



Poder Judicial de la Nación

T-CAS

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN

17000010583570



TRIBUNAL: CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1, SITO
EN AV. COMODORO PY 2002, PISO 1º CABA

FECHA DE RECEPCIÓN EN NOTIFICACIONES:

Sr.: DR. RICARDO GUSTAVO WECHSLER
Domicilio: 20081181463
Tipo de Domicilio: Electrónico
Carácter: Sin Asignación
Observaciones Especiales: Sin Asignación

	91003224/2011		T CAS	1		S	N	N
Nº ORDEN	EXPTE. Nº	ZONA	FUERO	JUZGADO	SECRET.	COPIAS	PERSONAL	OBSERV.

Notifico a Ud. la resolución dictada en los autos:

Legajo Nº 6 - QUERELLANTE: ABUELAS DE PLAZA DE MAYO Y OTRO
IMPUTADO: MADRID, DOMINGO LUIS Y OTROS s/LEGAJO DE
CASACION

Según copia que se acompaña.

QUEDA UD DEBIDAMENTE NOTIFICADO

Buenos Aires, de julio de 2017.

Fdo.: Prosec./Secret. MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

REGISTRO N° 884/17

///la Ciudad de Buenos Aires, a los tres días del mes de julio de 2017, se reúne la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por la doctora Ana María Figueroa como Presidenta y los doctores Mariano H. Borinsky y Gustavo M. Hornos como Vocales, a los efectos de resolver los recursos de casación interpuestos en esta **causa n° FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2** del registro de esta Sala, caratulada: **"MADRID, Domingo Luis y otros s/recurso de casación"**, de cuyas constancias **RESULTA:**

1. En lo pertinente, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de La Plata, con fecha 19 de julio de 2013 (fs. 1973/2085vta.), falló:

"...I) Por unanimidad, no haciendo lugar a los planteos de prescripción de la acción penal, de insubsistencia de la acción por violación a la garantía a ser juzgado en un plazo razonable, de afectación a la garantía del non bis in ídem y de cosa juzgada, introducidos por las defensas en los alegatos, sin costas...

III. Por unanimidad, condenando a Domingo Luis MADRID.. a la pena máxima -según ley vigente a la época de los hechos- de diez años de prisión, accesorias legales y al pago de las costas del proceso, por su complicidad en el genocidio perpetrado durante la última dictadura cívico-militar (1976-1983), al participar en el traslado por la fuerza de niños de su grupo familiar a otro grupo mediante su coautoría en el delito de retención y ocultamiento de una niña menor de diez años que había sido sustraída del poder de sus padres, en concurso ideal con el delito de supresión de identidad de una menor de diez años, en concurso ideal con el delito de falsedad

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

ideológica de instrumento público -certificado de parto, partida de nacimiento y Documento Nacional de Identidad, destinados a acreditar la identidad de las personas- en calidad de autor de determinación (artículos II, inciso `e´ y III, inciso `e´, de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; artículos 2, 12, 45, 54, 146, 139, inciso 2º -en estos últimos dos casos según versión de la ley 11.179-, 292 -segundo párrafo- y 293, último párrafo -texto según ley 20.642-, del Código Penal, y artículos 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación).

IV. Por unanimidad, condenando a María Mercedes ELICHALT... a la pena máxima -según ley vigente a la época de los hechos- de **diez años de prisión, accesorias legales y al pago de las costas del proceso**, por su complicidad en el genocidio perpetrado durante la última dictadura cívico-militar (1976-1983), al participar en el traslado por la fuerza de niños de su grupo familiar a otro grupo mediante su coautoría en el delito de retención y ocultamiento de una niña menor de diez años que había sido sustraída del poder de sus padres, en concurso ideal con el delito de supresión de identidad de una menor de diez años, en concurso ideal con el delito de falsedad ideológica de instrumento público -certificado de parto, partida de nacimiento y Documento Nacional de Identidad, destinados a acreditar la identidad de las personas- en calidad de autora por determinación (artículos II, inciso `e´ y III, inciso `e´, de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; artículos 2, 12, 45, 54, 146, 139, inciso 2º -en estos últimos dos casos según versión de la ~~ley 11.179-, 292 -segundo párrafo- y 293, último párrafo~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



-texto según ley 20.642-, del Código Penal, y artículos 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación).

V. Por mayoría, **condenando a Silvia Marta KIRILOSKY...** a la pena de **cinco años y seis meses de prisión, accesorias legales y al pago de las costas del proceso** por su complicidad en el genocidio perpetrado durante la última dictadura cívico-militar (1976-1983), al participar en el traslado por la fuerza de niños de su grupo familiar a otro grupo mediante su coautoría en el delito de retención y ocultamiento de una niña menor de diez años que había sido sustraída del poder de sus padres, en concurso ideal con el delito de supresión de identidad de una menor de diez años, en concurso ideal con el delito de falsedad ideológica de instrumento público -certificado de parto, partida de nacimiento y Documento Nacional de Identidad, destinados a acreditar la identidad de las personas- en calidad de autora por determinación (artículos II, inciso `e´ y III, inciso `e´, de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; artículos 2, 12, 45, 54, 146, 139, inciso 2º -en estos últimos dos casos según versión de la ley 11.179-, 292 -segundo párrafo- y 293, último párrafo -texto según ley 20.642-, del Código Penal, y artículos 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación)..."

Contra la sentencia interpusieron sendos recursos de casación las Defensas Públicas Oficiales de los encausados a fs. 2135/2186vta. y 2187/2224vta., los que fueron concedidos a fs. 2232/2234vta. y mantenidos respectivamente en esta instancia a fs. 2274 y fs. 2275.

2. Recurso de casación deducido por el doctor Gabriel Omar Gatti, Defensor Público Oficial de Silvia Marta KIRILOSKY (fs. 2135/2186):

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



Impetró la nulidad de la sentencia y en consecuencia, la absolución de su asistida, en función de los arts. 438, 444 -a contrario sensu-, 456, inc. 1º y 2º y 463 del Código Procesal Penal de la Nación y 8.2.h de la C.A.D.H.

En ese sentido, fundó la petición sobre la base de los siguientes agravios:

2. 1. Violación al principio de congruencia.

Consideró que la sentencia violó el principio de congruencia al condenar a Silvia Marta Kirilosky por el delito de genocidio, ya que en ninguna de las piezas procesales pertinentes -declaración indagatoria, auto de procesamiento y requerimientos de elevación a juicio del Ministerio Público Fiscal y de la Querrela-, le fueron descriptos detalladamente los elementos objetivos y subjetivos de ese tipo penal, todo lo cual implicó una modificación fáctica y un cambio de la calificación legal intempestivo.

En ese sentido, añadió que en ninguna oportunidad procesal se le había hecho referencia al contexto en que estos delitos se habrían cometido, ni tampoco al conocimiento que debía tener su asistida sobre el nexo entre ese contexto y los hechos que se le atribuyeron.

Explicó que *"...no se indicó cuáles son las características del grupo `nacional` considerado, cómo se conforma, quiénes eran los que lo integraban, y por qué se podría sostener que los perpetradores definían de ese modo al grupo en cuestión..."*.

A modo de conclusión, señaló que no existió correlación entre las diversas piezas procesales indicadas ~~y entre éstas y la sentencia, planteos que conforme alegó,~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





tampoco fueron contestados por el tribunal de mérito al dictar sentencia y que tornan inválido el acto jurisdiccional traído a estudio.

Expuso que en atención al déficit de descripción específica de los hechos en la declaración indagatoria, el auto de procesamiento y los requerimientos de elevación a juicio, la subsunción de la conducta endilgada a su asistida tampoco podría calificarse en la instancia casatoria, como un delito de lesa humanidad.

De manera subsidiaria se agravió por la violación al principio de congruencia con relación a la calificación asignada por el tribunal de juicio respecto al delito previsto en el art. 146 del C.P., como así también en lo relativo a la falsificación del Documento Nacional de Identidad a nombre de Nancy Viviana Madrid, solicitando que en su caso, se adecue la pena impuesta.

Consideró en primer lugar que no puede atribuirse a su asistida la retención y ocultamiento de un menor de 10 años, toda vez que se estaría extendiendo la imputación a un tramo temporal por el que no había sido previamente indagada ni requerida su elevación a juicio, y asimismo, porque la encausada nunca tuvo el dominio del hecho que ese tipo penal exige.

Entendió que la subsunción legal asignada por el *a quo* fue sorpresiva, violando de esta manera el derecho de defensa que le asistía a la encausada y el principio de congruencia que debía mediar entre la imputación y la sentencia.

Con respecto al delito de falsedad ideológica del Documento Nacional de Identidad, sostuvo que a Kirilosky nunca se le imputó ningún tipo de participación ~~en ese suceso, si bien de manera escueta se le hizo saber~~

en la primer declaración indagatoria que se le atribuía la participación necesaria en la falsificación ideológica del certificado de parto y del acta de nacimiento. Sostuvo que ello resulta violatorio al principio de congruencia y por tanto, torna nula la decisión jurisdiccional recurrida.

2. 2. Prescripción de la acción penal y errónea calificación legal conforme el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En primer lugar la defensa de Kirilosky planteó la imposibilidad objetiva y subjetiva de calificar la conducta atribuida a la encausada como constitutiva del delito de genocidio. En consecuencia, refirió que al no poder subsumirse legalmente los hechos imputados bajo tal calificación, la prescripción legal resulta de aplicación a la acción penal seguida en contra de Kirilosky, por lo que debe así resolverse en esta instancia, casándose la sentencia condenatoria dictada.

En ese sentido, desde el punto de vista de los elementos objetivos del tipo penal de genocidio, el recurrente afirmó que no se ha cumplido con el contenido del elemento "grupo nacional" en los términos de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, toda vez que la figura exige que como tal se indique un grupo humano preexistente, permanente y estable, ligado a elementos naturales e intrínsecos al ser, y no a extremos de identificación adquiridos o variables como puede ser una afiliación política.

Sostuvo que el *a quo* extendió el tipo penal internacional incluyendo al "grupo político", cuando la propia doctrina internacional no lo ha hecho y cuando la legislación internacional en materia de derechos humanos ~~la ha excluido expresamente.~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



En definitiva, entendió que debe descalificarse la sentencia dictada, en cuanto efectuó una errónea interpretación del tipo internacional del delito de genocidio, en violación al principio de legalidad que consagra el art. 19 de la Constitución Nacional.

Asimismo, descartó la posibilidad de recalificar el hecho imputado -en la instancia casatoria-, como delito de lesa humanidad, en el entendimiento de que ello generaría una nueva afectación al principio de congruencia.

A su vez, explicó que no cualquier hecho cometido dentro del marco de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil puede calificarse como delito de lesa humanidad. Agregó al respecto que la falsificación de un formulario de constatación de nacimiento no puede ser considerado un ilícito de tales características, ni tampoco ello asociarse a la desaparición forzada de personas, delito este último que al momento de los hechos no estaba contemplado en ninguna ley escrita como un delito de lesa humanidad.

Con relación a ello adunó que no puede incluirse la situación de los menores dentro del tipo penal que permite calificar la desaparición de sus padres.

Desde el punto de vista del elemento subjetivo del delito de genocidio, entendió que de la sentencia no surgen los motivos por los cuales se concluyó que su asistida *"...era plenamente consciente... de la procedencia de quien entonces era una criatura..."*.

Señaló que la sentencia carece de debida fundamentación, toda vez que transgredió las garantías de defensa en juicio y debido proceso, dado que la aislada ~~mención en aquella de los indicios~~ sobre el vínculo que

unía a la familia Madrid Elicharlt con Kirilosky, no resultan suficientes para sostener jurídicamente un reproche penal.

Agregó que tampoco se encuentran debidamente acreditadas las gestiones que Domingo Madrid habría realizado a favor de Kirilosky en la SIDE, ni tampoco desde cuándo la nombrada pudo haber tomado conocimiento del secuestro de su primo Eduardo Kirilosky; extremos ellos considerados indicios en contra de la encausada y a través de los cuales el *a quo* tuvo por probado el conocimiento de Kirilosky sobre el contexto los hechos que se le atribuyeron.

En definitiva, no constituyendo para la defensa delito de lesa humanidad o genocidio los hechos imputados a la nombrada, la acción penal respecto de los tipos penales a ella endilgados, se encuentra legalmente prescripta, por lo que solicitó que se dicte la absolución de Silvia Marta Kirilosky.

2. 3. Violación a la garantía de juzgamiento en un plazo razonable.

Fundó el agravio en dilaciones atribuibles a la actividad jurisdiccional, enfatizando que su asistida contribuyó con la resolución final de la causa al haber declarado oportunamente.

Expuso que Kirilosky fue investigada, juzgada y sobreseída en el año 1990 por los mismos hechos por los que aquí resultó condenada; siendo que en 2009 el mismo juez que había dispuesto su desvinculación de la causa, llevó adelante el proceso penal que culminó con la sentencia aquí impugnada, violándose de esta manera la garantía alegada.





En ese sentido, solicitó que se case la sentencia y se la absuelva por haberse vulnerado la garantía de la encausada a haber sido juzgada definitivamente en un plazo razonable.

2. 4. Errónea calificación conforme el derecho interno.

Con relación a la calificación adoptada por el tribunal, afirmó que la conducta de Kirilosky se consumó y agotó con la firma del certificado de parto.

Alegó que la imputación no puede extenderse más allá de esa calificación, dado que la encausada no se presentó en el Registro correspondiente a fin de que se le extienda a la niña un DNI ideológicamente falso, ni tampoco ejerció acto de dominio respecto de Elena Gallinari Abinet que pudiera implicar algún tipo de retención, ni su conducta se dirigió directamente a ella o a sus familiares que se encontraban buscándola para considerar que incurrió en el delito de ocultamiento.

Solicitó que en caso de no hacer lugar a los planteos absolutorios, subsidiariamente se case la sentencia y se condene a su asistida únicamente por la conducta por ella cometida, es decir, la falsificación del certificado de parto, *"...y eventualmente, únicamente se podría extender su conducta respecto de la sustitución de la identidad, pero no más, y ello en virtud de la especial relación que existe entre la falsificación y el uso de documento público..."*.

2. 5. Inobservancia de las pautas mensurativas de la pena.

Advirtió la defensa que de hacerse lugar a un cambio de calificación, tanto sea por las consideraciones ~~extractadas en el acápite 2.4.,~~ como a las reseñadas en

punto al principio de congruencia, se deberá adecuar la pena a la nueva escala penal resultante, aplicando sobre ella atenuantes y agravantes que exigen los arts. 40 y 41 del C.P.

Solicitó expresamente que se pondere el tiempo que lleva la encausada sometida a proceso penal y se agravió de la omisión por parte del Tribunal de mérito, de considerar, a los fines de mensurar la pena a imponer, la edad de Kirilosky, que la nombrada no tuvo ningún tipo de participación política al momento de los hechos, que no perteneció a ninguna fuerza de seguridad, que carecía de antecedentes penales y que confesó su participación en los hechos.

De la misma manera, consideró que el *a quo* no podía ponderar las características del hecho al establecer el *quantum* punitivo, toda vez que ello constituye una doble valoración del injusto atribuido.

Finalmente, hizo reserva del caso federal.

3. Recurso de casación interpuesto por los doctores Yanina Fanchiotti y Martín José Adrogué, Defensores Públicos Oficiales de Domingo Luis MADRID y de María Mercedes ELICHALT (fs. 2187/2224):

El remedio casatorio fue deducido sobre la base de los incisos 1º y 2º del art. 456 del código ritual, habiendo planteado los recurrentes los agravios concentrados en los siguientes cuestionamientos:

3. 1. Prescripción de la acción penal.

Sostuvo la defensa que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad no puede afectar los derechos de sus asistidos, al no constituir ley vigente al momento de los hechos.





Agregó que el Estado no puede sacrificar garantías también reconocidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, condenando hoy a sus asistidos por figuras penales que no existían al momento de los hechos, tratando de esta manera, de salvaguardar su responsabilidad internacional tras haber omitido legislar oportunamente.

Indicó que la noción de la violación al principio de legalidad por considerar imprescriptibles los delitos de lesa humanidad, se convalidó con el dictado de la ley 26.200 que incorporó a nuestra legislación interna las figuras contenidas en el Estatuto de Roma.

3. 2. Violación a la garantía de juzgamiento en un plazo razonable.

Entendieron los recurrentes que la garantía consagrada en el art. 8.1 de la C.A.D.H., se ha visto afectada en la medida en que han transcurrido más de 30 años entre la fecha de comisión de los hechos objeto de este proceso y la decisión definitiva sobre la situación de sus pupilos.

Con relación a ello destacaron que la actividad procesal de las defensas y de los encausados, no incidió para la concurrencia de un juzgamiento violatorio de la garantía.

Agregaron que el tribunal de juicio respondió parcialmente a las alegaciones de esa defensa sobre este planteo y que en ese sentido, la sentencia debe ser calificada como arbitraria y declarada nula.

3. 3. Errónea calificación legal conforme al derecho interno y falta de fundamentación y arbitrariedad de la sentencia condenatoria.

En primer término explicó la defensa que los sucesos imputados a Madrid y a Elichalt fueron erróneamente incluidos dentro de la consideración de la existencia de un *“plan sistemático de apropiación de niños de personas privadas ilegalmente de su libertad”*.

Adujo que al momento de haber sido privada ilegalmente de su libertad, María Leonor Abinet se encontraba acompañada por dos menores de edad que fueron dejadas en el lugar, por lo que la supuesta *“generalidad”* de la conducta que se les imputa a los encausados, no se corroboró a partir de la prueba incorporada al proceso.

También señaló que se han violado las reglas lógicas de la sana crítica racional, tornándose arbitrarias las conclusiones a las que arribó el *a quo* al no haberse contestado adecuadamente los planteos esgrimidos por los recurrentes.

Destacó que sus asistidos confesaron el haber tomado como propia una niña que sabían que no había sido fruto biológico de su relación, pero que de ningún modo conocían el origen ilícito de la menor y mucho menos el destino de sus padres.

Consideró contradictoria la inclusión del caso de la niña Elena a un plan sistemático de apropiación de niños y la exclusión del caso de Hernán Luis, el otro niño adoptado por el matrimonio Madrid-Elichalt, por el solo hecho de que con relación a la primera, la menor habría sido entregada por el policía Vercellone, cuando la naturaleza irregular de los documentos de sus nacimientos fue idéntica respecto de ambos niños.

Refirió que si bien no se cuestionaron los procedimientos que devinieron en la determinación de la ~~identidad de la querellante, en el que los estudios fueron~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



llevados a cabo sin la participación de al menos un perito de parte de Madrid y Elichalt, no puede oponerse a los nombrados tales resultados, sin violar el derecho de defensa en juicio.

En conclusión, entendió que no se encuentra probado en autos el conocimiento del dolo requerido para la figura, como así tampoco el conocimiento de ninguno de los elementos del tipo objetivo que tornaría imprescriptible la acción penal.

3. 4. Inobservancia de las pautas mensurativas de la pena.

Consideraron los recurrentes que las penas asignadas a sus asistidos son arbitrarias por falta de fundamentación y por desproporcionadas.

Explicaron que la forma en que fueron aplicadas las pautas de los artículos 40 y 41 del C.P., ha sido violatoria de principios constitucionales como el de legalidad y del debido proceso.

Sostuvieron que la ley 24.660 receptó la finalidad preventiva especial de la pena asignada en el ámbito internacional, lo que no fue ponderado en la sentencia impugnada.

Entendieron que el tribunal de juicio no valoró positivamente que la víctima fue reintegrada a su familia biológica a los 10 años de edad, que nunca le ocultaron que había sido adoptada, tampoco se justipreció a favor la edad de sus asistidos, ni el trato y educación que dispensaron tanto a Elena como a Hernán Luis. De la misma manera se omitió considerar el tiempo que lleva en trámite este proceso, y la imposibilidad de procrear que llevó al matrimonio Madrid-Elichalt a verse involucrado en los

hechos a estudio, en completa ignorancia del origen ilícito de la apropiación.

Con respecto a María Mercedes Elichalt, solicitaron los casacionistas que se contemple la condición de mujer civil ajena a cualquier cargo en organismos estatales que revestía la nombrada al momento de los hechos, imponiéndosele en su caso una pena sensiblemente menor.

En definitiva, solicitaron que se revean las penas impuestas a ambos encausados, sobre la base de las argumentaciones desarrolladas.

Finalmente, hicieron reserva del caso federal.

4. Que en el término de oficina previsto en el art. 465, párrafo cuarto del Código Procesal Penal de la Nación, se presentó la **Defensa Pública Oficial, asistiendo a Domingo Luis Madrid y a María Mercedes Elichalt,** recordando los agravios desarrollados en el recurso de casación oportunamente interpuesto, y agregando que en la sentencia impugnada se violó el principio de congruencia por haberse condenado a los nombrados bajo la calificación del delito internacional de genocidio, cuando nunca fueron imputados en dicho marco. Hizo reserva del caso federal.

Por su parte, la **Defensa Pública Oficial de Silvia Marta Kirilosky** reforzó los planteos esgrimidos en el remedio deducido.

En idéntica oportunidad procesal, el señor **Fiscal General** ante esta Cámara Federal de Casación Penal, propició el rechazo de los recursos de casación interpuestos.

La **querrela Asociación Abuelas de Plaza de Mayo,** se presentó a fs. 2390/2396vta. y solicitó que se

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



confirмен las condenas dictadas en las presentes actuaciones.

5. En oportunidad de celebrarse la audiencia de informes fijada en las presentes actuaciones, el doctor Federico García Jurado, por la **Defensa Pública Oficial de Madrid y de Elichart**, presentó las breves notas glosadas a fs. 2432/2435vta. Al informar oralmente sostuvo que sus asistidos nunca ocultaron haber recibido una niña e inscribirla como propia.

Agregó que el tribunal de mérito trasladó indicios infundados sobre los que edificó la condena de Madrid, a la fundamentación de la participación de Elichalt.

Finalmente se agravió de la pena impuesta a sus pupilos, destacando que se impuso a Elichalt la misma pena que a Madrid, sin distinguir la participación que le cupo a cada uno.

Cedida que le fue la palabra a **Domingo Luis Madrid**, manifestó que fue procesado en dos oportunidades por el mismo delito. Señaló que su esposa no tiene nada que ver, que es civil y que sin embargo, le dieron la misma pena y estuvo detenida. Refirió que él nunca hizo ninguna gestión a favor de Kirilosky y que nunca le ocultó a Nancy que había sido adoptada.

Por su parte, el doctor Gordon Ávalos, por la **Defensa Oficial de Kirilosky**, destacó que su asistida nunca prestó servicios en ninguna unidad castrense, ni en ninguna fuerza de seguridad. Entendió que no existe una sola prueba sobre el origen de la menor. Que la encausada era médica del barrio y que la imputación a ella dirigida, sólo se sustenta en la relación de su asistida con la madre de Madrid. Insistió en que Kirilosky no tenía

conocimiento de lo que estaba ocurriendo en la temática de violación a los derechos humanos y que fue por ella reconocida la suscripción de un acta de nacimiento falsa.

Con relación a la pena, entendió que a 40 años de los hechos y en atención a las circunstancias personales de su asistida, el *quantum* de la pena impuesto resulta excesivo. Sostuvo que en la sentencia no se ponderaron adecuadamente los atenuantes. Finalmente, solicitó que se absuelva a su asistida y en caso de no prosperar los argumentos desarrollados, que se le imponga una pena de prisión en suspenso. Presentó breves notas, las que fueron incorporadas al expediente por orden de la señora Presidenta del Tribunal (fs. 2420/2431vta.).

El doctor Emanuel Lovely, letrado por la **querrela Abuelas de Plaza de Mayo** y de Elena Gallinari Abinet, hizo entrega de las breves notas que autoriza la ley (fs. 2437/2439). Expuso durante la audiencia de informes resaltando que el pronunciamiento por el cual se había sobreseído a Madrid, fue anulado.

Respecto a la violación del principio de congruencia por la extensión del delito del art. 146 del C.P. en la participación de Kirilosky, entendió que no se modificó la plataforma fáctica de los hechos que formaron parte del objeto de la imputación. Sostuvo que la construcción de esa imputación se efectuó sobre la base de un concurso ideal y no real y que el hecho histórico fue único.

Con relación a las penas, entendió que ellas eran legales y guardaban razonabilidad y proporcionalidad entre la imputación y el reproche penal.

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



El señor **Fiscal General** ante esta instancia presentó las breves notas que fueron debidamente incorporadas (fs. 2412/2419vta.).

6. Superado el trámite que prevé el art. 468 del código de rito, las actuaciones quedaron en condiciones de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Ana María Figueroa, Gustavo M. Hornos y Mariano H. Borinsky.

La señora jueza doctora Ana María Figueroa dijo:

1. Admisibilidad de los recursos deducidos.

Con respecto al juicio de admisibilidad de los cuestionamientos traídos a estudio por las defensas, debo señalar que analizaré la sentencia impugnada con ajuste a la doctrina emanada del precedente "Casal" (Fallos: 328:3399), desde la perspectiva de que el tribunal de casación *"...debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable... 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 que *"...lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación..."*.

Cabe recordar que es en la audiencia de debate donde se producirán los elementos convictivos que influenciarán sobre los integrantes del tribunal, a efectos de que éstos emitan un pronunciamiento final, sea absolutorio o condenatorio. Así las vivencias que ellos adquieran durante el plenario, derivadas de su inmediación ~~con la prueba allí producida, no pueden ser reemplazadas~~

ni siquiera cuando se cuente con un registro íntegro del juicio o algún otro método de reproducción moderno.

La revisión casatoria, supone el control de razonabilidad de la sentencia del tribunal, de conformidad con los alcances por previsión constitucional del principio de inocencia y el debido proceso (arts. 18 y 75 inc. 22 C.N.; 10 y 11 D.U.D.H.; 8 C.A.D.H.; 14 y 15 P.I.D.C.P.; y reglas 25, 27 y 29 de las Reglas de Mallorca; entre otros).

En efecto, los límites entre lo que es controlable y lo que no lo es, se determinarán por las posibilidades procesales de que se disponga en cada caso particular, las que excluyen todo aquello que esta Cámara Federal de Casación Penal no pueda acceder por depender de la percepción sensorial de la prueba en el juicio oral, pues se encuentran íntimamente relacionadas con la inmediación (cfr. Bacigalupo, Enrique; "Presunción de inocencia in dubio pro reo y recurso de casación" en "La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios"; Ed. Ad Hoc; págs. 13, 32, 33 y 44).

Aunque por aplicación de la doctrina emanada a partir del mentado precedente "Casal", se impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar, o sea de agotar la "revisión de lo revisable", siendo su límite, lo que surja directa y únicamente de la inmediación; los artículos 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso.

Partiendo del marco dogmático-jurídico establecido en el precedente "Casal" y teniendo especialmente en consideración el límite que tiene esta Cámara sobre aquellas cuestiones observadas por el tribunal de mérito durante el debate -principio de inmediación-, habré de revisar el razonamiento seguido por los señores jueces para dilucidar si las conclusiones a las que arribaron se desprenden lógicamente y necesariamente de las premisas de las que parten.

Por lo demás, los recursos de casación interpuestos por las defensas resultan formalmente admisibles por cuanto se impetraron contra un pronunciamiento condenatorio, hallándose legitimadas las partes recurrentes (art. 459 del C.P.P.N.), y se encuentran reunidos los restantes requisitos de admisibilidad formal previstos en los arts. 432, 438, 456, 457, 463 y cdtes. del C.P.P.N. Asimismo, dicha tesitura se impone de conformidad con lo previsto por el bloque constitucional y convencional (arts. 18 y 75, inc. 22 de la C.N.; 14.5 del P.I.D.C.P. y 8.2 de la C.A.D.H.), a fin de garantizar el derecho al imputado a someter el fallo condenatorio a un Tribunal Superior con una revisión amplia y eficaz.

Por su parte, debe recordarse que el alcance amplio de esa capacidad revisora en materia de casación receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ~~como la única compatible con los~~ derechos y garantías

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

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 (in re "Casal", Fallos: 328:3399), adopta la doctrina de la interpretación amplia elaborada en el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", Sentencia de 2 de julio de 2004.

En efecto, los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional impiden cualquier cercenamiento al tratamiento del planteo del recurrente en segunda instancia, tras la mera invocación de rigorismos o afirmaciones dogmáticas (cfr. doctrina emanada a partir del precedente "Girolodi", Fallos: 318:514). Por el contrario, la revisión amplia que corresponde otorgar al recurso de casación a fin de salvaguardar el derecho del justiciable, debe alcanzar todas las cuestiones fácticas, con una debida fundamentación de las premisas que han sido ponderadas para sustentar la conclusión a la que se arribó, conforme las constancias incorporadas a la causa como derivación de su relación lógica, deductiva o inductiva, asegurando de esta manera, la misión que a este Tribunal compete a fin de garantizar la efectiva vigencia de un doble juicio concordante.

2. Cuestiones preliminares en torno a la calificación legal internacional de los hechos traídos a estudio.

En este acápite daré respuesta a los planteos vinculados con violaciones a garantías constitucionales y convencionales alegados por las defensas, los que merecen un previo y especial pronunciamiento toda vez que, de verificarse los cuestionamientos agraviantes, el

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



tratamiento de los restantes embates se tornaría abstracto.

2. 1. Contexto histórico.

A los fines de dar respuesta a cuestionamientos constitucionales y convencionales de los recurrentes, resulta necesario encuadrar jurídicamente los hechos que son materia de estudio en los presentes autos, efectuando en primer lugar un recorrido por el contexto histórico en el que se sucedieron.

A tal efecto, resulta menester recordar que a partir de la primer fractura del orden constitucional del año 1930 se hizo cada vez más frecuente la instauración de gobiernos de facto, *"...que hicieron que tanto durante éstos como durante la vigencia de los gobiernos de jure, que empezaron a hacer más precarios y efímeros, se implementara el estado de guerra interno, el estado de sitio, y hubiera intentos de orientación totalitaria o corporativa, con alteraciones en los procedimientos de organización de los poderes del estado, con promulgación de innumerables leyes de persecución ideológica, y, especialmente a partir de fines de los años `60, el surgimiento creciente de la violencia..."* (Marcelo A. Sancinetti y Marcelo Ferrante, "El derecho penal en la protección de los derechos humanos", ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 77). Etapa que con el advenimiento de la democracia el 10 de diciembre de 1983 ha quedado superada.

Con fecha 10 de octubre de 1966, durante la presidencia de facto del general Juan Carlos Onganía, se sancionó la ley 16.970, la que se correspondía con la doctrina de la Seguridad Nacional, argumentando que la participación en el orden interno del país de las Fuerzas Armadas era con el fin de asegurar el orden público y la

paz interior, preservar los valores de la civilización occidental y cristiana, mantener las instituciones republicanas y ser el sostén de los derechos y garantías esenciales de la Constitución.

Se establecieron así, las bases jurídicas, orgánicas y funcionales con el fin de lograr y mantener la seguridad nacional necesaria para el desarrollo del país, en procura de sus objetivos nacionales (art. 1, ley 16.970). Para ello, se estructuró y determinó un régimen funcional de la Defensa Nacional que permitió que los mandos de las Fuerzas Armadas ejercieran un control sobre las decisiones de las autoridades políticas y del presidente de la Nación, impidiendo que éste los conduzca conforme las exigencias constitucionales. Para ello se utilizó el *“sistema nacional de planeamiento y acción para la seguridad”*, el cual fue concebido y elaborado para apoyar un régimen autoritario, que aseguraba el cumplimiento de las órdenes que el colectivo armado entendía como *“intereses vitales”* de la Nación, sin respetar la soberanía popular (ver causa n° 16.857, *“Merlo, Eduardo Omar y otros s/recurso de casación”*, Sala I, reg. 21.824, rta. el 30/8/13).

Los postulados de la antigua *“Doctrina de Seguridad Nacional”* (ley 16.970) se transformaron entonces en prácticas ilegítimas, con el pretexto de combatir la *“subversión”*. Fue así que, mediante la sanción de diversas leyes, comenzaron a ejecutarse operaciones destinadas a neutralizar y eliminar el accionar subversivo.

En ese sentido, se fue sancionando sucesivamente la siguiente normativa:

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

- Ley 16.984, por medio de la cual se prohíbe la circulación postal de todo tipo de difusión de la ideología comunista.

- Ley 17.401 (B.O. 29/08/1967), de partidos políticos, partidos políticos prohibidos, represión del comunismo.

- Ley 18.262 (B.O. 02/07/1969), que declaraba el estado de sitio en todo el país.

- Ley 19.053 (B.O. 01/06/1971) de *“Creación de la Cámara Federal en lo Penal de la Nación”*, llamada a juzgar en instancia única y juicio oral todos los delitos de índole federal que se cometan en el territorio nacional y lesiones que tiendan a vulnerar principios básicos de organización constitucional o la seguridad de las instituciones del estado.

- Ley 19.081 del 16/06/1971, que disponía en su art. 1: *“Facúltase al Poder Ejecutivo Nacional a emplear durante la vigencia del estado de sitio en el territorio de la Nación, en sus aguas jurisdiccionales y su espacio aéreo, las fuerzas armadas que considere conveniente en operaciones militares, a fin de prevenir y combatir la subversión interna, el terrorismo y demás hechos conexos”*, en su art. 2 *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, facúltase al Poder Ejecutivo Nacional a emplear las Fuerzas Armadas en la prevención e investigación militar de los delitos de competencia de la Cámara Federal en lo Penal de la Nación”*, *“El Poder Ejecutivo Nacional dispondrá el empleo de las Fuerzas Armadas conforme a los artículos anteriores, mediante las órdenes e instrucciones que les imparta, en ejercicio de las facultades que le competen como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas”* (art. 3) y

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

en el art. 7 establecía: *“En el caso de que como consecuencia de las operaciones militares previstas en los artículos precedentes se produjeran detenciones, las personas detenidas, junto con los elementos probatorios obtenidos, serán puestas a disposición de la Cámara Federal en lo Penal de la Nación o de la justicia militar cuando ello correspondiere...”*.

- Ley 19.594 (B.O. 05/05/1972), por la que se dispone el control operacional de las Fuerzas Armadas sobre las unidades carcelarias destinados al alojamiento de detenidos, procesados o condenados por hechos de carácter subversivo, terroristas o conexos. De la nota de elevación del proyecto de ley al P.E.N. surge que las Fuerzas Armadas iniciaron operaciones de lucha antsubversiva a partir de la sanción de la ley 19.081 a consecuencia de lo cual se han producido sucesivas detenciones de personas incursoas en la comisión de delitos de competencia de la Cámara Federal en lo Penal de la Nación, las que han sido condenadas o se encuentran bajo proceso del Tribunal o a disposición del PEN.

- Ley 19.797 (B.O. 23/08/1972) incorpora el art. 212 del CP que decía *“El que por cualquier medio difundiere, divulgare o propagare comunicaciones o imágenes provenientes de o atribuidas o atribuibles a asociaciones ilícitas o a personas o a grupos notoriamente dedicados a actividades subversivas o de terrorismo será reprimido con prisión de 6 meses a 3 años”*.

- Ley 19.799 por medio de la cual establecía a la Cámara Federal en lo Penal de la Nación como órgano jurisdiccional competente y de instancia única

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



para entender en el delito previsto en el art. 212 del CP incorporado por la Ley 19.797.

Junto a dichas normas, surgieron además reglamentos y directivas que habilitaron a las fuerzas armadas y de seguridad para poder desempeñarse de manera autónoma:

- El Instructivo RV-150-10, del año 1969, titulado *"Instrucción de Luchas Contra las Guerrillas"* del Ejército Argentino establecía que *"la instrucción tendrá por fin capacitar a todos los combatientes en estas operaciones y ponerlos en condiciones de ofrecer a la acción irregular un idéntico procedimiento de combate"*.

- La Directiva N° 02/71 de la Junta de Comandantes en Jefe, *"Para el pasaje a la ofensiva en la lucha contra la subversión"* de la que puede extraerse que el PEN ha resuelto atacar la subversión en las bases de su accionar, mediante la incentivación de medidas concretas en todos los campos del quehacer nacional y en particular con la intervención del Poder Militar. Consideraba a las Fuerzas Enemigas a las organizaciones para-militares, de ideología marxista en su mayoría y con conexiones internacionales, operan con creciente eficiencia desde hace tiempo en el país. Y que es misión, asumir de inmediato la ofensiva con las Fuerzas Armadas y de Seguridad contra el enemigo subversivo, ante la materialización de las hipótesis de Guerra "A" - Variante 1, tomando la iniciativa para detectar y destruir su organización, política, administrativa, neutralizar sus elementos superficiales y apoyos internos y externos a fin de mantener el orden preservar la vida y seguridad de los bienes de las personas y del estado y recuperar el apoyo ~~de la población. Por su parte en las medidas especiales~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



disponía que se requerirá del P.E.N. la adopción de medidas que aseguren el estricto cumplimiento de lo establecido en la Ley 19.053 de *“Creación de la Cámara Federal en lo Penal de la Nación”*.

Este es el contexto que gestaron y permitieron las graves violaciones a los derechos humanos producidos antes y durante la última dictadura, donde los grupos castrenses utilizaron el aparato del Estado, diseñando una organización, división en zonas y subzonas, grupos operativos, inteligencia y espionaje interno contra los ciudadanos.

Ese escenario así descrito nos hace reflexionar sobre lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *“Zambrano Vélez y otros”*, en cuanto sostuvo que *“...la amenaza `delincuencial`, `subversiva` o `terrorista` invocada por el Estado como justificación de las acciones desarrolladas puede ciertamente constituir una razón legítima para que un Estado despliegue sus fuerzas de seguridad en casos concretos. Sin embargo, la lucha de los estados contra el crimen debe desarrollarse dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como el pleno respeto a los derechos humanos de quienes se hallen sometidos a su jurisdicción. Las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en ese tratado, que subsisten particularmente en casos como el presente. Es necesario insistir que, sin importar las condiciones de cada Estado, existe una prohibición absoluta de la tortura, de las desapariciones forzadas y de las ejecuciones sumarias y extrajudiciales, prohibición que constituye una norma*

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





inderogable de Derecho Internacional..." (N. Espejo Yaksic y C. Leiva García "Digesto de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Santiago de Chile, 2015, págs. 260/261 y sus citas).

En este orden de ideas, constituye un hecho histórico incontrovertible, conforme los fallos en las causas 13 y 44, que el 24 de marzo de 1976 los militares argentinos destituyeron al gobierno constitucional, período que se extendió hasta el 10 de diciembre de 1983, etapa que se conoce como "*Proceso de Reorganización Nacional*", disponiendo la división del país en seis zonas, con una estructura de mando jerarquizada que involucraba a todos los niveles de las fuerzas armadas, de seguridad e inteligencia, donde bajo la directiva de "*aniquilamiento de la subversión*" se persiguió a las personas y grupos que se oponían a dicho "*proceso*" perpetrándose graves violaciones a los derechos humanos.

Puede adelantarse, sin perjuicio de la revisión casatoria de la fundamentación de la sentencia sobre la que me pronunciaré más adelante, que las graves violaciones a los derechos humanos investigadas en las presentes actuaciones y que fueron traídas a estudio de esta Alzada, deben analizarse dentro del contexto del ataque generalizado y sistemático contra la población civil, inaceptables con arreglo al derecho, la ley y la costumbre internacional.

Ese es un aspecto fundamental sobre el que resulta conveniente señalar en este acápite, toda vez que ambas defensas han cuestionado la calificación legal internacional asignada a los hechos enrostrados a sus asistidos desde su contextualización en el marco histórico en el que ocurrieron, argumentando desde distintos

aspectos, la inviabilidad de la subsunción de las conductas atribuidas en el delito de genocidio -calificación asignada por el tribunal de juicio-, como así también en el de lesa humanidad.

Ya me he pronunciado sobre la caracterización legal de los hechos acaecidos durante la última dictadura cívico-militar en nuestro país, habiendo concluido categóricamente que ellos deben ser calificados como constitutivos del delito de lesa humanidad (cfr. mis votos en Sala I: causa n° 16.179, "Bustos, Pedro Nolasco; Olivieri, José Filiberto y Worona, Jorge Vicente s/recurso de casación", reg. n° 21.056 del 15 de mayo de 2013; causa n° 1596/13, caratulada "Ayala, Juan Domingo s/recurso de casación", reg. n° 24.774, del 13 de octubre de 2015; CFP 8786/2005/11/CFC1, "Vergez, Héctor Pedro s/recurso de casación", reg. n° 2190/16.1 del 11 de noviembre de 2016; y mi voto en Sala III: causa n° 16/2012, "Carrizo, Salvadores, Carlos Eduardo del Valle y otros s/recurso de casación", reg. n° 740/16, del 9 de junio de 2016).

Y es que sobre este punto cabe evocar lo sostenido por el Máximo Tribunal al resolver el recurso de hecho deducido por los querellantes en la causa "Derecho, René Jesús s/inc. de prescripción penal de la acción, -causa n° 24.079-", del 11 de julio de 2007, oportunidad en la que se remitió a los fundamentos y conclusiones del Procurador General. Se destaca en su dictamen que *"...la comunidad internacional ha realizado un esfuerzo conjunto para definir, en una evolución cuyo último punto sobresaliente lo constituye el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en qué consisten los crímenes de lesa humanidad [...]. Los crímenes de lesa humanidad, al igual que los delitos contra las personas, implican*

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





graves lesiones de los derechos humanos. La distinción tiene su punto de partida en que los crímenes de lesa humanidad no lesionan sólo a la víctima que ve cercenado por el delito sus derechos básicos, sino que también implican una lesión a toda la humanidad como conjunto. Esta es la característica que fundamenta, entre otras cosas, la jurisdicción universal de este tipo de crímenes. El autor comete un crimen contra toda la humanidad por la gravedad y tipicidad del delito, al perpetrarlo y no sólo contra su víctima directa. En este sentido explica Satzger, el autor de un crimen de lesa humanidad, con su conducta, se rebela contra un estándar mínimo de derechos de la humanidad en su conjunto. Los tipos penales de los crímenes de lesa humanidad protegen sólo de manera secundaria los bienes jurídicos de las personas individuales (Helmut Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht. Baden- Baden, Alemania, 2005, pág. 203)".

En cuanto a los requisitos típicos que deben reunirse para que un acto puede calificarse de ese modo, se señaló en dicho precedente que, a la luz de la doctrina, *"...el requisito más relevante para que un hecho pueda ser considerado delito de lesa humanidad consiste en que haya sido llevado a cabo como parte de un ataque que a su vez -y esto es lo central- sea generalizado o sistemático"*.

Este requisito recibió un tratamiento jurisprudencial en el fallo "Prosecutor v. Tadic", dictado por el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia el 7 de mayo de 1997.

Allí se explicó (apartados 647 y ss.), que la ~~inclusión de los requisitos~~ de generalidad o

sistematicidad tenía como propósito la exclusión de hechos aislados o aleatorios de la noción de crímenes contra la humanidad. Generalidad, significa, según el fallo, la existencia de un número de víctimas, mientras que sistematicidad hace referencia a la existencia de un patrón o de un plan metódico realizado siempre de la misma manera, utilizando los mismos procedimientos.

Asimismo se aclaró que hay un consenso generalizado de que no es necesario que los dos requisitos previstos en la primera condición se den acumulativamente, advirtiéndose que ellos *“fueron también definidos por el Tribunal Internacional para Ruanda del siguiente modo: ‘... El concepto generalizado puede ser definido como masivo, frecuente, de acción a gran escala, llevado a cabo colectivamente con seriedad considerable y dirigido a una multiplicidad de víctimas. El concepto ‘sistemático’ puede ser definido como completamente organizado y consecuente con un patrón regular sobre la base de una política común que involucra recursos públicos o privados sustanciales (The Prosecutor versus Jean-Paul Akayesu, case n° ICTR-96- 4-T)...”*.

En cuanto al restante requisito, *“policy element”*, se sostuvo que *“...sirve para excluir del tipo penal de los crímenes de lesa humanidad hechos aislados, no coordinados y aleatorios y configura el elemento propiamente internacional de esta categoría de crímenes [...]”* (“Colombo, Juan Carlos s/recurso de casación”, causa n° 12.625, rta. 6/5/11, reg. n° 565.11, Sala III).

En similar sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado acerca de las cuestiones planteadas en Fallos: 327:3312;

~~328:2056~~ y también las cuatro Salas de esta Cámara (cfr.

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

Sala II, "Barcos, Horacio Américo s/recurso de casación", causa n° 12.652, rta. el 32/3/2012, reg. n° 19754 y "Losito, Horacio y otros s/recurso de casación", causa n° 10431, rta. el 18/04/2012, reg. n° 19853); Sala III, causa n° 9896, "Menéndez, Luciano Benjamín y otros s/recurso de casación", rta. el 25/08/2010, reg. n° 1253/10; Sala IV causa n° 12821 "Molina, Gregorio Rafael s/recurso de casación", rta. el 17/02/12, reg. n° 162/12 y de esta Sala *in re*: causa n° 7896 "Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/recurso de casación e inconstitucionalidad", rta. el 18/05/2007, reg. n° 10.488; causa n° 7758 "Simón, Julio Héctor s/recurso de casación", rta. el 15/05/2007 y causa n° 9517 "Von Wernich, Christian Federico s/recurso de casación", rta. el 27/03/2009, reg. n° 13516, "Bustos, Pedro Nolasco; Olivier, José Filiberto y Worona, Jorge Vicente s/recurso de casación", causa n° 16.179, reg. n° 21.056, rta. el 15/5/2013, siguiendo la línea plasmada en 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 en la jurisprudencia de la C.I.D.H. en los casos: "Barrios Altos vs. Perú" -14/3/2001-, "Goiburú vs. Paraguay" -22/9/06-; "Almonacid Orellano vs. Chile" -29/9/06-; "La Cantuta vs. Perú" -29/11/06-, "Masacre de Río Negro vs. Guatemala" -4/9/12-, entre otros).

En oportunidad de expedirme en la causa n°

~~16.179~~ caratulada "~~Bustos, Pedro Nolasco; Olivieri, José~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNO, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

Filiberto y Worona, Jorge Vicente s/recurso de casación”, del 15 de mayo de 2013, reg. n° 21.056 de la Sala I de esta Cámara, realicé un examen sobre la tipología de los crímenes de lesa humanidad y el paradigma de los derechos humanos, habiendo formulado los siguientes lineamientos que considero pertinentes reproducir.

“...Desde el inicio de nuestro Estado de Derecho en 1853, se consagraron constitucionalmente los derechos civiles, en 1949 los derechos económicos, sociales y culturales, que al derogarse por decreto militar en 1956 dicha Constitución, después del golpe de Estado de 1955, el gobierno de facto llama a una convención constituyente -proscripción mediante- y se incorpora a la Constitución restituida de 1853 el artículo 14 bis, donde se vuelven a incluir algunos derechos sociales y recién con la reforma de 1994, se incorporan constitucionalmente los derechos políticos y las normas del derecho internacional sobre derechos humanos -DIDH-, en sus artículos 37, 38, 39, 40 y 75 -incisos 22, 24 entre otros-, por lo que actualmente poseen jerarquía constitucional los derechos civiles y políticos; económicos, sociales y culturales; de los pueblos y sus garantías”.

“Debemos advertir que desde 1853 en nuestro sistema constitucional -en el artículo 99, posteriormente en el artículo 102 de la Constitución de 1860 y en el actual 118 a partir de la reforma de 1994-, incluimos el derecho de gentes, el principio de extraterritorialidad, la aplicación de la justicia universal y su competencia federal. Dicha norma se ha mantenido inalterable a través de las referidas reformas”.

“Paralelamente a los cambios políticos y jurídicos internos, operaron transformaciones

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



internacionales que obligan a nuestro país y le generan responsabilidades ante su incumplimiento”.

“En el siglo XX con la `Carta de Naciones Unidas` -1945- y la `Declaración Universal de los Derechos Humanos` -1948-, nació el nuevo paradigma jurídico de los derechos humanos. Las declaraciones, pactos, tratados que se aprobaron internacionalmente y que nuestro país ha ratificado, han constituido una nueva legalidad internacional y del derecho interno, a partir de la cual, este sistema jurídico complejo conformado por las normas exógenas y del derecho interno, otorgan nuevos derechos convencionales y competencias, que posibilitan que la sociedad, a través de sus ciudadanos, controlen a los gobernantes y al derecho, por lo que puede afirmarse que ya no habrá ningún acto de poder que pueda ser admitido ni aceptado como legítimo, si no pasa el test de los estándares mínimos en derechos humanos. Estos, sirven para hacer frente a las mayores concentraciones del poder, para su equilibrio, para la defensa de los seres humanos como sujetos y beneficiarios del derecho internacional, cuando dentro de los límites de su país padecen violaciones a sus derechos”.

Vigente el paradigma de los derechos humanos desde 1948, cuando se instauraron los autoritarismos en el Cono Sur en la década de los años '70, sectores de la sociedad civil, ONG, las/os ciudadanas/os comprometidas/os con los derechos humanos, militantes, opositores a las diversas modalidades antidemocráticas, usaron del discurso jurídico y el monitoreo supranacional que prevén los tratados, para hacer frente a la ilegitimidad de un sistema autoritario. Esa subsidiaridad en su uso del ~~derecho internacional~~, fue útil cuando el Estado en el

orden interno, no administraba justicia y se perpetraban graves violaciones a los derechos humanos, tales como privaciones ilegítimas de la libertad, secuestros, desapariciones forzadas, torturas, funcionamiento de centros clandestinos de detención, asesinatos a los opositores políticos, sociales y adversarios, ilícitos en manos del Estado terrorista y sin control judicial.

Lejos de servir los mecanismos internacionales para esa etapa autoritaria, los Organismos de DDHH y las/os abogadas/os defensores de los derechos humanos fueron profundizando sus prácticas con la instauración de las democracias, las que cada vez adquirieron más fuerza en el contexto regional y global.

Mientras tanto en el desarrollo jurídico fue creciendo la idea del *neoconstitucionalismo*, que constituye la superación de la concepción decimonónica del Estado Liberal de Derecho que funciona con una constitución en donde sus procedimientos y formas se encuentran establecidos; por la etapa del Estado Constitucional de Derecho, donde además es significativo el contenido, al decir de Luigi Ferrajoli que corresponden a dos modelos normativos diferentes: *"...el modelo paleoiuspositivista del Estado legislativo de Derecho (o Estado legal), que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neoiuspositivista del Estado constitucional de Derecho (o modelo constitucional)..."* ("Neoconstitucionalismo", Editorial Trotta SA, segunda edición 2005, Madrid, España, artículo "Pasado y futuro de Estado de Derecho", páginas 13/14).

Esta nueva concepción del neoconstitucionalismo, ~~ampliando la incidencia del DIDH en las normas internas,~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





como así también que todos los actos estatales deben aprobar el estándar de los derechos humanos para su validez y legitimidad, incorporará a la organización interna de los Estados una nueva práctica, que traerá discusiones y desequilibrios si pretendemos abordarla con las antiguas concepciones jurídicas del Estado Liberal de Derecho. De esta nueva legalidad resultará una síntesis entre *"constitución-derechos humanos-democracia"*, que abre paso a la incorporación de tipologías que modificarán lo actuado hasta ahora.

2. 2. Globalismo jurídico.

En el siglo XXI va creciendo la fuerza del globalismo jurídico, en donde los derechos corresponden a los seres humanos, que nacen libres e iguales, independientemente de su nacionalidad, raza, condición social, educación, linaje, etnia, ciudadanía, género y que no reconoce ningún tipo de fronteras.

Este globalismo jurídico se encuentra contenido en las declaraciones, pactos, tratados, convenciones, internacionales y regionales, que a su vez cada uno de ellos tienen sus propios organismos políticos, jurídicos, contenciosos y cuasi contenciosos de control del cumplimiento del contenido de esos instrumentos, ratificados voluntariamente por los Estados que los suscriben.

El contenido de las normas del DIDH, se basa en un consenso universal; ellas poseen un positivismo convencional regulado en el texto de los artículos respectivos en cada instrumento, que tienen en el caso de Argentina jerarquía constitucional, si se trata de los instrumentos contenidos en el artículo 75 inciso 22 de la ~~Constitución Nacional~~ -once instrumentos reconocidos en la

Convención Constituyente en 1994 y dos posteriormente, por el mecanismo que la propia CN determina-, o con jerarquía superior a las leyes internas -conforme el artículo 75 incisos 22 y 24 CN-, de manera que todas las normas y actos de los poderes del Estado se deben adecuar a éstos, de lo contrario la CSJN deberá resolver sobre su constitucionalidad en ejercicio jurisdiccional del “control de constitucionalidad y convencionalidad” de las leyes y actos de gobierno. Lo completa el derecho internacional consuetudinario o derecho de gentes, que a modo de ejemplo cabe recordar que los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, determinan la vigencia del derecho de gentes, aún cuando se denunciare el Convenio. Al respecto véase Los Convenios I artículo 63; C II artículo 62; C III artículo 142; C IV artículo 158; Protocolo Adicional I artículo 1 y Protocolo Adicional II cuarto párrafo del Preámbulo.

También corresponde la aplicación del derecho de gentes, conforme surge del artículo 43 de la Convención de Viena del derecho de los Tratados, al establecer el deber de los Estados de cumplir las obligaciones enunciadas en los referidos instrumentos convencionales, o de las que surjan del derecho internacional independientemente del tratado. Se refuerza con el artículo 53 al regular la nulidad de los tratados que se opongan a una norma de “jus cogens”, imperativa del derecho internacional general.

El cumplimiento del derecho de gentes, dentro de nuestro sistema jurídico lo encontramos además en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -PIDCP-, al regular el principio de legalidad

~~penal internacional, que establece: “1. Nadie será~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

*condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional..."; completando con: "2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional"; reafirmando que las graves infracciones de derecho internacional de *jus cogens*, imponen la obligación de investigar, enjuiciar y sancionar a todos los Estados, acarreando los compromisos estaduales de: inderogabilidad de juicio; deber de procesar o extraditar; imprescriptibilidad de los delitos; inaplicabilidad de excepciones de inmunidad, incluyendo a los jefes de Estado; exclusión de cualquier mecanismo legislativo, político o judicial para perpetrar la impunidad -leyes de obediencia debida, punto final, indultos, cosas juzgadas írritas o fraudulentas-; obligatoriedad de aplicación en tiempos de guerra o de paz, no habilitando su derogación ni suspensión en excepciones constitucionales -tales como estado de sitio, conmoción interna, leyes marciales, estado de guerra- y competencia de la justicia universal.*

Al respecto la CIDH ha mantenido estas obligaciones al afirmar en el caso "La Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala" -fallo del 24/11/2009-, que se llevaron adelante acciones militares con el conocimiento y cumpliendo órdenes de los más altos mandos militares, por los que se perpetraron matanzas con actos de extrema crueldad con el propósito de eliminar a personas y grupos definidos como el enemigo y dirigidos a aterrorizar a la población, habiendo aplicado el Estado la doctrina de la

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

seguridad nacional, considerando "enemigo interno" a toda persona que se opusiera -considerandos 71 y 73-. Reitera que los Estados tienen la obligación de respetar el procedimiento de recursos judiciales efectivos, tal cual lo dispone el artículo 25 de la CADH, de conformidad con el debido proceso -artículo 8. 1. CADH-, debiéndose garantizar los derechos convencionales -artículo 1. 1. CADH-, debiendo la justicia asegurar en tiempo razonable el derecho de las víctimas a conocer la verdad y sancionar a los responsables, con remisión a los casos "Bulacio vs. Argentina" -18/09/2003, "Zambrano Vélez vs. Ecuador" -04/07/2007- y "Kawas Fernández Vs. Honduras" -considerandos 104 y 105-.

Cabe señalar que la CSJN ha sostenido en los casos "Girolodi" (Fallos: 318:514), "Bramajo" (Fallos: 319:1840) y más extensamente a partir de su nueva conformación en "Arancibia Clavel" (Fallos: 327:3312); "Simón" (Fallos: 328:2056) y "Mazzeo" (Fallos: 330:3248), constituyendo jurisprudencia reiterada, que las normas del derecho interno se interpretan tomando como guía a la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos -CIDH-, receptando su jurisprudencia contenciosa y opiniones consultivas -OC- por disposición del constituyente, a partir de la reforma de la Constitución Nacional en 1994.

También en casos previos al del autoritarismo militar argentino sometidos a su decisorio, en el caso "Priebke, Erich s/Solicitud de extradición" (Fallos: 318:2308) cuando resolvió la extradición solicitada por Italia de un jerarca perteneciente al ejército nazi de la II Guerra Mundial, ya había fallado consagrando que los delitos de genocidio y lesa humanidad pertenecen al *ius*

~~cogens internacional, lo que implica que el transcurso del~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





tiempo no purga estas ilegalidades y en el caso "Arancibia Clavel" -A. 869. XXXVII- referido a un agente de la DINA de Chile, sostuvo que el accionar constituye asociación ilícita tipificada en el artículo 210 C.P., utilizada para perseguir a opositores políticos por medio del homicidio, desapariciones forzadas y tormentos, también son delitos de lesa humanidad al formar parte de una organización para cometerlo, por ello son crímenes imprescriptibles, porque constituyen delitos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se propuso erradicarlos; asumiendo el decisorio de respetar el *ius cogens* internacional contenido en el derecho de gentes.

La CSJN ha receptado los fallos de la CIDH, especialmente de los casos "Barrios Altos Vs Perú" -14/03/2001- y "Almonacid Orellano y otros Vs Chile" -26/09/2006-, cuando debieron resolver cuestiones semejantes a las falladas por la Corte Interamericana, sobre la inconstitucionalidad de las leyes de impunidad 23.92 y 23.521 y la validez de la ley 25.779; como así también sobre la inconstitucionalidad del indulto 1002/1989.

2. 3. El paradigma de los derechos humanos.

Los derechos contenidos en el sistema convencional no constituyen un plus a los derechos subjetivos del constitucionalismo decimonónico, poseen una construcción epistemológica distinta, por ello no puede alegarse normas de derecho interno que pretendan desconocerlos u obtener la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos.

En primer lugar en cuanto a su origen, los derechos humanos surgen a partir de la Carta de ONU y la "~~Declaración Universal de los Derechos Humanos~~", son

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



construcciones convencionales realizadas entre los Estados que las elaboran en los primeros momentos con formato de declaraciones, donde se discutía su exigibilidad, hasta perfeccionarlas en Pactos y Convenciones exigibles por quienes las ratifiquen. En la actualidad los derechos humanos son aceptados por sus características de supra legalidad interna, de orden público, indivisibilidad, exigibilidad, irrenunciabilidad, no regresividad y aplicación del principio *pro homine*, los que se diferencian de los derechos subjetivos que surgieron como exigencia de los propietarios ante el poder absoluto al constituirse el Estado Liberal de Derecho, donde los derechos a la propiedad y las modalidades de libertad eran los ejes, siendo el principal papel estatal su consagración legislativa y su rol abstencionista.

En segundo lugar en cuanto a la formalidad, los derechos humanos son construcciones normativas convencionales que se realizan entre Estados ya sean de una misma pertenencia internacional o regional -ONU, OEA, Unión Europea, Unión Africana-, que a pesar de las diferencias culturales, étnicas, de geopolíticas, de poder, se consensuan estándares mínimos de derechos, de manera que si un Estado en su derecho interno tiene mayores reconocimientos, funciona el principio *pro homine* y se aplica siempre el derecho más favorable al ser humano, pero a la vez los Estados que lo ratifican no pueden alegar cuestiones domésticas para incumplirlos, siempre deben respetar el piso mínimo. Estos instrumentos luego de ser sometidos a su aprobación en el organismo internacional o regional que corresponda, poseen otro proceso igualmente formal por los poderes de cada Estado, ~~para su nueva aprobación en el derecho interno y una vez~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

que se logra el voto positivo, nuevamente vuelve al trámite internacional, hasta culminar con el depósito del instrumento ratificado. En cambio los derechos subjetivos se consagran por la sanción de las leyes de cada Estado, ya sean constitucionales u ordinarias, son formulaciones generales que conforman las constituciones, legislaciones internas, normas del sistema jurídico, que contemplan las particularidades de cada país, que pueden ser cambiadas con mayor frecuencia, dado que depende únicamente del poder político de cada Estado y la correlación de fuerzas internas.

En tercer lugar se diferencian en cuanto al sujeto. Los derechos humanos son violados por acción u omisión por los Estados, de manera que no sólo éstos incumplen una convención cuando en sus prácticas las vulnera o desconocen directamente, sino también cuando frente a una situación de desposesión generalizada no adopta políticas públicas para que las/os ciudadanas/nos y los seres humanos tengan acceso a los derechos, de manera que se reconoce la antijuridicidad objetiva. Mientras que los derechos subjetivos son vulnerados por particulares, personas físicas o jurídicas, grupos, sociedades, que se encuentran en el circuito económico y poseen una base contractual privada o perpetran una conducta disvaliosa tipificada como ilícito. En una comunidad todos deben obrar respetando la ley, por ello quienes no se adaptan al respeto normativo les corresponderá procesos y sanciones frente a ilícitos, pero mucho más grave aún es cuando desde los Estados se violan los derechos, dado que la "razón de estado" de todo Estado de Derecho debe ser el acatamiento irrestricto a la ley, no es aceptado que los ~~Estados incumplan con las leyes.~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

En cuarto lugar se diferencian en cuanto al objeto, los derechos humanos son derechos y garantías que constituyen necesidades humanas internacionalmente objetivadas en los respectivos instrumentos convencionales, se parte de la concepción de que todo ser humano es un sujeto de derecho internacional y cada Estado como parte integrante de la comunidad internacional debe velar para que todas/os disfruten de los derechos, independientemente de su capacidad de adquirirlos frente al mercado. Deben ocuparse los Estados del acceso al derecho, remover los obstáculos cuando los seres humanos no pueden tener derechos. Por otro lado el objeto de los derechos subjetivos es primordialmente la defensa y protección del derecho de propiedad, los objetos susceptibles de apreciación patrimonial reconocidos por las leyes del sistema jurídico interno.

En quinto lugar se diferencian en cuanto al sistema de garantías. Los derechos humanos contenidos en el sistema convencional cuando son violados, las/os ciudadanas/os disponen de un accionar jurisdiccional en los tribunales de justicia de su país, pero si el reclamo no es receptado y se sienten agraviadas/os, subsidiariamente pueden petitionar ante el organismo de control de cada instrumento convencional, por ejemplo ante el incumplimiento de las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, una vez que se agota la jurisdicción interna y dentro de los seis meses -conforme artículo 64. 1. B) de la CADH-, se puede acudir a la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos y por intermedio de ésta o como medidas provisionales ante la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos; además la legitimación activa es más amplia cubriendo el abanico

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

desde el afectado -característica de los derechos subjetivos-, hasta ONG, pueblos, Estados; igualmente pueden citarse procedimientos similares ante el incumplimiento de los demás tratados, que recordemos tienen jerarquía constitucional trece instrumentos según el artículo 75 inciso 22 CN. Mientras que si la vulneración es de derechos subjetivos, se pone en funcionamiento el poder judicial cuando los particulares incumplen contratos, frente a obligaciones insatisfechas, ante la turbación ilegítima de un derecho o frente a la desposesión arbitraria, porque lo que se reclama es reponer al estado anterior al litigio o en caso de imposibilidad -como es la muerte de una persona por otro particular, ya sea ante delitos o cuasi delitos- se reclamará el daño y perjuicio, la sanción punitiva, o ambas. En la actualidad catorce instrumentos de DIDH tienen jerarquía constitucional; conforme el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

En sexto lugar se diferencian en cuanto a la jurisdicción. Los derechos humanos son subsidiariamente internacionales o regionales, según del instrumento convencional del que se trate. Se aplica la subsidiaridad porque primero deben reclamarse ante el propio Estado donde se ha producido la violación y una vez que se agotaron los recursos de la jurisdicción interna de cada país, se habilita la petición, denuncia o queja internacional. Los derechos subjetivos tienen jurisdicción interna, deben ser judicializadas en los tribunales competentes de cada país y el superior tribunal de justicia es el que resuelve en definitiva, siendo a partir de dicho acto la sentencia definitiva e inapelable. Sólo cuando el litigio versa sobre cuestiones de derechos

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

humanos, es posible someter el decisorio a análisis de otro organismo supranacional, pero éste no podrá revisar un fallo de los tribunales de otro país, ni las leyes internas de ese, sino que sólo analizará si el caso sometido a análisis, viola o no normas convencionales.

Esta construcción acerca de los derechos humanos trae consecuencias en la teoría de los derechos subjetivos, porque frente a determinadas violaciones sobre los primeros, no podemos analizar únicamente los contenidos del derecho interno, sino que se impone el control de convencionalidad. Ello implica que en el ámbito penal se debe revisar el derecho de los imputados y el derecho de las víctimas, así el debido proceso debe asegurar que se cumplan las etapas procedimentales para recorrer el camino de investigación, verdad, juzgamiento, sanción y reparación. En el análisis de los derechos de las víctimas, incluye a los directamente interesados, a sus familias y a la sociedad, cuando nos encontramos frente a graves violaciones a los derechos humanos y crímenes de derecho penal internacional, tales como lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la paz, torturas, apartheid.

En este paradigma, el debido proceso es analizado como el "*derecho judicial eficaz*", de manera que no es posible aceptar la cosa juzgada -típica garantía del imputado en el derecho penal liberal clásico-, sino se respeta el estándar mínimo convencional, para que esa sentencia tenga validez de cosa juzgada, debe ser el resultado de un proceso para arribar a la verdad, sanción y reparación, por lo que incluye analizar derechos y garantías de ambas partes: imputados y víctimas. O sea,

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



exige el balance o equilibrio entre ambos sujetos procesales.

Como lo sostuvo la CIDH en el caso "La Cantuta vs. Perú" -29/11/2006-, no constituye cosa juzgada un proceso que tuvo como objetivo asegurar la impunidad con leyes que así lo consagraban -leyes 26479 y 26492-, si no se cumple con los estándares mínimos de exigibilidad de los derechos humanos. Se incorpora con este decisorio el deber de los Estados de desterrar la impunidad.

Continúa en el considerando 81 analizando la CIDH la gravedad de las violaciones, por el contexto de la práctica sistemática de detenciones ilegales y arbitrarias, torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas perpetradas por las fuerzas de seguridad e inteligencia estatal. Establece que el carácter sistemático de la represión contra sectores de la población opositores al gobierno, con pleno conocimiento o perpetrando las órdenes de los más altos mandos de las fuerzas armadas, servicios de inteligencia, del poder ejecutivo de ese entonces, en un contexto de impunidad que favorecían las violaciones; agregando en el considerando 82 la particular gravedad por la existencia de una estructura de poder organizado para llevar a cabo ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas, que constituyeron un padrón de conducta como método de eliminación por pertenecer a "organizaciones subversivas" o ser sospechosos, habiéndose empleado de manera sistemática y generalizada por agentes estatales.

Según jurisprudencia de la CIDH para que una sentencia tenga validez de cosa juzgada, o para que se le atribuya esa eficacia, debe exhibir: definición del

derecho, intangibilidad, definitividad y sólo sobre esa hipótesis se construye la garantía del *ne bis in idem*.

La sentencia es el resultado del debido proceso, reprobándose la simulación de enjuiciamientos, cuyo propósito ha sido la vulneración de las normas convencionales sobre derechos humanos, para consagrar la impunidad de los imputados y la vulneración de los derechos de las víctimas que impidan investigar y arribar al derecho a la verdad.

Analizando su construcción epistemológica, se advierte que el derecho aplicable ante las graves violaciones a los derechos humanos del caso, es el derecho convencional citado, siendo éste un crimen de lesa humanidad.

2. 4. Naturaleza jurídica de los delitos del Derecho Penal Internacional y el instituto de la prescripción. Principio de legalidad internacional e irretroactividad de la ley penal.

Con la reforma de la Constitución Nacional en 1994 y la jerarquía asignada a los tratados sobre derechos humanos, al sistema de los tratados internacionales y a los de integración, se estaba asumiendo la decisión política de receptar el neoconstitucionalismo, constitucionalismo de derechos avanzado, o del Estado Constitucional de Derecho siendo ésta la coalición de Democracia-Derechos Humanos y Constitución, donde observamos una refundación de la legalidad: Ordinaria y constitucional, estatal y supraestatal, lo que determina una nueva relación entre derecho interno e internacional.

En consecuencia la etapa del neoconstitucionalismo implica asegurar: a) que el contenido de la Constitución debe ajustarse a los

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





estándares del DIDH; b) el carácter político vinculante de la Constitución; c) el control de constitucionalidad y convencionalidad de las leyes y actos de gobierno; d) la interpretación directa -operatividad- de la Constitución por el aparato jurisdiccional del Estado; e) el garantismo jurídico de los imputados y de las víctimas; f) la validez en el derecho interno de las interpretaciones, opiniones consultivas, fallos, resoluciones de los organismos supraestatales de monitoreo de los tratados sobre derechos humanos, de los que el Estado es parte; g) la subordinación de los Estados nacionales a los derechos humanos.

Como señalara precedentemente, por su construcción epistemológica, los derechos humanos ante los ilícitos de derecho penal internacional -DPI-, se rigen por la norma y la costumbre internacional, los que se diferencian de los delitos de derecho interno, en cuanto a la aplicación del principio de legalidad, correspondiendo a los primeros el principio *"nulum crimen sine jure"*, mientras que ante delitos comunes se aplica el principio de *"nulum crimen sine lege"*, sin violentar el citado principio.

En el derecho interno rige el principio *"nulum crimen sine lege"*, lo que determina que para el juzgamiento de los delitos del derecho interno, debe existir la legitimación de la ley previa, que observe las formalidades de ser sancionadas por el poder legislativo, debiendo estar sus contenidos en sintonía con la norma constitucional, porque será sometida al test de convencionalidad y constitucionalidad por los jueces, para su aplicación e interpretación.

Es la facultad de poder legislar de pleno derecho que tienen los Estados en su monopolio normativo, de tipificar las conductas que considera ilícitas y ejercer el poder represivo contra las personas, para evitar se perjudiquen a terceros por la comisión de delitos. Para que tenga reproche punitivo una conducta -acción u omisión-, debe existir una ley previa vigente que así lo tipifique.

En el ámbito del DPI rige el principio "*nulum crimen sine jure*", de manera que son delitos los que se encuentran normados en las convenciones, como así también en el derecho consuetudinario internacional, el derecho de gentes y los principios generales del Derecho Internacional -DI-.

El principio de legalidad en DPI implica que se tiene conocimiento previo que determinados actos constituyen graves violaciones al derecho de gentes, a los derechos humanos y que por ello, en caso de ser investigados, incriminados, determinando las responsabilidades, deben ser juzgados y encontrándose los responsables, se impondrán sanciones y se divulgarán los resultados. Ese conocimiento previo de qué actos constituyen delitos, qué se encuentra prohibido tienen una base normativa y no debe ser arbitraria, sino absolutamente razonable.

Cabe recordar que el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg al sancionar los crímenes de guerra ocurridos en la Segunda Guerra Mundial por el nazismo, estableció que los acusados habían violado un conjunto de normas de comportamiento claramente establecidas por el DPI, con anterioridad a la sanción del

~~Acuerdo de Londres -1945-, dado que habían sido~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



recepcionadas en la Convención de La Haya -1907- en los artículos 46, 50, 52 y 56 del "Reglamento de las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre" y en la "Convención de Ginebra" -1929- en los artículos 2, 3, 4, 46 y 51; resolviendo que ante las violaciones a estas normas internacionales, quienes fueran declarados culpables debían ser sancionados.

Como precedentes cabe consignar que en los procesos substanciados ante tribunales internacionales desde 1946, se rechazó sistemáticamente el argumento de que se había violado el principio de legalidad, no haciendo lugar a los planteos de las defensas de estos crímenes internacionales, acerca de que se aplicaban leyes ex post facto, como sucedió en los juicios contra Adolf Eichmann en Israel -1960-; contra Klaus Barbie en Francia -1987-, y contra Imre Finta en Canadá -1989-.

No existe un código penal internacional donde se defina más allá de lo regulado por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional -ratificado por Argentina por la ley 25.390-, en el que se tipifican delitos y sanciones, pero no se cuestiona que someter a una persona a esclavitud, *apartheid*, a graves violaciones de derechos humanos como crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la paz, aplicación de la torturas sistemática y generalizada, encarcelamientos ilegales en centros clandestinos de detención -CCD-, persecuciones políticas, étnicas, raciales, religiosas, son delitos contemplados en el Derecho Penal Internacional que deben ser sancionados.

Por ello, la pena se aplica de acuerdo a la gravedad del delito tipificado en el derecho internacional, debiendo tener el correlato que ante los

más graves delitos, corresponden las más graves sanciones; tomando en cuenta que además en el derecho interno, los actos penales se encuentran legislados en los respectivos códigos, a veces con penas más benignas, pero nadie podrá argumentar el desconocimiento de la ilicitud cuando se perpetran las más graves violaciones a los derechos humanos, porque aunque no exista un capítulo específico del delito internacional en los códigos penales locales, no eliminan el carácter de delitos penales internacionales, su gravedad y la obligación estatal de su juzgamiento.

En este sentido la CIDH en el caso las "Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador", sentencia del 23/11/2004, estableció que *"...si bien al momento de los hechos El Salvador no había ratificado la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, no se podía oponer la irretroactividad de la ley penal, por considerar que el homicidio y su posterior desaparición, en las circunstancias del ilícito por la intervención estatal, ya constituían delitos de lesa humanidad"*.

También se diferencian en cuanto a la jurisdicción aplicable. En nuestro sistema jurídico cuando se sanciona la Constitución Nacional en 1853, ya disponía en su texto en el artículo 99 -posterior numeración 102 con la reforma de 1860 y actual artículo 118 CN 1994-, que: *"...los juicios criminales... cuando éstos se cometan fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio"*, por lo que desde el inicio del Estado de Derecho nos sometíamos a la jurisdicción internacional, al respeto del Derecho de

~~Gentes aún de origen consuetudinario, el que en su~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

evolución implica la subordinación a los derechos humanos de contenido convencional.

La jurisdicción universal, cuyos antecedentes se remontan a Grocio, consiste en atribuir competencia a los tribunales de cualquier Estado para el conocimiento, enjuiciamiento y sanción de delitos de DPI, independientemente de la nacionalidad del autor, partícipes, cómplices, encubridores y sin tomar en cuenta el lugar de su comisión. Se pone de manifiesto que hay un interés general de la humanidad ante graves violaciones a los derechos humanos, para su represión y sanción.

De modo que la jurisdicción universal consiste en la capacidad del Estado de perseguir, juzgar y someter a sus propias leyes, hechos sobre los cuales no tiene conexión, no obstante le atribuye a sus tribunales de justicia, la competencia de conocer sobre los mismos, como surge del citado artículo 118 de la Constitución Nacional, delimitándose constitucionalmente al derecho de gentes.

En nuestro país se aplica la jurisdicción universal penal, por la naturaleza del delito -cuando vulnera el derecho de gentes-, prescindiendo del lugar en que se haya cometido, la nacionalidad del autor, la nacionalidad de la víctima, o cualquier otro nexo con el Estado.

Por la gravedad de estos delitos internacionales, se incluyen cláusulas por las que los Estados se obligan a adoptar medidas legislativas, judiciales, administrativas y de cualquier otra índole para perseguir, enjuiciar y sancionar a los responsables, independientemente de que tales personas residan en el territorio del Estado en que se han cometido los actos,

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

sean nacionales de ese Estado, de otro Estado o sean apátridas.

Para los delitos del derecho interno, no existen mecanismos por los cuales el Estado ceda o admita prórroga de su jurisdicción para el juzgamiento dentro de su territorio. Constituye un ejercicio soberano legislar, organizar su justicia, aplicarla para la materia penal, admitir que en otro país se juzguen crímenes comunes cometidos en sus fronteras, salvo supuestos taxativamente normados, implica un menoscabo soberano. El Código Penal en el "Libro I, Título I, sobre la Aplicación de la Ley Penal", en su artículo 1 establece "1. Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción. 2. Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo".

Otra diferencia que puede señalarse es relativa a la culpabilidad. En los delitos tipificados en el derecho interno rige el principio de inocencia, por el cual nadie es culpable hasta tanto no se demuestra en juicio. Ello se determina a la luz de los elementos analíticos estructurados en la teoría del delito, siendo su castigo proporcional a su culpabilidad, acorde con la magnitud del injusto.

Frente a los delitos del DPI a sus autores se aplica la teoría del dominio del hecho, siendo responsables penalmente si conocían, debían conocer y no hicieron nada para impedirlo, no denunciaron, siendo agentes del Estado, o particulares que actuaron con la aquiescencia del Estado. Se evalúa la autoría mediata en

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



la cadena de responsabilidades desde el superior jerárquico hasta los subordinados.

Se analiza la responsabilidad por la fungibilidad del ejecutor, como lo sostiene Claus Roxin, se sanciona al hombre de atrás, el que da las órdenes, el que sabe que sus mandas serán ejecutadas por agentes regimentados, que a su vez son "fungibles" capaces de cumplir y ejecutar las órdenes de esa organización criminal estatal a la que pertenecen.

Se determina la culpabilidad por la responsabilidad funcional en la cadena de ilícitos, desde el inicio del delito internacional, hasta el destino final. Otra diferenciación encontramos en cuanto a la legitimidad de la sanción con una pena.

En el derecho penal interno, dentro del derecho penal de acto, más allá de la discusión doctrinaria, por imperio constitucional la pena se impone con un criterio de prevención especial y resocialización del condenado, siempre dentro de un Estado limitado en el ejercicio del *jus puniendi*. Se cuantifica la pena según la culpabilidad y la gravedad del injusto.

Demostrada la naturaleza de los delitos de DPI, la legitimación de la pena está dada por el derecho interno y por el derecho exógeno, existiendo una afectación de ambos.

Los actos u omisiones provocadoras de materialidad dañosa, con menoscabo de los derechos de terceros, que afectan gravemente los derechos humanos, el DIDH, DPI, el Derecho Internacional Humanitario, que constituyen los más graves delitos contra toda la comunidad internacional civilizada, existe consenso en la ~~comunidad jurídica mundial que deben recibir grave sanción~~

penal, dentro de la escala legislada en el derecho interno e internacional, porque debe ser ejemplar, como resguardo de la continuidad de la raza humana, porque cuando se producen, no importa el lugar de la comisión, siempre ofenden a toda la humanidad. Por esta razón para que sea efectiva la pena, estos crímenes son imprescriptibles y habilita a la justicia universal para su enjuiciamiento.

En esta etapa del globalismo jurídico, no sólo debe asegurarse el derecho de los imputados, sino también el de las víctimas, sus familiares y de la sociedad como garantía de que crímenes de derecho penal internacional, que por su naturaleza poseen una gravedad máxima no vuelvan a perpetrarse, corresponde aplicar sanciones a los responsables acorde al ilícito investigado, como mecanismo de funcionamiento de la legalidad convencional y como garantía contra la impunidad, para lo cual se ha producido un profundo desarrollo del derecho a la verdad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el citado caso "Mazzeo", destacó los principios y jurisprudencia internacional en los siguientes considerandos: 10. *"El D. I. Humanitario y DIDH prescriben la obligación por parte de toda la comunidad internacional de perseguir, investigar y sancionar adecuadamente a los responsables de cometer delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos"*; en el 14. *"Que la CN en su artículo 102 recoge la tradición jurídica y el derecho de gentes"*; 22. *"Que la CIDH ha impuesto las obligaciones de a) Esclarecer los hechos y responsabilidades, asegurando recursos eficaces "Velásquez Rodríguez 29/7/1988"; b) Garantizar los derechos de acceso a la justicia y de protección*

~~judicial "Loayza Tamayo 27/11/1998". "Castillo Páez~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

27/11/1988"; c) Identificar y sancionar a los autores intelectuales -CIDH "Blake 22/11/1999"; d) Adoptar disposiciones de derecho interno que asegure el cumplimiento del artículo 2 CADH. "Loayza Tamayo 27/11/1998", "Suárez Rosendo 22/11/1997"; "Durand y Ugarte. 16/8/2000"; e) Deber de investigar y sancionar no tiene excepciones "Villagrán Morales 19/11/1999", "Velásquez Rodríguez 29/7/1988"; f) Obligación de atender el derecho de las víctimas y sus familiares "Blake 24/1/1998, "Suárez Rosendo 12/11/1997"; "Durand y Ugarte 16/8/2000"; "Paniagua Morales 8/3/1998", "Barrios Altos", por esa razón se estableció la imposibilidad constitucional de indultar a los autores de crímenes de Lesa Humanidad al resolver la inconstitucionalidad del Decreto 1002/1989.

Conforme jurisprudencia reiterada de la CIDH, aceptar la cadena de impunidades, las mentiras, los retardos de justicia, las exculpaciones de responsabilidades, las disminuciones en el cumplimiento de penas, fueron generando un verdadero "legicidio" en las etapas del autoritarismo militar en el cono sur, del que no estuvo exento nuestro país -1976/1983- que agigantó los sufrimientos, padeceres, búsquedas de las víctimas y sus familiares, pero también fue generando un sentido de anomia de la norma por parte de la sociedad, la convicción que las leyes existen, pero no se cumplen, por la incapacidad del sistema penal para el enjuiciamiento a los responsables, generando una impunidad que lesiona a la democracia y al conjunto de la sociedad.

Del análisis realizado puede concluirse, en contestación a los agravios desarrollados especialmente por la defensa de Madrid, Elichalt y Kirilosky, que la

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNO, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, como los demás delitos tipificados en el derecho penal internacional, no derivan de una aplicación de la ley *ex post facto*, sino de una estricta aplicación de la legalidad internacional, porque de lo contrario el Estado incurriría en responsabilidad ante la comunidad de las naciones por el incumplimiento de los tratados.

Por esta razón se impone el principio de inderogabilidad de juicio, no aplicándose el instituto de la prescripción ni la exclusión de responsabilidades de los miembros que actuaron en las contiendas con leyes de amnistías o indultos, en el entendimiento que las normas de olvido y perdón contravienen con el derecho a la verdad, no pudiendo poner a cubierto las más severas violaciones a los derechos humanos, porque significarían un grave menosprecio a la dignidad humana y repugnarían a la conciencia de la humanidad.

La CSJN ha rechazado planteos semejantes por insustanciales al pretender revisiones de su doctrina reiterada cuando los recurrentes no ofrecen nuevos argumentos que ameriten una nueva evaluación de lo decidido -Fallos 327:3312; 328:2056; E. 191. L XLIII-.

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

De otro lado, se ha afirmado que se trata de un ~~mandato de justicia elemental, siendo que~~ *"...la impunidad*

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

de las violaciones de los derechos humanos (culture of impunity) es una causa importante para su constante repetición...” (cfr. Werle, Gerhard; “Tratado de Derecho Penal Internacional”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 84).

En efecto, *“...la categoría que hoy cuenta con una codificación penal (el Estatuto de Roma) y un cuerpo jurídico de interpretación en constante crecimiento, es también el producto de una evolución histórica que, al menos desde la segunda guerra mundial, ha incorporado con claridad las graves violaciones de los derechos humanos cometidas a través de la actuación estatal en el catálogo de delitos de lesa humanidad...” (del dictamen del Procurador General doctor Esteban Righi en “Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal”, del 1º de septiembre de 2006).*

En este orden de ideas es del caso señalar -sin perjuicio de que la plataforma fáctica traída a estudio será analizada más adelante-, que desde el más reciente desarrollo de la categoría jurídica “delitos de lesa humanidad”, no puede asentirse que al tiempo en que habrían ocurrido los hechos, crímenes de tal entidad no formarían parte del derecho internacional o no fueran receptados por el ordenamiento jurídico doméstico y que sus consecuencias tales como su imprescriptibilidad, no tuvieran plena vigencia, más allá del distinto nivel de positivización de sus normas respecto del alcanzado hoy en día en la comunidad internacional o en el ámbito penal nacional, pues el Estatuto tan solo reconoció una norma que se encontraba vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario.

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

En consonancia a ello ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en particular referencia a la viabilidad en la aplicación de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos respecto de hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigor, que *"...no se fuerza la prohibición 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... [Y] desde esta perspectiva, así como es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la convención, también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la convención al derecho interno..."* (considerandos 28 y 29 del voto de la mayoría en "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros", causa n° 259, del 28 de agosto de 2004, Fallos: 327:3312).

Así pues, *"...de acuerdo con lo expuesto y en el marco de esta evolución del derecho internacional de los derechos humanos, puede decirse que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la Comunidad Internacional..."* (considerando 32 del voto mayoritario en fallo citado supra).

Ello así por cuanto en nuestro ordenamiento jurídico no se *"...determina la exclusión del derecho de gentes. En la medida en que éste sea aplicable para la adecuada solución del caso, tal aplicación será*

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

inexcusable para el juzgador en función de lo dispuesto por el art. 21 de la ley 48, pues debe contemplarse la circunstancia de que como toda regla de derecho internacional, convencional o consuetudinaria, un tratado no se aplica en 'vacío' sino en relación con hechos y dentro de un conjunto más amplio de normas que integran el sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar y del cual no es más que una parte..." (considerando 15 del voto del doctor Bossert en "Priebke, Erich s/solicitud de extradición", causa n° 16.063/94, del 2 de noviembre de 1995, Fallos: 318:2148).

En punto a eso, nuestro Máximo Tribunal ha señalado que *"...los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos... pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el art. 118 de la Constitución Nacional..."* (considerando 16 del voto de la mayoría en "Arancibia Clavel, Enrique L. s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros", Fallos: 327:3312).

En este sentido, se ha sostenido *in re* "Bustos, Pedro Nolasco; Olivier, José Filiberto y Worona, Jorge Vicente s/recurso de casación" antes citado, que *"aquellas normas que describen y condenan una acción que atenta contra el llamado 'derecho de gentes', son de carácter imperativo, de ius cogens, pudiendo emanar de cualquier fuente de derecho internacional, toda vez que constituyen valores fundamentales de la comunidad internacional y que ningún Estado puede dejar de lado*

excepto por otra norma de igual carácter (art. 53 de la

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados), características que determinan como consecuencia, la apertura de la jurisdicción universal" (ver también "Videla, Jorge Rafael s/recurso de casación", causa n° 14.571, reg. n° 19.679, rta. el 22/6/2012).

"En ese contexto, a modo de conclusión, se observa que cuando los órganos jurisdiccionales de nuestro país dicen aplicar tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados con posterioridad a los hechos ilícitos investigados, lo que están plasmando en sus resoluciones no sólo es derivación de una fuente internacional, sino que también es la aplicación del derecho interno vigente al momento de tales sucesos que, de acuerdo al texto constitucional de 1853 de nuestra Carta Magna, se hallaba en el artículo 102 (actual 118, luego de la reforma introducida en el año 1994)".

"De otra parte, y en lo atinente al principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal, considero necesario efectuar una aclaración sobre los efectos dimanantes del reconocimiento del llamado derecho de gentes en la Constitución Nacional, particularmente en lo que respecta al principio consagrado en el artículo 18 de nuestra Carta Magna frente a la aplicación de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos por los que el Estado argentino se ha obligado ex post facto".

Sobre este tópico, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que el principio de legalidad consagrado en el ámbito nacional -al menos en lo referente a la aplicación de la regla de la irretroactividad de la ley penal derivada de aquél-, queda desplazado por la

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

normativa internacional positivizada y de origen consuetudinario frente a la comisión de delitos de lesa humanidad ("Arancibia Clavel, Enrique L. s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros", Fallos: 327:3312).

En este sentido, se ha rechazado, en la aplicación del derecho doméstico, la retroactividad de disposiciones penales posteriores al hecho que impliquen un empeoramiento de las condiciones de los encausados (Fallos: 287:76), pero se ha declarado que *"...la excepción a esta regla, está configurada para aquellos actos que constituyen crímenes contra la humanidad, ya que se tratan de supuestos que no han dejado de ser vivenciados por la sociedad entera dada la magnitud y la significación que los atañe. Ello hace que no sólo permanezcan vigentes para las sociedades nacionales sino también para la comunidad internacional misma..."* (considerando 21 del voto mayoritario en el fallo citado en el párrafo supra).

Ello así toda vez que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos importan el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*), cuya función primordial es *"...proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal..."* (cfr. considerandos 28 y 29 del voto de la mayoría).

De esta manera, *"...tomando en cuenta que el Estado argentino ha asumido frente al orden jurídico interamericano no sólo un deber de respeto a los derechos*

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

humanos, sino también un deber de garantía... la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituyen una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional (conf. CIDH, caso "Barrios Altos", sentencia del 14 de marzo de 2001, considerando 41, serie C N° 75; caso "Trujillo Oroza vs. Bolivia" -Reparaciones, sentencia del 27 de febrero de 2002, considerando 106, serie C N° 92; caso "Benavides Cevallos"- cumplimiento de sentencia, resolución del 9 de septiembre de 2003, considerandos 6° y 7°)...” (considerando 36 del voto mayoritario).

A modo de corolario, debe recordarse sobre este aspecto el voto del Ministro Maqueda en el citado fallo "Arancibia Clavel", en punto a que "...la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existía -al momento en que se produjeron los hechos investigados en la presente causa un sistema de protección de derechos que resultaba obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente -dentro de este proceso evolutivo- como *ius cogens*. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los Estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa..." (considerando 27), obligaciones que los constituyentes de 1853 ya habían considerado para el Estado argentino en el texto del art.

~~102 a que se hiciera referencia supra.~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

Este deber, que se erige como imperativo jurídico para todos los Estados, tiene primacía sobre cualquier disposición en contrario de los ordenamientos jurídicos locales, ocupando por tanto la posición más alta entre todas las otras normas y principios, aun las del derecho interno (cfr. sentencia en la causa "Bustos, Pedro Nolasco; Olivier, José Filiberto y Worona, Jorge Vicente s/recurso de casación", del 15/5/2013, ya citada).

En este punto, resulta de especial relevancia destacar que respecto de hechos como los investigados en la presente causa, el Alto Tribunal ha puntualizado que el Estado Argentino debe -de conformidad con el derecho internacional que lo vincula-, garantizar su juzgamiento, puesto que se trata de delitos de lesa humanidad y que el incumplimiento de tal obligación compromete la responsabilidad internacional del Estado Argentino (Fallos 328:2056 y 330:3248) cuestiones que, sumadas al dictado de la ley 25.779, desbaratan todo tipo de argumentación atinente a la violación al principio de cosa juzgada.

Por lo argumentado corresponde afirmar que la imprescriptibilidad de los crímenes de Derecho Penal Internacional -genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, de agresión, conforme el artículo 5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ratificado por ley 25.390-, no derivan de una categorización *ad hoc* y *ex post facto* y en suma, conllevan a descartar tanto los planteos de prescripción como el de todas aquellas consideraciones que se yerguen en la afectación al principio de legalidad en general.

Efectuadas tales aclaraciones, cabe concluir que dada la especial calidad de delitos de lesa humanidad que nos ocupa, las garantías en cuestión no sólo ceden frente

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

a la obligación del Estado de investigar y dar una respuesta jurídico-penal en los casos concretos de graves violaciones a los derechos humanos, sino también ante el derecho que tiene la comunidad internacional de que estos ilícitos categorizados de derecho penal internacional no pueden quedar impunes, siempre deben ser enjuiciados y sancionados los responsables.

2. 5. Plazo razonable.

En lo que hace a la doctrina del plazo razonable, garantía cuya violación alegan los recurrentes, resulta necesario señalar en primer lugar la legislación aplicable al caso -tanto nacional como internacional-; en segundo lugar la jurisprudencia aplicable -de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- y finalmente, concluir si le es aplicable o no tal doctrina a este caso concreto, tomando especial consideración las argumentaciones desarrolladas en el acápite que antecede referidas a la categoría de los delitos aquí a estudio.

Que en Argentina, aún antes de la reforma de la Constitución Nacional en 1994, hubo un sostenido y reiterado reconocimiento del derecho internacional sobre los derechos humanos, el que tuvo su correlato en el derecho interno, así como en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del advenimiento de la democracia.

En este sentido el Alto Tribunal reconoció, con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, que el derecho de los tratados tenía primacía sobre el derecho interno, de acuerdo a lo expuesto por el Alto Tribunal en Fallos 315:1492, en punto a que "la Convención de Viena

~~sobre el derecho de los tratados confiere primacía al~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





derecho internacional convencional sobre el derecho interno" y agregaron que "esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino", para concluir que esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno.

Posteriormente se reconoció el sometimiento del país a la interpretación que en materia de Derechos Humanos realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, toda vez que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional (Fallos: 317:1282 -considerando 8- y Fallos: 318:514).

Que como consecuencia de este reconocimiento de la supremacía del Derecho Internacional por sobre el Derecho Interno, en oportunidad de la reforma constitucional del año 1994, en el artículo 75 inciso 22 se incluyeron once instrumentos sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, entre los que cabe señalar a la "Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", con el objeto de erradicar cualquier tipo de discriminación así como para garantizar el principio de igualdad, el goce de los derechos esenciales del hombre y el respeto a la dignidad humana.

Que el reconocimiento de estos ordenamientos, es de gran importancia porque de tolerar prácticas contrarias a tales preceptos, se estarían desconociendo los compromisos asumidos a nivel internacional por el Estado Argentino en la materia.

Que para evitar la repetición de conductas conculcatorias de tales derechos, los Estados Parte se han comprometido en los artículos 8.1 de la CADH a garantizar,

a toda persona, el "derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente" y en el 9.3 y 14.3 c) del PIDCyP *"Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad..."* y *"a ser juzgada sin dilaciones indebidas"*. De esta manera, su incumplimiento, genera responsabilidad del Estado Argentino ante la comunidad internacional.

Desde esa fecha en adelante, se ha evolucionado mucho sobre el tema. La CIDH, manifestó por primera vez en la Opinión Consultiva OC-4 del 19 de enero de 1984 que *"El artículo 1.1, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos 'sin discriminación alguna'"* (Corte IDH, Serie A, n° 4, p. 30).

Por esta razón los Estados parte de la Convención se comprometieron a respetar los derechos, garantías y libertades, garantizando su ejercicio, a todas las personas que están sujetas a su jurisdicción, por lo que resulta de aplicación necesaria los referidos artículos convencionales.

Que finalmente, en lo que hace a las previsiones normativas de tipo internacional aplicables al caso, aunque no incorporados a nuestra CN cabe señalar, en consonancia con los instrumentos internacionales referidos, que el Estatuto Universal del Juez de 1999, establece en su artículo 6° que *"el juez debe cumplir sus obligaciones profesionales en un plazo razonable y poner*

Fecha de firma: 08/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

en marcha todos los medios necesarios que tiendan a la mayor eficacia” y el Estatuto Iberoamericano del Juez de 2001, en su artículo 42, establece que “los jueces deben procurar que los procesos o su cargo se resuelvan en un plazo razonable”.

En conclusión, la suscripción de los instrumentos mencionados revela el compromiso asumido por el Estado, -en concordancia con lo dispuesto en el artículo 37 del Estatuto del Juez Iberoamericano- que en el Estado constitucional y democrático de Derecho y en el ejercicio de su función jurisdiccional, los jueces tienen el deber de trascender el ámbito de ejercicio de dicha función, procurando que la justicia se imparta en condiciones de eficiencia, calidad, accesibilidad y transparencia, con respeto a la dignidad de la persona que acuda en demanda del servicio.

Que esta previsión normativa, tuvo su correlato en materia jurisprudencial y en este sentido, cabe mencionar en primer término a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al respecto en el caso “Suárez Rosero vs. Ecuador” del 12 de noviembre de 1997 -referido a una prisión preventiva- y posteriormente en igual sentido en “Baldeón García vs. Perú” del 6 de junio de 2006, señaló que *“el principio de ‘plazo razonable’ al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente. En el presente caso, el primer acto de procedimiento lo constituye la aprehensión del señor Suárez Rosero el 23 de junio de 1992 y, por tanto, a partir de ese momento debe comenzar a apreciarse*

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

el plazo" y a continuación agregó -compartiendo el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos- que "se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales y concluyó en este caso que el Estado de Ecuador, violó en perjuicio de Suárez Rosero, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable o ser puesto en libertad en violación a los arts. 7.5 y 8.1 de la Convención Americana.

Posteriormente, en *Forneron e hijo vs. Argentina*, la Corte Interamericana -con referencia al caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago y González Medina y familiares vs. República Dominicana*-, señaló que "el derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales", reafirmando que para determinar la razonabilidad del plazo se deben considerar los siguientes elementos "a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso".

El 28 de noviembre de 2002, el mismo tribunal señaló en el caso "Cantos", respecto de lo previsto en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana que "Este Tribunal observa al respecto que, en principio, los diez años transcurridos entre la presentación de la

~~demanda del señor Cantos ante la Corte Suprema de~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

Justicia y la expedición de la sentencia de ésta última que puso fin al proceso interno, implican una violación de la norma sobre plazo razonable por parte del Estado” y continúa señalando -con cita de la Corte Europea de Derechos Humanos- que tanto el Estado como el demandante incurrieron en comportamientos que por acción u omisión incidieron en la prolongación de la actuación judicial interna y agregaron que “si la conducta del propio interesado en obtener justicia ha contribuido en algún grado a prolongar indebidamente la duración del proceso, difícilmente se configura en cabeza del Estado una violación de la norma sobre plazo razonable”.

El 27 de noviembre de 2008, en el caso “Valle Jaramillo y otros”, el voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, señaló que la Corte Interamericana había seguido hasta hoy el criterio adoptado por la Corte Europea de Derechos Humanos, y señala los tres datos relevantes y agregó -en lo que hace a la conducta procesal del interesado-, que se debe distinguir con prudencia entre las “acciones y las omisiones del litigante que tienen como objetivo la defensa -bien o mal informada- y aquellas otras que sólo sirven a la demora. Por supuesto, no se trata de trasladar al inculpado que se defiende la responsabilidad por las demoras en el enjuiciamiento y, en consecuencia, por la violación del plazo razonable”.

A continuación, introdujo un nuevo concepto o elemento -para poder evaluar una afectación al derecho-, pero no como una forma de relevar los elementos anteriores, sino como un “plus” que se agrega para la ponderación de manera asociada con los otros factores. En este sentido apuntó que como cuarto elemento, debe ~~considerar lo que denominó la~~ “afectación actual que el

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

procedimiento implica para los derechos y deberes -es decir, la situación jurídica- del individuo. Es posible que aquél incida de manera poco relevante sobre esa situación; si no es así, es decir, si la incidencia crece, hasta ser intensa, resultará necesario, en bien de la justicia y la seguridad seriamente comprometidas, que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que en breve tiempo -'plazo razonable'- se resuelva la situación del sujeto, que ha comenzado a gravitar severamente sobre la vida de éste". Y agregó que tal afectación "debe ser actual, no meramente posible o probable, eventual o remota".

Por último, en lo que aquí interesa, agregó que se ocupó de este tema con anterioridad en los casos Sawhoyamaya (Paraguay), del 29 de marzo y Masacres de Ituango (Colombia), del 1 de junio de 2006 y que en el caso Valle Jaramillo y otros "la Corte Interamericana ha ampliado la consideración del plazo razonable e incorporado los elementos de apreciación sugeridos en los votos personales que mencioné. En la base de esta admisión se halla el convencimiento de que al lado de los factores establecidos por la jurisprudencia europea y acogidos por la interamericana -o junto con ellos- es indispensable apreciar el daño mayor o menor que causa el curso -también mayor o menor- del tiempo que transcurre en la tramitación y decisión de una controversia o en la definición de un obligación o de un derecho". En ocasiones es irrelevante el tiempo transcurrido para la ponderación del daño, en otras "es muy lesivo para la víctima", por ello los tres elementos primigenios deben ponderarse a la luz del perjuicio que se está causando a la víctima. El tiempo no corre igual para todos ni los elementos

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





considerados tradicionalmente para fijar la razonabilidad del plazo afectan a todos por igual.

Posteriormente, en el caso "Kawas Fernández vs. Honduras" del 3 de abril de 2009, el mismo juez reiteró la necesidad de la agregación, para el análisis de la afectación al plazo razonable, del requisito de la *"afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso"* y agregó que *"es evidente que no se trata de agregar 'condiciones' o 'exigencias' a la ponderación del plazo, sino de atraer la observación del tribunal hacia otros datos que puedan contribuir al mejor examen del asunto"* finalmente agregó que en algunos supuestos, *"no será necesario internarse en el análisis de este cuarto dato, como en otros no lo ha sido y no lo es emprender el estudio de cada uno de los tres restantes elementos"* y que esta novedad mejora y favorece el estudio de casos justiciables y la adopción de las definiciones pertinentes.

Que en cuanto a la legislación local aplicable a la materia, cabe señalar que el código de rito no tiene una previsión expresa sobre la duración que debe tener un proceso, aunque sí lo tiene respecto de otras cuestiones, pero vinculadas a este tema.

En primer lugar, el artículo 43 establece que *"no procederá la acumulación de causas cuando determine un grave retardo para alguna de ellas"*, de esta manera se busca salvar el derecho de los imputados a obtener un pronunciamiento definitivo de su situación procesal en el menor tiempo posible, evitando una demora perjudicial para el derecho de defensa y un obstáculo material a la instrucción.

El artículo 207, establece que *“La instrucción deberá practicarse en el término de cuatro meses a contar de la indagatoria. Si ese término resultare insuficiente, el juez solicitará prórroga a la Cámara de Apelaciones, la que podrá acordarla”*. Por último prevé para casos de suma gravedad y de muy difícil investigación, que exceda excepcionalmente de dicho plazo. Este artículo, además de resguardar la garantía señalada en el punto anterior, establece el punto a partir del cual comenzaremos a computar los plazos, esto es con el momento del cumplimiento de la declaración indagatoria, no desde que fue ordenada o ampliada posteriormente, siempre, claro está para los casos en que el imputado no esté detenido, porque en este último caso los plazos se comienzan a contar desde la fecha de detención. Similar previsión tiene el artículo 207 bis, pero para el Ministerio Público Fiscal.

El artículo 316, que trata de la procedencia de la exención de prisión, en lo que aquí interesa, tiene también una previsión vinculada al plazo razonable.

Por otra parte, no puede dejar de mencionarse la previsión de la ley 24.390, modificada por la ley 25.430, que establece los plazos de la prisión preventiva y que como tal, también se vincula con el derecho que tiene toda persona -en este caso detenida- a ser juzgada en un plazo razonable.

Finalmente, el artículo 360, establece la posibilidad de unificación o separación de juicios *“siempre que ella no implique un grave retardo”*.

Concordantemente con la legislación aplicable al caso -internacional como local y en base a la

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

jurisprudencia de la Corte IDH, como de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina-, este Tribunal dictó la reglas prácticas para los delitos complejos y de lesa humanidad que también busca resguardar el derecho que tienen tanto los imputados, como las víctimas a la conclusión de los procesos penales en un tiempo razonable, atendiendo a las características y complejidad de cada uno de los casos.

En cuanto a la jurisprudencia local aplicable al caso, me limitaré a referirme a los casos Kipperband; Barra; Fiszman y Losicer (Fallos: 322:360; 327:327; 332:1492 y 335:680, respectivamente).

En este sentido, en el caso de Fallos: 322:360, los Sres. Jueces Fayt y Bossert, apuntaron que la Corte ya se había expedido en el caso "Mattei" en el sentido que la *"garantía constitucional de la defensa en juicio, incluye el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve, a la situación de incertidumbre y de restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal"* -consid. 5º-. Los jueces Petracchi y Boggiano, por su parte, coincidieron en que antes de su expresa incorporación a la CN, el *"derecho invocado ya había sido reconocido por este Tribunal al interpretar los principios de progresividad y preclusión como instrumentos procesales concretos destinados a evitar la duración indeterminada de los juicios"* y concluyeron -en ese caso-, que la duración del proceso desde comienzos de 1985 hasta hoy -1999- *"resulta, en sí, violatoria del derecho del imputado a ser oído judicialmente en un plazo razonable"*.

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

Posteriormente en Fallos: 327:327, los jueces Petracchi, Boggiano y Fayt señalaron que la cuestión era sustancialmente idéntica a la de Fallos: 322:360 y se remitieron a lo allí afirmado.

En el caso de Fallos: 332:1492, el Alto Tribunal en su actual composición señaló, con referencia al caso "Mattei" que *"la prosecución de un pleito inusualmente prolongado -máxime si tiene naturaleza penal- conculcaría el derecho de defensa del recurrente en tanto 'debe reputarse incluido en la garantía de defensa en juicio consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional el derecho de todo imputado a obtener -después de un juicio tramitado en legal forma- un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre de innegable restricción que comporta el enjuiciamiento penal"* -consid. 4º)- y agregó que este principio no sólo es un corolario del derecho de defensa en juicio, sino que se encuentra también previsto expresamente en los Tratados Internacionales incorporados a la Constitución Nacional (arts. 8.1 de la CADH y 14.3 del PIDC y P, en función del art. 75 inc. 22 de la CN y con cita de "Egea" agregó que *"cualquiera sea el criterio que se adopte respecto de la suspensión del curso de la prescripción 'la duración del proceso penal por [en el caso] casi dos décadas, viola ostensiblemente las garantías del plazo razonable de proceso y del derecho de defensa"* -consid. 5º)-.

Finalmente, en junio de 2012 en Fallos: 335:1126, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, apuntó que *"...en el estado de derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el art. 8 de la citada*

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

Convención no se encuentra limitada al Poder Judicial -en el ejercicio eminente de tal función- sino que deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales” -consid. 8)-, para concluir que el plazo razonable es una garantía exigible en toda clase de proceso; que el transcurso de casi veinte años resulta contrario al principio de celeridad, economía y eficacia y podría “implicar una mengua en la garantía del juicio sin dilaciones indebidas”.

Fijados los lineamientos que anteceden, considero que en el presente caso no nos encontramos ante un supuesto de transgresión a la garantía a ser juzgado en un plazo razonable, pues sobre esta conclusión no debe perderse de vista la especial tipificación a la que responden los hechos imputados a los encausados y los obstáculos legales y judiciales que imperaron con toda la etapa desde el ilícito hasta la sentencia, plazo que benefició a los imputados con la impunidad.

Repárese en primer lugar en las consideraciones efectuadas en el acápite 1 de mi voto, en las que desarrollé el derrotero internacional y nacional que condujo a nuestro país a judicializar los hechos más aberrantes que en él han tenido lugar.

De allí claramente se deduce que las condiciones políticas, sociales y jurídicas a los fines del juzgamiento de los sucesos aquí a estudio, no estaban dadas al momento en que ocurrieron. Tampoco se encontraban definitivamente desarrolladas en caso de autos, al haberse dictado el sobreseimiento por prescripción de la acción penal de Madrid, Elichalt y Kirilosky (27 de septiembre de 1990). ~~Recuérdese que su revocatoria se dio el 2 de junio~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

de 2009, a instancias de la presentación como querellante de la víctima, Elena Gallinari Abinet, y del posterior requerimiento de instrucción formulado por el Ministerio Público Fiscal.

Sucesiones de eventos políticos, legislativos, jurisdiccionales y sociales acaecieron luego de años de cometidos los hechos, para iniciar el proceso de averiguación de la verdad que actualmente se erige como política de Estado.

Ello, sumado a la fundamental consecuencia que reviste la calificación legal genérica que le es asignada a los hechos enrostrados (delitos de lesa humanidad), impiden considerar violada la garantía de juzgamiento en un plazo razonable que arguyen los recurrentes.

Es que el análisis de la garantía señalada se distancia del instituto de la prescripción de la acción penal cuando el ilícito sobre el que se pretende su aplicación, merece la calificación internacional y nacional de delito de lesa humanidad.

En los delitos "comunes" o de "derecho doméstico", la acción penal del Estado se torna convencional y constitucionalmente ilegítima al haber, por efecto del tiempo, "objetivado" al "sujeto del proceso". En tales condiciones, de extraordinaria arbitrariedad, la fuerza de la dignidad del procesado, vence el estado latente de la acción penal y en consecuencia, se debe declarar fundada una pretensión por afectación al plazo razonable siempre que se produzca la concurrencia conjunta de los estándares fijados por la jurisprudencia internacional y nacional sobre los derechos humanos.

Como correlato de ello, sobreseimiento, imprescriptibilidad y plazo razonable constituyen

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





categorías que es conveniente diferenciar. La imprescriptibilidad no permite el sobreseimiento y a su vez, si el delito a juzgar no es de derecho penal internacional, cabe invocar la aplicación del plazo razonable. Es decir, la institución del plazo razonable no puede ser invocada como correlato contrapuesto a la imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad. En rigor, varían sustantivamente los supuestos materiales respecto a crímenes de lesa humanidad, en cuanto estos delitos revisten una naturaleza especial y frente a los mismos, no resulta oponible el plazo razonable como derecho fundamental.

Por lo demás, resulta racional la excepción al principio de prescriptibilidad de las acciones en los casos de delitos de lesa humanidad, pues resulta claro que el límite temporal a la potestad persecutoria no opera cuando por imperativo constitucional y convencional el Estado se ve compelido a perseguir individuos que, valiéndose o aprovechándose de un aparato de poder, cometieron delitos a escala masiva; es decir, no pueden beneficiarse de las limitaciones impuestas al Estado, quienes se valieron de él y su aparato de poder organizado, para operar sin límite. Frente a ello, ceden garantías como la aquí analizada.

En consecuencia, voto por rechazar los agravios de las defensas en lo que a este tópico respecta.

3. Principio de congruencia.

3. 1. En relación con la violación del principio de congruencia alegada por las defensas, debe destacarse que no se advierte la vulneración referida, pues no se han conculcado ninguno de los derechos que les asistían a los ~~imputados, ni alterado las reglas de juzgamiento, dado que~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



los hechos correspondientes a las condenas dictadas fueron oportunamente introducidos en el proceso, y existe entre el pronunciamiento y los diferentes actos judiciales de importancia (declaraciones indagatorias, auto de procesamiento y requerimientos de elevación a juicio), la misma base fáctica o identidad fáctica, por lo que la sentencia recurrida debe ser calificada como acto jurisdiccional válido.

En este sentido se advierte que la plataforma fáctica descrita tanto en la indagatorias, como en el auto de procesamiento, en los requerimientos de elevación a juicio, en el dictamen Fiscal durante el debate oral y al dictar sentencia el *a quo*, no sufrió modificaciones de ningún tipo.

La descripción de los hechos se mantuvo incólume, observándose que si bien el tribunal de juicio los encuadró bajo la calificación de genocidio, conservó las circunstancias de tiempo, modo y lugar desarrolladas en los actos procesales de importancia sindicados en referencia a cada uno de los tipos penales atribuidos en concreto a los encausados bajo la normativa legal doméstica vigente al momento de los hechos, los que constituyen en la especie las descripciones jurídicas que conforman aquel delito del derecho internacional penal.

Así, se observa que en la declaración indagatoria, se describieron los hechos imputados a Domingo Luis Madrid conforme fs. 655/660, poniéndoselo en conocimiento de las pruebas obrantes en su contra: “... *constatación de nacimiento a nombre de Nancy Viviana Madrid de fecha 5 de noviembre de 1976 firmada por la Dra. Silvia María Kirilosky, denunciante Domingo Luis Madrid,* ~~conclusiones de estudio inmunogenético de~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

histocompatibilidad realizado en el Hospital Durand de Capital Federal obrante a fs. 13/47; copia del acta de nacimiento n° acta 286 obrante a fs. 86/87; copia del libro de pases del Colegio Privado San Blas de City Bell de fs. 291 y 303; Formulario de Identificación de Recién Nacido y actualización de 8 años, Formulario n° 1 del Registro Nacional de las Personas realizado con fecha 1° de marzo de 1985 obrante a fs. 379; denuncia de fs. 527/535; copia de la resolución de fs. 527/540 y de fs. 541/543vta.; presentación efectuada por Elena Gallinari Abinet obrante a fs. 544/554..." (fs. 761/763).

Con fechas 5 y 12 de junio de 2009, se indagó a María Mercedes Elichalt, habiéndosele descripto los hechos conforme fs. 655/660, y poniéndosela en conocimiento de las pruebas existentes en su contra, en los mismos términos que a su esposo (fs. 726/727 y 781/782).

A Silvia Marta Kirilosky, en oportunidad de recibírsele declaración indagatoria el 9 de febrero de 1988 (fs. 256/7), se le hizo saber que se le imputaba el delito previsto y reprimido por el art. 292 del C.P. en calidad de autora, y en la declaración recibida en esos mismos términos el 4 de junio de 2009 (fs. 715/716), se le detallaron las pruebas obrantes en su contra.

Así, el Juez de Instrucción procesó al matrimonio integrado por Madrid y Elichalt, el 18 junio de 2009, como coautores del delito de retención y ocultamiento de una menor de 10 años, en concurso real con los delitos de suposición y supresión de estado civil y falsificación ideológica de documento público en tres hechos, estos últimos en concurso ideal, y a Silvia Marta Kirilosky, como autora penalmente responsable del delito ~~de falsedad ideológica de documento público y partícipe~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

necesaria penalmente responsable de los delitos de falsificación ideológica de documento público en dos hechos y del delito de supresión y suposición del estado civil, todos ellos en concurso ideal, declarando los ilícitos perpetrados en perjuicio de Elena Gallinari Abinet como constitutivos de delitos de lesa humanidad, decisión que fue confirmada por la Cámara de Apelaciones respectiva.

En el requerimiento Fiscal de elevación a juicio (fs. 1172/1178), fueron detalladamente circunstanciados los hechos imputados en el marco de los acaecidos durante la última dictadura militar, habiéndose delimitado el contexto en el que la víctima de autos fue sustraída de la esfera de custodia de sus progenitores, Miguel Ángel Gallinari y María Leonor Abinet.

En ese sentido, explicó el Fiscal de Instrucción que *"...la militancia política y social de la pareja fue el motivo de su desaparición forzada y posterior ejecución extrajudicial, como mecanismos del terror empleados por el aparato represivo implantado por la última dictadura cívico militar..."*

Miguel Ángel Gallinari, apodado 'Bocha', era delegado obrero y participaba en La Juventud Trabajadora Peronista y María Leonor Abinet era docente primaria, secundaria y universitaria y actuaba en CTERA y UDEB.

Según el testimonio brindado por el señor Hernán Santiago Páez Moritan, María Leonor, cuyo 'nombre de guerra' era 'Mafalda', también integraba la Juventud Peronista de General Sarmiento (fs. 1122). Asimismo, Elena Gallinari Abinet, la víctima de autos, sostuvo que su padre perteneció a MONTONEROS, mientras que su madre

~~integró -en una primera etapa- Las Fuerzas Armadas~~

Fecha de firma: 08/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNO, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

Revolucionarias, y luego también la organización primeramente mencionada (fs. 544/554).

En marzo de 1976, María Leonor quedó embarazada de Elena Gallinari Abinet, quien sería la única hija de la pareja.

En julio de 1976, Miguel Ángel Gallinari fue secuestrado por primera vez, en la localidad de Morón. En esa ocasión pudo escapar de su cautiverio mientras era trasladado de Campo de Mayo, centro clandestino de detención donde fue sometido a torturas y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Debido a esta circunstancia, la pareja se vio obligada a itinerar por distintos domicilios ante la amenaza constante de ser objeto de nuevos secuestros.

Tiempo después, Miguel Ángel fue otra vez detenido ilegalmente y su cuerpo sin vida fue encontrado el día 21 de julio de 1976 en la localidad de Morón, según consta en la instrucción penal labrada al momento de los hechos...

Asimismo, el 16 de septiembre de 1976, María Leonor, embarazada de siete meses, fue secuestrada en horas de la madrugada mientras se encontraba juntos a sus hijas - María Inés y María Isabel Guadalupe Pasman, de su primer pareja- en un pensión sita en la localidad de Caseros...

El avanzado embarazo de María Leonor al momento de su detención ilegal fue descrito en el testimonio de Hernán Santiago Páez Moritán y Analía Bernarda Gallinari...

Los restos mortales de quien en vida fuera María Leonor Abinet fueron identificados en mayo de 2009 en el

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

marco de la Iniciativa Latinoamericana para la Identificación de Personas Desaparecidas...

Eleonor Isabel Alonso -madre de María Leonor- también fue secuestrada el día 16 de septiembre de 1976 y trasladada al mismo centro clandestino de detención y torturas donde permanecía cautiva su hija...

Hasta el presente, no se ha podido determinar con precisión el lugar donde permaneció cautiva María Leonor Abinet, como tampoco las circunstancias de su alumbramiento...

La presente causa... tuvo su origen en la denuncia formulada por la señora Leonor Isabel Alonso ante el fuero penal provincial, con fecha 26 de marzo de 1987, por los delitos de sustracción de menor, en concurso real con supresión de estado civil, falsificación de documento público y uso de documento público falsificado, del que resultara víctima su nieta, Elena Gallinari Abinet.

Como consecuencia de dicha denuncia, el 9 de abril de 1987, se realizó la pericia de histocompatibilidad en el Hospital General de Agudos Dr. Carlos G. Durand, cuyo resultado arrojó una probabilidad del 99,70% de vínculo biológico con la niña, quien fuera conocida hasta ese momento como Nancy Viviana Madrid -ya que se encontraba inscripta como hija biológica de Domingo Luis Madrid y María Mercedes Elichalt -con las familias GALLINARI-MATOS y ABINET-ALONSO-....

Obran agregados a estos autos fotocopia simple del acta de nacimiento y del Formulario N° 1..., por medio del cual la médica Silvia Marta Kirilosky constató falsamente el nacimiento de quien a la postre fuera inscripta, también falsamente, como Nancy Viviana Madrid.

~~Estos instrumentos públicos hicieron materialmente~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

posible la supresión de identidad de Elena Gallinari Abinet...

Con fecha 10 de diciembre de 1987, el juez provincial resolvió inhibirse de seguir entendiendo en los autos y remitirlos al Juzgado Federal en turno. Así, el 29 de diciembre del mismo año, V.S. aceptó la competencia para entender en la investigación del delito de retención de menores de diez años en concurso real con supresión de estado civil en concurso ideal con el de falsificación de documento público destinado a acreditar identidad, en tanto que la guarda así como las cuestiones civiles vinculadas a la recuperación de la verdadera identidad de Elena Gallinari Abinet tramitaron por causa separada ante el Tribunal de menores N° 2 de la ciudad de La Plata...

Domingo Luis Madrid, María Mercedes Elichalt y Silvia Marta Kirilosky fueron convocados a prestar declaración indagatoria por los hechos ilícitos que afectaron a Elena Gallinari Abinet... Empero, el 27 de septiembre de 1990, V.S. declaró la prescripción de la acción penal respecto de Silvia Marta Kirilosky, y ordenó el archivo de las actuaciones, resolución que fue confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones de esta ciudad. En el mismo sentido y en igual fecha, Domingo Luis Madrid y María Mercedes Elichalt fueron beneficiados con la prescripción de la acción penal y el sobreseimiento parcial y definitivo, resolución que fue confirmada por la Cámara federal de Apelaciones de La Plata.

Sin embargo, el 19 de abril de 2007, se presentó como querellante Elena Gallinari Abinet, víctima en autos, solicitando se revoque la resolución de

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNO, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

prescripción y se investiguen los Delitos de Lesa Humanidad cometidos en su perjuicio.

El 9 de mayo de 2007, el Ministerio Público Fiscal presentó el correspondiente requerimiento de instrucción y el 2 de junio de 2009, V.S. revocó los sobreseimientos que fueran dictados con anterioridad a favor de los imputados y declaró los delitos cometidos en perjuicio de Elena Gallinari Abinet como crímenes de Lesa Humanidad.

Luego de que los imputados prestaran nuevamente declaración indagatoria, se decretó el procesamiento de DOMINGO LUIS MADRID (...) MARIA MERCEDES ELICHALT (...) SILVIA MARTA KIRILOSKY (...). Posteriormente, la Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de La Plata confirmó la resolución antedicha..”.

Sentado ello, el representante del Ministerio Público Fiscal tuvo por acreditado con la prueba reunida durante la instrucción, que “...Domingo Luis Madrid y María Mercedes Elichalt, valiéndose de un documento espurio, en referencia a la constatación de nacimiento suscripta por la Dra. Silvia Marta Kirilosky, con fecha 5 de noviembre de 1976, solicitaron y obtuvieron la expedición de diversos documentos públicos materialmente auténticos, aunque ideológicamente falsos, entre ellos el acta de nacimiento de la víctima, el Formulario N° 1 y el Documento Nacional de Identidad N° 25.554.238 a nombre de Nancy Viviana Madrid. A su vez, afirmó que a través de la maniobra aludida alteraron el estado civil de Elena Gallinari Abinet, al inscribirla como su hija biológica a los pocos días de su nacimiento, cuando en rigor la menor resulta hija de Miguel Ángel Gallinari y María Leonor

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



Abinet, ambos víctimas del terrorismo de estado desatado por la última dictadura cívico militar...".

Estimó en aquella oportunidad procesal, que "...ha quedado acreditado que Domingo Luis Madrid y María Mercedes Elichalt retuvieron y ocultaron a la hija recién nacida de la pareja Gallinari-Abinet, desde el día 5 de noviembre de 1976, fecha en que manifestaron haberla recibido hasta el día en que la niña conoció su verdadero origen y fue restituida a su familia biológica...".

Consecuentemente, el representante de la vindicta pública calificó los hechos atribuidos a Madrid y a Elichalt en calidad de coautores, como constitutivos de los delitos de alteración del estado civil de un menor de diez años, en concurso ideal con el de falsedad ideológica de instrumento público, y retención y ocultamiento de una menor de diez años, en los términos de los artículos 139 inc. 2º, 146, 293 y 54 del Código Penal.

Con respecto a Silvia Marta Kirilosky consideró acreditado que la nombrada confeccionó una constatación de nacimiento ideológicamente falsa, al certificar el nacimiento de una niña llamada Nancy Viviana Madrid (Elena Gallinari Abinet) el día 5 de noviembre de 1976. Asimismo, entendió que esa constancia fue utilizada por Domingo Luis Madrid y María Mercedes Elichalt, en la Delegación de La Plata del Registro Provincial de las Personas, para denunciar el nacimiento de la niña mencionada y lograr de esa manera que se labrara el Acta N° 1286 -del Libro de esa Delegación-, en la cual consta la inscripción como hija biológica de los imputados en virtud de la constatación de nacimiento efectuada por la Dra. Silvia Marta Kirilosky y que, a su vez, como consecuencia de esa ~~inscripción se expidieron diversos~~ documentos públicos que

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



reprodujeron la misma falsedad ideológica (partida de nacimiento y DNI N° 25.554.238).

Finalmente, la acusación sostuvo que por medio de la referida maniobra se alteró el estado civil de Elena Gallinari Abinet, inscribiéndola como hija biológica de quienes no eran sus padres (Madrid y Elichalt), destacando que Kirilosky, sabía que Elena no era hija del matrimonio Madrid-Elichalt y que aun así decidió expedir el certificado, conociendo plenamente los efectos de dicho documento público y la importancia que su rol como médica le ha conferido el Estado. Los hechos a ella atribuidos fueron calificados, en calidad de autora, como falsedad ideológica de instrumento público, en concurso ideal como coautora directa de la alteración del estado civil, conforme lo dispuesto en los artículos 139 inc. 2º, 292, 293 y 54 del Código Penal.

Los hechos atribuidos por el Fiscal en el requerimiento de elevación a juicio fueron sindicados, respecto de los tres imputados en las presentes actuaciones, como constitutivos del delito de lesa humanidad.

En concordancia a tales descripciones fácticas y calificaciones legales, y en oportunidad de la vista prevista en el art. 346 del C.P.P.N., la querrela Asociación Abuelas de Plaza de Mayo efectuó también una relación circunstanciada de los hechos atribuidos, relatando el secuestro y desaparición de Miguel Ángel Gallinari y María Leonor Abinet, la búsqueda de Elena Gallinari y su apropiación, la presentación de Elena Gallinari y la reapertura de la investigación, luego de lo cual explicó la responsabilidad de los encartados (ver, en mérito a la brevedad, fs. 1160/1167vta.).

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



La acusación particular consideró que la apropiación de Elena Gallinari Abinet, a través de la comisión de los delitos previstos en los artículos 139 inc. 2º, 146 y 293 del Código Penal, constituía un delito de lesa humanidad, y por ende imprescriptible.

Por su parte, el juez a cargo de la Instrucción elevó los autos a juicio, considerando *-prima facie-* a Domingo Luis MADRID y María Mercedes ELICHALT, coautores penalmente responsables de los delitos de retención y ocultamiento de un menor de diez años (Elena Gallinari Abinet inscripta bajo el nombre de Nancy Viviana Madrid desde el 5 de noviembre de 1976 hasta el 8 de noviembre de 1994), en concurso real con los delitos de supresión y suposición del estado civil y falsificación ideológica de documento público en tres hechos (certificado de parto, acta de nacimiento y Documento Nacional de Identidad n° 22.554.238 a nombre de Nancy Viviana Madrid) todos éstos últimos en concurso ideal (arts. 146 texto original, 139 inc. 2º, 293, segundo párrafo en función del 292 texto según ley 20.642, 54 y 55 del Código Penal); y en relación a Silvia Marta KIRILOSKY por considerarla *-prima facie-* coautora penalmente responsable del delito de falsedad ideológica de documento público (certificado de parto) y partícipe necesaria penalmente responsable de los delitos de falsificación ideológica de documento público en dos hechos (acta de nacimiento y Documento Nacional de Identidad n° 22.554.238 a nombre de Nancy Viviana Madrid) y del delito de supresión y suposición del estado civil, todos ellos en concurso ideal (arts. 139 inc. 2º, 293 segundo párrafo en función del 292, texto según ley 20.642 y 55 del Código Penal).

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



En los alegatos desarrollados durante el debate oral, la querrela, manteniendo la descripción fáctica sostenida durante la etapa instructoria, solicitó que se condene a Silvia Marta Kirilosky, por resultar partícipe necesaria del delito de alteración de estado civil, que a su vez concurre idealmente con el delito de falsedad ideológica de documento público en un hecho (en calidad de autora) y como partícipe necesaria en dos hechos (arts. 139 inc. 2 ley 11.179, 293 2º párrafo en función del 292 segundo párrafo texto según ley 20.642, 54 del Código Penal) y partícipe necesaria del delito internacional de genocidio en su modalidad traslado forzoso de niños de un grupo a otro (art. II.e y III de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio); a María Mercedes Elichalt, por resultar coautora del delito de retención y ocultamiento de un menor de diez años en concurso real con el delito de alteración de estado civil, que a su vez concurre idealmente con el delito de falsedad ideológica de documento público en tres hechos, todos éstos en concurso ideal (arts. 146 según ley 11.179, 139 inc. 2 ley 11.179, 293 2º párrafo en función del 292 segundo párrafo texto según ley 20.642, 54 y 55 del Código Penal) y coautora del delito internacional de genocidio en su modalidad de traslado forzoso de niños de un grupo a otro (art. II.e y III de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio); y a Domingo Luis Madrid por considerarlo coautor del delito de retención y ocultamiento de un menor de diez años, en concurso real con el delito de alteración de estado civil que a su vez concurre idealmente con el delito de falsedad ideológica de documento público en tres hechos, todos estos en ~~concurso ideal (arts. 146 según ley 11.179, 139 inc. 2 ley~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



11.179, 293 2º párrafo en función del 292 segundo párrafo texto según ley 20.642, 54 y 55 del Código Penal) y coautor del delito internacional de genocidio en su modalidad traslado forzoso de niños de un grupo a otro (art. II.e y III de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio).

El Fiscal de juicio describió los hechos de conformidad al requerimiento de elevación a juicio de su antecesor en la instancia y solicitó durante el debate, que se condene a Domingo Luis Madrid y a María Mercedes Elichalt como coautores de los delitos de retención y ocultamiento de una menor de diez años, supresión y suposición alteración del estado civil y falsedad ideológica de instrumento público (en tres hechos, certificado de parto, acta de nacimiento y DNI), todos en concurso ideal, calificados como crímenes de lesa humanidad o genocidio (artículos 146 texto original, 139 inc. 2º y 293 segundo párrafo en función del 292 según ley 20.642, 54 y 12 del Código Penal, art. 118 C.N.; art. 2 inc. c de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio -Decreto Ley 6286/1956; art. 5, 20 bis inc. 1º en función del 20 primera parte, 29 inc. 3, 45, 54 del C.P.; y arts. 493, 529 CPPN).

Respecto de Silvia Marta Kirilosky, calificó los hechos que le atribuyó como falsedad ideológica de instrumento público (respecto del certificado de parto como coautora, y como partícipe necesaria respecto acta de nacimiento y DNI n° 22.554.238) y supresión y suposición del estado civil, en grado de partícipe necesaria, todos ellos en concurso ideal, como crímenes de lesa humanidad, en su modalidad de desaparición forzada de personas, conforme lo dispuesto en los artículos 118 de la C.N., 139

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



inc. 2 (texto original), 293 segundo párrafo en función del 292 según ley 20.642, y 54 del Código Penal.

Ahora bien, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de La Plata que tuvo por acreditado que:

"...1. María Leonor Abinet, apodada en su familia como "Mara", nació en San Martín el 29 de septiembre de 1944, y era docente en escuela primaria y secundaria, trabajando también en la Universidad de Morón. Vivía en el Partido de General Sarmiento, provincia de Buenos Aires, y tenía militancia gremial en CTERA y UDEB, habiendo iniciado su compromiso político durante el año 1972 en las Fuerzas Armadas Revolucionarias para luego integrarse en el movimiento Montoneros y en JTP, zona Norte. Se la conocía también por el apodo "Mafalda" y, para la época de los hechos tenía dos hijas que se llamaban Isabel e Inés Pasman.

2. Miguel Ángel Gallinari, apodado "Bocha", se desempeñaba como obrero metalúrgico en la fábrica TENSA, convirtiéndose en delegado gremial en la empresa.

3. Ambos militaban en la agrupación "Montoneros" y comienzan una relación sentimental fruto de la cual María Leonor queda embarazada a principios del año 1976.

4. Durante el mes de junio de aquel mismo año Miguel Ángel Gallinari, fue secuestrado en un operativo desarrollado en un colectivo. Ello ocurrió para el día del padre del año 1976, aunque Miguel logró escapar del baúl del auto en el que había sido colocado durante una de las salidas que le hicieron en Campo de Mayo. No obstante, a los 15 días de dicho episodio volvió a ser secuestrado sin que la familia haya tenido noticia alguna acerca de su paradero, aunque supieron que habría sido





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

sepultado en un cementerio de la Provincia de Buenos Aires.

5. Al poco tiempo, más precisamente el 16 de septiembre de 1976, María Leonor Abinet y su madre fueron secuestradas, habiendo sido liberada esta última unos días después, luego de que la hayan torturado y fracturado tres costillas, sin que supiera más nada respecto de aquélla. Al ser secuestrada, María Leonor ya se encontraba en un estado de embarazo avanzado, dando a luz finalmente hacia [fines] del año 1976 a una criatura de sexo femenino. Su secuestro se produjo en presencia de sus dos hijas menores, a quienes dejaron abandonadas en la pensión en la que entonces habitaban junto a su madre.

6. Muy pocos días después del nacimiento de la niña, integrantes de alguna de las fuerzas de seguridad la separaron por la fuerza de su madre y la entregaron al matrimonio constituido por Domingo Luis Madrid y María Mercedes Elichalt en la ciudad de La Plata.

7. El cuerpo sin vida de Miguel Ángel Gallinari fue hallado el 21 de julio de 1976 en la ciudad de San Antonio de Padua, Provincia de Buenos Aires, y fue inhumado como N.N. en el Cementerio "Santa Mónica" correspondiente a la Municipalidad de Merlo de la misma Provincia.

8. Con relación a María Leonor Abinet, pudo establecerse que fue hallada en el Cementerio municipal de San Martín, con presunta fecha de fallecimiento del día 2 de febrero de 1977. Incluso pudo determinarse que la causa de la muerte obedeció a un disparo de arma de fuego que ingresó en la parte posterior del cráneo sobre la sutura sagital, por encima de la sutura lambdaide y con ~~salida por el macizo facial lateral izquierdo.~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

9. El día 12 de noviembre de 1976 se presentó Domingo Luis Madrid en la Sección 2da., correspondiente al Partido de La Plata del Registro Provincial de las Personas de la Provincia de Buenos Aires y ante el escribano Ricardo Emilio Rodríguez de dicha sección declaró que a las 00.45 horas del día 5 de noviembre de 1976 había nacido una niña que recibió el nombre de Nancy Viviana Madrid, haciendo consignar falsamente que la niña era hija biológica del declarante y de María Mercedes Elichalt. Asimismo, se dejó asentado en el acta que lleva el N° 1286, que el nacimiento fue constatado por la médica Silvia Marta Kirilosky.

10. Esta última era una médica vecina y conocida de la familia Madrid, con quien la unía un especial lazo de confianza a punto tal que solía dejarle a sus hijas cuando no podía cuidarlas por razones de trabajo.

11. Mediante la constatación del nacimiento efectuada por Kirilosky y el acta de nacimiento referida precedentemente (ambas ideológicamente falsas, por distorsionar el horario y lugar del parto, así como los datos de los padres biológicos), el matrimonio Madrid-Elichalt pudo obtener el Documento Nacional de Identidad (D.N.I.) N° 25.554.238 -también falso al alterar y por ende suprimir un conjunto de rasgos propios del individuo- a nombre de Nancy Viviana Madrid, documento que el Registro Nacional de las Personas emite a efectos de acreditar la identidad de éstas.

12. La real identidad de la niña nacida en cautiverio quedó de este modo atrapada y oculta al ser retenida por el matrimonio Madrid-Elichalt, quienes simularon ser sus padres biológicos ocultando ~~deliberadamente sus verdaderos datos filiatorios que~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



constituyen la identificación de una persona, hasta que con fecha 21 de abril de 1987, es decir, diez años y medio después de su nacimiento, Elena pudo conocer su verdadera identidad al ser anoticiada del informe elaborado por el Hospital General de Agudos, Dr. Carlos G. Durand, de cuyo contenido surge que existe una probabilidad del 99,70% de que la niña sea la nieta de las familias Gallinari-Matos y Abinet-Alonso (índice de "Abuelismo").

13. A raíz de ello, con fecha 8 de noviembre de 1994, la jueza competente declaró la nulidad de la inscripción de Elena en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y ordenó la anotación de la nombrada como ELENA GALLINARI ABINET, nacida el 5 de noviembre de 1976, con documento nacional de identidad 25.554.238.

Con posterioridad, el 10 de julio de 1995, dicha magistrada atribuyó a Elena Gallinari Abinet la filiación que la vincula jurídicamente con Miguel Ángel Gallinari y María Leonor Abinet...".

Así descriptos los hechos, el tribunal de juicio condenó a los encausados conforme las siguientes calificaciones legales: a Domingo Luis MADRID, a María Mercedes ELICHALT y a Silvia Marta KIRILOSKY, por su complicidad en el genocidio perpetrado durante la última dictadura cívico-militar (1976-1983), al participar en el traslado por la fuerza de niños de su grupo familiar a otro grupo mediante su coautoría en el delito de retención y ocultamiento de una niña menor de diez años que había sido sustraída del poder de sus padres, en concurso ideal con el delito de supresión de identidad de una menor de diez años, en concurso ideal con el delito de falsedad

ideológica de instrumento público -certificado de parto, partida de nacimiento y Documento Nacional de Identidad, destinados a acreditar la identidad de las personas- en calidad de autores por determinación.

Sentado cuanto precede, entiendo que no deben prosperar los agravios defensas vinculados con la violación al principio de congruencia entre las declaraciones indagatorias de los encausados, el requerimiento de elevación a juicio, el auto de elevación a juicio, los alegatos en el debate y la sentencia finalmente dictada.

La plataforma fáctica de los hechos atribuidos a los encausados se ha mantenido incólume a lo largo de todo el proceso y las calificaciones utilizadas por el tribunal de manera alguna sorprendió a las defensas.

La descripción de los hechos no sufrió modificaciones de ningún tipo -ya sea se finque la atención en la indagatoria, el requerimiento de elevación a juicio, el auto de elevación a juicio o los alegatos de los acusadores público y privado, o bien en la propia sentencia-, conservando aquéllos, como se dijo, las circunstancias de tiempo, modo y lugar desarrolladas en los actos procesales de importancia sindicados.

El derecho a ejercer una defensa eficaz durante el juicio se mantuvo inalterada en el caso, ya que no se redujo la posibilidad de una estrategia defensiva exitosa a través de la cual se haya podido discutir durante el proceso, y específicamente durante el desarrollo del debate, la participación de los encausados y las calificaciones legales que por ello correspondía adoptar.

De acuerdo con lo expuesto corresponde señalar ~~que no fue violado el derecho de defensa en juicio que~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

asiste a Madrid, Elichalt y a Kirilosky, ya que sus respectivas defensas tuvieron conocimiento de los hechos imputados a sus asistidos y de las calificaciones asignadas (conforme el derecho internacional penal y el derecho penal doméstico), tanto en las indagatorias y en el requerimiento de elevación a juicio, como en el alegato brindado por el Fiscal y la querrela, y tuvieron oportunidad de rebatirlos durante el debate oral, de lo que se desprende, tal como se indicó en párrafos precedentes, que no puede sostenerse el planteo recursivo relacionado con la supuesta vulneración al principio de congruencia.

Con relación a los agravios vertidos en la instancia recursiva por la defensa de Kirilosky, debe ponerse especial atención a la descripción fáctica de los sucesos que se le atribuyeron a la encausada, pues de ella han surgido las calificaciones legales (en especial en punto al derecho doméstico).

En particular, en cuanto a la subsunción jurídica del art. 146 del C.P., vale recordar que el *a quo* fundadamente explicó que la conducta de la nombrada se había desplegado conforme un concurso ideal de delitos, *"...es decir, una hipótesis de unidad de conducta y pluralidad típica, tal como lo establece el artículo 54 del ordenamiento penal de fondo, puesto que ha sido dable apreciar que los imputados retuvieron y ocultaron a la menor, delito que..., es de naturaleza permanente, accionar éste que necesariamente lleva a la alteración del estado civil de la víctima apropiada. Ciertamente, hemos de apreciar al respecto que se da en la especie una relación de medio a fin entre la supresión y posterior sustitución de la identidad de Elena Gallinari Abinet y la ocultación*

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

y retención de la menor, previamente sustraída. Es que la vulneración de la identidad de la menor apropiada ha sido el modo sistemático de ocultar los hechos con vocación de perpetuidad, pudiéndose concluir que las desapariciones forzadas de los niños apropiados sistemáticamente bajo la última dictadura cívico-militar conforman una unidad de acción desvalorada por más de una norma penal. Esta situación ha de configurar precisamente el presupuesto de lo que en dogmática jurídico-penal se denomina concurso ideal, es decir, una hipótesis de unidad de conducta y tipicidad plural...".

En efecto, el tribunal de mérito descartó motivadamente la violación al principio de congruencia, indicando que "...de ningún modo advertimos que esta excepción se haya cristalizado en el caso por cuanto..., hay una íntima vinculación entre ambas figuras penales, a punto tal que una ha de constituir la vía necesaria para poder realizar la otra. En otras palabras, en casos como el presente ¿cómo retener y ocultar la real personalidad de la menor sin acudir a la supresión de su verdadera identidad? A la vez, ¿cómo suprimir la identidad de una persona sin que de ello se derive su ocultamiento y retención con relación a su real filiación?...".

De otra parte, con relación a las falsedades documentales atribuidas "...también se advierte que las figuras penales implicadas han de concurrir idealmente con los tipos penales anteriores, dado que la falsa certificación del parto y la apócrifa obtención tanto de la partida de nacimiento como del Documento Nacional de Identidad han sido el modo utilizado para favorecer y mantener aquel delito permanente de retención y

~~ocultamiento de la menor Elena... Tal comprobación~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





relativiza por completo la cuestión atinente a la determinación del grado de intervención delictiva que le cupo a Kirilosky respecto del otorgamiento del Documento Nacional de Identidad ideológicamente falso por cuanto, cabe insistir en ello, se trata de una unidad de hecho o de conducta en la que queda claro que la falsa constatación del nacimiento no ha sido un fin en sí mismo sino una herramienta capital para poder generar el error en las autoridades respectivas al momento de expedir no sólo aquel documento de identificación personal sino también la correspondiente acta de nacimiento...".

En efecto, el accionar de Kirilosky no puede ser analizado ni fragmentaria, ni aisladamente. Es que la conducta de la nombrada fue esencial a los efectos de que se lograra el resultado final de la apropiación de Elena.

La defensa propone un estudio fragmentario de la prueba sosteniendo que la imputación por el art. 146 del código sustantivo implicaría extender el accionar del matrimonio Madrid sobre el ámbito de la conducta de su asistida, y efectúa un análisis aislado del plexo probatorio al entender que las calificaciones dirigidas en su contra nunca pudieron constituir ningún delito del derecho internacional penal.

En efecto, la subsunción legal del accionar de Kirilosky fue correctamente merituada, habiendo concluido acertadamente el tribunal de mérito en la existencia de un concurso ideal de las figuras enrostradas. Es que no puede perderse de vista que la nombrada participó en el delito de retención y ocultamiento de una niña menor de diez años que había sido sustraída del poder de sus padres, no resultando fundadas las alegaciones defensistas en torno

al desconocimiento del origen ilícito de la apropiación de la niña por parte del matrimonio Madrid.

La descripción de los hechos contienen esta circunstancia, dado que en todo momento -como se ha dicho-, la conducta de Kirilosky fue el basamento para otorgar apariencia lícita a la identidad otorgada a Elena y en consecuencia, para retener y ocultar a la niña.

Esto último no fue ajeno a Kirilosky, pues como se fundó, la supresión de la verdadera identidad de Elena no podía tener otro desenlace que su ocultamiento o retención, cuestión que surge palmariamente del concatenamiento de los hechos que le fueron descriptos a lo largo de todo el proceso.

De otra parte, ninguna de las defensas ha señalado de qué manera se han visto cercenadas las estrategias respecto de sus asistidos, toda vez que no han indicado de qué planteos se las ha privado o impedido de desarrollar a los fines de aventar las acusaciones que consideran intempestivas.

El artículo 18 de la C.N. en cuanto reza: *"Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo... es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos"* y el artículo 75 inciso 22 de la C.N. que otorga jerarquía constitucional, entre otros instrumentos internacionales, a la C.A.D.H. y al P.I.D.C.P., que consagran las garantías judiciales del imputado -artículos 8 y 14, respectivamente-, mencionan el derecho a ser oído y a recibir detallada comunicación de la acusación formulada, los que en el presente caso han sido respetados.

Según regula el primer párrafo del artículo 401 del ordenamiento ritual, *"En la sentencia, el tribunal*

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en el auto de remisión a juicio o en el requerimiento fiscal, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad”, dejando de este modo claramente establecido que la identidad no se refiere a la clase de delito imputado y probado, sino a los elementos de hecho objetivos y subjetivos. Como corolario de esta garantía constitucional se encuentra la necesidad de que “entre la acusación intimada (originaria o ampliada), y la sentencia debe mediar una correlación esencial sobre el hecho”, la que impide condenar al acusado por uno diverso o intempestivo del que fuera objeto de la imputación formulada (ne est iudex ultra petita partium).

En este sentido, Cafferata Nores sostiene sobre el artículo 414 del Código Procesal Penal de Córdoba -similar a nuestro artículo 401-, la necesaria correlación entre acusación y sentencia, que establece la regla de dicha norma en su párrafo segundo, supone que la base fáctica contenida en el documento acusatorio sea trasladada sin alteración de sus aspectos esenciales a la sentencia. Legalmente se justifica por la circunstancia de que el hecho que se atribuye al encartado marca el límite de la jurisdicción del tribunal de juicio, y también porque la sentencia debe fundarse en el contradictorio, el cual desaparece si se condena por un hecho diverso y del cual el imputado no pudo defenderse, probando y alegando lo que consideraba que hacía a su derecho, por no haber sido oportunamente informado.

Para que se viole el derecho de defensa en juicio, debe encontrarse afectado el principio de congruencia fáctica. Para que se conmueva la garantía ~~constitucional de defensa en juicio~~, es necesario que se

haya producido una mutación esencial entre el hecho intimado y la base fáctica contenida en el documento acusatorio, con el hecho juzgado, produciéndose un menoscabo en la facultad de la refutación por parte de los imputados. Tal perjuicio sólo concurre cuando la diversidad fáctica le restringe o cercena la factibilidad de presentar pruebas en su interés o si la diversidad comprometió la estrategia defensiva, extremos que no se han dado en el caso traído a estudio.

Asimismo, el artículo 347 del C.P.P.N. prescribe la necesidad de que la presentación contenga una *“... relación clara, precisa y circunstanciada del hecho”* que supone una descripción del mismo -respetándose la base fáctica de la intimación realizada tanto en la declaración indagatoria como en el auto de procesamiento-, mediante la mención detallada de todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que la conducta imputada se exteriorizó y cualquier otro dato de interés para el encuadramiento legal del hecho. Pues sólo de ese modo se asegura la satisfacción del principio -no sólo legal, sino constitucional- que impone la existencia de una imputación criminal de la que el imputado pueda defenderse. Al respecto, vale recordar lo expuesto por Maier en relación a la descripción a la que se refiere la ley procesal en cuanto a que se trata de la *“afirmación de un hecho concreto, singular, de la vida de una persona. Ello significa describir un acontecimiento -que se supone real- con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos (temporal y espacialmente) y le proporcionen su materialidad concreta; el lenguaje se debe utilizar como descriptivo...”*

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



(Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos. 2º Edición. 1996, pág. 553).

En esta línea, conforme surge del acta de debate, los recurrentes tuvieron oportunidad de oponer defensas en torno a las calificaciones asignadas a los hechos imputados, como al tipo de participación que les cupo a cada uno de sus asistidos en los sucesos por los cuales fueron condenados.

Como se ha dicho, las defensas no han logrado explicar de qué manera se han visto desbaratadas las estrategias adoptadas por la parte en el juicio, ni tampoco de qué planteos se las ha privado de efectuar.

En este sentido que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha desestimado recursos extraordinarios interpuestos en queja, atento que el recurrente no había logrado demostrar variación alguna de la situación fáctica que sustentara la acusación ni perjuicio concreto al ejercicio de su derecho de defensa ("Recurso de hecho deducido por el defensor general de la Provincia del Chubut en la causa Antognazza, María Alexandra s/p.s.a. abandono de persona calificado -causa N° 19.143/2003-", A. 1318. XL., rta. el 11/11/07, entre otros).

En el precedente citado, la C.S.J.N. hizo suyos los argumentos vertidos por el Señor Procurador General, en cuanto sostuvo que: *"...el apelante alega la afectación al principio de congruencia sólo con base en el cambio de calificación legal dispuesto por el a quo y en el análisis que ese tribunal realizó acerca de ambas figuras penales, mas omite referirse a los hechos que constituyeron la materia del juicio, e indicar en qué consistió la variación que -en su opinión- habrían sufrido, a pesar de que esta última circunstancia es la*

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



que importa y decide la cuestión (conf. Fallos: 242:227 y 456, 310:2094)... Por otra parte, si bien en ciertos casos la modificación de la calificación legal podría importar un agravio constitucional, en la medida en que dicho cambio provoque el desbaratamiento de la estrategia defensiva del acusado, impidiéndole formular sus descargos (Fallos: 319:2959, voto de los doctores Petracchi y Bossert), la omisión en que incurrió el apelante al dejar de exponer cuáles son las defensas que aquel proceder le habría impedido articular, y en qué medida habrían influido en la solución adoptada...".

Bajo este aspecto del análisis debo destacar por último, que la subsunción legal atribuida por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 1 de La Plata a los hechos que fueron materia de juzgamiento, se direccionó principalmente a calificar de manera general los sucesos ocurridos dentro del marco de la última dictadura cívico-militar (1976-1983), concluyendo que fueron ilícitos generalizados y sistemáticos que constituyeron un genocidio.

Sin embargo, las conductas desplegadas concretamente por cada uno de los encausados, no fueron estudiadas bajo los parámetros de los elementos objetivos y subjetivos de la figura de genocidio, y mucho menos se expresaron argumentos en torno a la ultraintención exigida por el art. 6 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: *"intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal"*.

El a quo simplemente se limitó a condenar a los encausados *"...por su complicidad en el genocidio perpetrado durante la última dictadura cívico-militar*

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





(1976-1983), al participar en el traslado por la fuerza de niños de su grupo familiar a otro grupo mediante..." la participación personal e individual en los hechos que subsumió desde el derecho interno.

Como puede advertirse, lo que ha resultado calificado por el tribunal de juicio como genocidio, ha sido el conjunto de hechos suscitados durante la última dictadura, mas no las conductas reprochadas a los imputados.

Y desde este punto de vista, en lo que a la alegada violación al principio de congruencia respecta, en nada ha hecho mella la particular calificación legal internacional elegida por el tribunal de mérito, pues los efectos jurídico-legales de esa labor jurisdiccional, tan sólo han trasuntado en el particular caso de autos, en el instituto de la prescripción de la acción penal, el que, frente a las dos calificaciones argüidas durante el proceso (Delito de Lesa Humanidad y Genocidio), ha decantado en una única conclusión: la imprescriptibilidad de la persecución penal.

En este sentido, en lo que hasta aquí ha sido materia de agravio, en modo alguno se advierte un perjuicio real y concreto a los recurrentes, por lo que en definitiva entiendo, corresponde rechazar los planteos desarrollados en consecuencia.

3. 2. Por otra parte, lejos se encuentra la sentencia puesta en crisis de ser declarada nula en virtud de la imprecisión sobre la descripción de los hechos conforme alega la defensa de Kirilosky.

Es que debe tenerse en consideración que las nulidades procesales son de interpretación restrictiva, y ~~que su declaración debe estar prevista expresamente en la~~

ley como para su aplicación, no corresponde hacer lugar al planteo defensorista. Quien introduce un planteo nulificante debe invocar el concreto interés que persigue con su declaración, no bastando la referencia genérica a la afectación de garantías constitucionales, ya que de lo contrario la nulidad se declarararía sólo en el interés del formal cumplimiento de la ley, lo que importaría un manifiesto exceso ritual, incompatible con el buen servicio de justicia (v. C.F.C.P., Sala II, Reg. n° 7271.2, "Cardozo, Desiderio Aníbal y otro s/recurso de casación", rta. el 20/12/2004; "Guillén Varela, J. W. s/rec. de casación", reg. n° 40, rta. el 18/11/1993; "Marinelli, Adriana s/rec. de casación", Reg. n° 3163, causa n° 2344, rta. el 29/03/2000; Reg. n° 6992.2. "Barrionuevo, Marta Adelaida s/recurso de casación", rta. el 4/10/2004; "Pérez, Roberto José s/rec. de casación", causa n° 116, rta. el 23/05/1994; "Ruiz, Carlos y otra s/rec. de casación", reg. n° 4511, causa n° 3250, rta. el 19/10/2001; Sala III, "Palacios, Oscar Enrique s/rec. de casación", reg. n° 322, causa n° 5015, rta. el 22/6/04; C.S.J.N. Fallos: 311:1413 y 2337; 298:279 y 498; 322:507; 323:929; 324:1564).

En el caso de autos, conforme se ha señalado en el apartado anterior, se observa que la descripción del hecho endilgado ha sido clara, precisa y circunstanciada, cumpliendo con los requisitos exigidos por el código de rito, y lejos se encuentra de la tacha de nulidad y arbitrariedad efectuada por su defensa.

Se advierte, a su vez, que durante el debate oral la defensa ha podido ejercer en plenitud su derecho encargándose de objetar uno a uno el material probatorio

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



recolectado e impugnando tanto el hecho como la participación específica de su asistida.

En ese sentido no se observa, ni la recurrente se ha encargado de fundamentar, la concreta afectación al derecho de defensa alegada y el debido proceso, sino que, por el contrario se ha limitado a reeditar los planteos efectuados durante el debate oral, los que han sido debidamente contestados por el *a quo*.

4. Materialidad de las conductas atribuidas.

Con relación a los agravios vinculados a la arbitraria valoración de la prueba en la sentencia cuestionada, entiendo que las conclusiones a las que arribó el *a quo* constituyen la derivación necesaria y razonada de la prueba incorporada al debate y de la aplicación del derecho vigente al caso concreto, sin que las críticas que formularan las defensas logren conmovérlo resuelto.

Al respecto, considero que el tribunal de juicio ha efectuado una fundada y razonable valoración de las constancias de la causa, sustentado jurídicamente la atribución de los hechos endilgados a Domingo Luis Madrid, a María Mercedes Elichalt y a Silvia Marta Kirilosky, y sobre la base de un plexo cargoso prudentemente valorado, en el que se analizaron, entre otros elementos, los dichos de los testigos que declararon en la etapa instructoria y durante el debate oral, los peritajes llevados a cabo a lo largo del proceso y la documentación traída al debate.

Estas probanzas junto a las restantes ponderadas por el tribunal de juicio, permitieron lógica, racional, legal y jurídicamente derribar el estado de inocencia que pesaba sobre los encartados.

En ese orden, no advierto quiebres o fisuras lógicas en el razonamiento desarrollado por los juzgadores que autoricen la tacha invalidante de la arbitrariedad.

La sentencia cuestionada tiene los fundamentos jurídicos suficientes que impiden su descalificación como un acto jurisdiccionalmente válido, pronunciamiento que luce congruente sobre la base de la prueba agregada a la causa (Fallos: 301:449; 303:888, entre muchos otros) y que me conduce a concluir en el rechazo de este agravio.

De la lectura de la sentencia puesta en crisis, se observa que a los fines de determinar los hechos acaecidos en perjuicio de Elena Gallinari Abinet, el tribunal ponderó de modo crítico el plexo probatorio, valorando entre otras probanzas, la declaración de la víctima durante el debate, de sus hermanas maternas Inés María Pasman y María Isabel Guadalupe Pasman; de los testigos Gustavo López de Armendia, María Monserrat Fernández Fernández, Juan Carlos Centeno, Hernán Santiago Páez Moritan, quienes dieron cuenta de las actividades políticas que desarrollaban los padres biológicos de Elena; los dichos las hermanas de María Leonor y de Miguel Ángel -María Magdalena Abinet y Analía Bernarda Gallinari, respectivamente-, quienes explicaron detalladamente las diversas dificultades que tuvieron que atravesar para dar con el paradero de la niña Elena y lograr la restitución final de la menor a la familia Gallinari-Abinet; y la declaración de Sofía Egaña, que explicó el proceso por el cuál fue identificado el cadáver de quien en vida fue María Leonor Abinet.

Se sopesaron las pruebas incorporadas al debate por lectura, entre las que se destacan el estudio ~~inmunogenético efectuado en la Unidad de Inmunología del~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

Hospital General de Agudos Dr. C. G. Durand, que determinó en un 99,70% la probabilidad biológica de la niña Nancy Viviana Madrid (Elena Gallinari Abinet) con las familias Gallinari-Matos y Abinet-Alonso; un Acta de Nacimiento n° 1286 de fecha 12 de noviembre de 1976, que certifica el nacimiento de Nancy Viviana Madrid; copia certificada del Acta de Nacimiento n° 2167 3° C de Elena Gallinari Abinet, confeccionada el 19 de diciembre de 1994; Original del Formulario n° 1 de constatación de nacimiento de una criatura de sexo femenino el día 5 de noviembre de 1976; y copia de los Legajos CONADEP n° 4340 y 4102, que dan cuenta del secuestro y desaparición de Miguel Ángel Gallinari y de María Leonor Abinet.

Con respecto a la relación entre Madrid y alguna fuerza de seguridad perteneciente al aparato represivo estatal de la dictadura, se valoró un oficio de fecha 8 de febrero de 1985 suscripto por el Jefe de la Policía, que refiere que Domingo Luis Madrid era Oficial Principal de la fuerza, al igual que su hermano José Félix Madrid. También se ponderaron las copias certificadas del Legajo Personal N° 10912 perteneciente a Domingo Luis Madrid, en las que se certificó que al 30/01/76, el nombrado era Oficial Subinspector Segundo y prestaba servicio en La Plata 7ma. Asimismo, el 10/8/76, con el mismo cargo, pasó la Dirección de Investigaciones, sección "Delitos contra la Propiedad" y el 07/03/77, con igual cargo, pasó a la Dirección de Investigaciones del "Área Metropolitana" (Banfield). También con fecha 13/03/78 figura, con igual cargo, con la inscripción "Incorp. 44° Curso p/07ls. Año 78" y el 22/12/78 (asumiendo la posesión del puesto en 01/01/79) volvió, con igual cargo, a la Dirección de Investigaciones del Área Metropolitana. Y luego, el

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

28/02/79 pasó, manteniendo el cargo, a la Brigada de Investigaciones de Mar del Plata. Obra en el Legajo una Declaración Jurada prestada por Domingo Luis Madrid el 04/08/1983, en la cual informó que su grupo familiar se encontraba compuesto por su mujer María Mercedes Elichalt, y sus dos hijos, Nancy Viviana Madrid (nacida el 05/11/76) y Hernán Luis Madrid (nacido el 01/10/80). Por otra parte, su foja de calificaciones data que en el período 01/10/76 y el 30/9/77, ostentó la Jerarquía de Oficial Subinspector (Seguridad) y la misma se encuentra firmada por Santiago Abel Mansilla, Comisario Inspector, Jefe de la Plana Mayor de la Dirección de Investigaciones de la Zona Metropolitana, Banfield, quien dice respecto al nombrado que “[s]e trata de un oficial con amplios conocimientos generales y policiales. Muestra deseos de superación para aquilatar mayores conocimientos. Su desempeño es a satisfacción. Leal, disciplinado y buen camarada”, considerándolo apto para el ascenso.

El análisis de las probanzas indicadas confirmó plena apoyatura al cuadro fáctico a partir del cual el tribunal de juicio afirmó, con el grado de certeza apodíctica que un pronunciamiento condenatorio exige, que Elena Gallinari Abinet nació en cautiverio en noviembre de 1976, cuando su madre, María Leonor Abinet se encontraba secuestrada en un centro clandestino que no se pudo determinar, “...por obra de un grupo de tareas que respondía al ilegal designio de la dictadura militar...”.

Que Elena fue entregada por un miembro de la fuerza de seguridad, a un matrimonio constituido por Domingo Luis Madrid y María Mercedes Elichalt, estando desaparecidos sus padres biológicos, lo que posibilitó la ~~cancelación de la real identidad de la menor, al~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



inscribírsele falsamente como hija biológica, valiéndose a tal fin de maniobras destinadas a falsificar la documentación necesaria para lograr el cometido de ocultamiento, en lo que tuvo plena participación la médica Silvia Marta Kirilosky.

Que de este modo, Elena quedó retenida por dicho matrimonio quien le ocultó su identidad durante un largo tiempo hasta que, diez años y medio después, por la búsqueda de sus familiares biológicos, Elena pudo conocer su identidad al acceder al resultado del estudio genético que le permitió encontrar a su verdadera familia biológica.

Destacaron los sentenciantes que *"...no ha sido merced a algún aporte de sus apropiadores ni tampoco de Kirilosky que Elena cobró su identidad; por el contrario, mientras unos (Madrid y Elichalt) se empeñaban en negarle tan fundamental derecho humano, la otra (Silvia Marta Kirilosky) coadyuvaba a ello a través de su silencio.*

En definitiva, se sustrajo a Elena del poder de sus padres, se la dejó huérfana y luego se la dio a dos personas para que la retuvieran y la ocultaran, suprimiéndole su verdadera identidad al forzarla a desaparecer dentro de una vida ficticia que le negaba el amor del resto de su verdadera familia que con tanto ahínco la buscaba...".

Sentado cuanto precede, debo señalar que más allá del denodado esfuerzo de las defensas que actuaron en este proceso, no se advierte arbitrariedad ni fisuras en los principios que rigen en la materia, en lo que al desarrollo de la argumentación de la fundamentación de la **sentencia respecta.**

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



De su lectura se desprende que los hechos no pudieron haber ocurrido de otra manera, pues se aplicaron las reglas de la experiencia, del sentido común y de la razón, habiéndose explicado cuál fue el razonamiento lógico que llevó a los sentenciantes a adoptar la decisión en cuestión, lo que denota que se realizó un adecuado razonamiento deductivo-inductivo a partir de la prueba producida.

En ese sentido puede afirmarse que se ha dado cumplimiento a la finalidad del proceso penal, es decir la reconstrucción histórica de los sucesos presuntamente delictivos, que constituyen su objeto procesal. Se observa que la prueba en que se fundó la decisión del tribunal fue la misma que tuvieron a disposición las partes.

Cabe advertir que la obligación legal que tiene el tribunal de fundar su decisión no incluye el deber de refutar todos y cada uno de los planteamientos y peticiones de las partes, sino que se satisface con que el juzgador exponga precisamente las razones que tiene para resolver del modo en que lo hace, circunscribiendo su análisis a aquellas circunstancias que estima conducentes para la solución del caso.

De la lectura del material probatorio recabado se observa que el análisis efectuado por el tribunal *a quo* ha sido hecho con respeto a las pautas establecidas por el sistema de la sana crítica racional adoptado por el Código Procesal Penal de la Nación el que exige que las conclusiones a las que se arriba en el resolutorio sean la consecuencia de una valoración racional de las pruebas, respetándose las leyes de la lógica -principios de identidad, tercero excluido, contradicción y razón suficiente- de la psicología y de la experiencia común.

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



El principio de razonabilidad implica que las afirmaciones a 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 ("Balderramo, Gustavo Adolfo s/recurso de casación", causa n° 13.608, reg. n° 19.331, rta. el 27/3/12 y sus citas).

Al respecto se ha señalado con acierto que el razonamiento empleado por el juez en su veredicto debe ser congruente respecto de las premisas que establece y las conclusiones a que arriba, debiendo expresar por escrito las razones que condujeron a su decisión para posibilitar el control de logicidad.

En este orden de ideas la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puntualizado que si se verifica que se han ponderado testimonios, prueba de presunciones e indicios en forma fragmentada y aislada, situación que no se da en el presente caso, 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 se manifiesta como causal de arbitrariedad con afectación de las garantías constitucionales de defensa en juicio y el debido proceso (Fallos: 311:621 y J.26.XXIII, "Jaurena, Ramón Avelino s/homicidio culposo" - causa n° 1192, del 2 de abril de 1992).

En esta línea de pensamiento, Pietro Ellero en ~~sus reflexiones acerca de la certidumbre en materia~~

criminal explica que la certeza es la persuasión de una verdad, la convicción de que la idea que nos formamos de una cosa corresponde a la misma, puesto que siempre que se tiene por verdadera una cosa, hay certeza de ella, pues se trata de una verdad de tal naturaleza que se impone a la mente sin discusión. Así, la certeza constituye aquel estado del ánimo en virtud del cual se estima una cosa como indudable (Pietro Ellero, "De la certidumbre en los juicios criminales, Tratado de la prueba en materia penal", Buenos Aires, mayo de 1998, págs. 21, 33 y 318).

De ahí entonces que si de los elementos de prueba reunidos no se puede llegar inexorablemente a la conclusión descripta en la sentencia, significa una afectación al principio de razonabilidad, lo que provoca su nulidad.

En tal sentido, los principios constitucionales de legalidad y razonabilidad, imponen que toda sentencia se encuentre fundada en ley, con el respeto al derecho de defensa en juicio que consagran los arts. 18 y 75 inciso 22 de la C.N. y 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos como derecho fundamental comprende el 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 circunstancias 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.

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



Sin perjuicio de ello corresponde destacar que de conformidad con los lineamientos establecidos por la Corte Suprema de justicia de la Nación en el precedente "Casal" (328:3399), al tribunal de casación le está vedado el control de la prueba que dependa en forma directa de la percepción, esto es de los enunciados de inmediación, como consecuencia del juicio público.

En definitiva -aún extremando las posibilidades revisoras de esta Cámara, de conformidad con lo decidido por C.S.J.N. en el fallo "Casal"-, no se advierte en autos que se hayan considerado en forma fragmentaria y aislada las pruebas, o que se haya incurrido en omisiones y falencias respecto de la verificación de hechos conducentes para la solución del litigio, ni se ha prescindido de una visión de conjunto, ni que concurran en el pronunciamiento vicios de fundamentación que lo tornen nulo.

En consecuencia, voto por rechazar los agravios desarrollados en torno a la materialidad de los hechos enrostrados.

5. Calificación legal conforme el Derecho Internacional Penal.

Con el fin de dar respuesta a los planteos realizados por los recurrentes en torno a la subsunción legal internacional de los hechos materia de estudio, debe recordarse que el concepto de delito de lesa humanidad -como género- constituye el producto de una ardua elaboración de la jurisprudencia y la doctrina en el marco de la comunidad internacional de los Estados que culminó con un complejo proceso de positivización de la costumbre internacional y de cierta normativa que de forma ~~incipiente pretendía denotar las particularidades de este~~

tipo de crímenes (Declaración de San Petersburgo de 1868; cláusula Martens incorporada a las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907; Declaración formulada por Francia, Gran Bretaña y Rusia en 1915; informe de la Comisión instituida al término de la Primera Guerra Mundial en 1919; Estatuto de Núremberg del 8 de agosto de 1945; Ley n° 10 del Consejo de Control para Alemania del 20 de diciembre de 1945; Resoluciones n° 3, 95 y 177 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de febrero y 11 de diciembre de 1946, y del 21 de noviembre de 1947, respectivamente; Principios de Núremberg de 1950 de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia del 25 de mayo de 1993; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda del 8 de noviembre de 1994; art. 2° del Tribunal Especial para Sierra Leona, entre muchas otras)- (ver, entre otras, mi voto *in re* "Bustos, Pedro Nolasco; Olivier, José Filiberto y Worona, Jorge Vicente s/recurso de casación", Sala I; "Luera, José Ricardo y otros s/recurso de casación", Sala IV, causa n° 647/2013, reg. n° 325.15.4, rta. el 12/3/15).

Existe un catálogo de delitos de lesa humanidad -en la acepción general de la expresión-, plasmado en diversos tratados, convenciones y resoluciones de órganos internacionales. Resulta ilustrativo mencionar, sin pretensión de taxatividad, las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977; la Convención sobre la Prevención y el Castigo del delito de Genocidio de 1948; la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968; la Convención contra

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984.

Es de notar que la jurisprudencia de los tribunales internacionales contribuyó en la interpretación de los tratados anteriormente mencionados. Así, en torno a estas conductas, la jurisprudencia internacional clarifica el criterio de que, más allá de su inclusión en los estatutos de los tribunales *ad hoc* más recientes, ya de antaño integraban el derecho internacional consuetudinario (cfr. TIPY, "Delalić et al."; I.T.-9621; 'Celebici', rta. el 16-11-98, parág. 587 y 588).

Bajo estos parámetros corresponde recordar que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (suscripto por el Estado Argentino el 17-07-98, aprobado por ley n° 25.390, ratificado el 16-01-01, implementado mediante ley n° 26.200 sancionada el 13-12-06 y publicada en el Boletín Oficial el 9-01-07) enumera como uno de los crímenes de competencia de esa Corte al delito de lesa humanidad (art. 5.1.b. del instrumento de mención) señalando, en su art. 7, que se entenderá por tal "...1. [...] *cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra población civil y con conocimiento de dicho ataque:...* a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) **Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos,**

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o cualquier crimen de la competencia de la Corte; **i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física...**" (la negrita me pertenece; cfr. al respecto: "Videla, Jorge Rafael s/recurso de casación", causa n° 14.571, reg. n° 19.679, rta. el 22/6/2012; "Bustos, Pedro Nolasco; Olivier, José Filiberto y Worona, Jorge Vicente s/recurso de casación", causa n° 16.179, reg. n° 21.056, rta. el 15/5/2013; "Harguindeguy, Albano Eduardo s/recurso de casación", causa n° 699/13, reg. n° 23.925, rta. el 5/8/14).

Ahora bien, sentado cuanto precede, conforme concluí al inicio del presente sufragio, entiendo que los hechos aquí investigados deben ser calificados como delitos de lesa humanidad, toda vez que han tenido lugar durante el desarrollo de la última dictadura cívico-militar en la República Argentina, presentando los elementos típicos que constituyen la figura en cuestión.

Los hechos atribuidos a Madrid, Elichalt y a Kirilosky se desarrollaron en el marco de un plan preconcebido, provisto de una estructura y organización evidenciada en la magnitud y despliegue de los actos de violencia llevados a cabo durante el denominado "Proceso de Reorganización Nacional" (ver TIYP "Prosecutor v. Kunarac", judgment, 22/2/2001: parág. 429 "the adjective ~~systematic signifies the organised nature of the acts of~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



violence and the improbability of their random occurrence...”, en similar sentido ver también “Prosecutor v. Blaškic”, 3/3/2000, parág. 203; “Prosecutor v. Tadic”, 7/5/1997, parág. 648, “Prosecutor v. Akayesu”, 2/9/1998, parág. 580, entre otros).

Ello determina su encuadre dentro de un ataque sistemático y generalizado (no fueron actos ilícitos aislados las sustracciones de niños), que mediante el aprovechamiento de la estructura orgánica y el contexto socio-político descrito en acápites anteriores y por supuesto, con un claro fin político, hizo uso de sus recursos materiales y personales para combatir la “subversión”, privando a la víctima Elena Gallinari Abinet de sus derechos más fundamentales, en clara contravención con el derecho internacional.

Probado ello, deben recordarse las consideraciones señaladas por Ambos y Wirth, sobre la base de las cuales concluyeron que en la pauta de contexto que caracteriza a los delitos de lesa humanidad siempre se ha logrado advertir -a lo largo de la historia y frente a crímenes de esa entidad-, un vínculo con algún tipo de autoridad (Ambos, Kai y Wirth, Steffen; “El derecho actual sobre los crímenes contra la humanidad”, en Ambos, Kai, “Temas de Derecho penal internacional y europeo”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, Cap. VIII, pág. 173), ya sea con el Estado o con alguna organización ligada a él.

En iguales términos se ha expresado Luban, quien sostiene que “...el alto grado de depravación, por sí mismo, no distingue a los crímenes de lesa humanidad de los hechos más crueles que los sistemas locales criminalizan. Más bien, lo que distingue a los crímenes de lesa humanidad radica en que son atrocidades cometidas

por los gobiernos u organizaciones cuasi-gubernamentales en contra de grupos civiles que están bajo su jurisdicción y control..." (Luban, David, "A Theory of Crimes against Humanity", Yale Journal of International Law, 2004, pág. 120).

Se exige además en el art. 7 del Estatuto de Roma, la llamada ultraintención (una clase de elemento subjetivo del tipo distinto del dolo) como elemento de intencionalidad que, en el delito en tratamiento, se verifica cuando alguna de las conductas se perpetra *"...de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política..."*, resaltando así la existencia de una finalidad que tenga una particular dirección que exceda el tipo objetivo (cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro; "Manual de Derecho Penal. Parte General"; Ed. EDIAR; Bs. As.; 2005; pág. 420).

Este elemento exigido por el tipo también fue señalado por la Corte Suprema en "Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal" (2006), al indicar que *"...los hechos tienen que estar conectados con alguna forma de política, en el sentido del término que significa las orientaciones o directrices que rigen la actuación de una persona o entidad en un asunto o campo determinado... Sirve para excluir del tipo penal de los crímenes de lesa humanidad, hechos aislados, no coordinados y aleatorios y configura el elemento propiamente internacional de esta categoría de crímenes..."*.

Al respecto, nuestro Máximo Tribunal sostuvo en "Simón, Julio Héctor s/privación ilegítima de la libertad" (2005), que *"...la descripción jurídica de estos ilícitos*

contiene elementos... excepcionales que permiten

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

calificarlos como ´crímenes contra la humanidad´ porque... 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...” (considerando 13 del voto del doctor Ricardo Luis Lorenzetti).

Dicho ello corresponde señalar, que en el caso de autos debe desecharse sin más toda alegación defensiva relacionada con el desconocimiento del contexto socio-político en el que se insertaron los hechos traídos a estudio o del nexos éstos con el contexto referido, máxime si se repara que uno de los imputados revestía la calidad de Oficial de la Policía Bonaerense (Madrid), otra de ellos era su esposa (Elichalt) y la tercera involucrada conocía a Madrid y su familia -por lo que no le resultaba ajena la condición de miembro policial de éste-, habiendo alegado a su vez el secuestro de un familiar (Eduardo Kirilosky), enmarcado en la violencia estatal referenciada y solicitado las diligencias o “contactos” de Madrid a fin de poder ingresar a trabajar de un nosocomio, cuestión que se tornaba dificultosa, conforme sus dichos, por el credo que profesaba.

No debe perderse de vista que al respecto, Madrid tenía vínculos con personas que fueron imputadas por delitos de lesa humanidad, entre ellas, Carlos Vercellone quien entregó a Elena al matrimonio Madrid-Elichalt; y que, en definitiva, por su experiencia y edad al momento de los hechos, Madrid no podía desconocer las políticas ilegales implementadas para la lucha contra la subversión, específicamente la apropiación ilícita de la niña que ilegalmente adoptó, más aún cuando se observa su

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

comprometido actuar en la *“lucha contra la subversión”* en la felicitación por su destacado desempeño en la fuerza.

De la misma manera corresponde rechazar los agravios desarrollados en torno a la ausencia de los caracteres de *“generalidad”* y *“sistematicidad”* de los hechos enrostrados, pues de su descripción surge la identidad del caso con todos aquellos que han conformado la plataforma fáctica del denominado *“Plan Sistemático de apropiación de niños”*. El caso de Elena Gallinari Abinet se inserta en el patrón empleado por las fuerzas de seguridad en la dictadura, en el marco de las desapariciones forzadas de aquellas mujeres que, encontrándose en estado de gravidez, lograron dar a luz, para luego pasar a integrar el listado de personas desaparecidas o bien siendo su cuerpo sin vida recuperado tiempo después, mientras que el niño/a nacido/a era apropiado para ser entregado/a a una familia adoptiva.

En cuanto a ello, sostuvo el *a quo* que *“...a treinta y siete años de aquel terrible golpe cívico-militar que azotó a nuestra patria ya no puede sostenerse que el hecho que nos ocupa haya constituido un mero caso aislado, o bien, uno de un pequeño grupo de casos desligado de los sanguinarios designios de quienes usurparon el poder en aquella triste época de nuestra nación.*

Basta al respecto recordar lo consignado en el informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) -publicado en septiembre de 1984-, acerca de los “Niños desaparecidos y embarazadas”, en cuanto se sostiene que “(c)uando un niño es arrancado de su familia legítima para insertarlo en otro medio familiar elegido según una concepción ideológica de “lo

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNO, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

que conviene a su salvación”, se está cometiendo una pÉrfida usurpaci3n de roles... (cfr. Nunca Más, Informe de la Comisi3n Nacional sobre la Desaparici3n de Personas, CONADEP, Eudeba, 8º edici3n, 2º reimpresi3n, 2011, pág. 303).

En sintonía con semejante caracterizaci3n de tan aberrante práctica, nuestro más alto Tribunal sostuvo en el caso “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/sustracci3n de menores de 10 años” (Fallos: 332:1769) que “dos son las circunstancias que hacen extraordinario el conflicto en esta causa: la naturaleza del crimen que se investiga por un lado y, por el otro, la prolongaci3n de su consumaci3n hasta el presente.

En cuanto al primer elemento, queda claro que el caso corresponde a un presunto delito de lesa humanidad en forma de crimen de estado. Pero no se trata de uno más de los muchos cometidos en el curso de los siglos, en que por cierto son generosos en su aberraci3n los ejemplos de las dos centurias anteriores (...), sino que se trata de un crimen cuya perversa originalidad le quita cualquier analogía con todos los conocidos...

Salvo las recientes investigaciones en curso sobre el destino de niños por el régimen franquista, no hay en el mundo precedentes de casos de secuestros y consiguiente privaci3n 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 situaci3n indefinidamente en el tiempo. Es claro que el crimen en autos no configura un hecho aislado, sino que respondi3 a una decisi3n general en el marco de una empresa criminal

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

llevada a cabo por un aparato de poder del Estado violador de elementales derechos humanos" (ver considerando 7º, de la disidencia parcial de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni)...".

De otra parte, no corresponde analizar las argumentaciones relacionadas con el otro niño adoptado por el matrimonio Madrid-Elichalt -Hernán Luis Madrid-, pues su origen biológico no se remontó (conforme las pruebas incorporadas al expediente), a las apropiaciones de niños hijos de personas privadas ilegalmente de la libertad durante la última dictadura. Naturalmente, el abordaje típico del hecho conlleva a descartar la calificación penal internacional, circunscribiendo el análisis al derecho interno y a las lógicas consecuencias en torno a la vigencia de la acción penal a su respecto, pero sí indican un patrón de conducta ilícita al inscribirlo como hijo biológico.

La conducta de los tres imputados en autos ha trascendido la mera calificación legal conforme el derecho interno, toda vez que sus conductas -con los alcances individuales que a cada una le cupo-, han conservado las características exigidas por la figura del delito penal internacional analizado en el marco histórico en el cual fueron desplegadas.

En ese sentido, no resta más que remitirme a las consideraciones desarrolladas *supra* al recordar que he sentado postura sobre la caracterización legal de los hechos ocurridos durante la última dictadura cívico-militar en nuestro país (cfr. mis votos en Sala I: causa n° 16.179, "Bustos, Pedro Nolasco; Olivieri, José Filiberto y Worona, Jorge Vicente s/recurso de casación", ~~reg. n° 21.056, del 15 de mayo de 2013; causa n° 1596/13,~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

caratulada "Ayala, Juan Domingo s/recurso de casación", reg. n° 24.774, del 13 de octubre de 2015; causa n° CFP 8786/2005/11/CFC1, "Vergez, Héctor Pedro s/recurso de casación", reg. n° 2190/16.1, del 11 de noviembre de 2016; y mi voto en Sala III: causa n° 16/2012, "Carrizo, Salvadores, Carlos Eduardo del Valle y otros s/recurso de casación", reg. n° 740/16, del 9 de junio de 2016), habiendo concluido categóricamente en la subsunción legal del delito de lesa humanidad, tipificación que debe aplicarse a los hechos atribuidos a los encausados.

Por último, si bien los agravios de las defensas en torno a la calificación de "genocidio" asignada por el tribunal de juicio, se asientan fundamentalmente respecto de la alegada violación al principio de congruencia -cuestión sobre la que ya me he referido en el acápite 3-, esta Cámara ha señalado frente a la misma subsunción jurídica del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de La Plata ante un caso análogo (causa n° 366/368/370/2013, "Manacorda, Nora Raquel y Molina, Silvia Beatriz s/recurso de casación", reg. n° 770/14 de la Sala III, rta. el 16/05/14), que *"...más allá de la controversia suscitada en la doctrina respecto de si los hechos de terrorismo de Estado ocurridos en nuestro país durante la dictadura militar (entre los que se encuentran las conductas objeto de las presentes actuaciones) encuadran, o no, en la categoría de 'genocidio' prevista en el art. II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y en el art. 6° del Estatuto de Roma, lo cierto es que no corresponde que la referida cuestión sea resuelta en esta instancia. Ello así, por cuanto la circunstancia de que el tribunal a quo haya incluido, dentro de la calificación legal asignada a los hechos*

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

sobre los que se dictó condena en el pronunciamiento atacado, la declaración de que esos hechos se cometieron `en el contexto del delito internacional de genocidio´, no produjo efectos jurídicos concretos respecto de la situación de los condenados; de lo que se deriva que el acierto o error de dicha declaración no importe una cuestión susceptible de ser analizada por esta Cámara Federal de Casación Penal”.

“En efecto, se advierte que las consecuencias jurídicas que permitieron el juzgamiento de las conductas reprochadas a los imputados en el debate oral que culminó con el dictado del decisorio puesto en crisis -como la imprescriptibilidad-, se derivaron de haberse considerado que los hechos encuadraban en la categoría de `crímenes de lesa humanidad´ prevista en el art. 8º del Estatuto de Roma... Por ende, el agregado de la referencia al `delito internacional de genocidio´ -que no reemplaza a la tipificación como delito de lesa humanidad, sino que se suma a ella- no vino a modificar la situación legal de los encartados, que se mantuvo inalterada...”.

“...En ese orden de ideas, cabe recordar `Que desde sus inicios, al examinar la naturaleza de la actividad jurisdiccional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que [...] los jueces sólo pueden pronunciarse respecto de un caso concreto; y no pueden hacer declaraciones en abstracto o de carácter general´ (Fallos: 306:1125 y sus citas). Ello, toda vez que es de la `...esencia del poder judicial decidir colisiones efectivas de derechos´, razón por la cual no compete a los jueces de la Nación `hacer declaraciones generales o abstractas´ (Fallos: 2:254; 12:372; 24:248; 94:444; ~~107:179; 115:163; 193:524, entre muchos otros~~). Siendo

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





que, por consiguiente, no se consideran como cuestiones justiciables las consultas y las resoluciones puramente normativas (Fallos 28:404; 32:62; 52:432; 100:205; 188:179, entre muchos otros; cfr. IMAZ, Esteban / REY, Ricardo E. El recurso extraordinario, Ediciones de la Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1943, pág. 40 y ss. -énfasis añadido). Por ende, deviene insustancial el tratamiento del agravio deducido por la defensa en orden a esta cuestión...".

Sin perjuicio de ello, recordaré que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional prescribe, en su artículo 6, que "...se entenderá por `genocidio´ cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo...".

*En este sentido, la distinción principal entre genocidio y crímenes contra la humanidad, tanto desde el punto de vista convencional (con base en los tratados), como desde el punto de vista de la jurisprudencia, reside en dos vertientes esenciales de los elementos del tipo y que para el caso del genocidio tienen una configuración específica: a) *mens rea* y, b) *actus reus*.*

*Los requisitos en torno al *mens rea* y *actus reus* necesarios para que una conducta concreta pueda subsumirse en el tipo de genocidio, vienen determinados por la*

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que de manera previa e idéntica al Estatuto de Roma, ha tipificado este delito.

El genocidio requiere por tanto, como parte de los elementos del tipo: a) Un *mens rea* o elemento intencional específico, es decir, la persona responsable por la perpetración de los actos debe cometerlos con la intención de destruir total o parcialmente un grupo de los mencionados en ese artículo de la Convención (y en el art. 6 del Estatuto de Roma) y ello por las mismas características del grupo; b) El grupo ha de ser nacional, étnico, racial, o religioso.

De conformidad con reiterada jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, el primer requisito consiste básicamente en que la/s víctima/s no es seleccionada como blanco en virtud de sus cualidades individuales, sino porque pertenece a un grupo. Esta intencionalidad supone un *dolus specialis*, que se requiere además de la intencionalidad delictiva o criminal que acompaña al delito subyacente.

Cuando no pueda demostrarse la intencionalidad, el acto cometido continúa siendo punible, pero no como genocidio, sino como delito de lesa humanidad. El *mens rea* específico para este tipo requiere que se haya llevado a cabo *elactus reus*, pero vinculado a la intencionalidad o finalidad que va más allá de la mera ejecución del acto.

La Convención contra el Genocidio y la jurisprudencia internacional requieren no sólo que el objeto de los actos prohibidos sea un grupo permanente o estable, sino además que los perpetradores posean un *mens rea genocida*. Para constituir genocidio, los asesinatos u

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



otros actos prohibidos que se aleguen han de ser “perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”.

De otra parte, si acaso pudiera considerarse que las víctimas del terrorismo de Estado en nuestro país constituían un grupo, no eran un grupo (nacional, étnico, racial o religioso) respecto del que el gobierno de facto pudiera tener la intencionalidad requerida de destruirlo. Tales crímenes, incluidos el encarcelamiento, las torturas, los asesinatos, las ejecuciones sumarias, no constituyen genocidio bajo el derecho internacional penal, sino “persecución política” con los alcances típicos del delito de lesa humanidad.

Los grupos protegidos por la Convención contra el genocidio, y los estatutos del TPIR, el TPIY y la CPI son los mismos. Los grupos políticos se incluyeron en la definición de crímenes contra la humanidad en el Estatuto de Núremberg, pero no en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio porque, entre otros motivos, se consideró que esta clase de grupo no era lo suficientemente estable a los propósitos de este tipo de crimen. Ello fue afirmado años más tarde con el Estatuto de Roma, al incluirse la persecución política como delito de lesa humanidad (ver en este sentido sentencias del TPIY: “Jelusic”, Sala Primera Instancia, 14 de diciembre de 1999; “Krstic”, Trial Chamber, agosto de 2001; y del TPIR: “Prosecutor vs. Rutaganda”, Trial Chamber, del 6 de diciembre de 1999; “Akayesu”, Trial Chamber del 2 de septiembre de 1998, entre otras.

Por lo demás, en el caso “George Anderson

~~Nderubumwe Rutaganda vs. The Prosecutor~~”, el TPIR

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



reconoció la falta de una definición precisa de "grupo nacional" bajo el derecho internacional. Como consecuencia, declaró que *"...ciertos grupos, como los grupos políticos y económicos, han sido excluidos de los grupos protegidos porque son considerados como 'grupo móviles' a los que una persona se une a través de un compromiso individual..."*, que no está relacionado con la identidad de ese ser como tal.

La persecución por motivos políticos, contemplada como crimen contra la humanidad no requiere, en aras a la persecución penal y al cumplimiento del Estado de las obligaciones asumidas internacionalmente, de un complejo esfuerzo intelectual que tenga por fin considerarla "genocidio", pues perteneciendo la conducta al género de delitos internacionales, la única consecuencia concreta para el imputado ha de ser la imprescriptibilidad de la acción penal. A ello debe destacarse que en el caso de autos, la calificación de "genocidio" tampoco tuvo repercusiones en el *quantum* punitivo.

6. Calificación legal conforme el derecho interno.

A fin de dar tratamiento a los agravios desarrollados por las defensas a su respecto, resulta necesario destacar, en primer lugar, que el tribunal de juicio tuvo por acreditado que Madrid, Elichalt y Kirilosky conocían el origen de Elena.

De lo dicho en los acápites 3 y 4, se arriba a la conclusión de que los encausados tenían conocimiento de la apropiación ilegal de Elena y del contexto en que fue sustraída de su madre, manteniendo bajo un velo de





mentiras y/o de silencio la revelación a la damnificada de su verdadera identidad.

Sentado ello, los planteos defensistas en cuanto a que no resultan aplicables las conductas típicas de retención y ocultamiento debe necesariamente, ser descartado.

Al respecto tan sólo recordaré cuanto sostuvo el tribunal de juicio en cuanto a que *"...Kirilosky sabía que su constatación del nacimiento de Elena, falseaba la realidad, en la medida en que certificó que la niña nacía de una madre que jamás la parió. Va de suyo entonces que ella no ignoraba que la criatura iría a un grupo familiar que no era el propio y que suscribía a tal fin un documento apócrifo a efectos de conferir apariencia de legalidad a un emplazamiento ciertamente ilegítimo.*

Sin dudas, ello incluye también su conocimiento acerca de la alteración del estado civil de la niña en tanto se la registró como hija biológica del matrimonio apropiador, cuando ese lazo correspondía a otro grupo familiar que, en el caso, era el constituido por la pareja Gallinari-Abinet.

Por lo demás, la propia imputada reconoció haber firmado la mendaz constatación del parto, a punto tal que ni siquiera hizo falta la realización de un peritaje para acreditar tal extremo..."

En torno a lo dicho, dable es destacar, con relación a la imputación calificada bajo las previsiones legales del art. 146 del C.P., que el ocultamiento de un niño puede llevarse a cabo de distintas formas, así, ocultándolo físicamente, haciendo imposible conocer su paradero, o mediante otros actos que no implican ~~ocultamiento físico pero que dificultan~~ su identificación.

Así por ejemplo, alterando su estado civil o los datos de su filiación que son relevantes para el derecho a la identidad de la niña.

Asimismo, a los fines de la figura del art. 146 del C.P., de exigirse el conocimiento de la sustracción previa si el autor de la retención o el ocultamiento fuere otro, basta con el dolo eventual como forma de tipicidad subjetiva (cfr. voto del doctor Gustavo Hornos *in re*: "Ricchiuti, Luis José y otra s/recurso de casación", Sala IV, causa n° 13.968, reg. n° 2562/12, rta. el 27/12/12).

En este sentido deben ser rechazados los agravios de la defensa de Kirilosky, toda vez que ha quedado demostrado que si bien no fue la nombrada quien ejerció personalmente un dominio sobre Elena, pudiéndose representar la sustracción u ocultamiento de la menor en atención a la pauta de contexto en la que se desarrollaron los hechos, expidió el certificado de parto. Ergo, su conducta no puede considerarse agotada, tal como afirma el recurrente, con la sola expedición del documento de mención.

Ahora bien, con respecto a Madrid y a Elichalt, el tribunal de juicio destacó que los nombrados, en atención a la abrumadora prueba que pesaba en su contra, debió reconocer que la niña le había sido entregada por un tercero (Carlos Vercellone), despojándola de su identidad mediante el engaño y la confección de documentación falsa destinada a alterar su identidad durante un muy extenso período de su vida.

La niña les fue entregada en pleno proceso dictatorial, con escaso tiempo de vida, instrumentándose apócrifamente la documentación necesaria para lograr dotar





a la maniobra de viso de legalidad, simulándose inclusive la maternidad biológica de parte de Elichalt.

Remarcaron los sentenciantes que todos los encausados, incluso Kirilosky, al desarrollar las conductas enrostradas, sabían que impedían a Elena desarrollar vínculos afectivos con sus familiares biológicos, con sus orígenes.

En definitiva, los enjuiciados contaron con todos los elementos cognoscitivos que les permitieron dirigir sus acciones en el sentido ya indicado, posibilitando la alteración de la identidad de Elena Gallinari Abinet, para retenerla y ocultarla durante prácticamente diez años y medio de su vida; límite que, vale nuevamente recordarlo, no fue superado precisamente por la decisión de aquéllos, sino por la intervención de voluntades ajenas que llevaron a la víctima a recobrar su real identidad -y con ella, su verdadera vida, su auténtica familia y su verdadero "yo"-, culminando con el permanente estado de retención y ocultamiento.

Con relación a los planteos en torno al artículo 293 del código sustantivo, debe recordarse que esa norma establece que *"será reprimida con reclusión o prisión de uno a seis años, el que insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio.*

Si se tratare de los documentos o certificados mencionados en el último párrafo del artículo anterior, la pena será de tres a ocho años..."

Esta instancia casatoria ha dejado sentado que: *"...El artículo 293 del Código de fondo contiene dos tipos legales perfectamente diferenciados por la calidad del*

autor y la conducta que se indica como prohibida. De la conducta de `insertar` declaraciones falsas en un instrumento público, único autor posible resulta, en esta alternativa, el oficial público predispuesto legalmente para la realización del acto, pues solamente él está investido de competencia para incorporar a un documento público atestaciones que obren con aptitud probatoria erga omnes, respecto de la existencia de los hechos que declara haber cumplido en persona, como de aquellos que certifique haber pasado en su presencia.

La segunda hipótesis delictiva `...incluye en la categoría de autor a todo sujeto, distinto del funcionario competente, que hiciere insertar en el instrumento público declaraciones falsas de similar tenor y en consecuencia prohibidas para el emisor oficial.

Una interpretación inadecuada haría suponer que todo particular puede, sin restricciones, cometer falsedad ideológica por determinar la inserción de cualquier manifestación de esa índole en el texto del documento.

Sin embargo, como el bien jurídico tutelado es necesariamente el mismo en los dos supuestos (la fe pública), parece claro que el otorgante reunirá la calidad típica de autor exclusivamente cuando la ley equipare sus declaraciones cartularias a las del oficial público, imponiéndole la obligación jurídica de hacer una manifestación veraz. Dicha obligación incide sobre los particulares en diversas situaciones; pero en general puede decirse que concurre cuando la ley, para la formación de un instrumento público y a los fines de su autenticidad y de su validez `erga omnes` requiere o

~~admite la intervención de un particular..." (causa n° 1898,~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





"Toledo Héctor Hugo s/recurso de Casación", Sala IV, rta. 1/06/00).

En doctrina se sostiene que la acción típica se configura cuando: *"...Se insertan declaraciones falsas cuando lo que se consigna en el documento tiene un sentido jurídico distinto del acto que realmente ha pasado en presencia de quien tiene la obligación de colocar lo que verdaderamente ocurrió. Tanto se logra este fin incluyendo un hecho que no ocurrió o afirmando su existencia cuando es lo contrario y, de igual manera, con declaraciones que se han vertido en su presencia o, al contrario, que no se han hecho. Por lo tanto el delito se comete por acción como por omisión..."* (Donna, Edgardo Alberto, "Derecho Penal, Parte Especial, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 26/7/2004, fs. 221/222).

También se ha indicado que la acción típica se configura cuando se *"...Hace insertar declaraciones falsas en un documento público quien logre que el fedatario incluya en el documento manifestaciones que no revelen lo realmente ocurrido, o que revelan como ocurrido lo que realmente no pasó; por lo tanto sólo es conducta típica del otorgante... Esto sólo es posible cuando el particular esté obligado a decir verdad desde el punto de vista de la ley, de lo contrario no habrá ilicitud. Generalmente se trata de datos importantes en la vida civil, que no pueden ser corroborados más que de un modo formal por el oficial público..."* (Donna, ídem, pág. 222).

D'Alessio explica: *"...según la descripción legal, la acción consiste en insertar o hacer insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio, de donde...: Hacer insertar es lograr*

que se incluyan en el documento público manifestaciones que no revelan la verdad pasada, dando como ocurrido lo que no sucedió o que ocurrió de un modo distinto..." (D' Alessio, Andrés José; "Código Penal - Comentado y Anotado", 2º edición actualizada y anotada. Tomo II, La Ley, págs. 1499/1500, Buenos Aires, 2009).

Entiendo que en el caso de autos, la acción imputada a Madrid, Elichalt y Kirilosky, bajo esta subsunción jurídica y desde el punto de vista objetivo, se encuentra probada y fundada en derecho.

En lo que respecta al tipo subjetivo, esta Cámara ha receptado en reiteradas oportunidades que se requiere dolo para que se configure el tipo penal.

La Sala III de esta Cámara postuló que: "...Si bien la ficha de afiliación a un partido político reviste carácter de documento público y se encuentra dentro de las previsiones del art. 293 C.P., al no existir elementos de prueba que indiquen que la encartada tenía conocimiento del fallecimiento de la persona cuya ficha de afiliación certificara la delegada partidaria, no se puede corroborar el dolo con el que habría actuado sino que todo indica que se trató de una simple violación del deber de cuidado que debió observar, circunstancia insuficiente para tener por configurada la falsedad ideológica, que no admite la forma culposa, de manera que se debe reprochar al sujeto activo dolo directo a los efectos de lograr su reprochabilidad penal..." (causa N° 10.858, "Quinteros, María Cristina s/recurso de casación, reg. n° 1801.09.3, rta. el 9/12/09).

También la sala IV, en la causa "Martínez del Valle, Ezequiel Adolfo s/recurso de casación" (reg. n°

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



1764.4, rta. el 22/3/1999), dejó sentado para el reproche punitivo, la necesidad del querer obrar doloso, es decir, el elemento subjetivo. Allí señaló que *"...La conducta típica del artículo 293 es insertar en un documento declaraciones falsas y que ellas tengan aptitud para producir perjuicio. El dolo estriba en el conocimiento del carácter del documento, del objeto y de lo falso que en él se introduce, extendiéndose al de la posibilidad de perjuicio. Sólo funciona lo que se denomina dolo directo. En las falsedades documentales se requiere que el agente proceda a sabiendas de que falsifica y que actuó con voluntad de hacerlo, lo cual no puede proceder de simples violaciones del deber de cuidado que no permiten encuadrar la conducta dentro del dolo directo..."*.

Donna acompaña dicha argumentación en cuanto al tipo subjetivo, entendiendo que el mismo es doloso y solamente es posible su configuración con dolo directo. Concluye que: *"...la imprudencia no es impensable, pero no está tipificada..."* (Donna, ob. cit., pág. 222).

D'Alessio indica respecto al tipo subjetivo: *"... El presente es un delito doloso, compatible sólo con el dolo directo. Este requiere la conciencia acerca del tipo de documento en que se introduce la falsedad, de la falsedad misma y de la posibilidad de perjuicio, así como de la voluntad de realizar la conducta típica. En este tipo de figuras no caben el dolo eventual ni las formas imprudentes..."* (D'Alessio, Andrés José, ob. cit., pág. 1503).

Conforme el análisis precedente, habré de rechazar los agravios elaborados por las defensas, en lo que a esta figura respecta, ello así toda vez que, ~~conforme la descripción de las conductas atribuidas y la~~

prueba obrante en autos, al haberse hecho insertar declaraciones falsas en los instrumentos públicos en cuestión -uno de ellos destinado a acreditar la identidad de las personas (D.N.I.)-, resulta de aplicación al *sub lite*, el tipo previsto en el art. 293, primer y segundo párrafo, del Código Penal, según ley n° 20.64, vigente al momento de la comisión del hecho.

7. El derecho a la identidad y a la verdad sobre el origen biológico.

No es posible soslayar que el núcleo de la problemática jurídica en torno al hecho que damnificó directamente a Elena Gallinari Abinet, ha radicado en situación de incertidumbre que durante años rodeó a la nombrada en torno a su filiación biológica y al derecho a conocer la verdad respecto a su identidad.

En cuanto a ello, he sostenido en la causa n° 15.370, "Cima, Luis Bernardo y otro s/recurso de casación (reg. n° 24.316 de la Sala I, rta. el 28/11/14), que el derecho al nombre y el reconocimiento a la personalidad jurídica, instituido como uno de los atributos de la personalidad, surge desde el momento de la instalación del constitucionalismo liberal, ya sea de manera expresa o contemplado implícitamente dentro del principio de igualdad y se relaciona con el "*derecho a la identidad*" como derecho humano fundamental de toda persona de la cual es titular desde el mismo momento de nacer.

El derecho a la identidad constituye el conjunto de atributos y características que permiten identificar a una persona como sujeto único, abarcando el derecho a la nacionalidad, al nombre, a ser reconocida su personalidad jurídica y con ello, a poseer y preservar las relaciones

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



con su familia biológica y a conocer la verdad sobre su origen.

Afirma la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, como todo derecho humano, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, por ello le pertenece a todas las personas sin discriminación, estando obligado el Estado a garantizarlo, utilizando todos los medios a su alcance para su consecución.

Consecuentemente he señalado (cfr. mis votos *in re*: causas n° CCC 45132/2009/2/CFC1, "Z., V. R. y otros s/recurso de casación", reg. n° 303/17, del 19/04/17 y n° CFP 9488/2016/1/CFC1, "Cabo, María Victoria s/recurso de casación", reg. n° 703/17, del 02/06/17, ambas de esta Sala I), que el derecho a la identidad es un derecho humano oponible *erga omnes*, dado que además de constituir un derecho personalísimo, también constituye un derecho de interés colectivo de la comunidad internacional, que no admite derogación ni suspensión alguna, por ello no puede ser conculcado, reglamentado o reconocido de manera parcial. Por ello, siempre toda persona tiene derecho a conocer la verdad de su identidad, lo cual hace que cada persona sea única, singular e identificable.

El derecho a la identidad corresponde a todo ser humano. Constituye el derecho a saber quién es, cuál es su origen biológico, a qué familia pertenece y a mantener los vínculos con ésta, a saber cuál es su nacionalidad para conservar su cultura, lugar de origen e idiosincrasia, en definitiva, el derecho a saber cuál es su constitución psico-biológica-social, reivindicándose así el derecho a la verdad como derecho individual y colectivo, porque en

ambos parámetros importa el derecho del sujeto y de la sociedad de la que forma parte.

De esta forma una persona puede, registralmente mediante su partida de nacimiento, preservar sus orígenes, su propia historia y las relaciones de parentesco que lo unen a sus padres biológicos, facilitando la integración a la sociedad.

En el Estado se reconoce el derecho al nombre y nacionalidad con una doble finalidad: 1) individual para que cada sujeto al nacer pueda ser identificado, documentado y conserve su particularidad por lo cual se le otorga por el Registro Nacional del Estado Civil y Capacidad de las Personas el D.N.I. (Documento Nacional de Identidad), conforme el art. 13 y cctes. de la ley 17.671; inscripción que conforme que conforme los estándares actuales debe ser universal, gratuita y oportuna; y 2) política y social para que se determine la composición de los ciudadanos que la integran, distribución, etnia, grupo social al que pertenece para planificar al país como cuerpo social-político y aplicar las políticas públicas y asegurar los derechos de ciudadanía y protección diplomática.

Su desconocimiento implica una violación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, siendo éste un derecho convencional reconocido con jerarquía constitucional, conforme el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

Los derechos en análisis se derivan de un cuerpo normativo complejo, definido por normas convencionales de jerarquía suprema: "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre" (arts. 17 y 19), "Declaración Universal de los Derechos Humanos" (arts. 6 y 15.1),

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





"Convención Americana sobre Derechos Humanos" (arts. 1, 2, 3, 19 y 20), "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" (arts. 2, 16 y 24) y "Convención sobre los Derechos del Niño" (artículos 7 y 8).

El derecho a la identidad tiene particular tratamiento en la "Convención sobre los Derechos del Niño" -C.D.N.-, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada en el derecho interno mediante Ley 23.849 y con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional en 1994.

El artículo 7º de la CDN establece que: *"1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos..."*.

Por su parte el artículo 8 dispone: *"...1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.*

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad...".

Cabe recordar que el artículo 4º de la Convención de los Derechos del Niño establece que: *"...Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención..."*.

De la norma convencional se diferencia el "derecho al nombre" del "derecho a la identidad", siendo el último un derecho que trasciende al individuo y se configura en el ejercicio del Derecho Humano a conocer su propia historia, derecho individual del interesado por sus atributos de la personalidad jurídica y de la sociedad de la que forma parte, como derecho de los pueblos a preservar su cultura.

A los efectos de supervisar la aplicación de la "Convención sobre los Derechos del Niño", se ha conformado el "Comité de los Derechos del Niño" integrado por un grupo de expertos independientes. Este Comité examina los informes que elabora cada "Estado parte" y en función de ello realiza recomendaciones que se materializan en documentos conocidos como observaciones.

Cabe señalar que al ratificar la "Convención sobre los Derechos del Niño", los Estados Parte asumen la obligación de aplicarla, en virtud de ello deben adoptar las medidas que garanticen la efectividad de todos los derecho que reconoce esta Convención a quienes están sujetos dentro de su jurisdicción.

El "Comité de los Derechos del Niño" expresó, en la Observación General N° 5, titulada "Medidas Generales de Aplicación", que: *"Es fundamental hacer que toda la legislación interna sea plenamente compatible con la Convención y que los principios y las disposiciones de ésta puedan aplicarse directamente y sean susceptibles de la debida ejecución coercitiva. Además, el Comité de los Derechos del Niño ha identificado toda una serie de medidas que se necesitan para la aplicación efectiva de la Convención, entre ellas el establecimiento de estructuras especiales y la realización de actividades de*

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

supervisión y formación, así como de otras actividades, en el gobierno, en el parlamento, en la judicatura, en todos los niveles...” (punto 1).

Otro punto que trata la citada Observación, son los mecanismos necesarios para invocar los derechos ante los tribunales, indicando que *“...para que los derechos cobren sentido, se debe disponer de recursos efectivos para reparar sus violaciones...” (punto 24).*

Cabe recordar que la Observación General N° 7, titulada *“Realización de los Derechos del Niño en la Primera Infancia”*, indica en el punto 12 que *“...los niños pequeños pueden también sufrir las consecuencias de la discriminación de que son objeto sus padres, por ejemplo si han nacido fuera del matrimonio o en otras circunstancias que no se ajustan a los valores tradicionales... Los Estados Partes tienen la responsabilidad de vigilar y combatir la discriminación cualquiera que sea la forma que ésta adopte y donde quiera que se dé, tanto en la familia como en las comunidades, las escuelas u otras instituciones...”.*

Por su parte, dicha Observación General indica que son sujetos con necesidades especiales de protección los niños sin familia: *“...Los derechos del niño al desarrollo se ven en grave riesgo cuando dichos niños son huérfanos, están abandonados o se les ha privado de atención familiar o cuando sufren interrupciones de largo plazo en sus relaciones o separaciones...” (punto 36 inc. b) Observación General N° 7 del Comité de los Derechos del Niño).*

En *“Gelman vs. Uruguay” (24/02/2011)*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al abordar la ~~apropiación forzada de la niña~~, sostuvo que en el caso

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

existió una "...violación de su derecho a conocer la verdad sobre su propia identidad..." (punto 118).

Adunó que "...En este sentido, María Macarena Gelman declaró ante la Corte sobre cómo esta grave alteración en sus condiciones de existencia ha afectado su proyecto de vida desde que conoció su verdadera identidad, cuando tenía 24 años de edad. A partir de entonces, luego de reclamar su filiación legítima ante la jurisdicción uruguaya e inscribirse como hija legítima de Marcelo Gelman y María Claudia García, ella emprendió una búsqueda de su verdadero origen y de las circunstancias de la desaparición de su madre. Según expresó, a partir de entonces ha dedicado su vida a esto y la búsqueda la fue absorbiendo, pues fue perdiendo motivaciones... Al respecto, la perita Deustch observó que ella ha sido afectada en lo más íntimo de su ser: su identidad, pues el conocimiento de los hechos la hizo tambalearse y le desestructuró su mundo interno. La perita concluyó que María Macarena Gelman presenta síntomas que perturban su vida, le impiden retomar su proyecto para su futuro, y le causan dolor..." (punto 119).

En dicho precedente se agregó: "...121. En su condición de ese entonces, como niña, María Macarena Gelman tenía derecho a medidas especiales de protección que, bajo el artículo 19 de la Convención, correspondían a su familia, la sociedad y el Estado. A su vez, las alegadas violaciones a los derechos reconocidos en los artículos 3, 17, 18 y 20 de la Convención deben interpretarse a la luz del corpus juris de los derechos de la niñez y, en particular según las circunstancias especiales del caso, armónicamente con las demás normas





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

que les atañen, en especial con los artículos 7, 8, 9, 11, 16 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

122. Así, la referida situación afectó lo que se ha denominado el derecho a la identidad, que si bien no se encuentra expresamente contemplado en la Convención, en las circunstancias del presente caso es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece tal derecho, comprende entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. Asimismo, el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso.

123. Al respecto, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante la "OEA") señaló que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana. Asimismo estableció que la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, ~~sociales y culturales.~~ En ese mismo sentido, el Comité

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

Jurídico Interamericano expresó que el derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana y que, en consecuencia, es un derecho humano fundamental oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana...”.

Sostuvo: “...125. Por otro lado, el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Por ende, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales...”.

Otra cuestión analizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo citado, fue el “derecho al nombre”, indicando: “...127. En cuanto al derecho al nombre, reconocido en el artículo 18 de la Convención y también en diversos instrumentos internacionales, la Corte ha establecido que constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado. Además, el nombre y el apellido son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia. Este derecho implica, por ende que los Estados

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



deben garantizar que la persona sea registrado con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de interferencia en la decisión de escoger el nombre y, una vez registrada la persona, que sea posible preservar y restablecer su nombre y su apellido...".

Asimismo, en el caso "Contreras y otros vs. El Salvador" (Sentencia del 31 de agosto de 2011, párrafo 113), la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha asentado que el derecho a la identidad "...puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. Es así que la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social...".

En tal oportunidad se afirmó que "...la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación a su derecho a la familia reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana" y que "el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. Por otra parte, en virtud del artículo 11.2 de la Convención, toda persona tiene derecho a recibir protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en su familia, y en especial los

niños y niñas, dado que la familia tiene un rol esencial en su desarrollo..." (párrafo 106).

También la CIDH ha sostenido en el caso "Fornerón e hija vs. Argentina" (Sentencia del 27 de abril de 2012), que "...el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño. De allí, que a la familia que todo niño y niña tiene derecho, es principalmente, a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos, la que debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. En consecuencia, a falta de uno de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre o madre u otros familiares biológicos..." (párrafo 119).

En vista a las consideraciones efectuadas, se desprende la importancia de los intereses en juego en estas actuaciones, los que sumados a aquellos que derivan del contexto histórico en el que ocurrieron los hechos materia de juzgamiento, se insertan en la búsqueda de la verdad y en particular, de la verdad sobre la identidad del origen biológico de una persona cuyos padres fueron víctimas del terrorismo de Estado que tuvo lugar en nuestro país entre los años 1976-1983.

Con relación a ello, se ha sostenido que el "derecho de saber" o el "derecho a la verdad", no es solamente una prerrogativa de carácter individual de toda víctima, sus familiares o amigos, sino que constituye también un derecho colectivo de toda una sociedad, que

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

tiene como contrapartida y en cabeza del Estado, el *"deber de la memoria"* con el fin de prevenir las deformaciones de la historia en función del revisionismo o el negacionismo y de evitar la repetición de los hechos, por ello ante graves violaciones a los derechos humanos, ya sea como consecuencia de gobiernos autoritarios, ataques terroristas, criminalidad internacional, en muchos países se instala como política de Estado el derecho a la *"memoria, verdad, justicia y reparación"* (Louis Joinet, en el informe titulado *"La administración de la Justicia y los Derechos Humanos de los Detenidos: La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos -civiles y políticos-*", elaborado para la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de la ONU -Distr. General E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 02/10/1997-).

El Experto Joinet consideró que el *"derecho a la verdad"* existe como tal sosteniendo que *"...la lucha contra la impunidad tiene su origen en la necesidad de que se haga justicia, pero no puede centrarse únicamente en ese objetivo: castigar a los culpables. Debe responder a tres imperativos: sancionar a los responsables, pero también satisfacer el derecho de las víctimas a saber y obtener reparación y, además, permitir que las autoridades desempeñen su mandato como poder público que garantiza el orden público..."*.

En ese marco el catedrático ha referido que: *"... el conocimiento para un pueblo, de la historia de su opresión, pertenece a su patrimonio y como tal debe ser preservado. Tales son las finalidades principales del ~~derecho de saber en tanto que derecho colectivo..."~~*.

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

En el ámbito internacional puede reconocerse la génesis del llamado "derecho a la verdad" en el Derecho Internacional Humanitario, específicamente en la obligación asumida por los Estados en la búsqueda de personas desaparecidas en conflictos armados nacionales e internacionales: *"...Las partes en conflicto tomarán todas las medidas factibles para averiguar lo acaecido a las personas dadas por desaparecidas a raíz de un conflicto armado y transmitirán a los familiares de éstas toda la información de que dispongan al respecto..."* (CICR, Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louis, "El derecho internacional humanitario consuetudinario", Volúmen I, Comité Internacional de la Cruz Roja Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, Bs. As., 2007, Capítulo 36: "Personas desaparecidas", norma 117, pág. 477. En igual sentido, el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, artículo 32).

En ese contexto, en el sistema universal de protección de los derechos humanos, el primer precedente lo han integrado los informes a la Asamblea General de la ONU del Grupo de Trabajo *Ad Hoc* sobre la "Situación de los Derechos Humanos en Chile", en los que se planteó el derecho de los familiares de desaparecidos a conocer el paradero de las víctimas, fundándose las argumentaciones en el Derecho Internacional Humanitario y en particular, en el artículo 32 del Protocolo I de los Convenios de Ginebra y en el deber del Estado de investigar con eficacia los casos de graves violaciones de los derechos humanos (Documento de las Naciones Unidas A/33/331, del 25 de octubre de 1978, párr. 418 y ss.).

En 1980 el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones

~~Forzadas o Involuntarias, concluyó que el "derecho a la~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





verdad” constituye un derecho autónomo, y que respecto de los familiares del desaparecido era “...*incuestionable que su derecho a saber pueda ser denegado o ignorado...*” (E/CN.4/1492, del 31 de diciembre de 1981, párrafo 5 y E/CN.4/1983/14, párr. 134).

Ese Grupo de Trabajo sistematizó su doctrina sobre el “*derecho a la verdad*” en el “Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas”, definiendo aquél como el “... *derecho a conocer los progresos y resultados de una investigación, la suerte y el paradero de las personas desaparecidas y las circunstancias de desaparición así como la identidad del autor o los autores de la desaparición...*” (A/RHC/16/48, del 26 de enero de 2011, párr. 30, págs. 10 a 18).

Desde finales de la década del ´70, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas abordó la cuestión del “*derecho a la verdad*” en referencia a la práctica de la desaparición forzada, reconoció el derecho de las familias a ser informadas acerca del paradero de sus seres queridos, conforme el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño (E/CN.4/Sub.2/1991/20, Anexo I, pág. 45), por los casos de separaciones de niños de sus padres por medidas adoptadas por el Estado, y la obligación de proporcionar información básica acerca del paradero del familiar.

Además del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, cabe destacar los aportes de la Experta Diane Orentlicher, quien ha sostenido que “...*los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos han reafirmado con fuerza la*

dimensión individual el derecho a saber la verdad... si bien este derecho ya estaba delineado con algunas diferencias en otros instrumentos..." -"Estudio independiente, con inclusión de recomendaciones, sobre las mejores prácticas, para ayudar a los Estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad", E/CN.4/2004/88, de 27 de febrero de 2004, párr. 14-.

Sobre la base de la evolución de la jurisprudencia universal y regional de los derechos humanos, como así también y de las prácticas nacionales, Orentlicher concluyó en el amplio reconocimiento del derecho a la verdad, del deber del Estado de realizar investigaciones eficaces sobre las violaciones a los derechos humanos, y la importancia del derecho de los familiares a ser informados sobre los resultados de éstas y a obtener reparación.

En lo que respecta a los órganos de supervisión de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, cabe destacar la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, que desde 1983 ha reconocido expresamente el derecho a la verdad para las familias de las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

En un caso de desaparición forzada, el Comité de Derechos Humanos concluyó que *"...la autora [de la comunicación al Comité y madre de la persona desaparecida] tiene el derecho a saber lo que ha sucedido con su hija..."* (E/CN.4/2006/52, del 23 de enero de 2006, párr. 17). El Comité consideró que la continua incertidumbre sobre su suerte y paradero constituía *per se* para la madre una violación del derecho a no ser sometido a tortura y a ~~tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, protegido~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 21 de julio de 1983, "Caso María del Carmen Almeida de Quintero y Elena Quintero de Almeida -Uruguay-", Comunicación n° 107/1981, párr. 14).

En América Latina el origen del "derecho a la verdad" puede situarse en el abordaje de las desapariciones forzadas de personas, fundamentalmente durante los gobiernos dictatoriales que tuvieron lugar en la década del '70 del Siglo XX, casos que fueron relevados y circunstanciados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en diversos Informes Anuales (Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1978, OEA/Ser.L/V/II.47, doc. 13 rev. 1, 29 junio 1979, pp. 22-24; Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1980-1981, OEA/Ser.L/V/II.54, doc.9 rev.1, 16 octubre 1981, pp. 113-114; Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8, rev. 1, 26 septiembre 1986, pp. 40-42; Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1986-1987, OEA/Ser.L/V/II.71, Doc. 9, rev. 1, 22 septiembre 1987, pp. 299-306).

Fue en ese contexto y sobre ese tema, en que uno de los primeros informes elaborados por la Comisión IDH estuvo dirigido a la situación de la República Argentina. En esa oportunidad, ese órgano de la Organización de los Estados Americanos recordó que "*...los Estados tienen la obligación de adoptar distintas medidas, tales como: la averiguación y oportuna comunicación a los familiares de la situación en que se encuentran las personas desaparecidas. Es necesario establecer con toda certeza*

si estas personas viven o han muerto; si están vivas,

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNO, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



dónde se encuentran, y si han muerto, dónde, cuándo y en qué circunstancias perdieron la vida y dónde fueron inhumados sus restos..." (Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina, OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, 11 abril 1980, Cap. III, F.e., párr. 11).

En el desarrollo del contenido y alcances del derecho a la verdad, la Corte IDH, cuya jurisprudencia -según lo entendió la Corte Suprema -Fallos 321:3630- debe servir de guía para la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Fallos: 318:514, consid. 11, párr. 2º-, se ha expedido en similares términos en los casos "Goiburú y otros Vs. Paraguay" -Sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C No. 153, párr. 89-, "Contreras y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas" (Sentencia de 31 de agosto de 2011, Serie C No. 232, párr. 126) y "Gudiel Álvarez -Diario Militar- Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas" -Sentencia de 20 noviembre de 2012, Serie C No. 253, párr. 231-, afirmando las obligaciones de los Estados, que surgen de los instrumentos interamericanos de derechos humanos, en los casos de desapariciones forzadas de personas, graves violaciones a los derechos humanos, las que se centran en la adopción de las medidas necesarias para investigar y en su caso de ser responsables, sancionar a los culpables, la reparación justa y adecuada a los familiares de las víctimas, el establecimiento de la verdad de lo sucedido, la localización del paradero de las víctimas y la información a los familiares sobre el mismo.

Desde el punto de vista contencioso debe resaltarse la progresividad de la conceptualización del "derecho a la verdad", pudiéndoselo observar en sus ~~inicios como el predicamento de un derecho de los~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta -circunscripto ello en el derecho de acceso a la justicia y en la obligación de los Estados de investigar-, contenido al que con el avance jurisprudencial y doctrinario se sumó la visión del "derecho a la verdad" como una forma de llegar al conocimiento de los hechos, enjuiciamiento, sanción de los responsables y su reparación, con proyección no sólo sobre los damnificados directos y sus familias sino sobre la sociedad en su conjunto, aporte imprescindible en el proceso de reconstrucción de la memoria de un pueblo y en la profundización de la garantía de no repetición.

La difusión de la verdad en relación con violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos dignifica a las víctimas y contribuye al fortalecimiento de las sociedades democráticas y el Estado de Derecho.

Con ese norte se ha enmarcado la incesante búsqueda de la familia Gallinari-Abintet por recuperar a Elena; y con esa directriz se ha desarrollado la intensa labor de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, que al día de la fecha la logrado devolver la identidad a 121 nietos.

El caso de Elena Gallinari Abinet constituye la primera restitución de una niña nacida durante el cautiverio de su madre.

8. Mensuración de la pena

Con el fin de mensurar las penas impuestas (Domingo Luis Madrid, 10 años de prisión; María Mercedes Elichalt, 10 años de prisión; y Silvia Marta Kirilosky, 5 años y 6 meses de prisión), el tribunal consideró como agravantes, la extensión del daño causado por el delito; ~~la condición de funcionario público de Madrid -Oficial de~~

la policía provincial a la fecha de los hechos-; la trascendencia lesiva, extensión y naturaleza de las acciones que fueron llevadas a cabo en un contexto de mayor agresión desplegada por un gobierno de facto; el tiempo en el que Elena Gallinari Abinet permaneció alejada de su núcleo biológico, todo lo cual vulneró gravemente los bienes jurídicos tutelados a su respecto.

Asimismo, los sentenciantes ponderaron la actitud de los encausados posterior al hecho, destacando que *"...en el caso..., no se advierte que hayan intentado contribuir efectivamente a la satisfacción del derecho a la verdad de las víctimas..."*, haciendo hincapié en la conducta asumida por el matrimonio Madrid-Elichalt, en cuanto a entorpecer y aletargar la investigación, pretendiendo hacer valer *"los legítimos derechos como padres"* luego de haberse determinado la compatibilidad genética de la niña con la familia Gallinari-Abinet.

En cuanto a Silvia Marta Kirilosky, el *a quo* entendió que rigen las mismas apreciaciones que las elaboradas con relación al matrimonio imputado, en punto a la gravedad del acontecimiento delictivo y a la actitud posterior al hecho *"...cristalizada, en su caso, en un silencio indiferente que mantuvo la situación de clandestinidad de la verdadera identidad de Elena..."*.

Con el fin de dar respuesta al planteo interpuesto por las defensas, corresponde recordar que la determinación e individualización de la pena ha de ser traducida como *"...la cantidad y calidad de poder punitivo que se ejerce sobre una persona criminalizada que, junto con su modo de ejercicio, la agencia judicial determina en la sentencia definitiva"* (cfr. D'Alessio, Andrés José,

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNO, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



"Código Penal Comentado y Anotado -Parte General-", Buenos Aires, La Ley, 2007, pág. 422 y ss.).

Para tal fin, el juez determinará la pena aplicable al autor, debiendo ponderar para ello las pautas fijadas por los artículos 40 y 41 del C.P., estas son: las circunstancias atenuantes y agravantes particulares del caso, como así también las circunstancias objetivas vinculadas al hecho delictivo imputado y a las de tinte subjetivo, relacionadas íntimamente con las cualidades, características y peligrosidad del autor.

Sentado cuanto precede, he de precisar que el abordaje de estas circunstancias particulares del caso concreto, constituyen el límite de lo revisable por esta Cámara, al ser cuestiones a meritar producto de las reglas propias de la inmediación (tal ha sido el criterio seguido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Casal, Matías Eugenio" -Fallos: 328:3399- que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de ser revisado, o sea de agotar la revisión de lo revisable, con el límite impuesto por la inmediación -cfr. considerandos 23, 24 y 25 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt y considerando 12 del voto de la jueza Argibay-; y los precedentes "Niz, Rosa Andrea y otros s/recurso de casación", N. 132. XLV, rta. el 15/06/10; y "Maldonado, Daniel Enrique y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado causa n° 1174C", Fallos 328:4343, considerandos 18 y 19).

Siguiendo esa línea, y tal como puede observarse de nuestro sistema jurídico, cada tipo penal tiene ~~asignado un marco punitivo determinado~~, y dentro de los

límites fijados por éste, el órgano jurisdiccional deberá fijar la pena que corresponde y resulte adecuada al caso concreto.

La existencia de escalas penales es considerada esencial dentro de un “*derecho penal de culpabilidad*”, puesto que resulta ser el camino más adecuado para expresar las diferentes culpabilidades posibles, los distintos grados de capacidad de motivación frente al ilícito como así también para merituar el ilícito, y los diferentes ilícitos penales como en este caso de los crímenes más graves del Derecho Penal Internacional, se corresponden con una escala de penas que deben ser proporcionales con la gravedad de las normas.

A la luz de aquellos parámetros se observa que las penas escogidas por el tribunal de juicio, y puestas en crisis por los recurrentes, lucen fundadas y razonables.

Conforme lo hizo el tribunal de mérito, es deber del sentenciante considerar la gravedad y naturaleza de los delitos por los que resultaron condenados Madrid, Elichalt y Kirilosky, la obligación internacionalmente asumida por el Estado argentino de perseguir, investigar y sancionar adecuadamente a los responsables y todas aquellas circunstancias objetivas y subjetivas valoradas en la sentencia bajo examen, debiendo incluirse los elementos fácticos que hacen a la magnitud del injusto penal, como ser, la característica de hechos imputados, pues lo contrario implicaría vaciar de fundamento la escala penal prevista por nuestros legisladores en todas las normas de contenido penal (tanto las codificadas como las que se encuentran en leyes especiales).

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



Sobre la base de estos lineamientos entiendo que los agravios de las defensas referidos a la ponderación de las características del suceso no pueden prosperar toda vez que, en estos términos, no existe una doble valoración sobre los hechos que han sido materia de juzgamiento, sino que ello responde a las pautas objetivas del inciso 1º del artículo 41 del Código Penal que prevé para la cuantificación de la pena la consideración de “...la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado...”.

La argumentación desarrollada por el *a quo* se encuentra fundada en hechos y derecho, advirtiéndose de la lectura de la sentencia impugnada factores de peso decisivos que gravitan negativamente en el monto discernido el que, reitero, se encuentra debidamente motivado.

No empece a tal afirmación, el agravio del recurrente de que no fue contemplada la condición de civil de María Mercedes Elichalt. En efecto, no constituye un elemento dirimente para modificar el monto aplicado, toda vez que lo relevante es que la pena guarda relación con la magnitud de los injustos reprochados y con el grado de culpabilidad del autor al momento de los hechos de marras, cuestiones que fueron verificadas material y jurídicamente en la sentencia recurrida y determinadas en cuanto a sus alcances y contenidos. La condición de civil no constituye un atenuante válido a considerar a los efectos de morigerar la pena impuesta, pues su injusto ha sido descripto, fundado en derecho y considerado penalmente reprochable, sin que haya demostrado que ha diferido de

aquél respecto del cual se ha reprochado penalmente a Madrid.

En definitiva, examinada la sentencia atacada advierto que de adverso a lo afirmado por los recurrentes, la misma no es arbitraria.

En tal sentido, se advierte que el tribunal de juicio evaluó la naturaleza internacional de los delitos atribuidos, su modalidad, la entidad de injustos cometidos y el grado de afectación a los bienes jurídicos tutelados, como pautas a considerar para determinar la sanción. El razonamiento del tribunal *a quo* aparece consistente, ha evaluado en forma pormenorizada las pautas de mensuración contenidas en los artículos 40 y 41 del código de fondo, y ha inspeccionado de modo diferencial tanto las agravantes como las atenuantes aplicadas al caso para el encausado.

Asimismo los montos punitivos impuestos no lucen desproporcionados ni irrazonables en atención a la escala penal aplicable para los ilícitos endilgados.

En consecuencia, habiéndose revisado el razonamiento seguido por los jueces para aplicar correctamente la ley, sin advertirse arbitrariedad alguna en la sanción impuesta, corresponde rechazar las impugnaciones interpuestas.

9. En definitiva, voto por rechazar los recursos de casación deducidos por las Defensas Públicas Oficiales, con costas (arts. 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Tal es mi voto.-

El señor juez doctor Gustavo M. Hornos dijo:

I. Inicialmente, debo señalar que los recursos de casación interpuestos son formalmente admisibles, toda vez que la sentencia recurrida es de aquellas consideradas

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



definitivas (art. 457 del C.P.P.N.), las partes recurrentes se encuentran legitimadas para impugnarla (artículo 459 del C.P.P.N.), sus planteos se enmarcan dentro de los motivos previstos por el art. 456, incisos 1º y 2º del Código Procesal Penal de la Nación y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y de fundamentación requeridos por el art. 463 del citado código procesal.

II. En el pronunciamiento recurrido se analizó la responsabilidad de Domingo Luis Madrid, María Mercedes Elichalt y Silvia Marta Kirilosky, acusados de apropiarse de una menor recién nacida, inscripta como Nancy Viviana Madrid, quien creció y permaneció retenida y oculta en poder del matrimonio Madrid-Elichalt. Se los acusó también de haber sustituido su verdadera identidad al distorsionar el lugar de nacimiento, la hora del parto y los datos de los padres biológicos de la beba, que fue constatado por Kirilosky; y hacer insertar esa información falsa en la partida de nacimiento, proceder fraudulento que también fue utilizado para tramitar el Documento Nacional de Identidad de la niña.

En el juicio, también se indicó que el 21 de abril de 1987 Elena Gallinari Abinet pudo conocer su verdadera identidad al ser anoticiada del informe elaborado por el Hospital General de Agudos "Dr. Carlos G. Durand", a raíz de lo cual el 8 de noviembre de 1994, la juez competente declaró la nulidad de la inscripción de Elena como Nancy Viviana Madrid y ordenó su anotación con aquel nombre.

Se precisó que el 10 de julio de 1995, la magistrada atribuyó la filiación de Elena Gallinari Abinet con Miguel Ángel Gallinari y María Leonor Abinet. Ambos

víctimas del plan sistemático implementado en nuestro país durante la última dictadura militar por su militancia en la agrupación "Montoneros".

En esa dirección, el tribunal señaló que el día 16 de septiembre 1976 María Leonor Abinet, quien cursaba un avanzado estado de gravidez, fue secuestrada en presencia de sus dos hijas menores en la pensión que en ese entonces habitaban. Ese mismo día también secuestraron a su madre, quien fue trasladada al mismo centro clandestino de detención que María Leonor y luego liberada. Finalmente se indicó que la nombrada dio a luz a una niña, quien posteriormente fue entregada al matrimonio Madrid-Elichalt en la ciudad de La Plata.

Se determinó que el cuerpo sin vida de Miguel Ángel Gallinari, quien había sido secuestrado en dos oportunidades, fue hallado el 21 de julio de 1976 en la localidad de San Antonio de Padua, provincia de Buenos Aires e inhumado como "N.N." en el cementerio "Santa Mónica" de la Municipalidad de Merlo de dicha provincia.

En tanto que, respecto de María Leonor Abinet, pudo establecerse que fue hallada en el cementerio municipal de San Martín, con presunta fecha de fallecimiento del 2 de febrero de 1977, a raíz de un disparo de arma de fuego.

La responsabilidad por estos últimos hechos no ha sido objeto de examen en este juicio, aunque era necesario explicar su ocurrencia material en virtud de su incidencia con los sucesos objeto de juicio en las presentes actuaciones (cfr. fs. 2027/2028vta.).

III. En dicho contexto, adelanto que las objeciones formuladas por las defensas en sus escritos ~~recursivos deben ser rechazadas, a excepción del agravio~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

planteado por la defensa de Kirilosky en punto a la calificación legal de retención y ocultamiento de una menor de diez años que había sido sustraída del poder de sus padres por la que fue condenada -entre otros delitos-, aspecto sobre el cual ahondaré más adelante.

Por ello, he de anticipar que -en lo sustancial- comparto las consideraciones formuladas por la colega que me precede en el orden de votación -con la salvedad expuesta-, por lo que habré de adherir a su propuesta en general con las precisiones que formularé de resultar necesario y, que en definitiva, acaban por convencerme de la solución que adopta este tribunal.

Las recurrentes han planteado en sus escritos recursivos que los delitos por los que fueron condenados sus asistidos no pueden ser encuadrados dentro de la categoría de genocidio y, en esa línea argumental, sostuvieron que la calificación legal escogida viola el principio de congruencia. Subsidiariamente apuntaron que los hechos imputados tampoco pueden ser calificados como delitos de lesa humanidad y, por ende, imprescriptibles.

Los presentes agravios deben ser rechazados.

Respecto de la crítica vinculada con la incorporación de la figura de genocidio en la calificación legal de las condenas, habré de coincidir con lo precisado en el voto que lidera el presente acuerdo, en cuanto sostuvo que dicha subsunción no produjo efectos jurídicos concretos en la situación de los condenados, toda vez que se advierte que lo que posibilitó el juzgamiento de las conductas investigadas en autos fue su consideración como delitos de lesa humanidad y, como tales, imprescriptibles.

En otras palabras, más allá de la calificación legal en la que el tribunal subsumió las conductas de los

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

imputados y, aún de resultar procedente el agravio de las defensas, ello no ocasionó un concreto perjuicio a los imputados quienes venían requeridos a juicio e -incluso- fueron acusados por delitos de lesa humanidad y genocidio (cfr. fs. 1977 y ss. -en particular fs. 1984 y ss.- y fs. 1990 y ss.), siendo que en definitiva ambos supuestos tratan de delitos reconocidos en el derecho penal internacional (sobre el tema cfr.: C.F.C.P., Sala IV, causa n° 15.314, "Migno Pipaon, Dardo y otros s/recurso de casación", registro n° 2042/12, rta. el 31/10/12, entre otras).

En este orden de ideas, habré de precisar que -contrario a lo sostenido por las recurrentes- los tipos penales de ocultación y retención de un menor de diez años que había sido sustraído de sus padres, supresión de identidad de un menor de diez años y falsedad ideológica de un instrumento público (artículos 146, 139 inciso 2° -texto según ley n° 11.179- y artículos 292 segundo párrafo y 293 último párrafo -texto según ley n° 20.642-), constituyen delitos de lesa humanidad y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha brindado contundentes aportes en dirección a su caracterización como tales.

Al desarrollar mi voto en la causa "Richiutti" de la Sala IV de esta Cámara, en el que se analizaron hechos de sustancial analogía al presente, examiné en forma genérica la posibilidad de acudir a la categoría del crimen de desaparición forzada de persona, expresé por qué considero posible subsumir los hechos del caso en ese ámbito y establecí que los hechos individuales juzgados además de encuadrar en dicha categoría, se encuentran comprendidos dentro de los parámetros de los crímenes de lesa humanidad (cfr.: C.F.C.P., Sala IV, causa n° 13.968,

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

"Ricchiuti, Luis José y otro s/recurso de casación", registro n° 2562/12, rta. el 27/12/12).

Expliqué que aun cuando no es posible afirmar una postura uniforme entre las opiniones vertidas por los jueces de la Corte (con cita del caso "Gualtieri Rugnone de Prieto", Fallos: 332:1769 y 332:1835), ciertamente los cuatro que han opinado sobre el tema consideraron que, indudablemente, nos hallamos ante crímenes contra la humanidad, ya sea porque en sí mismos, esos hechos constituyen infracciones de tales características (cfr. jueces Lorenzetti y Zaffaroni) o porque se encuentran vinculados o son consecuencia directa del crimen de desaparición forzada de personas (cfr. jueces Highton de Nolasco y Maqueda); cuestión que también fue abordada por el Procurador General de la Nación en estos casos, quien había delineado su posición en un incidente de la causa "Videla", publicado en Fallos 328:4423 (cfr. en extenso mi voto en la causa "Richiutti").

Indiqué que también ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto la Sala IV de esta Cámara en la causa n° 10.896 "Rei, Víctor Enrique s/recurso de casación", registro n° 13.534.4, rta. el 10/06/2010 y la Sala II en la causa n° 9569, "Rivas, Osvaldo Arturo y otros s/recurso de casación", registro n° 15.083.II, rta. el 08/09/2009; y además, tuve en consideración la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; en especial, la decisión adoptada en el caso "Gelman vs. Uruguay", sentencia sobre el fondo y reparaciones, del 24/02/2011.

Desde otra perspectiva y, sin que ello implique hacer a un lado el criterio expuesto, consideré oportuno ~~señalar que las conductas analizadas pueden ser también~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

consideradas a la luz de la tipificación del crimen de persecución por motivos políticos (arts. 3, inc. h del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 5, inc. h del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia y 7.1, inc. h del Estatuto de la Corte Penal Internacional).

Establecí que, al respecto y como oportunamente expresé en la causa "Liendo Roca" (cfr.. C.F.C.P., Sala IV, causa n° 14.536, registro n° 1242/12.4, rta. el 01/08/12), resultan una referencia importante las disposiciones de los Elementos de los Crímenes (complementarias del Estatuto de Roma) relativas al crimen investigados y sus formas de comisión (cfr. causa "Richiutti" citada).

Luego -en lo pertinente y aplicable- analicé concretamente que los hechos atribuidos a los imputados pueden ser considerados crímenes contra la humanidad como también su subsunción legal en normas de derecho interno que garantizan la protección de los derechos afectados.

En esa dirección, examiné la inexigencia de "generalidad" y "sistematicidad" de las conductas individuales para ser consideradas crímenes contra la humanidad y expliqué las condiciones que debe satisfacer un comportamiento para determinar si constituyen un crimen contra la humanidad por formar parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (con remisión a los fundamentos desarrollados en la causa n° 12.821, "Molina, Gregorio Rafael s/recurso de casación", registro n° 162/12.4, rta. el 17/02/2012 y causa "Liendo Roca" -citada-; ambas de la Sala IV de esta Cámara), consideraciones que -por razones de brevedad- resultan en ~~un todo aplicables a los hechos en examen, de conformidad~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

con el desarrollo efectuado en el voto que lidera el presente acuerdo.

Por ello, entiendo que la plataforma fáctica investigada y juzgada en estas actuaciones configura delitos contra la humanidad y son, por ende, imprescriptibles. En esa dirección, como adelanté, la normativa internacional vigente al momento de su comisión y los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino, no resultan alcanzados por las disposiciones de derecho interno relativa a la prescripción de la acción penal, conforme jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. "Arancibia Clavel" y "Mazzeo", Fallos 327:3312 y 330:3248, respectivamente).

Solo habré de agregar sobre este asunto que en alusión a la Convención Sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (con jerarquía constitucional desde la sanción de la Ley nº 25.788), la C.S.J.N. sostuvo que ella *"... constituye la culminación de un largo proceso que comenzó en los primeros años de la década de 1960 cuando la prescripción amenazaba con convertirse en fuente de impunidad de los crímenes practicados durante la segunda guerra mundial, puesto que se acercaban los veinte años de la comisión de esos crímenes"* y que su texto *"... 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 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..."* y sigue *"... así como es posible afirmar que la costumbre*

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

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” (consid. 27, 28 y 29 “Arancibia Clavel”, Fallos 327:3312).

De esta forma, el carácter de ley previa a los hechos en juzgamiento del instituto de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad resulta, entonces, incontrovertible por imperio de la costumbre internacional; de modo que se descarta cualquier afectación del principio de legalidad en sus diversos aspectos (cfr. en este sentido: C.F.C.P., Sala IV, “Olivera Róvere, Jorge Carlos y otros s/recurso de casación”, registro n° 939/12, rta. el 13/06/12; “Greppi, Néstor Omar s/recurso de casación”, registro n° 1404/12, rta. el 23/08/12; “Cejas, César Armando y otros s/recurso de casación”, registro n° 1946/12, rta. el 22/10/12, “Martínez Dorr, Roberto José s/recurso de casación”, registro n° 872/13, rta. el 31/05/13”; “Garbi; Miguel Tomás y otros s/recurso de casación”, registro n° 520/13, rta. el 22/4/13, entre muchas otras).

Por otra parte, el intento de la defensa de poner en crisis la imprescriptibilidad de los delitos con sustento en diversos acontecimientos jurídicos de nuestro país no resulta procedente pues la recurrente no ha logrado poner de manifiesto cómo repercuten tales acotadas circunstancias frente a la contundente doctrina del Alto Tribunal con posterioridad a dichos sucesos (Fallos 327:3312 y 328:2056).

Sentado cuanto precede, el cuestionamiento en

~~punto a la violación del derecho a ser juzgado en un plazo~~

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

razonable debe ser rechazado a la luz de los parámetros que la doctrina judicial vigente considera relevantes para su evaluación, garantía que no puede ser analizada de modo aislado (cfr. C.F.C.P.: Sala IV, causa n° 10.609, "Reinhold, Oscar Lorenzo y otros s/recurso de casación", registro n° 137/12.4, rta. el 13/02/12; causa n° 14.075 "Arrillaga, Alfredo Manuel, Pertusio, Roberto Luis y Ortiz, Justo Alberto Ignacio s/recurso de casación", registro n° 743/12.4, rta. el 14/05/12; causa n° 13.667 "Greppi", citada; causa n° 13.546, "Garbi", citada; y causa n° 14.235, "Miara, Samuel y otros s/recurso de casación", registro n° 2215/14, rta. el 28/10/14 -entre otras-). En el caso se investigó la retención y ocultamiento de una menor de diez años de edad nacida en cautiverio como también la supresión de identidad y falsedad ideológica de documentos públicos a tal efecto, todo ello en el marco del plan sistemático de represión ilegal implementado en nuestro país a la época de los hechos investigados.

Por lo demás, conforme adelanté al inicio del presente, habré de coincidir en lo sustancial con el tratamiento que de los restantes agravios efectuó la colega que inicia el presente acuerdo, a excepción del planteo relativo a la calificación legal de retención y ocultamiento por la cual fuera condenada la imputada Kirilosky.

Ello es así toda vez que, en las particulares circunstancias de autos, tal como esgrime la defensa, nunca se imputó formalmente a Silvia Marta Kirilosky por el delito de retención y ocultamiento de una menor de diez años de edad que había sido sustraída del poder de sus padres (art. 146 del C.P. -texto conforme ley n° 11.179-)

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

a lo largo de todo el proceso, sino que dicha hipótesis imputativa se incorporó recién por primera vez al momento del dictado de la sentencia definitiva.

Nótese que ni al tomársele declaración indagatoria (fs.715/716vta.), ni al dictarse su procesamiento (fs. 820/827vta., que fuera confirmado por la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata a fs. 967/980vta.), ni al requerirse la elevación de su causa a juicio (fs. 1160/1167vta. y fs. 1172/1179vta.), ni al elevarse la causa a juicio (fs. 1227/1231), ni al efectuar las partes acusadoras sus respectivos alegatos al final del juicio (fs. 1977 y ss. -fs. 1985vta./1987, 1988vta. y 1989vta.- y fs. 1990 y ss. -fs. 1990vta/1991, 2003/2005, fs. 2011vta. y 2013/vta.-) se incluyó la calificación legal cuestionada como imputación a la nombrada. Es más, esa circunstancia determinó que la querrela expresamente indicara que se abstenía de acusar por ese delito (fs. 1988vta.).

En estas condiciones, incluso concediendo que estemos en presencia de un concurso ideal de delitos -como esgrime el *a quo*- la inclusión de la figura legal en pugna recién al momento del dictado de la sentencia definitiva desbarató la estrategia defensiva de la imputada, al privársele la posibilidad de discutir la subsunción legal del hecho en esa calificación de acuerdo a los argumentos que incluyó en su recurso de casación (cfr. fs. 2178 y ss. como también fs. 2374 y ss. y fs. 2422vta. y ss.). En otras palabras, ello importó un cambio de calificación legal sorpresivo que vulneró su derecho de defensa en juicio (por violación al principio de congruencia), al impedirsele esgrimir aquellos argumentos en virtud de los

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602



cuales considera que la conducta imputada no se subsume en la figura legal en tiempo oportuno (Fallos 329: 4634).

No obstante lo expuesto, habiendo conocido el sentido de los votos de los colegas en este punto - artículo 469 del C.P.P.N., en función de lo previsto en el art. 396 del mismo ordenamiento legal- encontrándose sellada la suerte del recurso interpuesto por la defensa en este aspecto, no habré de ingresar aisladamente al análisis de los restantes planteos desarrollados por la parte que son su consecuencia.

Efectuada estas breves consideraciones, habré propiciar el rechazo del recurso de casación interpuesto por la defensa de Madrid y Elichart; y hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de Kirilosky -con el alcance señalado en el presente voto-, anular la resolución recurrida en este aspecto y remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen para que se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a derecho. Sin costas (artículos 530 y 531 del C.P.P.N.). Téngase presente la reserva de caso federal efectuada por las partes.

El señor juez doctor Mariano H. Borinsky dijo:

Que por compartir en lo sustancial las bien fundadas consideraciones realizadas por la distinguida colega que lidera el acuerdo, Dra. Ana María Figueroa, quien efectuó un amplio desarrollo sobre la intervención de cada una de las personas imputadas en autos en los hechos que se le atribuyen, adhiero a su voto y a la solución que propicia.

Ello es así, no bien se advierte que los hechos por los que fueron juzgados y condenados Domingo Luis Madrid, María Mercedes Elichalt y Silvia Marta Kirilosky

los cuales fueron calificados como constitutivos de los delitos de retención y ocultamiento de una menor de diez años de edad que había sido sustraída del poder de sus padres, supresión de identidad de una menor de diez años de edad y falsificación ideológica (arts. 146, inc. 2º -según ley 11.179-, 292 segundo párrafo, 293 último párrafo -según ley 20.642- del C.P.), constituyen delitos de lesa humanidad (Sala IV, causa nº 13.968, caratulada "RICCHIUTI, Luis José y HERMANN, Elida Renée s/recurso de casación", reg. 2562/12, rta. 27/12/2012; Sala III, causa nro. 17.052, caratulada: "Acosta, Jorge Eduardo; Riveros, Santiago Omar; Bignone, Reynaldo Antonio Benito y otros s/recurso de casación e inconstitucionalidad", reg. 753/14, rta. 14/5/2014).

Dicha caracterización de los hechos, torna improcedente los planteos de excepción de falta de acción por prescripción de la acción penal que derivan de la categorización de los hechos materia de juzgamiento como delitos de lesa humanidad (C.F.C.P., Sala I: causa N° 14.571 "Videla, Jorge Rafael s/recurso de casación", reg. 19.679, rta. 22/6/12; causa "Riveros, Santiago Omar y otros s/ recurso de casación"; Sala II: causa N° 73000764/2008/T01/2/CFC4, "Herrera, Rubén Nelson y otros s/recurso de casación", reg. N° 1261/2016, rta. el 14/7/2016; Sala III: causa N° 13.085/13.049, "Albornoz, Roberto y otros s/ recurso de casación", Reg. 1586/12, rta. 8/11/12, causa N° 14.321 "AMELONG, Juan Daniel y otros s/recurso de casación e inconstitucionalidad", reg. N° 2337/2013, rta. el 5/12/2013, y Sala IV, "Zeolitti, Roberto Carlos y otros s/ recurso de casación", reg. N° 1004.14, rta. el 29/5/2014; N° 14.537, "Cabanillas, Eduardo Rodolfo y otros s/ recurso de casación", reg.

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

1928/13, rta. 7/10/2013; N° 14.116 "Bettolli, José Tadeo Luis y otros s/ recurso de casación", reg. 1649/13, rta. 10/9/2013; N° 15.710, "Tommasi, Julio Alberto y otros s/ recurso de casación", reg. 1567/13, rta. 29/8/2013, N° 15425, "Muiña, Luis, Bignone, Reynaldo Benito Antonio, Mariani, Hipólito Rafael s/recurso de casación", reg. 2266/12, rta. 28/11/2012; N° 15.314, "Migno Pipaon, Dardo y otros s/ recurso de casación", reg. 2042/12, rta. 31/10/2012; N° 12.161, "Cejas, César Armando y otros s/recurso de casación", reg. 1946/12, rta. 22/10/2012; N° 13.667, "Greppi, Néstor Omar y otros s/ recurso de casación", reg. 1404/12, rta. 23/8/2012; N° 12.038, "Olivera Rovere, Jorge Carlos y otros s/recurso de casación", reg. 939/12, rta. 13/6/2012; N° 14075, "Arrillaga, Alfredo Manuel y otros s/rec. de casación", reg. 743/12, rta. 14/5/2012; N° 12821, "Molina, Gregorio Rafael s/recurso de casación", reg. 162/12, rta. 17/2/2012, N° 10.609, "Reinhold, Oscar Lorenzo y otros s/recurso de casación", reg. 137/12, rta. 13/2/2012 y FPO 93000087/2010/T01/CFC1 "Herrero, Carlos Omar y otros s/recurso de casación", reg. N° 1457/2015, rta. el 17/7/2015; entre muchas otras),¹ por lo que corresponde remitirme en mérito a la brevedad a lo allí establecido, cuyos fundamentos se tienen por reproducidos en la presente, en el sentido de rechazar los planteos defensistas.

En dichos precedentes, además, se descartó la posible vulneración del principio de legalidad con sustento en la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes "Priebke" (Fallos: 318:2148), "Arancibia Clavel" (Fallos: 327:3312), "~~Simón~~" (Fallos: ~~328:2056~~) y "Mazzeo" (Fallos: 330:3248),

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

en los que se estableció que las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" (leyes 24.584, B.O 29/11/1995 y 25.778, B.O 3/9/2003), sin que ello importe una merma del aludido principio constitucional.

Tampoco puede tener acogida favorable en esta instancia el planteo que involucra la violación a la garantía a ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas (art. 8.1 de la C.A.D.H y 14.3, inc. c, del P.I.D.C.yP.), toda vez que el recurrente se limitó a referenciar la garantía del plazo razonable reconocida por la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal a través del fallo "Mattei" (Fallos: 272:188), sin relevar las concretas circunstancias del caso, ni la complejidad de este tipo de causas, en el que se verifica que la retención y ocultamiento de una menor de diez años, su supresión de identidad y la falsedad ideológica de documentos públicos que se suscribieron a tal efecto, tuvo lugar en el marco del sistema represivo ilegal instaurado en nuestro país durante la última dictadura militar. Tal es así, que la víctima de autos nació durante el cautiverio de su madre.

Dicha circunstancias no pueden ser soslayadas, por cuanto los propios funcionarios públicos que se valieron de la estructura de poder estatal para llevar a cabo las graves violaciones a los derechos humanos que se registraron en nuestro país durante el período histórico que comprende el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983, actuaron con el fin de garantizar su impunidad,

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL
- SALA 1 -
FLP 91003224/2011/T01/6/CFC2

al ocultar toda clase de rastros de los delitos llevados a cabo e, incluso, el destino final de miles de personas de quienes, hasta el día de la fecha, se desconoce su destino.

En otras palabras, el planteo deducido en esta instancia resulta meramente dogmático, en tanto el impugnante no fundó ni demostró la dilación indebida en la que se habría incurrido para descalificar la razonabilidad del plazo de duración del proceso a partir de las concretas circunstancias de la causa.

Por lo expuesto, y por compartir en lo sustancial el tratamiento otorgado por la distinguida colega que lidera el acuerdo a los demás agravios que traen las defensas en sus recursos, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por las defensas técnicas de Domingo Luis Madrid, María Mercedes Elichalt y Silvia Marta Kirilosky, sin costas en esta instancia (art. 530 y 531 in fine del C.P.P.N.). Tener presente la reserva de caso federal.

Por ello, el Tribunal **RESUELVE: Por unanimidad, RECHAZAR** el recurso de casación deducido por la Defensa Pública Oficial de Domingo Luis Madrid y de María Mercedes Elichalt y, **por mayoría, RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial de Silvia Marta Kirilosky, sin costas (artículos 470, 471 -ambos "a contrario sensu"-, 530 y 531 in fine del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese y comuníquese (Acordadas C.S.J.N. n° 15/13, n° 24/13 y 42/15). Remítase la presente causa al Tribunal de origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.-

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602

Fecha de firma: 03/07/2017

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#28138800#182857361#20170703120327602