de Alonso en esta instancia en su presentación de fs. 2299/2312, además de insistir con los planteos formulados por su colega en el escrito de interposición del recurso, consideró vulneradas las garantías de imparcialidad y de juez natural.

En este sentido, entendió que la designación de jueces del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Mar del Plata desatendió las previsiones del artículo 1º de la ley n° 26372, pues esa: "jurisdicción, obviamente, o no es la más próxima al ámbito de la ciudad de La Plata, o bien se encuentra a similares distancias de otras jurisdicciones" (fs. 2302).

Afirmó que: "la arbitrariedad [en la selección de los jueces] resulta más evidente al no conocerse el motivo por el cual de entre los distintos magistrados que integran cada una de las jurisdicciones cercanas e, incluso, del tribunal señalado con anterioridad, se seleccionó puntualmente a aquellos dos que hoy en día conforman el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de La Plata" (fs. 2302 vta.).

En favor de su pretensión alegó que: "la irregular forma en que fueron seleccionados [los magistrados] genera

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

sospecha y temor de parcialidad" y que "la independencia de los miembros del Poder Judicial [...] se vería completamente disminuida si exist[iese] la posibilidad de elegir a quiénes van a juzgar determinados hechos y si la posibilidad se materializa[se] con un mecanismo tan sencillo como un acto de superintendencia inmotivado" (fs. 2302 vta. y 2303).

b) De otra banda, el recurrente consideró quebrantado el derecho de su asistido a ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas. Al respecto invocó que el proceso se ha extendido por más de veinticinco años desde la primera orden de detención de Alonso.

Afirmó que las demoras evidenciadas no pueden ser achacadas a la complejidad de las actuaciones, sino que derivan de "la renovada pretensión punitiva que, violación constitucional mediante, sobrepasó los límites de la cosa juzgada" (fs. 2307 vta.) y que luego del resultado de histocompatibilidad, se tardó cinco años en realizar el debate oral y público.

c) Asimismo, reeditó el planteo de atipicidad de la conducta de su pupilo por ausencia del elemento subjetivo "que exige actuar a sabiendas de que la menor era sustraída" (fs. 2309).

Insistió también en las críticas dirigidas a la decisión del tribunal de juicio de considerar que las conductas tipificadas en los artículos 293 y 139 del CP concurren en forma ideal. Al respecto, afirmó el impugnante que la primera de estas figuras "constituye un medio para perfeccionar" la segunda (fs. 2309).

d) En cuanto a la pena impuesta a Alonso, afirmó que el tribunal realizó una "doble valoración prohibida por imperio del principio *ne bis in idem*" al relevar -para la dosificación de la sanción- circunstancias tales como el "daño ocasionado y la duración de la retención", como así también otros elementos "propios de los delitos calificados como de lesa humanidad" (fs. 2309 vta.).

Completó su agravio apuntando que: "la pluralidad de injustos [invocada en la sentencia en crisis] no constituye un elemento válido, teniendo en consideración que dicha situación queda abarcada por las reglas del concurso y determina el baremo de la pena en abstracto" (ibídem).

e) Para finalizar, propugnó el rechazo del recurso de casación interpuesto por la querrela, con invocación del límite recursivo estipulado en el inciso 2 del artículo 458, en función del 460 del CPPN. Al respecto adujo que la pena requerida por el acusador público (veinte años) no es inferior a la mitad de la sanción impuesta (diez años de prisión).

En favor de su planteo, remarcó que: "la garantía de doble conformidad consagrada en el art. 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ampara sólo al justiciable" y no a la parte querellante.

De seguido, respondió al cuestionamiento del querellante relativo a la aplicación del artículo 146 del CP según la ley n° 11179, invocando el criterio sentado por el voto mayoritario de la sentencia en crisis.

Por último, con relación al agravio de la querrela referido a la concurrencia real de los delitos endilgados a Alonso, señaló que esa parte "no ha logrado rebatir la existencia de una unidad de acción que, en su postura, se dirige a una única finalidad: la sustracción de la menor" (fs. 2311).

9°) Presentación en término de oficina del representante del Ministerio Público Fiscal.

Que a fs. 2337/2346 obra el escrito presentado por el representante del Ministerio Público Fiscal, en el cual expresó su adhesión parcial a los planteos efectuados por el acusador particular y propició el rechazo de los recursos casatorios intentados por las defensas.

a) En primer lugar, concordó con la querrela en que la conducta atribuida a los imputados Herzberg y Alonso cesó

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

cuando la niña sustraída tomó conocimiento de su origen biológico, arguyendo que: "es el estudio genético el que hace cesar la situación de ocultamiento porque es en ese momento en el que se determina la verdadera identidad de la víctima" (fs. 2340).

En este entendimiento, sostuvo que Herzberg: "aun luego de entregar la menor a Alonso y Di Mattía, continuaba con el pleno dominio del hecho, es decir, continuaba ocultando a la víctima y tenía bajo su poder discrecional la posibilidad de hacer cesar los efectos antijurídicos de su conducta" (fs. 2341).

También adhirió a los argumentos desarrollados por el acusador privado en lo atinente al encuadre de la conducta de los imputados en el artículo 146 del CP según la redacción dispuesta por la ley n° 24410. En este punto, con cita del precedente "Jofré" -Fallos: 327:3279-, destacó que: "no se trata de un caso de sucesión de leyes penales [...], sino de un supuesto de coexistencia teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de los delitos permanentes" (fs. 2341 y vta.).

Por otro lado, coincidió con la querella en propugnar la existencia de un concurso material entre las conductas establecidas en los artículos 139, inciso 2 y 298 del CP y la sustracción, retención y ocultamiento de la menor. Al respecto señaló que: "[e]llo es así, toda vez que las acciones de hacer incierto, alterar o suprimir la identidad son conductas escindibles, se remiten a supuestos diversos así como también protegen bienes jurídicos diferentes, el primero la libertad individual y el segundo, el estado civil" (fs. 2342).

Sin embargo, discordó con la postura de la querella que consideró que la relación concursal entre los delitos de falsificación de documento público y alteración del estado civil de un menor de diez años, es de tipo real. En esa dirección expresó el fiscal general que: "el accionar ilícito involucra una pluralidad de movimientos voluntarios 'que

responden a un plan común y que conforman una única conducta -en los términos del art. 54 del Código Penal- insusceptible de ser escindida, en la que el delito de supresión de estado civil concurre idealmente con la falsificación del acta de nacimiento del documento destinado a acreditar la identidad de la persona". Citó el precedente de Fallos: 327:2869 para avalar su postura (fs. 2342 vta.).

b) En lo atinente a los recursos de las defensas rechazó, en primer lugar, aquellos agravios vinculados con la calificación de crímenes de lesa humanidad atribuida a los hechos endilgados y con la alegada violación al principio de congruencia (fs. 2343/2344).

c) Criticó también el planteo por ausencia de "pruebas concretas" esgrimido por la defensa de Herzberg. Sostuvo al respecto que: "la sustracción de la menor no sólo puede presumirse por la conducta posterior de [Herzberg] sino que es evidente que durante la ejecución del delito [éste] retuvo y ocultó a la menor hasta que pudo determinarse la verdadera identidad de María Natalia Suárez Nelson con los resultados del examen de compatibilidad del perfil genético el 1 de junio de 2006" (fs. 2344 vta.).

Por otro lado, afirmó que Herzberg participó en la supresión de identidad de la niña sustraída. En esa dirección, apuntó que: "es partícipe el que realiza un aporte al hecho ilícito sin el cual el delito no hubiera podido cometerse y que, en razón de ello, Herzberg, al sustraer a la menor y mantener su identidad oculta de quienes debieron tener su guarda, no pudo ser inscripta de acuerdo a su verdadera filiación" (fs. 2344 vta.).

d) Con relación a Alonso, impugnó el planteo de violación de cosa juzgada alegado por su asistencia técnica, evocando los argumentos esgrimidos en la sentencia e invocando lo resuelto por el alto tribunal en Fallos: 328:2056 "Mazzeo" y por la Corte IDH en el caso "Almonacid".

Descartó también la pretendida atipicidad de la

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

conducta de Alonso, manifestando que del plexo probatorio reseñado en la sentencia, y en particular a partir del testimonio del pediatra Pérez Salas y de la declaración del propio imputado, pudo acreditarse su participación en los hechos endilgados y el conocimiento que tuvo acerca de la procedencia de la menor y de las demás circunstancias imputadas (fs. 2345 vta./2346).

10º) Que en la audiencia realizada en la oportunidad prevista por el artículo 468 del CPPN, alegó en primer término la Dra. Coleen Wendy Torre, apoderada de la querrela, insistiendo en las cuestiones articuladas al interponer el recurso de casación.

En favor de la admisibilidad de su recurso sostuvo que la querrela se encuentra habilitada para recurrir en los mismos casos en que puede hacerlo el Ministerio Público Fiscal.

Asimismo reiteró, con cita de los precedentes "Jofré" y "Gómez" de la CSJN y "Tiu Tojín vs. Guatemala" de la Corte IDH, que el delito atribuido a los encartados no cesó cuando la menor cumplió los 21 años de edad, sino cuando conoció su identidad, y que el cese del delito determina la ley aplicable, que resulta ser el art. 146 del CP, según el texto de la ley n° 24410.

Por otra parte mantuvo los cuestionamientos al criterio concursal aplicado en la sentencia, señalando que las imputaciones concurren materialmente entre sí y en consecuencia propuso que se case la resolución impugnada y se condene a Alonso y a Herzberg a las penas de 25 y 21 años de prisión respectivamente.

Por su parte la señora Fiscal General, en la misma oportunidad procesal, alegó que la ley que corresponde aplicar es la n° 24410 por tratarse de un delito permanente que cesó en el año 2006 cuando se realizó el examen genético que permitió conocer la identidad de María Natalia.

Asimismo, en respuesta al planteo de cosa juzgada

efectuado por la defensa de Alonso en su recurso de casación, señaló que se trata de un cosa juzgada írrita, toda vez que no se trató de un error en la tramitación de la causa sino de un fraude procesal. Al respecto apuntó que la causa tramitó ante la justicia ordinaria, que Alonso y Di Mattía se fueron al Paraguay con María Natalia al anoticiarse de la imputación y que Alonso presentó testigos para convencer al juez.

A su turno, la Dra. Di Laudo en ejercicio de la defensa de Alonso, señaló que su pupilo fue absuelto, que esa decisión no fue recurrida y que fue dictada en plena vigencia de la CN.

Añadió que la omisión del estado de realizar el ADN, no puede ser atribuida al imputado y que no se verifican en el caso circunstancias análogas a las que motivaron el precedente "Ortiz Almonacid" de la CorteIDH.

Así también, presentó el escrito de breves notas agregado a fs. 2361/2369 en el que reiteró el planteo de cosa juzgada y afirmó que la conducta atribuida a Alonso no configura un delito de *lesa humanidad*.

De otra banda, sostuvo que se afectó el derecho de de defensa porque se violó el principio de congruencia al haberse señalado que los delitos constituyen actos parciales de ejecución del delito de desaparición forzada de personas, que se aplicó erróneamente el art. 146 del CP porque no se probó la concurrencia del elemento subjetivo que ese tipo requiere y que se vulneró el principio de personalidad del derecho penal y derecho penal de acto.

Cuestionó también la pena impuesta por considerarlo arbitrario y señaló que el recurso de la querrela es inadmisibile en tanto esta Cámara de Casación carece de jurisdicción para agravar las penas.

Finalmente hizo reserva del caso federal.

Por su parte, presentó escrito de breves notas la defensa de Juan Carlos Herzberg alegando que: "el marco óntico que presupone la sustracción de menores es diferente a

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

la desaparición forzada de personas", que por ello no corresponder considerarlo "como delito de lesa humanidad" y que los delitos imputados se encuentran prescriptos (fs. 2370 vta.).

En otro orden de ideas, insistió en los cuestionamientos a la valoración de la prueba efectuados en el escrito de interposición del recurso de casación y cuestionó la sanción impuesta a su pupilo por considerarla arbitraria.

En lo que atañe al recurso de la querrela, sostuvo que debe ser declarado inadmisibile en tanto en el caso no se ha dictado una condena inferior a la mitad de la solicitada y porque "otorgarle a los acusadores particulares derecho al recurso contra la sentencia violenta el principio *ne bis in ídem*" (fs. 2374 vta.).

Por último hizo reserva del caso federal.

-III-

11º) Que los recursos deducidos son, en principio, formalmente admisibles, pues han sido introducidos por partes habilitadas, en legal tiempo y forma, se cuestionó la sentencia definitiva que pone fin al proceso (artículo 457 del CPPN) y recaen bajo los supuestos de impugnabilidad que prevé el artículo 456 del mismo cuerpo legal.

Así, el examen de la sentencia debe abordarse de acuerdo con los parámetros establecidos 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 ser revisado, o sea de agotar la revisión de lo revisable (cfr. 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) y de conformidad con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Mohamed vs. República Argentina" (sentencia del 23 de noviembre de 2012

sobre excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párrafo 162).

Asimismo y en punto a los cuestionamientos relativos a la admisibilidad del recurso de la querrela que expresaron las defensas, no puede perderse de vista que el derecho al recurso del acusador particular, en la especie, también se encuentra vinculado con la obligación del estado argentino de investigar los hechos, e identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de delitos de lesa humanidad, garantizando el derecho a la verdad de las víctimas.

En este sentido se ha pronunciado la Corte IDH, en reiteradas oportunidades, sosteniendo que: "...el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los artículos 8 y 25 de la Convención" (Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, Reparaciones y Costas, sentencia de 22 de febrero de 2002, serie C N° 91, parág. 201).

En análoga dirección, en el caso Bulacio Vs. Argentina, el tribunal interamericano señaló: "Esta manera de ejercer los medios que la ley pone al servicio de la defensa, ha sido tolerada y permitida por los órganos judiciales intervinientes, con olvido de que su función no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables" (Corte IDH, Caso Bulacio Vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 18 de septiembre de 2003; Serie C N°. 100; parág. 114).

Asimismo agregó que: "El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos" (ibídem, parág. 115).

De otra parte, corresponde atender a la doctrina del alto tribunal en el precedente "Di Nunzio, Beatriz Herminia" (Fallos: 328:1108), según la cual esta cámara está llamada a intervenir "siempre que se invoquen agravios de naturaleza federal que habiliten la competencia de esta Corte, por vía extraordinaria en el ámbito de la justicia penal nacional conforme el ordenamiento procesal vigente, estos deben ser tratados previamente por la Cámara Nacional de Casación Penal, en su carácter de tribunal intermedio, constituyéndose de esta manera en tribunal superior de la causa para la justicia nacional en materia penal, a los efectos del art. 14 de la ley 48" (Considerando 13).

Por último, en cuanto a la introducción de nuevos planteos por las partes en esta instancia, cabe señalar que el derecho de defensa en juicio, comprensivo del derecho al recurso, impone su tratamiento por este tribunal. En este sentido ha sostenido esta sala que: "si bien las instancias recursivas se rigen por el principio dispositivo y se encuentran, por ello, sujetas al cumplimiento de requisitos legales, esas condiciones no pueden estar sujetas a fórmulas de tal rigor que conviertan en ilusorios derechos de raigambre constitucional (arts. 8, inc. 2, ap. h), C.A.D.H.; 14, inc. 5, P.I.D.C.P. y 75, inc. 22, C.N.). El criterio amplio en orden a la aceptación de los agravios introducidos en la audiencia de informes ha sido confirmado por la C.S.J.N. en los casos 'Catrilaf' (c.2979, expte. XLII, rta.: 26/06/2007), 'Rodríguez' (expte. R.764.XLIV, rta.: 09/03/2010); entre otros" (cfr. voto de la juez Ledesma en la causa n° 10004, caratulada: "Judiche, Ricardo M. y otro s/ rec. de inconstitucionalidad", rta. el 27/03/12, reg. n° 19763).

-IV-

12º) Que, en primer orden, habrán de ser tratadas las impugnaciones formuladas por la defensa de Alonso al rechazo de sus planteos por violación a los principios de cosa juzgada y *ne bis in idem*.

A este respecto se advierte que los agravios en cuestión constituyen una reedición de otros análogos formulados y resueltos en la etapa de instrucción y luego durante el juicio, y el recurrente no ha logrado rebatir las razones esgrimidas en la instancia anterior para fundar el rechazo, en particular, la jurisprudencia invocada en apoyo de lo decidido.

Al respecto, el *a quo*, con sustento en el precedente "Mazzeo" (Fallos: 328:2056), aseveró que: "no quedan dudas sobre la obligación de declarar la nulidad de resoluciones que adolecen de cosa juzgada 'aparente' o 'fraudulenta', para posibilitar la investigación de los responsables penales por violación a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario ya '...que el Estado no podrá argumentar, prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *ne bis in idem*, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables (CIDH, caso 'Almonacid', serie C N° 154, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 154)" (fs. 1831 vta./1832, se ha omitido el destacado).

Continuó expresando que: "resulta que la revisión de la cosa juzgada írrita tiene raigambre constitucional y se configura como la posibilidad de revisar actos de un órgano de poder que vulneran derechos y garantías fundamentales y elementales normas de justicia '... por cuanto, no puede otorgarse validez a decisiones notoriamente injustas y erróneas, cuyo mantenimiento ocasionaría un serio e irreparable perjuicio y un agravio a la conciencia colectiva' (Gil Domínguez, Andrés 'La acción de nulidad por cosa juzgada

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

írrita, aspectos formales y sustanciales' en L.L.2006- B, 7 de marzo de 2006)" (fs. 1832 vta., se ha omitido el destacado).

El tribunal coligió entonces que resulta posible "remover los efectos de la cosa juzgada [ante] supuestos de un notorio desvío de los fines del proceso, del conocimiento de la verdad y de la actuación de la ley penal, generando una cosa juzgada irrita por contener graves defectos 'in iudicando' e 'in procedendo'" (fs. 1834).

En este marco conceptual, se enunció aquellas circunstancias que evidenciaron la irregularidad del proceso que culminó en la absolución de Alonso por los hechos aquí juzgados. Entre éstas destacó que: "la 'investigación' fue realizada por la justicia ordinaria" cuando debería haber tramitado en la justicia federal, por tratarse de crímenes de lesa humanidad (fs. 1834 y vta.).

Se afirmó también que: "el proceso llevado adelante en el fuero ordinario fue objeto de un concurso de delitos desplegado por el propio imputado Alonso y por las falsas declaraciones de testigos convocados en aquella causa [...] que condujeron a una terminante violación del debido proceso legal, en el que se tuvieron por veraces documentos públicos adulterados, todo lo cual impide reconocer efectos a la cosa juzgada" (fs. 1835 vta.).

Consideró el tribunal de juicio que el juez instructor "omitió acreditar que Di Mattía no estuvo embarazada, valoró como ciertos los dichos de testigos absolutamente mendaces, quienes además aparecían involucrados en los hechos" y no proveyó lo conducente para la realización de la pericia de histocompatibilidad (fs. 1836 y vta.).

Los sentenciantes concluyeron que el juez Bruni: "pronunció el veredicto absolutorio pese a no haber producido una prueba que había sido solicitada reiteradamente por el fiscal -y también por la denunciante Asociación Abuelas de Plaza de Mayo-, consistente en el examen de

histocompatibilidad. Para ello el juez Dr. Bruni argumentó en la resolución que decidió la absolución de Alonso, que dicha prueba hubiera sido determinante pero justificó que "...ante el estado procesal en que asumiera el conocimiento de esta causa, el dictado en su momento de una medida para mejor proveer, y la imposibilidad que dimana del Código de rito (art. 262 del CPP), dicha probabilidad resultó de imposible concreción'" (fs. 1837).

En la resolución impugnada se detallaron los actos y omisiones que afectaron esa investigación y que evidenciaron el "notorio desvío de los fines del proceso, del conocimiento de la verdad y de la actuación de la ley penal, generando una cosa juzgada irrita", que imponían declarar la nulidad de ese proceso a fin de no poner en riesgo la responsabilidad del estado argentino (fs. 1834).

A la luz de cuanto ha sido expuesto, surge que las alegaciones de vulneración de los principios *ne bis in idem* y cosa juzgada carecen de correlato en las constancias de la causa, integralmente consideradas. En este sentido, la defensa no ha expresado razones que conmuevan los extremos fácticos a partir de los cuales el tribunal de juicio tuvo por acreditada la irregularidad del procedimiento llevado adelante por el juez provincial Bruni y, con ello, la tesis de una cosa juzgada írrita.

La prohibición de persecución penal múltiple es una garantía constitucional cuyo fundamento reside en evitar que el estado haga repetidos intentos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad (Maier, Julio, "Derecho Procesal Penal. Parte I. Fundamentos", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, 2ª Edición, 3ª reimpresión, pág. 612/3).

Sin embargo, este principio puede ceder -claro que excepcionalmente- cuando el resultado de esa resolución judicial sea una solución irracional e ilógica, que

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

contradiga de manera expresa principios constitucionales y ponga en riesgo la responsabilidad del estado argentino ante la comunidad internacional (cfr. Fallos: 328:2056 "Mazzeo"; 331:1432 "Menéndez"; 254:320 y 278:85, considerando 18°; y la doctrina en Hitters, Juan Carlos, "Revisión de la Cosa Juzgada", Segunda edición, Librería Editora Platense, Buenos Aires; Palacios, Lino Enrique, "Manual de Derecho Procesal", 17° Edición Actualizada, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pág. 533 y ss.; D'Albora, Francisco J, "Código Procesal Penal de la Nación", Tomo 1, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 6° edición, Buenos Aires, 2003).

Este mismo criterio ha sido sostenido por la Corte IDH en los casos "Barrios Altos" - Serie C 75, del 14/03/01; "Almonacid" - Serie C 154, del 26/09/06, parágrafo 154; "La Cantuta", Serie C 162, del 29/11/06; "Caso Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas" - Serie C 175145, del 28/01/08 y "Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas" - Serie C 117, del 22/11/04.

En el primero de ellos se dijo que el principio de cosa juzgada "...no es un derecho absoluto dado que no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada 'aparente' o 'fraudulenta'. Por otro lado, dicha Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser

reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana, desplazan la protección del *ne bis in idem*" (Caso "Almonacid" *supra* cit. parág. 154 y en el mismo sentido "Barrios Altos" y "La Cantuta", *supra* cit. El subrayado no pertenece al original).

Este tribunal internacional ha aseverado que: "la llamada 'cosa juzgada fraudulenta' que resulta de un juicio en el que no se han respectado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad", no puede ser invocada por el estado como eximente de su obligación de investigar los hechos y, de corresponder, sancionar a los imputados (Caso "Carpio Nicolle y otros" *supra* cit., parágs. 131 y 132).

Con arreglo a estos criterios, resulta que la denegación infundada de la prueba de histocompatibilidad genética, al amparo de "la oportunidad del proceso" por parte del juzgado provincial que había asumido la pesquisa, lejos de aparejar como efecto la clausura definitiva de la investigación, conllevó para el estado argentino, en lo inmediato, la imperativa obligación de restaurar la situación, conduciendo una investigación judicial con arreglo a derecho, todo lo que impone la desestimación de los planteos defensistas.

13º) Que, por otro lado, tampoco habrán de prosperar los agravios circunscriptos a la calificación de los delitos como crímenes de lesa humanidad y el rechazo de la prescripción de la acción penal.

Ello así, en tanto las cuestiones planteadas por la defensa ya han sido homogéneamente resueltas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 327:3312; 328:2056), por las cuatro salas de esta cámara (cfr. Sala I, causa n° 7896, caratulada: "Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/ recursos de casación e

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

inconstitucionalidad", rta. el 18/05/07, reg. n° 10488; causa n° 7758, caratulada: "Simón, Julio Héctor s/ recurso de casación", rta. el 15/05/07 y causa n° 9517, caratulada: "Von Wernich, Christian Federico s/ recurso de casación", rta. el 27/03/09, reg. n° 13516; Sala III, causa n° 9896, caratulada: "Menéndez, Luciano Benjamín y otros s/recurso de casación", rta. el 25/08/10, reg. n° 1253/10; Sala IV causa n° 12821, caratulada: "Molina, Gregorio Rafael s/recurso de casación", rta. el 17/02/12, reg. n° 162/12; y de esta sala causa n° 12652, caratulada: "Barcos, Horacio Américo s/ recurso de casación", rta. 23/03/12, reg. n° 19754; causa n° 10431, caratulada: "Losito, Horacio y otros s/ recurso de casación", rta. 18/04/12, reg. n° 19853 y causa n° 12314, caratulada: "Brusa, Víctor Hermes y otros s/ recurso de casación", rta. 19/5/12, reg. n° 19959; causa n° 11515, caratulada: "Riveros, Santiago Omar y otros s/recurso de casación", rta. 7/12/12, reg. n° 20904; causa n° 12830, caratulada: "Riveros, Santiago Omar y otros s/recurso de casación", rta. 7/12/12, reg. n° 20905) y por el derecho penal internacional (cfr. estatutos de los tribunales militares de Nüremberg y para el Lejano Oriente; más tarde los instrumentos constitutivos de los tribunales *ad hoc* de las Naciones Unidas para la ex Yugoslavia y Ruanda; la regulación 15/2000 de la Administración de Transición de las Naciones Unidas para el Timor Oriental, el Estatuto de la Corte Penal Internacional de Justicia y la jurisprudencia emanada de esos órganos).

Así, de los recursos casatorios, no emergen argumentos plausibles de confutar o ameritar una revisión del criterio relativo a la existencia de un sistema de derecho común e indisponible para todos los estados, cuya origen se remonta, al menos, a los primeros años subsiguientes a la segunda guerra mundial, cuyo contenido, reconocido e inserto en nuestra carta fundamental y la legislación y jurisprudencia de los tribunales internacionales, reúne la imprescriptible e inderogable obligación de investigación y

sanción de los delitos de lesa humanidad (cfr. esta sala en las causas "Barcos, Horacio Américo s/ recurso de casación" y "Brusa, Víctor Hermes y otros s/ recurso de casación", *supra cit.*, entre otros).

Este deber, que se erige como imperativo jurídico para todos los estados, tiene primacía sobre cualquier disposición en contrario de los ordenamientos jurídicos locales, ocupando por tanto la posición más alta entre todas las otras normas y principios, aún las del derecho interno.

En este sentido, como señala M. Cherif Bassiouni, el reconocimiento de ciertos delitos internacionales como de *ius cogens*, acarrea el deber de persecución o extradición (cfr. M. Cherif Bassiouni "International Crimes: Jus Cogens and Obligatio erga Omnes, 59, AUT Law & Contemp. Probs. Pág. 65).

Respecto al carácter imprescriptible de conductas como las investigadas en estas actuaciones, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la "convención sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la prohibición de retroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos" (Fallos: 327:3312, considerando 28).

En punto a la pretensión de las defensas de sustraer del carácter de lesa humanidad a conductas como las imputadas, con invocación del principio de legalidad, el alto tribunal ha sostenido: "las cláusulas de los tratados modernos gozan de la presunción de su operatividad, 'por ser, en su mayoría, claras y completas para su directa aplicación por los Estados partes e individuos sin necesidad de una implementación directa'; 'la modalidad de aceptación expresa mediante adhesión o ratificación convencional no es exclusiva

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

a los efectos de determinar la existencia del *ius cogens*. En la mayoría de los casos, se configura a partir de la aceptación en forma tácita de una práctica determinada' (Fallos: 318:2148, voto del juez Bossert)". Asimismo que: "al momento de los hechos, el Estado argentino ya había contribuido a la formación de la costumbre internacional a favor de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad" (conf. precedente citado, considerandos 88 y siguientes del voto del juez Bossert). Por fin, también se sostuvo que: "en el marco de esta evolución del derecho internacional de los derechos humanos, puede decirse que la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la Comunidad Internacional" (Fallos: 327:3312, considerandos 30 a 32).

Se ha dicho que: "la extrema gravedad de ciertos crímenes, acompañada por la renuencia o la incapacidad de los sistemas penales nacionales para enjuiciarlos, son el fundamento de la criminalización de los crímenes en contra de la humanidad según el Derecho Internacional" (Ambos, Kai, "Temas de Derecho penal internacional y europeo", Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 181).

De otro lado, se ha afirmado que se trata de un mandato de justicia elemental, siendo que: "...la impunidad de las violaciones de los derechos humanos (culture of impunity) es una causa importante para su constante repetición" (cfr. Werle, Gerhard, "Tratado de Derecho Penal Internacional", Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 84).

Asimismo, y desde otra perspectiva, se ha sostenido que: "[e]l derecho penal tampoco tiene legitimidad en estos casos, dada la enormidad del injusto y la inexistencia de cualquier medio para brindar efectiva solución al conflicto" (Zaffaroni, E. Raúl, et. al., "Derecho Penal. Parte General", Ediar, Bs. As., 2000, pág. 191).

Los antecedentes expuestos permiten concluir, sin hesitación, que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los delitos de lesa humanidad no deriva de una categorización *ad hoc* y *ex post facto*, como parece sugerir la defensa y, en suma, conllevan a descartar tanto los planteos de prescripción como aquéllos que se yerguen en la afectación al principio de legalidad.

A este respecto, se tiene presente que el cimero tribunal, en situaciones análogas, ha rechazado por insustanciales los planteos que pretenden la revisión de la doctrina sentada en Fallos: 327:3312 y 328:2056, cuando el recurrente no ofrece nuevos argumentos que ameriten una nueva evaluación de lo decidido (cfr. causa E. 191. L° XLIII, "Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/ recurso extraordinario", sentencia del 17/02/09).

14°) Que en lo que atañe a los planteos de las defensas técnicas relativos a la calificación de *lesa humanidad* asignada a las conductas reprochadas, cabe recordar que en el estado actual de la cuestión existe consenso en cuanto que para ser calificados como tales, el o los hechos atribuidos deben formar parte de un ataque generalizado y/o sistemático dirigido contra una población civil.

Este concepto, hoy incorporado en el artículo 7° del Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 y ratificado por nuestro país mediante ley n° 25.390 -BO 23.1.01- e implementada por ley n° 26.200 -BO 9.1.07-, es consecuencia de la evolución normativa y jurisprudencial progresiva del derecho internacional (v. gr. Carta de Nüremberg; Cláusula Martens del Tratado sobre el Derecho de Guerra de la Convención de La Haya de 1907; Ley del Consejo del Control número 10, Principios de Nüremberg 1950; Código Preliminar de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1954; Convención de la No Aplicabilidad de Limitaciones Estatutarias a los Crímenes de Guerra y a los Crímenes contra la Humanidad de 1968; entre otros).

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

En el caso "Prosecutor v. Thimor Blaskic", el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia afirmó: "...uno de los elementos que transforman el ataque en sistemático es la existencia de un objeto político -una política de Estado- es decir un plan de acuerdo al cual es perpetrado el ataque". Asimismo, con relación al elemento "población civil" en el caso "Dusco Tadic a.K.A. "Dule" (IT - 94-1-T-del 7 de mayo de 1997). También ese tribunal señaló que: "aun cuando el imputado haya cometido un solo hecho, se acredita que éste fue en el contexto del ataque sistemático y generalizado estos queda abarcada por esa categoría del delito sin que sea necesario que el sujeto haya cometido numerosas ofensas" (cfr. voto de la jueza Ángela E. Ledesma, en causa n° 9803, caratulada: "Paccagnini, Rubén Norberto y otro s/ recurso de casación", Sala III, rta. el 4/12/09, reg. n°: 1782/09).

Se ha señalado que: "la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados nacionales" y que "las fuentes del derecho internacional imperativo consideran como aberrantes la ejecución de cierta clase de actos y, por ello, esas actividades deben considerarse incluidas dentro del marco normativo que procura la persecución de aquellos que cometieron esos delitos" (cfr. Fallos: 328:2056, voto del juez Maqueda, considerandos 56 y 57).

De otra banda, no puede soslayarse que existe un catálogo -no taxativo- de delitos de lesa humanidad, plasmado en diversos tratados, convenciones y resoluciones de órganos internacionales. A guisa de ejemplo resulta ilustrativo mencionar las cuatro Convenciones de Ginebra (CG de 12/8/1949 y sus dos protocolos adicionales PA de 12/12/1977); la Convención sobre la prevención y el castigo del delito de genocidio del 9/12/1948; la Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad del 26/11/1968; la Convención contra la

tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes del 10/12/1984. La circunstancia de que un delito no se encuentre comprendido en esa enunciación no es óbice para que se lo califique como de lesa humanidad, pues la comunidad universal reconoció -habida cuenta del valor de los derechos protegidos y de los fundamentos antes indicados-, que los instrumentos no son más que la cristalización de normas *ius cogens* del derecho internacional (cfr. causa "Barcos, Horacio Américo s/ recurso de casación", *supra cit.*).

Así, esta sala ha destacado en otros precedentes que: "las fuentes del derecho internacional atribuyen el carácter de lesa humanidad a hechos tales como el asesinato, exterminio, reducción a la esclavitud, privación ilegal de la libertad, agresiones sexuales, tortura, persecución por motivos, políticos, raciales o religiosos, u otros tratos inhumanos (cfr. art. 6º.c. de la Carta del tribunal militar internacional de Nüremberg; art. 5º del estatuto del tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia; art. 3º del estatuto del tribunal penal internacional para Rwanda y art. 2º del tribunal especial para Sierra Leona). La enunciación no agota el catálogo de conductas que generan las imprescriptibles e imperativas obligaciones de investigación y sanción. También se incluyen *inter alia* el empleo de armas destinadas a provocar sufrimientos innecesarios o la apropiación indebida de propiedad pública o privada (art. 3º del estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia)".

Y que, además, "[e]s de notar que la jurisprudencia de los tribunales internacionales contribuyó en la interpretación de los tratados anteriormente mencionados. Así, en torno a estas conductas, la jurisprudencia internacional clarifica el criterio de que, más allá de su inclusión en los estatutos de los tribunales *ad hoc* más recientes, ya de antaño integraban el derecho internacional consuetudinario (cfr. TIPY 'Delalić et al.' (I.T-96-21)

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

'Celebici', rta. el 16/11/1998, parág. 587 y 588). A guisa de ejemplo, en relación a los ataques al derecho de propiedad ocurridos en contextos de conflictos bélicos, se recordó que las Regulaciones de la Convención de la Haya IV de 1907, tutelan la propiedad y prohíben la confiscación y el pillaje y que -por otra parte- que hechos tales como la incautación organizada de propiedades, llevada adelante como parte de la explotación sistemática económica de los territorios ocupados, ya habían sido objeto de juzgamiento ante el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg (cfr. TIPY 'Delalić et al.', cit, parág. 590 y sus citas)" (causa n° 12314, caratulada: "Brusa, Víctor Hermes y otros", *supra* cit.; causa n° 15503, caratulada: "Lona, Ricardo s/recurso de casación", rta. el 20/03/13, reg. n° 207/13, entre otras).

Ahora bien; acreditado como está que los graves ataques a los derechos fundamentales de las personas que aquí se juzgan ocurrieron en el marco de un plan generalizado y sistemático de represión contra seres humanos, desplegado por el último gobierno de facto, el planteo de la defensa deviene insustancial.

A estas alturas ya es de toda notoriedad que los hechos investigados en estas actuaciones han sucedido en un marco de ejecución "en forma generalizada y por un medio particularmente deleznable cual es el aprovechamiento clandestino del aparato estatal. Ese modo de comisión favoreció la impunidad, supuso extender el daño directamente causado a las víctimas, a sus familiares y allegados, totalmente ajenos a las actividades que se atribuían e importó un grave menoscabo al orden jurídico y a las instituciones creadas por él" (cfr. Fallos: 309:33). A este respecto resulta de interés destacar que las reglas prácticas sancionadas por este cuerpo llaman a evitar la reiteración de la tarea de acreditación de hechos notorios no controvertidos (Ac. CFCP. n° 1/12, Regla Cuarta).

Los delitos que aquí se imputan, abstractamente

considerados, cometidos en el marco de ese ataque generalizado contra la población, encuadran en la categoría de lesa humanidad que apareja las consecuencias a las que antes se hizo referencia (cfr. Estatuto constitutivo del tribunal militar de Nüremberg, artículo 6 c); artículos terceros de las cuatro convenciones de Ginebra, ley n° 14467; Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, artículo 5; Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda; Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 7°, ley n° 25.390) -cfr. causa "Losito, Horacio y otros s/ recurso de casación", *supra cit-*.

Por lo expuesto, corresponde rechazar, por insustanciales, los agravios en torno a la imprescriptibilidad de la acción penal y afectación al principio de legalidad.

15°) Que los planteos formulados por las defensas de Alonso y Herzberg respecto a la caracterización de los hechos como "actos parciales de ejecución del delito desaparición forzada de personas consumada en perjuicio de María Natalia Suárez Nelson" no pueden prosperar, en tanto no se ha demostrado el perjuicio concreto que provoca esa categorización.

En efecto, más allá de esa declaración, los hechos fueron subsumidos en tipos penales previstos en el sistema legal a la época de los hechos, específicamente los artículos 146, 139 inciso 2 y 293 del CP, de modo que no se advierte una violación al principio de legalidad.

Por otra parte, cabe apuntar que la pretensión de prescripción que formuló la defensa de Herzberg, carece de sustento a la luz de cuanto se señala en el considerando 14° de este pronunciamiento, al que cabe hacer remisión. Así, en la especie, no se advierte cual sería la solución distinta a la que se habría arribado si el tribunal de juicio no hubiese formulado la declaración que se cuestiona.

Se tiene presente que es principio en materia

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

recursiva que las pretensiones que articulen las partes deben ser expuestas con indicación de los motivos fácticos y jurídicos que demuestren tanto el yerro de la decisión que se pretende conmovier, como el interés o perjuicio concreto que se derivaría de la misma, requisito que se vincula con la fundamentación autónoma que deben tener los recursos en orden a su procedencia (Fallos: 332:2397, 332:1124 y 331:810, entre otros).

Efectivamente, en la medida que el interés sustancial requerido por la ley demanda que la materia controvertida pueda tener especial incidencia en el resultado del pronunciamiento, la circunstancia de no haberse demostrado esa virtualidad afecta en el punto la fundamentación del recurso y conduce al rechazo del planteo.

16°) Que, de otro lado, el agravio vinculado a la alegada violación al derecho a ser juzgado en un plazo razonable formulado por la defensa de Alonso durante el término de oficina, tampoco habrá de recibir favorable acogida. Ello así, en tanto la asistencia técnica se limitó a referenciar la jurisprudencia del alto tribunal sin relevar las circunstancias concretas del caso, entre ellas, la complejidad de los hechos ventilados, a la luz de la cual, de conformidad con los antecedentes que invoca, corresponde analizar la cuestión.

Como se ha señalado en los párrafos anteriores, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puntualizado, de conformidad con el derecho internacional, la obligación del estado de garantizar el juzgamiento de los delitos contra la humanidad -como los investigados en esta causa-, como así también, que el incumplimiento de tal obligación compromete la responsabilidad internacional del estado argentino (Fallos: 328:2056 y 330:3248).

Por cierto, que la mencionada obligación no apareja la cancelación de la garantía a ser juzgado en un plazo razonable, sino -antes bien- la necesaria ponderación

judicial de ambos intereses de rango superior en su vinculación dialéctica (cfr. esta sala en causa "Losito, Horacio y otros", *supra* cit. y *mutatis mutandi* Sala III, causa n° 13.652, caratulada: "Videla, Jorge Rafael s/ control de prórroga de prisión preventiva", rta. el de 30/12/11, reg. n° 2045/11, voto del juez Slokar). En este sentido, es doctrina inveterada del máximo tribunal que las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos: 334:485; 331:858 y 143:118, entre muchos otros).

Recientemente el cimerio tribunal nacional ha sostenido al pronunciarse respecto al plazo razonable de la prisión preventiva, que: "el principio republicano de gobierno impone entender que la voluntad de la ley, cuando permite exceder el plazo ordinario, no es la de abarcar cualquier delito, sino los delitos más graves y complejos de investigar, o sea, en particular aquellos contra la vida y la integridad física de las personas, cuya protección penal debe privilegiarse y cuya impunidad acarrea gran alarma social y desprestigia en máxima medida la función tutelar del Estado" (A.93.XLV "Acosta, Jorge Eduardo y otro s/recurso de casación"; rta. el 8/05/12; considerando 21).

Y agregó que: "A la magnitud de la excepción corresponde una pareja delimitación por gravedad y complejidad de los hechos bajo juzgamiento, pues lo contrario implicaría anular virtualmente el carácter excepcional de la norma" (*ibídem*).

Afirmó también que: "la reapertura de los juicios por crímenes de lesa humanidad ha puesto en funcionamiento procesos por delitos contra esos bienes jurídicos, cometidos en muchos casos en concurso real de múltiples hechos, cuya complejidad es mucho mayor que los casos corrientes conocidos por los jueces de la Nación e incluso de hechos únicos con

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

asombrosa y extraordinaria acumulación de graves resultados" (considerando 23).

Finalmente consignó que: "[s]e suma a ello que la Nación Argentina tiene el deber internacional de sancionarlos y de impedir legal y jurisdiccionalmente su impunidad" (ibídem).

Tales criterios se ajustan también a los receptados por la Corte IDH que, al tratar el concepto de "plazo razonable", con remisión a los lineamientos fijados en la materia por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sostuvo que: "es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) la complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales" (conf. casos "Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago", sentencia del 21 de junio de 2002, serie C n° 94; "Suárez Rosero", sentencia del 12 de noviembre de 1997, serie C n° 35; y "Genie Lacayo", sentencia del 29 de enero de 1997, serie C n° 20; entre otros, criterio que el Tribunal de Estrasburgo ha seguido en los casos "Katte Klitsche de la Grange v. Italy", caso n° 21/1993/416/495, sentencia del 27 de octubre de 1994, párr. 51; "X v. France", caso n° 81/1991/333/406, sentencia del 31 de marzo de 1992, párr. 32; "Kemmaché v. France", casos n° 41/1990/232/298 y 53/1990/244/315, sentencia del 27 de noviembre 1991, párr. 60; "Moreira de Azevedo v. Portugal", caso n° 22/1989/182/240, sentencia del 23 de octubre de 1990, párr. 71).

Con arreglo a los criterios antes reseñados y que guían el análisis de la cuestión, no puede perderse de vista, entre otras consideraciones, que en la evaluación de los efectos que cabe asignarle al tiempo transcurrido y alegado por la parte, cuenta también la ponderación de la actividad de los órganos estatales que llevaron adelante la instrucción y el debate, a la luz de la complejidad del trámite de las

actuaciones como consecuencia de las particularidades de las imputaciones que aquí se ventilan.

Por estas consideraciones, la pretensión de extinción de la acción propiciada por la defensa no puede prosperar.

17º) Que por los motivos que se señalan a continuación, también corresponde el rechazo del planteo relativo a la violación de la garantía de juez natural, basado en que la integración del tribunal no se adecuó a las previsiones establecidas en la ley n° 26372 (BO 30.5.2008).

Lleva dicho esta sala que resulta válida la designación de jueces -a fin de integrar un tribunal en los términos del artículo 1º de la ley n° 26372- que se adecua a la acordada n° 37/2009 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en su artículo 1º establece que: "en las causas penales en que fuere necesario completar la integración de alguna de las cámaras federales [o tribunal oral] con asiento en las provincias se podrá recurrir a cualquiera de los jueces de grado y materia del respectivo distrito judicial donde se verifique el déficit de integración, y, si no fuere posible hacerlo se deberá acudir a los jueces de un distrito vecino, priorizando a los que tengan más de un tribunal o juzgado de igual competencia y sin perjuicio de hacerlo con los de distinto grado y materia en el caso de jurisdicciones con competencia múltiple" (cfr. causas n° 14832, caratulada: "Stricker, Carlos Andrés y otros s/recurso de queja", reg. n° 20815; rta. 14/11/12; y n° 15820, caratulada: "Stricker, Carlos Andrés y otros s/ recurso de queja", reg. 20821; rta. 14/11/12).

Así las cosas, se advierte que las designaciones de los jueces Roberto Atilio Falcone y Mario Alberto Portela para integrar el tribunal oral -Resoluciones N° 17/10 y N° 511/09, Expte. SG 20/08 del registro de la Secretaría General de esta Cámara, respectivamente- dispuestas por esta Cámara Federal de Casación, guarda conformidad con la normativa y el

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

criterio precedentemente señalados.

Por otra parte, la defensa alega que esas designaciones derivaron en un temor de parcialidad. Ahora, más allá de cuanto ya se ha dicho, evaluando la cuestión a partir de un análisis *ex post* de la actuación del tribunal (Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela - Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas-, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C. No. 182; y Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú -Fondo, Reparaciones y Costas-, Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 55, entre otros), tampoco se advierten elementos que sugieran la materialización de un obrar parcial por parte de los magistrados, lo que también apareja la inviabilidad del planteo.

-V-

18º) Que, sentado cuanto precede, corresponde abocarse al tratamiento de los agravios que involucran un disenso con la valoración de la prueba y la consecuente atribución de responsabilidades efectuada en la instancia anterior.

Al respecto, se tiene presente que nuestro digesto rituario ha adoptado el sistema de la sana crítica racional - artículo 398, 2º párrafo-, que amalgamado a la exigencia constitucional de fundamentación de las sentencias, requiere que se expresen los elementos de prueba a partir de los cuales se arriba a una determinada conclusión fáctica y "la explicación del porqué de la conclusión, siguiendo las leyes del pensamiento humano (principios lógicos de igualdad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente), de la experiencia y de la psicología común" (cfr. Maier, Julio B.J., "Derecho Procesal Penal", 2ª.ed., 3ª reimp., Editores del Puerto, 2004, Tomo I, Buenos Aires, p. 482).

En este sentido, el supremo tribunal nacional ha destacado: "La doctrina 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 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" (Fallos: 328:3398, considerando 29).

También enfatizó el cimero órgano que: "la regla de la sana crítica se viola cuando directamente el juez no la aplica en la fundamentación de la sentencia. Puede decirse que en este caso, la sentencia carece de fundamento y, por ende, esta es una grosera violación a la regla que debe ser valorada, indefectiblemente tanto por el tribunal de casación como por esta Corte. Cuando no puede reconocerse en la sentencia la aplicación del método histórico en la forma que lo condicionan la Constitución y la ley procesal, corresponde entender que la sentencia no tiene fundamento. En el fondo, hay un acto arbitrario de poder" (considerando 31).

En el mismo orden, se ha señalado que: "[l]a sana crítica establece la plena libertad para el convencimiento de los jueces, reconociendo como límite el respeto a las normas que gobiernan la corrección del pensamiento, es decir las leyes de la lógica, de la psicología y de la experiencia común [CNCP, Sala II, LL, 1995-C-525], por lo que le es exigible que las conclusiones a las que se arribe en la sentencia sean el fruto racional de las pruebas del proceso, sin afectación del principio lógico de razón suficiente que exige que la prueba en que aquella se funde sólo permita arribar a esa única conclusión y no a otra [CNCP, Sala II,

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

citada; CNCP, Sala IV, DJ, 1996 -2-274, en el que se añade que la sana crítica exige el debido respeto no sólo de aquél principio, sino además, de los de identidad, de no contradicción y del tercero excluido]" (Navarro, Guillermo Rafael y Daray, Roberto Raúl, "Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Tomo 2, 2º edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 1142).

Esta es, por otra parte, la pauta que impera en los tribunales internacionales en el sentido de que tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica, evitando adoptar una rígida determinación del *quantum* de la prueba necesaria para sustentar un fallo (cfr. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C 4, parágs. 127/131; Caso Bulacio vs. Argentina, sentencia del 18 de septiembre de 2003, Serie C 100, parág. 42; Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C 101, parág. 120; Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala, sentencia del 27 de noviembre de 2003, Serie C 103, párag. 48; y Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica, sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C 107, parág. 57).

En lo que atañe a los criterios que gobiernan la valoración de las pruebas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que si se verifica que se han ponderado testimonios, prueba de presunciones e indicios en forma fragmentada y aislada, incurriéndose en ciertas omisiones en cuanto a la verificación de hechos que conducen a la solución del litigio, sin haberse efectuado una visión de conjunto ni una adecuada correlación de los testimonios y de los elementos indiciarios, ello constituye una causal de arbitrariedad que afecta las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso (Fallos: 311:621).

El principio de razón suficiente implica que las afirmaciones a las que llega una sentencia deben derivar necesariamente de los elementos de prueba que se han invocado

en su sustento. Son pautas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia (cfr. esta sala en causa n° 3714, caratulada: "Di Fortuna, Juan Marcelo s/ recurso de casación", rta. el 20/5/02, reg. n° 4923).

Así, el razonamiento empleado por el juez en su fallo, debe ser congruente respecto de las premisas que establece y las conclusiones a que arriba, debiendo expresar por escrito las razones que condujeron a su decisión para posibilitar el control de legalidad (cfr. Sala I, causa n° 13073, caratulada: "Arias, Carlos Alberto y Zírpolo, Luis Ángel s/ recurso de casación", rta. el 24/11/11, reg. n° 18879).

Asimismo, la revisión del pronunciamiento debe atender al criterio de la "máxima capacidad de rendimiento" sentado por el alto tribunal en el *leading case* de Fallos: 328:3399 "Casal".

Los organismos internacionales de derechos humanos se han pronunciado respecto a este punto. En esta línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado: "La práctica de los tribunales internacionales e internos demuestra que la prueba directa, ya sea testimonial o documental, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia. La prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos" (Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C N° 4, parág. 130).

Sabido es que la declaración de certeza de culpabilidad puede basarse tanto en las llamadas pruebas directas como en las indirectas, siempre que éstas consistan en indicios que en su conjunto resulten unívocos y no

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

anfibológicos, porque son los primeros los que en definitiva tienen aptitud lógica para sustentar una conclusión cierta.

La eficacia probatoria de la prueba indiciaria dependerá, en primer lugar, de que el hecho constitutivo del indicio esté fehaciente acreditado; en segundo término, del grado de veracidad, objetivamente comprobable, en la enunciación general con la cual se lo relaciona con aquél; y, por último, de la corrección lógica del enlace entre ambos términos (Cafferata Nores, José I., "La prueba en el proceso penal. Con especial referencia a la ley n° 23.984", 4° edición, Depalma, Buenos Aires, 2001, pág. 190).

Es decir, se debe corroborar en la hipótesis si verdaderamente existió una cadena de indicios que demuestren, a través de las reglas de la experiencia, que los magistrados efectuaron una operación mental mediante la cual infirieron la autoría del nombrado en el suceso investigado (cfr. Parra Quijano, Jairo, "Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones", tomo IV; 3ª edición, Ediciones Librería del Profesional, Santa Fe de Bogotá, 1997, pág. 21) y si esa operación aparece expresada en la resolución.

Al respecto la Corte IDH se ha pronunciado sobre la importancia de estos medios de convicción en procesos de esta naturaleza, en los que se investiga la comisión de delitos de lesa humanidad, señalando que: "[l]a prueba indiciaria o presuntiva resulta de especial importancia cuando se trata de denuncias sobre la desaparición, ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas" (Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, *supra cit.*, parág. 131).

Sentado ello, debe atenderse a que los remedios casatorios interpuestos se han alzado mayormente sobre la verosimilitud de las declaraciones testimoniales, de modo que la elucidación de los planteos remite a evaluar si la decisión que se ataca es producto de un razonamiento lógico-

deductivo, con correlato en el conjunto de pruebas o indicios surgidos del debate.

En cuanto al valor de este tipo de prueba, cabe evocar que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad, en el marco de la causa n° 13/84, afirmó que: "el valor de la prueba testimonial adquiere un valor singular; la naturaleza de los hechos así lo determina..."; y agregó que "la declaración testimonial es un medio de prueba que se privilegia frente a modos particulares de ejecución en los que deliberadamente se borran las huellas, o bien se trata de delitos que no dejan rastros de su perpetración, o se cometen al amparo de la privacidad. En tales supuestos a los testigos se los llama necesarios".

Asimismo puntualizó que: "[e]n la especie, la manera clandestina en que se encaró la represión, la deliberada destrucción de documentos y de huellas, el anonimato en que procuraron escudarse sus autores, avala el aserto" y que: "[n]o debe extrañar, entonces, que la mayoría de quienes actuaron como órganos de prueba revistan la calidad de parientes o de víctimas. Son testigos necesarios" (cfr. Sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Tomo I, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1987, Segunda ed., pág. 294)".

Por su parte, la doctrina ha afirmado que: "...la más fuerte garantía de la estabilidad del testimonio es su perfecta concordancia con los resultados que las demás pruebas suministran. Si el testigo es convencido de mentira o error acerca de un punto de hecho, el juez no puede dejar de concebir desconfianza y dudas sobre su buena voluntad o sobre sus facultades de observación; pero, al contrario, su convicción se aumenta cuando ve confirmado y corroborado el testimonio por todas las demás pruebas descubiertas en la causa" (Mittermaier, Karl Joseph Antón, "Tratado de la prueba

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

en materia criminal", Hammurabi, 1ª edición, Buenos Aires, 2006, pág. 310/11).

No es dable soslayar que las particularidades de los hechos de la naturaleza de los que aquí se juzgan y el paso del tiempo desde que ellos sucedieron, también pueden influir en el recuerdo del testigo. Nuevamente, en estos casos será la reconstrucción y contraste con el resto de la prueba la que permita determinar la razonabilidad de la fuerza convictiva asignada al testimonio.

En lo atinente a la valoración de la prueba testimonial prestada por quien además aparece como víctima de un delito, se ha dicho que "una vez introducido como tal en un proceso concreto, es claro que su apreciación requiere dos juicios. Uno primero -externo- sobre el hablante; otro sobre lo hablado. Esto último, a su vez, ha de examinarse en dos planos: en sí mismo, como discurso, para evaluar su grado de consistencia interna; y desde el punto de vista de la información que contenga, que ha de ponerse en relación con la obtenida a partir de otros medios probatorios. Así la práctica de la testifical se articula en tres tramos; el de la audición del declarante; el de la determinación del crédito que como tal pudiera o no merecer; y el que tendría por objeto evaluar si lo narrado es o no cierto". Asimismo, que "[n]o hay duda de que el segundo momento es el de mayor dificultad. En efecto, pues en él se trata de calibrar la sinceridad del deponente, es decir, de saber si cuenta realmente lo que cree que presenció. Para ello habrá que estar a las particularidades de la declaración, al modo de prestarla, a la existencia o no de motivos -interés- para desfigurar u ocultar la verdad, a la coherencia de la actual con anteriores manifestaciones recogidas en la causa" (Ibáñez, Perfecto Andrés, "Prueba y convicción judicial en el proceso penal", Editorial Hammurabi, Bs. As., 2009, pág. 113/114).

-VI-

19º) Que, sentado cuanto precede, corresponde liminarmente recordar que el tribunal oral tuvo por cierto que: "...el 10 de junio de 1977 María Elena Isabel Corvalán, en un estado de embarazo avanzado, fue secuestrada en un operativo desarrollado por Fuerzas Armadas y de Seguridad en inmediaciones de su vivienda de 8 entre 80 y 81, de la ciudad de La Plata. En el mismo fue asesinado su esposo, Mario Cesar Suárez Nelson. La mujer fue llevada al centro clandestino 'La Cacha', en donde fue vista en estado de gravidez por varios sobrevivientes que declararon en el debate, dando a luz a una beba el 8 de agosto de 1977, presumiblemente en la maternidad de la cárcel de mujeres de Lisandro Olmos" (fs. 1795 vta.).

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

Continuó señalando que: "[d]ías después, el 12 de agosto de 1977, se confeccionó un certificado espurio en que se consignaba falsamente a ese departamento como el lugar de nacimiento de la beba, firmado por el médico Francisco Bosia, y certificado por el escribano público Carlos A. De Cano. En dicho instrumento, más precisamente en la parte inferior del formulario, en el sector reservado para los datos necesarios para su inscripción registral, Omar Alonso insertó falsamente sus datos personales y los de su esposa María del Luján Di Mattía como si fueran los progenitores de la criatura" (fs. 1795 vta./1796).

Adunó que: "[c]on ese instrumento público falso, Omar Alonso hizo insertar esos datos que sabía apócrifos, en la partida de nacimiento de María Natalia, el 16 de agosto de

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

1977, ante el Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires, lo cual fue anotado bajo acto N° 1148, de la delegación La Plata" (fs. 1796).

Añadió que: "[l]a partida de nacimiento resultó así ser ideológicamente falsa, al distorsionar lugar de nacimiento, hora del parto y datos de los padres biológicos de la beba" (ibídem).

De seguido afirmó que: "[e]l mismo proceder fraudulento de Alonso se halla acreditado al tramitar el Documento Nacional de Identidad de la niña -que llevó el número 26.058.284- ante la seccional 2da. La Plata del Registro Nacional de las Personas" (ibídem).

Asimismo, señaló que: "[c]on esta identidad, la niña creció y permaneció retenida y oculta en poder del matrimonio Alonso-Di Mattía, quienes simularon ser sus padres biológicos hasta 1998, fecha en que la joven cumplió 21 años de edad" (ibídem).

Por último, estableció el órgano, que: "el 1° de junio de 2006, la joven pudo saber quiénes habían sido sus padres biológicos, el matrimonio Suárez Nelson-Corvalán al ser notificada de la pericia de fs. 291/303, que estableció compatibilidad entre el perfil genético extraído del cepillo de dientes de María Natalia con las familias de ese matrimonio, con una probabilidad de parentesco de 99.9995%" (ibídem).

20°) Que, en lo que atañe a la materialidad de los hechos, se valoraron "la declaración (confesión simple) del imputado Omar Alonso, los testimonios de María Natalia Suárez Nelson, Mónica Elena Torres, Patricia Pérez Catán, María Silvia Bucci, Héctor Javier Quintero, Raúl Elizalde, Juan Manuel Ricardo Corvalán, María Cecilia Marcela Corvalán y Hugo Pérez Salas...", como así también la declaración de la perito María Belén Cardozo, el resultado de la pericia del Banco Nacional de Datos Genéticos (fs. 291/303), la constatación del nacimiento (fs. 520), el acta de nacimiento

n° 1148 del Registro Provincial de Capacidad y Estado Civil de las Personas (fs. 521) y la fotocopia del DNI de la víctima (fs. 320/321).

Los elementos enunciados por el tribunal, resultan elocuentes en punto a la efectiva ocurrencia de los hechos que tuvieron por víctima a María Natalia Suárez Nelson y cuya materialidad, por otra parte, tampoco viene controvertida en la instancia.

-VII-

21°) a) Que, en lo que hace a la participación de Juan Carlos Herzberg en los sucesos investigados, el tribunal oral entendió que fue él quien "retiró a la niña 'Lucía' de la custodia de su madre María Elena Corvalán luego que la nombrada diera a luz, el 8 de agosto de 1977", y quien ese mismo día entregó la "beba recién nacida al matrimonio compuesto por Omar Alonso y María del Luján Di Mattía, de la cual posteriormente fue padrino de bautismo" (fs. 1803/1804).

Los sentenciantes valoraron la prueba documental que da cuenta de que Herzberg, al tiempo del hecho, pertenecía a la Marina, revestía el grado de Capitán de Navío y era Comandante de la Fuerza de Tareas N° 5. Estas circunstancias fueron acreditadas con los legajos de servicios y conceptos que corren por cuerda a las presentes actuaciones y que fueron valorados en la sentencia a fs. 1804.

De otra parte, se pudo corroborar, a partir de artículos periodísticos de la época, que el operativo desplegado en el domicilio de la pareja Corvalán-Suárez Nelson, que culminó con el secuestro de la primera y la muerte del segundo, se llevó a cabo por personal de la Armada Argentina. En efecto, el diario "La Nación" en su edición del 11 de junio de 1977, describió un procedimiento llevado a cabo "en una finca de la calle 8 entre 82 y 83 de la ciudad de La Plata, en el que se logró abatir a uno de los 'subversivos', logrando el otro de sexo femenino eludir el

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

cerco"; y también hizo mención al fallecimiento de un soldado (Miguel Vidal) perteneciente al III Batallón de Infantería de Marina que habría participado en ese operativo (cfr. fs. 781). De similar tenor y contenido resulta la noticia publicada por el periódico "La Prensa", obrante a fs. 780 y valorada en la sentencia a fs. 1803.

Asimismo, mediante los testimonios prestados durante el juicio y reseñados en la sentencia, se acreditó la detención de María Elena Isabel Corvalán por miembros de la marina, el avanzado estado de embarazo que cursaba al tiempo de ser privada de su libertad y su permanencia en el centro clandestino de detención "La Cacha", que funcionó en el predio lindero a la Cárcel de Olmos (fs. 1807).

En esta dirección, Mónica Elena Torres, vecina al momento de los hechos del matrimonio Corvalán-Suárez Nelson, recordó haber tomado conocimiento del secuestro de María Elena Isabel Corvalán -cuando transitaba el octavo mes de embarazo- y de la muerte de Mario César Suárez Nelson durante ese operativo llevado a cabo en su domicilio. Por su parte, Elsa Suárez Nelson, hermana de Mario César, recordó que en ese entonces "ella estaba estudiando en Humanidades y se le acercaron unos compañeros y le dijeron que María Elena estaba en 'La Cacha', pero que ya no tenía a su niña" (fs. 1808).

Así también, la permanencia de María Elena Isabel en este centro clandestino se corroboró con los testimonios brindados durante el debate por otras personas que afirmaron haber permanecido detenidas en "La Cacha". Entre ellos, Patricia Pérez Catán, María Silvia Bucci, Héctor Javier Quintero, Raúl Elizalde y Carlos Antonio Herrera (fs. 1807 y vta.). Los testigos -especialmente Elizalde y Herrera- fueron contestes en que la Marina era una de las fuerzas que operaban allí (fs. 1807 y vta.).

A su vez, estos testigos dieron cuenta del avanzado estado de embarazo que cursaba Corvalán al tiempo de su detención. En efecto, Patricia Pérez Catán refirió que vio a

María Elena durante su cautiverio, detallando que como era estudiante de medicina, los guardias le encomendaban la asistencia de otros detenidos. Los relatos de Quinterno, Herrera y Elizalde fueron contestes en cuanto a que los guardias, en virtud del avanzado embarazo que cursaba, le permitían a María Elena caminar por el lugar, y que en esas circunstancias ella les comentó quién era y cómo había sido su secuestro.

De otro lado, y ya en lo que respecta a la posterior entrega de la niña nacida en cautiverio al matrimonio Alonso-Di Mattía, se valoraron los testimonios que relataron el ofrecimiento que en tal sentido le efectuó Herzberg a la pareja cuando supo que no podían tener hijos.

En primer orden, el relato de la propia víctima, María Natalia Suárez Nelson, que expresó que se interiorizó de lo sucedido ya de adulta, a través de los dichos de Di Mattía, quien el 25 de diciembre de 1993, "conmocionada luego de la detención de Alonso", le explicó cómo llegó a esa casa y le afirmó que "ellos no eran sus padres y que aparentemente era hija de desaparecidos" (fs. 1804 vta.).

En igual sentido, la declaración de Graciela Alquaz, tía de la niña, también echó luz sobre la participación de Herzberg en los sucesos. La testigo recordó que "en el año 2007 estuvo conversando con 'Mora' (María del Lujan Di Mattía), quien le contó que Alonso conocía a Banzer y a través de él conoció a Herzberg, y que sabiendo que ellos no podían tener chicos les había ofrecido un bebe. Agregó que Mora le dijo que para ella Natalia había nacido el 8 de agosto -aclaró que fue el día que su cuñada [María Cecilia Marcela Corvalán recibió un llamado telefónico relacionado con el nacimiento de la niña]-, que ese día se la llevaron a la casa por la tarde, y 15 o 20 días antes Herzberg les había dicho que estaba por nacer una bebé" (fs. 1804 vta.).

Aunado a ello, se valoró que la familia de María Elena Isabel Corvalán tomó conocimiento de que "había nacido

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

la beba, que le habían puesto Lucía, que nació por cesárea y que pesó tres kilos ochocientos" (fs. 1805 vta.). En este sentido resultan coincidentes los testimonios de María Cecilia Marcela y Juan Manuel Ricardo Corvalán, hermanos de María Elena, que recordaron que la primera recibió un llamado telefónico en su casa, de una mujer que les avisó que "Elena Corvalán había tenido una beba de 3 kilos y medio y que se llamaba Lucía" (fs. 1805 y vta.).

Por otra parte, Graciela Alquaz -cuñada de Corvalán-, Estela De la Cuadra y su madre Alicia Zuaznábar de De la Cuadra -integrantes de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo-, detallaron de modo sustancialmente concordantes las condiciones en las que se produjo la entrega de la niña a sus apropiadores, envuelta en un "capote negro de marina" (fs. 1805).

En efecto, Zuaznábar de De la Cuadra, cuya declaración fue incorporada por lectura en razón de su fallecimiento, señaló que "como miembro de la Asociación había recibido un llamado anónimo diciéndole que la supuesta hija del matrimonio Alonso, María Natalia, había sido entregada en un capote militar y que un oficial del BIN N° 3 habría sido quien la entregó y que era el padrino de bautismo" (fs. 1488 y vta., valorado en la sentencia a fs. 35). En similar sentido Estela De la Cuadra recordó durante la audiencia que "desde el año 1982 comenzó a tener la información de que a un comerciante conocido de Tolosa le habían entregado una nena en un capó o abrigo de la Marina. Agregó que distintas personas llamaban y decían que el que la entregó era Gerver o algo así; dijo que ya en la primera denuncia está lo del capó del marino, pero que es recién a fines de los 90 cuando aparece el nombre; que un día charlando con Adelina Alaye, es ella quien le pasa los datos de Juan Carlos 'Gerver'. Destacó que no era claro el apellido, pero se sabía que era de la Marina" (fs. 1805).

En sentido coincidente se pronunció Roger Soruco Torrijos, quien afirmó que su padre había sido cónsul adjunto de Bolivia durante esa época y le comentó antes de morir que a Alonso la hija se la entregó el capitán Herzberg, envuelta en un capote negro de la marina (fs. 1805 vta.).

Asimismo, resultó concluyente el testimonio del médico Hugo Pérez Salas, valorado en la sentencia, quien declaró que al concurrir al domicilio del matrimonio Alonso-Di Mattía, luego de haber sido convocado telefónicamente, "se encontró con una recién nacida, que estaba perfecta, con reflejos normales. Agregó que en ese momento calculó que la beba tenía 3 o 4 horas de nacida porque el cordón umbilical estaba intacto, no había empezado a atrofiarse" (fs. 1804 vta./1805). Esta declaración le permitió al tribunal, confirmar que la niña "fue entregada muy poco tiempo después de nacer", y evidencia "la coetaneidad de todos estos sucesos" (fs. 1807).

El tribunal también meritó la "estrecha relación de confianza" que existía entre Herzberg y Alonso. A ese respecto, mencionó que aquél fue padrino de bautismo de la víctima y que Alonso le otorgó a Herzberg un poder de disposición de todos sus bienes (cfr. certificado de bautismo de María Natalia obrante a fs. 596 y poder de administración de bienes, aportado a la causa por María Natalia Suárez Nelson a fs. 587/591).

El testigo Roger Soruco Torrijos confirmó las características de la relación que unía a ambos imputados, recordando haber concurrido a la casa de Alonso acompañando a su padre, donde se encontraban presentes, entre otras personas, "el general Hugo Bánzer, Eduardo Banzer Ojopi, su padre, el dueño de casa el señor Omar Alonso, y una persona a la que le presentaron como el capitán de navío Herzberg" (fs. 1806). Expresó que "en esa reunión escuchó decir 'ésta es la niña', en obvia referencia a Natalia, quien en aquella época tenía dos o tres años de edad". Afirmó durante su declaración

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

que, a su entender, el objetivo de la reunión era "presentar a la niña" en sociedad (fs. 1806).

Fueron valorados además los dichos prestados por María del Luján Di Mattía en oportunidad de recibírsele declaración indagatoria el día 8 de abril de 2010, en el marco en la causa n° 176 del registro del Juzgado Federal n° 3 de La Plata, incorporada por lectura al debate, en la cual destacó que "cuando Herzberg le dio a Natalia la dicente les ofreció que fueran los padrinos, por una cuestión de agradecimiento..." (fs. 1806 vta.).

Todos esos elementos de prueba, integralmente considerados, validan las conclusiones del tribunal relativas a que "Herzberg ofreció un niño al matrimonio Alonso, llamó por teléfono a la casa de los nombrados veinte días antes del alumbramiento y también lo hizo poco tiempo antes de llevar la beba a la casa. El matrimonio Alonso Di Mattía la recibió con el ajuar preparado, ya habían comprado la cuna, encontrándose presentes los padres de Alonso. Todo fue cuidadosamente planificado, tal como lo ha revelado la prueba reseñada precedentemente, que apreciada de conformidad con las reglas de la lógica, la experiencia y el recto entendimiento judicial nos permite formar convicción acerca de la participación personal de Herzberg en el hecho criminoso que se le reprocha" (ibídem).

En esta misma dirección, el tribunal de juicio aseveró que: "la prueba que señala a Juan Carlos Herzberg como autor de la sustracción es categórica. Su pertenencia a la marina, el ofrecimiento de un niño anterior al nacimiento de Natalia, su entrega en el domicilio de Alonso, su padrinzago, su reconocimiento a la propia Natalia, todo ello conforma un plexo probatorio de cargo que, como se dijo al comienzo, permite fundar convicción acerca del quehacer delictivo del capitán de Navío Juan Carlos Herzberg" (fs. 1808).

Los cuestionamientos relativos a la valoración de los dichos de Di Mattía carecen de virtualidad, en tanto las circunstancias por ella memoradas resultan confirmadas por otros elementos de prueba ya analizados que, como se dijo, resultan autónoma y suficientemente elocuentes de la participación del encartado en los hechos.

Además, las críticas que la defensa finca en la calidad de víctima de María Natalia Suárez Nelson y en el vínculo que unía a María Julia Alí con el coimputado Alonso, carecen de asidero y en realidad sólo marcan una discrepancia con el contenido de esos relatos que -como se dijo- resultan corroborados por los otros elementos de prueba obrantes en la causa y valorados en la sentencia.

Claro está que a la hora de justipreciar el testimonio de la principal víctima de estos hechos, deben diferenciarse aquellas circunstancias que la testigo ha relatado reproduciendo los dichos de otras personas -especialmente los de Di Mattía- en su calidad de "testigo de oídas" y aquellas manifestaciones que describieron sus vivencias personales, relativas especialmente a sus recuerdos de adolescencia y adultez respecto a las dudas que albergaba sobre su origen, las versiones esgrimidas a ese respecto por su apropiador y su traslado a otro país junto a Di Mattía.

Estas circunstancias, a su vez, como se señaló anteriormente, deben ser analizadas integralmente a la luz de los otros elementos indiciarios y de prueba que surgieron del debate, ante los cuales los dichos de Natalia Suárez Nelson cobran virtualidad.

En punto a los cuestionamientos sobre el valor otorgado al testimonio de Roger Soruco, cabe señalar que más allá de que involucran un disenso que estriba en una discrepancia respecto de la convicción asignada a ese elemento probatorio, no se ha demostrado que esta prueba haya sido valorada de modo aislado, descontextualizado o, en definitiva, arbitrario. Cabe poner de resalto que los dichos

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

de Soruco no se limitaron a aquellos recuerdos que le compartió su padre antes de su fallecimiento -extremos que, por lo demás, como ya se ha dicho, coinciden con lo expresado en otros testimonios-, sino que comprendieron también otras circunstancias vivenciadas de modo directo, tales como los detalles sobre la reunión llevada a cabo en el domicilio de Alonso.

En cuanto al valor de los testimonios brindados por el "testigo de oídas", aun cuando la doctrina de modo preponderante ha cuestionado el peso probatorio autónomo de estas declaraciones (Cfr. Cafferata Nores, José I., "La Prueba en el proceso penal. Con especial referencia a los Códigos procesales penales de la Nación y de la Provincia de Córdoba", ed. Abeledo Perrot, Séptima Edición, Buenos Aires, 2011, pág. 119, con cita de Manzini Vincenzo, "Tratado de Derecho Procesal Penal", trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, ed. Ejea, Buenos Aires, 1952, T. III, pág. 255; Romero Villanueva, Horacio, "El testigo de oídas y su alcance -Un breve estudio comparando el proceso penal argentino y español-", La Ley, 2005- E, 1273; Jauchen, Eduardo M., "Tratado de la Prueba en Materia Penal", Ed. Rubinzal Culzoni, Primera Edición, Santa Fe, 2004, pág. 285), nada empece a que se ponderen como "elementos de corroboración" en cuanto complementen otros elementos de prueba que, en su conjunto, conduzcan de modo claro a la reconstrucción del hecho histórico (Ibáñez, Perfecto Andrés "Prueba y convicción judicial en el proceso penal", op. cit).

En este sentido, entonces, la aptitud probatoria de las declaraciones prestadas por "testigos de oídas" reside en su articulación armónica con los restantes elementos de prueba, a los que le aportan mayor sustento y que, en su conjunto, hacen luz sobre los sucesos investigados.

En virtud de lo hasta aquí desarrollado, puede afirmarse sin hesitación que el impugnante ha realizado un análisis parcial de la prueba invocada por el tribunal de

juicio, que de modo preciso describió los elementos probatorios e indiciarios que le permitieron formar su convicción sobre los hechos juzgados. Y en este punto pues, la descalificación de estos elementos de prueba, no logra desvirtuar la valoración y el contenido del plexo probatorio al que antes se hizo referencia.

A partir de lo hasta aquí descrito, surge que para tener por probada la autoría de Herzberg en la sustracción de Natalia, no se valoró únicamente su pertenencia a la Marina, como sugirió la defensa. En este punto, dable es recordar que el tribunal de juicio tuvo por acreditado el operativo de fuerzas conjuntas -entre ellas, la Armada- que culminó con el secuestro de María Elena Corvalán (quien se encontraba embarazada) y la muerte de su compañero; el alojamiento de ésta en el centro clandestino de detención "La Cacha" donde también había guardias pertenecientes a la Marina y donde Corvalán dio a luz a la niña; la inmediata entrega de la recién nacida al matrimonio Alonso-Di Mattía; el estrecho vínculo que unía a Herzberg con el coimputado y la circunstancia de que fue elegido padrino de la menor.

Corresponde apuntar que la "sustracción" prevista en el artículo 146 del CP ha sido definida por la doctrina como la conducta que consiste "en sacar al niño de la esfera de custodia en que se encuentra" (Pérez Lance, Adrián en Baigún, David y Zaffaroni, E. Raúl Dir., Terragni, M., Coord., "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, Tomo 5, pág. 487; y en similar sentido: Soler, Sebastián, "Derecho penal argentino", ed. Tea, Buenos Aires, 1994, tomo IV, pág. 65; Donna, Edgardo, "Derecho Penal, Parte especial", ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, Tomo II-A, pág. 217; Fontán Balestra, Carlos, "Tratado de derecho penal, Parte especial", actualizado por Guillermo A. Ledesma, ed. Abeledo Perrot, Buenos aires, 1992, Tomo V, pág. 323).

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

Esta definición ha sido acompañada por la jurisprudencia del alto tribunal en Fallos: 314:898 y 317:492.

En forma coincidente, explica Núñez que la acción de sustraer no se reduce al simple traslado del menor a un lugar distinto de aquel donde se encuentra bajo el amparo de las personas legitimadas, y no implica siempre "el acto material" de sacarlo de ese ámbito (Núñez, *op. Cit.*, pág. 60/61).

Asimismo, se ha sostenido que en la sustracción "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, [...] acción que se consuma por la mera remoción o apartamiento, sin que se requiera que el agente consolide un dominio sobre el niño [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]" (cfr. esta sala en causa n° 9569, caratulada: "Rivas, Osvaldo Arturo y otros s/ recurso de casación", rta. 8/09/09, reg. n° 15083).

Así, del cuerpo probatorio reseñado, se advierte que no fue sólo la calidad de capitán de marina y la presencia de esa fuerza en el centro clandestino de detención "La Cacha" donde nació María Natalia lo que determinó la atribución de responsabilidad de Herzberg por estos hechos. En efecto, también se valoró el ofrecimiento de "conseguirle un niño" al matrimonio, los llamados telefónicos anunciando que llevaría a una niña recién nacida y, especialmente, la proximidad temporal entre el nacimiento de María Natalia y su entrega en el domicilio de Alonso -tres o cuatro horas, según el relato del pediatra Pérez Salas-, elementos que demuestran, más allá de toda duda razonable, su intervención en el *iter criminis*.

b) En punto a los planteos relativos a la errónea aplicación del artículo 146 del CP formulados por la parte querellante, cabe señalar que el acervo probatorio antes analizado, razonablemente valorado, permite concluir que el accionar de Herzberg no se limitó a la sustracción y entrega de la niña, sino que comprendió también su participación en el posterior ocultamiento de Natalia.

Como se dijo, la prueba testimonial -en particular los dichos de María Natalia Suárez Nelson, Graciela Alquaz, del médico Hugo Pérez Salas, Estela De la Cuadra, Alicia Zuasnábar de De la Cuadra, Roger Soruco Torrijos, María Cecilia Marcela Corvalán y Juan Manuel Ricardo Corvalán-, las constancias de la causa n° 176 en las que resultan las manifestaciones de Di Mattía y la prueba documental incorporada al debate -especialmente los recortes periodísticos que describieron el operativo de las fuerzas conjuntas llevado a cabo en el domicilio de la pareja Suárez Nelson-Corvalán y los legajos de servicio y concepto que acreditan la pertenencia de Herzberg a la Marina-, resultan en su consideración integral, concluyentes en tal sentido.

Ahora bien; con relación a la aplicación del artículo 146 del CP, no es dable soslayar que en la sentencia se sostuvo que "Herzberg [no sólo] sustrajo y entregó a María Natalia Suárez Nelson al matrimonio apropiador, sino que **le ocultó la verdad sobre su origen biológico durante treinta años, y cuando [la víctima] comenzó a conocer su verdadera historia, negó tanto los hechos como su participación en los mismos**" (fs. 1808 vta./1809, el subrayado no pertenece al original). Sin embargo, luego, señaló el tribunal que la participación de Juan Carlos Herzberg en el hecho cesó "cuando la entregó a Omar Alonso el día 8 de agosto de 1977 [...]. En dicho momento el imputado Herzberg perdió el dominio del hecho sobre la conducta permanente ejecutada por Alonso" (fs. 71). Este último señalamiento denota una contradicción con lo afirmado primeramente en punto a la extensión del

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

ocultamiento pues, por un lado se tiene por acreditado que el nombrado ocultó a Natalia la verdad sobre su identidad "durante treinta años", pero luego se concluye que su conducta cesó con la entrega de la niña a Alonso.

Con relación al tipo penal en cuestión, se ha sostenido que la acción de ocultamiento consiste en impedir el conocimiento del paradero del menor al padre, tutor o guardador y/o el restablecimiento del vínculo, y que 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 (en este sentido, Molinario, Alfredo, "Los Delitos", TEA, Buenos Aires, 1996-1999, actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tomo II, pág. 82; Núñez, *op. cit.*, Tomo V, pág. 61; Fontán Balestra, "Tratado de Derecho Penal", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, Tomo IV, pág. 306; Soler, *op. cit.*, Tomo IV, pág. 59; Maiza, *op. cit.* pág 241).

Acreditados como fueron los hechos, se advierte entonces que asiste razón a la querrela en cuanto a que luego de entregar la niña al matrimonio Alonso-Di Mattía, Herzberg conservó el dominio del hecho al ocultarle a la víctima su verdadera identidad, despojándola, en consecuencia, del derecho a vincularse con su familia biológica, conducta que recién cesó cuando aquella conoció su verdadera filiación, es decir, el 1° junio de 2006 al ser notificada de los resultados de los estudios de ADN efectuados por el Banco Nacional de Datos Genéticos (fs. 291/303 de la causa).

En este sentido, cabe recordar que el relato de Natalia fue elocuente en punto a la actitud evasiva que mantuvo el encartado cada vez que ella lo inquirió respecto a su origen biológico. Tampoco es dable soslayar el vínculo de confianza que existió entre Natalia y Herzberg -producto de que el imputado había sido designado su padrino-, circunstancia que motivó que la víctima acudiera a aquél,

desconociendo que era uno de sus victimarios, cuando quiso recabar datos sobre su historia personal.

A la luz de cuanto precede, se colige claramente que la pretensión defensiva de considerar que la conducta de Herzberg cesó con la entrega de la niña y la afirmación de que su asistido "no realizó [...] ningún acto ejecutivo que lo constituya en autor, cómplice, ni instigador" del delito de alteración de identidad, carece de correlato en los hechos acreditados.

En esta dirección, como se dijo, la prueba ha sido elocuente en punto a la intervención que le cupo a Herzberg en la entrega y posterior ocultamiento de María Natalia.

c) Asimismo, es claro que el accionar desplegado por el encartado contribuyó a posibilitar la anotación de la víctima bajo una falsa identidad. No sólo la entrega de la niña sino el prolongado vínculo que mantuvo con ella luego de iniciada la apropiación, despejan cualquier duda en punto a que Herzberg supo que el decurso del plan delictivo conllevaba la espuria documentación de la identidad.

De tal modo, resulta ajustada la subsunción de su conducta en el delito de alteración del estado civil de una niña menor de diez años que -como se explica en el considerando 25º- concurre de forma ideal con las figuras previstas en el artículo 146 del CP.

22º) a) Que, en lo que atañe a Alonso, cabe inicialmente apuntar que el tribunal tuvo por cierto que "hizo insertar declaraciones falsas (respecto del lugar y fecha de nacimiento de María Natalia Suárez Nelson y de los datos de sus padres biológicos) en tres documentos públicos, uno de ellos, el DNI, tendiente a acreditar su identidad. Alteró conscientemente la identidad de la menor que había sido sustraída, con conocimiento pleno de tal circunstancia y procedió luego a retenerla y ocultarla hasta que alcanzó la mayoría de edad" (fs. 1815 vta.).

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

Para concluir como lo hizo, el tribunal oral valoró especialmente, el resultado del análisis genético realizado en autos y el testimonio de la perito que aseveró que ese resultado es "suficientemente concluyente" para acreditar la vinculación biológica de María Natalia con María Elena Isabel Corvalán y Mario César Suárez Nelson.

Por otro lado, otras declaraciones denunciaron las "irregularidades" percibidas en la llegada de la niña a la vida del matrimonio Alonso-Di Mattía (fs. 1811). Entre ellas, la de Olga Amalia Karaczan, quien en ese entonces era vecina del matrimonio Alonso-Di Mattía, y que recordó la "sorpresa" de los ocupantes del mismo edificio donde vivía esa pareja por la llegada de la niña recién nacida, ya que "ninguno de los habitantes había visto embarazada" a Di Mattía (declaración prestada en la causa n° 2413 a fs. 48/49, incorporada por lectura a la presente y valorada en la sentencia a fs. 1811 vta.).

En similar sentido, Graciela Mabel Loufedo recordó durante la audiencia el vínculo comercial que unía a su padre con Alonso y las manifestaciones de aquel en cuanto a que el imputado "había hecho todo lo posible para que pareciera que su hija era biológica" (fs. 1811 vta.).

Asimismo el doctor Hugo Pérez Salas dio cuenta de las irregularidades que pudo advertir cuando fue convocado al domicilio de Alonso. Específicamente, que "no era normal que lo llamen para ver niños recién nacidos en su casa" y que también le sorprendió que una semana después de esa primer visita a la casa de Alonso, los supuestos padres concurrieron a su consultorio y 'ya tenían DNI y libreta sanitaria' de la menor (fs. 1812).

En cuanto a esta circunstancia, el tribunal estimó que revelaba "el interés y el apresuramiento con el que actuaron Alonso y Di Mattía al momento de fraguar los documentos que ocultarían la identidad de María Natalia" (fs. 1812 vta.).

En este contexto, las conclusiones del sentenciante respecto a la falsificación de los documentos y la alteración del estado civil de la víctima, que -por lo demás- fueron reconocidas por el encartado durante su declaración y no fueron controvertidas en la instancia, se encuentran adecuadamente sustentadas en el acervo probatorio arriba reseñado.

b) Los planteos de la defensa de Alonso, en cambio, estriban en la alegación de que su pupilo desconocía que la menor había sido sustraída y en que, por lo tanto, no se verificó el elemento subjetivo de los delitos de retención y ocultamiento que le fueron imputados.

Ahora bien; en la sentencia se probó la secuencia fáctica que se inició con la entrega de la niña -inmediatamente después de su nacimiento y de la sustracción a su madre biológica- y que prosiguió con otras maniobras conducentes a retener y ocultar a la menor.

En este sentido, como ya se ha señalado al analizar la conducta de Herzberg, se tuvo por probado que éste, al conocer que el matrimonio Alonso-Di Mattía no podía tener hijos, le ofreció "conseguirles un niño" y que Alonso lo "aceptó por pedido de su señora"; en tanto, tiempo después los llamó telefónicamente anunciando que en veinte días le llevaría un niño recién nacido -testimonios de Graciela Alquaz, de María Natalia y de Di Mattía-. Además, se ha acreditado que Herzberg se contactó con el matrimonio el día del nacimiento de la niña, el 8 de agosto de 1977, anunciando que la llevaría horas después al domicilio de la pareja, lo que efectivamente sucedió, entregándola cubierta con un "capote de la Marina" (testimonios de Alonso, Di Mattía, María Natalia Suárez Nelson, De la Cuadra y su madre, y de Roger Soruco, entre otros).

Asimismo, tal como se relevó en el considerando anterior, María Cecilia Marcela y Juan Manuel Ricardo Corvalán declararon que, contemporáneamente a la entrega de

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

la niña al matrimonio, recibieron un llamado telefónico anónimo que les comunicó el nacimiento de María Natalia (extremos corroborados por otros testigos que relataron haber permanecido detenidos junto a María Elena Corvalán en "La Cacha" hasta días antes de dar a luz).

Además, las constancias de la causa n° 176 del Juzgado Federal n° 3 de La Plata donde obran las manifestaciones de Di Mattía -incorporada por lectura- y la declaración de Alonso, con similares alcances, también hacen luz sobre cuáles fueron las circunstancias que rodearon la llegada de la niña recién nacida a su domicilio. No puede soslayarse que el propio Alonso hizo referencia a la preparación del ajuar para la recepción de la menor (fs. 1804).

Las conductas de Alonso con posterioridad a la entrega de la niña, restan de todo pábulo a la alegación de desconocimiento de la sustracción de la menor a partir del cual se pretende la ajenidad del encartado sobre los hechos. En tal sentido, se comprobó que a poco de iniciada la investigación penal, el imputado se trasladó a Paraguay junto a Di Mattía y María Natalia (cfr. informe de fs. 803/804 de la Policía de Asunción del Paraguay -Departamento de Investigación). Se suma a ello, que la víctima dio cuenta de las evasivas que obtuvo del encartado cada vez que, siendo ya adulta, lo inquirió en cuestiones ligadas a su familia de origen.

La damnificada recordó que en varias oportunidades Alonso no sólo impidió que ella conociera su identidad ocultándole la verdad y apartándola de su familia, sino que reprimió su interés en conocer su origen, llegando a pellizcarla cuando ella afirmó ser adoptada, y respondiendo a sus inquietudes con engaños. Tal es así, que la víctima memoró que en 1998, Alonso le afirmó que ella era hija del fruto de una relación de éste con una amante, circunstancia que ella creyó durante dos años (fs. 1815 y vta.).

Por lo demás, otros elementos probatorios dan cuenta que Alonso conocía la procedencia de la niña sustraída. Así, Elsa María Suárez Nelson, hermana del padre de María Natalia, aseveró durante la audiencia que Alonso "sí sabía" quiénes eran los padres de Natalia. Al respecto, explicó que "para el cumpleaños de la niña, en el año 1990 o 91, sin haber tomado conocimiento ni con ella ni con la familia hasta entonces, le envió de regalo una maseta con una 'violeta de los Alpes', a través de un mozo de una parrilla de Alonso, con una tarjeta que decía 'Natalia feliz cumpleaños, tu tía y tus primos que te quieren mucho'. Más tarde encontró la misma planta en la puerta de su casa [...] y señaló que posteriormente se enteró que Alonso le había dicho a Natalia 'esto debe ser de la Faleti', aludiendo a su apellido de casada; y que éste le había devuelto la planta dejándosela en la puerta de su casa" (fs. 1813 y vta.).

A ello se suma la referencia de Graciela Alquaz relativa a que Di Mattía, al comentarle las circunstancias relativas a la entrega de la niña, le afirmó que la niña era hija de desaparecidos (fs. 1804 vta.).

El cúmulo de extremos relevados demuestran que, contrariamente a la hipótesis que expuso el recurrente, en la especie ha quedado demostrada la autoría de Alonso en el ocultamiento y retención de la niña, ejecutada a través de sucesivos actos que procuraron mantener a María Natalia alejada de su verdadera identidad y de su núcleo familiar de origen. Por lo demás, cabe a todo evento señalar que el alegado desconocimiento de la sustracción -hipótesis que, como se dijo, en el caso ha sido descartada-, resulta un extremo insustancial a los efectos de conmovir la responsabilidad que se le atribuyó en orden a los delitos de retención y ocultamiento (cfr. en este mismo sentido causa "Rivas, Osvaldo Arturo y otros s/ recurso de casación" *supra* cit.).

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

De todo ello se sigue que no se verifican que los agravios invaliden las conclusiones de los sentenciantes a ese respecto.

23º) Que lo hasta aquí señalado también priva de virtualidad al agravio circunscripto a la ausencia de los elementos objetivos y subjetivos para caracterizar al hecho como delito de lesa humanidad.

En el caso, ha quedado demostrada la estrecha vinculación que mediaba entre Herzberg y Alonso, el conocimiento de Alonso sobre la calidad funcional del coimputado y la sustracción de la niña; como así también el ofrecimiento de Herzberg de darle un niño a la pareja y las circunstancias que rodearon la entrega de María Natalia. También se describieron las conductas engañosas y evasivas del apropiador ante las inquietudes de María Natalia sobre su origen biológico y la mudanza a Paraguay una vez conocido el inicio de las investigaciones por estos hechos (cfr. testimonios de María Natalia, Graciela Alquaz y Elsa Suárez Nelson).

Todo ello, sumado a otras conductas desplegadas por Alonso en orden a perpetuar las ilicitudes -entre ellas, la falsificación de los documentos de identidad, la espuria inscripción y su anotación con datos falsos-, conforman un acervo suficientemente demostrativo de que los hechos de los que fue víctima María Natalia ocurrieron y fueron posibles en el marco del ataque cívico-militar, generalizado y sistemático, desplegado durante el último gobierno de facto, contra un sector de la población. Ante estas circunstancias también pierde virtualidad el argumento de la defensa vinculado con la "calidad de civil" de Alonso.

En este sentido cabe apuntar que a estas alturas es también un hecho notorio que el ataque desplegado por personal de las fuerzas armadas involucró la comisión de una amplia gama de ilícitos, entre ellos y a modo enunciativo, delitos contra la vida, contra la libertad, contra la

identidad y propiedad, muchos de los cuales contaron con el concurso y fueron aprovechados, instigados o materialmente perpetrados por agentes de la sociedad civil.

Carece entonces de sustento la pretensión de la defensa de caracterizar los hechos endilgados como "ajenos al plan" o "aislados", como también la de escindirlos de ese contexto y vincularlos exclusivamente al interés de paternidad del imputado.

Cabe señalar que las características de generalidad o sistematicidad que caracterizan la tipología del crimen contra la humanidad, no se vinculan a los tipos penales en particular sino al contexto en el que tienen ocurrencia. De ahí que, a estas alturas, es aceptado el carácter no taxativo de la enunciación que efectúan los instrumentos internacionales que a ellos hacen alusión. A este respecto resulta aplicable cuanto se sostuvo en el considerando 14° de este pronunciamiento.

De otra parte, la configuración del delito de lesa humanidad no implica el conocimiento del plan en toda su extensión, sino saber que la conducta endilgada se inserta en un engranaje mayor, dentro del plan generalizado y sistemático (en este sentido, causas n° 12314 "Brusa, Víctor Hermes y otros" y n° 11515 "Riveros, Santiago Omar y otros" *supra cit.*, entre otras).

Es que, "[s]i se exige un conocimiento preciso por parte del autor de la política o plan sobre el que se basan los crímenes contra la humanidad, entonces difícilmente se podrá demostrar el conocimiento de alguno de los intervinientes en tales crímenes. La planificación de una política criminal está reservada típicamente al pequeño grupo de conducción, el cual cuidará de que los ejecutores exteriores de esa política conozcan sólo lo estrictamente necesario" (Ambos, Kai, "La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática", Ed. KAS -Temis- Duncker & Humboldt, Uruguay, 2005, pág. 402/403).

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

En este sentido, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda entendió: "los crímenes en sí mismos no necesitan contener los elementos del ataque (es decir, ser generalizados o sistemáticos, estar dirigidos contra una población civil) pero deben formar parte de dicho ataque" (Prosecutor v. Clément Kayishema, ICTR-95-I-T, del 21 de mayo de 1999, párrafo 135).

Por todo ello, corresponde el rechazo de los planteos formulados al respecto por la defensa de Alonso.

-VIII-

24º) Que, como se adelantó, la parte querellante se agravia de la postura sentada en el fallo impugnado con relación al momento que cabe considerar que cesó la ejecución de los delitos de retención y ocultamiento atribuidos, que en la sentencia se fijó en la fecha en que la víctima alcanzó la mayoría legal de edad.

La cuestión planteada guarda ineludible vinculación con otras dos, a saber: la determinación de cuál es la ley aplicable al caso -si el artículo 146 del CP según la ley n° 11179, como se dijo en el fallo, o la modificación introducida por la ley n° 24410, como propone la parte recurrente- y, por otro lado, el análisis sobre la aplicación de la ley penal más benigna, ante la sucesión de leyes en el tiempo durante la perpetración del delito permanente. Cabe apuntar en cuanto a este último punto, que si bien ambas leyes contienen análogas descripciones de las conductas típicas, la cuestión adquiere eventual relevancia teniendo en cuenta las distintas escalas punitivas previstas.

Ahora bien, corresponde recordar liminarmente que el tribunal oral consideró que el cese de las conductas de retención y ocultamiento de la menor sustraída imputadas a Alonso, se perfeccionó en el momento en que ella alcanzó la mayoría legal de edad. A fin de arribar a esa conclusión, afirmó que: "cuando el sujeto pasivo alcanza la mayoría de edad desaparece el objeto de protección del art. 146; ello

así porque el ámbito de protección de la norma se refiere a la protección de la vida familiar del niño sustraído, retenido u oculto, a la violación del derecho a no ser removido ilegítimamente de su núcleo de convivencia, y dicho objeto de tutela desaparece cuando se alcanza los 21 años de edad" (fs. 1801 vta.).

a) Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, una primera aproximación impone determinar cuál es el ámbito de tutela del tipo penal previsto en el artículo 146 del CP.

En este punto, si bien en la doctrina y jurisprudencia existe suficiente consenso en cuanto a que el delito previsto en el artículo 146 del CP es de carácter pluriofensivo, no existe igual coincidencia en punto a la determinación de los bienes jurídicos objeto de protección. Por un lado, hay quienes sostienen que esta norma protege, no sólo el derecho a la libertad del niño, sino también los derechos de tutela sobre el menor sustraído y el estado familiar (en este sentido Núñez y Soler, *supra cit.*), en tanto otros afirman que el ámbito de protección se centra en los derechos del niño a tener su estado de familia y conocer su identidad (Donna y Maiza, *supra cit.*).

Esta sala, en su anterior integración, ha sostenido que el ámbito de protección central de la norma es el de los derechos del niño "a la protección de su vida familiar, que comprende el derecho a no ser removido ilegítimamente de su núcleo de convivencia" y "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" (causa "Rivas, Osvaldo Arturo y otros s/ recurso de casación" *supra cit.*).

En nuestro ordenamiento jurídico hay múltiples normas orientadas a realizar la tutela jurídica de los distintos aspectos que hacen a la vida de niños y niñas, entre ellas la identidad y la protección de la vida familiar

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

(artículos 7.1, 8.1, 9.1, 9.3 y 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño -ley n° 23849, BO 27.9.1990- y artículo 14 bis de la Constitución Nacional, entre otros).

En el ámbito interamericano, la Corte IDH ha expresado que: "[e]l reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad', con derecho a 'la protección de la sociedad y el Estado', constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana" (Corte IDH, OC 17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, del 28 de agosto de 2002, párrafo 66).

Con arreglo a esta normativa, pero aun partiendo de elementales principios de sentido común humanitario, dable es concluir que conductas como las investigadas en estas actuaciones involucran un ataque sustancial al derecho a la identidad que tiene correlato de mutua realización en el de la tutela familiar. En este sentido, resulta ostensible que mediante la sustracción, retención y ocultamiento padecidos, a María Natalia se le frustró una de las manifestaciones existenciales más elementales que cualquier ordenamiento jurídico civilizado y que se precie de tal puede reconocer, que es la tutela de la identidad y la vida familiar, una de cuyas expresiones es la posibilidad y la libertad de realización vital en el marco de esos vínculos parentales. Así, resulta claro que los encartados, mediante sus conductas, arbitrariamente alteraron la identidad y lazos familiares y de comunidad de la víctima, y con ello su devenir y su existencia. En estas condiciones, puede afirmarse que esa alteración de las circunstancias existenciales de María Natalia provocada por los imputados, no guarda vinculación con su mayoría de edad legal y no cesó sino hasta que ésta, por circunstancias ajenas a los

imputados y pese al férreo entramado de ocultamiento pergeñado por ellos, llegó al descubrimiento de la verdad. Y ello es así porque el derecho a la identidad, a la tutela familiar y a la autodeterminación no resultan privativos de una circunstancia etaria de las personas, sino inherentes a toda vida humana desde el comienzo y hasta su fin.

Al respecto se ha sostenido que: "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" (causa "Rivas, Osvaldo Arturo y otros s/ recurso de casación", *supra cit.*). Por ello, 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 el accionar de las autoridades competentes del Estado para que los restituya con ellos, o para que les provea de tutela o guarda.

En igual dirección se ha dicho que: "el bien jurídico protegido por la norma es tener su estado de familia, saber quiénes son sus padres y estar junto a ellos" (voto de la juez Ledesma en causa n° 5917, caratulada:

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

"Balanovsky, Gabriel s/ recurso de casación", rta. el 30/09/05, reg. n° 790/2005).

También esta sala apuntó que: "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 frustran 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" (causa "Rivas, Osvaldo Arturo y otros s/ recurso de casación", *supra cit.*)

En tal dirección, resulta también elocuente el voto -en disidencia- del juez Petracchi en el caso "Muller" (Fallos: 313:1113), que afirma que entre los derechos y prerrogativas esenciales e intransferibles del hombre y de la sociedad, figura el de toda persona a conocer su identidad de origen; "[e]n efecto, poder conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que incluyendo lo biológico, lo trasciende. Tender a encontrar las raíces que den razón del presente a la luz de un pasado que -aprehendiendo- permita reencontrar una historia única irrepetible (tanto individual como grupal) es movimiento esencial, de dinámica particularmente intensa en las etapas de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estructura" (considerando 9°). Y continúa: "La dignidad de la persona está en juego, porque es la específica 'verdad personal', es la cognición de aquello que se es realmente, lo que el sujeto naturalmente anhela poseer, como vía

irreemplazable que le permita optar por proyectos de vida, elegidos desde la libertad" (ibídem). Y más adelante: "...justamente, por el carácter medular de las aspiraciones del ser humano a conocer quiénes lo han engendrado, son tan devastadoras las consecuencias de las vallas puestas en el camino de acceso a esa verdad" (considerando 10°).

De lo expuesto surge que la norma no limita el ámbito de tutela a los derechos de los niños a gozar de la vida familiar y a los derechos que de esos vínculos surgen, sino también el derecho a la libertad, autodeterminación e identidad. Como corolario de ello puede afirmarse que las conductas endilgadas persistieron hasta que la víctima tomó efectivo conocimiento acerca de su origen.

Por otro lado, cabe señalar que la sustracción también afecta el derecho a gozar de la vida familiar de los padres y aun de la familia extensa. En los precedentes "Gualtieri Rugnone de Prieto", el cintero tribunal nacional sostuvo que el cese del delito se produce cuando se determina de modo positivo la ascendencia biológica a partir de un estudio genético. De este modo, "la familia biológica acaba con su angustia conociendo que el resultado de la prueba [es] positivo en cuanto indicador del vínculo, o sea, que con la comunicación de este resultado queda garantizado su derecho a la verdad y desde que adquir[ere] ese conocimiento también para la familia biológica cesa la comisión del delito" (sentencias de las causas G.1015.XXXVIII, "Gualtieri Rugnone de Prieto Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años -causa n° 46/85-" y G.291.XLIII, "Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años", ambas rtas. el 11/08/09, voto común de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, considerando 21 en ambas sentencias).

En este sentido se ha sostenido que: "si el desapoderamiento del niño lo es 'del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él' como reza el precepto, es porque no solamente tiene importancia el alejamiento en sí,

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

sino también el ámbito del cual es privado. Si fuera un delito contra la libertad, bastaría con la descripción típica de la sustracción sin ningún otro elemento circunstancial adicional como el que demanda el art. 146" (Pérez Lance, *supra cit.* pág. 481)

Todo lo reseñado, conduce a concluir que el tribunal oral efectuó una errónea aplicación de la ley sustantiva al considerar que el cese de la conducta típica operó cuando la víctima alcanzó la mayoría de edad, pues en el caso se demostró que aún con posterioridad a esa fecha los autores continuaron con su accionar y María Natalia estuvo impedida y frustrada como consecuencia de ello en el goce de los bienes jurídicos antes aludidos. En consecuencia, cabe apuntar que el cese de la conducta operó recién cuando María Natalia adquirió certeza respecto de su verdadera filiación.

b) Sentando cuanto precede, resta analizar la ley aplicable al caso, en cuanto a las conductas de retención y ocultamiento imputados a Alonso, y el ocultamiento endilgado a Herzberg (ver considerando 21° b).

La discusión planteada en este punto por la querrela se circunscribe a la determinación de la ley aplicable, teniendo en cuenta que durante la ejecución del delito se sucedieron dos leyes modificatorias del artículo 146 del código penal: la n° 11179 (BO 16.1.1985) y la n° 24410 (BO 2.1.1995).

Las conductas endilgadas a estos imputados, tipificadas en el artículo 146 del código penal, quedan comprendidas tanto en la redacción según la ley n° 11179, como aquella conforme a la ley n° 24410 que agravó la escala penal aplicable, aumentando su mínimo a cinco años de prisión y su máximo a quince.

Sin soslayar el criterio expuesto en el considerando anterior, cabe apuntar que la cuestión relativa a cuál es la ley aplicable ha sido zanjada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en casos sustancialmente

análogos al presente. Entre ellos: Fallos: 327:3279 ("Jofré") y 327:3274 ("Gómez") -votos conjuntos de los jueces Petracchi, Fayt y Maqueda, votos concurrentes del juez Boggiano- y 330:2434 ("Rei") -voto conjunto de los jueces Petracchi, Fayt, Maqueda y Highton de Nolasco-.

Así, con remisión al dictamen del Procurador General, se sostuvo que: "el delito permanente o continuo 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 cuanto se dice que lo que perdura es la consumación misma se hace referencia a que la permanencia mira la acción y no sus efectos. Por ello, en estas estructuras típicas 'está en poder del agente el hacer continua o cesar esa situación antijurídica pero mientras ésta perdure, el delito se reproduce a cada instante en su esquema constitutivo' (Maggiore, G., Derecho Penal, traducido por Ortega Torres, T.1, Bogotá, 1956, pág. 295)'" (Fallos: 327:3279).

En esa oportunidad el tribunal descartó que la aplicación de la ley en su nueva letra conlleve la vulneración del artículo 2 del CP. Al respecto se dijo que en el caso de los delitos permanentes "[n]o nos encontramos 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" (ibídem).

Asimismo se afirmó que la retención y ocultamiento prevista en el artículo 146 del CP es "un delito continuo e indivisible jurídicamente, y que durante su lapso de

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

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*). 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" (ibídem).

De otra parte, se estableció que: "si 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 24410, le corresponderá una pena mayor. Este agravamiento de su posición tiene como base, según ya lo hemos dicho, su voluntad de seguir delinquiendo, al prolongar la consumación del hecho ilícito. Es decir, que la solución que propiciamos 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" (ibídem).

En esta misma dirección, en el precedente de Fallos: 330:2434 se apuntó 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 n° 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".

Cabe señalar que este mismo criterio fue sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al entender que el delito de desaparición forzada de personas, "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 consagrado en el artículo 9° de la CADH (cfr. Corte IDH, "Tiu Tojín vs. Guatemala", sent. de 26/11/2008, Serie C, n° 190, § 87).

Por otro lado, en el ámbito doctrinario se ha sostenido que, tratándose de un delito permanente: "si el sujeto persiste [...] con su acción pese a lo que dispone la nueva ley más severa, corresponde aplicarle dicha disposición legislativa a la cual voluntaria y deliberadamente insiste en infringir, no pudiendo luego ampararse para modificar su situación [en] la circunstancia de haber llevado a cabo un tramo de su delito permanente bajo la vigencia de la ley más favorable" (Fierro, Guillermo J., "Legalidad y retroactividad de las normas penales", 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, pág. 330).

Entonces, una vez sancionada la nueva ley más gravosa, "el autor está en condiciones de adecuar su conducta a las nuevas valoraciones y correlativas exigencias normativas, posibilidad que por cierto no la tienen en los casos comunes, y de allí que no sea válido invocar el principio de la ley penal más benigna" (*ob. cit.*, pág. 331).

Esta doctrina fue sostenida por esta cámara, tanto en el precedente "Rivas, Osvaldo Arturo y otros s/ recurso de casación" (*supra cit.*), como por la Sala IV en causa n° 6331,

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

caratulada: "Fernández, Margarita Noemí s/ recurso de casación" (rta. 30/05/2007, reg. n° 8740.4) y en causa n° 2947, caratulada: "Landa Ceferino y otra s/ recurso de casación" (rta. 27/11/2002, Reg. n° 4466.4)

En virtud de lo hasta aquí desarrollado, puede afirmarse que si, por definición, el delito permanente es aquel que 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 (Fontán Balestra, Carlos, "Tratado de Derecho Penal", 1ª Edic., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, tomo I, pág. 482; Soler, Sebastián, "Derecho Penal Argentino, Parte General", 4ª Edic., TEA, Buenos Aires, 1970, tomo II, pág. 154), entonces debe aplicarse la ley vigente al momento del cese de la conducta. En el caso, tal como se anticipó en el punto a) de este considerando, ello fue cuando María Natalia conoció la verdad de su identidad, es decir, el 1º de junio de 2006.

Claro está, todo ello sin perjuicio de la debida consideración, al momento de graduar la sanción, del período en el cual la conducta perduró bajo la vigencia de la ley anterior menos severa, en observancia del principio de culpabilidad.

25º) Que, resueltas las cuestiones relativas a la responsabilidad de Alonso y Herzgerg en los hechos endilgados y la calificación legal, corresponde ahora resolver los agravios relativos a la relación concursal entre los delitos atribuidos.

La parte querellante entendió que los delitos de falsificación de documento público y alteración del estado civil de un menor de diez años imputados a Alonso concurren de modo material y no ideal, como se decidió en el pronunciamiento en crisis.

Al respecto, resulta aplicable el criterio ya fijado por el tribunal cimero en el precedente de Fallos: 327:2869 ("Nápoli, Érika y otros"), respecto a que "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 artículo 54 del Código Penal- insusceptible de ser escindida, en la que el delito de supresión de estado civil concurre idealmente con la falsificación del acta de nacimiento y del documento destinado a acreditar la identidad de la persona" (en el mismo sentido Fallos: 329:2136 "Hogan, Patricio y otros s/ falsificación de documento").

En consecuencia, en tanto los medios elegidos para alterar el estado civil de la niña sustraída fueron la obtención de un falso certificado de nacimiento y la posterior inscripción espuria, cabe concluir que asiste razón al sentenciante en cuanto a que los delitos concurren de forma ideal (artículos 139, inciso 2º, y 293 del CP).

Por estos motivos, tampoco puede prosperar la pretensión defensiva de encuadrar la situación en un concurso aparente. En el caso, los delitos no se absorben entre sí, pues cada uno de los tipos penales se refieren a situaciones diversas, sin perjuicio de que uno de ellos (la falsedad ideológica) haya sido utilizado como medio consumativo del otro (alteración del estado civil).

Por otro lado, en cuanto a la relación concursal de estas conductas con los delitos de retención y ocultamiento, cabe señalar que nos encontramos frente a un caso de concurso ideal por unidad de hecho entre un delito instantáneo y otro de carácter permanente.

Como se dijo, el decurso de la conducta de Alonso involucró la alteración del estado civil de la víctima como medio idóneo para perpetuar y mantener la situación antijurídica del delito permanente de retención y ocultamiento. A este respecto se ha dicho que "las lesiones

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

jurídicas que se operan en la concurrencia ideal no tienen por qué provenir de tipos que cubran la misma conducta en su totalidad, bastando con la superposición parcial de la acción ejecutiva en el tipo objetivo de las leyes penales concurrentes. Un particular caso de identidad o cobertura parcial se dará en los supuestos de delitos permanentes, en que la concurrencia puede tener lugar en actos que tienen por objeto prolongar la permanencia del momento consumativo" (Zaffaroni, E. Raúl et. al. "Derecho Penal. Parte General" *supra cit.* pág. 866).

En este mismo sentido se ha afirmado 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 (cfr. causas "Rivas, Osvaldo Arturo y otros s/ recurso de casación" y "Fernández, Margarita Noemí s/recurso de casación" *supra cit.*).

En consecuencia, la decisión a la cual arribó el tribunal en este punto resulta ajustada a derecho, por lo que corresponde el rechazo de los planteos deducidos a ese respecto.

-IX-

26°) Que en virtud de lo hasta aquí desarrollado, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la parte querellante con los alcances establecidos en los considerandos 21° b) y 24°.

Así, en tanto la conducta de ocultamiento atribuida a Juan Carlos Herzberg y a Omar Alonso se extendió hasta que la víctima conoció su verdadera identidad, por los motivos expuestos en el considerando 24°, la figura típica deberá ser subsumida en la nueva redacción del artículo 146 del CP (texto según la ley n° 24410).

En estas condiciones, y a fin de garantizar el derecho al recurso, corresponde remitir las actuaciones al tribunal a quo a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento de acuerdo a lo aquí decidido.

En este punto es dable destacar que recientemente la Corte IDH ha enfatizado en punto a que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, y que resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria, o como en este caso que genera una eventual incidencia en el monto punitivo (Corte IDH. Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23 noviembre de 2012, Serie C N° 255).

27º) Sentado lo anterior y atento a la modificación en la subsunción jurídica dispuesta, corresponde una nueva determinación de la pena, lo que exime de analizar el resto de los agravios deducidos en torno a las sanciones impuestas a los encartados.

Tal es mi voto.

La señora **juez Ángela Ester Ledesma** dijo:

1º) Adhiero a la solución que propone el doctor David en los apartados III, IV, V, VI, VII y VIII considerandos 24 a) y 25. En consecuencia, queda abordar la cuestión relativa a cuál de las distintas redacciones del artículo 146 del Código Penal corresponde aplicar al caso (planteado por la querrela) y la referida a la mensuración de la pena (introducido por las defensas).

2º) En relación a la primera de ellas, entiendo que la decisión a la que arribó el Tribunal Oral es acertada. En este sentido, y sin perjuicio de compartir lo expuesto por el juez David en orden al momento en que cabe considerar que cesó la conducta endilgada a los encausados, participo del criterio de que -no obstante el carácter permanente del

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

injusto reprochado a Herzberg y Alonso- rige en la especie el principio de aplicación de la ley penal más benigna.

a) Para arribar a esta conclusión, el análisis debe partir de que, especialmente en materia penal, tiene una importancia relevante el principio *pro homine*. Éste ha sido conceptualizado como "(...) un criterio hermenéutico (...) en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones (...)" (Pinto, Mónica: *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos* en AAVV "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales", Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163).

En la misma dirección, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (v.gr. Informe 86/09, "Peyrano Basso v. República Oriental del Uruguay", del 6 de agosto de 2009), como nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (entre otros, en Fallos: 329:2265, 331: 858, "Lorenzo" -L.90.XLII del 23 de abril de 2008-, Fallos: 332:1835, voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, y Fallos: 333:796) han reconocido su pleno vigor en el proceso penal de modo tal que deberá aplicarse siempre la norma más favorable (Corte IDH, caso *Ricardo Canase vs. Paraguay*, sentencia del 31 de agosto de 2004).

En nuestro caso, la vigencia del precepto nos obliga, necesariamente, a aplicar la versión del artículo 146 del CP que resulte más beneficiosa a los imputados de todas las que se sucedieron mientras se desarrollaba el delito.

b) Efectuada esta aclaración inicial, conviene recordar que una de las manifestaciones del art. 18 de la CN es la "de prohibir que a quien cometa un delito se le aplique una pena más gravosa que la **legalmente prevista al tiempo de la comisión**" (cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *et al: Derecho*

Penal. Parte General, Ediar, Bs. As., 2000, pág. 120, el resaltado me pertenece). Así también lo establece expresamente el art. 9 de la C.A.D.H. al prescribir que "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que **en el momento de cometerse** no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará con ello" (el subrayado es propio). La respuesta es análoga en el art. 2 del C.P. en tanto establece que "[s]i la ley vigente **al tiempo de cometerse el delito** fuere distinta de la que exista al pronunciarse el **fallo o en el tiempo intermedio**, se aplicará siempre la más benigna (...)".

Para establecer tal aspecto, el principio de ultra actividad de la ley penal más benigna contenido en el art. 2 del C.P., a la luz del precepto contemplado en el art. 18 de la C.N. -*nullum crimen, nulla poena sine proevia lege penale*- y arts. 26 de la D.A.D.D.H; 11.2 de la D.U.D.H.; 9 de la C.A.D.H. y 15.1 del P.I.D.C. y P., exige la observancia de todos los extremos previstos en cada una de las leyes involucradas, de conformidad con las particulares circunstancias del caso concreto. Es que, la dilucidación de la ley más benigna no siempre es clara. Lo decisivo es la representación de la solución del asunto en estudio conforme a cada una de las leyes, debiendo aplicarse siempre la más benigna (Zaffaroni, Eugenio Raúl, *et al*: Op. cit., págs. 121 y 122).

Ahora bien, la cuestión planteada pasa por esclarecer el significado que cabe atribuirle a la expresión "*al tiempo de cometerse el hecho*" que principia la norma, en el marco de un delito permanente. Al respecto, la doctrina argentina ha entendido de modo preponderante que ese momento "es el del comienzo de la actividad voluntaria". En favor de esta posición que comparto, se han esgrimido razones de

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

interpretación restrictiva y que "si bien el delito se comete desde que una acción se inicia hasta que cesa, cuando una ley más gravosa entra en vigencia en un momento posterior al comienzo de la acción, existe un tramo de ella que no está abarcado por la tipicidad de la nueva ley, salvo que se haga una aplicación retroactiva de ella" (cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al*: op. cit., pág. 123). Es aquí, entonces, donde la previsión normativa juega un papel fundamental.

En el precedente "Jofre" se sostuvo "(q)ue en el caso, para determinar cuál es la ley aplicable, resulta necesario establecer el momento de comisión del hecho. En este sentido, y al tratarse de un delito permanente, donde la comisión de la conducta se extiende aun después de la consumación, se plantea como conflicto la vigencia de dos leyes en el período de comisión. Así, al momento de consumarse el hecho se encontraba vigente la redacción del art. 146 del Código Penal de la Nación según la ley 11.179, mientras que al momento de cesar la comisión, ya había sido sancionada la ley 24.410 que modificó la escala penal del mismo tipo, agravándola. Es importante tomar en cuenta que en estos delitos la conducta comisiva se desarrolla en el tiempo, tiene un momento inicial -en esta causa noviembre 1978- y uno en el que termina -agosto 2000-, y es esta particularidad la que permite que coexistan diferentes criterios de interpretación en referencia a cuál de los momentos ha de tomarse en cuenta a los fines de establecer la comisión del hecho y en consecuencia la ley aplicable. En este contexto corresponde adoptar el criterio del comienzo de la actividad voluntaria como momento de comisión, no sólo porque permite una interpretación más restrictiva de la norma, sino porque evita incurrir en una contradicción que resultaría más gravosa; porque si bien la comisión del delito se prolonga en el tiempo desde su comienzo y hasta su conclusión, cuando una ley más gravosa entra en vigencia con posterioridad al comienzo pero antes del cese de la acción -

tal como sucede en este caso- existe un tramo de la conducta que no se encuentra abarcado por la nueva ley -en el presente el transcurrido entre noviembre de 1978 y diciembre de 1994-, y obligaría a resolver la cuestión planteada retrotrayendo los efectos de la ley más gravosa, constituyendo una violación del principio contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional y en el art. 2º del Código Penal de la Nación. Definido el momento de comisión del hecho como el del inicio de la actividad voluntaria, corresponde aplicar la ley vigente en ese momento, salvo que la ley posterior fuese más benigna. En este caso entonces corresponde aplicar la redacción del art. 146 del Código Penal, según texto de la ley 11.179".

En virtud de ello se concluyó "la aplicación de la ley 24.410 efectuada por el *a quo*, resulta violatoria del principio de irretroactividad de la ley penal establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional" (Fallos: 327:3279, disidencia de los jueces Belluscio, Vázquez y Zaffaroni).

De este modo, los jueces en su fallo han tenido en consideración y han aplicado el mandato constitucional de que el caso debe estar regido por aquella norma más favorable al encausado.

c) Todo lo hasta aquí expuesto me permite concluir que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la parte querellante en relación a la cuestión objeto de tratamiento (arts. 470, *a contrario sensu*, 530 y cc., del CPPN).

3º) En último término y respecto de la mensuración de la pena, también hay que realizar algunas observaciones. Si bien las defensas plantearon que algunos elementos han sido valorados tanto para la calificación de la conducta endilgada a los imputados como para dosificar la sanción, existe una circunstancia que merece un tratamiento anterior.

La motivación de la sentencia configura, sin lugar a duda, una de esas cualidades o requisitos esenciales cuya

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

ausencia no puede menos que determinar la violación de la garantía de defensa, porque ella apareja necesariamente el quebrantamiento de una forma sustancial del "juicio", empleado el término en su verdadera significación constitucional (Sala III, causa 135, "Risso de Onajansky, Nelly s/ recurso de casación", resuelta el 18 de octubre de 1994, registro 142).

La fundamentación permite a los interesados conocer las razones que sostienen el fallo, a fin de controlar la decisión y conocer los aciertos y posibles errores para después sostenerla o impugnarla. Ello le brindará al Tribunal "ad quem" la disposición de los elementos para efectuar su control (cfr. Sala III, causa n° 80 "Paulillo, Carlos Dante s/ rec. de casación", resuelta el 12 de abril de 1994, registro 111).

En esta dirección, el artículo 123 del CPPN establece que las sentencias deberán ser motivadas bajo pena de nulidad mientras que el artículo 404 inciso 2° dispone que la sentencia será nula si faltare o fuere contradictoria la fundamentación.

Estas consideraciones no abarcan únicamente a la materialidad del hecho y a la calificación escogida sino también a la mensuración de la sanción concreta que le corresponderá al imputado pues, si bien la fijación de la sanción se encuentra dentro de los poderes del tribunal de juicio, esto no constituye una discrecionalidad ilimitada (cfr. Sala III, causa 4844 "Luján, Marcos Antonio s/ recurso de casación" resuelta el 3 de mayo de 2004, registro 229 de la).

En el caso traído a estudio encontramos que los jueces, luego de realizar un extenso tratamiento doctrinario sobre la determinación del castigo, valoraron, para el caso de Alonso, como atenuantes la falta de antecedentes penales y como agravantes "a) circunstancias que se refieren al hecho: en este aspecto cobra especial relevancia la intensidad del

daño causado a María Natalia Suárez Nelson y a su familia biológica. La duración de la retención permite enjuiciar también la extensión de su padecimiento (...), que ha permanecido por espacio de veintiún años; en este sentido téngase en cuenta que Alonso recibió a María Natalia el 8 de agosto de 1977 y que la nombrada alcanzó la mayoría de edad el 8 de agosto de 1998 y b) en orden a las circunstancias que se refieren al autor: el trato ocasionado a la víctima, provocando un mayor sufrimiento psicológico al manifestarle que 'era su hija, producto de una unión extramatrimonial', y posteriormente al trasladarla a Paraguay con la finalidad de evitar su identificación, e incluso ejerciendo una fuerte presión psicológica para que contrajera matrimonio y permitiera, de esta manera, negarse a un eventual cotejo de sangre que pusiera al descubierto los delitos cometidos; así también la pluralidad de injustos comprendidos en el fallo". Luego de ello, hicieron algunas apreciaciones acerca del daño psicológico sufrido por la víctima.

Respecto de Herzberg, el sentenciante dijo que en relación a las circunstancias que se refieren al hecho "*(...) rigen las mismas consideraciones sobre la extensión del daño causado, haciendo hincapié que su intervención en el hecho es más breve que la de (...) Alonso y que a su respecto resulta aplicable la escala penal menos grave*".

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

En base a esas apreciaciones, los magistrados estimaron que Alonso debía responder como autor penalmente

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

responsable de los delitos de retención y ocultamiento de un menor de 10 años, alteración del estado civil de un menor de 10 años, falsedad ideológica de instrumento público (certificado de parto y partida de nacimiento) y falsedad ideológica de instrumento destinado a acreditar la identidad, todos en concurso ideal, a la pena máxima de 10 años de prisión. Por su parte, en relación a Herzberg, decidieron que era autor penalmente responsable de los delitos de sustracción y ocultamiento de un menor de 10 años y como partícipe necesario de la alteración del estado civil de una niña menor de 10 años, todos en concurso ideal, a la pena máxima de diez años de prisión.

Como se observa, la sentencia en este punto incurre en un error lógico desde el momento en que, a pesar de reconocer la existencia de circunstancias atenuantes del castigo (más allá de que la señalada por los magistrados pueda ser considerada a tales fines conforme el criterio sentado en la causa 5938 "Diharce, Marcelo y otros s/ recurso de casación", resuelta el 22 de diciembre de 2005, registro 1151/05 todos de la Sala III de esta Cámara) decide imponer el máximo de la escala penal prevista para el delito en tratamiento. Uno de los principios lógicos que debe predicar toda sentencia es el de no contradicción, según el cual "no se puede afirmar y negar juntamente una misma cosa de un mismo objeto" (cfr. al respecto, Fernández, Raúl Eduardo: *Los errores "in cogitando" en la jurisprudencia cordobesa* en AA.VV. "La naturaleza del razonamiento judicial (el razonamiento débil)", Alveroni Ediciones, Córdoba, 1993, p. 127 y ss.).

En esta dirección, se sostuvo que "(u)na sentencia puede ser auto-contradictoria ya porque declara un precepto aplicable y sin embargo no lo aplica, ya porque afirma y rechaza a la vez un hecho relevante para la solución del caso, ya porque niega en la conclusión lo que se sigue necesariamente de sus fundamentos normativos o fácticos"

(Carrió, Genaro R.; Carrió, Alejandro D.: *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 281).

Como se dijo, la necesaria valoración de elementos que atenuaban el castigo implicaba indefectiblemente que la pena que finalmente le hubiera correspondido a los encausados no podía llegar hasta el máximo legal. Y, en este punto, no resulta una justificación válida que, atento la ley aplicable y a la relación concursal de las conductas, el marco legal "(...) no refleja adecuadamente la intensidad del injusto y la gravedad de su culpabilidad, pero los jueces no somos legisladores ni podemos torcer la dogmática penal aplicable al caso porque las penas no parezcan insuficientes (...)".

"Si todo fallo judicial debe ser derivación razonada del derecho vigente con referencia particular a las circunstancias del caso (236:27 y muchos otros), no cabe duda que no es un fallo judicial aquel pronunciamiento que, por incurrir en contradicciones respecto de extremos que conciernen a su fundamentación normativa o fáctica, no puede presentarse como un acto razonado, esto es racional" (Carrió, Genaro R.; Carrió, Alejandro D.: *op. cit.*, p. 287).

Por último, y sin perjuicio de la crítica efectuada, no puedo dejar de señalar que si bien el juzgador ha dado argumentos respecto de la temática, hubiera sido deseable que, atento a que aplicaron la pena máxima, en la decisión se hubiera realizado un acabado análisis de las causales establecidas en los artículos 40 y 41 del CP; situación que deberá ser atendida por los nuevos magistrados que deban conocer el caso.

En consecuencia, estimo que corresponde anular la decisión en punto a la mensuración de la pena y remitir las actuaciones a la Secretaría General de esta Cámara a fin de que desinsacule un nuevo Tribunal que deberá, previa

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

audiencia con las partes, mensurar el nuevo castigo que le corresponderá a los imputados.

Así es mi voto.

El señor **juez Alejandro W. Slokar** dijo:

Adhiero en lo sustancial al sufragio del juez David y me sumo a los alcances introducidos en su voto por la jueza Ledesma en lo atingente a la adecuación típica del suceso traído a examen, mas -por las razones que de seguido brevemente expondré y aunque agregando otros motivos- propicio la solución definitiva a la que arriba el distinguido magistrado que inaugura el acuerdo.

Así es; el *factum* que aborda el examen de la sentencia vincula un delito permanente, con una verificación de tan extenso desarrollo que adiciona la modificación legislativa operada en el tipo previsto en el art. 146 CP, mediante la reforma de la ley n° 24.410 (B.O. del 02/01/95), que agravó la conminación punitiva para esa clase de supuestos de hecho, todo lo que conduce al tratamiento del agravio de la parte querellante en orden del establecimiento de la norma aplicable en la medida que durante la prolongada ejecución consumativa rigieron dos leyes plenamente vigentes.

Por cierto, acompaño la perspectiva que sobre la materia adopta el ministro Zaffaroni en el ya citado caso "Jofré" (Fallos: 327:3279), que fue también asumida por el ministro Lorenzetti en el también aludido precedente "Gómez" (Fallos: 327:3274). En aquél sostuvo Zaffaroni: "Que en el caso, para determinar cuál es la ley aplicable, resulta necesario establecer el momento de comisión del hecho. En este sentido, y al tratarse de un delito permanente, donde la comisión de la conducta se extiende aun después de la consumación, se plantea como conflicto la vigencia de dos leyes en el período de comisión. Así, al momento de consumarse el hecho se encontraba vigente la redacción del art. 146 del Código Penal de la Nación según la ley 11.179, mientras que al momento de cesar la comisión, ya había sido

sancionada la ley 24.410 que modificó la escala penal del mismo tipo, agravándola. Es importante tomar en cuenta que en estos delitos la conducta comisiva se desarrolla en el tiempo, tiene un momento inicial -en esta causa noviembre 1978- y uno en el que termina -agosto 2000-, y es esta particularidad la que permite que coexistan diferentes criterios de interpretación en referencia a cuál de los momentos ha de tomarse en cuenta a los fines de establecer la comisión del hecho y en consecuencia la ley aplicable. En este contexto corresponde adoptar el criterio del comienzo de la actividad voluntaria como momento de comisión, no sólo porque permite una interpretación más restrictiva de la norma, sino porque evita incurrir en una contradicción que resultaría más gravosa; porque si bien la comisión del delito se prolonga en el tiempo desde su comienzo y hasta su conclusión, cuando una ley más gravosa entra en vigencia con posterioridad al comienzo pero antes del cese de la acción -tal como sucede en este caso- existe un tramo de la conducta que no se encuentra abarcado por la nueva ley -en el presente el transcurrido entre noviembre de 1978 y diciembre de 1994-, y obligaría a resolver la cuestión planteada retrotrayendo los efectos de la ley más gravosa, constituyendo una violación del principio contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional y en el art. 2º del Código Penal de la Nación... Definido el momento de comisión del hecho como el del inicio de la actividad voluntaria, corresponde aplicar la ley vigente en ese momento, salvo que la ley posterior fuese más benigna. En este caso entonces corresponde aplicar la redacción del art. 146 del Código Penal, según texto de la ley 11.179" (Vid. considerando 8º).

Efectivamente, se trata de la posición adoptada en su obra actual, cuando se señala: "Se ha sostenido que no hay retroactividad de esa ley [más gravosa] porque se aplica a un tramo de la conducta realizado en su vigencia, lo cual es verdad; no obstante, también es verdad que se aplicaría a un

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

tramo de conducta no realizado en su vigencia. Por ello, debe decidirse que no es posible aplicar la nueva ley a esa conducta" (Zaffaroni, E. Raúl, et. al., "Manual de Derecho Penal. Parte General, Ediar, Bs. As., 2006, p. 103) y es la misma opinión que sostuvo en la nueva obra matriz (Zaffaroni, E. Raúl, et. al., "Derecho Penal. Parte General", Ediar, Bs. As., 2002, p. 120 y ss.), siendo que en su labor previa defendía la postura contraria, esto es, que correspondía aplicar la ley vigente al momento del cese de la comisión del hecho (Zaffaroni, E. Raúl, "Manual de Derecho Penal. Parte General", Ediar, Bs. As., 1979, p. 142), opinión que también hubo de fijar en su anterior "Tratado" tras agotar el debate doctrinario (T. I, Ediar, Bs. As., 1980, p. 475 y ss.).

En definitiva, a partir de todo lo allí dicho, reiterado también en los precedentes jurisprudenciales "Gómez" (Fallos: 327:3274), "Landa" (Fallos: 328:2702) y "Rei" (Fallos: 330:2434), por aplicación del principio de ultraactividad de la ley penal más benigna, la escala a considerar debe ser la prevista primigeniamente por el legislador según la ley n° 11.179, lo que también importa tomar distancia de los temperamentos fijados por esta sala en su anterior integración (Causa n° 9569, caratulada: "Rivas, Osvaldo Arturo y otros", cit.).

Empero, tal lo invocado por la parte acusadora -y a pesar de la documentada posición contraria- conforme la jurisprudencia internacional, a partir de la hipótesis en la que aparecía controvertida la aplicación de una ley que introducía el delito de desaparición forzada de personas en el Código Penal guatemalteco, al establecerse 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 contenido en el art. 9 CADH (cfr.

Corte IDH, "Tiu Tojín vs. Guatemala", sent. de 26/11/2008, Serie C n° 190, § 87, el subrayado no es del original), cabe la aplicación en la especie de la figura del art. 146 CP en su versión conforme ley n° 24.410.

Por ello, más allá de cualquier desacierto o resultado paradójico de la solución interpretativa del tribunal internacional, la adopción de un criterio contrario al establecido nada menos que por el órgano a cargo de hacer efectivo el cumplimiento de los derechos reconocidos por la Convención, podría acarrear responsabilidad argentina en ese orden, de lo que se deriva -por vía de principio- el deber de enmarcar la suerte del *sub examen* en aquel criterio, so riesgo de poner en crisis el sistema de protección regional de derechos humanos. Desde un punto de vista análogo se expidieron los ministros Zaffaroni y Petracchi en el caso "Bulacio" (causa E.224.XXXIX "Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovidos por su defensa", del 23 de diciembre de 2004).

En definitiva, no se trata de ninguna "obediencia ciega" de la jurisprudencia internacional, sino de -muy a pesar de la posición sostenida y fundada- asumir que la decisión en contrario importa más perjuicios que bondades a la ratificación de "la política de Estado de inserción plena de nuestro sistema legal en un orden internacional de protección de derechos y en el programa constitucional de la reforma de 1994" (*vid.* Abramovich, Víctor, Editorial en NDP, 2007/B, Editores del Puerto, Bs. As., 2008, p. IX).

Por lo demás, en orden al agravio de la dosimetría punitiva, y más allá de su pérdida de virtualidad conforme la solución propiciada, cabe también memorar cuanto se sostuvo por nuestro más alto tribunal *in re* "Gualtieri" (Fallos: 332:1769) en orden a que: "dos son las circunstancias que hacen extraordinario el conflicto en esta causa: la naturaleza del crimen que se investiga por un lado y, por el otro, la prolongación de su consumación hasta el presente... En

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

cuanto al primer elemento, queda claro que el caso corresponde a un presunto delito de lesa humanidad en forma de crimen de estado. Pero no se trata de uno más de los muchos cometidos en el curso de los siglos, en que por cierto son generosos en su aberración los ejemplos de las dos centurias anteriores (...), sino que se trata de un crimen cuya perversa originalidad le quita cualquier analogía con todos los conocidos" (Vid. considerando 7º, de la disidencia parcial de los ministros Lorenzetti y Zaffaroni).

Asimismo, ambos magistrados concluyeron dicho considerando afirmando que: "(l)a creatividad tan perversa de esta decisión hace difícil la comprensión misma de la motivación y, por ende, de la propia dinámica criminal de los hechos. Por un lado, 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. Por otro, 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. En cualquier caso, la adjetivación es siempre insuficiente, presa en los límites de un lenguaje pobre ante la aberración" (ibídem).

Evidentemente, la gravedad del hecho y la dimensión de un acontecimiento que genera una multiplicidad de víctimas en un incalificable crimen contra la humanidad, conlleva un específico rasgo, destacado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Gualtieri" (Fallos: 332:1769), al señalar que: "es claro que el incalificable crimen contra la humanidad que en uno de sus pasos se investiga en esta causa es de naturaleza pluriofensiva y, por ende, reconoce una pluralidad de sujetos pasivos, uno de los cuales es la víctima secuestrada, pero otros son los deudos de las personas eliminadas y parientes biológicos de la víctima sobreviviente. Su condición de sujetos pasivos es incuestionable en el plano jurídico nacional e internacional,

pero más aún lo es en el de la realidad del mundo. Se trata de personas a las que se les ha desmembrado la familia, que han visto todos sus proyectos arrasados por la barbarie, son padres que perdieron a sus hijos, hermanos que perdieron a sus hermanos, cónyuges que perdieron a sus cónyuges, desaparecidos para siempre en las brumas de campos de concentración y exterminio, en muchos casos sin saber jamás el día de su muerte, sus circunstancias, privados incluso de los restos mortales, de una posibilidad más o menos normal de elaborar el duelo".

De allí cuanto se sostuviera en punto a que: "A esa desolación de la ausencia sin respuesta suman la presunción o la certeza de que un nieto, un hermano, un sobrino, andan por el mundo sin saberlo. La carga del dolor de la pérdida y la angustia de saber que por lo menos existe un ser humano sobreviviente pero al que no se puede hallar, configuran un daño de imposible reparación" (disidencia parcial de los ministros Ricardo Luis Lorenzetti y E. Raúl Zaffaroni, considerando 16).

Así doy mi voto.-

Por todo lo expuesto, y en mérito al acuerdo que antecede, el tribunal, por mayoría, **RESUELVE:**

I.- RECHAZAR los recursos de casación interpuestos por las defensas oficiales de Juan Carlos Herzberg y de Omar Alonso, con costas (artículos 470 y 471, *a contrario sensu*, y 530 y cc del CPPN).

II.- HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación deducido por la parte querellante con los alcances establecidos en los considerandos 21° b) y 24° de este decisorio, **ANULAR** el punto dispositivo I de la sentencia recurrida y devolver las actuaciones a su procedencia a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento conforme lo allí establecido. Sin costas (artículos 470, 530 y cc del CPPN).

Regístrese, comuníquese, notifíquese en la audiencia designada a tal fin y oportunamente devuélvase a su

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14168 bis
-Sala II- "ALONSO,
Omar y otro s/ recurso
de casación"

procedencia, sirviendo la presente de atenta nota.

Fdo: PEDRO R. DAVID, ALEJANDRO W. SLOKAR y ANGELA E LEDESMA.

ANTE MI: CRISTIAN VARELA

FDO