

**REGISTRO NRO. 13.534 .4**

//la ciudad de Buenos Aires, a los diez (10) días del mes de junio del año dos mil diez, se reúne la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por los doctores Mariano González Palazzo como presidente, Augusto M. Díez Ojeda y Juan Carlos Rodríguez Basavilbaso como vocales, asistidos por la Prosecretaria de Cámara, doctora María Eugenia Di Laudo, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 3426/3441 de la presente causa Nro. 10.896 del Registro de esta Sala, caratulada AREI, Víctor Enrique s/recurso de casación@, de la que **RESULTA:**

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 6 de esta ciudad, en la causa Nro. 1.278 de su Registro -Expte. Nro. 19.398/2002 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 1, Secretaría Nro. 1- resolvió con fecha

23 de abril de 2.009 -cuyos fundamentos fueron leídos el 30 de abril del mismo año-, en lo que aquí interesa: I. NO HACER LUGAR al planteo de prescripción de la acción penal incoado por la defensa respecto de la totalidad de los delitos imputados a Víctor Enrique Rei por tratarse aquéllos de delitos de lesa humanidad (art. 118 de la Constitución Nacional); II. RECHAZAR las nulidades opuestas por la defensa; III. CONDENAR a VICTOR ENRIQUE REI, de las condiciones personales que constan en autos, por considerarlo coautor penalmente responsable de los delitos de retención y ocultamiento de un menor de diez años previamente sustraído, en concurso real con los delitos de supresión del estado civil de un menor de diez años mediante la falsedad ideológica de documento público en relación al certificado de nacimiento que en copia luce a fs. 85/86; falsedad ideológica de documento público respecto del acta de nacimiento inscripta bajo el nro. 545 del Tomo I del año 1.978 de la Circunscripción 81 del Registro Civil de esta ciudad y falsedad

ideológica de documento público destinado a acreditar la identidad de las personas, vinculado al DNI N1 26.122.906, concurriendo los últimos cuatro hechos en forma ideal entre sí, a la PENA DE DIECISÉIS AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y AL PAGO DE LAS COSTAS DEL PROCESO, según los hechos que fueron verificados cuanto menos desde el día 6 de abril de 1.978 en esta ciudad y hasta el día 11 de julio del año 2.006 (arts. 12, 19, 29 inciso 31, 40, 41, 45, 54, 55, 146 según ley nro. 24.410-; 139 inc. 21 -según ley nro. 11.179- y 293 -párrafos primero y segundo- en función del 292, segundo párrafo -según ley nro. 20.642- del Código Penal de la Nación y arts. 398 y siguientes, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación; ...V. DECLARAR LA FALSEDAD INSTRUMENTAL del certificado de nacimiento que en copia luce a fs. 85/86; del acta de nacimiento nro. 545 inscripta al Tomo I de la Circunscripción 81 del Registro Civil de esta ciudad cuya copia luce a fs. 84 y del DNI nro. 26.122.906 a nombre de Alejandro Adrián Rei que

en copias fue agregado a fs. 96/97; ORDENAR la supresión de aquéllos y sus inmediatas RECTIFICACIONES; ...XII. TENER PRESENTES las reservas de la defensa para recurrir en casación y plantear el caso federal.

II. Que contra dicha resolución interpuso recurso de casación el doctor Alejandro María MACEDO RUMI, asistiendo a Víctor Enrique REI (fs.3426/3441), el que fue concedido por el Aa quo@ con fecha 28 de mayo de 2009 (fs.3444/3447 vta.).

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

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

607/625, el requerimiento de elevación a juicio formulado por el Sr. Agente Fiscal a fs. 2054/2061 y el auto de elevación a juicio dictado en consecuencia a fs. 2081/2103.

Apoyó este ataque en que la indagatoria y previo acto informativo acorde la anterior legislación de rito se constituyó conforme la imputación respecto de la pareja Tasca-Casado. Producido el auto de procesamiento o prisión preventiva, afirmó, luego el hecho materia del proceso varió sustancialmente a raíz del descubrimiento de la verdad en un caso ajeno, que demostró la evidente falta de participación de REI en el hecho objeto procesal. Es decir, luego de encontrarse procesado aún por ese hecho inexistente, se lo elevó a juicio en materia de otro hecho completamente distinto, el que resultó en el debate oral. En resumen, no existe una correlación entre el hecho intimado en las indagatorias de fs. 182/183vta., 578 y 895/896 y el que fue en definitiva materia del juicio. Entendió así violadas las normas de

los arts. 166, 168, 294, 306, 307, 308, 346, 351 y 354 del C.P.P.N.

Seguidamente reiteró la nulidad de la pericia genética efectuada por el Banco Nacional de Datos Genéticos (fs. 1.855/1.873) sobre la muestra obtenida del cepillo de dientes que fuera incautado del domicilio de calle El Ombú 1051 de la localidad de Don Torcuato, provincia de Buenos Aires, con motivo del allanamiento practicado el día 9 de septiembre de 2.005.

Fundó esta impugnación en diversos motivos, tales como la inexistencia de un marco normativo procesal y penal específico que regule el procedimiento a seguir en los peritajes de ADN; la dudosa neutralidad del Banco Nacional de Datos Genéticos, por encontrarse integrado su Consejo Asesor por integrantes de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, que reviste la calidad de querellante en la causa; el incumplimiento, como acto preliminar a la pericia, del adecuado registro de los

datos de los integrantes del grupo familiar Sandoval-Fontana, por no constar en la causa sus impresiones digitales ni fotografías; la ilegalidad del procedimiento, por inobservancia de cuestiones técnicas atinentes al método de recolección, manipulación, transporte y conservación de los elementos incautados; por haberse visto violada la cadena de custodia de dichas muestras biológicas, desde el momento de su obtención en el domicilio de Alejandro Adrián hasta su arribo al B.N.D.G. y en sus escalas intermedias dentro de las dependencias policiales, ello, al no haber sido ordenada judicialmente la filmación continua desde el momento de la recolección de la muestra hasta su recepción en el ente pericial; finalmente, por la ausencia de testigos ajenos al personal policial.

Criticó además que el perito de la División Laboratorio Químico de P.F.A. Alejandro Antonio Ladra que se encargó de recoger los elementos que luego serían peritados no haya

tomado más recaudo que el uso de guantes y de bolsas plásticas de dudosa asepsia, de lo que se derivó la degradación de las muestras con anterioridad al inicio del examen.

Invocó el art. 61 de la ley 23.511 para señalar que resultaba obligatoria la realización de un análisis serológico sobre muestras de tipo hemático que en este caso no se llevó a cabo, sino que directamente se había implementado el método de detección de ADN en vestigios separados del cuerpo humano. Recordó, en este punto, que obra en la causa documentación que prueba el detalle sexológico que coincide exactamente con el resultado de ser hijo Alejandro Adrián REI de Víctor Enrique REI y de Alicia Beatriz ARTEACH (FS. 806, 807 y 815/824).

Por otra parte, consideró viciadas de nulidad absoluta y general a las resoluciones que ordenan proceder al allanamiento del domicilio de Alejandro Adrián REI y de llevar a cabo el examen genético del caso, por infracción a los arts. 123,

166, 169 y 172 del C.P.P.N., vulnerando los arts. 18 y 19 de la C.N. Ello por cuanto, la incorporación del análisis de ADN al proceso penal resulta una clara afectación al derecho a la personalidad protegido constitucionalmente y por los tratados de derechos humanos incorporados a nuestro bloque constitucional.

Impugnó asimismo el examen genético en sí, por cuanto el resultado brindó una simple probabilidad del 99,9999996 %, sin aportar la única certeza aceptada en estudios de ADN, que es la exclusión absoluta. Citó bibliografía que destaca el error de enviar muestras húmedas en bolsas cerradas -lo cual crea un ambiente propicio para la proliferación de bacterias-, y criticó la inexistencia de la cadena de frío -la cual no fue mantenida-, así como la forma de cerrar las bolsas con las muestras.

Destacó que, habiendo ya comenzado la pericia, en fecha 16/2/06 (según consta a fs. 1.685), la Dra. Di Leonardo

fue dejada cesante entre el 13/3/06 y el 20/4/06, circunstancia que atenta contra la validez del examen, por cuanto temporariamente salió de su esfera de control.

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

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

Recordó que la aplicación de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas fue

recién ratificada por el Estado Argentino en virtud de la ley 24.556, de fecha 18/10/95, por lo que la vigencia de esta norma de derecho internacional es notablemente posterior al momento en que el hecho cesó de ejecutarse, que sitúa en fecha 11 de marzo de 1.989, cuando los padres brindaron información al Estado acerca del paradero de la víctima.

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. Que en el término de oficina previsto por los arts. 465, primer párrafo, y 466 del C.P.P.N., se presentaron a fs. 3471/3475 el Sr. Fiscal General ante esta Cámara, doctor Raúl Omar PLEÉ, y a fs. 3476/3491, el Doctor Alan IUD, representante de la querellante Asociación Abuelas de Plaza de Mayo.

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

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

que fueron debidamente tratados y respondidos por el tribunal del juicio.

En lo atinente al nuevo planteo de prescripción formulado por la defensa destacó que nuestro Máximo Tribunal ya se ha expedido sobre el tema, expresando que *A...las reglas de jerarquía inferior sobre prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno (art. 62 del Código Penal), han quedado desplazadas por la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad@* (conf. C.S.J.N., causa ASIMON, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc (Poblete) - causa N1 17.768-A, rta el 14 de junio de 2.005). No habiendo la defensa del incuso REI controvertido los argumentos vertidos por nuestro más Alto Tribunal, agregó, no pueden ser éstos dejados de lado.

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

A fs. 3476/3491 la querrela Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, representada por el Dr. Alan IUD expuso los motivos determinantes del rechazo del recurso, que propicia.

Luego de señalar que a su criterio el recurso es inadmisibile, por haberse el impugnante limitado a reiterar los

argumentos sostenidos durante el debate -sin realizar una debida crítica a la resolución del Tribunal que los descartó, ni indicar cuáles son los vicios de la sentencia-, abordó la pretendida nulidad de lo actuado por defectos en las declaraciones informativa e indagatorias prestadas, señalando que estas actuaciones, además de haberse adecuado a las normas procesales vigentes, permitieron al imputado conocer sin inconvenientes la imputación, habiendo existido una correcta correlación entre los hechos objeto de la indagatoria, del procesamiento y de la condena.

Sobre la nulidad de la experticia genética, juzgó inválidos los argumentos que sustentan el planteo, tanto en lo relativo al marco legal regulatorio de la pericia, cuanto a la alegada parcialidad del Banco Nacional de Datos Genéticos. También rechazó como argumentos atendibles, el incumplimiento del adecuado registro de los datos del grupo familiar Sandoval-

Fontana, la ilegalidad de la orden de allanamiento del domicilio de Alejandro Adrián y el procedimiento consecuente, la necesidad de resguardo de las muestras genéticas, la Aobligatoria@ realización de un análisis de tipo serológico, y la invocación de bibliografía en detrimento de la opinión de los expertos que concretamente se pronunciaron en la especie. En particular consideró absurdo que la defensa de Rei apoyara el pedido de nulidad invocando la afectación al derecho a la personalidad de Alejandro Adrián, por ser éste precisamente la víctima del delito.

Acerca de la alegada prescripción de los delitos juzgados, consideró que se encuentran en éstos todos los elementos requeridos para la conformación de un delito de lesa humanidad, a saber, la privación de la libertad de la víctima, la intervención de agentes estatales, la negativa a informar sobre su suerte o paradero, la imposibilidad de los familiares del menor de plantear los recursos legales pertinentes, y la ocurrencia de los

hechos en el marco de un ataque sistemático a la población civil desde el aparato estatal. Siendo ello así, resulta aplicable la ya consolidada doctrina del más Alto Tribunal que determina la imprescriptibilidad de este tipo de delitos, resultando aplicable la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, la que no hizo más que reconocer una norma ya vigente del derecho internacional público de orden consuetudinario (*ius cogens*).

Por último, consideró insustanciales los agravios relativos a la pena impuesta, tanto los relacionados con la falta de acreditación del daño psicológico o psiquiátrico de la víctima - al que entiende ínsito en los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales involucrados-, cuanto al que alude al tiempo transcurrido para la elucidación de la causa a nivel procesal, argumentando el presentante que el largo tiempo que demoró el conocimiento de la verdad respondió, precisamente, a la conducta

de Rei, que no aportó ningún dato a ese fin. Asimismo, consideró inocuo, a los fines de la graduación de la pena, al tiempo de detención preventiva sufrido, pues se trata de un elemento no previsto por el art. 41 del C.P. Para concluir, estimó acertado que la pertenencia a la Gendarmería Nacional y su grado y jerarquía, haya sido invocada como circunstancia agravante, pues ello es demostrativo de que REI se valió de medios y recursos estatales -concedidos para combatir el delito- para llevar a cabo las conductas ilícitas y para asegurarse la impunidad de las mismas.

V. Celebrada la audiencia prevista por el art. 468 del C.P.P.N., compareció la doctora Laura Beatriz POLLASTRI, asistiendo a Víctor Enrique REI, y el Dr. Alan IUD, en su carácter de letrado apoderado de la Asociación Civil Abuelas de Plaza de Mayo, de lo que se dejó constancia en autos (cfr. fs. 3517), y no asistió el señor Fiscal General ante esta Cámara. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó

el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Mariano González Palazzo, Augusto M. Diez Ojeda y Juan Carlos Rodríguez Basavilbaso.

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

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

Más allá de no advertir que en su recurso de fs. 3426/3441 la defensa del encartado haya omitido una crítica concreta y circunstanciada de los argumentos jurídicos de la sentencia, ni haya dejado de mencionar las normas jurídicas que

entiende violadas o erróneamente aplicadas, el criterio que debe primar en la materia ha de ser el que armónicamente adapta las normas procesales que rigen el recurso de casación a la garantía de la doble instancia emanada del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -art. 14.5- y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -art. 8.2-, normas de jerarquía constitucional que otorgan al imputado el derecho de someter el fallo condenatorio a la revisión amplia y eficaz de un Tribunal Superior.

Estos compromisos internacionales asumidos por la Nación impiden que mediante formulaciones teóricas o contingentes requisitos formales se niegue el tratamiento del planteo del recurrente en esta instancia -aún cuando se trate de enunciados o razonamientos relativos a cuestiones de índole fáctica-, de lo cual se deriva la misión de esta Cámara Nacional

de Casación Penal de garantizar la efectiva vigencia de un doble juicio concordante en caso de condena.

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

*Observando estos principios, A... para habilitar la instancia de casación basta entonces con la presentación plausible de todo agravio que razonablemente pueda constituir un error de la decisión que, de ser cierto, debe conducir a la eliminación total o parcial de la resolución. En la fiscalización de tales vicios el tribunal de casación, en lugar de cerrar su competencia alegando defectos formales, debe facilitar la revisión en razón de la ya señalada gravedad de las consecuencias. Así,*

*el tribunal debe aplicar el principio iura novit curia, hasta hoy inaplicable en gran medida en casación, y no debe exigir del recurrente ningún tipo de carga adicional a la de presentar sus agravios en tiempo, forma y modo comprensible* (del dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de fecha 9 de agosto de 2005, *in re*: ACASAL, MATIAS EUGENIO Y OTRO s/robo simple en grado de tentativa - causa 1.681- c. 1757 XL).

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

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

En orden a lo expuesto y de conformidad con las prescripciones contenidas en los arts. 438, 456, 457, 459 y 463 del C.P.P.N. corresponde declarar formalmente admisible el recurso de casación interpuesto por la defensa de Víctor Enrique REI.

II. Sentado ello, al efecto de abordar el tratamiento de los agravios introducidos, creo conveniente sistematizar a éstos en torno a cuatro núcleos conceptuales, a saber: 1) la nulidad

planteada por ausencia o defectos de la indagatoria, por encontrarse enderezada la originaria imputación a un hecho distinto de aquél por el cual REI fue finalmente juzgado y condenado; 2) la nulidad de la experticia genética, comprensiva tanto de la ilegalidad de la resolución que la dispone, cuanto de diversos otros aspectos relativos a su realización; 3) la calificación de los delitos como de lesa humanidad y la prescripción de la acción penal; 4) el monto de la pena.

III. El primero de los agravios así determinados pretende la nulidad de todo lo actuado a partir de las declaraciones informativa e indagatorias brindadas por Víctor Enrique REI a fs. 182/3; 578 y 895/896, nulidad que incluiría el auto que convirtió su detención en prisión preventiva y dispuso su procesamiento a fs. 607/625, el requerimiento de elevación a juicio formulado por el Sr. Agente Fiscal a fs. 2054/2061 y el

auto de elevación a juicio dictado en consecuencia a fs. 2081/2103.

Sostiene el recurrente que el hecho por el que fue juzgado y condenado Víctor Enrique REI difiere de los hechos que fueron objeto de aquellas declaraciones informativa e indagatorias, de lo que se siguió una modificación en la necesaria línea de congruencia y de ello, en definitiva, un menoscabo a su derecho de defensa. Entiende que la primigenia imputación fue relacionada a la búsqueda de las familias Tasca y Casado, y que a posteriori el objeto procesal varió, al descartarse la sospecha originaria, y orientarse la investigación hacia la familia de la pareja Fontana-Sandoval.

Es del caso recordar que esta causa se inició de acuerdo a las normas procesales vigentes en su momento (Código Procesal en Materia Penal, ley 2.372), normas que rigieron la causa hasta que el imputado, en fecha 8 de marzo de

2.006 y de acuerdo a los términos del art. 12 de la ley 24.121 manifestó su voluntad de optar por el régimen procesal contenido en la ley 23.984 (Código Procesal Penal de la Nación). Y es dable advertir, también, que pese al referido cambio de legislación, todo el devenir del proceso se ha cumplido sin ruptura del hilo conductor del hecho investigado -que no es otro que la apropiación de un menor (Alejandro Adrián), la alteración de su identidad, y las falsificaciones ideológicas de los documentos relativos a su identidad-, constatándose una clara continuidad en cuanto a la plataforma fáctica por la cual se indagó, se procesó a REI, y se requirió la elevación a juicio.

En efecto, la declaración informativa de fs. 182/183vta. (cumplida conforme a las normas del Código Procesal en Materia Penal) contiene un interrogatorio que no deja lugar a dudas respecto de cuál era el hecho investigado, esto es, la apropiación de Alejandro Adrián por parte del imputado, y la

falsedad de los documentos tendientes a acreditar su falsa filiación. Las preguntas formuladas fueron categóricamente orientadas en tal sentido. Así, por ejemplo, se le preguntó a REI para que diga *Así Alejandro Adrián Rei resulta ser hijo biológico del compareciente y de Alicia Beatriz Artech@; A en qué Maternidad, Hospital, Clínica Privada u otro lugar, acaeció el alumbramiento de su hijo Alejandro Adrián Rei@; A el nombre o apellido del obstetra que asistieron el parto de Alicia Beatriz Artech, del que naciera su hijo Alejandro Adrián@; Así conoce al Dr. Cáceres Monié@.* Se le exhibió la copia del acta de inscripción del nacimiento de Alejandro Adrián Rei -la que a la postre fuera declarada apócrifa en la sentencia recurrida-, y se le preguntó *Así reconoce como perteneciente a su puño y letra la firma inserta al pie de la misma en su margen izquierdo@.*

Igual precisión fáctica surge de la declaración indagatoria de fs. 578/vta., gobernada también por el Código

Procesal en Materia Penal, acto procesal en el cual, aún ante más precisa documentación -siempre referida a la filiación de Alejandro Adrián-, el imputado ratificó lo manifestado en la declaración de fs. 182/183vta.

Por su parte, en la ampliación de indagatoria obrante a fs. 895/896vta., igualmente subsecuente a las mencionadas actuaciones anteriores, es decir, atinentes al mismo objeto procesal, nuevamente el imputado ratificó sus previas declaraciones, y fue concretamente preguntado para que diga *Así ratifica su condición de padre biológico de Alejandro Adrián Rei@.*

De esta manera, juzgo desacertada la afirmación del recurrente en cuanto a que las declaraciones informativa e indagatorias han versado sobre un Ahecho diverso@, o que la intimación se refirieron a Aun hecho diferente al discutido en juicio@.

Por el contrario, la plataforma fáctica se ha mantenido incólume, pues en todo el transcurso del proceso el hecho objeto de la imputación ha sido *A...haberle dado carácter propio a un niño que no lo era, adulterando para ello distintos documentos públicos...@* -cnfr. último párrafo de fs. 2102vta-, y ello es así más allá de las calificaciones legales que se haya otorgado a estas conductas, o de que la investigación no haya estado inicialmente orientada hacia la verdadera familia de origen (Fontana-Sandoval), circunstancias que resultan indiferentes a la necesaria congruencia que debe delimitar el objeto procesal.

El hecho objeto de la condena, esto es, la retención y el ocultamiento de un menor de diez años previamente sustraído, en concurso real con los delitos de supresión de su estado civil mediante la falsedad ideológica de los documentos públicos relativos a su identidad, no ha mutado, más allá de cuál resultara a la postre la real filiación de la víctima. Se tratare la verdadera

familia de la pareja Tasca-Casado o Fontana-Sandoval, el hecho imputado en sí mismo, esto es, la retención, ocultamiento, supresión de estado civil y consecuentes falsificaciones, no sufrió mutación alguna, porque es la identidad de la persona objeto de la retención, ocultamiento, etc. la que imprime la identidad fáctica al proceso. Esta circunstancia, a contrario de lo que se alega, no ha variado, pues en todo momento y desde el inicio el núcleo de la investigación fue la apropiación e identidad de Alejandro Adrián, y no la de sus supuestas familias biológicas.

Y esto es así, más allá de haberse iniciado la causa a raíz de la originaria presentación de las por entonces Presidente y Vicepresidente de la Asociación AAbuelas de Plaza de Mayo@, María Isabel Chorobik de Mariani y Estela Barnes de Carlotto, y de no haberse relacionado desde el inicio a Alejandro Adrián con las familias Fontana y Sandoval sino con las familias Tasca y Casado.

De esto se sigue que entre la imputación efectuada en las declaraciones mencionadas y los actos procesales sucesivos, existe sobradamente la identidad que requiere la garantía del debido proceso (art. 18 de la C.N.), al no advertirse diferencias que afecten el principio de congruencia que de esta garantía se deriva. El imputado en todo momento ha conocido con claridad y sin lugar a equívoco alguno, el hecho objeto de la persecución penal, y no se ha visto menoscabado su derecho de probar, contradecir o alegar ampliamente sobre las circunstancias que hacían a su derecho, en ninguna de las etapas del proceso y de acuerdo a las normas que en cada caso regían, circunstancias que habilitan a descartar la nulidad acusada y a desestimar el agravio.

IV. a) La impugnación de la validez de la prueba consistente en la pericia efectuada por el Banco Nacional de Datos Genéticos (fs. 1.855/1.873) remonta sus cuestionamientos

a la resoluciones mismas que ordenaron proceder al allanamiento del domicilio de Alejandro Adrián y llevar a cabo el examen genético del caso, por infracción a los arts. 123, 166, 169 y 172 del C.P.P.N., y a los arts. 18 y 19 de la C.N. y se apoya, tal impugnación, en que la incorporación del análisis de ADN al proceso penal resulta una clara afectación al derecho a la personalidad protegido constitucionalmente y por los tratados de derechos humanos incorporados a nuestro bloque constitucional.

El planteo se vale de la tensión existente entre el interés del Estado en investigar y reprimir el delito -en aras del cual el art. 224 del Código Procesal Penal de la Nación confiere al juez la potestad de ordenar por auto fundado el registro de determinado lugar si hubiere motivo para presumir que en él existen cosas vinculadas a la investigación de un delito, sumado a la posibilidad de disponer el secuestro de esas cosas (art. 231)-, y las garantías individuales que se entienden violadas -en

este caso las de Alejandro Adrián, tales como el derecho de preservar, cuestionar o esclarecer su identidad, el de propiedad, el de disponer de su propio cuerpo, en fin, el de resguardar su intimidad y protegerla de injerencias extrañas-, y sostiene, en este conflicto, la preeminencia de estas últimas garantías.

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

En el dilema, bueno es recordar que las normas de nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales mencionados en su art. 75, inc. 22, no impiden ni prohíben en

forma absoluta la afectación de los derechos individuales, ni la adopción de medidas que requiera el esclarecimiento de un delito, sino que sólo importan el establecimiento de una serie de recaudos que constituyen un marco protector para que los derechos de los habitantes de nuestro país no sean injustamente vulnerados.

Observando este concepto nuestro más Alto Tribunal en autos AGUALTIERI RUGNONE DE PRIETO, Emma Elidia y otros s/sustracción de menores de 10 años@ (G. 291.XLIII, rta. en fecha 11 de agosto de 2.009), ha resuelto una cuestión análoga, lo que nos conduce a revisar si se presentan en la especie los parámetros tenidos en cuenta por el mencionado fallo para otorgar validez a una medida similar que confrontaba idénticos intereses.

Este examen me lleva a advertir que en autos no se observa que la medida en cuestión haya afectado los derechos

individuales más que en la medida estrictamente necesaria para la dilucidación de la verdad, y sin afectar la vida, salud, integridad corporal o intimidad de la víctima, ya que las muestras han sido tomadas sin invadir el cuerpo de la persona involucrada.

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

La similitud del caso *sub examine* con el precedente mencionado ya fallado por la C.S.J.N., nos permite aplicar su doctrina y compartir que *A...la sentencia impugnada no se muestra como violatoria de los derechos y garantías constitucionales, por cuanto su producción no ocasiona una restricción de los derechos de quien aparecería como una de las víctimas del hecho y porque, además, encuentro adecuado*

*fundamento en la necesidad de salvaguardar el deber del estado de investigar y sancionar los hechos reputados como delito, máxime cuando, como en la especie, el objeto procesal de autos aparecía en principio vinculado con un delito de lesa humanidad cual es la desaparición forzada de personas@.*

Aún más, la razonabilidad de la orden de allanamiento y la validez de la pericia se tornan en autos tanto más justificadas, cuanto que reparamos que, a diferencia del precedente AGUALTIERI@, en nuestro caso no fue el presunto hijo de personas secuestradas y desaparecidas quien impugnó la medida, sino que fue la defensa del imputado Víctor Enrique REI la que adujo, en el conjunto de intereses involucrados, la prevalencia de las garantías individuales de Alejandro Adrián.

Esta defensa, consistente en invocar las violaciones a derechos de terceros cuando de ello se derivan consecuencias gravosas para el imputado, no está vedada, puesto que en la

medida en que la violación de una garantía constitucional de un tercero -en el caso las de Alejandro Adrián- se relacione en forma inmediata con la obtención de prueba que incrimina a alguien -en nuestro caso Víctor Enrique REI-, este último pasa a tener un interés en que la ilegalidad sea declarada y la prueba a su vez excluida, pues este interés integraría la garantía del debido proceso que le incumbe personalmente (Doctrina del caso ARAYFORD Y OTROS@, CSJN, 13/5/86, Fallos: 308:733).

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

En primer lugar porque, a diferencia de lo fallado *in re* ARAYFORD@, en esta especie, a la puja de intereses y de valores allí involucrados se incorporan los de terceras personas - las que formarían la familia biológica de Alejandro Adrián-, derechos que intensifican la necesidad de conocer la verdad,

desde una perspectiva personal e individual, y más allá del interés estatal general de reprimir cualquier delito.

b) Cuestionó la defensa también el desarrollo mismo de la pericia, comenzando por la inexistencia de un marco normativo procesal y penal específico que regule el procedimiento a seguir en este tipo de diligencias.

No aclaró, sin embargo, qué disposiciones concretamente afectaron negativamente el desarrollo del examen, o cuáles entiende aplicables, por lo que la queja, sin la consecuente asociación con el régimen legal pretendido, no puede resultar admisible, pues ello tendría como resultado proscribir esta prueba pericial.

Por otra parte, no es exacta la inexistencia normativa que pone de manifiesto, porque los dos ordenamientos adjetivos que rigieron sucesivamente el proceso han previsto y reglado la prueba de peritos (el Código de Procedimientos en Materia

Penal, en sus arts. 322 a 347, y el Código Procesal Penal de la Nación en sus arts. 253 a 267); y aunque escape a las posibilidades del legislador la previsión de cuanta contingencia pueda presentar la específica colaboración científica requerida, siempre el juez podrá, resguardando las formas del debido proceso y la defensa en juicio, adaptar las normas más generales a las singulares cuestiones que se pudieran presentar en el desarrollo del examen.

Además, en lo concerniente particularmente a la prueba genética que nos ocupa, el régimen aplicable se completa con la ley 23.511, que determina entre las funciones del Banco Nacional de Datos Genéticos, la de *Aproducir informes y dictámenes técnicos y realizar pericias genéticas a requerimiento judicial* (art. 21, inc. b) y que dispone que *ACuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona...se practicará el examen genético que será valorado por el juez*

*teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia@ (art. 4)*

La especificidad de la pericia practicada no demanda, como parecería pretenderlo el recurrente, un tratamiento legal distinto al que en un aspecto general regula la prueba pericial judicial (arts. 322/347 del C.P.M.P.; 253/267 del C.P.P.N. y ley 23.511), régimen que se observa aplicado por el tribunal del juicio, sin perjuicio de los más específicos desarrollos que se seguirán *infra* respecto de otros agravios más puntuales.

c) En otro orden, el impugnante manifestó sus dudas sobre la neutralidad del Banco Nacional de Datos Genéticos, por encontrarse integrado su Consejo Asesor por miembros de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo -entidad esta última que reviste la calidad de querellante en la causa-.

El argumento defensorista se apoya en que el mencionado Consejo Asesor, que *A...tendrá como misión*

*asesorar a la autoridad que lo dirija en todo lo concerniente al funcionamiento@ (art. 6, 1er. párrafo, del decreto 700/89) del B.N.D.G., se debe integrar por un representante de la Asociación Civil Abuelas de Plaza de Mayo A...cuando se traten temas generales de funcionamiento del BANCO NACIONAL DE DATOS GENETICOS relativos a la filiación de niños desaparecidos o supuestamente nacidos en cautiverio@ (art. 61, 3er párrafo del Dec. 700/89).*

Sin embargo, el recurrente no ha logrado demostrar de qué manera la presencia del representante de la asociación civil en el Consejo Asesor -circunstancia que *per se* no constituye un obstáculo a la imparcialidad- se reflejó en el procedimiento técnico del desarrollo de la pericia.

En este sentido, la impugnación -además de tardía, por no haber sido introducida en oportunidad de habersele notificado la intervención del B.N.D.G.-, constituye un mero

razonamiento conjetural desprovisto de sustento en la causa, pues el recurrente no ha alegado ni acreditado que la composición del referido Consejo Asesor haya tenido alguna concreta consecuencia en su perjuicio en el resultado de la pericia, lo cual priva a su argumento de eficacia para conmovir la validez del examen.

d) En otro aspecto el recurrente se ha quejado del incumplimiento, como acto preliminar a la pericia, del adecuado registro de los datos de los integrantes del grupo familiar Sandoval-Fontana, por no constar en la causa sus impresiones digitales ni fotografías.

Con relación a esta queja, el tribunal a quo indicó que *A uno de los elementos probatorios que fue documentalmente incorporado a este juicio fueron las copias certificadas por la Coordinadora de ese organismo Dra. Belén Rodríguez Cardozo, correspondientes al legajo que allí se formara respecto al grupo*

*familiar conformado por Fontana-Sandoval (v. fs. 594 y certificación de documentación recibida de fs. 595 de los cuadernos de prueba). El detenido examen de tal probanza, nos lleva a sostener el cabal cumplimiento por parte del B.N.D.G. de las pautas legales establecidas para el registro y el archivo de los datos de identificación de quienes consintieron en la extracción de material hemático para su eventual análisis y cotejo@ (fs. 3316vta.).*

La reedición del planteo en los mismos términos en que fue sometido al tribunal de la anterior instancia, nos conduce a la necesidad de constatar si, como afirma la sentencia, se cumplieron las disposiciones atinentes a la acreditación de identidad de las personas que se sometieron a las pruebas biológicas, requeridas por el art. 51 del decreto 700/89.

Al efecto, el informe de fs. 594 de los cuadernos de prueba da cuenta de la remisión de copias certificadas de la

documentación obrante en el Banco Nacional de Datos Genéticos, en la cual obran, a su vez, las fichas dactiloscópicas y fichas de identificación de los integrantes de las familias Fontana y Sandoval que proporcionaron sus datos genéticos al BNDG a efectos de la búsqueda del hijo de Liliana Clelia Fontana y de Pedro Fabián Sandoval.

Por ello, no cabe sino concluir que la irregularidad que expone el impugnante no afecta la validez de la prueba.

e) Seguidamente cuestionó el recurrente la legalidad del procedimiento, por inobservancia de cuestiones técnicas atinentes al método de recolección, manipulación, transporte y conservación de los elementos incautados; por haberse visto violada la cadena de custodia de dichas muestras biológicas, desde el momento de su obtención en el domicilio de Alejandro Adrián hasta su arribo al B.N.D.G. y en sus escalas intermedias dentro de las dependencias policiales, ello, al no haber sido

ordenada judicialmente la filmación continua desde el momento de la recolección de la muestra hasta su recepción en el ente pericial.

Estas críticas se ven rotundamente contestadas por las manifestaciones conjuntas de los peritos que intervinieron en el examen.

Conforme lo pone de resalto el fallo (fs. 3262/3264), los expertos dejaron en claro que *A el envase dado a cada muestra resultaba apto para su resguardo sin necesidad de refrigeración ni de observar cadenas de temperaturas, no existiendo tampoco límite de tiempo para su análisis@.*

*A Recordaron que en este caso el material fue recibido en bolsas de plástico separadas...correctamente cerradas con siete firmas que certificaban el acto, por lo que la cadena de custodia había sido perfectamente cumplida@.* También sostuvieron que *A...un*

*cepillo de dientes es un elemento cuyo soporte permite obtener A.D.N. viable y conservado...@*

Sobre la conservación de los elementos incautados, *A en forma conteste, todos los peritos afirmaron que no existió apartamiento alguno de las normas establecidas por el Banco de Datos, agregando que hasta el momento de su apertura, las bolsas estuvieron guardadas en el área de procesamiento de material forense del organismo que es un lugar al que sólo accedía el personal del B.N.D.G.@*

Acerca de la custodia del material en la sede del Banco, *A aseveraron que existía una guardia policial permanente y que incluso las computadoras en las que se archivaban los datos no estaban conectadas a ninguna red y eran controladas por un ingeniero de mantenimiento y que todos sus archivos se guardaban en un disco rígido, siendo inviolables los resultados de las pericias@.*

Las categóricas y concordantes opiniones de los expertos en la materia, privan de sustento a las quejas relativas a la *Atotal inobservancia de las cuestiones técnicas que hacían al método de recolección, manipulación, transporte y conservación de los elementos incautados agregando que se había visto violada la cadena de custodia de dichas muestras biológicas@,(fs 3429vta.)* porque cuando se trata de hechos o circunstancias que requieran conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica, como es el caso, no es válido efectuar meras alegaciones sin respaldo científico.

En cuanto a la pretendida nulidad sustentada en la omisión de ordenar judicialmente *Ala filmación continua desde el momento de su recolección hasta su recepción en el ente pericial@,* de norma alguna surge la imposición de tal recaudo, ni se advierte que las medidas de protección del material

secuestrado adoptadas en la causa fueran inadecuadas o insuficientes.

Por otra parte, respecto de los eventuales efectos que una imprudente recolección, traslado, o manipulación de la muestra podría tener sobre los resultados de la pericia, los profesionales manifestaron que *Así el material de pericia no hubiera sido conservado adecuadamente o hubiera sido afectado por factores de humedad se hubiera diluido pero jamás habría dado un resultado negativo ya que el A.D.N no se alteraba ni requería refrigeración, siendo relevante a tal efecto su soporte, que en este caso fue plástico de alta densidad.*@

No debe soslayarse que los profesionales que participaron del examen fueron varios, y que tanto el dictamen como las respuestas sobre aspectos complementarios que les fueron inquiridas en la audiencia fueron categóricos y concordantes, a lo que debe adunarse que el perito de parte del

imputado, Dr. Mariano CASTEX, al serle exhibida la pericia de fs. 1855/1873, no sólo no manifestó reparos, sino que además respaldó sus respuestas técnicas, reconociendo la *A absoluta seriedad a la normativa y el procedimiento de ese organismo nacional, estimando adecuado que los materiales se conservaran allí para evitar su pérdida@.*

Más allá de todo lo aquí expresado, bueno es agregar que el agravio relativo a la posible interrupción de la cadena de custodia, a la luz de la conclusión incriminante de la pericia, contraría el principio lógico de razón suficiente, que enuncia que ninguna afirmación puede ser verdadera sin que haya una razón suficiente que explique que sea así y no de otro modo.

Esto es así porque si tenemos en cuenta la naturaleza y la finalidad de la pericia, para que el resultado que se obtuvo haya sido consecuencia de alguna interferencia extraña posibilitada por la alegada ruptura de la cadena de custodia, la

única injerencia ajena lógicamente aceptable habría sido la Agregación@ de material genético perteneciente a la persona presuntamente hija de la pareja Fontana-Sandoval. Dicho en buen romance, dado el resultado que se obtuvo, sólo podría ser falsa la pericia si se hubiera agregado ilegalmente el material genético de Alejandro Adrián.

Sin embargo, si tenemos en cuenta que a fs. 1776/1778, Alejandro Adrián manifestó su oposición *A...para la realización de reconocimiento técnico tendiente a determinar la existencia o no de vínculo con mi padre natural y biológico Víctor Enrique Rei@*, el planteo actual del recurrente resulta lógicamente contradictorio con esta postura de la víctima; y resulta contradictorio asimismo, con el único imaginable interés que Alejandro Adrián, comprensiblemente, habría podido tener en el resultado de la pericia, cual es el de no alterar su situación familiar bajo la cual había llevado una *A vida feliz@* (fs.

3254vta.). No puedo dejar de aclarar que estas últimas alusiones a la posición personal de Alejandro Adrián sobre este particular son meras construcciones hipotéticas y responden a la sola necesidad de argumentar en el terreno del razonamiento lógico.

En definitiva, y más allá de considerar adecuados y suficientes los métodos y resguardos adoptados para la recolección, custodia y utilización de las muestras genéticas, entiendo que carece de sustento lógico alegar la ruptura de la cadena de custodia del material peritado, valorando el resultado incriminante a que arribó la pericia, en asociación con la postura de Alejandro Adrián frente a la cuestión ventilada,.

Tampoco es sostenible que la muestra se haya degradado, por cuanto, tal como afirmaron los peritos, *Así el material de pericia no hubiera sido conservado adecuadamente o hubiera sido afectado por factores de humedad se hubiera diluido pero jamás habría dado un resultado negativo ya que el A.D.N*

*no se alteraba ni requería refrigeración*®, y esta conclusión se encuentra corroborada por la circunstancia de que el material genético tuvo aptitud para su cotejo con las muestras indubitadas.

En este contexto, las quejas del recurrente sin sostén científico alguno, analizadas en este acápite, mal pueden tener favorable acogida, por cuanto los aspectos de la prueba que impugna, han sido explicados por los expertos en forma clara, convincente y uniforme.

f) Las contundentes conclusiones de los expertos del B.N.D.G. -no objetadas por el perito de la parte acusada- también permiten descartar las quejas relativas a que el perito de la División Laboratorio Químico de P.F.A., Alejandro Antonio Ladra, que se encargó de recoger los elementos que luego serían peritados, no haya tomado más recaudo que el uso de guantes y de bolsas plásticas de dudosa asepsia, de lo que se

derivó la degradación de las muestras con anterioridad al inicio del examen.

Como ya expusimos *supra*, la degradación de las muestras, de haberse producido, habría impedido la realización de la pericia, mas no habría traído como consecuencia un resultado inexacto.

Los expertos fueron contestes en sostener que *Así el material de pericia no hubiera sido conservado adecuadamente o hubiera sido afectado por factores de humedad se hubiera diluido pero jamás habría dado un resultado negativo@*, por lo que frente a tan concluyente opinión mal puede cuestionarse, sin respaldo científico, el método de extracción de muestras.

Porque además, con específica relación al uso de bolsas plásticas para el resguardo de este tipo de muestras, los peritos remarcaron que los soportes plásticos resultan mejores *Aporque se conservan por más tiempo y permiten su*

*conservación en bolsas plásticas tipo AZiploc® sin ningún tipo de refrigerante® y recordaron que A..en este caso el material fue recibido en bolsas de plástico separadas...correctamente cerradas...®, y sin perjuicio de ello A...fueron contundentes en señalar que aunque el material se envolviera en papel o en un envoltorio de otro material en el caso de un cepillo de dientes el A.D.N. que contenga no se contamina debido a la gran concentración de escamas existentes en sus cerdas®.*

g) Vinculada a este asunto atinente a la eventual violación de la cadena de custodia, se encuentra la queja relativa a que, habiendo ya comenzado la pericia, en fecha 16/2/06 (según consta a fs. 1.685), la Dra. Di Lonardo fue dejada cesante como directora del BNDG entre el 13/3/06 y el 20/4/06, acontecimiento que atentó contra la validez del examen, por cuanto temporariamente salió de su esfera de control.

Del análisis de las manifestaciones de la profesional citada, transcriptas a fs. 2720/2722vta., surge que, si bien Di Lonardo efectivamente estuvo sin cumplir dichas funciones entre el 13 de marzo de 2.006 y el 20 de abril de 2.006, tal circunstancia no invalidó la prueba, porque aunque el material objeto de la misma haya salido temporariamente de su esfera de custodia, no por ello careció de los resguardos pertinentes. Como ella misma lo manifiesta, al reasumir sus funciones, *Aestaban todos los paquetes envueltos con las firmas de los auditores del gobierno de la ciudad de Buenos Aires.*@ (fs. 2722).

Precisamente el objeto de su nota de fs. 1786 fue el de resguardar su responsabilidad -actitud demostrativa del celoso cumplimiento del deber de custodia que le incumbía-, mas de ella no se siguió, al menos en nuestro caso, ninguna situación que permita presumir irregularidad alguna ni que autorice a descalificar la prueba.

h) A la par de los argumentos dirigidos a cuestionar la pericia genética, invocó el recurrente el art. 61 de la ley 23.511 para señalar que resultaba obligatoria la realización de un análisis serológico sobre muestras de tipo hemático que en este caso no se llevó a cabo, sino que directamente se había implementado el método de detección de ADN en vestigios separados del cuerpo humano. Además, recordó, en este punto, que obra en la causa documentación que prueba el detalle sexológico que coincide exactamente con el resultado de ser hijo Alejandro Adrián REI de Víctor Enrique REI y de Alicia Beatriz ARTEACH (FS. 806, 807 y 815/824).

Expresa el art. 61 de la ley 23.511 que *A Sin perjuicio de otros estudios que el BNDG pueda disponer, cuando sea requerida su intervención para conservar datos genéticos o determinar o esclarecer una filiación, se practicarán los siguientes: 1) Investigación del grupo sanguíneo; 2) Investigación*

*del sistema de histocompatibilidad (HLA-A, B, C y DR); 3) Investigación de isoenzimas eritrocitarias; 4) Investigación de proteínas plasmáticas@.*

Sobre la base de esta norma el recurrente basó su queja consistente en que *A exclusiva y obligadamente se debía haber producido el análisis de tipo serológico (HLA) basado en el estudio de los distintos grupos y factores sanguíneos del grupo familiar cuestionado@* (fs. 3430).

El sentido de este agravio sería doble, por un lado, la necesidad de un análisis de tipo serológico, y por el otro, la exclusividad de éste, de lo que se derivaría, correlativamente, la exclusión del examen de ADN.

En lo relativo al impedimento de disponer una pericia genética de ADN, el texto de la ley es claro en cuanto a que la lista de estudios que menciona es meramente enunciativa, y no

agota las alternativas a que puede acudir la ciencia, siempre en progreso, para posibilitar el cometido de la institución.

Si para fijar el sentido y alcance de la ley, la primera fuente de interpretación es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le deba dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769), ninguna otra exégesis que la antedicha puede corresponder a la expresión *Asin perjuicio de otros estudios que el BNDG pueda disponer*, pues es claro que la misma deja abierta la puerta a un mayor número de posibilidades que las enumeradas.

Esta conclusión es la que mejor se adecua a lo previsto por el art. 16 del Dec. 700/89, reglamentario de la ley 23.511, que dispone que *A Corresponderá al BANCO NACIONAL DE DATOS GENETICOS determinar qué tipo de estudios deberán practicarse en cada caso en que sea requerida su intervención de*

*conformidad con los criterios que surjan del estado del conocimiento científico*; y se corresponde, además, con lo considerado por la C.S.J.N. *in re* *AVázquez Ferrá* (Fallos:326:3758 , voto del Dr. Maqueda), en cuanto allí se señala que *A...los exámenes de ADN son -en el actual estado de los avances científicos- un método adecuado y conducente para la determinación de la filiación...* (Considerando 45).

La respuesta a la segunda faceta del agravio, esto es, si la prueba de tipo serológico resultaba de obligatoria producción, se obtiene, a mi entender, de las concordantes opiniones de los peritos que declararon en el debate -Rodríguez Cardozo, Gagliardi, Cólica y Valente-, que sobre el examen de ADN *A...ahondaron en el valor científico de los diagnósticos a los que se arriba y de los tipos de A.D.N. analizables, entre los cuales se encuentra el Amitocondrial que corresponde a la rama materna y al procesarse dicho perfil se comparó con los*

*datos existentes en sus archivos determinándose así el ítem indicado como de Año exclusión@, que en este caso fue de 99,9999996%@. Y agregaron que ARespecto al grado de certeza de los estudios de A.D.N. practicados por el Banco, fueron contestes en aclarar que en la rama científica de la biología nunca se habla de certeza sino de probabilidad, aunque los resultados son contundentes desde el año 1.997@. Asimismo, con relación a la exactitud de los resultados de las pruebas de ADN, ilustraron que ello A...se diferencian de otros marcadores serológicos accesorios utilizados cuando las normativas de A.D.N. aún no estaban determinados con certeza@.*

Por su parte, la Dra. Ana María Di Lonardo, explicó *A la enorme ventaja que tiene el método genético actual@* por sobre el análisis de histocompatibilidad.

A su turno, las peritos privadas de la querella, Mariana Herrera Piñeyro y Viviana Bernath, recordaron la

exactitud del examen, agregando que *Ael margen de error era prácticamente nulo@.*

La información de carácter científico aportada por estos profesionales, resulta una pauta de decisivo protagonismo para interpretar la ley 23.511 en cuanto dispone practicar una *AInvestigación del sistema de histocompatibilidad@.*

Porque habiendo determinado, como vimos, que la norma no excluye la práctica de otros exámenes aparte de los enunciados, entiendo que una razonable interpretación se completa en el sentido de no exigir, en forma imperativa, exámenes que devinieron obsoletos, siempre que se cumpla con la finalidad por el cual fue creado el BNDG y se cumpla con el objeto de la pericia ordenada por el juez.

Dado que los estudios de ADN, sólo con posterioridad a la sanción de la ley 23.511 se han perfeccionado al punto de otorgar un altísimo grado de certeza, desplazando y tornando

obsoletos los estudios del sistema de histocompatibilidad, resultaría absurdo pretender que, aún ante tales circunstancias, la norma prevea como indispensable la práctica de estos últimos en todos los casos, porque se trataría, en definitiva, de un inútil dispendio.

Ello es tanto más aplicable el caso cuanto que *A Señalaron -los peritos- que luego de obtenido el primer resultado, extrajeron muestras de las cerdas del cepillo dos veces más, y sus resultados fueron los mismos@.*

Si, bajo el gobierno del método de la sana crítica en la valoración de la prueba, la contundencia de este resultado no va a ser conmovida por el diferente que pudiere obtener un obsoleto y más imperfecto método científico, mal se puede entender que la norma obliga compulsivamente a este último, pues ello contraría el principio básico de la hermenéutica que manda a atender en la interpretación de las leyes, al contexto

general de ellas y a los fines que las informan (causa ACarlos José Outon y otros@, Fallos: 267:215), y que sostiene que, en la interpretación de la ley no debe prescindirse de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (causa B.389.XXXV ABustos, Vicente Amadeo c/Banco Central de la República Argentina s/cobro de pesos@, Fallos: 324:2107).

Estas consideraciones me permiten descartar el agravio analizado, así como también el que pretende reemplazar las conclusiones de la pericia genética practicada en autos por el análisis aportado por la defensa a fs. 806, 807 y 815/824, del que se derivaría, a su decir, el resultado de ser hijo Alejandro Adrián REI de Víctor Enrique REI y de Alicia Beatriz ARTEACH.

Esta última pretensión debe ser desechada porque, más allá de la inconsistencia e inexactitud de sus resultados frente a la insuperable poder convictivo (al menos en el actual estado de la evolución científica) de la prueba genética, el análisis sanguíneo fue practicado en forma particular, sin el debido resguardo ni el control por parte del juez y de las demás partes. Quedó claro en el debate que, frente a las pruebas genéticas de ADN, los demás métodos devinieron obsoletos, de lo que se sigue la inadmisibilidad de este medio, máxime si tenemos en cuenta el ámbito privado en que se produjo en este caso la extracción de sangre, y que las conclusiones que expone la defensa en su escrito de fs. 815/824 carecen de aval profesional.

i) Desde otra óptica cuestionó el recurrente que *Atampoco había sido convocada la presencia de testigos ajenos*

*al personal policial que interviniera en el allanamiento@* (ver fs. 3429vta.).

No quedó claro en la expresión de este agravio si la ausencia de testigos a que se alude está referida a la custodia de los elementos secuestrados o bien a la diligencia misma del allanamiento, pero en ninguna de las hipótesis resulta un argumento atendible.

Si fuere lo primero, vale remitirnos a lo ya expresado *supra* respecto de la pretendida filmación continua del *iter* seguido por los objetos secuestrados, por no existir norma alguna que obligue a tamaña precaución, ni resultar excepcionalmente necesaria en la especie.

Por otra parte, si se tratare de impugnar la diligencia misma del allanamiento, por falta de testigos civiles, la objeción se contrapone a las constancias del acta obrante a fs. 1466 que documenta la diligencia y que da cuenta de que la misma se

llevó a cabo con regularidad, esto es, con dos testigos civiles (Adrián Aníbal Fernández y Martín Miguel Liuzzi Palma). Luego, en el debate, los nombrados, relataron las actuaciones y procedimientos que habían observado en aquella oportunidad, lo cual coincide completamente con lo asentado en el acta.

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

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

posible existencia de alteraciones o disminución de la calidad probatoria de las muestras.

Sobre el punto conviene recordar que nuestro Código Procesal Penal ha adoptado el sistema de la sana crítica racional ?art. 398, 2º párrafo?, que requiere que las conclusiones a las que se arriba en el veredicto deben ser consecuencia de una valoración racional de las pruebas, respetándose las leyes de la lógica ?principios de identidad, tercero excluido, no contradicción y razón suficiente? de la psicología y de la experiencia común.

*ALas reglas de la sana crítica son pautas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia (Couture) ellas informan el sistema de valoración de la prueba adoptado por nuestro Código Procesal Penal en su art. 398, 2º párrafo, estableciendo plena libertad de convencimiento de los jueces pero exigiendo que las conclusiones a que arriben en la sentencia sean el fruto racional de las pruebas; sin embargo esta libertad reconoce un único límite infranqueable, respeto a las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano es decir, las leyes de la lógica -principios de identidad, tercero excluido, contradicción y razón suficiente- de la*

*psicología y de la experiencia común.*@ (C.N.C.P., Sala II, in re: AWAISMAN, CARLOS A. s/recurso de casación@ rta. el 4/4/94).

La sana crítica es también la pauta que impera en los tribunales internacionales en el sentido de que tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica evitando adoptar una rígida determinación del *quantum* de la prueba necesaria para sustentar un fallo. En esta línea, se ha expresado que *Aeste criterio es especialmente válido en relación con los tribunales internacionales de derechos humanos, que disponen, para efectos de la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por violación de derechos de la persona, de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante ellos sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia*@ (cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos in re: Bulacio vs. Argentina, sentencia del 18 de septiembre de 2003 parág. 42; Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia

del 25 de noviembre de 2003, parág. 120; Maritza Urrutia vs. Guatemala, sentencia del 27 de noviembre de 2003, párag. 48; y AHerrera Ulloa v. Costa Rica@ sentencia del 2 de julio de 2004, parág 57).

De los arts. 18 de la Constitución Nacional y 81 de la Convención Americana de Derechos Humanos surgen los principios que conforman la garantía del debido proceso, tales como los de sentencia fundada en ley, defensa en juicio y presunción de inocencia, de los que se sigue el derecho fundamental de obtener una resolución motivada, que incluye tanto la motivación jurídica, como la que se refiere al análisis y valoración de la prueba como exteriorización del fundamento de la decisión adoptada, a la vez que permite un eventual control jurisdiccional; por lo tanto, si el proceso lógico que sirve para fundamentar una conclusión carece de apoyo en las propias constancias de la causa, configura un supuesto de arbitrariedad

que compromete el veredicto con afectación de la garantía de defensa en juicio en su más amplio contenido.

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

*Si bien **Ala doctrina es unánime en cuanto a que el resultado de la prueba pericial no obliga al juez, quien podrá separarse del dictamen siempre que tenga la convicción contraria*** (Jauchen E., *ATratado de la prueba en materia penal*, pg. 414), conforme a las reglas de la sana crítica que también imperan en la valoración de este tipo de medio de

prueba (art. 263 *in fine* del C.P.P.N.), para separarse del resultado del dictamen pericial, el juez *A...deberá expresar explícita y razonadamente los fundamentos de tal apartamiento* (Jauchen, op. cit., pg. 415), y de allí que sobre el punto se haya resuelto que *ALas conclusiones no obligan a los jueces; sin embargo, prescindir de ellas requiere oponer otros elementos no menos convincentes* (CSJN, D.J., 1999-1, pag. 253, f. 13.754).

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

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

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

Así, resultando lógicamente comprobable el *iter* condenatorio transitado por el tribunal de *Aa quo*®, atribuyendo

responsabilidad penal al encartado en virtud de una prueba pericial categórica y concordante con los demás elementos de la causa, las objeciones de la defensa se reducen, entonces, a una valoración distinta de aquélla, sin que existan elementos en la causa que sustenten su apreciación, por lo que corresponde el rechazo del agravio invocado en cuanto a la errónea valoración del plexo probatorio.

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

Este planteo ha sido esgrimido, en primer lugar, en base a negar que se configurara en el caso un delito de lesa humanidad, por no haberse producido el hecho en el marco de un Aataque sistemático a una población civil@.

a) La queja nos conduce a determinar los límites conceptuales del delito de lesa humanidad, que se fue formando,

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

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

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

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

*de genocidio definido en la Convención de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio aún si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos@.*

Con la instauración de los tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (cfr. Resoluciones del Consejo de Seguridad Nros. 808/93, 827/93 y 955/94) se consolidó definitivamente la noción de crímenes de lesa humanidad. Así, el art. 5° del Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia los enuncia como *A... los siguientes crímenes cuando hayan sido cometidos en un conflicto armado de carácter interno o internacional y dirigidos contra cualquier población civil:*

*a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación; e) encarcelamiento; f) tortura; g) violación; h) persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) otros actos inhumanos*

...@; y por su parte, el art. 3° del Tribunal para Ruanda establece que *A... los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra cualquier población civil por motivos de nacionalidad o por motivos políticos, étnicos, raciales o religiosos: a) homicidio intencional; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación; e) encarcelamiento; f) tortura; g) violación; h) persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) otros actos inhumanos@.*

Finalmente, en la más reciente determinación del concepto de los delitos de lesa humanidad, el Estatuto de Roma para el establecimiento de la Corte Penal Internacional en el año 1998 (nuestro país ratificó el Estatuto el 16/1/01 y rige al respecto la Ley N° 26.200- Ley de Implementación del Estatuto de Roma) dispone en su art. 7°, que *A... se entenderá por Acrimen de lesa humanidad@ cualquiera de los actos siguientes*

*cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque ...@, enumerando posteriormente una serie de conductas constitutivas de dicho delito, entre las cuales figura en su inciso i) la ADesaparición forzada de personas;...@*

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

Nuestro Máximo Tribunal ha tenido oportunidad de aplicar estas nociones y de aproximarlas a nuestra historia, sosteniendo en el caso ASimón@, del 14 de junio de 2.005, que *A la descripción jurídica de estos ilícitos contiene elementos*

*comunes de los diversos tipos penales descriptos, y otros excepcionales que permiten calificarlos como "crímenes contra la humanidad" porque: 1- afectan a la persona como integrante de la "humanidad", contrariando a la concepción humana más elemental y compartida por todos los países civilizados; 2- son cometidos por un agente estatal en ejecución de una acción gubernamental, o por un grupo con capacidad de ejercer un dominio y ejecución análogos al estatal sobre un territorio determinado. El primer elemento pone de manifiesto que se agrede la vida y la dignidad de la persona, en cuanto a su pertenencia al género humano, afectando aquellos bienes que constituyen la base de la coexistencia social civilizada. Desde una dogmática jurídica más precisa, se puede decir que afectan derechos fundamentales de la persona, y que estos tienen esa característica porque son "fundantes" y "anteriores" al estado de derecho. Una sociedad civilizada es un acuerdo hipotético para superar el estado de agresión mutua (Hobbes, Thomas,*

*"Leviatán. O la materia, forma y poder de una República, eclesiástica y civil", México, Fondo de Cultura Económica, 1994), pero nadie aceptaría celebrar ese contrato si no existen garantías de respeto de la autonomía y dignidad de la persona pues "aunque los hombres, al entrar en sociedad, renuncian a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo que tenían en el estado de naturaleza, poniendo todo esto en manos de la sociedad misma para que el poder legislativo disponga de ello según lo requiera el bien de la sociedad, esa renuncia es hecha por cada uno con la exclusiva intención de preservarse a sí mismo y de preservar su libertad y su propiedad de una manera mejor, ya que no puede suponerse que criatura racional alguna cambie su situación con el deseo de ir a peor" (Locke, John, "Segundo Tratado sobre el Gobierno civil", capítulo Madrid, Alianza, 1990). Tales derechos fundamentales son humanos, antes que estatales. Por ello, los derechos fundamentales no pueden ser suprimidos por el Estado Nacional y si no son*

*respetados, tienen tutela transnacional. Este aspecto vincula a esta figura con el derecho internacional humanitario, puesto que ningún estado de derecho puede asentarse aceptando la posibilidad de la violación de las reglas básicas de la convivencia y admitiendo comportamientos que tornan a las personas irreconocibles como tales. El segundo aspecto requiere que la acción no provenga de otro individuo aislado, sino de la acción concertada de un grupo estatal o de similares características que se propone la represión ilícita de otro grupo, mediante la desaparición física de quienes lo integran o la aplicación de tormentos. No se juzga la diferencia de ideas, o las distintas ideologías, sino la extrema desnaturalización de los principios básicos que dan origen a la organización republicana de gobierno. No se juzga el abuso o el exceso en la persecución de un objetivo loable, ya que es ilícito tanto el propósito de hacer desaparecer a miles de personas que piensan diferente, como los medios utilizados que consisten en la aniquilación física, la tortura*

*y el secuestro configurando un "Terrorismo de Estado" que ninguna sociedad civilizada puede admitir. No se juzga una decisión de la sociedad adoptada democráticamente, sino una planificación secreta y medios clandestinos que sólo se conocen muchos años después de su aplicación. No se trata de juzgar la capacidad del Estado de reprimir los delitos o de preservarse a sí mismo frente a quienes pretenden desestabilizar las instituciones, sino de censurar con todo vigor los casos en que grupos que detentan el poder estatal actúan de modo ilícito, fuera del ordenamiento jurídico o cobijando esos actos con una ley que sólo tiene la apariencia de tal. Por ello, es característico de esos delitos el involucrar una acción organizada desde el Estado o una entidad con capacidad similar, lo que comprende la posibilidad del dictado de normas jurídicas que aseguran o pretenden asegurar la impunidad@ (voto del Dr. Lorenzetti, considerando 13).*

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

También en el caso ADERECHO, RENE@ (11/07/2007, Fallos: 330:3074), nuestra C.S.J.N. ha

examinado las conductas y elementos que permiten encuadrar una conducta dentro de la categoría de crímenes de lesa humanidad a la luz de lo prescrito en el art. 7 del Estatuto de Roma. En este sentido, ha señalado que *"Y Se trata, en primer lugar, de actos atroces enumerados con una cláusula final de apertura típica (letra "k", apartado primero del artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional). Comprende, entre otras conductas, actos de asesinato, exterminio, esclavitud, tortura, violación, desaparición forzada de personas, es decir, un núcleo de actos de extrema crueldad. En segundo lugar, estos actos, para ser calificados como crímenes de lesa humanidad, deben haber sido llevados a cabo como parte de un "ataque generalizado o sistemático"; en tercer lugar, ese ataque debe estar dirigido a una población civil. En cuarto lugar, se encuentra un elemento que podría ser descripto como complejo. En efecto, por la forma en que comienza su redacción, sólo parecería que se trata de la definición de un elemento ya enumerado, es decir*

*la existencia de un ataque. El porqué de la reiteración del término "ataque" se explica a partir de las discusiones en el proceso de elaboración del Estatuto, que aquí pueden ser dejadas de lado. Lo relevante es que el final del apartado 1 incorpora realmente otro elemento, que consiste en la necesidad de que ese ataque haya sido realizado de conformidad con una política de un estado o de una organización, o para promover esa política@.*

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

*de los requisitos de generalidad o sistematicidad tenía como propósito la exclusión de hechos aislados o aleatorios de la noción de crímenes contra la humanidad*

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

*(Corte IDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, Sentencia del 26/9/2006, Párr. 98).*

A su turno, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, en el caso AEndemovic@, expresó que *"Los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima"*.

Tal como se verá *infra*, las normas penales internacionales que prohíben los crímenes de lesa humanidad pertenecen al *ius cogens* y son, en consecuencia, normas imperativas y de exigibilidad universal (oponibles *erga omnes*). Esta imperatividad universal, puede surgir de una fuente consuetudinaria, de un principio general del derecho o incluso de un principio general de humanidad, y podrá reflejarse ulteriormente en una Convención o tratado, mas es indispensable señalar que la imperatividad se impone por la comunidad internacional con total prescindencia de la firma de una Convención o Tratado (cfr. Dobovsek, J, *Delitos y Crímenes internacionales*, Ed. La Ley, Bs. As, 2008, pág. 110) .

b) A la luz de estos principios teóricos ha de analizarse la calificación legal escogida por el *Aa quo* al caracterizar las conductas en juego como un delito de lesa humanidad, a los efectos de atender el agravio que sostiene que

los hechos imputados no constituyen un delito de tal naturaleza, y que en consecuencia la acción a su respecto se encuentra prescripta.

Al efecto, recuérdese que el tribunal resolvió condenar a Víctor Enrique REI como coautor penalmente responsable de los delitos de retención y ocultamiento de un menor de diez años previamente sustraído, en concurso real con los delitos de supresión del estado civil de un menor de diez años mediante la falsedad ideológica de documento público en relación al certificado de nacimiento que en copia luce a fs. 85/86; falsedad ideológica de documento público respecto del acta de nacimiento inscrita bajo el nro. 545 del Tomo I del año 1.978 de la Circunscripción 81 del Registro Civil de esta ciudad y falsedad ideológica de documento público destinado a acreditar la identidad de las personas, vinculado al DNI N1 26.122.906, concurriendo los últimos cuatro hechos en forma ideal entre sí.

La correcta calificación de estos hechos requiere tener en cuenta que, tal como ha quedado acreditado, Liliana Clelia FONTANA fue secuestrada el 11 de julio de 1.977, en la vivienda de calle Kelsey 2034, de la localidad de Caseros, Provincia de Buenos Aires, por agentes estatales; que por entonces se encontraba embarazada con más de dos meses de gestación, y que, estando en cautiverio dio a luz a Alejandro Adrián; que a posteriori ese niño nacido en cautiverio, fue retenido y ocultado, e incorporado en forma irregular a otra familia -sin vínculo biológico alguno-, con la consecuente supresión de su estado civil mediante la falsedad ideológica de diferentes instrumentos públicos, imposibilitando así a sus familiares biológicos conocer la existencia y el paradero del niño.

El contexto en que se han llevado a cabo las figuras delictivas condujo al tribunal anterior, con un criterio que compartimos, a sostener que los hechos por los cuales se

acusara a Víctor Enrique REI constituyen una desaparición forzada de persona, por cuanto la retención y ocultación de Alejandro Adrián -previamente sustraída de su madre biológica- sólo pudo mantenerse mediante la supresión y posterior sustitución de su estado civil a través de las distintas falsedades ideológicas de documentos públicos, de modo tal que estas formas comisivas concomitantes no resultan conductas aisladas sino parte integrante de aquella primitiva sustracción.

En cuanto al referido contexto, señala con acierto el colegiado anterior que *Ano es posible desconocer que el gobierno militar que usurpó el poder en el período comprendido entre el 24 de marzo de 1.976 y el 10 de diciembre de 1983 se atribuyó la suma del poder público, se arrogó facultades extraordinarias y en el ejercicio de estos poderes, implementó, a través del terrorismo de Estado, una práctica sistemática de violaciones a garantías constitucionales (Cfr. al respecto lo señalado por*

*nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 309:33 y 309:1689, por el Procurados General de la Nación in re ASimón@, considerando VII; por la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas -CONADEP-; y por la Comisión Americana de Derechos Humanos, en el informe sobre la situación de los derechos humanos en la Argentina de 1980).@*

Lo decisivo, a los fines del correcto encuadramiento jurídico, es que los hechos que conformaron los delitos juzgados se dieron en un marco mucho más amplio, consistente en una multiplicidad de hechos ilícitos tales como desapariciones forzadas de personas, privaciones ilegítimas de libertad y tormentos, entre otros, ocurridos durante la última dictadura militar gobernante.

En estas circunstancias, la conducta en que incurrió Víctor Enrique REI responde a la que describe la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas

(aprobada por ley 24.556), esto es, *A la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes* (artículo II).

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

En esta línea, participamos de la opinión que llevó a los magistrados de la instancia anterior a expresar que *A.../la*

*desaparición forzada de Alejandro Adrián, no abarca sólo su >privación de libertad=, materializada mediante sus sustracción y posterior retención, sino que también comprende la >falta de información o la negativa= de reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre su paradero, lo que se materializa mediante su ocultamiento y la sustitución de su estado civil, como así también las correspondientes falsedades documentales -Arts. 146, 139 y 293 del C.P.-.@*

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

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

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

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

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

Desde nuestra óptica, el Tribunal inferior ha analizado correctamente las características fácticas del hecho, desde los

elementos probatorios incorporados, y ha explicado satisfactoriamente su calificación como desaparición forzada de persona y como delito de lesa humanidad.

c) Contra esta caracterización jurídica efectuada por el fallo, el recurrente ha argumentado que *A...en el accionar del estado en los años 70, no hubo ningún >ataque sistemático a una población civil=, sino una respuesta exclusiva y excluyentemente dirigida a ejércitos irregulares conformados por combatientes armados y entrenados, lo cual constituye una acción de suyo justa y legítima...@* (Fs. 3434) y que en el análisis que hizo el fallo *A...se omite otro detalle nada menor: que la situación descrita por las Convenciones Internacionales de DDHH opera en tiempos de paz, pues en tiempo de guerra dicha legislación es suplantada por las Convenciones de Ginebra y La Haya sobre el derecho de guerra@* (fs. 3434vta.).

Tales argumentos no conmueven, desde mi óptica, lo expresado por el resolutorio en el sentido de que *ALiliana Clelia Fontana Deharbe y Pedro Fabián Sandoval fueron secuestrados de la vivienda familiar...@* por lo cual *A...no resulta necesario analizar si los nombrados pertenecían o no a alguna organización armada, ni el carácter jurídico de ésta, ya que lo cierto es que ninguno de los declarantes ni las personas que aún continúan desaparecidas se encontraba en combate@* (ver fs. 3354vta.).

Por lo demás, compartimos que *ARespecto a la calidad de la existencia de conflicto armado o no, los Estados que redactaron el Estatuto de Roma reafirmaron, por omisión de toda relación con un conflicto armado, que los crímenes de lesa humanidad pueden cometerse en tiempo de paz o durante conflictos armados@* (Christian G. Sommer, *ALa jurisdicción penal internacional@*, en *ADerechos Humanos, legalidad y*

jurisdicción supranacional@, Juan Carlos Vega, Director, pág. 307).

d) Tampoco resulta admisible el argumento de que la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas *Aes notablemente posterior al momento en que el hecho cesó de ejecutarse (el día 11 de marzo de 1989) cuando los padres brindaron información al Estado acerca del paradero de la víctima@ (ver fs. 3435), pues tal razonamiento olvida que A...la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país sólo ha significado, como ya se adelantara, la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal, puesto que la evolución del derecho internacional a partir de la segunda guerra mundial permite afirmar que para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos*

*humanos condenaba ya la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad* (C.S.J.N., autos AARANCIBIA CLAVEL, Fallos: 327:3312).

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

e) Acerca del encuadramiento jurídico de los hechos, también la defensa acudió al principio de legalidad, para resaltar que el derecho penal sólo puede descansar en la ley, no pudiéndose dictar una sentencia penal de condena fundándose solamente en el derecho penal internacional, porque el derecho

penal interno exige, indisolublemente, la doble precisión de la ley sobre los hechos punibles y sobre las penas a aplicar.

Sobre el tema, los argumentos del quejoso no conmueven lo expresado por el tribunal inferior cuando, con remisión a lo expresado por el Procurador General de la Nación, compartió que *A...Debe quedar claro que no se trata de combinar, en una suerte de delito mixto, un tipo penal internacional -que no prevé sanción alguna- con la pena prevista para otro delito de legislación interna. Antes bien, se trata de reconocer la relación de concurso aparente existente entre ambas formulaciones delictivas...@ (Cfr. Incidente de apelación y nulidad de prisión preventiva -expediente 30.312- formado en la causa NI 1.499 del registro de este órgano jurisdiccional, caratulada A Videla, Jorge Rafael s/supresión del estado civil de un menor - art. 139, inc. 21 - dictamen del 23 de agosto de 2001).*@

De esta manera, el tratamiento que mereció el asunto por parte del Inferior no hizo sino seguir el camino señalado por la doctrina de nuestro Máximo Tribunal *in re AARANCIBIA CLAVEL, ENRIQUE LAUTARO s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros@* (causa n1 259, resuelta el 24/08/2004, Fallos: 327:3312). Allí, resultan esclarecedores los conceptos vertidos sobre el punto por el voto del ministro Juan Carlos Maqueda: *AEl castigo a ese tipo de crímenes proviene, pues, directamente de estos principios surgidos del orden imperativo internacional y se incorporan con jerarquía constitucional como un derecho penal protector de los derechos humanos que no se ve restringido por algunas de las limitaciones de la Constitución Nacional para el castigo del resto de los delitos. La consideración de aspectos tales como la tipicidad y la prescriptibilidad de los delitos comunes debe ser, pues, efectuada desde esta perspectiva que asegura tanto el deber de punición que le corresponde al Estado Nacional por su incorporación a un*

*sistema internacional que considera imprescindible el castigo de esas conductas como así también la protección de las víctimas frente a disposiciones de orden interno que eviten la condigna persecución de sus autores@ (Considerando 33); AQue la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los estados nacionales sino de los principios del ius cogens del Derecho Internacional (conf. Arg. Fallos: 318:2148, considerando 41 ), lo que pone en evidencia que sea plenamente aplicable el sistema de fuentes del derecho propio de aquéllos.@*

*... APor consiguiente, corresponde verificar si la conducta constituye un crimen contra la humanidad de acuerdo a las reglas consuetudinaria de derecho internacional o el derecho internacional convencional o en virtud de los principios de derechos reconocidos por la comunidad de las naciones, constituya o no una contravención al derecho vigente en el tiempo y lugar de su comisión en el sistema normativo nacional@*

*(Considerando 42) A...lo hasta aquí expresado en modo alguno*

*implica desconocer el principio nullum crimen sine lege por cuanto la conducta materia de juzgamiento, al momento de los hechos, no sólo estaba prevista en el derecho internacional - incorporada mediante el art. 118 de la Constitución Nacional-, sino que también constituía un delito para el código penal argentino. Por otra parte el encuadramiento de aquellas conductas investigadas en los tipos penales locales en modo alguno implica eliminar el carácter de crímenes contra la humanidad ni despojarlos de las consecuencias jurídicas que les caben por tratarse de crímenes contra el derecho de gentes. En otras palabras, el código penal, además de ser el producto de la política en lo criminal adoptada por el legislador para proteger a sus habitantes, también aparece como el instrumento con el que el Estado argentino asume la punición respecto de determinadas conductas por exigencia de la comunidad internacional@ (Considerando 57).*

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

Y agregó que *AEsto es así porque, la desaparición forzada de Alejandro Adrián, no abarca sólo su Aprivación de libertad@, materializada mediante sus sustracción y posterior retención, sino que también comprende la Afalta de información o la negativa@ de reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre su paradero, lo que se materializa mediante su ocultamiento y la sustitución de su estado civil, como así también las correspondientes falsedades documentales -arts. 146, 139 y 293 del CP.- (En igual sentido, Sala I de la Cámara*

*Nacional de Casación Penal, Exp. 30.312 A Videla, J.R. s/prisión preventiva, resuelta el día 9 de septiembre de 1.999).*

f) A fin de agotar el tratamiento de los agravios relativos al correcto encuadramiento jurídico de los hechos, recordemos que la defensa entendió que debió aplicarse la ley 11.179, vigente al momento en que se consumó la conducta, en lugar de la más gravosa n1 24.410, promulgada en diciembre de 1994.

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

Constitución Nacional-. Al respecto, concluyó que *A...las figuras de retención y ocultamiento de un menor de diez años integran la categoría de delitos permanentes, en los que la actividad consumativa no cesa al perfeccionarse el delito, sino que perdura en el tiempo, por lo que éste continúa consumándose hasta que culmina la situación antijurídica. Frente a estos hechos, la reforma de la ley 24.410 no introduce uno de los supuestos contemplados en el art. 2 del Código Penal (que plantea únicamente la hipótesis de un cambio de leyes entre el tiempo de comisión del delito y de la condena o, eventualmente, el intermedio), sino que su aplicación al caso debe resolverse según la regla general del artículo 3 del Código Civil (tempus regit actum) en virtud de la cual el delito (en este caso, que aún se está cometiendo) debe regirse por las normas vigentes.*@

(Dictamen del Procurador Fiscal, de fecha 15 de agosto de 2.006).

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

Al respecto, entiendo correcta la interpretación dada por el *a quo* en cuanto a que la acción típica cesa cuando se descubre la verdadera identidad de la víctima, por cuanto es la que mejor se conforma con la naturaleza del delito (de ejecución permanente o continua), teniendo en cuenta la persistencia de la Anegativa de información acerca de la suerte o paradero de la víctima@, y es la inteligencia que ha adoptado, además, la C.I.D.H. en los precedentes AHeliodoro Portugal vs. Panamá@ (12/08/08) y ATiconá Estrada y otros vs. Bolivia@ (27/11/08). En estos asuntos, se dijo que *A...la desaparición forzada consiste en una afectación de diferentes bienes jurídicos*

*que continúa por la propia voluntad de los presuntos perpetradores, quienes al negarse a ofrecer información sobre el paradero de la víctima mantienen la violación a cada momento. Por tanto, al analizar un supuesto de desaparición forzada se debe tener en cuenta que la privación de la libertad del individuo sólo debe ser entendida como el inicio de la configuración de una violación compleja que se prolonga en el tiempo hasta que se conoce la suerte y el paradero de la presunta víctima@.*

En el caso que ahora nos ocupa, los jueces que en este aspecto conformaron la mayoría entendieron que el delito cesó de ejecutarse el día 11 de julio de 2.006, fecha en la cual la víctima recuperó su identidad por haberse recibido en este proceso el resultado del estudio inmunogenético practicado por el Banco Nacional de Datos Genéticos (fs. 1855/1873).

El criterio no parece desacertado en cuanto a que, si habremos de aceptar que la acción típica cesa cuando se

descubre la verdadera identidad de la víctima, bien puede considerarse determinante el momento de obtención de datos fidedignos que permitan conocerla. La única objeción que advierto contra esta opinión es que, estando sujeta la pericia genética a impugnaciones, se requeriría la ulterior ratificación judicial, y siguiendo en esta línea de razonamiento, sólo al adquirir firmeza la sentencia condenatoria, se podría tener dilucidada la verdad de los hechos -y con ellos, la cuestión de la verdadera identidad- en forma incontestable y definitiva.

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

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

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

g) Con relación a la naturaleza del delito -sustracción del presunto hijo de personas detenidas ilegalmente, secuestradas y desaparecidas durante la última dictadura militar-, en el precedente AGUALTIERI@ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la disidencia parcial (sobre otros aspectos) de los ministros Ricardo Lorenzetti y Raúl Zaffaroni, se expresó que

*A...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@. A Salvo las recientes investigaciones en curso sobre el destino de niños por el régimen franquista, no hay en el mundo precedentes de casos de secuestro y consiguiente privación de identidad en forma masiva de niños de cortísima edad o nacidos en cautiverio o arrebatados de sus hogares, habiendo sido casi siempre asesinados sus padres en el curso de la práctica de otros crímenes de estado, manteniendo esta situación indefinidamente en el tiempo. Es claro que el crimen en autos no configura un hecho aislado, sino que respondió a una decisión general en el marco de una empresa criminal llevada a*

*cabo por un aparato de poder del Estado violador de elementales derechos humanos@ (Considerando 71).*

En el Dictamen del Procurador General ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, correspondiente a la causa AVAZQUEZ FERRA, EVELIN KARINA s/incidente de apelación@ (Fallos: 326:3758), dicho magistrado recordó que *A...como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la práctica de sustracción de niños hijos de desaparecidos, además de configurar un delito en el derecho interno, constituye una violación a normas fundamentales de derecho internacional de los derechos humanos, principalmente aquellas que tutelan el derecho a la identidad de las víctimas directas y protegen la familia (artículos 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y artículos V yVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Informe Anual*

*de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1987/8, págs. 350/63).*@

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

Al respecto, adujo el recurrente que la aplicación de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas fue recién ratificada por el Estado Argentino en virtud de la ley 24.556, de fecha 18/10/95, por lo que la vigencia de esta norma de derecho internacional es notablemente posterior al momento en que el hecho cesó de ejecutarse, que sitúa en fecha 11 de marzo de 1.989, cuando los padres brindaron información al Estado acerca del paradero de la víctima, o bien cuando el menor cumplió los diez años de edad, no pudiéndose considerar que resulte delictivo permanecer en una actitud pasiva más allá de ese límite que marca la propia legislación. Y en este sentido

subrayó que el art. 63 del Código Penal prevé que si el delito fuere continuo la prescripción comenzará a contarse a partir del día en que cesó de cometerse; y agregó que el art. 18 de la C.N., en cuanto opone una absoluta prohibición a la aplicación retroactiva de todo empeoramiento del régimen de prescripción penal, prevalece sobre los acuerdos internacionales, por disponerlo los arts. 31 y 75, inc. 22, de la C.N. Más allá de la gravedad de los llamados delitos de lesa humanidad, negó que existiera en la legislación argentina norma alguna que los prevea y que regule su imprescriptibilidad, no surgiendo del derecho de gentes norma imperativa que deba aplicarse.

La cuestión así expuesta resulta idéntica, en lo pertinente, a la resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los ya citados autos AARANCIBIA CLAVEL@, en los que se expresó que *A..el fundamento común del instituto de la prescripción, independientemente del objeto al que alude -de la acción o de la pena-, es la inutilidad de la pena en el caso*

*concreto, en los que el transcurso del tiempo entre el hecho y el juicio, o entre la condena y su ejecución, hace que la persona imputada no sea la misma, como así también que el hecho sometido a la jurisdicción pierda vigencia vivencial conflictiva, para pasar a ser un mero hecho histórico-aneecdótico.*@ (Considerando 20); *AQue la excepción a esta regla está configurada para aquellos actos que constituyen crímenes contra la humanidad, ya que se tratan de supuestos que no han dejado de ser vivenciados por la sociedad entera dada la magnitud y la significación que los atañe...*@ (Considerando 21); de ello se sigue *A...la necesidad de un examen de la cuestión de la prescripción diferenciada, según se trate o no de un delito de lesa humanidad*@ (Considerando 26); *AQue esta convención (sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad) sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (ius cogens) en función del derecho internacional público de origen*

*consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la aplicación de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos@ (Considerando 28); ADesde esta perspectiva, así como es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la convención, también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la convención al derecho interno@ (Considerando 29).*

Similares principios aplicó nuestro Alto Tribunal in re: ASIMON, JULIO HECTOR Y OTROS s/privación ilegítima de la libertad, etc@ (Fallos: 328:2056) con relación a la imprescriptibilidad de la acción penal respecto de los crímenes de lesa humanidad, debiendo destacarse, sobre este particular aspecto el voto del ministro Antonio Boggiano en cuanto expresó *AQue, esta Corte juzgó que la calificación de delitos de lesa*

*humanidad está sujeta de los principios del ius cogens del derecho internacional y que no hay prescripción para los delitos de esa laya (Fallos: 318:2148). Este es un principio derivado tanto del derecho internacional consuetudinario cuanto del convencional, la Convención de la imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. En suma, los delitos de lesa humanidad nunca han sido prescriptibles en el derecho internacional ni en el derecho argentino. En rigor, el derecho internacional consuetudinario ha sido juzgado por esta Corte como integrante del derecho interno argentino (Fallos: 43:321; 176:218; 316:567)@.*

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

principios, lo que determina el rechazo de la defensa de prescripción.

VI. En el acápite AC@ de su escrito recursivo, bajo el título Ala pena conminada@, la defensa de Víctor Enrique REI impugnó su monto, criticando el fallo tanto por agravantes indebidamente considerados cuanto por atenuantes ignorados.

Sobre este tramo del recurso reclamó el Fiscal General la inadmisibilidad, aduciendo que *Ael elemento de valoración personal contenido en la determinación de la pena, que se refiere tanto a criterios de justicia como a criterios de utilidad, queda sustraído al control del tribunal de casación@* (fs. 3473), toda vez que *Ael agravio invocado por la defensa del recurrente, exterioriza su disenso con el criterio valorativo del tribunal de mérito al no explicar las razones, a su entender de qué monto le correspondía por cada uno de los hechos que fue encontrado culpable...@* (fs. 3474).

Sin embargo, del análisis de los argumentos de la defensa se advierte que no se presenta la hipótesis señalada como obstativa a la admisibilidad de la queja, por cuanto el recurrente no ha expresado una mera discrepancia con la valoración de la pena, sino que, en un diferente orden de razonamiento, ha protestado por la indebida inclusión de agravantes que no debieron ser tenidos en cuenta como tales, y al mismo tiempo ha reclamado la ponderación de atenuantes ignorados.

Lejos de meramente cuestionar la gravitación que los jueces han adjudicado a circunstancias agravantes o atenuantes en la graduación de la pena, el quejoso reclamó la presencia o ausencia misma de estos elementos en el razonamiento de los sentenciantes, esto es, reclamó por los criterios que tuvieron para la ponderación de la pena, agraviándose porque la valoración judicial no se ha ajustado a las pautas ordenadoras fijadas por las normas de los artículos 40 y 41 del Código Penal.

De esta manera, no encontramos en el caso las limitaciones formales señaladas por el Fiscal General para atender la queja, máxime si habremos de atenernos a los límites amplios de la revisión que merece toda sentencia de condena a que hiciéramos referencia en el acápite A1@ de este voto, relativo a la admisibilidad del recurso.

Porque, además *A...la propia existencia del art. 41 sólo cobra sentido en tanto la decisión que individualiza la pena no sea >discrecional=, en el sentido de sujeta sólo al criterio del tribunal, sino que haya de realizarse siguiendo ciertas reglas que implican un deber de fundamentación explícita que permita el control crítico-racional del proceso de decisión@* (Ziffer, Patricia, *Alineamientos de la determinación de la pena@*, pg. 26).

Dicho ello, recordemos que el quejoso afirmó que no existe en la causa ningún estudio psiquiátrico o psicológico del que surja el daño concreto causado a Alejandro Adrián, por lo que negó que esta circunstancia pudiera revestir la calidad de

agravante. También cuestionó que se hubiera entendido como agravante a la jerarquía y grado que ostentaba el imputado, pues el trabajo o la profesión se encuentran ínsitos en la punición, máxime cuando se trataba de un cargo medio carente de facultades decisorias. En un sentido inverso, postuló como atenuantes no considerados, por un lado, al tiempo transcurrido para el descubrimiento del hecho y la elucidación de la causa a nivel procesal, lo que atribuye a la inacción del Estado, y por el otro, a la cantidad de tiempo ya cumplido en prisión preventiva, en violación al principio de inocencia.

Abocándonos a la revisión requerida, no advertimos desacertada la ponderación del daño causado como circunstancia agravante, por cuanto, aún a falta de un examen psicológico que señale el daño concreto sufrido por la víctima, tal resultado fluye sin duda y sin esfuerzo de un razonamiento inferencial, a partir del material indiciario existente en la causa, sometido a las reglas de la experiencia, del sentido común y de la razón.

Además, y a la par del padecimiento sufrido por Alejandro Adrián, controvertido por la defensa, no debe relegarse el de las demás víctimas del delito, que se manifiesta en los testimonios de Clelia Deharbe de Fontana, Silvia Graciela Fontana, Edgardo Rubén Fontana -madre y hermanos, respectivamente, de Liliana Clelia Fontana-, y Fernando Ernesto Sandoval -hijo de Pedro Fabián Sandoval-. Ellos dan cuenta de aciagos años de permanente búsqueda, de *Auna nueva etapa para su familia...en la cual no supieron qué hacer ni adónde ir* (testimonio de Silvia Graciela Fontana) y que llevó, por ejemplo, a la primera de las nombradas, a viajar a Entre Ríos y en dos oportunidades a la República de Paraguay y a ingresar a la asociación *AAbuelas de Plaza de Mayo* para continuar la búsqueda.

La visión en conjunto de este cuadro de manifestaciones permite recrear la magnitud del daño causado por el delito, y ello avala el juicio adverso al interés del imputado

que hizo el *a quo* de esta circunstancia, en tanto el artículo 41 del Código Penal manda tener en cuenta, a los efectos de la fijación de la pena a la *A*extensión del daño causado@.

Igualmente se atuvo a derecho el Inferior cuando ponderó *A*el grado y jerarquía militar que alcanzó el imputado en la Gendarmería Nacional, que lejos de permitir que aquél ajustara su conducta a las pautas formativas de dicha institución justamente se valió de la autoridad que tal condición naturalmente le confería@ (fs. 281 *in fine*), *A*porque al ser un funcionario público le correspondía la exigencia de un plus de responsabilidad frente al mero ciudadano que carece de aquella impronta@ (fs. 282). Tales parámetros forman parte de la *A*educación@, de las *A*condiciones personales@ y de la *A*calidad de las personas@ aludidas por el art. 41 del Código Penal, y son decisivas para fundamentar un deber mayor. *A*Por lo general, las circunstancias personales del autor, tales como su situación personal, profesional, origen social, infancia o educación general, resultarán

*de importancia para determinar la capacidad del autor para reconocer la antijuridicidad del hecho y para determinarse de acuerdo con ese conocimiento, así como el grado de exigibilidad de una conducta conforme a Derecho.*@ (Patricia Ziffer, en ACódigo Penal@ dirigido por David Baigún-Eugenio Zaffaroni, T. 2A, pag.87).

Por su parte, la falta de consideración como atenuantes del *Atiempo transcurrido en la inacción del Estado en el descubrimiento del hecho y el tiempo transcurrido para la elucidación de la causa a nivel procesal*@ (ver fs. 3440) no constituye, dadas las modalidades del hecho, un agravio atendible. Porque si, como sostuviéramos *supra* (Punto V, f, de este voto) *A...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*@; y si,

como dijéramos, *A la acción típica cesa cuando se descubre la verdadera identidad de la víctima@*, entonces el tiempo transcurrido en esas condiciones, prolongando la perpetración del delito, más agravaría -bajo el rótulo de Anaturaleza de la acción@, art. 41 del C.P.- que atenuaría el monto de la pena. Ello es así porque, sin dudas, mayor disvalor contiene la continuación de la situación delictiva por parte del imputado que la alegada inacción del Estado en pos del descubrimiento de la verdad.

Por último, en cuanto a la invocación de la cantidad de tiempo ya cumplido en detención preventiva como circunstancia atenuante para la graduación de la pena, este argumento desconoce que la prisión preventiva reviste naturaleza exclusivamente procesal, que sigue sus reglas específicas, y que no puede ser usada para regular el mayor o menor monto de pena en la sentencia de condena. El contacto entre ambos institutos, del que puede derivarse una excesiva prolongación de

la prisión preventiva puesta en relación con la pena (sea ésta última la prevista por la ley, la solicitada por el fiscal, la impuesta por condena no firme o la presumible y pasible de libertad condicional) es atendido por los arts. 317 y ss. del código ritual, mas carece de incidencia a los fines del art. 41 del Código Penal.

Por las razones expuestas es que no encuentro yerros en la mensuración de la pena efectuada en la sentencia, por cuanto el *a quo* se ha ajustado a las reglas ordenadoras de la medición impuestas por los arts. 40 y 41 del Código Penal, sin descuidar la necesaria proporcionalidad que, por imperio constitucional, la pena debe guardar con la magnitud del injusto y de la culpabilidad del autor; resultado que no ha podido ser conmovido por el recurrente en el *sub examine*.

VII. Por los fundamentos que anteceden, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto por el doctor Alejandro María MACEDO RUMI, en representación de Víctor Enrique REI (Fs. 3426/3441), con costas (arts. 530 y

531 del C.P.P.N.), y tener presente la reserva del caso federal efectuada por el recurrente.

El señor juez Augusto M. Diez Ojeda dijo:

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

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

En este orden de ideas, no es posible soslayar que, recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* ASalgado, Héctor y otros s/defraudación a la Administración Pública -causa N° 15174 -34341-" (Causa S.C. S 167 XLIII, rta.

el 23/06/09, Fallos: 332:1512), recordó que el alcance del derecho a obtener un pronunciamiento sin dilaciones indebidas - garantía de plazo razonable- reconocido a partir de los precedentes AMattei@ (Fallos: 272:188) y AMozzatti@ (Fallos: 300:1102) *Ase encuentra limitado, por supuesto, a la demostración por parte de los apelantes de lo irrazonable de esa prolongación (Fallos: 330:4539 y sus citas) pues en esta materia no existen plazos automáticos o absolutos y, precisamente, >la referencia a las particularidades del caso aparece como ineludible=*@ (con cita de la Causa P. 1991, L. XL, >Paillot, Luis María y otros s/contrabando=, rta. 01/04/09, voto de los doctores Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni).

**El señor juez Juan Carlos Rodríguez Basavilbaso**

dijo:

Que adhiero a los votos que anteceden.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el

Tribunal

**RESUELVE:**

I. **RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto a fs. 3426/3441 por el doctor Alejandro María MACEDO RUMI, en representación de Víctor Enrique REI, con costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

II. **TENER PRESENTE** la reserva del caso federal efectuada.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítase la causa al Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 6 de la Capital Federal, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

**MARIANO GONZÁLEZ PALAZZO**

**JUAN CARLOS RODRÍGUEZ BASAVILBASO  
OJEDA**

**AUGUSTO M. DIEZ**

Ante mí:

**MARÍAS EUGENIA DI LAUDO  
Prosecretaria de Cámara**

Estimada: Adjunto al presente los fallos solicitados. Atte. Deborah Silva