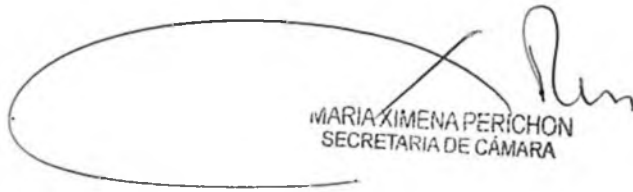




Cámara Federal de Casación Penal


MARIA XIMENA PERICHON
SECRETARIA DE CÁMARA

Registro nro.: 265/17
LEX nro.: CFP 9769/1998/TO1/CFC1
areal

///la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 23 días del mes de marzo del año dos mil diecisiete, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por la doctora Angela E. Ledesma como Presidente y los doctores Alejandro W. Slokar y Pedro R. David como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara M. Ximena Perichon, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fs. 1226/1310 del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 5 de esta ciudad, en la presente causa nº CFP 9769/1998/TO1/CFC1 del registro de esta sala, caratulada: "Lavia, Juan Carlos y otros s/ recurso de casación". Representa en esta instancia por la parte querellante asociación civil "Abuelas de Plaza de Mayo", el doctor Alan Iud; el Ministerio Público Fiscal, el señor Fiscal General, doctor Ricardo G. Wechsler y la defensa de Juan Carlos Lavia, Susana Serafina Marchese y Francisco Vicente de Luca, el doctor Luis Antonio Sasso.

Los señores jueces **doctores Alejandro W. Slokar y Pedro R. David** dijeron:

-I-

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 5 de esta ciudad, en la causa nº 1931 de su registro, en lo que aquí interesa, resolvió: "I.- DECLARAR que los hechos objeto de este proceso resultan constitutivos de crímenes de lesa humanidad, los que así se califican y, en consecuencia, son imprescriptibles (artículos 75 inc. 22 y 118 de la Constitución Nacional y Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los

Crímenes Lesa Humanidad, aprobada por ley n° 24.584 y ley 25.778 que posteriormente le otorgó jerarquía constitucional).

II.- RECHAZAR el planteo de EXTINCIÓN DE LA ACCION PENAL POR PRESCRIPCIÓN, formulado por el Sr. Defensor, Dr. Luis Sasso en su alegato, en virtud de lo dispuesto en el apartado precedente.

III.- CONDENAR a JUAN CARLOS LAVIA [...], a la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de ocultamiento y retención de un menor de diez años, en concurso ideal, con el delito de alteración del estado civil de un menor de diez años, los que a su vez concurren idealmente, con el delito de falsedad ideológica de documentos públicos destinados a acreditar la identidad de las personas (certificado de nacimiento de fecha 7/2/1978 a nombre de María Florencia Lavia; acta de nacimiento inscripta el 10/2/1978 en el Registro Civil y Capacidad de las Personas de esta Ciudad, en la Circunscripción 9, Tomo 2A, Número 1166 del año 1978; y Documento Nacional de Identidad N° 26.435.805 expedido en su oportunidad a nombre de María Florencia Lavia) —tres hechos que concurren materialmente entre sí—(artículos 12; 19; 29, inciso 3°; 40; 41; 45; 54; 55; 139, inciso 2do. — según ley 11.179—; 146 —según ley 24.410; y 293, párrafo primero y segundo —según ley 20.642—, todos ellos del Código Penal de la Nación; y artículos 398, 399, 400, 403, 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación) [...]

V.- CONDENAR a SUSANA SERAFINA MARCHESE [...], a la pena de SEIS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS, por resultar coautora penalmente responsable del delito de ocultamiento y retención de un menor de diez años, en concurso ideal, con el delito de alteración del estado civil de un menor de diez años, los que a su vez concurren idealmente, con el delito de falsedad ideológica de documentos públicos destinados a acreditar la identidad de las personas (certificado de nacimiento de fecha


MARÍA XIMENA PERICHÓN
SECRETARIA DE CÁMARA



Sala II
Causa Nº CFP 9769/1998/TO1/CFCL
"Lavia, Juan Carlos y otros
s/recurso de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

7/2/1978 a nombre de María Florencia Lavia; acta de nacimiento inscripta el 10/2/1978 en el Registro Civil y Capacidad de las Personas de esta Ciudad, en la Circunscripción 9, Tomo 2A, Número 1166 del año 1978; y Documento Nacional de Identidad Nº 26.435.805 expedido en su oportunidad a nombre de María Florencia Lavia) –tres hechos que concurren materialmente entre sí-; éste último ilícito en carácter de partícipe necesaria (artículos 12; 19; 29, inciso 3º; 40; 41; 45; 54; 55; 139, inciso 2do. – según ley 11.179-; 146 –según ley 24.410; y 293, párrafo primero y segundo –según ley 20.642-, todos ellos del Código Penal de la Nación; y artículos 398, 399, 400, 403, 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación). VI.-CONDENAR a FRANCISCO VICENTE DE LUCA [...], a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES, INHABILITACIÓN ESPECIAL para ejercer la profesión de médico por el mismo tiempo de la condena Y COSTAS, por considerarlo penalmente responsable del delito de falsedad ideológica de documento público destinados a acreditar la identidad de las personas en calidad de coautor respecto del certificado de nacimiento de fecha 7/2/1978 a nombre de María Florencia Lavia, y de partícipe necesario en relación al acta de nacimiento inscripta el 10/2/1978 en el Registro Civil y Capacidad de las Personas de esta Ciudad, en la Circunscripción 9, Tomo 2A, Número 1166 del año 1978 y al Documento Nacional de Identidad Nº 26.435.805 expedido en su oportunidad a nombre de María Florencia Lavia –tres hechos que concurren materialmente entre sí-; en concurso ideal, con ocultamiento y retención de un menor de diez años, que a su vez concurre idealmente, con el delito de alteración del estado civil de un menor de diez años, en referencia a estos dos últimos ilícitos, a título de partícipe necesario (artículos 12; 19; 20, inciso 3º; 29, inciso 3º; 40; 41; 45;

54; 55; 139, inciso 2do. -según ley 11.179-; 146 -según ley 24.410; y 293, párrafo primero y segundo -según ley 20.642-, todos ellos del Código Penal de la Nación; y artículos 398, 399, 400, 403, 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación)" (veredicto de fs. 1308/1310).

2º) Que contra ese pronunciamiento dedujo recurso de casación la defensa particular de Juan Carlos Lavia, Serafina Susana Marchese y Francisco Vicente De Luca (fs. 1314/1331).

3º) Que el remedio casatorio fue concedido por el tribunal oral (fs. 1332/1334 vta.) y mantenido en la instancia (fs. 1338).

-II-

4º) Que, el impugnante sostuvo, en primer término, que la sentencia cuestionada resulta arbitraria.

Consideró, en tal sentido, que los delitos endilgados no se pueden considerar como de lesa humanidad.

Al respecto, estimó que aquella categorización "importa, un aspecto que debe ser abarcado por el dolo de autor" (fs. 1316). De esta manera, entendió que "ni LAVIA ni MARCHESE ni DE LUCA tuvieron la posibilidad cierta de conocer el origen de la niña" (fs. 1317 vta.).

En efecto, concluyó que "el tribunal ha resuelto la cuestión sin fundamentos valederos, con conjeturas carentes de sustento probatorio, con referencias a indicios anfibológicos y a cuestiones de conocimiento público que son tales ahora y no en aquel momento" (fs. 1326 vta.).

En razón de lo expuesto, manifestó que la acción penal se encuentra extinguida y que conforme la calificación legal, "la prescripción no puede ser mayor a doce años" (fs. 1326 vta.).

En este punto, centró su embate en la cuestión referida al momento de consumación de los delitos endilgados. Al respecto, señaló que "tanto Florencia como Juan Carlos


MARÍA XIMENA PERICHON
SECRETARIA DE CÁMARA



Sala II
Causa Nº CFP 9769/1998/TO1/CFC1
"Lavia, Juan Carlos y otros
s/recurso de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

Lavia y también su esposa, están contestes en que cuando la primera cumplió los 21 años de edad, éstos le confesaron la verdad sobre su historia personal [y] a partir de ese momento ella estuvo en condiciones de recuperar su verdadera identidad. Tenía toda la información. No dependía jurídicamente ya del matrimonio LAVIA-MARCHESE, vista su mayoría de edad. Y estaba en condiciones de recurrir al Banco Nacional de Datos Genéticos" (fs. 1327 y vta.).

Consideró que "el delito dejó de consumarse cuando la víctima fue 'liberada', al conocer la verdad. Porque en ese momento dejó de haber 'ocultamiento' y 'retención'" (fs. 1328 vta.).

Asimismo, arguyó que "la situación del matrimonio LAVIA-MARCHESE quedó todo el tiempo expuesta y dependiendo del proceder de terceros. 'Abuelas' (desde 1985) y la propia Florencia (desde 1999) tuvieron en sus manos el desenlace de esta historia, el fin de la incertidumbre. Pero ellos cesaron con su conducta cuando se sinceraron brutalmente con ella" (fs. 1329 vta./1330, énfasis omitido).

En consecuencia, solicitó se declare la extinción de la acción penal.

Sostuvo, de modo subsidiario, que "por aplicación del precepto que consagra la aplicación de la ley penal más benigna, el caso debe resolverse conforme la ley 11179, vigente al momento en que el delito del art. 146 comenzó a ejecutarse" (fs. 1330 vta.).

Aunado a ello, destacó el criterio sostenido por los jueces Belluscio, Vázquez y Zaffaroni en el precedente "Jofré, Teodora".

Por último, solicitó un ajuste en las penas impuestas. En tal caso, señaló que "dado que el mínimo del

concurso real resultante tiene un mínimo de tres años, solicito se imponga esa pena a mis defendidos" (fs. 1331).

Finalmente, formuló reserva del caso federal (art. 14 de la ley 48).

5º) Que a fs. 1341 se pusieron los autos en término de oficina de conformidad con lo previsto en el artículo 466 del CPPN, oportunidad en la que las partes presentaron los correspondientes escritos.

a) En primer lugar, el doctor Alan Iud, en representación de la Asociación Civil "Abuelas de Plaza de Mayo" (fs. 1346/1353), abordó los agravios expuestos por la defensa y se pronunció por su rechazo.

Con respecto al desconocimiento del origen de la niña, señaló que "para calificar la conducta como un crimen de lesa humanidad no requiere acreditar que los imputados sabían fehacientemente que la entonces niña era 'hija de desaparecidos', sino que basta con que conocieran el contexto de 'ataque generalizado y sistemático de la población civil' en el que se desarrollaban su conducta típica y que buscaran sacar provecho de este contexto para cometer el delito" (fs. 1346 vta.).

En cuanto a la pérdida del dominio del hecho, reseñó que "no puede razonablemente alegarse que los imputados lo perdieran por haberle brindado a Florencia cierta información o porque existieran denuncias previas en Abuelas de Plaza de Mayo" (fs. 1351 vta.).

Por último, en torno al agravio referido a la ley aplicable al tipo penal del art. 146 del Código Penal, propició su rechazo en base a jurisprudencia de esta Sala (fs. 1352 vta.).

b) Por otro lado, el señor Fiscal General doctor Raúl Omar Pleé (fs. 1354/1370), al igual que la parte

querellante, retomó los argumentos desplegados por la defensa y solicitó que sean desestimados.

Así, alegó en cuanto a la calificación de los hechos como delitos de lesa humanidad, que "los argumentos expuestos por el Tribunal para fundamentar el rechazo de los planteos formulados por la defensa consistieron en la correcta remisión a la doctrina sentada en los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales internacionales, en los que las cuestiones propuestas ya se han resuelto en sentido contrario al pretendido por el impugnante" (fs. 1355 vta.).

En cuanto al agravio relativo a la ausencia de dolo de la conducta típica, refirió que "no existen dudas respecto a que la práctica sistemática de apropiación de menores, fue una manifestación más del plan de represión ilegal desplegado por la última dictadura militar" (fs. 1361 vta.).

En torno a la ley aplicable a la figura típica del art. 146 del digesto penal, mencionó los distintos precedentes de la Corte Suprema, señaló la autoridad institucional de los fallos del alto tribunal en su carácter de supremo intérprete de la Constitución Nacional y añadió que la defensa "no ha proporcionado nuevas razones o argumentos novedosos que logren conmovier la postura oportunamente sustentada en los fallos del Alto Tribunal o justifiquen su apartamiento de la misma, corresponde el rechazo de sus agravios también en este punto" (fs. 1368 vta.).

6º) Que en la audiencia realizada en la oportunidad prevista por el artículo 468 del CPPN la defensa presentó breves notas (fs. 1377/1378) en las que reeditó los planteos efectuados en el libelo recursivo e hizo reserva de caso federal.

Por su parte, el representante del Ministerio Público Fiscal, también presentó breves notas (fs. 1379/1381), en las que se remitió al escrito presentado durante la etapa prevista en el art. 466 del CPPN. Refirió que "...el accionar desplegado por los imputados en modo alguno puede justificarse en su alegada ingenuidad, máxime cuando, se trata de personas adultas, con estudios profesionales, quienes en el marco de un estado de conmoción interna recibieron una beba a través de un médico militar" (fs. 1379 vta.).

Asimismo, señaló que "...cobra vital importancia el despliegue para obtener los documentos apócrifos necesarios para inscribir a la niña como hija propia en el Registro Civil. En la misma línea, conviene destacar que tampoco se presentó ningún argumento tendiente a aclarar por qué la pareja no optó por una adopción legal" (fs. 1379 vta./1380).

Por último, señaló que "...el instituto de la prescripción no está abarcado por el dolo, de modo que quedan descartados todos los argumentos tendientes a reclamar la prescripción de la acción penal por considerar que los autores no sabían que estaban cometiendo un delito imprescriptible. Una cosa es el tipo penal aplicable (del derecho local) y otra su clasificación como delito de lesa humanidad..." (fs. 1381).

-III-

7º) Que el recurso deducido por la defensa es -en principio- formalmente admisible, pues ha sido introducido por parte habilitada, en legal tiempo y forma, se cuestionó la sentencia definitiva que pone fin al proceso -artículo 457 del CPPN- y los agravios recaen bajo los supuestos de impugnabilidad que prevén los artículos 123 y 456 del mismo cuerpo legal.

Así, el examen de la sentencia debe abordarse a la luz de los parámetros establecidos por la Corte Suprema de


MARIA XIMENA PERICHÓN
SECRETARIA DE CÁMARA



Sala II
Causa Nº CFP 9769/1998/TO1/CFC1
"Lavia, Juan Carlos y otros
s/recurso de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

Justicia de la Nación en Fallos: 328:3399 ("Casal, Matías Eugenio"), que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar o sea, de agotar la revisión de lo revisable (cfr. considerando 5 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt y considerando 12 del voto de la juez Argibay), y de conformidad con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Mohamed vs. República Argentina" (Corte IDH. Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23 noviembre de 2012, Serie C Nº 255, párrafo 162).

Es que, en pos de garantizar la revisión de la sentencia definitiva de conformidad con los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (artículo 75, inc. 22, CN), "el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas" (considerando 34 del fallo del cimero tribunal ya citado).

De otra parte, resulta aplicable la doctrina del alto tribunal en el precedente "Di Nunzio, Beatriz Herminia" (Fallos: 328:1108), según la cual esta cámara está llamada a intervenir "siempre que se invoquen agravios de naturaleza federal que habiliten la competencia de esta Corte, por vía extraordinaria en el ámbito de la justicia penal nacional conforme el ordenamiento procesal vigente, estos deben ser

tratados previamente por la Cámara Nacional de Casación Penal, en su carácter de tribunal intermedio, constituyéndose de esta manera en tribunal superior de la causa para la justicia nacional en materia penal, a los efectos del art. 14 de la ley 48" (considerando 13).

-IV-

8º) Que, de modo liminar, corresponde tratar el agravio que gira en torno al rechazo del planteo de prescripción de la acción penal, derivado de la calificación de los hechos aquí juzgados como crímenes de lesa humanidad.

Esta cuestión ha sido homogéneamente resuelta por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 327:3312; 328:2056), por las cuatro Salas de esta Cámara (cfr. Sala I, causa Nº 7896, caratulada: "Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/recursos de casación e inconstitucionalidad", rta. el 18/05/07, reg. Nº 10488; causa Nº 7758, caratulada: "Simón, Julio Héctor s/recurso de casación", rta. el 15/05/07 y causa Nº 9517, caratulada: "Von Wernich, Christian Federico s/recurso de casación", rta. el 27/03/09, reg. Nº 13516; Sala III, causa Nº 9896, caratulada: "Menéndez, Luciano Benjamín y otros s/recurso de casación", rta. el 25/08/2010, reg. Nº 1253/10; Sala IV, causa Nº 12821, caratulada: "Molina, Gregorio Rafael s/recurso de casación", rta. el 17/02/12, reg. Nº 162/12; y de esta Sala, causa Nº 10431, caratulada: "Losito, Horacio y otros s/ recurso de casación", rta. el 18/04/12, reg. Nº 19853 y causa Nº 12314, caratulada: "Brusa, Víctor Hermes y otros s/ recurso de casación", rta. el 19/5/2012, reg. Nº 19959 y causa Nº 15496, caratulada: "Acosta, Jorge Eduardo s/ recurso de casación", rta. 23/04/14, reg. Nº 630/14; entre otras) y por el derecho penal internacional (cfr. estatutos de los tribunales militares de Nüremberg y para el Lejano Oriente; más tarde los instrumentos constitutivos de los tribunales *ad hoc* de las Naciones Unidas



para la ex Yugoslavia y Ruanda; la regulación 15/2000 de la Administración de Transición de las Naciones Unidas para el Timor Oriental, el Estatuto de la Corte Penal Internacional de Justicia y la jurisprudencia emanada de esos órganos).

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

A su vez, ha sostenido que "las cláusulas de los tratados modernos gozan de la presunción de su operatividad, 'por ser, en su mayoría, claras y completas para su directa aplicación por los Estados partes e individuos sin necesidad de una implementación directa'; 'la modalidad de aceptación expresa mediante adhesión o ratificación convencional no es exclusiva a los efectos de determinar la existencia del *ius cogens*. En la mayoría de los casos, se configura a partir de la aceptación en forma tácita de una práctica determinada'" (Fallos: 318:2148, voto del juez Bossert).

Así también, que "al momento de los hechos, el Estado argentino ya había contribuido a la formación de la costumbre internacional a favor de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad" (Fallos: 318:2148, voto del juez Bossert, considerando 88 y siguientes); y que "de acuerdo con lo expuesto y en el marco de esta evolución del derecho internacional de los derechos humanos, puede decirse que la

Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la Comunidad Internacional" (Fallos: 327:3312, considerandos 30 a 32).

Los antecedentes expuestos permiten concluir, sin hesitación, que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad no deriva de una categorización *ad hoc* y *ex post facto* como parece sugerir la defensa.

De tal suerte, los delitos aquí investigados, abstractamente considerados, encuadran en la categoría de lesa humanidad que apareja las consecuencias apuntadas (cfr. Estatuto constitutivo del Tribunal Militar de Nüremberg, art. 6 c); arts. 3º de las cuatro Convenciones de Ginebra, Ley nº 14.467; Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, art. 5; Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda; Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 7º -ley nº 25.390-).

En definitiva, los antecedentes expuestos conllevan a desestimar los argumentos de la defensa el planteo de prescripción efectuado por la defensa.

-v-

9º) Que, sentado cuanto precede, corresponde abocarse al tratamiento de los agravios que involucran un disenso con la valoración de la prueba y la consecuente atribución de responsabilidades efectuada en la instancia anterior.

Al respecto, se tiene presente que nuestro digesto rituario ha adoptado el sistema de la sana crítica racional - artículo 398, 2º párrafo-, que amalgamado a la exigencia constitucional de fundamentación de las sentencias, requiere que se expresen los elementos de prueba a partir de los cuales se arriba a una determinada conclusión fáctica y "la

MARIA XIMENA PERICHON
SECRETARIA DE CÁMARA



Sala II
Causa Nº CFP 9769/1998/TOI/CFC1
"Lavia, Juan Carlos y otros
s/recurso de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

explicación del porqué de la conclusión, siguiendo las leyes del pensamiento humano (principios lógicos de igualdad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente), de la experiencia y de la psicología común" (cfr. Maier, Julio B.J., "Derecho Procesal Penal", 2ª.ed., 3ª reimp., Editores del Puerto, 2004, Tomo I, Buenos Aires, p. 482).

En este sentido, el supremo tribunal nacional ha destacado: "La doctrina rechaza en la actualidad la pretensión de que pueda ser válida ante el derecho internacional de los Derechos Humanos una sentencia que se funde en la llamada libre o íntima convicción, en la medida en que por tal se entienda un juicio subjetivo de valor que no se fundamente racionalmente y respecto del cual no se pueda seguir (y consiguientemente criticar) el curso de razonamiento que lleva a la conclusión de que un hecho se ha producido o no se ha desarrollado de una u otra manera. Por consiguiente, se exige como requisito de la racionalidad de la sentencia, para que ésta se halle fundada, que sea reconocible el razonamiento del juez. Por ello se le impone que proceda conforme a la sana crítica, que no es más que la aplicación de un método racional en la reconstrucción de un hecho pasado" (Fallos: 328:3398, considerando 29).

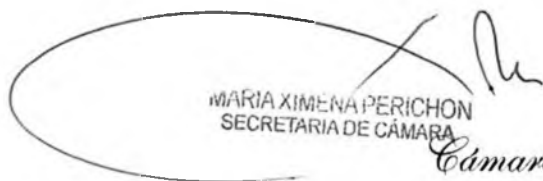
También enfatizó el cimero órgano que: "la regla de la sana crítica se viola cuando directamente el juez no la aplica en la fundamentación de la sentencia. Puede decirse que en este caso, la sentencia carece de fundamento y, por ende, esta es una grosera violación a la regla que debe ser valorada, indefectiblemente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

hay un acto arbitrario de poder" (considerando 31).

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

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

El principio de razón suficiente implica que las afirmaciones a las que llega una sentencia deben derivar necesariamente de los elementos de prueba que se han invocado en su sustento. Son pautas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia (cfr.


MARÍA XIMENA PERICHON
SECRETARIA DE CÁMARA



Sala II
Causa Nº CFP 9769/1998/TO1/CFC1
"Lavia, Juan Carlos y otros
s/recurso de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

esta sala en causa nº 3714, caratulada: "Di Fortuna, Juan Marcelo s/ recurso de casación", rta. el 20/5/02, reg. nº 4923).

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

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

Sabido es que la declaración de certeza de culpabilidad puede basarse tanto en las llamadas pruebas directas como en las indirectas, siempre que éstas consistan en indicios que en su conjunto resulten unívocos y no anfibológicos, porque son los primeros los que en definitiva tienen aptitud lógica para sustentar una conclusión cierta.

La eficacia probatoria de la prueba indiciaria dependerá, en primer lugar, de que el hecho constitutivo del indicio esté fehaciente acreditado; en segundo término, del grado de veracidad, objetivamente comprobable, en la enunciación general con la cual se lo relaciona con aquél; y, por último, de la corrección lógica del enlace entre ambos términos (Cafferata Nores, José I., "La prueba en el proceso

penal. Con especial referencia a la ley n° 23.984", 4ª edición, Depalma, Buenos Aires, 2001, pág. 190).

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

Sentado ello, debe atenderse a que el remedio casatorio interpuesto se ha alzado sobre la verosimilitud de algunas de las declaraciones testimoniales, de modo que la elucidación de los planteos remite a evaluar si la decisión que se ataca es producto de un razonamiento lógico-deductivo, con correlato en el conjunto de pruebas o indicios surgidos del debate.

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

Asimismo puntualizó que "[e]n la especie, la manera clandestina en que se encaró la represión, la deliberada destrucción de documentos y de huellas, el anonimato en que procuraron escudarse sus autores, avala el aserto" y que:


MARÍA XIMENA PERICHON
SECRETARIA DE CÁMARA



Sala II
Causa Nº CFP 9769/1998/T01/CFCI
"Lavia, Juan Carlos y otros
s/recurso de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

"[n]o debe extrañar, entonces, que la mayoría de quienes actuaron como órganos de prueba revistan la calidad de parientes o de víctimas. Son testigos necesarios" (cfr. Sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Tomo I, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1987, Segunda ed., pág. 294)".

Por su parte, la doctrina ha afirmado que: "...la más fuerte garantía de la estabilidad del testimonio es su perfecta concordancia con los resultados que las demás pruebas suministran. Si el testigo es convencido de mentira o error acerca de un punto de hecho, el juez no puede dejar de concebir desconfianza y dudas sobre su buena voluntad o sobre sus facultades de observación; pero, al contrario, su convicción se aumenta cuando ve confirmado y corroborado el testimonio por todas las demás pruebas descubiertas en la causa" (Mittermaier, Karl Joseph Antón, "Tratado de la prueba en materia criminal", Hammurabi, 1ª edición, Buenos Aires, 2006, pág. 310/11).

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

En lo atingente a la valoración de la prueba testimonial prestada por quien además aparece como víctima de un delito, se ha dicho que "una vez introducido como tal en un proceso concreto, es claro que su apreciación requiere dos juicios. Uno primero -externo- sobre el hablante; otro sobre lo hablado. Esto último, a su vez, ha de examinarse en dos

planos: en sí mismo, como discurso, para evaluar su grado de consistencia interna; y desde el punto de vista de la información que contenga, que ha de ponerse en relación con la obtenida a partir de otros medios probatorios. Así la práctica de la testifical se articula en tres tramos; el de la audición del declarante; el de la determinación del crédito que como tal pudiera o no merecer; y el que tendría por objeto evaluar si lo narrado es o no cierto". Asimismo, que "[n]o hay duda de que el segundo momento es el de mayor dificultad. En efecto, pues en él se trata de calibrar la sinceridad del deponente, es decir, de saber si cuenta realmente lo que cree que presencié. Para ello habrá que estar a las particularidades de la declaración, al modo de prestarla, a la existencia o no de motivos -interés- para desfigurar u ocultar la verdad, a la coherencia de la actual con anteriores manifestaciones recogidas en la causa" (Ibáñez, Perfecto Andrés, "Prueba y convicción judicial en el proceso penal", Editorial Hammurabi, Bs. As., 2009, pág. 113/114).

10º) Que, en relación con los hechos por los cuales se juzgó a los aquí imputados, en la sentencia condenatoria se asentó que "Florenxia Laura Reinhold Siver -menor de diez años al momento de los hechos que seguidamente se precisarán-, luego de ser previamente sustraída de sus progenitores, Susana Siver y Marcelo Reinhold (ambos declarados ausentes por desaparición forzada por parte de la justicia en los legajos CONADEP nº 3528 Y 3529), fue entregada por el Capitán de Fragata del Cuerpo Profesional Médico de la Armada Argentina, Aldo Clemente Chiappe -en ese entonces Teniente de Navío-, a Juan Carlos Lavia y Susana Serafina Marchese, quienes, con el médico Francisco Vicente De Luca, la ocultaron y retuvieron, a través de la supresión de su estado civil, por lo menos desde el día 7 de febrero de 1978, hasta el 1º de agosto de 2011, fecha en la cual se notificó oficialmente el resultado del

MARIA XIMENA PERICHON
SECRETARIA DE CÁMARA



Sala II
Causa Nº CFP 9769/1998/T01/CFC1
"Lavia, Juan Carlos y otros
s/recurso de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

examen realizado por los profesionales del Banco Nacional de Datos Genéticos del Hospital Durand, en el cual se reveló su verdadera identidad" (fs. 1271 vta.).

Seguidamente, detalló el tribunal de juicio que "el día 10 de febrero de 1978, fue la fecha en la cual se inscribió falsamente a la víctima bajo el nombre de María Florencia Lavia por acta de nacimiento inscripta en la circunscripción 9ª, tomo 2º A, número 1166, año 1978 del Registro del Estado Civil de la Ciudad de Buenos Aires; y el documento nacional de identidad nº 26.435.805; utilizando para ello, el acta de constatación o certificado de nacimiento falso labrado por el médico Francisco Vicente de Luca, en la que se certificó el nacimiento de la niña como acaecido el 7 de febrero de 1978 (cf. fs. 344/5 y 346), en el domicilio de la calle Honduras 4059 de esta Ciudad" (*ibidem*).

Por otra parte, consideró que "Juan Carlos Lavia y Susana Serafina Marchese actuaron conjunta y sucesivamente; por un lado, fue Lavia quien declaró el nacimiento de la niña, suscribió la partida de nacimiento y, luego, la inscribió en el registro, haciendo insertar, de este modo declaraciones falsas en ese instrumento público; y por su parte, Susana Marchese consintió que se lo anotara como hija biológica, nacida de parto natural, como fruto del matrimonio con su consorte de causa" (fs. 1272).

Continuó afirmando que "se encuentra ciertamente probado que, el accionar ilícito descripto [...] por parte de los nombrados, no podría haberse concretado sin el aporte necesario de Francisco Vicente de Luca". Así, el tribunal señaló que "ha quedado fehacientemente corroborado que todo el *iter criminis* descripto anteriormente, se perfeccionó a través de la falsedad ideológica del certificado de constatación de nacimiento del Registro de las Personas de la Provincia de

Buenos Aires [...], del acta de nacimiento [...] y del D.N.I." (*ibidem*).

11º) Que la reconstrucción histórica de estos sucesos se erigió a partir de la prueba testimonial, pericial y documental producida durante el debate y valorada razonadamente en el instrumento sentencial.

En efecto, mediante los testimonios prestados durante el juicio y reseñados en la sentencia, el tribunal acreditó la detención -ilegal- de Marcelo Reinhold y Susana Siver por miembros de la policía y que Susana estaba cursando un embarazo al tiempo de ser privada de su libertad y su permanencia en el centro clandestino de detención ESMA (fs. 1234 y 1240).

En esta dirección, Adriana Luisa Reinhold y Augusto Reinhold, hermanos de Marcelo, recordaron las circunstancias del secuestro de Susana Siver, en la que intervino personal policial y militar, que actuaron con violencia y que los interrogaban sobre Marcelo. También, respecto de su hermano, ambos señalaron que fue detenido en la vía pública ese mismo día (fs. 1233 vta./1241).

Así también, la permanencia de Susana Siver -en estado de gravidez- en el centro clandestino se corroboró, en la sentencia, con los testimonios brindados durante el debate por otras personas que afirmaron haber permanecido detenidas en la ESMA. Entre ellos, Sara Solarz De Osatinsky, Lila Pastoriza, Ana María Martí, Beatriz Elisa Tokar, María Alicia Milla De Pirles (fs. 1248/1250 vta.)

En sus relatos, refirieron que vieron a Susana Siver durante su cautiverio y recordaron enterarse que el día 15 de enero de 1978, trasladaron a Siver al Hospital Naval de La Plata y que volvió con un bebé en sus brazos. Indicaron, a su vez, que tiempo después no vieron más ni a Susana ni a su hija (*ibidem*).

Al respecto, María Alicia Milla De Pirles afirmó en su testifical que "...cuando Susana comienza con el trabajo de parto, se dieron cuenta que iba a ser necesario una cesárea y esa fue la razón por la cual se la habían llevado al Hospital Naval. Allí Susana tiene a su niña..." (fs. 1250).

Así también, se tuvo por acreditado que el nacimiento de la niña se produjo en el Hospital Naval de Buenos Aires en enero de 1978 y que, el día 7 de febrero de ese año fue entregada por el médico de la Armada Argentina, Aldo Clemente Chiappe, a Juan Carlos Lavia y Susana Serafina Marchese (fs. 1274 vta./1275).

Así, en lo que respecta a los hechos materia de análisis en la sentencia se tuvo por acreditado que Florencia Laura Reinhold Siver, resulta ser hija de Marcelo Reinhold y Susana Siver, declarados ausentes por desaparición forzada por parte de la justicia.

En efecto, ello surge del estudio de ADN, realizado por los profesionales del Banco de Datos Genéticos del Hospital Durand de esta ciudad, cuyas copias obran a fs. 305/314.

Asimismo, el tribunal destacó que "la niña fue entregada por un profesional médico de la Armada Argentina, el Teniente de Navío Aldo Clemente Chiappe, quien integraba una de las fuerzas que gobernaba autoritariamente en el país y, a su vez, cumplía funciones en la Escuela de Mecánica de la Armada" (fs. 1266 y vta.).

La judicatura remarcó que "Aldo Clemente Chiappe, al momento de los hechos, era, además de médico, un militar comprometido con la lucha antisubversiva y con las actividades que se desarrollaban en tal período y con su actuación dentro de la Escuela de Mecánica de la Armada" (fs. 1284 vta.)

Los sentenciantes valoraron la prueba documental que da cuenta de que Chiappe, al tiempo del hecho, pertenecía a la Marina, revestía el grado de Teniente de Navío. Estas circunstancias se desprenden de los legajos de servicios y conceptos que obran a fs. 74 y que fueron valorados por el tribunal en la sentencia (fs. 1284).

Al respecto, el tribunal refirió que "...desde el día 3 de mayo, hasta el día 6 de marzo de 1978; su destino de trabajo fue la Escuela de Mecánica de la Armada y, en ese entonces, era Teniente de Navío del Cuerpo Profesional Médico" (fs. 1283 vta./1284).

También se tuvo en cuenta lo reseñado por el testigo Santiago Colomer, quien recordó que, en ocasión de un incidente en la casa de Aldo Chiappe, éste "...declaró su participación activa como represor dentro de las Fuerzas Armadas, [que] luego de eso lo internaron en un neuropsiquiátrico de Belgrano [y que] su estado se debía a los hechos que él había realizado [en] la Escuela de Mecánica de la Armada..." (fs. 1243 y vta.).

12º) Que, corresponde ahora adentrarnos en la participación de los imputados en los sucesos juzgados.

Así, corresponde mencionar que ha quedado demostrada la estrecha vinculación que mediaba entre Juan Carlos Lavia y Aldo Chiappe, el conocimiento de Lavia sobre la calidad funcional del nombrado y la sustracción de la niña; como así también el ofrecimiento de Chiappe de darle un niño a la pareja y las circunstancias que rodearon la entrega de la niña, con los extremos probatorios reseñados.

Asimismo, el tribunal valoró el testimonio brindado por Carlos Gesualdo, quien refirió en su testimonial que Lavia y Chiappe "...trabajaban juntos [en la clínica de la UOM], si operaban lo hacían juntos [...] dentro de la guardia, Chiappe


MARIA XIMENA PERICHON
SECRETARIA DE CÁMARA



Sala II
Causa Nº CFP 9769/1998/TO1/CFC1
"Lavia, Juan Carlos y otros
s/recurso de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

debió ser el asistente de cirugía y trabajaba bajo la órbita de Lavia" (fs. 1247).

De esta manera, la judicatura tuvo por acreditada la relación que unió a Chiappe con Lavia, en base a los testimonios y documental señalados.

Que, asimismo, el tribunal tuvo en consideración las conductas desplegadas por Lavia y Marchese en orden a perpetuar las ilicitudes -entre ellas, la falsificación de los documentos de identidad, la espuria inscripción y su anotación con datos falsos-, conforman un acervo suficientemente demostrativo de que los hechos de los que fue víctima la niña ocurrieron y fueron posibles en el marco del ataque cívico-militar, generalizado y sistemático, desplegado durante el último gobierno de facto, contra un sector de la población.

Ante estas circunstancias pierde virtualidad el argumento de la defensa vinculado con la ausencia de relación con la "militancia política" y con los "estamentos de las fuerzas de seguridad" del matrimonio Lavia-Marchese y del médico De Luca.

En efecto, el tribunal remarcó que "la situación en la que los causantes recibieron a la niña, Florencia Laura, también era irregular, y sin embargo, la inscribieron como hija biológica y nacida de parto natural, ocultando y reteniéndola a través de la supresión de su identidad y falsedades instrumentales de los documentos públicos pertinentes que acreditan el vínculo paterno filial de una persona recién nacida, considerando que "esta era la mejor manera de adoptar" (*ibidem*).

Asimismo, señalaron los magistrados que "...el haberse empeñado Serafina Susana Marchese y Juan Carlos Lavia en obtener un certificado de nacimiento apócrifo y demás documentos públicos tendientes a acreditar el nacimiento de la

niña, es un dato que permite corroborar que aquellos sabían que la niña no provenía del abandono voluntario de sus padres o de una organización estatal legítima" (fs. 1285).

El tribunal refirió que "quedó acreditado en el juicio y hasta los propios acusados reconocieron haber hecho insertar los datos de identidad de Serafina Susana Marchese y Juan Carlos Lavia en el certificado de nacimiento de fecha 7 de febrero de 1978, en donde se consignó falsamente no solamente el supuesto nacimiento, sino además el día falso, también la hora y que se produjo en el domicilio de Honduras 4970, 2º piso de esta ciudad" (fs. 1298 vta.).

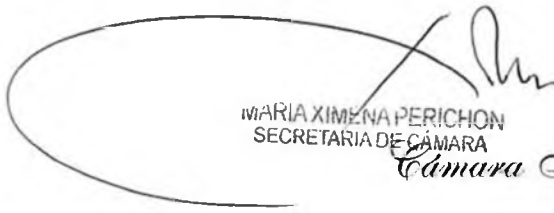
En efecto, así se desprende del acta del registro de las personas que luce a fs. 344, en donde se encuentran los datos apócrifos señalados, con la firma de Juan Carlos Lavia.

Asimismo, el referido *iter criminis* se perfeccionó con el aporte de Francisco Vicente De Luca, quien cooperó -insertando datos falsos- con la inscripción del acta de nacimiento y documento nacional de identidad de la niña Florencia Laura.

En torno a De Luca, señalaron los magistrados que "...el día 10 de febrero de 1978, fue la fecha en la que se inscribió falsamente a la víctima bajo el nombre de María Florencia Lavia [...] utilizando para ello, el acta de constatación de nacimiento falso labrado por el médico Francisco Vicente De Luca, en la que se certificó el nacimiento de la niña como acaecido el 7 de febrero de 1978..." (fs. 1271 vta.).

En efecto, remarcaron los magistrados que "...se encuentra ciertamente probado que, el accionar ilícito descripto [...] no podría haberse concretado sin el aporte necesario de Francisco Vicente De Luca" (fs. 1272).

Asimismo, que "...arbitró, conjuntamente con Juan Carlos Lavia, el aporte causal que se lo inscribiera


MARÍA XIMENA PERICHON
SECRETARIA DE CÁMARA



Sala II
Causa Nº CFP 9769/1998/TO1/CFC1
"Lavia, Juan Carlos y otros
s/recurso de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

falsamente, confeccionando el certificado de nacimiento de Florencia Laura apócrifo" (fs. 1286).

De esta manera, se señaló el aporte fundamental del médico De Luca, en la suscripción del certificado de nacimiento que obra a fs. 346 y vta., en donde surgen los datos falsos insertados por Lavia y De Luca.

En suma, sostuvo el tribunal que "...los imputados Juan Carlos Lavia, Susana Marchese y Francisco Vicente De Luca alteraron el estado civil y la identidad de Florencia Laura Reinhold, para poder ocultarla y retenerla" (*ibidem*).

En efecto, el ocultamiento perpetrado por los imputados se desarrolló por lo menos, desde el 7 de febrero de 1978 al 1º de agosto de 2011, fecha en la que Florencia Laura recuperó su verdadera identidad, mediante un examen de ADN efectuado por el Banco Nacional de Datos Genéticos del Hospital Durand de esta ciudad, tal como se mencionó precedentemente.

Asimismo, se verificaron los extremos por los que se tuvo por acreditada la participación de los imputados en la confección, firma e inscripción de los documentos tendientes a identificar a la niña con datos falsos y la consecuente alteración del estado civil de la víctima.

13º) a) Que, en torno a la calificación legal, el tribunal subsumió la conducta de los imputados en torno a las previsiones de los arts. 146, 139 inc. 2º y 293 del CP.

En efecto, señalaron los magistrados que "la conducta [de ocultamiento y retención] desplegada por los encausados, encuadra definitivamente en el tipo penal del artículo 146 del Código Penal..." (fs. 1289 vta.).

De esta manera, destacaron que "...las conductas perpetradas por los encausados, facilitadas por la sustracción previa activada por el aparato organizador de poder, se han

complementado de modo tal que lesionaron los diversos intereses en juego, amparados por la norma penal antepuesta al tipo en análisis..." (fs. 1292 vta.).

Al respecto, concluyó el tribunal que "...la niña fue ocultada a través de una multiplicidad de actos de distinta naturaleza, y que dificultaron su identificación" (fs. 1293).

De esta manera, los diversos actos se continuaron en el tiempo, desde el día de la entrega de la niña en el mes de febrero de 1978, con la consecuente inscripción en el registro, hasta el momento en que Florencia Laura conoce los resultados de la prueba de ADN, tal como se referenció, el 1º de agosto de 2011.

Así, señalaron los magistrados que, Juan Carlos Lavia y Susana Serafina Marchese "...en orden al ocultamiento y retención y a la supresión de la identidad, debe ser analizada bajo los parámetros de la co-autoría funcional y sucesiva [...] en su esfera de actuación, poseían el dominio final de los hechos; es decir, tenía[n] poder de decisión sobre éstos y lo concretaron de propia mano" (fs. 1287).

En efecto, se detalló que "...Juan Carlos Lavia fue quien declaró el nacimiento de la niña en el Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires, suscribió la partida de nacimiento y, luego, la inscribió en el registro, haciendo insertar, de este modo, declaraciones falsas en ese instrumento público [...] por su parte, Susana Serafina Marchese consintió que se la anotara como hija biológica, nacida de parto natural, como fruto del matrimonio con su consorte de causa..." (fs. 1287 vta.)

Por otra parte, quedó asentado en la sentencia que "...en referencia a la falsedad ideológica de instrumentos públicos destinados a acreditar la identidad de las personas [...] Juan Carlos Lavia debe responder en carácter de co-autor [...] sin embargo, a Susana Serafina Marchese se le debe

Cámara Federal de Casación Penal

reprochar este delito a título de partícipe primaria, ya que la nombrada efectuó un aporte necesario posterior a la maniobra ilícita indicada [...] al prestar su conformidad para la inserción de sus datos en esos documentos apócrifos" (fs. 1288 y vta.).

Respecto a Francisco Vicente De Luca, señaló el tribunal que "...deberá responder en calidad de co-autor en relación a la falsedad ideológica del certificado de nacimiento de fecha 7 de febrero de 1978, toda vez que lo confeccionó junto con Lavia; y como partícipe primario en el ocultamiento y retención de la víctima [...], la supresión de la identidad y la falsedad ideológica del acta de nacimiento y el documento nacional de identidad..." (fs. 1288 vta.).

b) Cabe ahora analizar la ley aplicable al caso en cuanto a las conductas de retención y ocultamiento imputadas.

La discusión planteada en este punto se circunscribe a la determinación de la normativa en juego, teniendo en cuenta que durante la ejecución del delito se sucedieron dos leyes modificatorias del artículo 146 del CP: la nº 11179 (BO 16.1.1985) y la nº 24410 (BO 2.1.1995).

De tal suerte, la conducta endilgada a los imputados queda comprendida tanto en la redacción según la ley nº 11179, como en aquella conforme a la ley nº 24410 que agravó la escala penal aplicable, aumentando su mínimo a cinco años de prisión y su máximo a quince.

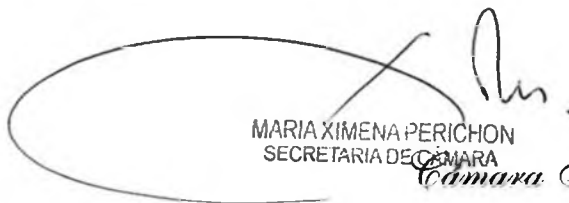
Cabe apuntar que la cuestión relativa a cuál es la ley aplicable ha sido zanjada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en casos sustancialmente análogos al presente. Entre ellos: Fallos: 327:3279 ("Jofré") y 327:3274 ("Gómez") - votos conjuntos de los jueces Petracchi, Fayt y Maqueda, votos concurrentes del juez Boggiano- y 330:2434 ("Rei") -voto

conjunto de los jueces Petracchi, Fayt, Maqueda y Highton de Nolasco-.

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

En esa oportunidad el tribunal descartó que la aplicación de la ley en su nueva letra conlleve la vulneración del artículo 2 del CP. Al respecto se dijo que en el caso de los delitos permanentes "[n]o nos encontramos en la hipótesis del artículo 2 del Código Penal, que plantea únicamente el supuesto de un cambio de leyes entre el tiempo de comisión del delito y el de la condena o, eventualmente, el intermedio. Ni tampoco en los del artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni del artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues en estos instrumentos se habla del 'momento de la comisión del delito, pero nada dicen si este momento se prolonga y rigen dos leyes distintas' (*ibidem*).

Asimismo se afirmó que la conducta de retención y ocultamiento prevista en el artículo 146 del CP es "un delito continuo e indivisible jurídicamente, y que durante su lapso de consumación rigieron dos leyes, ambas plenamente vigentes -



MARIA XIMENA PERICHON
SECRETARIA DE CÁMARA



Cámara Federal de Casación Penal

sin que sea éste un caso de ultra actividad o retroactividad de alguna de ellas- en base al principio general del artículo 3 del Código Civil (*tempus regit actum*). Por lo tanto, no se trata de un caso de sucesión de leyes penales (hipótesis del artículo 2 del C. Penal, donde se debe aplicar la más benigna), sino de un supuesto de coexistencia teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de los delitos permanentes" (*ibidem*).

De otra parte, se estableció que "si hubiera consumado el delito con anterioridad, le hubiera correspondido la pena más benigna; como lo siguió cometiendo -siempre según la imputación- después de la vigencia de la ley 24410, le corresponderá una pena mayor. Este agravamiento de su posición tiene como base, según ya lo hemos dicho, su voluntad de seguir delinquiendo, al prolongar la consumación del hecho ilícito. Es decir, que la solución que propiciamos resulta acorde con el principio de culpabilidad y, desde otra óptica, no hiere el de igualdad (artículo 16 de la Constitución Nacional) puesto que no puede equipararse la situación de quien cesó de cometer el delito, una vez que la conminación penal se tornó más severa, con la de quien lo continuó cometiendo a pesar de ello" (*ibidem*).

En esta misma dirección, en el precedente de Fallos: 330:2434 se apuntó que "las figuras de retención y ocultamiento de un menor de diez años integran la categoría de delitos permanentes, en los que la actividad consumativa no cesa al perfeccionarse el delito, sino que perdura en el tiempo, por lo que éste continúa consumándose hasta que culmina la situación antijurídica. Frente a estos hechos, la reforma de la ley nº 24410 no introduce uno de los supuestos contemplados en el artículo 2 del Código Penal (que plantea únicamente la hipótesis de un cambio de leyes entre el tiempo

de comisión del delito y de la condena o, eventualmente, el intermedio), sino que su aplicación al caso debe resolverse según la regla general del artículo 3 del Código Civil (*tempus regit actum*) en virtud de la cual el delito (en este caso, que aún se está cometiendo) debe regirse por las normas vigentes”.

Este mismo criterio, *mutatis mutandi*, fue sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al entender que el delito de desaparición forzada de personas, “por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el derecho penal interno, si se mantiene la conducta delictiva, la nueva ley resulta aplicable” sin infracción al principio de legalidad consagrado en el artículo 9º de la CADH (cfr. Corte IDH, “Tiu Tojín vs. Guatemala”, sent. del 26/11/2008, Serie C, n° 190, § 87).

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

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

Cámara Federal de Casación Penal

Esta doctrina fue sostenida por esta cámara, en los precedentes de esta sala "Alonso, Omar y otro s/ recurso de casación" (*supra cit.*) y causa Nº 765/13 "Lugones, Inés Graciela y otros s/ recurso de casación" (reg. 1651/15, rta. 13/10/15); entre otras.

En virtud de lo hasta aquí desarrollado, puede afirmarse que si, por definición, el delito permanente es aquel que presupone que el agente mantiene voluntariamente la ejecución de una acción iniciada antes, y de ese modo la continuación de la consumación es producto no del efecto permanente de un delito instantáneo, sino de la permanencia de la acción (Fontán Balestra, Carlos, "Tratado de Derecho Penal", 1ª Ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, tomo I, pág. 482; Soler, Sebastián, "Derecho Penal Argentino, Parte General", 4ª Ed., TEA, Buenos Aires, 1970, tomo II, pág. 154), entonces debe aplicarse la ley vigente al momento del cese de la conducta.

En el *sub examine*, tal como se desprende del peritaje -estudio de ADN cuyas copias obran a fs. 305/314-, ello fue cuando la víctima conoció su verdadera identidad, esto es el 1º de agosto de 2011, cuando fue notificada del resultado del examen de ADN que determinó su vínculo biológico.

A este respecto, el juez Slokar se remite, *mutatis mutandi*, a las consideraciones formuladas en su voto en la causa "Alonso", ya citada.

14º) Que, cabe señalar ahora que las características de generalidad o sistematicidad que caracterizan la tipología del crimen contra la humanidad, no se vinculan a los tipos penales en particular sino al contexto en el que tienen ocurrencia. De ahí que, a estas alturas, es aceptado el

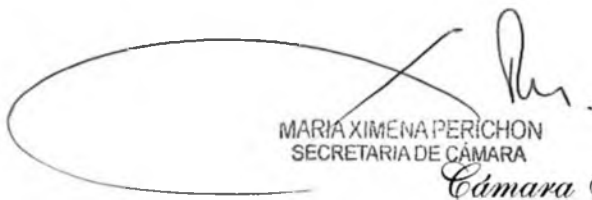
carácter no taxativo de la enunciación que efectúan los instrumentos internacionales que a ellos hacen alusión.

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

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

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

Ello, en tanto fueron cometidos en el marco de un ataque generalizado contra la población y "por un medio particularmente deleznable cual es el aprovechamiento clandestino del aparato estatal. Ese modo de comisión favoreció la impunidad, supuso extender el daño directamente causado a las víctimas, a sus familiares y allegados,


MARÍA XIMENA PERICHÓN
SECRETARIA DE CÁMARA



Sala II
Causa Nº CFP 9769/1998/T01/CFC1
"Lavia, Juan Carlos y otros
s/recurso de casación"

Cámara Federal de Casación Penal

totalmente ajenos a las actividades que se atribuían e importó un grave menoscabo al orden jurídico y a las instituciones creadas por él" (cfr. Fallos: 309:33).

De esta manera, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 5 señaló "que se tenía certeza, ya que fue publicado por decreto que, este régimen de facto, que detentaba ilegalmente el poder constitucional en la República Argentina, había promovido un plan de lucha contra la subversión y que en los medios de comunicación de la época se publicaban noticias sobre enfrentamientos y personas abatidas diariamente por la razón expuesta" (fs. 1266).

En este sentido cabe apuntar que a estas alturas es también un hecho notorio que el ataque desplegado por personal de las fuerzas armadas involucró la comisión de una amplia gama de ilícitos, entre ellos y a modo enunciativo, delitos contra la vida, contra la libertad, contra la identidad y propiedad, muchos de los cuales contaron con el concurso y fueron aprovechados, instigados o materialmente perpetrados por agentes de la sociedad civil.

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

-VI-

15º) Que en lo atinente a la individualización de las penas impuestas, no se advierten ni el recurrente, en su escueto planteo, ha demostrado vicios que ameriten su modificación en esta instancia.

En particular, el órgano jurisdiccional tuvo en consideración "los sucesos principales de la sustanciación de este juicio resultan de gravedad, pues ostentan la naturaleza de crímenes contra la humanidad" (fs. 1303), circunstancia que fue cuestionada por la defensa, en el entendimiento de que se había efectuado una doble desvaloración de ese aspecto, al

utilizar los elementos analizados en el tipo penal aplicable al momento de disponer la pena.

En casos como el *sub examine*, no puede soslayarse que la gravedad del hecho y la dimensión de un acontecimiento que genera una multiplicidad de víctimas en un inaceptable crimen contra la humanidad conlleva un específico rasgo, destacado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Gualtieri" (Fallos: 332:1769), al señalar que "es claro que [este] incalificable crimen contra la humanidad [...] es de naturaleza pluriofensiva y, por ende, reconoce una pluralidad de sujetos pasivos, uno de los cuales es la víctima secuestrada, pero otros son los deudos de las personas eliminadas y parientes biológicos de la víctima sobreviviente. Su condición de sujetos pasivos es incuestionable en el plano jurídico nacional e internacional, pero más aún lo es en el de la realidad del mundo. Se trata de personas a las que se les ha desmembrado la familia, que han visto todos sus proyectos arrasados por la barbarie, son padres que perdieron a sus hijos, hermanos que perdieron a sus hermanos, cónyuges que perdieron a sus cónyuges, desaparecidos para siempre en las brumas de campos de concentración y exterminio, en muchos casos sin saber jamás el día de su muerte, sus circunstancias, privados incluso de los restos mortales, de una posibilidad más o menos normal de elaborar el duelo".

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

En este punto no cabe perder de vista que la conducta atribuida a los encartados implica la vulneración de la identidad de una niña y, también, de su grupo familiar, lo que determinó que se imposibilitara cualquier contacto entre ella y sus familiares que intensamente la buscaban, lo cual fue implementado mediante una práctica sistemática y generalizada de sustracción, retención y ocultamiento de menores de edad en ocasión del secuestro, cautiverio, desaparición o muerte de sus progenitores por su presunta filiación política o ideológica, en el marco de un ataque generalizado y sistemático contra la población.

Es decir, no debe soslayarse que los hechos juzgados en la presente han sucedido en un marco de ejecución "en forma generalizada y por un medio particularmente deleznable cual es el aprovechamiento clandestino del aparato estatal. Ese modo de comisión favoreció la impunidad, supuso extender el daño directamente causado a las víctimas, a sus familiares y allegados, totalmente ajenos a las actividades que se atribuían e importó un grave menoscabo al orden jurídico y a las instituciones creadas por él" (cfr. Fallos: 309:33).

En efecto, los magistrados señalaron con relación a Juan Carlos Lavia y Susana Serafina Marchese, que "dadas las especiales características del delito previsto y reprimido por el artículo 146 del Código Penal, debe considerarse el más que evidente daño psicológico causado a la víctima a través del ocultamiento y situación de mentira generada para ocupar un rol que, obviamente a los sujetos activos, no les incumbía. Además del daño ocasionado a sus familiares legítimos" (fs. 1305 vta.).

Así también, remarcaron que "debe tenerse en cuenta que a Florencia Laura Reinhold Siver, sus apropiadores le dieron diferentes versiones sobre su verdadera identidad y

origen, siendo todas falsas, lo que le produjo un estado de incertidumbre y angustia acerca de su persona, sobre quien era en realidad" (fs. 1305 vta./1306).

En cuanto a Francisco Vicente De Luca, sostuvo el tribunal que "...se le imputa en carácter de coautor la falsedad ideológica de la partida de nacimiento, pero todos los demás ilícitos se le adjudican en calidad de cómplice primario" (fs. 1305 vta.).

A su vez, el sentenciante valoró como agravante que los imputados "tienen formación educativa, habiendo alcanzado en todos los casos el nivel superior y siendo en ese momento profesionales en materia de salud y docencia" (fs. 1306 vta.).

También entendió, que "como atenuantes de la sanción punitiva cabe señalar que los tres imputados carecen de antecedentes penales computables" (fs. 1306 vta./1307). Asimismo, el órgano jurisdiccional valoró que "en cuanto al matrimonio Lavia-Marchese resulta destacable que, según los dichos de la propia víctima, le brindaron afecto y contención en su crianza y educación (fs. 1307).

Finalmente, se destacó en la sentencia "que han incorporado en sus respectivas declaraciones indagatorias un elemento relevante en esta investigación que es la participación en los hechos de Aldo Clemente Chiappe" (*ibidem*).

En este orden de ideas, no se advierte un supuesto de arbitrariedad en la cuantificación punitiva (Fallos: 315:1658; 320:1463), ya que la mera denuncia sobre una falta de fundamentación de la sentencia en el monto de la sanción impuesta dentro de la escala penal aplicable, por cuanto -como bien se conoce- el desacuerdo no es sinónimo de arbitrariedad (Fallos: 302:284; 304:415 y esta sala *in re* "Sibilla, Alberto J. s/recurso de casación", causa n° 8568, reg. n° 19554, rta.



Cámara Federal de Casación Penal

13/12/11, y "Gallardo, Pablo César s/recurso de casación", reg. 438/15, rta. 17/4/15).

En consecuencia, en la medida en que las sanciones dispuestas se ajustan a los topes previstos por la ley sustantiva (art. 54 del CP), habiéndose precisado con arreglo a las pautas de los arts. 40 y 41 del código de fondo cuáles son las razones que han concurrido a su gradación, sin observarse ni haberse demostrado un supuesto de arbitrariedad, corresponde en esta instancia su confirmación.

Por las razones expuestas, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa particular de Juan Carlos Lavia, Susana Serafina Marchese y Francisco Vicente de Luca, con costas (artículos 470 y 471, *a contrario sensu*, y 530 y cc del CPPN).

Así votan.

La señora juez **doctora Angela E. Ledesma** dijo:

Tal como han sido contestados los agravios introducidos por la defensa en el voto conjunto de los colegas preopinantes, aclaro que —con excepción a la ley aplicable al caso— adhiero, en esencia, a las soluciones que proponen los doctores David y Slokar.

En atención a la cuestión reseñada, sellada que se encuentra la suerte del planteo con el voto coincidente de los colegas que me preceden, he de realizar una reserva de fundamentos con remisión a las consideraciones vertidas al votar en la causa n° 14.168 bis "Alonso, Omar y otro s/recurso de casación" y más recientemente, en la causa n° 765/15 "Lugones Inés Graciela s/ recurso de casación", ambas ya citadas.


Tal es mi voto.


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

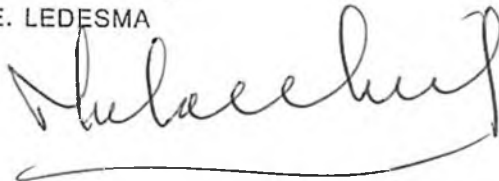
RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa particular de Juan Carlos Lavia, Susana Serafina Marchese y Francisco Vicente de Luca, **CON COSTAS** (artículos 470 y 471, a contrario sensu, y 530 y cc del CPPN).

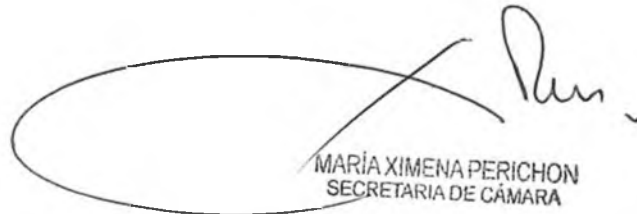
Regístrese, comuníquese en el día al Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 5 de esta ciudad, notifíquese en la audiencia designada y hágase saber a la Secretaría de Comunicación y Gobierno Abierto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada Nº 42/15 del alto tribunal).

Oportunamente cúmplase con la remisión ordenada. Sirva la presente de atenta nota de envío.


ALEJANDRO W. SLOKAR


ANGELA E. LEDESMA


PEDRO R. DAVID


MARÍA XIMENA PERICHON
SECRETARIA DE CÁMARA