

LOS NIÑOS DESAPARECIDOS Y LA JUSTICIA
ALGUNOS FALLOS Y RESOLUCIONES | TOMO III



Abuelas de Plaza de Mayo

Av. Corrientes 3284, 4° H (C.P. 1193)

Tel. 0800-6668631 / 48671212 / 48643475

abuelas@abuelas.org.ar

www.abuelas.org.ar

www.redxlaidentidad.org.ar

CONADI

Moreno 1228, 2° piso

Tel. 4381-3251

conadi@jus.gov.ar

www.conadi.jus.gov.ar

Comité editor

Abel Madariaga, Clarisa Veiga (coordinadores),

Alcira Ríos y equipo jurídico de Abuelas de

Plaza de Mayo

Compiladores

Alcira Ríos, Luciano Hazan, Arturo Agrelo

Composición y armado

Diego Gorzalczany

Diseño de tapa

Bárbara Linares

ÍNDICE

PRÓLOGO, por la Dra. María Teresa Sánchez 11

CAUSA N° 7552, “BARNES DE CARLOTTO, ESTELA S/ DENUNCIA”.

Capítulo I

Investigación y procesamiento. 17

Capítulo II

Recusación del juez Roberto Marquevich, fallo en mayoría y disidencia. 49

Capítulo III

Denegación recurso de casación, fallo en mayoría y disidencia. 81

Capítulo IV

Fallo de la Cámara de Casación Penal, sala II, confirmando la recusación. 95

CAUSA N° 2947, CÁMARA DE CASACIÓN PENAL, “LANDA, CEFERINO Y OTRO S/ RECURSO DE CASACIÓN”.

Capítulo I

Sala IV confirma aplicación de la ley 24.410 en los delitos permanentes o continuados. 101

CAUSA N° 7-6843-6: “EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN DE ACCIÓN, DR. APPIANI, JORGE H.”.

Capítulo I

No hace lugar a la excepción de prescripción de la acción penal. 119

CAUSAS RELACIONADAS CON LA QUERRELLA A UNA ABUELA Y LA IDENTIDAD DE UNA PERSONA.

Capítulo I

Causa letra T, N° 7/99, “Torres de Parodi, Sonia s/ acción de injurias y calumnias”. 127

Capítulo II

Sentencia civil que sienta jurisprudencia. 143

ANÁLISIS COMPULSIVO

Capítulo I

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa Vázquez Ferrá, Evelyn, en la que se deniega el análisis compulsivo. 159

Capítulo II

Causa N° 3521/02, “Vazquez Sarmiento, Juan Carlos y otros s/ sustracción de un menor”, resolución del juez Canicoba Corral ordenando análisis compulsivo posterior al fallo de la Corte. 221

LA EDAD DE 10 AÑOS NO ES UN LÍMITE LEGAL PARA EL CESE DEL DELITO.

Capítulo I

Causa 34.327, “Incidente excarcelación de Gómez Pinto, María Cristina”, Cámara Criminal y Correccional Federal, Sala I. 233

PRÓLOGO

Aquella primera edición de LOS NIÑOS DESAPARECIDOS Y LA JUSTICIA, prologada por el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, pretendía mostrar los resultados jurisprudenciales **del camino de la justicia elegido** por las Abuelas de Plaza de Mayo, en la incansable búsqueda de sus nietos desaparecidos durante la última dictadura militar. Ellas expresaban en 1988, que la elección se debía a que sus nietos “*debían retornar a la Vida de la mano de la Ley*”.

Un axioma tan claro exime, en principio, de cualquier aclaración. Se impone, sin embargo, reflexionar sobre la firmeza necesaria para emitir y abrazar tal concepto, en aquel momento. Fue formulado a tan solo cinco años de la recuperación del estado por la voluntad popular, conocidas ya las atrocidades cometidas por el terrorismo de estado y en el marco de un gobierno vacilante que, mediante dos malhadados instrumentos con apariencia de leyes, la de Punto Final y la de Obediencia Debida, aseguraba, a la gran mayoría de sus perpetradores, la impunidad de los crímenes más horribles.

Podía suponerse entonces que la afirmación era el resultado de una visión ingenua del sistema jurídico y legal por parte de las Abuelas.

Por el contrario, la opción de que sus nietos fueran devueltos a la vida por la ley, era la expresión más clara y sintética de la elección de rechazar los valores –disvalores– y métodos autoritarios impuestos socialmente por aquel estado delirante que les había arrancado a sus hijos y nietos. La mayor de las derrotas es aquella en la que las víctimas asumen el pensamiento de los genocidas. ellas lo sabían.

Por eso, el camino a seguir estaba claro.

Trece años después de la edición del Tomo I de aquel libro, aparecía un segundo volumen donde se publicaban las sentencias dictadas en los distintos fueros nacionales e internacionales donde se reflejaba “*el aspecto jurídico de la lucha de las Abuelas*”, al decir de la Dra. Alcira Elizabeth Ríos, abogada de la institución, quien en el prólogo de la edición 2001, afirmaba: “*Las Abuelas no buscan venganza, sólo anhelan encontrar a sus nietos, llegar a la verdad y que se haga justicia. Los que con ellas compartimos esos objetivos y colaboramos desde el ámbito del Derecho, esperamos contribuir tanto en lo individual como en lo social a decirle NO al olvido y NO a la impunidad*”.

El libro contiene numerosos éxitos jurídicos, logrados dentro y fuera del país y pretende ofrecer a la sociedad sus conceptos, con el objeto de coadyuvar en el fortalecimiento de un sistema jurídico más firme en cuanto a los derechos humanos, en general y el de identidad, en especial.

En los años transcurridos desde la publicación del Tomo I hasta la del Tomo II, se había logrado el reconocimiento del derecho a la identidad en un instrumento internacional, la “*Convención sobre los derechos del niño*”. Hoy, el esencial derecho a la identidad, reconocido en la Convención, puede ser invocado con éxito y operatividad por todos aquellos a quienes se le haya violado ese derecho. El principio del “*interés superior del niño*” es invocado por doquier, aún por quienes lo violaron. Paradojas de la relación entre el derecho y la memoria.

El derecho es una construcción colectiva, profundamente relacionada con la historia de la sociedad que lo pergeñó y sólo se afianza y fortalece cuando se enraíza en valores profundamente humanos y existen hombres y mujeres dotados de una constante y perpetua voluntad de mantener su vigencia.

Los actuales derechos civiles, económicos, sociales, culturales y políticos, son la resultante de largas luchas, protagonizadas por personas que en su mayoría ni siquiera conocimos, y algunos de ellos hasta pagaron con su propia vida el sueño de una sociedad más justa e igualitaria.

Reiterando su testimonio y compromiso, hoy las Abuelas entregan el Tomo III de “Los niños desaparecidos y la justicia”, en él se han incorporado nuevos logros relativos al reconocimiento del derecho a la identidad de sus nietos. Pero también se presenta una sentencia, en la que el principio del “interés superior del niño”, ha sido invocado y reconocido a fin de resguardar la integridad psíquica del menor y el respeto a su condición de sujeto del derecho, en un caso no relacionado con víctimas del terrorismo de estado. De esta manera se evidencia la amplia recepción social del principio reconocido en la Convención.

Se ha incluido así mismo, la sentencia que reconoce a una Abuela el derecho a expresar la verdad, respecto a la actuación de un ex Interventor de una escuela, quien delatara a estudiantes, posteriormente desaparecidos durante la dictadura militar. Con ello se pretende demostrar las múltiples embestidas de “*los asesinos de la memoria*” que deben soportar las abuelas en su lucha por la identidad, contra el olvido, por la memoria y la justicia.

El camino elegido, el camino de la justicia, esa senda de difícil tránsito, no siem-

pre despejada ni exenta de frustraciones, que los abogados recorreremos cotidianamente, exige saber lo que se quiere, tener la brújula presente, y la convicción de que los retrocesos en el campo de los derechos humanos son transitorios, en la medida que como sociedad asumamos una postura comprometida con el respeto y promoción de esos derechos. En el marco de una sociedad que poco a poco va perdiendo el miedo y la pereza, la esperanza, no es una quimera.

En ese camino también han jugado un rol sumamente importante algunos hombres y mujeres de derecho, que ejerciendo el poder de jurisdicción han entendido que el ejercicio de la justicia no es la mera aplicación de un silogismo, sino la manifestación más clara de la ausencia o presencia de su compromiso con la vida, con la igualdad y la libertad, con el respeto a la dignidad humana y con la construcción de una sociedad democrática.

Reclamar y brindar justicia, dos polos necesarios de esa actividad humana provista de sentido y que nutre de sentido a nuestras vidas, que nos permite identificarnos socialmente en un proyecto existencial, donde el “yo” y el “otro” como partes necesarias e inter-relacionadas de una misma entidad, la humanidad, comparten sus deseos de plenitud.

En ese sentido, la identidad de los niños desaparecidos, no puede ser la preocupación y el reclamo de las Abuelas solamente, pues de que se recuperen esas identidades depende también nuestra identidad como pueblo.

Entregamos entonces este nuevo libro, como herramienta de lucha, para todos aquellos que asuman el camino de la justicia para hacer efectivos sus derechos.

MARÍA TERESA SÁNCHEZ

ABOGADA DE ABUELAS DE PLAZA DE MAYO

CAUSA N° 7552

**“Barnes de Carlotto, Estela
s/denuncia”**

Capítulo I

Investigación y procesamiento

[RESOLUCIÓN CAUSA NRO. 7552/01 DEL REGISTRO DE LA SECRETARÍA NRO. 2 DEL TRIBUNAL A CARGO DEL JUEZ ROBERTO MARQUEVICH]

San Isidro, 8 de enero de 2003.

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en la presente causa Nro. 7552/01 del registro de la Secretaría Nro. 2 de este Tribunal, y respecto de la situación procesal de ERNESTINA LAURA HERRERA DE NOBLE, nacionalidad argentina, viuda, empresaria, nacida el 7 de junio de 1925 en Buenos Aires, hija de María del Carmen Morales y de Juan Herrera Cortés, titular del DNI Nro. 2.321.409, con domicilio en Madero 2558 de Martínez, Partido de San Isidro y constituido a los efectos legales junto a sus letrados en Ituzaingó 325, casillero 681 de San Isidro; y

CONSIDERANDO:

1. Introducción

Tratándose de un instituto de orden público, corresponde dejar sentado que los delitos objeto de investigación (sustracción, retención y ocultación de menores; sustitución de identidad y falsedad documental) constituyen, de acuerdo con el derecho internacional público, delitos contra la humanidad, por lo que resultan imprescriptibles en virtud de la trascendencia del derecho de gentes reconocida por el art. 118 del texto fundamental.

En tal sentido se ha pronunciado la Excm. Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal. (Sala 1, 9/9/1999, “Massera, Emilio”).

Además, sobre la trascendencia y aplicabilidad de lo normado por el art. 118 de la Constitución Nacional, el Dr. Leopoldo Schiffrin emitió su voto en el fallo de la Excm. Cámara Federal de la Ciudad de La Plata en el caso “Schwammberger” (JA 1989-IV-614), oportunidad en la cual, a modo de síntesis, el Magistrado entendió que dicha normativa debe interpretarse en sentido amplio de modo tal que a través de este artículo ingrese en nuestra Constitución el Derecho

Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Otro caso fue resuelto por la Excm. Cámara Federal de Apelaciones de la Ciudad de San Martín. Si bien la calificación legal del hecho y las circunstancias fácticas de aquel caso difieren del presente, el Tribunal sostuvo en ese sumario –que tiene pendiente la realización de un estudio de histocompatibilidad en forma compulsiva–: “...razón lleva la querrela al señalar que, hasta tanto la presente investigación avance en esa dirección una vez definidos los planteos que subsisten en orden a la procedencia de la experticia ordenada a fs. 277/279, resulta prematuro abrir juicio en torno a la vigencia de la acción penal en las presentes actuaciones...” (causa nro. 3025; Sala II, Secc. 2, reg. 2893).

En otro orden de ideas, para comprender acabadamente el contexto en el cual se desarrollaron los hechos, resulta conveniente recordar algunas particularidades que responden al suceso visto de manera conjunta, y después, entrar al estudio de cada caso, ya que se observará con nitidez la existencia de maniobras irregulares de procedimiento destinadas a legalizar –en apariencia– las relaciones de una familia constituida ilegalmente, en cuanto a la incorporación de los inscriptos como Marcela y Felipe Noble Herrera se refiere.

En efecto, se ha verificado la puesta en marcha del engranaje judicial, con la connivencia de algunos de sus integrantes –dentro del Tribunal de Menores nro. 1 de San Isidro–, para satisfacer los genuinos deseos maternales de Herrera de Noble, valiéndose de una inescrupulosa ingeniería ideada sobre el servicio de justicia que, como acto inicial, pretendió dejar sentado la falta de interés de los verdaderos padres en continuar sus relaciones de familia con los menores en cuestión.

Quienes imaginaron la maniobra, no dudaron en hacerlos integrar en una carátula de expediente bajo la identificación “N.N.”, más el agregado “sobre abandono”, aprovechando de esta forma los artilugios legales que se encontraban al alcance, para desplazar a quienes tuvieren interés legítimo de ejercer los derechos y deberes que sobre los menores corresponden.

La hipótesis manejada en esta investigación, no es otra que aquella apuntada a la activa actuación de la Jueza Hete, bajo la cual se le permitió a Herrera de Noble presentar versiones falaces de los hechos, incorporar probanzas irregulares, especialmente por testigos amañados, y la realización de informes a su gusto, medida y conveniencia, que posibilitaron la demostración de un imaginario cuadro de situa-

ción que concluyó con el propósito deseado: preparar la vía a fin de lograr la adopción plena de los entonces menores.

Queda evidenciado entonces, que la prueba reunida en el legajo no permite señalar a la titular del Tribunal de Menores nro. 1 de San Isidro como la destinataria de un ardid a fin de obtener una sentencia fundada en datos falsos, sino, por el contrario, como la magistrada que acompañó la maniobra convalidando situaciones reprochadas por la ley.

La entidad de tal conducta debe valorarse a la luz de las funciones que le compete al juez, ya que “...es el órgano máximo de amparo de los menores e incapaces, puesto que a él le toca resolver en definitiva todos los asuntos en los cuales se ejerce el contralor del Estado.” (Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil, Familia, t. 2, nro. 954).

En efecto, la ley 4664 (sancionada el 21 de diciembre de 1937 y promulgada el 3 de enero de 1938) dispuso la creación de los Tribunales para Menores (art. 1), y en lo que aquí interesa, conocen en única instancia (art. 8): “... b) Cuando la salud, seguridad, educación o moralidad de menores de 18 años se hallare comprometida por actos de inconducta, contravenciones o delitos de sus padres, tutores o guardadores o terceros, o por infracción a las disposiciones legales referentes a la instrucción y al trabajo; o cuando por razones de orfandad o cualquier otra causa, **estuviesen material o moralmente abandonados** (las negritas me pertenecen), corrieren peligro moral o estuvieren, expuestos a ello; para deparar protección o amparo y procurar educación moral e intelectual al menor, y para sancionar en su caso la inconducta de sus padres, tutores o guardadores conforme a sus leyes que rigen en materia de minoridad o a las disposiciones de esta ley;...”.

Por el mismo contenido de la norma invocada, debo reprobador la creación artificial de motivos que justificarían la intervención del Tribunal de Menores en función de los intereses morales y materiales del menor, que se llevaron a cabo mediante presuntas inconductas paternas que demostrarían un verdadero desmembramiento de la patria potestad.

Así las cosas, el movimiento jurisdiccional culminó con la elección de los mecanismos de la adopción plena, que confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen, extinguiéndose el parentesco con los integrantes de su familia de sangre, así como todos sus efectos jurídicos a excepción de los impedimentos matrimoniales (art. 14, ley 19.134).

Al escribir sobre el conocimiento de la verdad biológica y emplazamiento en el estado de familia a la luz de las disposiciones de la Convención de los Derechos, Eduardo Zannoni sostuvo que "...la ley de fondo se situaría en contradicción con el derecho del niño a preservar y mantener su identidad y sus relaciones familiares...". Luego de mencionar que se ha propiciado una interpretación derogatoria de la norma, Zannoni agregó: "Débase advertir, liminarmente, que el supuesto que nos ocupa implica, por hipótesis, ausencia de identidad filiatoria previa y, por ende, inexistencia de relaciones familiares del adoptado con sus progenitores biológicos y demás parientes de estos. Desde luego, ha de partirse de la premisa de que el juez, al otorgar la guarda preadoptiva primero y la adopción plena después, ha dispuesto la realización de todas las investigaciones tendientes a establecer, de ser posible, la filiación no reconocida del niño." La inexistencia de tal investigación resulta un aspecto de vital importancia en el suceso que nos ocupa, sobre el cual volveré más adelante.

Para terminar con las apreciaciones de Zannoni, destacó que "Distinto por cierto es el planteo cuando se está frente a la necesidad de investigar un delito del cual ha sido víctima el niño y mediante el cual se posibilitó más tarde la adopción plena. Tal ha sido, como antes lo recordamos, el caso de los niños que fueron desaparecidos y a quienes se los entregó en guarda como si se tratara de menores sin filiación acreditada." ("Adopción plena y derecho a la identidad personal", por Eduardo Zannoni, "La Ley", T 1998-C. Sec. Doctrina, págs. 1182/84).

En los casos que nos ocupa, tomó cartas en el asunto el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 6 del Departamento Judicial de San Isidro, al entablarse la demanda de adopción que fue presentada junto a los cuestionados elementos que tuvieron origen en el Tribunal de Menores; a los que se sumaron constancias periodísticas, demostrándose que "...a lo largo de estos años, desde la muerte de mi marido, he usado y honrado su apellido, y he sido reconocida así, por el mundo empresario, diplomático, e incluso institucional." (El entrecomillado pertenece a las expresiones de Ernestina Herrera de Noble al presentar esa demanda). En esa oportunidad, la nombrada propuso a tres testigos: el Arzobispo de La Plata Monseñor Antonio Plaza, el General (R.E.) Héctor Solanas Pacheco y el Dr. Hipólito Paz. Con respecto a estos últimos, quienes evidentemente tenían un conocimiento personal y directo con Herrera de Noble, la demandante propuso un interrogatorio que, en síntesis, tiene íntima vinculación con los aspectos familiares de

los entonces menores Marcela y Felipe Noble Herrera y quien pretendía adoptarlos.

Culminando con ello, y sin perjuicio que resultó un hecho público y notorio su fallecimiento, la fiscal Rita Molina formuló requerimiento de instrucción contra “Monseñor Plaza, careciendo otro dato filiatorio del nombrado” (el entrecomillado le pertenece), lo que habla a las claras de la entidad e importancia que el Ministerio Público Fiscal observó en la hipótesis investigativa sugerida por la denunciante Barnes de Carlotto en estas actuaciones.

En relación a esto último, el suscripto observó diversas medidas sumariales para establecer si los jóvenes en cuestión son hijos de personas desaparecidas en forma forzada, encontrándose pendiente entre ellas la prueba de histocompatibilidad, en virtud de la negativa expresada tanto por los involucrados (Marcela y Felipe) como por la imputada Herrera de Noble.

Por lo demás, en este aspecto no puedo menos que señalar, incluso por idénticas circunstancias de experiencias anteriores, que el mero hecho de permitir la extracción de sangre con el objetivo de establecer una identidad, facilitaría enormemente la tarea de cualquier tribunal de justicia; y la incógnita que se presenta en caso de no llevarse a cabo, sólo atenta contra los intereses de los menores, que si bien hoy son mayores de edad, pudieron haber sido víctimas desde casi sus nacimientos. Nadie dirige una acción de esta naturaleza con el objeto de destronar una persona de un núcleo humano, sino que mientras el marco de actuación lo permita, se persigue facilitar el derecho al acceso a la identidad, lo cual a todas luces resulta indiscutido.

Por último, dentro del acotado margen que, producto de los hechos por los cuales se le recibió declaración indagatoria a la imputada, corresponde pasar al análisis concreto de su situación procesal.

2. Hechos atribuidos

2.1 Caso Marcela:

Se encuentra probado en los términos del Art. 306 del ritual, que Ernestina Laura Noble Herrera hizo insertar datos falsos en su deposición ante el Tribunal de Menores Nro. 1 de San Isidro (en el Expte. 7308, N.N. Mujer), producto de lo cual provocó las falsas declaraciones que habrían prestado Yolanda Echagüe de Aragón y Roberto Antonio García, ante el mismo Tribunal; y sobre esta base, el día 15 de

junio de 1976 se dictó la resolución mediante la cual se le impuso a una criatura de sexo femenino el nombre de Marcela Noble Herrera y su inscripción de nacimiento en el Registro Provincial de las Personas, fijando como lugar de nacimiento en San Isidro y como fecha del mismo el día 23 de marzo de 1976. En consecuencia se labró el acta de nacimiento agregada en copia a Fs. 113 y se expidió el documento nacional de identidad Nro. 25.127.753.

Todos estos elementos fueron usados por Ernestina Laura Herrera de Noble con el fin de iniciar el trámite de adopción plena ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 6. Todo ello, fue ofrecido por la nombrada como prueba documental para hacerla valer en el expediente que originó, en el cual recayó sentencia haciéndose lugar a la adopción plena requerida. Por último, se hicieron insertar dichas falsedades al margen del acta de nacimiento Nro. 674.

2.2 Caso Felipe:

Tengo por acreditado en los términos del art. 306 C.P.P. que Ernestina Laura Herrera de Noble participó necesariamente en la falsificación ideológica del acta obrante a fs. 52 (supuesta deposición de María Carmen Delta), que junto a otros elementos –tenidos en cuenta por el juez a fs. 54– posibilitó el otorgamiento del depósito provisorio del menor identificado como “N.N. (varón)” a la nombrada, y la posterior inscripción de su nacimiento en el Acta nro. 921 del Registro de las Personas Seccional San Isidro y la expedición del Documento Nacional de Identidad nro. 25.127.996.

Asimismo, se encuentra probado con igual alcance, que la encausada Herrera de Noble el día 29 de noviembre de 1976 usó documentos apócrifos –certificado de nacimiento y testimonio de depósito provisorio– al entablar la demanda que culminó con el dictado de la sentencia de adopción plena fundada, básicamente, sobre dicha documentación (ver fs. 172; 173; 181/182 vta.; 199/200). Por último, se hicieron insertar dichas falsedades al margen del acta de nacimiento nro. 921.

3. Las pruebas

Lo precedentemente expuesto encuentra sustento en los elementos probatorios que se detallan a continuación:

3.1 Denuncia:

-la denuncia presentada por Estela Barnes de Carlotto, en representación de la Asociación Civil Abuelas de Plaza de Mayo obrante a Fs. 5 y Vta. y su ratificación de Fs. 8; la que da cuenta que a través de numerosas denuncias y constancias recibidas en la sede de esa institución tomó conocimiento que Ernestina Herrera de Noble habría adoptado en el año 1976 “dos niños hijos de desaparecidos.”

3.2 Querella:

-Presentación de Fs. 464/Vta. de la Dra. Alcira Ríos en representación de Estela Gualdero y su declaración de Fs. 1229/30; quien refiere que existe la posibilidad que el varón que fuera “adoptado” (las comillas le pertenecen) por Ernestina Herrera de Noble, es en realidad sobrino de mi mandante, hijo de María del Carmen Gualdero y de Ernesto García”.

-presentación de las Fs. 1399/1412; de la Dra. Alcira Ríos en representación de María Amelia Herrera de Miranda, quien refiere que existe la posibilidad que “la beba que fuera “adoptada” (las comillas le pertenecen) por Ernestina Herrera de Noble” sea “en realidad la nieta de mi mandante, hija de Amelia Bárbara Miranda y Roberto Lanoscou...”

3.3 Documental:

-copias certificadas del expediente Nro. 9149 caratulado “N.N. (sexo masculino) o NOBLE HERRERA, Felipe -Art. 8, Ley 4664- San Isidro” del registro del Tribunal de Menores Nro. 1 del Departamento Judicial de San Isidro, Secretaría Nro. 2 a Fs. 52/90;

-copias certificadas del expediente Nro. 7308 caratulado “N.N. (mujer) o NOBLE HERRERA, Marcela -Art. 8, ley 4664- San isidro” del registro del Tribunal de Menores Nro. 1 del Departamento Judicial de San Isidro, Secretaría Nro. 1, obrante a fs. 93/136;

-copias certificadas del expediente Nro. 4998 caratulado “NOBLE HERRERA, Marcela s/adopción plena” del registro de la Secretaría Nro. 11 del Juzgado en lo Civil y Comercial Nro. 6 del Departamento Judicial de San Isidro a Fs. 164/239;

-informe de la División de Información de Antecedentes de la Policía Federal agregado a Fs. 258, el que da cuenta que: “En legajo CI 5.847.175 se halla identificado/a TALKOWSKI CARLOS HUGO (las mayúsculas le pertenecen)”;

-copias certificadas de las actas de nacimiento Nro. 921 en relación a Felipe Noble Herrera obrante a Fs. 296/Vta. y Nro. 674 en relación a Marcela Noble Herrera obrante a fs. 297/Vta., en las que el personal autorizado que refrenda dejó constancia que ambas son fotocopias “...del acta original labrada en el Libro respectivo del Departamento de Estado Civil y Capacidad del registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires”;

-copias certificadas del expediente Nro. 44.467 caratulado “Llopis, Noble Sara c/ Noble Herrea Marcela s/ medida preliminar” del registro del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Nro. 13 de San isidro a Fs. 586/653;

-copias certificadas de los sumarios tramitados ante el Tribunal de Menores Nro. 1 del Departamento Judicial de San Isidro de casos similares a los que aquí se tratan tramitados durante la época en cuestión, y que oportunamente fueron solicitados: Expte. Nro. 6949 desde Fs. 688 hasta Fs. 740, Expte. Nro. 10.119 desde Fs. 741 hasta Fs. 796, Expte. Nro. 8987 desde Fs. 797 hasta Fs. 845, Expte. Nro. 7758 desde Fs. 846 hasta Fs. 928, Expte. Nro. 7322 desde Fs. 929 hasta Fs. 1007, Expte. Nro. 9974 desde Fs. 1007 hasta Fs. 1069, Expte. Nro. 8784 desde Fs. 1070 hasta Fs. 1109, y Expte. Nro. 6951 desde Fs. 1110 hasta Fs. 1207;

-copias certificadas del legajo Conadep Nro. 02351 correspondiente a la denuncia por la desaparición de María del Carmen Gualdero y Nro. 7381 correspondiente a la denuncia por la desaparición de Ernesto García, agregados a Fs. 1281/1309;

-el expediente Nro. 7636/2000 caratulado “N.N. s/supresión del estado civil, Dte. Feldman de Jaján, Ana Elisa (arts. 37 y 47 del CPPN)” del registro del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional Nro. 7 de Capital federal agregado Fs. 1918/2840.

-informe de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires de Fs. 388 en relación a la actualización de antecedentes laborales de aquellos empleados y funcionarios judiciales que intervinieron de una u otra manera en los expedientes del Tribunal de Menores Nro. 1 de San Isidro, en aquella época; y de Fs. 1241/50 en relación al turno establecido para el año 1976 respecto del Tribunal de Menores Nro. 1 de San Isidro en el que se informó que le correspondía los meses de febrero, mayo, agosto y noviembre de ese año;

-informe del Jefe del personal del Diario Clarín que da cuenta que “...el señor Roberto Antonio García se desempeñó como Auxiliar 1ro. (chofer), desde el 01.04.52 al 30.06.55 y desde el 22.02.58 al 31.05.77.” de Fs. 389;

-informe del Registro Nacional de las Personas de Fs. 390 el que da cuenta:

“...que bajo la Matrícula N° 149.525 se encuentra registrado el ciudadano GARCÍA Roberto Antonio... que bajo la Matrícula N° 0.214.715, se halla identificada la ciudadana ECHAGÜE Yolanda... que de acuerdo a los datos consignados, en los archivos de este organismo, hasta la fecha, no se registran antecedentes identificatorios de persona, bajo el nombre de DELTA Carmen Luisa. (las negritas le pertenecen); e informe de Fs. 1250 bis en relación a los domicilios que registran Herrera, Ernestina Laura y Noble, Roberto Jorge;

-informe del ANSES de Fs. 392/397 en relación a los datos de Roberto Antonio García extraídos de la consulta realizada al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones;

-informe de la Cámara Nacional Electoral de Fs. 1327/28 y 1342/44 en relación a las constancias de los domicilios que registran Herrera, Ernestina Laura y Noble, Roberto Jorge, respectivamente;

-copia del legajo personal de Ofelia Edith Hejt quien se desempeñó como titular del Tribunal de Menores Nro. 1 del Departamento Judicial de San Isidro en esa época y que fue remitido por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, agregado a Fs. 513/585.

3.4 Testimonial:

En relación a los funcionarios y empleados judiciales que intervinieron de una u otra manera en los Exptes. Nro. 9149 (caso Felipe) y Nro. 7308 (caso Marcela) del registro del Tribunal de Menores Nro. 1 de San Isidro:

-Elsa Noemí Carmino a Fs. 449/450, quien se desempeñó en la Secretaría Nro. 1 y 2 de ese Tribunal en esa época, interviniendo en carácter de escribiente sumariamente en el recibir declaraciones y realizar proveídos en las causas detalladas, y cuyas iniciales obran al fin de éstos;

-Rolando Juan Satchmalieff a Fs. 505/507 Vta., a quien ostentaba el cargo de titular de la Secretaría Nro. 1 de ese Tribunal, en aquella época;

-Inés Susana Alfonso a Fs. 508/510 Vta., quien ostentaba el cargo de titular de la Secretaría Nro. 2 de ese Tribunal en aquella época;

-María Verónica Muñoz a Fs. 1220/1221, quien se desempeñaba como auxiliar de la Secretaría Nro. 2 de ese Tribunal y en aquella época;

-Cristina María del Pilar Pinos a Fs. 1263/1264 Vta., quien en aquella época se desempeñaba en las dos Secretarías del Tribunal como asistente social;

En relación a quienes por los dichos de la imputada fueron llamados como testigos en el caso de la inscripta como Marcela Noble Herrera:

-Roberto Antonio García a Fs. 362/363.

-Y, respecto de la fallecida Yolanda Echagüe de Aragón, el testimonio de su nieta, Eugenia Duro Aragón, agregado a Fs. 1392/1393.

4. Los antecedentes del caso Marcela:

Tal como lo redacté en oportunidad de resolver a Fs. 2849/65, el expediente en relación a este caso se inició con el comparendo de Ernestina Laura Herrera de Noble del día 13 de mayo de 1976, quien da cuenta que el día 2 de mayo de ese año sintió llorar a un bebé, en la puerta de su domicilio ubicado en Laprida 2789, de Las Lomas de San Isidro, que se encontraba en una caja de cartón, que era de sexo femenino, y que inmediatamente junto con Yolanda Echagüe de Aragón, domiciliada en la casa vecina de la declarante, y quien también descubrió a la criatura en el lugar donde fue dejada, la llevaron a un médico pediatra de su confianza. También dice que Roberto García, cuidador de una finca vecina, presencié el hecho. Por último, manifestó su voluntad de que se le otorgue la guarda con fines de adopción de esa criatura (Cfr. Fs. 93/Vta.).

A Fs. 101 obra el testimonio de Yolanda Echagüe de Aragón, con domicilio en la calle Laprida N° 2828 de Las Lomas de San Isidro, el que da cuenta que el día 2 de mayo de 1976, supo por su vecina, la Sra. De Noble, que le habían dejado en la puerta una criatura de sexo femenino, que sabe estaba en una caja, y “que fue llevada al médico por dicha señora, para comprobar su estado de salud”.

A Fs. 102 obra el testimonio de Roberto Antonio García, con domicilio en la calle Laprida 2828 de Las Lomas de San Isidro, el que da cuenta que se desempeña como cuidador de la finca de Yolanda Echagüe de Aragón, y supo que en horas de la mañana del día 2 de mayo de 1976, la Sra. De Noble había encontrado en la puerta de su casa, en una caja, a una criatura de sexo femenino.

Sin perjuicio de la contradicción existente al confrontar los testimonios de Herrera de Noble y de Echagüe de Aragón, en relación a que la primera afirma que Echagüe de Aragón habría presenciado el descubrimiento de la criatura en el lugar donde fue dejada, y que la acompañó al médico junto con la criatura; y por su parte, Echagüe de Aragón dice que supo del descubrimiento de la criatura a través

de su vecina, y que la criatura fue llevada al médico por Herrera de Noble; durante la instrucción de la presente causa se agregaron elementos que contradicen los dichos vertidos por Ernestina Laura Herrera de Noble y aquellos colectados en el marco de ese expediente.

Entre ellos, el testimonio de Roberto Antonio García de Fs. 362/63, del día 6 de mayo de 2001, y del que se desprende que:

-El contenido de la declaración de Fs. 102 contiene datos no ciertos. Que nunca se domicilió en la calle Laprida N° 2828 de Lomas de San Isidro, que no conoce el lugar, y que nunca se desempeñó como cuidador de la finca de Yolanda Echagüe de Aragón, y ni siquiera la conoce. Que desde hace 50 años reside en el mismo lugar, en la calle Paso 991 de la localidad de Ciudadela, del Partido de Tres de Febrero de la Provincia de Buenos Aires.

-Desde el año 1952 trabajó para el diario matutino “Clarín”, como chofer de Roberto Noble, y tras su fallecimiento, en el año 1969, continuó desempeñando la misma tarea para Ernestina Herrera de Noble. Que durante 38 años fue empleado de esa familia como chofer particular y para el diario Clarín, jubilándose en el año 1977 aproximadamente, cuando tenía 60 años de edad.

-En el marco de su desempeño como chofer de la Sra. Herrera de Noble, llegaba a su casa entre las 8.00 y las 9.00 horas de la mañana, momento a partir del cual se encontraba a su disposición durante todo el día, y su tarea comprendía trasladarla a donde la nombrada le indicara. Que tras el fallecimiento de su esposo, la Sra. Herrera de Noble se mudó a un “piso” de un edificio ubicado sobre la Avenida Libertador, en su intersección con la calle Godoy Cruz, de Palermo, Capital Federal. Que no tiene conocimiento que Ernestina Herrera de Noble hubiere residido alguna vez en la calle Laprida 2789 de San Isidro, y durante el tiempo en el que trabajó para ella (hasta el año 1977), residió primero junto con su esposo en Galerías Pacífico de Capital Federal, y después de enviudar se mudó al domicilio antes indicado.

-Que no presenció el descubrimiento de una criatura en la puerta del domicilio ubicado en la calle Laprida 2789 de San Isidro, el día 2 de mayo de 1976. En relación a la firma estampada en el testimonio de Fs. 102, en fotocopia, dice que se asemeja por sus características a la suya, pero no puede afirmar que lo sea; y que nunca concurrió a un Tribunal de Menores en San Isidro.

También se pudo incorporar el testimonio de Eugenia Duro de Aragón de Fs. 1392/93 del día 8 de febrero pasado, quien a partir de un accidente automovilístico

en el que sus padres perdieron la vida cuando tenía un año y medio de edad, vivió con sus abuelos, Eduardo Aragón y Yolanda Echagüe de Aragón, hasta que ellos fallecieron; y que además coincide con las particularidades vertidas por García en esta causa. Quiero destacar al respecto que:

-Yolanda Echagüe de Aragón no fue vecina de Herrera de Noble, ya que en la época en que esta última dijo haber encontrado a la criatura, Echagüe de Aragón residía en la localidad de Acassuso, de esta ciudad, junto con su esposo y la declarante, y no en el barrio de Las Lomas de San Isidro.

-Yolanda Echagüe de Aragón y su esposo habrían comprado un terreno en ese barrio (Lomas de San Isidro), al que recién después de construir la vivienda se mudaron, en el año 1977 o 1978, y la que estaba ubicada en la calle Laprida N° 2575 de San isidro, y no en el N° 2828. Que nunca se domicilió en la calle Laprida N° 2828 de Las Lomas de San isidro, y que su abuela, Yolanda Echagüe de Aragón, tampoco nunca lo hizo.

-No reconoce a Roberto Antonio García como cuidador de la finca donde moraba en esa época.

Se cuenta además que con la información suministrada por la División Información de Antecedentes de la Policía Federal, en tanto Yolanda Echagüe de Aragón registra como último domicilio en el año 1980: Laprida 2575, San Isidro (ver Fs. 323); lo informado por el Jefe del Personal del Diario Clarín, en tanto Roberto Antonio García, se desempeñó en el lugar como Auxiliar 1ro. (Chofer), desde el 01/04/52 hasta el 30/06/66 y desde el 22/02/58 al 31/05/77 (ver Fs. 389); lo informado por el Registro Nacional de las Personas en tanto de sus registros no surge que Ernestina Herrera de Noble se hubiere domiciliado alguna vez en la calle Laprida N° 2789 de Las Lomas de San Isidro, sino que en la época de interés lo hizo en: Santa Fe 1664, Piso 11, Capital Federal, asentado el día 29/04/70; y en Avda. Libertador N° 3752, Capital Federal, asentado el día 13/05/76 (ver Fs. 1250 bis); y lo informado por la Cámara Nacional Electoral, en tanto que de sus registros no surge que Ernestina Herrera de Noble se hubiere domiciliado alguna vez en la calle Laprida N° 2789 de Las Lomas de San Isidro, sino que coincide en un todo con el informe citado en el punto anterior, y respecto de esa época (ver Fs. 1327/28).

Asimismo tampoco obra registrado como domicilio de Roberto Jorge Noble el ubicado en la calle Laprida N° 2789, de Las Lomas de San isidro, sino que lo comunicado coincide con la información antes indicada (ver informes de Fs. 1337/39,

1341/44 de la Cámara Nacional Electoral y de Fs. 1250 bis, último párrafo, del Registro Nacional de las Personas).

Cabe reiterar particularidades ya descriptas en el auto de Fs. 2849/65 y respecto de los tres casos de aquellos expedientes pedidos al Tribunal de Menores Nro. 1 de San Isidro, que se originaron por aquella época a raíz del abandono de un menor por parte de sus progenitores (circunstancia similar que originó el sumario del caso Marcela): en aquel en el que se desconocía la identidad biológica de los padres, el lugar de nacimiento de la criatura se encontraba acreditado con la comunicación de la Maternidad del Hospital de San Fernando, además de haberse requerido al Registro Civil la remisión de la partida de nacimiento, y en respuesta la Delegación de San Fernando del Registro Provincial de las Personas, informó negativamente (ver Fs. 1071, 1081 Vta., 1082 y 1088 de la causa N° 8784). En los otros dos casos en los que además se desconocía la procedencia del menor o cualquier elemento vinculado a su lugar de nacimiento, se realizaron diligencias tendientes a averiguar aquel suceso (ver testimonios de Fs. 931/Vta. y 934/Vta., y el punto “Antecedentes-Situación Actual” del informe de Fs. 936/37, que motivaron dictar los autos de Fs. 950 y 957, punto II y III de la causa N° 7322; ver testimonios de Fs. 1122/Vta., 1139/40, informes de Fs. 1142/43, 1144/45, 1157/Vta., el requerimiento de la partida de nacimiento al Registro Civil de Fs. 1158, cuya consecuencia fue la remisión de dicho instrumento a Fs. 1163/4, en la causa N° 6951), medidas que todas ellas se omitieron realizar en la causa N° 7308 (caso Marcela).

Finalizando, siguiendo en el terreno de las omisiones, debe resaltarse que, al margen de su falsedad o veracidad, en momento alguno aparece siquiera mencionado en ese expediente, como obviamente las circunstancias lo imponían, quien fue el médico pediatra que habría revisado a la menor cuando llegó a manos de la imputada Herrera de Noble.

5. Del análisis del caso Marcela

Del acontecer de la causa deviene que con la finalidad de lograr la adopción de una niña, Ernestina Laura Herrera de Noble mintió ante el Tribunal de Menores Nro. 1 de San Isidro, al asegurar que encontró en la puerta de su casa, en una caja, a una criatura; y para suspender esa falsa versión, mintió también cuando aportó

los nombres de dos personas que señaló como vecinos suyos y testigos de ese descubrimiento, provocando de esta manera las declaraciones mentirosas de Yolanda Echagüe de Aragón y Roberto Antonio García, ante el mismo tribunal (Fs. 101 y 102, respectivamente).

Así, pues, la conducta reprochada a Ernestina Laura Herrera de Noble comenzó el día 13 de mayo de 1976 –según se escribió en el instrumento–, con el labrado del acta agregada en copia Fs. 93 (que hizo originar la causa N° 7308 caratulada: “N.N. –Mujer– ó Noble Herrera, Marcela s/ Art. 8 Ley 4664 ante el Tribunal de Menores detallado) oportunidad en la que, con conciencia y voluntad de hacerlo, hizo insertar declaraciones falsas en un documento público, logrando que el fedatario incluya en ese documento manifestaciones que no revelan la verdad pasada dando como ocurrido lo no pasado.

El contenido de esa mentira, y el daño ilícito derivada de la misma, es la primera circunstancia sustancialmente imprescindible para lograr la finalidad de la maniobra planeada por Ernestina Laura Herrera de Noble, y que puso en funcionamiento el engranaje judicial, el cual sin ese componente fundamental no hubiera sido accionado, y que inevitablemente terminó operando sujeto a hechos no ocurridos, a raíz de lo cual cada acto y pronunciamiento ejecutado iba progresivamente cumpliendo con el propósito pretendido por la nombrada: primero se le otorgó la guarda de esa criatura con carácter provisional y a disposición de ese Tribunal; y después, el día 15 de junio de 1976, se ordenó imponer a la niña el nombre que la imputada eligió (Marcela), el apellido de su difunto esposo junto con el propio (Noble Herrera), y disponer su inscripción de nacimiento en el Registro Provincial de las Personas, fijando como lugar de su nacimiento aquel donde la imputada falsamente declaró haberla encontrado y donde tiene asiento el Tribunal (San Isidro), y como su fecha de nacimiento el día 23 de marzo de 1976; en virtud de lo cual, se insertaron esos datos falsos en el acta de nacimiento Nro. 674 labrada el día 16 de junio de 1976 por la Delegación San Isidro del registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires, y se le expidió el documento nacional de identidad Nro. 25.127.753 (Fs. 108/9 y 113).

Claro está que cuando el Tribunal de Menores otorga la guarda de un menor lo hace en base a los elementos acumulados a lo largo de la tramitación de una causa y, en este caso, más allá de la celeridad aplicada por el Titular del Tribunal, ésta basó su decisión (Fs. 98), entre otros, en la declaración de Fs. 1 (deposición de Ernestina

Laura Herrera de Noble) cuyo contenido, concerniente nada menos que al origen de la criatura, es falso.

Posteriormente, y teniendo como base idéntica declaración ideológicamente falsa, sumada a otros dos testimonios (los de García y Echagüe de Aragón) también ideológicamente falsos, se dictó la sentencia del día 15 de junio de 1976 (ver puntos 1° y 2° de Fs. 108/9), que le impuso a la criatura un nombre y ordenó su inscripción de nacimiento, tal como lo describí en el tercer apartado de este título.

A esta altura, haré una distinción en relación a los testimonios citados y en los que Ernestina Laura Herrera de Noble habría participado como partícipe necesario de sendas falsificaciones ideológicas. Adviértase, que a diferencia de García, quien suscribe como Yolanda Echagüe de Aragón no dijo haber percibido directamente el suceso del descubrimiento, sino que su versión tiene como fuente lo que oyó de boca de Ernestina Laura Herrera de Noble, o por lo menos así se asentó en el acta de Fs. 101: “que el día dos de mayo del cte. año en horas de la mañana, supo por su vecina, la Sra. de Noble, que le habían dejado en la puerta una criatura de sexo femenino...” De esta manera, más allá que su aporte fue meritulado en aquel expediente con igual valor al de quien dijo haber percibido directamente el hecho (García), no se puede aseverar cosa distinta: que no supo del descubrimiento por “la Sra. de Noble.” Sí, en cambio, se conoce que es mentira que Yolanda Echagüe de Aragón era vecina de aquella, y que nunca vivió en el domicilio que consta en esa acta. En este caso en particular, el lugar donde reside el testigo se convierte en una circunstancia fundamental y absolutamente relevante por encontrarse la misma directamente ligada al hecho. Justamente, es el carácter de vecina lo que habría convertido a Echagüe de Aragón en testigo de esa causa, y es exactamente esa particularidad la que resulta ser mentira.

A ello debo sumarle la duda relacionada con el domicilio donde Herrera de Noble afirmó residir, irregularidad en torno a la cual ya me explayé en oportunidad en la que resolví a Fs. 2849/65 y dije que la sospecha se afianzó “...con la lectura de los informes socio-ambientales realizados por la Asistente Social, Cristina María del Pilar Pinos, designada por el Tribunal de Menores, toda vez que en el informe que obra agregado a Fs. 67/Vta. se desprende que “la casa de su propiedad (refiriéndose a la nombrada) es la ubicada en Laprida 2789, San isidro”, y que “como residencia alternativa tiene un departamento en Buenos Aires ubicado en la Avda. Libertador 3752, pisos 24 y 25 (circunstancia que nunca antes se había plasmado en ese expe-

diente) pero, excepcionalmente, omite especificar a cuál de los dos concurrió. Se infiere que más allá de la acumulación del Expte. N° 7308 con el N° 9149, si la Asistente dejó asentado la dirección del domicilio que denomina como alternativo, fue porque en aquella ocasión concurrió a éste, y no al que habría fijado Noble de Herrera en el expediente. Esta cuestión fue corroborada por el testimonio que prestó en el marco de esta causa a Fs. 1263/4, ocasión en la que primero afirma haber concurrido al domicilio de Capital federal “en varias oportunidades, sin recordar precisamente cuántas” que los niños estaban presentes en el lugar y el cuarto de ellos “se encontraba contiguo al de la Sra. de Noble”; y después, termina expresando que el domicilio de la Avenida Libertador (refiriéndose al de Capital Federal) lo visitó “en forma certera en una oportunidad, posiblemente en otra...” pero “...cree haber concurrido en una sola oportunidad”. Por lo que despierta la atención que para realizar el informe de su especialidad se hubiera desplazado desde el Partido de San isidro (donde tiene el asiento el Tribunal) hasta la Capital Federal, cuando el domicilio habitual y que obraba fijado en el expediente, sobre quien debía cumplir su deber, se encontraba en la misma jurisdicción de ese Tribunal, en San Isidro. Más allá de eso, adviértase que de los expedientes tramitados en ese Tribunal cuyas copias certificadas fueron agregadas a la causa, existe un caso en el que los padres solicitantes de una ulterior adopción tenían domicilio en Capital Federal (causa N° 7758), y en contraposición, quien era también titular del Tribunal de Menores en ese momento, Dra. Ofelia Edith Hejt, ordenó el estudio por telegrama a través de la Jefatura de la Policía Federal (ver Fs. 852, 854 y 855/7 Vta.).”

No puede negarse que existen numerosos casos de personas que demoren en comunicar a los organismos pertinentes, o no lo hagan nunca, un cambio de domicilio; pero el caso que aquí se trata escapa a aquella conjetura, ya que aparece una particularidad por demás contradictoria y es que el mismo día (13 de mayo de 1976) en el que el Registro Nacional de las Personas asentó el domicilio de Ernestina Laura Herrera de Noble como aquel ubicado en Avda. Libertador 3752 de Capital Federal, la nombrada se encontraba en el Tribunal de Menores diciendo que vivía en otro lugar: Laprida 2789 de Las Lomas de San isidro (Cfr. Fs. 93 y 1250 bis).

Ahora bien, en relación al contenido de la mentira en la falsedad ideológica, resulta necesario destacar que: “...para la falsedad documental no basta que se incluya una mentira en el documento sino que es imprescindible que esa mentira

tenga aptitud para producir perjuicio”. En este sentido, el germen de la falsedad que hizo insertar la encartada en el acta inicial (deposición de Fs. 93) y que también aparecen en los testimonios de Echagüe de Aragón y de García, deformaron elementos esenciales referidos a la verdad de los hechos, y que indefectiblemente también lograron arrastrar a la mentira al contenido de la guarda provisoria del día 14 de mayo de 1976 (Fs. 98) y la sentencia del 15 de junio de ese año (Fs. 108/9).

Si bien no se conoce el origen de la criatura ni cómo cayó en manos de Ernestina Laura Herrera de Noble, sí se puede asegurar que no fue dejada en la puerta de su casa como ella manifestó; por lo que en este caso el expediente se encuentra motivado por una mentira, un hecho no cierto que llevó a practicar las demás diligencias obrantes en el mismo, pieza fundamental y esencial que fundaron la guarda y la sentencia señaladas, y que ahora se sabe falsa. Es por esto que ese hecho falso contagió y terminó recayendo sobre lo que los otros documentos debían acreditar como verdadero según su específica finalidad jurídica; en este caso, la falsedad insertada en esos documentos concierne, tal como lo señalé, a un hecho que el documento debe probar (datos relacionados con el estado civil de las personas). “La ley no pretende punir como falsedad ideológica la mentira sobre cualquier factor de *composición del documento*, aún cuando fuesen formalmente requeridos, sino sobre las circunstancias que son sustancialmente imprescindibles para su destino como específica figura jurídica, es decir sobre el destino que se informa en el “sentido jurídico del documento” (Capítulo III, p. 139, N° 86, falsedad ideológica –Carlos Kreuz–).

Claro está que el delito se consumó cuando los documentos públicos detallados precedentemente quedaron perfeccionados como tales, con todos los signos de autenticidad que las leyes y reglamentos requieren. Así, la maniobra de Ernestina Laura Herrera de Noble quedó concluida cuando habiendo quedado falseado su contenido, hizo uso aprovechándose de la autenticidad formal que revestía la prueba documental realizada en el marco de un expediente tramitado en un Tribunal de Menores, al ofrecerla en el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 6 de la Provincia de Buenos Aires, donde el día 20 de mayo de 1977 se dictó sentencia en la que se resolvió de acuerdo a sus intereses, haciéndose lugar a la demanda por ella promovida, otorgándose la adopción plena de los dos menores Marcela y Felipe, a partir de lo cual quedaron considerados como hijos legítimos suyos (Fs. 199/200).

Lo dicho, sumado al resto de las pruebas arrimadas a la causa que ya fueron analizadas, nos permite concluir, con el grado de probabilidad que la etapa requiere, el correspondiente reproche penal a la conducta desplegada por Ernestina Laura Herrera de Noble, en carácter de autora (Art. 45 C.P.) respecto del acta agregada en copia certificada a Fs. 93 y que hicieron posible el dictado de la resolución que dispuso otorgar la guarda provisional de la menor a la encartada; en carácter de partícipe necesario de la falsificación de las actas que reflejan las declaraciones testimoniales de Roberto Antonio García y de Yolanda Echagüe de Aragón, las que sumadas a la suya propia posibilitaron la inscripción de nacimiento ante el Registro Civil (labrado del acta Nro. 674) y la expedición del documento nacional de identidad Nro. 25.127.753; y en carácter de autora (Art. 45 del C.P.) del uso de documentación ideológicamente falsa para presentarla en el Juzgado Civil antes mencionado al entablar la demanda que culminó con el dictado de la sentencia de adopción plena, fundada sobre esos instrumentos viciados.

6. Antecedentes del caso Felipe:

En oportunidad en la que me referí a este caso, al resolver a Fs. 2849/65, ya describí que este expediente se inició el día 7 de julio de 1976 con el comparendo de Carmen Luisa Delta, quien habría acreditado su identidad mediante C.I. N° 5.847.175, y refirió haber dado a luz una criatura de sexo masculino el día 17 de abril del año 1976, a la vez que manifestó su voluntad de entregarlo al Tribunal a los fines de su adopción, renunciando a los derechos inherentes a la patria potestad sobre su hijo.

También resalté en aquella ocasión que:

-La C.I. N° 5.847.175 que habría exhibido Carmen Luisa Delta para acreditar su identidad, le corresponde a otra persona, Carlos Hugo Talkowski (ver Informe de la División de Información de Antecedentes de la Policía Federal de Fs. 258).

-Que ante el posible error de tipeo en uno de los dígitos, se realizaron nuevas diligencias las que determinaron que con la C.I. N° 5.847.175 se halla identificado Domingo Miguel Gómez y que Carmen Luisa Delta no se encuentra registrada en los archivos patronímicos de la Superintendencia de Policía Científica de la Policía Federal (ver informe de la División de Información de Antecedentes de la Policía Federal de Fs. 323). Asimismo, tampoco se registran antecedentes de identificación

a nombre de Carmen Luisa Delta en el Registro Nacional de las Personas (ver informe de Fs. 349/50 y 390/91).

Por otro lado, cité a la empleada del Tribunal de Menores, que habría participado como escribiente en ese acta, Elsa Noemí Carmino, quien afirmó que si asentó el número de identificación de la compareciente fue porque ésta lo exhibió, que como método de trabajo era habitual y sin excepción, proceder a la identificación de los declarantes mediante la exhibición del documento. También dijo recordar a la mujer como joven y de cabellos castaños (Cfr. Fs. 449/450 Vta.). Asimismo, quienes ocupaban los cargos de Secretario de esa época (Rolando Juan Satchmalieff e Inés Susana Alfonso) fueron contestes y concordantes en afirmar que en todos los casos se solicitaba a los comparecientes la exhibición del documento de identificación, y en caso negativo se dejaba asentado en el acta su número, seguido de “...cuyo documento no exhibe”. (Cfr. Fs. 505/07 Vta. y 508/10 Vta.).

Citados que fueron algunos de los testimonios prestados en esta sede judicial por el personal que se desempeñó en el Tribunal de Menores Nro. 1 de San Isidro en esa época y que justamente por esa particularidad fueron llamado a declarar, oportuno resulta prevenir sobre la valoración de esos dichos, sobre todo por cuanto dadas las características del caso existía la posibilidad que producto de las declaraciones que se le recibían en esta causa, se involucren como partícipes del hecho que se estudia. Si se parte del punto que la verdadera medida de credibilidad de un testigo resulta dependiente al interés que tenga en decir o no decir verdad, es conveniente considerar que el interés de aquellos se encuentran íntimamente ligado con el permanecer ajenos a un proceso penal. Es entonces posible, cuando no necesario para estos testigos, que en virtud de esos intereses oculten, nieguen o, apoyados en el tiempo transcurrido, digan no recordar particularidades que puedan de algún modo involucrarlos, por lo que en consecuencia, el confronte de versiones asoman algunas contradicciones. Como ejemplo citaré las más relevantes, como ser cuando Carmino dice no recordar si Carmen Luisa Delta se presentó ante el Tribunal con su hijo; al respecto dijo que: “...normalmente la madre que va a dar en adopción a su hijo, no concurre con el bebé en brazos” y “que en todas las declaraciones escritas por la declarante, nunca se presentó una madre con su hijo”; contrario a lo dicho por el Secretario, el Dr. Satchmalieff: “que en la generalidad de los casos las madres que pretendían entregar en adopción a sus hijos llevaban consigo a los menores al Tribunal. Que esto era obligación, ya que debían ser revisados por el médico del Tri-

bunal, el Dr. Pedraja en ese entonces”; y por la otra Secretaria, la Doctora Alfonso: “Que en la generalidad de los casos las madres que pretendían entregar en adopción a sus hijos, llevaban consigo a los menores al Tribunal. Que esto era muy habitual, ya que era función del Tribunal, protegerlos.” Otro ejemplo, relacionado con la persona física que instruiría las causas de menores en guarda, al respecto el Dr. Satchmalieff y la Dra. Alfonso fueron contestes en afirmar que aquellas eran instruidas personalmente por la Jueza, la Dra. Hejt; mientras que Muñoz, quien se desempeñaba como auxiliar, dice no recordarlo exactamente, pero que: “...las causas que se iniciaban con motivo de una ulterior adopción eran instruidas por los oficiales. Que no sabe si la Sra. Jueza, la Dra. Hejt, instruía alguna causa. Que en realidad en su despacho no tenía ninguna máquina de escribir, por lo que cree que no”;

Por último, no porque los ejemplos se hubieren agotado sino porque la consideración efectuada bien puede verse reflejada a través de los ya citados, es que a fin de no explayarme innecesariamente sobre los testigos, destacaré una particularidad proveniente de la Dra. Alfonso quien, reitero, ostentaba en aquella época el cargo de Secretaria, y concerniente a la respuesta que dio cuando se le preguntó qué recaudos se tomaban en relación al origen de los menores: “que era habitual que vinieran mujeres al Tribunal con el fin de entregar a sus hijos en adopción. Que en esa época no había ninguna duda sobre la procedencia del menor, por lo que no se exigía ninguna medida al respecto. Se confiaba en la palabra de la madre.” (Fs. 508/510 Vta.). En principio, ya he descrito (y continuaré describiendo más adelante) las diligencias que se llevaban a cabo en los otros sumarios, tramitados en el mismo Tribunal, con el objeto de acreditar circunstancias relacionadas con el origen o nacimiento de una criatura; las cuales ahora aparecen como totalmente ajenas a quien era titular de una de las secretarías de ese mismo Juzgado. En efecto, con sus dichos sostiene que el Tribunal para el cual se desempeñaba se mantenía consecuente y reiteradamente una confianza indebida, que roza lo ilegal con el incumplimiento, en principio, de dos artículos del Decreto Ley 8204 del 27 de septiembre de 1963, que expresamente establecen: “Art. 31: El hecho de nacimiento se probará con el certificado del médico u obstétrica. A falta de dicho certificado, con la declaración de 2 testigos que hubieren visto al nacido y que firmarán la inscripción; Art. 69: A los efectos de la inscripción de nacimiento fuera de término, el juez deberá disponer de oficio todas las medidas conducentes a determinar la fecha y lugar de nacimiento y el apellido y nombre que haya usado el no inscripto en su vida de relación.” Si ello

así no fuera, llama poderosamente la atención la contundencia del aserto de la ex funcionaria, y no encuentro motivo lógico o congruente para su aseveración, más que el reconocimiento de que indefectiblemente en todos los casos se conocía la procedencia de la criatura, por lo que de ser así, nace un interrogante del por qué se omitió asentar circunstancia tan relevante como aquella en, justamente, estos dos expedientes (caso Marcela y Felipe).

Sentado ello, abarcativo a ambos casos, tampoco puedo dejar de señalar las otras flagrantes irregularidades verificadas en la tramitación del Expte. Nro. 9149 (caso Felipe): la omisión en la intervención del Asesor de incapaces a Fs. 58 Vta., 63, 70 y 77; no obstante se encuentran extendidas las pertinentes notificaciones.

Asimismo, y como lo señalé en oportunidad en que resolví el auto de Fs. 2849/65, en la fecha en que se inició el sumario con motivo de la comparecencia de Delta (7 de julio del año 1976), se encontraba en turno el Tribunal de Menores N° 3 de San Isidro, y no el Tribunal de Menores N° 1, a cargo de la Dra. Ofelia Hejt, donde tramitó el sumario (Cfr. Fs. 1241/50). Se advierte que se intenta justificar dicha irregularidad al hacer constar en el acta que Delta se habría presentado anteriormente, en el mes de mayo (cuando se encontraba en turno el Tribunal N° 1), oportunidad en la que se le dijo que se detuviera a pensar sobre su decisión, ya que tomarla precipitadamente podría llevarla a arrepentirse posteriormente. Sin embargo, no existe constancia del mes de mayo que acredite tal circunstancia, y teniendo en cuenta las expresiones de la Dra. Alfonso, cuando alude en su testimonio a lo que comúnmente se llamaba “cola de turno” (ver Fs. 508/511), vale aclarar que de ninguno de los otros sumarios de casos similares al presente, instruidos en esa sede judicial, y que fueron pedidos por el suscripto (Fs. 467) y agregados los testimonios a esta causa, se advierte que hubiere existido una modalidad del personal del Tribunal en prevenir a los presentantes sobre decisiones apresuradas para que éstos, después de un período de tiempo, regresen y se manifiesten (Cfr. actas de Fs. 692 de la causa N° 6949; de Fs. 754/Vta. y 755/Vta. de la causa N° 10.119; de Fs. 798 de la causa N° 8987; de Fs. 850 y 851 de la causa N° 7758; de Fs. 1010, 1018/Vta., 1023/Vta. y 1033 de la causa N° 9974). En ninguno de esos sumarios se advierte tampoco que una persona se hubiere presentado con anterioridad, y si lo hizo, que esa fecha prevaleciera sobre la del acto inicial para someter el expediente al registro de ese Tribunal, tal como se realizó, excepcionalmente, en el acto que da fe del comparendo de Carmen Luisa Delta.

-En todos los casos registrados en esos sumarios se ordenaron la realización de amplios informes socio ambientales en el domicilio de las madres que concurrían al Tribunal con intenciones de dar a su hijo en ulterior adopción, y/o de personas vecinas o en su defecto, se recibieron sus testimonios, y también de aquellas con desempeño en la maternidad (certificados de las parteras y asistentes sociales) donde naciera el menor causante, y que de una u otra forma hubieren tenido contacto con el nacimiento u origen del menor, y en su caso, se agregó comunicación de la Dirección de Acción Social de un Municipio o del Hospital, en relación al lugar de su nacimiento, y la voluntad expresada por la madre o persona del grupo familiar de entregar el niño para la adopción (Cfr. Fs. 690/Vta. y 722 de la causa N° 6949; de Fs. 743/44 Vta., 745, 750/Vta. y 751 de la causa N° 10119; de Fs. 801, 813/14 Vta., 815 y 820 de la causa N° 8987; de Fs. 848, 849/851, 869/870, 875/76 de la causa N° 7758; y de Fs. 1008/09, 1013/15 y 1024/25 Vta. de la causa N° 9974); inclusive en uno de los casos de abandono de menor, al mismo tiempo que se intentaba lograr con el paradero de los padres biológicos (Fs. 1142/43, 1144/45, 1157/vta. y 1158 de la causa N° 6951); medidas todas ellas, que se obviaron realizar respecto de Carmen Luisa Delta.

-Excepcionalmente, en esa causa, la única prueba reunida y que daría cuenta del origen del menor, son los dichos de quien dijo ser su madre, Carmen Luisa Delta, una mujer que conforme los resultados de las diligencias en este expediente, no existe. Al respecto, se obviaron realizar diligencias en relación al Hospital, Maternidad o lugar donde habría dado a luz a su hijo, y por otra parte, con el fin de conocer particularidades relacionadas con la identificación del padre del menor; incluso, hasta se omitieron preguntar dichas circunstancias a la propia Delta (ver Fs. 52).

-Sin perjuicio de ello, el mismo día de la presentación en el Tribunal de aquella, se otorgó el depósito provisorio del menor a Ernestina Laura Herrera de Noble, a disposición del Tribunal.

Al respecto, en todos los casos similares que tengo ante mi vista correspondientes al registro del mismo Tribunal de Menores (separando los casos de abandono, diferente situación a la que aquí se trata), se encuentra acreditado fehacientemente de otra manera, el origen o nacimiento del menor causante, y en aquellos en los que se aplicó una celeridad semejante, se contó con aquella certificación que excepcionalmente se omitieron realizar en la causa que se inicia con la comparecencia de Carmen Luisa Delta: 1) En la causa N° 7758 (tramitó durante el período en que

estuvo también a cargo del Tribunal la Dra. Hejt): que tuvo su inicio el día 25/4/77, en igual fecha se dispuso el egreso del menor de la maternidad donde había nacido, bajo la guarda de un matrimonio con carácter provisorio y a disposición del Tribunal. En este caso, el nacimiento de la criatura se encontraba acreditado con la constancia emitida por la Directora de Acción Social de la Municipalidad de Escobar (Fs. 848) y con las expresiones de Fs. 849/51; más allá de los posteriores informes socio ambientales realizados, los pedidos al Registro Civil pertinente solicitando la partida de nacimiento del menor (Fs. 855/7 Vta., y 861/63) y en respuesta, el informe expedido por el Registro Provincial de las Personas, Delegación Belén de Escobar (Fs. 864), y las particularidades del caso (madre discapacitada, y posibilidad que el menor causante sea hijo de su abuelo por haber sido víctima, la presente, del delito de violación por parte de su padre), que ameritaban una urgente decisión. Asimismo, el día 3/7/78 (Fs. 874) se incluyó a la carátula otro menor, hermano del causante, y quien residiría desde hace cuatro años con otro matrimonio; y si bien ya se contaba en la causa con aquellas diligencias que particularmente pudieron hacerse extensivas al nuevo menor, el auto resolutive que mantuvo su actual situación, bajo la guarda de aquel matrimonio, con carácter provisorio y a disposición del Tribunal, se dictó caso cumplidos los dos meses (29/8/78) de la nueva inclusión. 2) En la causa N° 8987 (tramitó durante un período a cargo del Dr. Zingoni, y después de la Dra. Hejt) que tuvo su inicio el día 30/09/75 con la manifestación de quien deseaba entregar a su hijo en ulterior adopción, y al día siguiente se dispuso el egreso del menor del nosocomio, bajo la guarda de un matrimonio en carácter provisional y a disposición del Tribunal (1/10/75). Ello, cuando ya se contaba con el certificado de nacimiento suscripto por la obstetra de la Maternidad “Eva Perón” de San Isidro (fs. 801); sin perjuicio que con fecha posterior se recibió el testimonio de la asistente social con desempeño en dicha Maternidad (Fs. 813/4 Vta. y 815), se libraron oficios al Registro Civil Delegación Maternidad de San Isidro solicitando la remisión del apartida de nacimiento del menor (Fs. 811 y 822), cuyo cumplimiento arrojó resultado negativo conforme el informe expedido por el Registro Nacional de las Personas, Delegación San Isidro (Fs. 825), se hizo comparecer nuevamente a la madre del menor al Tribunal (Fs. 820), e inclusive se contaba con la identificación de un familiar que en una ocasión habría acompañado a la madre del causante a dicha maternidad (Fs. 815). 3) En la causa N° 6949 (tramitó durante el período a cargo del Tribunal del Dr. Zingoni), que

tuvo su inicio el día 4/6/75, se dispuso al menor bajo la guarda provisoria de un matrimonio con carácter provisional, y a disposición del Tribunal, superados los dos meses –26/08/75–, más allá que la mujer que en principio manifestó su voluntad de adopción (y que vivía junto con la madre), mostró su desistimiento el día 25/6/75. En esta oportunidad, se encuentran agregados a la causa aquellos testimonios (Fs. 690/vta. y 692), el amplio informe socio ambiental glosado a Fs. 695/Vta., y la certificación de nacimiento remitida por la Delegación del Hospital Magdalena V. de Martínez, Tigre (ver Fs. 722). 4) En la causa N° 10119 (tramitó durante el período a cargo de la Dra. Hejt) que se inició el día 15/9/78 se otorgó la guarda de un menor a un matrimonio con carácter provisional y a disposición del Tribunal, casi cumplido el mes –10/10/78–; y el nacimiento del causante se encontraba debidamente acreditado con la comunicación expedida por el Hospital Magdalena V. de Martínez, Tigre (Fs. 743) y reseña de su historia clínica (Fs. 744/Vta.); sin embargo ese mismo día se resolvió mantener al menor en ese nosocomio con carácter provisional, a disposición del Tribunal (Fs. 745). Recién después de haberse cumplido con el informe socio ambiental respecto de su progenitora (Fs. 750/Vta.), con la comunicación librada por dicho Hospital donde se encontraba internado el menor (Fs. 751), y con las expresiones de ambos padres (Fs. 754/Vta. y 755/Vta.), se dispuso otorgar la guarda del menor a un matrimonio con carácter provisional y a disposición del Tribunal (Fs. 761/Vta.). 5) En la causa N° 9974 (tramitó durante el período a cargo de la Dra. Hejt) con fecha de inicio del 29/3/78, se otorgó la guarda de la menor a un matrimonio, con carácter provisional y a disposición del Tribunal, cumplidos los seis meses –29/9/78–, y el nacimiento del causante se encontraba debidamente acreditado con la comunicación librada por el Instituto de Maternidad “Santa Rosa” de la Municipalidad de Vicente López (Fs. 1008) y constatación de nacimiento (Fs. 1009), además de los distintos testimonios y amplios informes socio-ambientales realizados antes y después de aquella disposición, en la vivienda de quienes pretendían entregar a su hijo a los fines de una ulterior adopción (Fs. 1013/5, 1018/Vta., proveído de Fs. 1019, 1023/Vta., 1024/25 Vta., 1026/Vta., y 1033/Vta.). Más allá de los posteriores proveídos solicitando al Registro Civil la remisión de la partida de nacimiento (Fs. 1035 Vta./36 y 1037/38), que tuvieron como respuesta los informes expedidos por la Suboficina Maternidad “Santa Rosa” del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires (Fs. 1039 y 1043).

Aclaro nuevamente, que estas particularidades como otras, fueron transcriptas de aquel análisis efectuado en el marco de la resolución de Fs. 2849/65, y conducente resulta extender su contenido al presente auto por encontrarse íntimamente ligado con la materia que ahora aquí se analiza.

7. Del análisis del caso Felipe

En forma coincidente con el caso anterior, podemos afirmar que con la finalidad de lograr la adopción de otro menor, Ernestina Laura Herrera de Noble prestó la necesaria e imprescindible colaboración, sin la cual no habría podido suscribirse el acta que refleja una presunta declaración de María Luisa Delta, que en el caso concreto fue la entrega de datos que determinaron la creación del instrumento público cuestionado en ámbito del Tribunal de Menores Nro. 1 de San Isidro. Obviamente, no pretendo que se asemeje su intervención a la del otorgante, en este caso, inexistente. Tampoco a los datos que hacen a la identificación de “Delta” (léase su nombre, apellido y número de cédula de identidad), cuya anotación no corren por su cuenta. En cambio, ya que para la falsedad documental no basta que se incluya una mentira sin aptitud para producir perjuicio, “la renuncia a la patria potestad” y el deseo “de dar al menor en adopción” es el factor principal de composición del documento y mediante el cual pudo “legalizar” la tenencia del entonces menor. En efecto, no se concibe que las autoridades públicas confeccionen un acta con estas características, sin la necesaria participación de la beneficiaria, ya que a los efectos jurídicos del instrumento abrieron a Ernestina Laura Herrera de Noble la posibilidad de enderezar una demanda de adopción sin la intervención de los padres del menor, conforme lo disponía el entonces vigente artículo 11 de la ley 19.134. En efecto, el artículo 16 de la norma mencionada otorgaba la posibilidad de conseguir la adopción plena con respecto a menores huérfanos de padre y madre que no tengan filiación acreditada o que se encontraran en algunas de las situaciones previstas en el artículo 11. “Para hacer todavía más inexpugnable la condición de hijo legítimo del adoptado en su nueva familia, el art. 19 establece que no es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres de sangre, ni el ejercicio de adoptado de la acción de filiación...” (Guillermo Borda, Tratado de Derecho Civil, t. 2, nro. 799).

Otra de las particularidades del acta falsa, fue sin duda la anotación de la condición de “madre soltera” de quien identificaron como “Delta”. Así es, dicha anota-

ción no escapa al arcaico pensamiento que pretende calificar de ese modo a un hijo sin padre, aunque ello no se compadezca con las disposiciones entonces vigentes (art. 11 de la ley 13.944), que pese a su defectuosa redacción “...basta subrayar un concepto que se desprende claramente de la norma: tanto los hijos nacidos de matrimonio como fuera de él, están sujetos a la patria potestad.” (conf. Obra citada, nro. 843).

Entonces, si María Luisa Delta no existe; si su número de matrícula pertenece a un ciudadano de sexo masculino; si nunca ha sido verificado su domicilio ni el lugar de nacimiento del menor; y, por último, si no se intentó mínimamente dar con el paradero de su padre; ¿puede sostenerse que Ernestina Laura Herrera de Noble divisó al menor “José Luis” –supuestamente acercado por la inexistente Delta– según luce en su acta suscripta por la nombrada a Fs. 53? Sostengo que no.

El contenido de esa nueva mentira y el daño ilícito derivado de la misma, es la primera circunstancia sustancialmente imprescindible para lograr la finalidad de la maniobra planeada por Ernestina Laura Herrera de Noble, y que puso otra vez en funcionamiento el engranaje judicial, el cual sin ese componente fundamental no hubiera sido accionado, y que inevitablemente terminó operando sujeto a hechos no ocurridos, a raíz de lo cual cada acto y pronunciamiento ejecutado iba progresivamente cumpliendo con el propósito pretendido por la nombrada: primero se le otorgó el depósito provisorio; y después, el día 19 de agosto de 1976, se ordenó imponer al niño el nombre que la imputada eligió (Felipe), el apellido de su difunto esposo junto con el propio (Noble Herrera), y disponer su inscripción de nacimiento en el Registro Provincial de las Personas, fijando como lugar de nacimiento en San Isidro, y como su fecha de nacimiento el día 17 de abril de 1976; en virtud de lo cual, se insertaron esos datos falsos en el acta de nacimiento Nro. 921 labrada el día 23 de agosto de 1976 por la Delegación San Isidro del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires, y se le expidió el documento nacional de identidad Nro. 25.127.996.

Claro está que cuando el Tribunal de Menores otorga el depósito de un menor lo hace en base a los elementos acumulados a lo largo de la tramitación de una causa y, en este caso, más allá de la celeridad aplicada por la Titular del Tribunal, ésta basó su decisión (Fs. 54), entre otros, en las declaraciones precedentes (una de las cuales se refiere a la deposición de la supuesta María Luisa Delta) cuyo contenido, concerniente nada menos que a la progenitora del menor y su “intención” de entregarlo con fines de adopción, es manifiesta y absolutamente falso.

Posteriormente, y teniendo como base idéntica y espuria declaración falsa, sumada a otros elementos, se dictó la sentencia del día 19 de agosto de 1976 (ver punto 2° de Fs. 57/8), que le impuso a la criatura un nombre y ordenó su inscripción de nacimiento.

Si bien no se conoce el nombre de la criatura ni cómo cayó en manos de Ernestina Laura Herrera de Noble, sí se puede asegurar que no fue dejada por María Luisa delta a disposición del Tribunal de Menores Nro. 1 de San Isidro; por lo que en este caso el expediente se encuentra motivado por una nueva mentira, un hecho no cierto que llevó a practicar las demás diligencias obrantes en el mismo, pieza fundamental y esencial que fundaron el depósito provisorio y la sentencia señaladas, y que ahora se sabe falsa. Es por esto que ese nuevo hecho falso contagió al resto y recayó sobre lo que los otros documentos deben acreditar como verdadero según su específica finalidad jurídica; en este caso, la falsedad insertada en esos documentos concierne, tal como lo señalé, a un hecho que el documento debe probar (el renunciamiento a la patria potestad).

Por otro lado, no existe explicación acerca de la presencia de Herrera de Noble en sede del Tribunal de Menores el mismo día en que se produjo la falaz comparecencia de “Delta”, ya que no se encontró ninguna constancia de su convocatoria, ni se advierte que su presencia haya sido reflejada en el otro expediente en cuestión (el caso Marcela).

Sentado ello, claro está que el delito se consumó cuando los documentos públicos detallados precedentemente quedaron perfeccionados como tales, con todos los signos de autenticidad que las leyes y reglamentos requieren. Así, la maniobra de Ernestina Laura Herrera de Noble quedó concluida cuando, habiéndose falseado su contenido, hizo uso aprovechándose de la autenticidad formal que revestían los mismos. Entonces, al ofrecer la prueba documental al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 6 de la Provincia de Buenos Aires, el día 20 de mayo de 1977 se dictó sentencia en la que se resolvió de acuerdo a sus intereses, haciéndose lugar a la demanda por ella promovida, otorgándose la adopción plena de los dos menores Marcela y Felipe, a partir de lo cual quedaron considerados como hijos legítimos suyos (Fs. 199/200).

Lo dicho, sumado al resto de las pruebas arrimadas a la causa que ya fueron analizadas, me permite concluir, con el grado de probabilidad que la etapa requiere, el correspondiente reproche penal a la conducta desplegada por Ernestina Laura

Herrera de Noble, en carácter de partícipe necesaria (Art. 45 C.P.) respecto del acta agregada en copia certificada a Fs. 52 y que hicieron posible el dictado de la resolución que dispuso otorgar el depósito provisional del menor a favor de la encarada; destacando que su intervención en el uso de documentación ideológicamente falsa para presentarla ante el Juzgado Civil y Comercial Nro. 6 de San Isidro antes enunciado debe ser entendido en carácter de autora (art. 45 C.P.).

8. De la calificación legal de ambos casos

Los hechos relatados del caso Marcela y cuya responsabilidad se endilga a Herrera de Noble, resultan constitutivos de los delitos de hacer insertar en un instrumento público declaraciones falsas en carácter de autor; insertar tales declaraciones en instrumentos públicos en carácter de partícipe necesario; y usar documentos públicos falsos destinados a acreditar la identidad de las personas, los que concurren en forma ideal entre sí, adjudicándose tal suceso en carácter de autora penalmente responsable (arts. 45, 54, 293 en función del 292, segundo párrafo, y 296 en función del anterior, todos ellos del Código Penal).

Con respecto al caso Felipe, resultan constitutivos de los delitos de falsificación de documentos públicos destinados a acreditar la identidad de las personas en carácter de partícipe necesario y uso de documentos públicos falsos en carácter de autora, los que concurren idealmente entre sí, y en forma material con el caso anterior (arts. 45, 54, 293 en función del 292, segundo párrafo, y 296 en función del anterior, todos ellos del Código Penal).

9. Libertad provisoria

Teniendo en cuenta la calificación legal establecida en el apartado anterior, y lo resuelto por la Excm. Cámara Federal de Apelaciones de la Ciudad de San Martín en el incidente de excarcelación de la imputada, corresponde mantener vigente su libertad ambulatoria con las restricciones del art. 310 C.P.P. en relación a las condiciones que se le impusieron al labrarse el acta de fs. 31 del incidente antes invocado.

Por todo lo expuesto,

RESUELVO:

I. **DECRETAR** el PROCESAMIENTO de ERNESTINA LAURA HERRERA de NOBLE, en orden a los delitos de (en el caso Marcela) hacer insertar en un instrumento público declaraciones falsas en carácter de autora; insertar tales declaraciones en documentos públicos destinados a acreditar la identidad de las personas como partícipe necesario; y usar documentos públicos falsos, los que concurren en forma ideal entre sí, adjudicándose el último en carácter de autora penalmente responsable (arts. 45, 54, 293 en función del 292, segundo párrafo, y 296 en función del anterior, todos ellos del Código Penal); y en orden a los delitos de (en el caso Felipe) falsificación de documentos públicos destinados a acreditar la identidad de las personas en carácter de partícipe necesario y uso de documentos públicos falsos en carácter de autora, los que concurren idealmente entre sí, y en forma material con el caso anterior (arts. 45, 54, 293 en función del 292, segundo párrafo, y 296 en función del anterior, todos ellos del Código Penal), en la presente causa nro. 7552/01 iniciada por denuncia en orden a los delitos de sustracción, retención y ocultamiento de dos menores de 10 años del poder de sus padres y la alteración del estado civil; caratulada “BARNES DE CARLOTTO, Estela –en representación de Asociación Abuelas de Plaza de Mayo s/ su denuncia” mandando a trabar embargo sobre sus bienes hasta cubrir la suma de pesos UN MILLÓN (\$ 1.000.000) –arts. 306, 310 y 518 C.P.P. Líbrese mandamiento.

II. **MANTENER** la libertad provisional de la procesada Ernestina Laura Herrera de Noble bajo las restricciones vigentes (art. 310 C.P.P.).

III. **CITAR** a la procesada Ernestina Laura Herrera de Noble a fin de cumplir con los trámites procesales pertinentes, fijándose su comparecencia para el día 4 de febrero de 2003 a las 12.00, fecha que se designa en vista a la autorización concedida por el suscripto en su incidente de excarcelación.

IV. **COMUNICAR** lo aquí resuelto al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal, Policía Federal Argentina y Policía Bonaerense.

Notifíquese mediante cédula de estilo.

ROBERTO JOSÉ MARQUEVICH
JUEZ FEDERAL

Capítulo II

Recusación del juez Roberto Marquevich, fallo en mayoría y disidencia.

[CAUSA 3134 (77/2003) - “INC. DE RECUSACIÓN PROMOVIDO EN C. N° 7552”. JUZG. FED. SAN ISIDRO I - SEC. 2 SALA II - SEC. PENAL 2 REG. N° 2987]

San Martín, 25 de marzo de 2003.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento del Tribunal, con motivo de la recusación formulada contra el Dr. Roberto José Marquevich por el letrado defensor de Ernestina Laura Herrera de Noble, la cual se fundamentó en las causales de prejuiciamiento y enemistad manifiesta (fs. 4/8).

a) En síntesis y en cuanto interesa para la solución de la presente incidencia, se alegó que el nombrado había adelantado públicamente su opinión permitiendo conocer la decisión que habría que adoptar en relación con el procesamiento y prisión preventiva de la encausada, utilizando expresiones que la victimizaban en función de una hipotética confrontación del “a quo” con el grupo periodístico que aquella dirige, al tiempo que proveyó decisiones cuyos considerandos exteriorizaron una particular animadversión hacia su persona; todo lo cual, le genera un estado de franca incertidumbre sobre la imparcialidad del magistrado en la conducción del proceso.

b) Tales imputaciones fueron rechazadas por el Dr. Marquevich, con la genérica negativa a que haya emitido las expresiones que se le atribuyen en los recortes periodísticos acompañados por el recurrente. Específicamente, aclaró que “...pese a las repercusiones del caso tanto a nivel nacional como internacional, evité tomar contacto con la prensa”. Dejando sin responder su referencia alusiva a la personalidad perversa e inmoral de la causante, para justificar la denegatoria de su excarcelación. Concluyendo por tildar de “manifiestamente inciertos los hechos que se alegan”, para no admitir la recusación deducida por la defensa técnica de la encartada (fs. 10/11 vta.).

c) Por su parte, la letrada asistente de la querrela manifestó su oposición a la recusación planteada, “...porque lo afirmado en la edición de un diario es poco

creíble en los tiempos que corren” (fs. 88/89); amén que “...de ser aceptada la postura de la peticionaria se arribaría a la absurda –e inconstitucional– conclusión de que las partes carecen de la facultad de tomar conocimiento personal de las actuaciones en que se dilucidan sus derechos, atribución que en cambio y como regla no puede ser desconocida en cabeza de terceros dada la condición de archivo público que asiste a los expedientes judiciales...” (sic).

d) Y tras la recepción de los testimoniales cuya producción ordenara el Tribunal (fs. 91/94, 119/123 y 132/134), respecto de las cuales tanto la defensa como la parte querellante se expidieron en forma contradictoria al opinar sobre el mérito de su resultado (fs. 168/169 y 170/176), la incidencia quedó en condiciones de obtener definitivo pronunciamiento.

II. a) Liminarmente importa apuntar que luego de ser interpuesta la recusación en trato, el Dr. Marquovich no dio trámite a la incidencia conforme lo establece el art. 61 del Código de Procedimiento Penal de la Nación. Puesto que, en lugar de remitir “el escrito de recusación con su informe al Tribunal competente”, se constituyó en juez de su propia conducta y dictó una resolución basada en las razones de su personal rechazo a lo solicitado, para luego elevarla a esta instancia por considerar “que contiene la información requerida por el código ritual” (sic).

Obvio es señalar, que de la ley procesa surge claramente que no es el propio juez recusado el que deba entender en el incidente de recusación, sino el Tribunal superior competente al efecto (cfr. C.C.C. –Sala V, sum. 18853– “Banco Ciudad de Buenos Aires s/recusación”, rta. 7/05/02); la omisión de ese trámite, traería aparejada la nulidad de lo resuelto (cfr. Washington Ábalos con cita de jurisprudencia en su comentario al “Código Procesal de la Nación”, Ed. Jurídicas Cuyo, 1994, pág. 185). Extremo al que no se llegó, porque la Sala privilegió evitar el dispendio jurisdiccional que ello hubiere ocasionado y reparó tal irregularidad por la vía de asignar a la pretendida resolución una limitada y exclusiva significación informativa.

b) Segmentando entonces su contenido la información que interesa, se extrae de la misma la firme desmentida pronunciada por el “a quo” como respuesta a que se manifestó fuera del lugar y oportunidad debida; concretamente, afirmó no haber dado a conocer anticipada y públicamente su propósito de definir la situación de la imputada con un alcance que le permitiría privarla de su libertad durante todo el proceso.

De ahí que las palabras que se le atribuyen en la edición del diario español “El País” fechado el 21 de diciembre de 2002: **“Cité a la señora como procesada, no como imputada”**. **“La llamé para que quede detenida hasta el fin del proceso, no un rato”** (v. fs. 1), no le pertenecen; en tanto informó textualmente: **“...evité tomar contacto con la prensa**, razón por la cual, las publicaciones relacionadas al expediente en su forma y contenido, y que resultan de la práctica periodística, corren por cuenta de quienes las ponen en conocimiento del público en general” (v. fs. 10 vta.). Rechazo que es dable aplicar igualmente a la mención sobre una supuesta confrontación suya con el Grupo Clarín y a su proyección en contra de la imputada, ya que tampoco habría dicho según se le asigna en el mismo libelo: **“...yo también puedo pensar que el Grupo Clarín está interesado en sacarle machas a la señora y a ellos mismos y están haciendo una campaña en contra mía”**.

Sin embargo, el testimonio del periodista Francesc Relea Ginés –autor de la nota– incluye precisiones que explicitan todo lo contrario, por cuanto alude a **“que la reunión fue personal con el Dr. Marquevich**, en la sede del Juzgado Federal N° 1 de San Isidro, el día anterior a la publicación, o sea el 20 de diciembre de 2002, por la mañana, extendiéndose por espacio de unos 30 minutos”; **“...lo entrecomillado pertenece textualmente al Dr. Roberto Marquevich...”,** a medida que transcurría la conversación el dicente iba a notando lo que le decía el magistrado” (fs. 133).

c) Cabe consignar, en principio, que esta declaración ha de tenerse por cierta, habida cuenta que tal convocatoria con vistas a la preparación de una nota inherente al caso, es coherente con las contemporáneas conversaciones mantenidas por el magistrado con la misma finalidad de dar a conocer los pormenores de la causa a otros dos periodistas de dilatada trayectoria profesional y también sin relación de dependencia con el Grupo Clarín. En ese sentido, es elocuente el testimonio de Luis Majul respecto de lo que difundiera a través de sus programas televisivo y radial: **“...tuvo una conversación telefónica (el 17/12/02) en la que el Dr. Marquevich lo autorizaba a difundir lo que le estaba transmitiendo por ese medio”** (fs. 92); lo mismo que lo declarado, también bajo juramento de decir verdad, por Horacio Verbitsky: **“Su primera mención periodística relativa al caso fue la noche del 17 de diciembre, después de su primera conversación con el juez, fue al Canal ‘América 2’ y en el programa ‘Detrás de las Noticias’ dio una serie de informaciones sobre la causa...; agregó a continuación en el programa del 19 que esa información le fue suministrada personalmente por el Dr. Marquevich”** (fs. 121 vta. /122).

d) Y en cuanto al contenido de la nota en cuestión, es el propio juez informante quien incurre en interpretaciones de las palabras que se le atribuyen dando pábulo a tenerlo por verdadero. En efecto, el más elemental razonamiento lógico ilustra que nadie se pone a minimizar la significación contextual de términos cuya utilización irresponsable le atribuye a un tercero, a quien además le deriva la obligación de explicar esta “práctica periodística”. Pues bien, como se adelantara y a pesar de haber negado el contacto con su autor, el “a quo” agregó a continuación que, aún “teniéndolas por exactas –lo que no hago– la indicación de ‘procesada’ en lugar de ‘imputada’, como podría suceder con el término ‘acusada’, si aparece escrita dentro de una publicación destinada a lectores que no guardan relación a profesionales del derecho, está más cerca de ser una referencia dirigida al sujeto pasivo de persecución penal sin distinción del estado procesal en que se encuentra, que a la pretendida animosidad sugerida por la defensa” (fs. 10 vta.).

Tal explicación, además, carece de sentido o relevancia para descalificar la veracidad de la anticipación pública de su convicción personal o, cuando menos, de que tenía una orientación preconcebida sobre cómo habría de decidir el caso; en tanto, “teniéndolas por exactas”, es claro su pensamiento en cuanto al futuro procesamiento de la imputada y a su decisión de confirmar el encuadramiento legal que ya había delimitado al decidir detenerla para indagarla y luego de hacerlo, al denegar el beneficio de su excarcelación. Incluso, antes de que las defensas material y técnica agotaran sus posibilidades de aportar pruebas novedosas en contra de la imputación, o le pudieran allegar constancias conducentes a cambiar la severa valoración que ya había adoptado el día anterior respecto de la “personalidad moral con el grado de perversidad demostrado” por la señora de Noble (fs. 10 del inc. De exc. acollarado).

Por otra parte, a diferencia de lo que intentara explicar con su versión sobre el uso indistinto de aquellas palabras por el público en general, en la entrevista de marras fue el propio magistrado el que se encargó de discriminar la significación jurídica de una y otra sindicación (“citó a la señora como procesada, no como imputada”); de modo que fue él quien no dejó margen para la duda sobre su distinto e inconfundible alcance técnico-jurídico, optando por ubicar a la detenida con el carácter de “procesada” para dejarla privada de su libertad “...hasta el fin del proceso, no un rato”.

e) Por último, el Tribunal entiende que la mendaz negativa del Dr. Markevich al hecho de haber tomado contacto con la prensa, termina por poner en evidencia la

plena conciencia de que sus cuestionadas manifestaciones públicas implicaron un indebido aporte subjetivo que permitió entrever la decisión adversa que habría de recaer en la resolución de mérito a dictarse más de dos semanas después y, por revestir ese carácter, involucraron la exhibición de un prejuicio de su parte que denotaba una actitud parcial en contra de la señora Ernestina L. Herrera de Noble; precisamente la tacha legítima que le dirige su defensor, para que el magistrado actuante sea desplazado de continuar dirigiendo el curso de la investigación y de tomar decisiones que puedan incidir en la situación procesal de la nombrada.

III. a) En otro orden de ideas y más allá del arbitrio que tiene el juez para proceder al encarcelamiento del imputado como lo considere necesario para el éxito de la investigación, es innegable que las normas reglamentarias que regulan su eventual detención inicial y su posterior prisión preventiva, deben ser interpretadas de manera que guarden coherencia con el principio constitucional de inocencia (art. 18, C.N.); consagrando como regla la libertad personal durante el proceso y previendo su privación por vía excepcional (art. 2, C.P.P.N.). Así siempre lo entendió la Corte desde un viejo precedente que data de 1871, al decir que “...es también un principio de derecho que todo hombre se reputa bueno, mientras no se prueba lo contrario” (Fallos 10: 338); axioma que tiempo después acuñó en la definición de “presunción de inculpabilidad” (Fallos 102: 219-año 1905).

Así las cosas, la evaluación subjetiva por la que se prescinde de la citación al ordenar directamente la sorpresiva detención del imputado y que autoriza la denegatoria del beneficio excarcelatorio en virtud de las circunstancias y naturaleza del caso, ha de ser sumamente estricta (“Toda disposición legal que coarte la libertad personal, ...deberá ser interpretada restrictivamente”, cfr. art. cit., C.P.P.N.), para no dar la idea de que se decide en emergencia con sujeción a un prejuicio. Sin dejar de tener en cuenta que, necesariamente, la conclusión negativa a la que se pudiera arribar sobre la personalidad del causante con el propósito de sustentar tan grave disposición de su persona, debe estar impregnada igualmente por la presunción de que es esa misma personalidad la que genera la sospecha de que habrá de fugarse con a intención de soslayar la acción jurisdiccional, cuando no aprovechará su libertad para entorpecerla (v. C.S.J.N., Fallos 321: 3630).

b) Ninguna consecuencia de que ello fuera a ocurrir se detecta en los antecedentes que conforman los casi veinte cuerpos del voluminoso expediente principal. En

efecto, durante los varios años que registra el trámite de la causa, la encartada siempre estuvo a derecho y no incurrió en ningún tipo de ilícita reticencia que la ubique al margen de la ley, ni en un accionar que pudiera entenderse como contrario a la sana práctica procedimental; sin tampoco haber modificado su inveterada residencia habitual o verificado algún cambio de actitud con trascendencia social que permitiera dudar de su correcto comportamiento procesal.

En tales condiciones, resulta sensato pensar que la simple citación judicial hubiera bastado para obtener que la señora de Noble compareciera con el fin de cumplir cualquier medida que el juzgado hubiese dispuesto a su respecto. Sin embargo, el juez “a quo” no lo entendió así y cual si hubiera sido sorprendida cometiendo un delito “in fraganti”, ordenó la detención de la nombrada, incluso antes de haber podido ejercer su defensa material o, mejor dicho, con el propósito de recibirle declaración indagatoria estando vigente la expectativa de que aportara elementos que demostraran su inocencia.

Veamos su explicación. Lo hizo así, “...en vista a la gravedad de los hechos que se investigan, los medios que se han empleado para su comisión –siempre en grado de hipótesis–, que tiene a dos menores absolutamente indefensos como víctimas, a lo que se suma la particularidad de su insistencia en desplegar este tipo de conductas en reiteradas oportunidades y **el consiguiente prejuicio acarreado de tinte psicológico**, que también resulta sobreviniente de los delitos cuyo bien jurídico protegido es la fe pública”; es más, “**...sobre la base de los elementos que deben incorporarse en un futuro**, se encuentra expectante una nueva convocatoria al mismo tenor (art. 294, C.P.P.), a efectos **de interrogar a la encartada en orden a los sucesos criminales contra el estado civil y la libertad individual**” (fs. 2864 vta.). Culminando su pensamiento al fundamentar el rechazo de la excarcelación que le fuera solicitada, “...teniendo en cuenta que el beneficio que deba concederse mecánicamente, sino que deben ponderarse asimismo las circunstancias particulares del caso, **la finalidad y el propósito que llevaron al imputado a delinquir, debiendo apreciarse tanto la personalidad moral como el grado de perversidad demostrado por quien pretende ser beneficiado con este instituto**” (fs. 10 del citado incidente).

La extensa cita vale la pena, porque de su lectura no surge ninguna reflexión que vincule ambas decisiones con el motivo fundamental por el cual en nuestro régimen procesal se ha instalado excepcionalmente la previa detención del imputado y su posterior prisión preventiva; que no es otro que la seria posibilidad de que intente

profugarse o, de no ser así, de que afecte de algún modo el desarrollo de la instrucción e interfiera su avance hacia la realización del derecho substancial. Es posible que tal omisión se deba a que, según se ha visto, de los antecedentes legajales se infiere todo lo contrario.

Es explícita en cambio, la expectativa que alberga el “a quo” de indagar a la imputada por su vinculación con la sustracción de menores y su ocultamiento mediante la dolosa sustitución de la identidad de los mismos; habiendo demostrado, en opinión de aquel, una significativa degradación ética con su reiteración delictiva cometida en perjuicio de dos víctimas indefensas. Lo cual sintetiza claramente otro prejuzgamiento, utilizado esta vez en el marco mismo del proceso con el propósito de sustentar una privación de la libertad por tiempo indefinido.

Porque por un lado, el origen biológico de los infantes cuya irregular adopción se imputa a la encausada, carece al día de hoy de una prueba que lo relaciones con personas secuestradas y desaparecidas víctimas del terrorismo de estado. Y si ella se llegara a obtener, aún restará transitar el camino que demuestra el conocimiento por aquella de la suerte corrida por los padres verdaderos o sobre cuáles eran las familias que integraban.

Y por otro lado, de no ser así, no se logra entender “el grado de perversidad demostrado” por quien nunca les ocultó a los hoy adultos Marcela y Felipe que no era su verdadera madre; antes bien, parece “prima facie” elevada y altruista la motivación de quien les proporcionó a ambos menores, inmejorables condiciones materiales para obtener un adecuado desarrollo personal.

De modo que la única explicación de ese exabrupto, se encuentra en la mencionada presunción sobre el resultado eventual de una futura prueba cargosa, cuya positiva adquisición procesal permitiría “interrogar a la encartada en orden a los sucesos criminales contra el estado civil y la libertad individual”. Porque asimismo, es obvio que referirse en nuestro país al “...consiguiente perjuicio acarreado de tinte psicológico, que también resulta sobreviniente de los delitos cuyo bien jurídico protegido es la fe pública”, traduce el implícito pensamiento de quien lo afirma de que aquellos delitos se cometieron durante los aciagos días de la última dictadura militar, para ocultar la sustracción y retención de menores (art. 146, C.P.). Ello así, habida cuenta de que la tradición jurídico-penal ajena a los trágicos episodios que signaron el período histórico que va desde 1976 a 1983, lejos de dar por sentado el perjuicio del menor por el cambio subrepticio de su identidad (art. 139, inc. 2°, C.P.

en su versión del año 1921), aparece enrolada en su inexistencia –cuando lo reciben personas que le brindan excelentes condiciones de cuidado, salud y manutención en general– y en ese caso, la doctrina se pronunciaba por la atipicidad del hecho de tornar incierto, alterar o suprimir el estado civil de un menor de diez años (v., entre otros, Núñez, T° IV-431; Fontán Palestra, T° V-234 y stes.; y Creus, T° I-286); aún cuando se mantuvo autónomamente punible la falsedad documental (cfr. Fallo Plenario de la Cám. Apel. Crim. Cap. en causa “Wainer, Sara y otros”, rta. 1/7/66).

c) Se aprecia entonces una nueva evidencia de prejujuamiento derivada de la forma en que el magistrado recusado condujo el proceso, en la medida en que sus adelantadas expresiones referidas a la finalidad y el propósito que llevaron a la imputada a delinquir, sólo se pueden asociar lógicamente con su inoportuna mención del delito de sustracción de menores, de cuya materialidad se carece de datos ciertos puesto que aún no se ha podido concretar la única prueba definitiva de su existencia.

De modo que, como colofón de esa inadecuada asociación, una persona que se presume inocente de la comisión de varios delitos que estarían prescriptos por tratarse de hechos acaecidos hace más de un cuarto de siglo (arts. 292, 293 y 296 del C.P. y 18 de la C.N.), cuya investigación sólo subsiste por estar sujeta al eventual resultado positivo de una prueba hematológica que está por realizarse y en tanto se alleguen elementos que induzcan su concurso real con la coautoría de otro delito de carácter permanente (art. 146, C.P.), sufrió su injustificada detención y posterior encarcelamiento durante más de seis días. Lo cual suma a su insita gravedad, la circunstancia de que sería como reeditar la ilícita práctica de castigar con base meramente presuncional; justamente, lo que el Estado Democrático de Derecho vino a extirpar definitivamente de la realidad nacional.

IV. a) Posteriormente, luego de haberse reparado ese agravio con la conformidad del Ministerio Público Fiscal (fs. 24 del inc. de exc. que corre por cuerda), merced a la inmediata libertad dispuesta en la alzada por vía recursiva (ídem, fs. 26/28 vta.) y tras haber el “a quo” concedido el permiso para que la encartada se radicara en el exterior hasta que el 3 de febrero del corriente año (ídem, fs. 35), sin una explicación razonable y en contra de lo expresamente requerido por el recusante para que la presente incidencia tramitase una vez vencido el receso estival impuesto por el art. 31 inc. a) del Reglamento de la Jurisdicción (fs. 8), el mismo Dr. Marquevich

igualmente decidió habilitar la feria judicial de enero (fs. 9), pero con el fin de continuar sustanciando no sólo este incidente, sino también el proceso penal en la causa principal.

Es decir, sin beneficio procesal alguno produjo en la encausada el justificado temor de ver afectado su derecho de defensa dada su obligación de cumplir los pasos procesales en todas aquellas resoluciones que el magistrado no los suspendiera hasta su regreso al país; tan innecesaria fue, que la habilitación no sirvió absolutamente para nada. En efecto, en el lapso que duró su vigencia sólo se dictó el auto de procesamiento el 8 de enero con la indicación de notificarlo el siguiente 4 de febrero. Sin perjuicio de mantener a la señora Herrera de Noble en la incertidumbre, por resultar imposible saber de antemano si el juez habría de resolver alguna cuestión esencial sin diferir su notificación; con la injusta consecuencia de tener que estar pendiente del control del expediente, tanto ella como sus asistentes letrados.

Lo llamativo de este lamentable episodio, es que la reposición planteada por la defensa fue rechazada por el propio juez recién el 28 de enero; denegando incluso la apelación presentada en subsidio, con el argumento de que no se advertía gravamen alguno que sustentara el recurso. Y lo hizo mediante extensas consideraciones (fs. 28/31 vta.), en las que no deja de resultar paradójal que haya omitido cualquier mención ilustrativa sobre eventuales medidas de urgencia para las que hubiere sido menester la habilitación expresa del trámite judicial.

b) Llegados a este punto, nuevamente resulta obvio señalar que el magistrado carece de la potestad omnimoda para modificar a su sola discreción los plazos procesales por la vía de habilitar feriados judiciales sin los requisitos establecidos por la ley (art. 4, CPPN). En realidad, ya es una curiosidad histórica la opinión de Rivarola cuando escribía que “El único funcionario a quien la ley deja la facultad de disponer de la libertad y el honor de los habitantes de la república sin responsabilidad de ninguna clase, es el juez de instrucción que con la ley en la mano y citando artículos puede en realidad proceder con las más odiosa arbitrariedad” (“La justicia en lo criminal”, Bs. As. 1899-65/66; citado por F.J.D. en “Una solución práctica”, L.L. 1999-E, pág. 355).

Máxime cuando dispone de absoluta atribución jurisdiccional para continuar el ritmo de la investigación –sin violentar el derecho de defensa ni la garantía del debido proceso–, aprovechando el tiempo inhábil con miras a descartar cualquier presunción de morosidad judicial (art. 162, C.P.P.N.).

De modo que la sola habilitación de esa feria judicial, configuró la concreta vulneración del derecho de la parte a que no se detraigan genéricamente y sin justificación los términos procesales que empezaban a correr el primer día hábil de febrero.

c) Como es sabido que los errores en que pudiera incurrir el magistrado interviniente no constituyen en sí mismos causales de recusación, corresponde al Tribunal la obligación de distinguir tales errores cuando puedan interpretarse, ya no como un eventual desacierto subsanable por la vía recursiva, sino como ausencia de medida en el ejercicio del imperio del que está dotada la jurisdicción. Razón por la cual, si su aparición sucesiva sugiere que esos yerros pudieran configurar hitos de un preconcepto inamistoso explicitado fuera del proceso –en referencia al alegado enfrentamiento con el Grupo Clarín, que se estuviera proyectando sobre la situación procesal de la encartada–, es imposible soslayar la negativa significación que se deriva del enlace entre ambas circunstancias en orden a la dudosa vigencia del principio de imparcialidad.

V. Es en ese particular cuadro de sospechada confrontación donde también es dable inscribir la iniciativa adoptada de oficio el pasado 17 de febrero por el Dr. Marquevich, ante la llegada a su despacho de una misiva anónima que le atribuía al señor Joaquín Morales Solá la versión de que “...Abuelas tienen formalizada una denuncia contra él (sr. Magnetto) por idéntico tema (que el de la sra. de Noble) en relación con dos hijos” (fs. 46 del legajo formado en la causa N° 7552/01).

Porque, a decir verdad, no deja de sorprender que sin siquiera verificar si el periodista aludido había efectivamente enviado una nota con ese contenido al ignoto denunciante autodenominado “Claudio”, el señor juez de la causa haya resuelto oficiar “a la Presidente de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo a fin de solicitar se informe si en los registros de esa asociación existen antecedentes que relacionen a los hoy hijos de Héctor Horacio Magnetto, **con familiares de prisioneros como consecuencia de la acción represiva desatada por el régimen militar instaurado en 1976**” (ídem, fs. 60 “in fine”).

No extraña en cambio la respuesta negativa de esa institución (ídem, fs. 87), dado que el enfático rechazo vertido por el nombrado periodista respecto de ser la fuente de esa apócrifa información y su aclaración de que la adopción de los hijos del Sr. Magnetto data de los años 1984 y 1985 (ver la actuación notarial glosada a fs. 137 vta. por el recusante, con lo declarado al respecto por Morales Solá), puso

al desnudo la irresponsabilidad de la denuncia y colocó a su remitente, en el nivel de un vulgar provocador.

Pero con la lamentable secuela de que la encausada tuvo un nuevo motivo para pensar que la referida confrontación entre el magistrado que investiga su conducta y el grupo empresarial que la tiene a ella como a su representante más emblemática, no es producto de su unilateral imaginación. Ello así, porque no es común que se dé curso judicial a una gravísima imputación hacia el conocimiento de terceras personas –y mucho menos a instituciones que gozan de predicamento público–, antes de realizar una elemental constatación que le otorgue un mínimo de credibilidad a la nota que la contiene; con mayor razón, cuando tampoco se advierte que exista el menor vínculo entre la gratuita agresión que tuvo como destinatario el más alto ejecutivo del “Grupo Clarín” y el hecho que constituye el objeto procesal de autos.

VI. a) Como consecuencia de todo lo expuesto y siguiendo las reglas de la sana crítica se estima que existen elementos de convicción suficientes para afirmar, en primer lugar, que el Dr. Roberto José Marquevich ha incurrido de manera reiterada en la causal de recusación denominada prejuzgamiento; ya que, como bien lo definió la Corte Suprema Nacional, se configura cuando el juez formula expresiones que “permiten deducir su actuación futura por haber anticipado su criterio, de manera tal que las partes alcanzan el conocimiento de la solución que dará al litigio por una vía que no es la prevista por la ley en garantía de los derechos comprometidos” (C.S.J.N., Fallos 313:1277).

Sentado ello, coincidimos en que “la ley no capta la totalidad de posibilidades o modalidades de causas que ponen al juez en sospecha de parcialidad” (cfr. Clariá Olmedo, Jorge A., “Derecho Procesal Penal”, Ediar, 1962, T° II-243); en el entendimiento de que ninguna regulación abstracta puede abarcar todos los motivos posibles que, en los casos futuros, pueden fundar concretamente la sospecha de parcialidad de un juez” (cfr. Julio Maier en “Derecho Procesal Penal Argentino”, T° 1b-485/486). De ahí que, si bien el prejuzgamiento no integra el elenco de causales expresas que habilitan la recusación de un magistrado por encontrarse previstas en el código de rito (arts. 55 y 58), su eficacia instrumental dimana de que responde a la misma naturaleza que las demás causales –cuyo común denominador es la objetiva presunción de parcialidad del juez– y porque salvaguarda una condición nece-

saría del debido proceso, al evitar que esta garantía “pudiera verse lesionada con el mantenimiento de condiciones adversas para el correcto ejercicio del derecho de defensa” (C.S.J.N., Fallos 306: 1392). Por último, aún no encontrándose escrita en la ley procesal, surge de la neutralidad judicial asegurada por los tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994.

b) En segundo lugar, también se ha comprobado en este caso la adopción de resoluciones que por carecer de equilibrio valorativo, de un irrestricto respeto al debido proceso y de la medida propia de quienes no son influidos por opiniones malicentes, tornan dudosa la permanente ecuanimidad que se debe tener y mantener en el ejercicio del cargo.

c) En tercer lugar, igualmente ha quedado debidamente acreditado que con motivo de la promoción de la presente incidencia, el sr. juez “a quo” faltó a la verdad al redactar las consideraciones glosadas a fs 10/11 vta. (actitud en la que reincide, a tenor de la comprobación semejante a la que arribara la Sala el 19/11/98 en la causa N° 1844 - “Inc. de Recusación del Reg. N° 1688: “Por todo lo expuesto, el **Tribunal advierte que la incierta información del magistrado incluida en su informe de fs. 13/15 ha lesionado irreparablemente su credibilidad...**”). Lo cual también configura una grave afectación de la correcta administración de justicia, ya que el poder y el prestigio de los tribunales se sostienen en la medida del respeto que merezcan sus resoluciones.

De ahí que los jueces deban honrar, siempre, el compromiso personal de seguir altos estándares éticos de conducta en el desempeño de sus deberes oficiales. Puesto que, cuando la población ve que un juez viola reglas sencillas, como por ejemplo, informar con fidelidad a la instancia superior sobre cuestiones que le atañen directamente, se corroe la confianza en el funcionamiento de todo el sistema judicial en tanto la verdad hace al acierto de las decisiones que se tomen. Es más, toda la sabiduría de esas decisiones se verán en el imaginario social como mucho menos relevante, si la gente duda de que sus jueces están comprometidos en el ejercicio de sus cargos con los elementales principios que signan una recta conducta republicana.

De modo que, ante la cita de un hecho incierto en tales circunstancias (“...evité tomar contacto con la prensa”), forzoso es presumir que existe algún tipo de interés del recusado en el resultado de la causa, aún cuando el Tribunal desconozca exactamente en qué consiste; tan es así, que ha hecho lo impensable para continuar en el control de la misma.

d) En definitiva, por los motivos aludidos apreciados en conjunto, aparece suficientemente objetivado el temor invocado por el recusante en el sentido de que el Dr. Marquevich habría perdido respecto de la procesada la ecuanimidad imprescindible para tenerlo como un leal intérprete de la ley y para poder valorar con prudencia y criterio justo los hechos sometidos a su decisión en la presente causa. Con el fin de resolver lo cual, se ha implementado el instituto de la recusación toda vez que resulta la forma más acabada de garantizar el derecho a ser juzgado por un juez imparcial.

Tal garantía de imparcialidad de los jueces ha sido reconocida desde siempre por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 198: 78 y 257: 132) y hoy se encuentra receptada en nuestra legislación con jerarquía constitucional (C.N., arts. 18 y 75, inc. 22), por estar consagrada en los arts. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XXVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y X de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Por todo lo cual, se impone el requerido apartamiento a fin de excluir toda eventual sospecha o posibilidad de parcialidad en la solución del caso; de modo que por los serios fundamentos considerados, el Tribunal RESUELVE:

HACER LUGAR a la recusación interpuesta contra el titular del Juzgado Federal N° 1 de San Isidro, Dr. Roberto José Marquevich.

REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE A SU ORIGEN, donde el Juez de grado deberá tomar nota de lo aquí resuelto y remitir las actuaciones al colega que le sigue en orden de turno.

HORACIO ENRIQUE PRACK

ALBERTO MANSUR

DANIEL MARIO RUDI

(Voto en disidencia)

El Señor Juez Dr. DANIEL MARIO RUDI dijo:

SUMA

A fs. 4/8v, la defensa de la Sra. ERNESTINA HERRERA DE NOBLE inicia el presente incidente con el objeto de “*recusar a V.S. por prejuizgamiento y enemis-*

tad manifiesta. Esta última causal, explícitamente contemplada en el art. 55, inc. 11, CPP” (FS. 4/8v).

A fs. 10/11v, el titular del Juzgado Federal 1 de San Isidro produce el informe sin admitir el desplazamiento por recusación.

A fs. 34/35 la denunciante Sra. ESTELA BARNES DE CARLOTTO agrega las constancias obrantes a fs. 32/33.

A fs. 59/60 la incidentista peticona la citación como testigos de cuatro periodistas [Sres. LUIS MAJUL, HORACIO VERBITSKY, FRANCESC RELEA GINÉS y WALTER GOOBAR], y adjunta las transcripciones de fs. 41/58.

A fs. 63/63v esta Alzada requiere al *iudex-a-quo* que “*se expida concretamente sobre la veracidad de las expresiones atribuidas a la Sra. ESTELA BARNES DE CARLOTTO*”.

A fs. 108 el magistrado responde:

“*[R]atifica expresamente lo expuesto en el informe de fs. 10/11v [...], en particular lo consignado en párrafos 4º y 5º de fs. 11, por lo que categóricamente afirmo la inexistencia de la ‘invitación’ que se reseña en la entrevista periodística*” del Sr. GOOBAR.

A fs. 91/94 presta su testimonio el Sr. LUIS MIGUEL MAJUL.

A fs. 120/123v declara el Sr. HORACIO VERBITSKY.

A fs. 128/128v la querella acompaña copia de la publicación del diario CLARÍN del domingo 23/2/2002 [*“Desmienten al juez MARQUEVICH en el caso de la Directora de CLARÍN”*] con el argumento:

“*[E]s de suponer que la defensa, dado que el artículo no está firmado por ningún periodista, con la mediatización de esta causa espera desinformar a la opinión pública o lo que es más grave aún condicionar a este Tribunal*”.

A fs. 132/134 expone el testigo Sr. FRANCESC RELEA GINÉS.

A fs. 148/149v la incidencia denuncia hecho nuevo con el argumento:

“*En oportunidad de interponer la recusación sostuvo que el a-quo, al emitir juicios (en apariencia técnicos) y seguidamente, al cotejarlos con la opinión encontrada del diario CLARÍN, evidenciaba una confrontación que excedía el marco del proceso (y de sus partes) y se dirige, de manera elíptica, al medio periodístico que encabeza nuestra asistida*” por el pedido de informes de antecedentes de los hijos anotados como de HÉCTOR HORACIO MAGNETTO que “*es el ejecutivo de mayor jerarquía del denominado Grupo CLARÍN*”. A fs. 135/147 acompaña documentación.

A fs. 116 el Tribunal resuelve dejar sin efecto la citación del testigo GOOBAR.

A fs. 150/151 la recusante interpone reposición peticionando la producción de esa prueba personal.

A fs. 155 la Fiscalía General dictamina que corresponde hacer lugar a la reposición deducida.

A fs. 156 la querella argumenta:

“Que [...] cabe destacar que la defensa hace afirmaciones erróneas que es necesario dilucidar, máxime por esta querella que representa a integrantes de una institución que ESTELA BARNES DE CARLOTTO preside. [...] Que [...] cabe destacar que a la Presidenta de la institución ABUELAS DE LA PLAZA DE MAYO y a mis únicos representados el único interés que los guía es poder llegar a la verdad y la justicia que reclaman hace más de veintisiete años, así como defender los principios constitucionales sobre los que se asienta el Estado de Derecho, en consecuencia no mienten ni tergiversan”.

A fs. 160/161v la mayoría del Tribunal no hace lugar al recurso de interpuesto a fs. 150/151. A contrario, nuestra ponencia de fs. 162 hace lugar a la reposición:

“Porque valorando las posiciones cruzadas de las partes en la instancia sobre esa prueba testimonial [...] es prudente que el Tribunal pueda con otro elemento de juicio con miras a definir el asunto disputado (arg. art. 18, Constitución Nacional)”.

A fs. 168/169 y fs. 170/176 las partes presentan el informe del art. 61 del Cód. Proc. Penal con las pretensiones de rechazo y aceptación de la separación del magistrado.

La estrategia de la defensa para la separación del magistrado interventor se despliega en estos frentes: 1º) La nota publicada en la edición del diario EL PAÍS del 21 de diciembre de 2002; 2º) La nota de la revista “VEINTITRÉS” del 19 de diciembre de 2002; 3º) El hecho nuevo denunciado; y 4º) El informe del recusado.

Entonces corresponde plantear las siguientes cuestiones:

- 1ª) ¿Están acreditados los motivos invocados de recusación?
- 2ª) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión.

A fines de resolver la procedencia de la pretensión de la defensa corresponde valorar el resultado de la prueba de los hechos alegados en el miniproceso según las reglas de la sana crítica judicial (art. 61, Cód. Proc. Penal).

I.

La recusante denuncia la edición del diario EL PAÍS correspondiente al sábado 21 de diciembre de 2002, en donde “*se publica una entrevista realizada a V.S. en la que se transcriben textualmente algunos tramos del reportaje*”, agrega copia del documento y produce la testimonial del autor (fs. 1, fs. 6/7v y 132/134).

La defensa pone el eje en dos aspectos esenciales:

1º) Concretamente refiere [el juez recusado]: ‘*Cité a la Señora [HERRERA DE NOBLE] como procesada, no como imputada*’.

2º) “*Agrega después [el juez recusado]: ‘La llamé para que se quede detenida hasta el fin del proceso no un rato’*”.

Las cuales según esa parte demostrarían “[l]a circunstancia de emitir juicios técnicos cuestionados por la defensa –por su acierto, alcance y oportunidad– [...]. La vehemente expresión advierte sobre la existencia de un prejuicio, respecto de la probabilidad de autoría de la Sra. HERRERA DE NOBLE en los hechos investigados [...]. La inoportuna decisión jurisdiccional, anunciada públicamente en un ámbito ajeno al judicial [...] principalmente, traduce el especial estado de ánimo adverso del conductor del proceso (que parece trascender a la persona de la imputada)” (fs. 170v).

El recusado informa:

“*[L]as publicaciones relacionadas con el expediente en su forma y contenido, y que resultan propias de la práctica periodística, corren por cuenta de quienes las ponen en conocimiento del público en general. Por otro lado, aunque teniéndolas por exactas –lo que no hago–, la indicación de ‘procesada’, como podría suceder con el término ‘acusada’, si aparece escrita dentro de una publicación destinada a lectores que no guardan relación a profesionales del derecho, está más cerca de ser una referencia al sujeto pasivo de la persecución penal sin distinción del estado procesal en que se encuentra, que a la pretendida animosidad sugerida por la defensa*” (fs. 10v).

En primer término, el testigo FRANCESC RELEA GINÉS sobre el objeto reconoce la autoría de la nota ratificando su contenido.

De la circunstancia de tiempo y lugar agrega: “[L]a reunión fue personalmente con el Dr. ROBERTO MARQUEVICH, en la sede del Juzgado Federal N° 1 de San Isidro, el día anterior a la publicación, o sea el [viernes] 20 de diciembre de 2002, por la mañana, extendiéndose por espacio de unos treinta minutos”.

Es decir, fue un acto posterior a la resolución del martes 17 de diciembre de 2002 y a la audiencia indagatoria de la Sra. HERRERA DE NOBLE del jueves 19 de diciembre del 2002 (principal, fs. 2.849/2.865 y fs. 2.924/2.925v).

Acerca del modo de ser de esa nota según el atestador no fue una entrevista, porque: “[m]ás que como una entrevista [...] la llamaría una conversación. Ya que la entrevista es cuando se publica tipo ‘pregunta, respuesta’, en cambio ésta se publicó en forma de nota, en la cual sólo lo entrecomillado pertenece textualmente a las palabras del Dr. ROBERTO MARQUEVICH”.

A propósito de algún elemento objetivo de respaldo de esas palabras textuales el testigo dice carecer del mismo, pues “tan sólo tomó notas, a medida que transcurría la conversación, el dicente iba anotando lo que le respondía el magistrado”. Resta también eficacia probatoria de los contenidos legales discutidos la circunstancia de la ausencia de terceras personas en el momento de la percepción de esas locuciones.

El declarante como testigo único fue examinado sobre las condiciones intelectuales de su personalidad para determinar el rango de fidelidad a lo publicado, es decir, si se trata o no de un auditor técnico o disciplinado en la materia para el entendimiento y reproducción de las palabras textuales escuchadas de una determinada persona emisora con la especialidad profesional de juez:

“[P]ara que diga [...] si tiene conocimiento en leyes o formación jurídica, respondió que no.

Preguntado para que aclare si conoce la diferencia entre las palabras imputado y procesado, respondió que no, recién cuando vio lo que causó lo que escribió, tomó razón de ello” (fs. 133/134).

Entonces, está probado que el declarante no es un testigo técnico o de confianza para juzgar la exactitud terminológica de su duplicación después de una *conversación con un magistrado judicial*. Está probado que no existen elementos subjetivos u objetivos para la certificación de los contenidos jurídicos de las criticadas locuciones del magistrado. Está probado que el Sr. GINÉS es un testigo imperito o sin el hábito de ese cierto género de observaciones en la materia legal conforme las propias razones de sus dichos. Está probado que ese testigo común aplica los términos “*imputado*” y “*procesado*” sin el sentido estricto o técnico de la ley procesal criminal [*no conoce la diferencia*], por eso, está probado que difunde las palabras del juez durante la conversación informal [*porque no es una entrevista formal o regis-*

trada de preguntas y respuestas] tomándolas en el sentido amplísimo o indistinto de “acusado”. Esa máxima general de la experiencia es aceptada hasta por la misma defensa: “[e]stá claro que la confrontación entre los términos ‘procesada’ e ‘imputada’ puede carecer de relevancia para el lego” (fs. 7). Aunamos que no hay contraprueba de ese curso acostumbrado de las cosas según el recto entendimiento judicial.

En consecuencia, el declarante que reconoce la dificultad de lo representado [“recién cuando vio lo que causó lo que escribió, tomó razón de ello”], es autor de una nota periodística que carece de utilidad probatoria para atribuirle a la letra o con certeza al magistrado *los textos que incluyen categorías procesales penales* publicados el 21 de diciembre del 2002 después de la resolución del 17 de diciembre y de la audiencia del 19 de diciembre del 2002 (Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, 1981, tomo II, p. 71/75; art. 241, Cód. Proc. Penal). Luego, en esa parcela no se acredita la existencia cierta e inequívoca de prejuicio o enemistad del *iudex-a-quo* recusado contra la recusante, según la sana crítica.

En segundo término, el juez informa:

“[E]l llamado para que la imputada preste declaración indagatoria [...] ‘para que quede detenida hasta el fin del proceso no un rato’, queda desvirtuado producto de la discusión desarrollada en el ámbito correspondiente, o sea, cuando se trató la soltura de la encausada en el incidente de excarcelación” (fs. 10v/11).

Veamos la dificultad. El auto del 17 de diciembre del 2002 que es el acto procesal decisorio inmediato del proceso principal a la recusación del 3 de enero del 2003 no es el tipo de resolución que pone fin al proceso penal después de su integral tramitación, a contrario tiene una naturaleza esencialmente precaria por la estructura del procedimiento preliminar y definitivo y de los recursos en la encuesta previa.

Acerca de la primera.

En términos absolutos, tanto el juez recusado como la cámara de apelaciones durante la instrucción no juzgan ni prejuzgan con fuerza de cosa juzgada ya que solamente resuelven en la oportunidad establecida por la ley sobre la situación transitoria del causante, que recién quedará definida [salvo sobreseimiento] en la fase del juicio *strictu sensu* para dictar la sentencia [de absolución o condena], después del debate o discusión plena “con toda la ingerencia de la defensa (material y

técnica) [... y] la posibilidad de [producir] prueba novedosa o contradictoria” como dice la recusante (fs. 170v.; arts. 354, 355, 363, 380, 382, 389, 393, 402, 403 y cdtes., Cód. Proc. Penal). Por eso, la jurisprudencia descarta la infracción a la garantía del juez imparcial aún con el dictado del auto de procesamiento, pues “no constituye una declaración de culpabilidad en contra de quien se haya sometido a proceso y por lo tanto, para el juzgador aún después de esa resolución judicial el procesado continúa gozando de la presunción de inocencia en su favor y [...] arriba al debate oral que es donde en rigor se sustancia el juicio para llegar a un veredicto” [sujeto al procedimiento penal definitivo] (CNCP, Sala II, “Olivieri”, causa 2634, reg. 3497, 5/9/2000).

En términos relativos, podemos afirmar que importa juzgamiento el formarse un juicio provisorio del sujeto a verificación de la sospecha, porque según el principio de la acusación ya existe un sujeto bajo sospecha a juicio del ministerio público fiscal [“probabilidad de autoría” según la defensa a fs. 170v], que es quien ejerce la pretensión procesal en la demanda de instrucción. Así en la encuesta preliminar el concepto genérico de “acusado” se divide legalmente en dos especies, la imputación o acusación preliminar y la imputación o acusación definitiva (arts. 65 y 188, Cód. Proc. Penal).

En esta fase el juez al disponer la citación del sospechoso [según el juicio fiscal] a fin de interrogarlo en los términos del art. 294, definiendo el modo de su comparecencia ante el tribunal, está juzgando [en los términos relativos de la ratio dubitante] sin incurrir en *prejuzgamiento*, pues está cumpliendo estrictamente con sus deberes en los tiempos procesales oportunos. Primero, porque la ley manda al juez *si hay motivo bastante para sospechar que una persona participó en la comisión de un delito, que debe proceder a interrogar a ese alguien sospechado* (art. 294, regla 1ª, Cód. Proc. Penal). Segundo, porque la ley manda al juez que la medida cautelar personal debe disponerse mediando un cierto grado de sospecha y un juicio valorativo similar [*prima facie*] al exigido por el art. 321 inc. 1º (arts. 282 y 283, Cód. Proc. Penal). Al fin, porque la ley manda al juez que el motivo sea bastante para indagar y no una hipótesis problemática, por eso debe fundar el auto expresando necesariamente un juicio a primera vista, es decir las razones por las cuales corresponde comprobar la sospecha acerca de ese alguien sospechado por la parte fiscal. En el subexamine, esa exigencia motivadora está cumplida extrínsecamente en la providencia de fs. 2.849/2.865 del principal (art. 123, Cód. Proc. Penal).

En consecuencia, esa resolución, más allá del acierto o error intrínseco de la motivación, es un acto procesal que en términos absolutos o relativos no importa el prejuizgamiento o adelantamiento indebido de juicio ni la mala voluntad [judicial] respecto del causante imputado por el fiscal, en los términos del art. 55 o del principio de imparcialidad, sino la expresión de una valoración *prima facie* en las específicas hipótesis mandadas por ley y en ejercicio de las atribuciones judiciales a esos efectos (CNCP, Sala IV, “Gómez”, causa 2422, reg. 3126.4, 16/2/2001; CCC, Sala IV, “Kuropatwa”, causa 14.686, 27/10/2000; en general, CSJN, Fallos: 199:184, “María Adelia Harilaos de Olmos v. Provincia de Córdoba”, 5/7/1944: “no es causal de recusación [por prejuizgamiento] la opinión vertida en los fallos de un tribunal acerca de cuestiones cuya dilucidación era necesaria para la decisión de los juicios en que aquellos fueron dictados”; ídem, Fallos: 240:123, “Casiano J. Rodríguez”, 5/3/1958; ídem, Fallos: 246:159, “Lino Emilio Barrera Aguirre”, 4/4/1960; ídem., Fallos: 300/380, “S.A. Ford Motor Argentina v. Dirección Nacional de Aduanas”, 11/4/78), para excluir la acusación o estado de sospecha aventurada del delito y no para la comprobación con rango de verdad del delito (Francesco Cernelutti, *Derecho Procesal Penal*, México, 1999, p. 56/71; Francisco J. D’Albora, C.P.P.N. anotado, Buenos Aires, 1997, p. 389/390 y 408; arts. 65, 180, 188, 282, 283, 294, 306, 316, 317, 321, inc. 1º, Cód. Proc. Penal).

Acerca de la segunda.

El juicio *prima facie* (v.g. de la custodia preventiva del sospechado por el ministerio fiscal, del estudio de los datos genéticos, o del auto de procesamiento), resulta objeto de los medios de impugnación de las partes destinados a provocar la revisión y su eventual reforma, porque no es un acto judicial perfecto, ya que aún en la etapa previa al procedimiento definitivo es una de las dos fases en que se desenvuelve el laboreo jurisdiccional. Desde ese vértice, el auto de la primera instancia se considera puro y simple si la parte lo consiente. Si por el contrario el interesado lo impugna en tiempo y forma hábiles, el acto de primer grado está subordinado a una condición *resolutoria* o *extintiva*. Lo dicho en el *subexamine*, el auto de fs. 2.849/2.865 del principal, por ejemplo, contenía una providencia cautelar personal [punto dispositivo cuarto], el sujeto pasivo inicia el proceso incidental disponiendo el *iudex-a-quo* rechazar la solicitud excarcelatoria, por eso interpuso el correspondiente recurso obteniendo del tribunal de alzada una solución extintiva con la solución de segundo grado [concediendo la excarcelación bajo caución jura-

toria], apreciando que “*resulta razonable que en la actualidad el justiciable no vea afectado su derecho a permanecer en libertad, mientras se mantiene inalterable el principio constitucional de inocencia; ni tampoco se avizora como indispensable proceder a su detención cautelar para asegurar los fines del proceso*” (CFSM, Sala II, “*Ernestina Herrera de Noble s/excarcelación*”, causa 3107, reg. 2923, 23/12/2002; arts. 321, 332 y 432, Cód. Proc. Penal; art. 8.2.h, Convención Americana sobre Derechos Humanos).

En consecuencia, la información periodística posterior a la resolución del recusado del 17 de diciembre del 2002 [con una reproducción incierta por un testigo imperito en el diario EL PAÍS], en la mejor posición para la defensa itera el predicho convencimiento *prima facie* del juez que como acto es provisorio, revocable, y en ejercicio oportuno de una competencia legal, y como *documento* es por definición un *acta pública* que debe ser accesible *erga omnes* salvo las restricciones legales que no se dan en la especie [razones morales, orden público o seguridad]. Esto es así, porque en una República el proceso penal [aún en la etapa preliminar] debe tener un *carácter social* lo cual se logra con la publicidad. Entonces, ese conocimiento por los ciudadanos a través del medio de comunicación citado en ejercicio de la libertad de prensa no configura en el *subexamine* ninguna de las causales de recusación enumeradas en el art. 55 del Cód. Procesal Penal, ni infracción al principio general del juez imparcial, *in extenso* abajo (Nicola Framarino Dei Malatesta, *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*, Bogotá, 1977, tomo I, p. 121/124; art. 1°, Const. Nacional). Luego, desde esa arista la pretensión de separación es improcedente.

II.

A fs. 174v. La defensa se refiere “*a la ‘invitación’ que el magistrado habría formulado a la titular de la AGRUPACIÓN ABUELAS DE PLAZA DE MAYO, Sra. BARNES DE CARLOTTO, para que se constituyera en querellante y cuya manifestación apareció atribuida a la nombrada en otra nota periodística, esta vez firmada por WALTER GOOBAR*” (fs. 174v).

A fs. 11 el juez informó:

“*[L]a defensa puso fuera de discusión el interés legítimo de las integrantes de la ‘consagrada’ agrupación (se refiere a ABUELAS DE PLAZA DE MAYO), pero hizo referencia a supuestas declaraciones de ESTELA BARNES DE CARLOTTO a la revista ‘VEINTITRÉS’, aparecida el 19 de diciembre pasado, específicamente*

en relación a la siguiente expresión: ‘Después el juez MARQUEVICH nos llama y nos dice si queremos ser querellantes en la causa que se inicia en 2001’. Al respecto, sólo me corresponde aclarar que ni BARNES DE CARLOTTO en particular, ni la Institución que preside, han solicitado en oportunidad alguna intervenir como parte en este proceso. Entonces, mal podría invocarse como una causal que constituya una disminución de la garantía de objetividad que todo magistrado debe tener, un hecho que no ha ocurrido, y que de haber ocurrido, necesariamente constaría en el expediente”.

A fs. 108 agrega:

“[R]atifica expresamente lo expuesto en el informe de fs. 10/11v [...], en particular lo consignado en párrafos 4º y 5º de fs. 11, por lo que categóricamente afirmo la inexistencia de la ‘invitación’ que se reseña en la entrevista periodística”.

A fs. 34/34v la Sra. BARNES DE CARLOTTO dice:

“[S]e alude a que en el año 2001 las ABUELAS ‘aceptando la invitación del juez MARQUEVICH, decidieron sumarse a una causa penal contra la Sra. DE NOBLE...’ (sic). Ello es enteramente falso, ya que nunca fuimos ‘invitadas’ por V.S. sino que presentamos la denuncia penal en base a distintas denuncias relacionadas con la identidad de MARCELA y FELIPE que arribaron a la institución. Cabe destacar que, con más de veinte años de lucha en búsqueda de la verdad y de nuestros nietos, las ABUELAS no precisamos de invitación alguna para promover el accionar de la justicia [...]”.

A fs. 83/83v agrega:

“Que [...] nos llevó unos cuantos años más decidir la denuncia porque se nos dificultaba el acceso a los expedientes de guarda, pero aumentaban en nuestra institución los testimonios que aseguraban que esos menores eran unos de los nietos que incansablemente buscamos hace más de dos décadas. Que la prueba más contundente de que nunca existió la convocatoria del juez, es que nos presentamos muchos años después y como denunciantes [...]”.

A fs. 160/161 la mayoría del Tribunal concluye que el testigo GOOBAR es un órgano de prueba personal inútil:

“[E]l recusado resulta ajeno a las expresiones que le fueron inicialmente adjudicadas, mientras que la eventual ratificación de la nota periodística por parte del señor WALTER GOOBAR ninguna incidencia habrá de tener para modificar la pertinaz negativa que observaron las partes involucradas en la nota periodística (el

magistrado actuante y ESTELA BARNES DE CARLOTTO), sobre el contenido de esa publicación”.

En consecuencia de los antecedentes reseñados, la información brindada en la revista VEINTITRÉS no acredita fehacientemente ninguna de las causales de recusación invocadas.

III.

Sobre el argumento de 174v/175 [situación de una tercera persona denunciada por la defensa a fs. 135/149v] apreciamos conforme el principio de congruencia, que es un elemento impertinente en esta concreta instancia que tiene el exclusivo objeto de resolver el incidente de recusación intentado por la Sra. HERRERA DE NOBLE.

IV.

La recusante con una cita del informe del magistrado [*“pese a las repercusiones del caso tanto a nivel nacional como internacional, evité tomar contacto con la prensa”*], amplía el ofrecimiento de prueba:

“La referida afirmación contradice las entrevistas informadas públicamente por los periodistas HORACIO VERBITSKY (‘DETRÁS DE LAS NOTICIAS’ ‘PÁGINA 12’ y RADIO DEL PLATA), y LUIS MAJUL (‘LA INFORMACIÓN’) en el orden nacional y, consecuentemente, también niega la nota que motiva, de manera particular, la pretensión de apartamiento del juez suscripta por FRANCESC RELEA (diario ‘EL PAÍS’ de Madrid, España)” (fs. 59/59v).

En primer término, el periodista Sr. GINÉS declaró en cuanto a la forma de su reseña que no fue una entrevista, porque: *“[m]ás que como una entrevista [...] la llamaría una conversación. Ya que la entrevista es cuando se publica tipo ‘pregunta, respuesta’, en cambio ésta se publicó en forma de nota, en la cual sólo lo entrecomillado pertenece textualmente a las palabras del Dr. ROBERTO MARQUEVICH”*. Pero si bien sabemos de qué hablaron [el periodista y el juez], no sabemos con certidumbre *qué es lo que se dijo* [jurídicamente] *ese magistrado a ese auditor* por la inexistencia de elementos de juicio objetivos o subjetivos para certificarlo, con más razón cuando el receptor carece de formación jurídica y admite que escribió el reporte con un lenguaje común y no técnico procesal (v. *supra*).

En segundo término, el Sr. MAJUL dice:

“Que tuvo una conversación telefónica en la que el Dr. MARQUEVICH lo

autorizaba a difundir lo que le estaba transmitiendo por ese medio. Después de que el declarante le insistiese para que [...] prestara su testimonio en el programa televisivo ‘LA INFORMACIÓN’, [...] aclarándole el magistrado que no era afecto a hacer declaraciones públicas sobre este tema” (fs. 92/93).

El declarante agrega: “[Q]ue [...] no tuvo ningún contacto personal con el Dr. MARQUEVICH en relación al tema [...]”.

Por otra parte, no posee el testigo ningún elemento para respaldar el contenido de la conversación, “*sin perjuicio de lo cual –insiste– lo autorizó expresamente a reproducir el diálogo que estaba manteniendo con él” (fs. 92/93).*

En cuanto a la circunstancia de oportunidad dice:

“Ese diálogo lo tuvo cuarenta minutos antes de que empezara el programa [...]. Un poco después de las 8 de la noche [...], cuando ya las versiones de que la Sra. ERNESTINA HERRERA DE NOBLE estaba detenida, eran muy fuertes” (fs. 92v).

En lo sustancial, el periodista que reconoce la reproducción de su intervención en el programa televisivo emitido el 17 de diciembre del 2002 durante 6 minutos entre las 21 a las 21.06 horas, le efectuó tres preguntas:

1º) *“Le pregunté a ROBERTO MARQUEVICH, el juez que tiene la causa por la que está detenida ERNESTINA HERRERA DE NOBLE, por qué había decidido detenerla y me dijo: ‘Por la envergadura de los delitos que se le imputan’” [audiencia testimonial, fs. 93: “él me respondió que la envergadura del delito que se investigaba justificaba ese procedimiento”].*

2º) *“Le pregunté si no tenía miedo de las presiones que podía recibir y me dijo: ‘Tengo 37 años de justicia y 14 de juez, no tengo miedo’” [audiencia testimonial, fs. 93: “el magistrado le contestó que tenía 37 años en la justicia y 14 como juez y que no tenía miedo a nada”].*

3º) *“Le pregunté también si no temía que dijeran que esto puede ser una venganza por los intereses cruzados que hay alrededor de la causa GRASSI y me dijo: ‘La verdad que esta hipótesis ni siquiera la había pensado’” (programa, fs. 42).*

Con ese cuadro de situación, está probado que el magistrado no efectuó directamente declaraciones públicas en el programa televisivo del Sr. MAJUL, ni anticipó opiniones diferentes a las explicadas en el auto de fs. 2.849/2.865. Está probado que el periodista no tomó contacto cara a cara con el recusado, sino que lo hizo telefónicamente. Está probado que el juez sostuvo esa conversación informal y sin registro con el periodista mencionado. Sin embargo, la simple existencia de esa

comunicación no descalifica automáticamente al recusado como juez natural de la causa [v. lo predicho y abajo], por tanto, colocándonos en la mejor hipótesis para la defensa corresponde examinar el significado de las contestaciones brindadas.

En la respuesta primera el recusado por el principio de acusatorio se remite al juicio de sospecha del fiscal que es la parte hacedora de la imputación del delito a la recusante mediante *la promoción y ejercicio de la acción penal en la forma establecida por la ley (principal, fs. 11/12: “Formulo requerimiento [...] Condiciones personales del imputado [...] ERNESTINA HERRERA DE NOBLE [...] Relato del hecho [...] adoptó en el año 1976 dos niños hijos de desaparecidos”)*. En efecto, el ministerio público fiscal al recibir la denuncia escrita de la ASOCIACIÓN ABUELAS DE LA PLAZA DE MAYO sobre la posible comisión del delito (principal, fs. 5/5v), no pidió al juez la desestimación de esa *noticia calificada del delito* [hipótesis que el hecho no existió], sino que consideró esa información como una sospecha de la comisión del delito [hipótesis que el hecho sí existió], presentando el correspondiente requerimiento de instrucción contra la imputada, la relación circunstanciada del suceso y del posible del lugar, tiempo y modo de ejecución, y la indicación de las diligencias probatorias “*útiles a la averiguación de la verdad*”, entre otras, la remisión de los expedientes del Juzgado de Menores 1 del Departamento Judicial de San Isidro n° 7.038/76 y n° 9.149/76.

En consecuencia, la imputación del delito surgió con la información penal del denunciante facultativo al fiscal, que se formó un juicio y como parte [con la potencia de la acción o pretensión en el proceso penal] interpuso la demanda de la encuesta previa. Luego, la mención del juez [sin ese poder legal de iniciativa] al contenido de la pretensión procesal de la parte [ministerio fiscal] que en acto inició cronológicamente el proceso penal, no acredita prejuicio ni enemistad de un modo fehaciente y unívoco del recusado contra la recusante según la sana crítica judicial (Giovanni Leone, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1963, tomo II, p. 11/14; Jaime Guasp Delgado, *La pretensión procesal*, Madrid, 1985, p. 54/57; arts. 5, regla 1ª, 65 y 188, Cód. Proc. Penal).

Las repuestas segunda y tercera el recusado se refieren claramente a connotaciones subjetivas de esa persona, sin extensión respecto de la recusante porque están vacías de de denotación sobre la situación procesal de la misma. Luego, esas parcelas no acreditan seria e inequívocamente prejuicio ni enemistad del recusado contra la recusante según la sana crítica judicial.

En tercer término, el Sr. VERBITSKY reconoció como propias las expresiones vertidas el día jueves 19 de diciembre del 2002 [programa televisivo “DETRÁS DE LAS NOTICIAS”, América 2; columna de opinión en el diario “PÁGINA 12”], y el sábado 21 de diciembre del 2002 [programa radial “CHEQUE EN BLANCO” en Radio Del Plata AM 1030], cuyas reproducciones obran a fs. 46/58 (fs. 120).

El testigo manifiesta que el martes 17 de diciembre *“cuando le fue avisado que se había producido la detención de la Sra. HERRERA DE NOBLE [...] llamó al magistrado y lo atendió en su celular. Lo atendió él y hablaron quince minutos. El compareciente lo invitó a que fuera al programa y el Juez dijo que no iba a hablar. Pero tuvieron una conversación. Si bien hablaron no fue una entrevista, en la que el dicente pudiera atribuir al juez afirmaciones sobre la causa, porque se trataba de lo que comúnmente se denomina ‘off the record’. Es la práctica más habitual del periodismo [...] una charla informal para que el periodista se form[e] una idea del tema en cuestión, pero sin que pueda atribuir determinadas afirmaciones a la fuente”* (fs. 120/121).

Agrega que *“en la noche del [martes] 17 de diciembre, después de la conversación con el Juez, fue al Canal 2 y en el programa DETRÁS DE LAS NOTICIAS dio una serie de informaciones sobre la causa. Algunas aportadas en esa conversación ‘off the record’ y otras de otras fuentes”* (121v). El jueves 19 de diciembre lo volvió a llamar porque había dicho que el documento de la presunta madre de uno de los adoptados correspondía a un hombre que era chofer del diario CLARÍN. *“El Dr. MARQUEVICH dijo que podía haber un error en el caso de la aparición del chofer de CLARÍN en el caso de un[a] u otra de las adopciones [...] y que podía haberse equivocado porque durante la primera conversación no tenía el expediente a la vista”* (fs. 122/122v).

“Preguntado por el tribunal en relación a lo afirmado en el programa DETRÁS DE LAS NOTICIAS [...] en cuanto que pudieron averiguar en el Juzgado que respecto de la Sra. DE NOBLE la iba a procesa[r] y mantener en detención (fs. 48), sobre la fuente de información, respondió: que al pluralizarse se refiere al grupo de periodistas, y en cuanto a la fuente, en lo personal el declarante no recuerda que eso se lo haya dicho el propio juez” (fs. 123).

Recapitulando. Está probado que el testigo tomó conocimiento de hecho después de la resolución de fs. 2.849/2.865. Está probado que sostuvo una conversación

informal con el recusado que inclusive no tenía el expediente a la vista. Está probado que las manifestaciones del periodista se fundaron en una pluralidad de fuentes informativas, especialmente en cuanto a la versión del procesamiento y el mantenimiento en prisión preventiva de la recusante, porque no recuerda que se lo haya dicho el magistrado. En consecuencia, está probado que las opiniones *off the record* del juez difundidas por el testigo no avanzaron sobre lo ya resuelto judicialmente, al igual que en las otras intervenciones de los hombres de prensa. Luego, esa parcela no acredita seria y unívocamente prejuicio ni enemistad del recusado contra la recusante según la sana crítica judicial.

En cuarto término, colocándonos en la posición más favorable a la defensa, las notas periodísticas *in re ipsa* no tipifican la causal de la opinión inoportuna o mala voluntad manifiesta, cierta e inequívoca, porque conforme la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

“[L]a alegada difusión en el medio de prensa que menciona el recusante del sentido en que se orientarían los votos de los jueces recusados, no significa prejuzgamiento” (CSJN, M.468.XXXIII.R.O., *Matmetal S.A. c. TAMSE, y Estado Nacional s/daños y perjuicios*, 9/3/1999).

Sobre todo si apreciamos la publicidad sobrevinida en relación con las precisas circunstancias temporales. Por ejemplo, la edición del diario EL PAÍS del sábado 21 de diciembre del 2002, porque esa noticia es posterior a las necesarias valoraciones provisionales [con independencia del acierto o error de las mismas] volcadas por el *iudex-a-quo* para motivar el auto del martes 17 de diciembre del 2002 bajo pena de nulidad (*in extenso* arriba; art. 123, Cód. Proc. Penal).

Sobre esas bases la doctrina judicial dice:

“[E]s un principio ineludible para una correcta y ordenada administración de justicia, que los magistrados no puedan ser separados de las causas según el arbitrio de las partes, siendo esa la razón por la que deben excluirse, como causales de apartamiento, las denuncias posteriores a la primera intervención del juez”.

Además, “el juzgador debe mantenerse ajeno por completo a ese tipo de repercusiones [difusión periodística], pues de otro modo quedaría librada al arbitrio de la prensa la continuación o separación de los jueces naturales de las causas, extremos que a todas luces debe ser rechazado” (CF Cap. Fed., Sala I, “*Iruzún s/excusación*”, causa 24317, reg. 819, 16/11/92).

En quinto término, la defensa cita el precedente de la causa 1844, reg. 1688,

19/11/1998 del tribunal (fs. 175v), sin embargo es inaplicable en el sentido separatista que pretende. En efecto, en ese antecedente el resultado del proceso probatorio permitió determinar la existencia de 44 comunicaciones no casuales quien aparecía como virtual imputado y el recusado, es decir, un trato frecuente con una de sus más conocidas empresas, con el encargado de su seguridad personal [que además según un testigo útil ingresó en dos oportunidades al juzgado con el objeto de mantener entrevistas privadas con el juez] y con la secretaria privada. Por lo tanto, había *“un motivo estrictamente objetivo para la firme presunción que existe algún tipo de interés del recusado en el resultado de la causa”*. Mientras que acá es inexistente el grado de certidumbre que lucía la causa 1844, porque la decisión del *iudex-a-quo* y las noticias periodísticas al respecto no permiten deducir mecánicamente prejuizgamiento o interés subjetivo adverso [enemistad] a la recusante según la sana crítica judicial. De una lado, porque tiene remedio en los recursos contemplados en la ley según lo supradicho. Por el otro lado, porque siempre las causales de separación son de interpretación estricta ya que debe preservarse el principio del juez natural a fin de impedir a las partes la posibilidad de alterar la radicación de los procesos según su voluntad como lo afirma la repetida jurisprudencia (CNCP, Sala II, *“Incidente de rechazo de recusación de los Sres. Jueces del TOC n° 1”*, causa 415, reg. 420, 4/4/1995; *ídem*, *“Schweizer de González”*, causa 2346, reg. 2771, 3/9/1999; *ídem*, *“Ponce de León s/recusación”*, causa 2976, reg. 3618, 17/10/2000; CNCP, Sala III, *“Medán s/recusación”*, causa 2512, reg. 625/99, 17/11/1999: *“los supuestos de recusación enumerados en el artículo [55] son taxativos y deben ser interpretados restrictivamente; pues lo contrario equivaldría dar a las partes un instrumento eficaz para separar al juez interviniente cuando sus decisiones no le sean favorables”*; CNCP, Sala IV, *“Rodríguez s/recusación”*, causa 2570, reg. 3122.4, 16/2/2001: *“la enemistad manifiesta, como causa de recusación de los magistrados, debe ser evaluada con el máximo de ponderación y prudencia y no puede erigirse en el medio para que varíe a gusto del recusante la radicación de la causa en desmedro de la garantía del juez natural y de la correcta administración de justicia”*; CFSM, Sala I, *“Nomico”*, causa 881/93, reg. 88, 1/7/1993).

En consecuencia de lo expuesto, la incidentista no ha probado con las notas periodísticas incorporadas la existencia cierta, segura y unívoca de ninguna de las argumentadas causales de recusación. Luego, a la cuestión planteada se responde NEGATIVAMENTE.

A la segunda cuestión.

Por la solución anterior corresponde RECHAZAR el incidente de recusación del juez, con costas a la vencida. ASÍ VOTO.

DANIEL MARIO RUDI - Juez

Capítulo III

Denegación recurso de casación, fallo en mayoría y disidencia.

[CAUSA N° 3134 (77/03) - “INCIDENTE DE RECUSACIÓN PROMOVIDO POR EL DR. PADILLA FOX - RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA QUERRELLA”. CFMS - SALA II - SEC. PENAL N° 2. REG. N°: 3.000]

San Martín, 24 de abril de 2003

VISTOS Y CONSIDERANDO

1. Liminarmente, cabe señalar que la resolución impugnada no es pasible de ser cuestionada por la vía casatoria (art. 456 el ritual). No sólo porque es irrecurrible conforme lo estipula expresamente el propio art. 61 del Código Procesal Penal de la Nación, sino que es el mismo ordenamiento legal el que requiere para su procedibilidad que la decisión recurrida sea una sentencia definitiva o pueda equipararse a ella en sus efectos; como lo son “los autos que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen las actuaciones o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena” (art. 457, CPPN), en igual sentido se pronunció la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV “in re” “Torres, G.C. s/ recurso de casación”, Reg. 2360.4 del 29/12/99 y Sala III “in re” Ratti, F.L. s/ recurso de queja” del 25/5/01, entre otros).

Tampoco resulta viable el planteo de que la decisión adoptada causa un gravamen irreparable por afectación del principio del juez natural, porque la genérica jurisprudencia relevada por la recurrente (v. cap. II-b, a partir de fs. 211vta.), no da cuenta de que en virtud de su carácter instrumental respecto de la garantía de imparcialidad judicial (v. “Imparcialidad de los jueces y causales de recusación no escritas en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación” de Alberto Bovino, en LL 1993-E, pág. 568), aquel principio no sufre menoscabo porque sea uno en vez de otro de los jueces permanentes el que conozca de la causa...” (cfr. C.S.J.N., Fallos: 135:190; 152:425 y 155:286, entre otros)

Sin que pueda otorgársele razonabilidad a la asimilación de lo resuelto con una sentencia definitiva en razón de tratarse del fin conclusivo con relación al asunto que se decide, no sólo porque la resolución en crisis de ningún modo pone fin al objeto procesal de autos –que no es otro que los hechos que son materia de investigación y

la individualización de sus responsables—, sino porque otorgarle semejante alcance para que todas las partes puedan recurrir cualquier resolución instructoria, equivaldría a eternizar el proceso en detrimento de su fin primordial de hacer justicia en el menor tiempo posible.

Por otra parte, el texto expreso del artículo 8º, ap. 2, inc. h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se refiere pura y exclusivamente a una garantía judicial del imputado. Y así lo entendió la Corte Suprema Nacional, al deducir correctamente el alcance del “Derecho de recurrir el fallo ante juez o Tribunal superior”, de su instrumento preparatorio; nos referimos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual establece que “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme lo prescripto por la ley” (art. 14, inc. 5): “Por lo expuesto, de la conjunción de ambas normas surge que la garantía del derecho de recurrir ha sido consagrada sólo en beneficio del inculpado” (C.S.J.N., Fallos: 320:2145 - “Arce, José Daniel s/ recurso de casación”, consid. 7º)

Jurisprudencia que vino a plasmar la opinión doctrinaria de que: “a) El recurso contra la sentencia de los tribunales de juicio se debe elaborar como una garantía procesal del condenado, que tiene derecho a que su sentencia sea revisada por un tribunal superior, ...”. “b) El recurso contra la sentencia ya no puede ser concebido como una facultad de todos los intervinientes en el procedimiento que corresponde también a los acusadores...”. “A pesar de que el texto de la CADH adolece de defectos indudables de redacción, que lo tornan confuso a primera lectura, no puede existir duda alguna acerca de que toda la regla pretende regular las garantías de quien es perseguido penalmente, esto es, se refiere a los procedimientos penales y, específicamente, al recurso contra la sentencia de la persona que, a raíz de la decisión del caso, debe sufrir una consecuencia jurídico-penal.” (cfr. Julio B.J. Maier en “Derecho Procesal Penal - Tomo I. Fundamentos”, Ed. Del Puerto, Año 1996, págs. 708-710). En el mismo sentido se expide Germán Bidart Campos en “La doble instancia en el proceso penal (La Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica)” (E.D. Tº 118-879, nº 7).

2. Asimismo, los argumentos que abastecen el recurso en trámite desde la mira de una sentencia arbitraria, resultan inconducentes para fundamentar la pretendida

“causal de nulidad absoluta” por entender que “el pronunciamiento dictado en el incidente de recusación excede los límites de las atribuciones de la competencia del Tribunal de Alzada establecido en el art. 445 del Código Procesal Penal” (fs.209)

a) En efecto, tal decisorio, amén de haber dado precisa y exhaustiva respuesta a todos los agravios y planteos que formularan el recusante y la parte querellante, contempló del mismo modo todas las explicaciones informadas por el juez recusado (v. fs. 1/8vta., 10/11vta., 18/19vta., 28/31vta., 84/89, 108, 137/149, 127/128, 168/169 y 170/176). De ahí que el Tribunal no atina a detectar qué otra causal que no sea la de “prejuzgamiento y enemistad manifiesta” fuera deducida en autos; ya que la profesional impugnante no explica su aserción de “que la sentencia recurrida... omite decidir cuestiones planteada en la recusación...” (fs. 209).

b) En cuanto a la siguiente afirmación relativa a que la decisión de marras “decide respecto de cuestiones que hacen al derecho de fondo que no fueron planteadas en la recusación”, es una mención que sólo se la puede conectar con la presunta “arbitrariedad manifiesta” a la que se alude en el capítulo “II-c) 4. Prescindencia del texto legal”; en tanto allí se atribuye a la mayoría del Tribunal “fundar su sentencia en cuestiones no alegadas por la defensa y el fallo se pronuncia en un claro y concreto prejuzgamiento sobre la cuestión de que los delitos que se imputan están prescriptos” (fs. 214vta.). Lo cual no deja de sorprender, debido a que en la resolución de mentas se intenta decir exactamente lo contrario; tan es así, que si se hubiera opinado que los delitos imputados están prescriptos, la obligación del Tribunal hubiera sido declararlo de oficio sin más trámite (cfr. C.S.J.N., Fallos 311: 2205 y 322: 300, entre muchos otros).

Precisamente, a raíz de que la única imputación dirigida por el juez “a quo” en contra de la procesada y por la que fuera indagada fue el delito de falsedad documental (arts. 292, 293 y 296, C.P.), se arribó a la conclusión de que había adelantado opinión al asociar la conducta de la encausada con la comisión de otro delito pendiente de ser investigado. De modo que aquella primera línea instructoria, se debía mantener abierta con sujeción a la oportuna verificación de la sustracción, retención y ocultamiento de un menor de 10 años, el cual es un “...delito de carácter permanente (art. 146, C.P)” ; tal lo vertido al respecto en el considerando III. - c), obrante a fs. 184.

c) Obviamente, no se trata de “rasgarnos las vestiduras si es público y notorio el procesamiento de la imputada por los delitos que están probados que cometió” (fs.

213vta.), sino de que hasta a cualquier persona no lega no se le puede escapar el imperativo constitucional y social, de que ningún magistrado puede emitir juicios de mérito fuera de la oportunidad establecida por el procedimiento legal.

De ahí que se equivoca la quejosa al sindicar “que se omite analizar la circunstancia de que en la testimonial prestada en autos por Relea Ginés manifestó que la conversación que tuvo con el juez fue el 20 de diciembre de 2002 o sea posterior a la resolución del 17 de diciembre de 2002...” (ver cap. II - c) 1- Contradicciones, de fs. 212vta.); porque en relación con el mencionado periodista se consideró que dicha conversación implicó “un indebido aporte subjetivo que permitió entrever la decisión adversa que habría de recaer en la resolución de mérito a dictarse más de dos semanas después...” (v. consid. II. -e de fs. 180vta.); es decir, en el auto de procesamiento fechado el 8 de enero de 2003.

d) Asimismo, se reincide en otro error cuando se señala “que el fallo hace un análisis abstracto del principio de inocencia que no se condice con las constancias de la causa y los delitos que se imputan” (ver cap. II- c 2 en fs. 213vta.); por la sencilla razón de que lo único concreto que es menester constatar para aseverar la subsistencia del estado de inocencia del causante, es que aún no recayó en autos una sentencia de condena que justifique a su respecto el emitir un juicio de culpabilidad penal.

e) Del mismo modo que se vuelve a errar cuando se afirma que los considerandos IV. –a y V.– del pronunciamiento atacado, lo convierten en arbitrario por abordar en ellos cuestiones no planteadas por la defensa en el incidente de recusación (ver fs. 184/vta. Y 185vta./186vta.). Por el contrario y sin desmedro de que el Tribunal –en aras de la verdad jurídica objetiva–, tiene la obligación de fallar teniendo en cuenta todas las constancias obrantes en el expediente que constituyan aspectos del mismo agravio por el cual ha sido llamado a resolver, hayan sido o no alegados por las partes (cfr. C.S.J.N., Fallos 320:2343 y 324:4123), lo cierto es que la ilícita habilitación a pleno de la feria judicial fue oportunamente planteada mediante la reposición deducida por la defensa a fs. 18/19vta., con el consiguiente recurso de queja por apelación denegada (Reg.Nº 2948, rta. 06/II/03); y el improcedente trámite de la falsa denuncia anónima contra otro directivo del grupo Clarín, fue cuestionado por los mismos incidentistas como “Hecho Nuevo” a fs. 135/149, según se diera vista oportuna a la parte querellante (fs. 154).

f) Debiéndose consignar finalmente, que cuando los primeros votantes aluden a la evidente contradicción en que incurre quien dice no haber tenido contacto con

la prensa tras conversar sobre los pormenores de la causa –personal o telefónicamente– con tres periodistas (v. Considerando VI.- c), califican a ese hecho como “impensable” en la conducta de un magistrado y no como “imposible” a tenor de lo erróneamente transcrito a fs. 216 del escrito bajo examen.

Advirtiéndose además que, más allá de que “la imputada tiene aún una etapa del sumario y el juicio oral en sí para ejercer en pleno sus derechos” (fs. 210vta.), no es este un buen argumento para soslayar la vehemente sospecha de parcialidad judicial a la que el Tribunal tuvo la obligación de poner coto.

3. En síntesis, sin perjuicio de la referida inadmisibilidad formal del recurso de casación en este caso concreto, lo actuado por el Tribunal revela en primer lugar que el pronunciamiento apelado exhibe debida fundamentación (art. 123, CPPN) y responde adecuadamente los planteos que introdujeron las partes en la instancia; sin haber emitido opiniones ni juicio sobre cuestiones inatingentes o ajenas a la pretensión recusatoria deducida desde el escrito inicial del trámite del presente legajo.

En segundo término y más allá de sus equívocos, las quejas vertidas en torno de la pretendida arbitrariedad del fallo, únicamente surten la personal discrepancia de la recurrente con la selección y valoración de la significación de los hechos y pruebas rendidas en esta incidencia o las ya existentes en el legajo principal, con que la mayoría del Tribunal tuvo por configuradas las dos causales de recusación endilgadas al anterior juez de la causa.

Por lo tanto, el Tribunal por mayoría RESUELVE:

NO HACER LUGAR al recurso de casación que interpuso la parte querellante a fs. 209/216vta., contra el pronunciamiento emitido a fs. 177/188vta.

Tómese razón y notifíquese.

ALBERTO MANSUR

HORACIO ENRIQUE PRACK

DANIEL MARIO RUDI (voto en disidencia)

[C. N° 3134 “INC. DE RECUSACIÓN PROMOVIDO POR LA DEFENSA DE ERNESTINA H. H. DE NOBLE”. REC. EXTRAORDINARIO INTERP. POR LA QUERELLA. CFMS. SALA II. SEC. PENAL N° 2. REGISTRO N° 3017]

San Martín, 20 de mayo de 2003.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1. Llegan nuevamente a conocimiento del Tribunal las presentes actuaciones con motivo del recurso extraordinario que interpuso la representante de la parte querellante (fs.217/225), contra la resolución que dispuso hacer lugar a la recusación articulada por la defensa técnica de Ernestina Herrera de Noble (fs. 177/188vta.).

A fs. 226, punto segundo, se decretó el traslado que establece el artículo 257 del CPCC y tras la incorporación de las memorias que acompañaron el señor fiscal de cámara (fs. 246/247) y la defensa técnica de Ernestina Herrera de Noble y los letrados patrocinantes de Marcela Noble Herrera y Felipe Noble Herrera (fs. 248/255), el expediente quedó en condiciones de recibir pronunciamiento.

2. La fiscalía general propició el rechazo de la pretensión revisadora, al “señalar que este recurso no se lo destina para resolver consultas, ni para discutir cuestiones abstractas, sino para impugnar decisiones que produzcan agravios atendibles” (fs. 246). Siendo que “en el caso de autos no se advierte que la decisión recurrida cause un agravio irreparable y, menos aún, que afecte la garantía constitucional del juez natural, puesto que este principio no sufre menoscabo porque sea uno u otro juez el que entienda en la causa” (fs. 246vta.). Finalmente, advierte con cita de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “que la supuesta arbitrariedad dogmáticamente invocada por la recurrente tampoco resulta tal, puesto que aparece como una mera discrepancia con el criterio aplicado por V.E., resultando ello ajeno a la vía extraordinaria” (fs. 247).

3. A su turno, la defensa de Ernestina Herrera de Noble –cuya postura recibió la adhesión de los asistentes letrados de Marcela y Felipe Noble Herrera (fs. 255)–, puso de manifiesto que la impugnación en trato no cumple con el requisito de “fundamentación autónoma”, en tanto la sola lectura del recurso no permite compren-

der cuál es la temática del pleito, los asuntos debatidos y su desarrollo; amén de que no plantea clara y precisamente cuál es la cuestión federal involucrada, ni exhibe el debido ensamble casuista entre ella y la parcializada referencia que se realiza de los hechos de autos. De ahí su postura de que la pieza recursiva no resulta apta para habilitar la instancia extraordinaria.

Por el contrario, en cuanto a la admisibilidad formal del recurso y más allá de la dificultad que el escrito presenta para comprender la fundamentación del agravio que lo sustenta, el Tribunal aprecia que la recurrente ha realizado en grado mínimo una crítica de la resolución apelada, exponiendo el supuesto gravamen constitucional que le causaría ese decisorio por considerar afectada la garantía del “juez natural”, según aparece receptada por el art. 18 de la ley suprema. Puntualizando asimismo su criterio en relación con la tacha de arbitrariedad con la que pretende la revisión del caso, en virtud de su particular modo de ver los hechos y la interpretación que de los mismos efectuaron los jueces para hacer lugar a la recusación cuestionada. En estas condiciones, se entiende superado el obstáculo atinente a la admisibilidad de la apelación introducido por la defensa de Ernestina Herrera de Noble.

4. Sin embargo, en cuanto al carácter de la resolución recurrida –aspecto también opuesto por las defensas y la fiscalía para objetar la viabilidad del recurso–, corresponde señalar que por no constituir la sentencia definitiva de autos ni tampoco poder equipararse a tal por sus efectos debido a que se trata de un tema cuya particular naturaleza procesal es insusceptible de causar un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior (cfr. CSJN, Fallos 298:312 y 312:2348, entre muchos otros), resulta improcedente su impugnación por la vía que prevé el artículo 14 de la ley 48.

En efecto, deviene insubstancial al respecto la alegada afectación del principio del juez natural (art. 18 de la C.N.), en función del sentido y alcance que le fuera asignado desde antiguo por nuestro Supremo Tribunal (Fallos 17:22), estableciendo que su finalidad “ha sido proscribir los juicios por comisiones especiales nombradas para el caso, sacando a los acusados de la jurisdicción permanente de los jueces naturales para someterlos a jueces accidentales o de circunstancias. Que esa garantía no sufre menoscabo porque sea uno en vez de otro de los jueces permanentes el que conozca de la causa...” (Fallos 152:424/5). “Que tampoco, puede argumentarse

con la violación del artículo 18, en cuanto dispone que ningún habitante puede ser sacado de sus jueces naturales, por cuanto esta garantía sólo se refiere a magistrados que no forman parte del poder judicial, de antemano determinados por la ley antes del hecho que motiva la respectiva causa, circunstancia que con evidencia no puede alegarse en el juez designado por la Cámara” (Fallos 155:286/89).

En realidad, dicha fundamentación dada al alcance con el que debe aplicarse el principio del juez natural, da cuenta de su carácter instrumental respecto de la garantía de la imparcialidad judicial, por implicar ésta la verdadera objetividad de la actividad jurisdiccional para posibilitar la realización de un juicio justo (cfr. Alberto Bovino, “Imparcialidad de los jueces y causales de recusación no escritas en el nuevo Código Procesal penal de la Nación”, LL 1993-E-568). Debiéndose señalar que desde este ángulo de mira, no se llega a advertir cuál es el daño directo –no potencial– sufrido por la recurrente; en la medida que la eventual nulidad del auto de procesamiento y la aceptación como querellante de Carlos Alberto Miranda (fs. 2981/2994 y 3023 del principal; arg. art. 62 “in fine”, CPPN), encontrará su plena reparación en las respectivas resoluciones que deberá dictar el nuevo juez de la causa y su oportuna revisión por esta alzada en caso de ser recurridas por alguna de las partes. De tal suerte, no se verifica el requisito de la impugnabilidad subjetiva dado que la recurrente, no sólo carece de interés en la impugnación con carácter general, sino que éste tampoco existe específicamente en virtud de la naturaleza y contenido de la resolución impugnada.

Sin que, por último, pueda otorgársele razonabilidad a la asimilación de lo resuelto con una sentencia definitiva por tratarse del fin conclusivo con relación al asunto que se decide, no sólo porque la resolución en crisis de ningún modo pone fin al objeto procesal de autos –que no es otro que los hechos que son materia de investigación y la individualización de sus responsables–, sino porque otorgarle semejante alcance para que todas las partes puedan recurrir cualquier resolución instructoria, equivaldría a eternizar el proceso en detrimento de su fin primordial de hacer justicia en el menor tiempo posible.

5. Por otra parte y en relación con el giro final del art. 61 del Código Procesal Penal, en tanto establece que el “Tribunal competente... resolverá el incidente... sin recurso alguno”, cierto es que su aplicación irrestricta implicaría una severa limitación a la vigencia plena de la imparcialidad del juez, calificada por la Corte

Suprema como imprescindible para el válido desarrollo del servicio de administración de justicia; ya que su lesión desmerece el debido proceso y el correcto ejercicio del derecho de defensa (Fallos 306:1392 y 310:2342). Razón por la cual se considera que estaría presente el caso federal, si la resolución pugnase con el reclamo tendiente a su preservación; precisamente la situación adversa a la configurada en el “sublite”, donde la decisión estuvo enderezada a restablecerla y por ello mismo, vino a amparar a todas las partes en igualdad de circunstancias (CSJN, Fallos: 16:118; 101:401; 157:367 y 200:428, entre otros).

En cambio, distinto es que la parte acusadora se encuentre habilitada en ese caso a deducir la instancia extraordinaria. A punto tal, que un sector relevante de la doctrina llega incluso a sostener que “El contradictorio no se plantea entre Ministerio Público, querellante o actor civil e imputado, sino entre éste, por haber sido quien recusó, y el magistrado sospechado” (Francisco J. D’Albora; “Sobre el artículo 61 del Código Procesal Penal”, LL 1997-B, pág. 691).

Lo cual empalma con el criterio básico de que, primordialmente, tanto la Constitución Nacional como los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos pretenden resguardar al particular frente al Estado (cfr. Daniel E. Herrendorf y Germán Bidart Campos, “Principios de Derechos Humanos y Garantías”, Bs. As. –Año 1991, págs. 269 y stes.). De ahí que el texto expreso del artículo 3º, ap. 2 inc. h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se refiere pura y exclusivamente a una garantía judicial del imputado (“persona inculpada de delito”). Y así lo entendió la Corte Suprema Nacional, al deducir el alcance del “Derecho de recurrir el fallo ante juez o Tribunal superior”, de su instrumento preparatorio; nos referimos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual establece que “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme lo prescripto por la ley” (art. 14, inc. 5): “Por lo expuesto, de la conjunción de ambas normas surge que la garantía del derecho de recurrir ha sido consagrada sólo en beneficio del inculpado” (CSJN, Fallos: 320:2145 – “Arce, José Daniel s/ recurso de casación”, consid. 7º).

Jurisprudencia que vino a plasmar la opinión doctrinaria de que: “a) El recurso contra la sentencia de los tribunales de juicio se debe elaborar como una garantía procesal del condenado, que tiene derecho a que su sentencia sea revisada por un tribunal superior,...” b) El recurso contra la sentencia ya no puede ser concebido

como una facultad de todos los intervinientes en el procedimiento que corresponde también a los acusadores...”. “A pesar de que el texto de la CADH adolece de defectos indudables de redacción, que lo tornan confuso a primera lectura, no puede existir duda alguna acerca de que toda la regla pretende regular las garantías de quien es perseguido penalmente, esto es, se refiere a los procedimientos penales y, específicamente, al recurso contra la sentencia de la persona que, a raíz de la decisión del caso, debe sufrir una consecuencia jurídico-penal.” (cfr. Julio B.J. Maier en “Derecho Procesal Penal -Tomo I. Fundamentos”, Ed. Del Puerto, Año 1996, págs. 708-710). En el mismo sentido se expide Germán Bidart Campos en “La doble instancia en el proceso penal” (E.D. T° 118 -879 n°7).

Por ello no resulta ocioso consignar que, lejos de revertir el criterio sustentado en “Arce”, la Corte Suprema Justicia de la Nación resolvió recientemente sólo dejar sin efecto el pronunciamiento desestimatorio de una queja por los recursos de casación e inconstitucionalidad denegados a la parte querellante, con el fin de que la Cámara respectiva los tratara; toda vez que, “tal omisión constituye un agravio federal que habilita su consideración por la vía elegida pues es descalificable, con base en la doctrina de esta Corte en materia de arbitrariedad, la resolución que no se pronuncia sobre el punto constitucional propuesto por el apelante” (V. considerando 3° del voto mayoritario en los autos “Verbitsky, Horacio y otros s/ injurias”, Fallos 322:1498). En el mismo sentido se expidió la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa N° 2232-“Grucci, Miguel Ángel s/ recurso de queja”, reg. 2793, rta. el 13/9/99.

6. Asimismo, los argumentos que abastecen el recurso en trámite desde la mira de una sentencia arbitraria, resultan inconducentes para desmerecer la resolución apelada.

Este tramo de la impugnación renueva al calco los argumentos expuestos por la recurrente al promover la instancia casatoria (fs. 211vta./216), y ya recibieron puntual y oportuna respuesta en cuanto a lo que interesa al resolver su rechazo (Fs. 231/234). Ello torna innecesaria su reiteración al tenerla por reproducida en orden a que, por los mismos fundamentos, el Tribunal entiende que la decisión en crisis no exhibe ninguno de los vicios invocados por la apelante con virtualidad para restarle eficacia jurisdiccional al pronunciamiento de marras.

Concretamente. La sentencia impugnada arriba a conclusiones que resultan ser

la derivación razonada de los elementos probatorios incorporados a la causa y exhibe su debido sustento en los términos del art. 123 del CPPN a partir del tratamiento adecuado de los planteos que introdujeron las partes en la instancia, aplicando el derecho vigente que regula el caso concreto.

Lo cual conduce a rechazar la referida tacha de arbitrariedad que, en definitiva, ha sido invocada para cubrir meras discrepancias que abriga la parte recurrente con los fundamentos de hecho y prueba a través de los cuales el Tribunal tuvo por configuradas las dos causales de recusación endilgadas al anterior juez de la causa.

Por lo tanto, el Tribunal por mayoría resuelve:

No hacer lugar al recurso extraordinario que interpuso la parte querellante a fs. 217/225, contra el pronunciamiento emitido a fs. 177/188vta.

Tómese razón y notifíquese.

ALBERTO MANSUR

HORACIO ENRIQUE PRACK

DANIEL MARIO RUDI (voto en disidencia)

Capítulo IV

Fallo de la Cámara de Casación Penal, Sala II,
confirmando la recusación.

[CAUSA NRO. 4529 - SALA II - “HERRERA DE NOBLE ERNESTINA S/QUEJA”]

Buenos Aires, 11 de junio de 2003.

Y VISTOS:

Para resolver acerca de la admisibilidad de la presente queja por recurso de casación denegado deducida por la parte querellante a fs. 51/53vta.

Y CONSIDERANDO:

1º) Que la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, por mayoría, resolvió hacer lugar a la recusación interpuesta contra el titular del Juzgado Federal N° 1 de San Isidro, Dr. Roberto José Marquevich.

Contra dicha decisión dedujo la querrela recurso de casación, ante cuya denegatoria interpuso la presente queja ante esta Sala.

2º) Que cabe señalar, en primer término, que el remedio casatorio que generó la presente queja no puede prosperar, en tanto la decisión atacada –que hace lugar a la recusación intentada por la defensa– ha sido dictada por el tribunal competente que, de acuerdo a lo establecido por el art. 61 del C.P.P.N., puede resolver el incidente sin recurso alguno.

Asimismo, es dable indicar, que tal como lo señala la Sala II de la Cámara Federal de San Martín en su denegatoria, la resolución puesta en crisis no constituye ninguna de las resoluciones enumeradas en el artículo 457 del Código Procesal Penal de la Nación. En ese orden de ideas, no se trata de una sentencia definitiva, ni ninguna de aquéllas que el propio art. 457 del citado código instrumental ha equiparado, taxativamente, a sentencia definitiva por sus efectos: “los autos que pongan fin a la acción, a la pena, o hagan imposible que continúen las actuaciones o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena” (cfr. Esta Sala “in re” “Cafarelli, Antonio s/ recurso de queja”, causa N° 243, reg. N° 250 y “Parisier, Guido N. y otro s/ recurso de queja”, causa N° 242, reg. N° 251, ambas del 12 de septiembre de 1994, “S.I.T.M La Helvética S.A. s/ recurso de queja” del 26 de septiembre de 1994, causa N° 253, reg. N° 257, “Manzilo, Víctor Hugo s/ recurso de queja” del 18 de octubre de 1994, causa N° 266, reg. N° 281, “Abad, José s/ recurso

de queja del 1° de noviembre de 1994, causa N° 277, reg. N° 299; entre otros). Dicho criterio ha sido sostenido por nuestro más Alto Tribunal respecto a las resoluciones que deciden sobre recusaciones (Fallos: 314:107, 316:826, 317:771, 321:379 y 3504, 322:1132 y 1941 y 324:1241).

Respecto a la supuesta privación del derecho de la doble instancia consagrado en el art. 8 inc. 2°, apartado h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14 inc. 5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, de rango constitucional en virtud del inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, es necesario señalar que esta Cámara ha dicho reiteradamente que el derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior no puede traducirse en que los recursos interpuestos deban ser admitidos y declarados procedentes. En este sentido, cabe tener presente que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos prevén el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, dentro de las garantías mínimas a las cuales tiene derecho “toda persona inculpada de un delito” y que dicha norma no hace alusión ni a la naturaleza de los recursos ni a las condiciones de procedencia de los mismos, quedando dichas cuestiones sujetas a la legislación interna de cada país signatario –con más razón cuando como en el presente caso la que intenta la revisión es la parte querellante. En este orden de ideas, es dable manifestar que esta norma se encuentra sometida como todos los demás derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional a las leyes que reglamentan su ejercicio, la que en el caso de autos resulta ser el Código Procesal Penal de la Nación. Dicho catálogo instrumental establece límites concretos y razonables –en los términos del art. 28 de nuestra Carta Magna– para posibilitar la admisibilidad de la vía casatoria, los que no vulneran garantía constitucional alguna en razón de no encontrarse vedado de esta manera el acceso a la doble instancia, sino tan sólo limitado a los supuestos de revisión jurídica –sustancial y formal– que prevé la ley adjetiva.

Por lo expuesto, el Tribunal RESUELVE: Desestimar la presente queja (art. 478, 1° párrafo del C.P.P.N.).

Regístrese y devuélvase al tribunal de procedencia a fin de que practique las notificaciones correspondientes sirviendo la presente de muy atenta de nota.

Dr. JUAN E. FÉGOLI

Dr. PEDRO R. DAVID

Dr. RAÚL MADUENO

CAUSA N° 2947
Cámara de Casación Penal,
“Landa, Ceferino y otro
s/recurso de casación”.

Capítulo I

Sala IV confirma aplicación de la ley 24.410 en los delitos permanentes o continuados.

[CAUSA NRO. 2947 - SALA IV, “LANDA, CEFERINO Y OTRA S/RECURSO DE CASACIÓN]

En la ciudad de Buenos Aires, a los veintisiete (27) días del mes de noviembre del año dos mil dos, se reúne la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Gustavo Hornos como Presidente y las doctoras Amelia Lidia Berraz de Vidal y Ana María Capolupo de Durañona y Vedia como Vocales, asistidos por el Secretario de Cámara, doctor Daniel Enrique Madrid, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 1562/1567 vta. de la presente causa Nro. 2947 del registro de esta Sala, caratulada: “LANDA, Ceferino y MOREIRA, Mercedes Beatriz s/ recurso de casación” de la que RESULTA:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 5 de la Capital Federal, en la causa Nro. 530 de su Registro –por veredicto de fecha 28 de junio de 2001, cuyos fundamentos fueron dictados el 5 de julio de 2001–, resolvió –en cuanto a lo que aquí interesa– condenar a Ceferino LANDA a la pena de nueve años y seis meses de prisión, inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, demás accesorias legales y costas, por considerarlo penalmente responsable de participación necesaria en falsedad ideológica en instrumento público, y autor de falsedad ideológica en instrumento público, falsedad ideológica en instrumento público destinado a acreditar la identidad de las personas y retención y ocultamiento de una menor de diez años, todos en concurso material entre sí (arts. 12, 19, 29 inc. 3°, 40, 41, 45, 45, 55, 146 –texto conforme ley 24.410–, 293 primer y segundo párrafos, este último en función del 292 segundo párrafo –texto según leyes 20.642 y 21.766–, todos del Código Penal; 403 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación) –punto I de la parte resolutive–; condenar a Mercedes Beatriz MOREIRA de LANDA a la pena de cinco años y seis meses de prisión, inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, demás accesorias legales y costas, por ser coautora penalmente responsable de retención y ocultamiento de una menor de diez años (art. 12, 19, 29 inc. 3°, 40, 41, 45 y 146 –texto conforme ley 24.410– del Código Penal; 403 y 531 del

Código Procesal Penal de la Nación) –punto II de la parte resolutive– (fs. 1529/1540 vta. y 1507/1508).

II. Que contra dicha resolución la abogada defensora de Ceferino LANDA y Mercedes Beatriz MOREIRA, doctora Gladis Mirta FARRACE, interpuso recurso de casación (fs. 1562/1567), el que fue parcialmente concedido a fs. 1569/1570 y mantenido a fs. 1582/1587 por la defensora antes nombrada; sin adhesión por parte del señor Fiscal General ante esta Cámara, doctor Juan Martín ROMERO VICTORICA (FS. 1581).

III. Que el recurrente encauza el recurso interpuesto, en cuanto fue concedido, por la vía de ambos incisos del artículo 456 del C.P.P.N.

Sostiene que en la decisión en crisis se afectó la garantía constitucional del debido proceso legal, ya que se ignoró el principio de ultraactividad de la ley penal más benigna por lo que, a su entender, se lesionaron los principios de inocencia, de legalidad de los delitos y de las penas, del debido proceso legal y de la prohibición de analogía.

En cuanto a la errónea aplicación de la ley sustantiva, señala que el sentenciante confunde el momento final de la acción delictuosa con el momento de su consumación. Ello por cuanto, a su entender, si el delito es continuo su comisión dura desde el momento inicial (a fines de 1978), hasta el de su cesación (febrero de 2000), y el Tribunal no tiene libertad para elegir y seleccionar, de cualesquiera de las leyes penales que se sucedieron en ese período, la más gravosa.

Considera que el art. 146 del Código Penal vigente a fines de 1978, es la ley previa que debe aplicarse al caso conforme lo establece la Constitución Nacional, y que la ley 24.410 resulta posterior al delito, en tanto no constituye ley anterior previa sino ley penal en vigor “mientras” se está reteniendo u ocultando a Claudia POBLETE.

Por lo expuesto, estima que debe aplicarse el art. 146 del Código Penal vigente al momento en que tuvo su inicio la retención de Claudia POBLETE, en su redacción más benigna, el que no sólo cuenta con asidero constitucional (art. 18), sino que en nuestro derecho interno se consagra en el Pacto de San José de Costa Rica (art. 9) y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 15).

Por lo tanto solicita que se case la sentencia en crisis y se aplique la escala penal

prevista en el art. 146 referido antes de la reforma, o sea de 5 a 15 años, ya que de lo contrario se conculcaría el principio de “nulla poena sine lege”, y se arrasaría con las garantías constitucionales antes mencionadas.

Además, señala que surge del art. 4 de la ley 23.313, mediante la cual el Congreso de la Nación aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que los legisladores formularon una reserva en la que se sostuvo que el apartado segundo del art. 15 del Pacto deberá sujetarse al principio establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional. Por ello considera que el Tribunal Oral no podía aplicar escalas más gravosas “ex-post facto”, pasando por alto la garantía contenida en el art. 18 de nuestra Carta Magna.

En lo relativo a la inobservancia de las normas procesales, alega la recurrente que la sentencia resulta arbitraria toda vez que no satisface, a su entender, el requisito constitucional de adecuada fundamentación y omite el examen de planteos de la defensa conducentes para la solución del caso.

Sostiene es este sentido que la arbitrariedad radica en la “fundamentación normativa”, ya que a su entender el Tribunal se arrogó el papel del legislador al prescindir del texto legal al aplicar retroactivamente la escala penal más gravosa del art. 146 del Código Penal, sin dar razones de ello, por lo que concluye que hubo una interpretación irrazonable y arbitraria de la norma que rige el caso.

Hace reserva del caso federal.

IV. Que durante el término de oficina previsto por los arts. 465, primera parte, y 466 del C.P.P.N., se presentó a fs. 1600/1605 el señor Fiscal General ante esta instancia, doctor Juan Martín ROMERO VICTORICA, solicitando que se haga lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, que se case la sentencia en crisis.

Sostiene que la conducta de retención y ocultación, desde el momento inicial de su comisión hasta la fecha de su cesación, estuvo reprimida penalmente por dos leyes distintas, y que tal circunstancia se traduce en términos jurídicos como sucesión temporal de leyes ya que hay dos leyes penales que regulan la misma situación, que se encuentra resuelta por principios de igual jerarquía constitucional: el de irretroactividad de la ley penal, y el principio de legalidad. La excepción al principio de irretroactividad de la ley penal es el de la “ley penal más benigna”, que es la solución aportada por el legislador cuando nos encontramos ante una sucesión de leyes.

Expresa que en el caso de autos, dado que la reforma introducida por la ley 24.410 sólo afectó la escala penal, resulta claro que la ley más benigna es la del art. 146 del Código Penal, previo a ser modificado por la ley mencionada.

Dice que no surge duda alguna en cuanto a lo establecido en el art. 2 del Código Penal, al aludir a que cuando coexisten dos leyes se aplicará siempre la más benigna, sin distingos, norma que su vez se corresponde con lo dispuesto en el inc. 5º) del art. 479 del C.P.P.N., en cuanto habilita el recurso de revisión para el caso en que corresponda la aplicación retroactivamente de una ley más benigna. Por lo que a su entender, y citando abundante doctrina en aval a su postura, considera que no existe razón para negarle operatividad al principio invocado.

V. Que celebrada la audiencia prevista por el art. 468 del C.P.P.N., de la que se dejó constancia a fs. 1665, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Que, efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Ana María Capolupo de Durañona y Vedia, Gustavo M. Hornos y Amelia Lidia Berraz de Vidal.

La señora juez Ana María Capolupo de Durañona y Vedia dijo:

I. La jurisdicción de esta instancia se encuentra excitada para determinar si el caso objeto de juicio debe ser juzgado a la luz de las disposiciones vigentes previo a las reformas introducidas por la ley 24.410 o si, por el contrario, debe resolverse en autos conforme al plexo normativo modificado por dicha norma.

En tal análisis, se concluirá que la ley aplicable es la que se encontraba vigente previo a 1994, pues el delito de retención y ocultamiento de menor que se imputa a LANDA cesó de cometerse antes de ese año. Asimismo, y por tal razón, habrá de declararse de oficio la extinción de la acción penal, pues desde la fecha en que se agotó el delito objeto de juicio transcurrió el lapso temporal prescriptivo que determina tomar tal decisión, sin que en el ínterin se produjeran secuelas de juicio o los imputados cometieran nuevos delitos.

II. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 5 de esta ciudad, mediante el pronunciamiento de fs. 1529/1540 vta. y 1507/1508, condenó a Ceferino LANDA a la pena de nueve años y seis meses de prisión, inhabilitación absoluta por el

tiempo de la condena, demás accesorias legales y costas, y a Mercedes Beatriz MOREIRA de LANDA a la pena de cinco años y seis meses de prisión, inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, demás accesorias legales y costas, por considerarlos responsables penalmente del delito de retención y ocultamiento de un menor de diez años, en calidad de coautores. Cabe señalar que el primero de los nombrados fue condenado también por estimárselo partícipe necesario en un delito de falsedad ideológica en instrumento público, y autor de dos falsedades ideológicas en instrumento público, uno de ellos destinado a acreditar la identidad de las personas (art. 293, primero y segundo párrafos, este último en función del 292 segundo párrafo –texto según leyes 20.642 y 21.766–, todos del Código Penal).

III. Para imputar al matrimonio LANDA, la comisión del delito previsto por el art. 146 del Código Penal (modificado por la ley 24.410), el tribunal de mérito estimó que tras el debate oral y público celebrado se había acreditado que:

“el día 28 de noviembre del año 1978, una menor (nacida el 25 de marzo de 1978 e hija de José Liborio Pobrete Roa) llamada Claudia Victoria Pobrete fue trasladada junto con su madre Gertrudis Marta Hlaczik al centro de detención clandestino denominado “El Olimpo”, que se hallaba ubicado en la intersección de las calles Ramón Falcón y Olivera de esta ciudad y dependía operacionalmente del Cuerpo de Ejército I”.

“Transcurridos uno, dos o tres días del arribo, con la falsa promesa de que iba a ser entregada a sus abuelos maternos, la infante es retirada del lugar”.

“Casi sin solución de continuidad, la bebé es entregada por el entonces Teniente Coronel Médico Julio César Cáceres Monié, a la sazón Jefe de la División Sanidad del Comando de Cuerpo de Ejército I, a una persona del sexo masculino, que con el grado de Teniente Coronel prestaba servicios en el mismo Comando de Cuerpo, y a su cónyuge”.

“A su vez el militar que recibiera la menor proporciona a Cáceres Monié los datos necesarios para que éste extienda un certificado de nacimiento ideológicamente falso, al distorsionarse no sólo el lugar fecha de alumbramiento, sino que se alteraron los datos de los padres biológicos y el nombre de la criatura, consignándose la como nacida el día 13 de junio de 1978 e hija del matrimonio que la recibía”.

“Munido del referido instrumento, el sujeto en cuestión obtiene la inscripción

registral del supuesto nacimiento –acta n° 2036 del registro Civil, Circunscripción 8ª, de esta ciudad–, donde se indujo al oficial público interviniente a asentar las inexactitudes que ya se pusieran de manifiesto”.

“Idéntico camino transitó dicha persona para que el Registro Nacional de las Personas expidiera el documento nacional de identidad n° 26.769.382, a nombre de Mercedes Beatriz Landa”.

“Desde que la bebé quedara en poder del matrimonio que pretendió desempeñar el rol de padres biológicas, permaneció retenida y ocultada hasta que alcanzara la mayoría de edad. Y a partir de ese momento, continuó de la misma forma bajo la identidad de Mercedes Beatriz Landa, hasta que el día 10 de febrero de 2000 queda develada la maniobra y toma conocimiento de que su verdadero nombre es Claudia Victoria Pobrete y de quienes integraban su familia biológica sobreviviente”.

El Tribunal señaló que el ocultamiento de menor que llevaron a cabo los imputados “no cesa –como pretende la defensa– al cumplir la víctima diez años, sino en el momento en que cesa el ocultamiento y la persona pasa a conocer su identidad, y esto había acaecido... el día 10 de febrero de 2000, fecha en la cual el señor magistrado instructor hizo saber a Claudia Victoria Pobrete sus datos filiatorios” y, en virtud de ello, consideró que el hecho configuraba el delito previsto por el art. 146 del Código Penal modificado por la ley 24.410, que entró en vigencia a comienzos del año 1995.

IV. Los delitos que contempla el art. 146 del Código Penal son de aquellos que requieren una calidad particular en la persona sobre la que debe recaer la acción típica, para poder configurarse, pudiendo afirmarse que se trata de delitos calificados en virtud de la particular característica de la víctima que, en el supuesto en análisis, debe ser menor de diez años.

Ello surge claramente de la propia letra de la ley: “será reprimido con prisión o reclusión de 5 a 15 años, el que sustrajere a un menor de diez años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare”. Las conductas y retención y ocultamiento allí previstas, es obvio, se refieren siempre a un menor de diez años sustraído previamente: “...lo retuviere u ocultare”, ¿a quién? “...a un menor de diez años...”

En este sentido es unánime la doctrina. Carlos FONTAN BALESTRA, por ejemplo, señala que *“la materialidad de este delito consiste en sustraer, retener u ocul-*

tar a un menor de diez años” (conf. Tratado de Derecho Penal, Tomo V, pág. 323, edit. Abeledo - Perrot, Bs. As., 1992).

Sebastián SOLER, por su parte, al referirse a las figuras previstas por los arts. 146 a 149 del Código Penal dice: “dentro del tema de los delitos contra la libertad individual nuestra legislación ha incluido cuatro figuras muy diferentes entre sí, todas ellas referidas a menores de edad hasta diez y hasta quince años” (conf. Derecho Penal Argentino, Tomo IV, pág. 62, Editorial Tipográfica Argentina, Bs. As, 1992).

En similar sentido se expide Ricardo NÚÑEZ al indicar que “el objeto material de la sustracción o víctima del delito, es una persona de menos de diez años. Si el menor ha cumplido esta edad, su sustracción puede importar, cuando se dan sus condiciones, un atentado contra la libertad personal (art. 141 o 142)” (Tratado de Derecho Penal IV, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1989).

No debe perderse de vista que, como indica Eusebio GÓMEZ, “la expresión genérica “sustracción” cuadra, perfectamente, tanto a la retención como a la ocultación, porque, en realidad, por efecto de la una y de la otra, el menor queda sustraído a la potestad de las personas expresadas, aunque no medie la traslación que es lo que caracteriza a la sustracción propiamente dicha” (Tratado de Derecho Penal, Tomo 3, pág. 358, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1940).

Este autor comenta el delito indicando que su materialidad consiste en “sustraer a un menor de diez años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él; en retener a ese menor; o en ocultarlo” y que “sujeto pasivo debe ser, necesariamente, un menor de diez años, sin distinción de sexos”, como también que “cuando él [el delito] se comete reteniendo u ocultando **al menor**, la permanencia del delito es evidente” (ídem, pág. 357 y ss. El subrayado del texto me pertenece).

Recientemente también Edgardo DONNA ha sostenido, citando a Carlos CREUS, que “*la relación u ocultación tiene que referirse a un menor que haya sido sustraído para que tales conductas resulten típicas*” (Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II-A, pág. 217, Edit. Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As., 2001).

Jorge BUOMPADRE, en su obra “Delitos contra la Libertad Individual” (Edit. Mario A. Viera Editor, pág. 119, Corrientes, 1999) es categórico: “*sujeto pasivo es el menor de diez años de edad*”.

Por último citaré las palabras de Rodolfo MORENO (h), que es contundente al señalar que “para que concurra el delito de sustracción de menores se requiere... que la persona sustraída no tenga diez años cumplidos” y que “el artículo se refie-

re también a la retención del menor. Para la existencia del delito deben concurrir los mismos extremos que se han determinado para la sustracción” (“El Código Penal y sus antecedentes”, Tomo IV, pág. 387 y ss., Edit. H. A. Tomás, Bs. As., 1923).

De lo dicho, y sin ingresar al análisis de si el menor a que se refieren los arts. 146 y ss. Resulta víctima del delito o también es sujeto pasivo del mismo –discusión que resulta abstracta en el “*sub lite*”–, se deduce claramente que si las conductas de sustracción, retención u ocultamiento contempladas en la citada disposición no recaen sobre un menor de diez años, se está frente a la ausencia de un elemento típico que impide la comisión de los delitos allí previstos, sin perjuicio de que otros distintos puedan realizarse.

Resulta imposible, por ende, considerar que los LANDA continuaron cometiendo los delitos de retención y ocultamiento de menor de diez años, desde que Claudia Verónica POBLETE tuvo unos pocos meses de vida, hasta que superó holgadamente la mayoría de edad, pues ello importa la extensión por la vía pretoriana de los tipos penales con los que el legislador describe las características específicas de las conductas delictivas, violándose de tal modo el principio de legalidad que nuestra Constitución Nacional recoge (arts. 18 de la Constitución Nacional, 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 11.2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Debe concluirse, sin más remedio, que el delito que se les imputa se consumó en la fecha inicial que se ha indicado, y que, dado su carácter permanente, continuó cometiéndose hasta su agotamiento: los diez años de edad de la niña POBLETE.

Se encuentra fuera de toda discusión el valor inestimable que la identidad posee, tanto para adultos, como para niños, y la importancia que tiene, en el caso de estos últimos particularmente, el conocerla al formarse en sus primeros años de vida, antes y después de los 10 años. Lo mismo cabe decir del derecho de permanecer con la familia propia, de ejercer y de gozar de los vínculos que la pertenencia a una familia biológica o legal importa (vid. En este sentido, por ejemplo, las consideraciones del Ministro Enrique Santiago Petracchi en el precedente “SCACCHERI de LÓPEZ, María s/denuncia” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación –Fallos 310:2214–).

Pero no es posible suponer que un delito continúa cometiéndose, porque sus efectos se mantengan si los requisitos que la ley exige para constituir en penalmente relevante una conducta no están presentes en un caso. Como señala Raúl Eugenio

ZAFFARONI, “*no debe confundirse el delito permanente con el de resultado o efecto permanente*” (Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo IV, pág. 556, Edit. Ediar, Bs. As., 1981. Con las mismas palabras en su reciente “Derecho penal. Parte General”, pág. 823, Edit. Ediar, Bs. As., 2001).

Comparto con Zulita FELLINI la conclusión relativa a que en determinados supuestos “*el límite de edad de la víctima... no tiene fundamentación jurídica válida en el ámbito del derecho penal desde la protección de los bienes jurídicos de quienes han cumplido esa edad*” (Delito de Tráfico de Niños, pág. 146, Edit. Hammurabi, Bs. As., 2000).

Es por ello que, independientemente de los debates que puedan generarse al intentar determinar cuál es el bien jurídico que el art. 146 del Código Penal pretende tutelar, la limitación de edad de la víctima que esta norma contiene, como la que aparece también en el art. 139 del mismo cuerpo legal, parece fuertemente criticable atento los conceptos modernos de niñez, sustancialmente más avanzados que los existentes al momento de sancionarse nuestro Código Penal en 1921.

Lamentablemente la modificación llevada a cabo por la ley 24.410 no reparó la cuestión, pese incluso a la tenue advertencia de algunos de los legisladores que participaron de su debate parlamentario (cfr. intervención del senador CABANA).

La cuestión, desde esta óptica, parece jurídicamente más grave respecto de menores que tarde o nunca se enteraron de sus verdaderos orígenes. A ellos se los ha privado desde siempre de la verdad, con las consecuencias que ello acarrea.

Sin embargo, más allá de estas apreciaciones, debe recordarse que resulta inadmisibles que un magistrado se aparte de la letra de la ley y resuelva en contra de ella, razón por la que no puede sino concluirse que el “a quo” ha efectuado una errónea interpretación de la ley al sostener que el matrimonio LANDA cometió el delito de retención y ocultamiento de menor desde el 28 de noviembre de 1978 hasta el 10 de febrero del 2000, pues ese delito cesó de cometerse el 25 de marzo de 1988, fecha en que Claudia Victoria POBLETE cumplió 10 años de edad.

Esta circunstancia, claro está, despeja la discusión acerca de la aplicación de la ley 24.410, que no resulta aplicable por ser posterior a la consumación del ilícito endilgado a los LANDA.

V. Sentado lo precedentemente expuesto, se advierte que desde la fecha de cesación del delito de ocultamiento de menor imputado –que resulta ser el más pró-

ximo en el tiempo de los que se endilgan a los procesados– transcurrió el lapso prescriptivo que obliga a declarar extinguida la acción penal, cuestión de orden público, que debe ser incluso resuelta de oficio (vid. en tal sentido, C.S.J.N., Fallos 207:86, 313:1224, 323:1785, 322:717, entre muchos otros, criterio que esta Sala ha seguido respecto de esta cuestión en los precedentes causa Nro. 353, “RUI-SANCHEZ LAURES, Ángel s/recurso de casación”, Reg. Nro. 613, rta. el 26/6/96 y causa Nro. 408 “CAFIERO Juan Pablo y otro s/recurso de casación”, Reg. Nro. 662, rta. el 8/10/96. Recientemente también, la Sala III de ese Tribunal, causa Nro. 3952, “ITA-COR S.A. s/recurso de casación”, Reg. Nro. 565/2002, rta. el 2/10/02).

En efecto, desde el 25 de marzo de 1988 transcurrió el término que, conforme establece el art. 62, inc. 2º, del Código Penal, debe operar en autos para que la acción penal por los hechos delictivos imputados se prescriba, sin que se acreditara que alguno de los LANDA cometiese desde entonces nuevos delitos durante ese lapso que pudiesen haber interrumpido el curso preventivo, ni que hayan existido secuelas de juicio que hubiesen tenido esa consecuencia (las actuaciones se iniciaron en abril de 1998, ordenándose recibir declaración indagatoria al matrimonio LANDA recién el 10 de febrero de 2000).

VI. Es por ello que propicio se case la sentencia recurrida, se declare la extinción de la acción penal por prescripción en estas actuaciones en orden a los hechos ilícitos que se atribuyeron a Ceferino LANDA y a Mercedes Beatriz MOREIRA de LANDA, y se sobresea a los nombrados en relación a dicha imputación, disponiéndose su inmediata libertad, sin costas (art. 62º, inc. 2º) en función del art. 146 –texto originario–, 293 primer y segundo párrafo, este último en función del 292 segundo párrafo –texto según leyes 20.642 y 21.766–, todos del Código Penal; y arts. 336, inc. 2º), 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Tal es mi voto.

Los señores jueces Gustavo M. Hornos y Amelia Lydia Berraz de Vidal dijeron:

Conforme fuera limitada la concesión del recurso en examen por el Tribunal de “a quo” –cfr.: fs. 1569/1570–, la defensa de los imputados ha recurrido ante esta instancia por considerar que se ha violado el art. 18 de la Constitución Nacional al condenarse a sus asistidos conforme a la escala penal prevista por el art. 146 del Código Penal luego de ser modificado por la ley 24.410, pues considera que debe

aplicarse la ley vigente al momento que tuvo inicio el accionar delictivo que se le reprocha al matrimonio LANDA.

Es entonces, y por lo que luego se dirá, que a ese punto de análisis debe quedar ceñida la revisión a efectuarse en esta instancia, en razón de que el conocimiento del Tribunal de Casación queda circunscrito a los puntos de decisión a que se refieren los agravios aducidos en condiciones de forma (art. 445, primer párrafo, C.P.P.N.).

Al respecto, corresponde recordar que el sentenciante ha considerado probado que “el día 28 de noviembre del año 1978, una menor (nacida el 25 de marzo de 1978 e hija de José Liborio Pobrete Roa) llamada Claudia Victoria Pobrete fue trasladada junto con su madre Gertrudis Marta Hlaczik al centro de detención clandestino denominado “El Olimpo”, que se hallaba ubicado en la intersección de las calles Ramón Falcón y Olivera de esta ciudad y dependía operacionalmente del Cuerpo de Ejército I”.

“Transcurridos uno, dos o tres días del arribo, con la falsa promesa de que iba a ser entregada a sus abuelos maternos, la infante es retirada del lugar”.

“Casi sin solución de continuidad, la bebé es entregada por el entonces Teniente Coronel Médico Julio César Cáceres Monié, a la sazón Jefe de la División Sanidad del Comando de Cuerpo de Ejército I, a una persona del sexo masculino, que con el grado de Teniente Coronel prestaba servicios en el mismo Comando de Cuerpo, y a su cónyuge”.

“A su vez el militar que recibiera la menor proporciona a Cáceres Monié los datos necesarios para que éste extienda un certificado de nacimiento ideológicamente falso, al distorsionarse no sólo el lugar fecha de alumbramiento, sino que se alteraron los datos de los padres biológicos y el nombre de la criatura, consignándosele como nacida el día 13 de junio de 1978 e hija del matrimonio que la recibía”.

“Munido del referido instrumento, el sujeto en cuestión obtiene la inscripción registral del supuesto nacimiento –acta n° 2036 del registro Civil, Circunscripción 8ª, de esta ciudad–, donde se indujo al oficial público interviniente a asentar las inexactitudes que ya se pusieran de manifiesto”.

“Idéntico camino transitó dicha persona para que el Registro Nacional de las Personas expidiera el documento nacional de identidad n° 26.769.382, a nombre de Mercedes Beatriz Landa”.

“Desde que la bebé quedara en poder del matrimonio que pretendió desempeñar

el rol de padres biológicas, permaneció retenida y ocultada hasta que alcanzara la mayoría de edad. Y a partir de ese momento, continuó de la misma forma bajo la identidad de Mercedes Beatriz Landa, hasta que el día 10 de febrero de 2000 queda develada la maniobra y toma conocimiento de que su verdadero nombre es Claudia Victoria Pobrete y de quienes integraban su familia biológica sobreviviente”.

El Tribunal señaló que el ocultamiento de menor que llevaron a cabo los imputados “no cesa –como pretende la defensa– al cumplir la víctima diez años, sino en el momento en que cesa el ocultamiento y la persona pasa a conocer su identidad, y esto había acaecido... el día 10 de febrero de 2000, fecha en la cual el señor magistrado instructor hizo saber a Claudia Victoria Pobrete sus datos filiatorios” y, en virtud de ello, consideró que el hecho configuraba el delito previsto por el art. 146 del Código Penal modificado por la ley 24.410, que entró en vigencia a comienzos del año 1995.

Cabe resaltar que el reseñado marco fáctico, en su completo desarrollo histórico, y la significación jurídica que el sentenciante le asignara no han sido cuestionados en la instancia por la Defensa; arguyendo únicamente que en ese consentido lapso el Tribunal no tenga “libertad y arbitrio para elegir y seleccionar de cualesquiera de las leyes penales que se sucedieron” y optar por la más gravosa (ver fs. 1558 de su recurso).

Como se adelantó, el ámbito sobre el que esta instancia puede ejercer su jurisdicción, en estricta relación al planteo casatorio efectuado, se limita a la cuestión de determinar si la escala penal prevista para dicho delito y conforme a la que debe decidirse el caso es la que tenía lugar al momento en que se inició el ocultamiento (de 3 a 10 años de reclusión o prisión) o la más gravosa que, con la modificación introducida por la ley 24.410 en el año 1995, el legislador estableció para dicha figura (de 5 a 15 años de las mismas penas).

Conforme a ello, no puede sino concluirse que la aplicación de las previsiones de la ley 24.410 al caso resulta correcta.

Además de remitir a la abundante fundamentación que ha brindado el sentenciante sobre el punto, cabe resaltar que esta Sala ya se ha expedido sobre el tópico en un caso análogo al presente, señalando que cuando el ilícito se prolonga en el tiempo y “*son todos y cada uno de sus momentos idénticamente violatorios de la ley, pudiéndose imputar cualquiera de ellos a título de consumación... el dictado de una nueva ley que modifique a la anterior en un sentido más desfavorable para*

el imputado, obliga al intérprete a establecer si el sujeto persiste o no en su omisión punible. Es decir, si sigue adelante con ella, pese a las disposiciones de la nueva normativa, debe aplicársele ésta más severa que voluntaria y deliberadamente insiste en seguir infringiendo, no pudiendo luego ampararse para mejorar su situación en la circunstancia de que un tramo de la acción delictiva desarrollada la ejecuto bajo una ley más benigna, ya que a pesar de la consecuencia más grave dispuesta por la última normativa legal, siguió adelante con su conducta criminal. El principio de la irretroactividad relativa de la ley penal quiere proteger al infractor respecto de las consecuencias más graves que éste pueda sufrir como resultado de las nuevas valoraciones legales que se proyecten sobre actos ocurridos antes de la vigencia formal de estas valoraciones, pero no cuando la acción se sigue ejecutando luego de que ellas ya son obligatorias” (Guillermo J. Fierro, “La ley penal y el derecho transitorio”, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1978, págs. 222/223) (causa Nro. 1417 del registro de esta Sala, caratulada “GLIKIN, León s/recurso de casación”, Reg. Nro. 2024.4, rta. el 31/8/99).

Ello resulta plenamente aplicable al “sub lite”. Los LANDA, una vez dictada la ley 24.410, siguieron ocultando a la menor POBLETE, manteniéndola fuera de la custodia legítima de quienes tenían derecho a ella durante el tiempo que subsistió el estado antijurídico por ellos creado; y cada uno de los momentos en que ello ocurrió importa la comisión del delito mencionado, conforme éste ha sido entendido por el “a quo”, interpretación que no ha discutido la recurrente.

Ciertamente, el principio de legalidad, mencionado por la defensa, impone la obligación de juzgar el hecho conforme a la ley vigente al momento de su comisión. Es que, la represión es subjetivamente justa sólo frente a la posibilidad de los afectados de conocer en el momento de la infracción las consecuencias de esa índole establecidas para ella. De esto se deriva la necesidad de que la gravedad de las consecuencias del delito no exceda la medida establecida en el momento en el cual el autor se hace acreedor a ellas (cfr.: NÚÑEZ, Ricardo C.: “Tratado de Derecho Penal”, Tomo I, pág. 136, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1987).

Por ello es que el artículo 2 del Código Penal establece la excepción a este principio ordenando que si la ley vigente al momento de pronunciarse el fallo, durante el tiempo intermedio, o durante la condena, fuere distinta a la del momento de cometerse el delito, se aplicará la más benigna. Disposición que no abarca la solución que ahora reclama la defensa.

Argumentos que acarrearán el rechazo del recurso de casación interpuesto, con costas; lo que así se propicia.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, por mayoría, el Tribunal

RESUELVE:

I. NO HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto, a fs. 1562/1567, por la doctora Gladis Mirta FARRACE, asistiendo a Ceferino LANDA y a Mercedes Beatriz MOREIRA de LANDA, con costas arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal planteada por la parte antes mencionada.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítase la causa al Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 5 de la Capital, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

A.M.C. DURAÑONA Y VEDIA
GUSTAVO M. HORNOS
AMELIA LYDIA BERRAZ DE VIDAL

CAUSA N° 7-6843-6

“Excepción de prescripción de acción, Dr. Appiani, Jorge H.”.

Capítulo I

No hace lugar a la excepción de prescripción de la acción penal.

La Plata, mayo 18 de 2001.

AUTOS Y VISTOS Para resolver en el presente incidente nro.7-6843-VI, caratulado: “EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN DE ACCIÓN (DR.APPIANI, Jorge H), y

CONSIDERANDO: Que el presente incidente se inicia con motivo de la interposición de la excepción de prescripción de la acción penal, interpuesta por el abogado defensor de Carlos Guillermo Suárez Mason, Dr. Jorge Appiani. Fundamenta el mismo en que los delitos previstos y reprimidos por los arts.139 inciso 2do. y 146 del Código Penal, son delitos instantáneos y consecuentemente, teniendo en consideración la fecha de la supuesta comisión de los mismos, se encontrarían proscriptos por haber transcurrido el máximo de la pena señalada para los mismos. Cita en su apoyatura fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (318:421). Afirma que la sustracción de un menor de diez años es un delito instantáneo y quien lo comete no puede ser, al mismo tiempo, sujeto activo de la retención u ocultamiento de aquél.

La ley 24.556 que aprueba la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, incorporada a la Constitución Nacional por ley 24.820, es inaplicable en autos, en razón de que en todo lo relacionado a la configuración del delito es programática y no operativa, y sus previsiones no se asimilan a la de los arts. 139 inc.2do.y 146 del C.P. Continúa afirmando que su eventual aplicación riñe con el principio de la irretroactividad de la ley penal más gravosa, y que al castigar la ley la sustracción de un menor de 10 años de sus legítimos padres, cesa cuando el menor supera esa edad. Por otra parte afirma que la teoría del hecho a través de un aparato organizado de poder como fundamento de la autoría, se sustenta en la efectiva conducción del suceso típico por parte del sujeto activo, y a! haber pasado su defendido a la situación de retiro, ha cesado también en el supuesto control del hecho y, a partir de entonces corrió el tiempo suficiente para que operara la prescripción. En definitiva concluye que no pueden aplicarse leyes posteriores a los hechos punibles, como lo es la ley 24.410, y que la sustracción de una menor no es un delito permanente, y por ende se encuentra prescripto. Hace reserva de recurrir en casación.

Corrido el traslado pertinente al Sr. Agente Fiscal Federal, a fs.24 el Dr. Oscar Guierrez Eguía, considera que no debe hacerse lugar a la excepción de prescripción opuesta, en razón del contenido del fallo de la Sala J de la Excma. Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, dictado en la causa nro. 30.312, caratulada; “VIDELA, Jorge Rafael”, resuelta el 09-09-99, donde expresamente se estableció que la desaparición forzada de personas –en cuyo concepto se inscriben la sustracción, retención y ocultamiento de menores–, constituye un crimen contra la humanidad, como tal imprescriptible. Esta característica se impone por sobre las normas internas que puedan contener disposiciones contrarias, independientemente de la fecha de comisión. La supremacía del derecho de gentes y la inoponibilidad de las normas del derecho interno imponen declarar en el caso que la acción penal se haya expedita; so riesgo de generar la responsabilidad del Estado Argentino por inobservancia de las normas internacionales existentes, corresponde formular una exégesis del art. 18 C.N. que morigere su alcance respecto de la prescripción de la acción penal en materia de crímenes contra la humanidad. Esta interpretación resulta ser la que se adecua más plenamente a la trascendencia del derecho de gentes reconocida por CN art. 118 del mismo texto fundamental.

Que corrida la vista a la parte querellante, a Fs.28/29 se presenta la Dra. Marta Vedio, y manifiesta que al margen de la sustracción que se les endilga a los imputados, con la imputación de la retención y ocultación de la menor y su identidad, delitos de carácter permanente, obsta que se haya operado la prescripción. En la medida que tales delitos no habrían cesado de cometerse, no comenzó a correr el curso de la prescripción. Cita la jurisprudencia recaída en la causa nro.30.514 “MASSERA s/excepciones”, donde se estableció que la permanencia de al menos parte de los delitos atribuidos, en la medida en que han implicado una renovación constante de los hechos, han interrumpido el curso de la prescripción de la acción penal de cualesquiera otros delitos que concurrieran aun materialmente. Desde el punto de vista del derecho internacional público, los hechos imputados, además de ostentar per se el carácter de permanentes hasta tanto la suerte y el paradero de la persona desaparecida se ignoren, resultan imprescriptibles por tratarse de delitos de lesa humanidad, cualquiera sea la fecha de su comisión. Por último solicita el rechazo de la excepción articulada.

Que transe de decidir, y siendo el presente incidente un accesorio del principal, considero ilustrativo realizar una apretada síntesis de los antecedentes relevantes a

los fines de resolver. Aída Sanz es secuestrada cuando se encontraba embarazada en estado muy aproximado a la fecha de parto, habiendo tenido familia en cautiverio el día 27 de diciembre de 1977 en el llamado “Pozo de Banfield”, lugar donde habría sido trasladada desde otro lugar de detención por haber tenido contracciones mientras era torturada, niña a la que habría puesto el nombre de Carmen y que le fuera arrebatada inmediatamente después del nacimiento. Recién en el año 1999, la criatura que fuera anotada en el Registro Civil como María de las Mercedes Fernández, y a raíz de haberse efectuado voluntariamente un análisis de ADN en el Hospital Durand, recupera su identidad al saber que su madre biológica había sido Aída Sanz, habiendo intervenido como médico obstetra el imputado Berges, conforme surge del acta de constatación de nacimiento reservada en Secretaría.

En primer lugar es necesario dejar aclarado que el hecho acriminado que nos ocupa –sustracción y sustitución de identidad de una menor–, constituye uno de los denominados delitos contra la humanidad. Cuya figura fue creada por la Carta Orgánica del Tribunal de Nuremberg (Whiteman Marjori, “Digest of International Law, Washinton Dept.of State, vol.XI, ps.882-883, art.óto.). Si bien existen discrepancias doctrinarias respecto del tema de la retroactividad de la ley penal en este tipo de delitos, comparto el criterio sustentado por Hans Kelsen en su obra intitulada “Principios del Derecho Internacional Público” (Bs. As., El Ateneo, 1965 p. 117), cuando afirma que los crímenes contra la humanidad “constituyen nuevos delitos internacionales, y por aplicación del Acuerdo de Londres, tienen el carácter de derecho penal retroactivo. El derecho Internacional general no prohíbe –como lo hacen algunas constituciones– la promulgación de normas jurídicas con fuerza retroactiva ‘ex post facto’”.

También se ha sostenido que no solamente el concepto de “crímenes contra la humanidad” comprende a cuestiones internacionales, como lo pretende el incidentista, uno que es más amplio que los llamados “crímenes de guerra”, toda vez que los primeros pueden ser cometidos durante la guerra como durante la paz, pudiendo ser dirigidos contra cualquier población civil, incluyendo la propia del estado agresor, y este proveyente añade a la del propio estado aunque no se trate de un conflicto entre países (conf. Kahn Paul W, From Nüremberg to The Hague: The United States Position in Nicaragua vs. United States, Development of Intemational Law, en “Yale Journal of International Law”, 12 (1987), 1, 1-62 y Michael Akehurst “Modern Introduction Law”, 5ta.ed., Londres, Allm & Unwin, 1984, p.238).

Cabe destacar que la Carta Canadiense de Derechos y Libertades de 1982, establece

en su art. 11 g) que la retroactividad no podrá servir como defensa cuando los crímenes son tales de acuerdo con la ley internacional o de acuerdo a la ley de las naciones.

Con relación a la calidad programática que el incidentista le pretende otorgar a las cláusulas de los tratados internacionales, destacada doctrina ha sostenido que los tratados que protegen los derechos humanos son operativas (conf. Albanese Susana, “Operatividad y Programaticidad de los Tratados Internacionales incorporados al derecho interno”, LL 1987-C p.984). No obstante ello esta discusión en la actualidad carece de sentido ante la reforma constitucional de 1994 (art.22) y la sanción de la ley 24.410.

Por otra parte, en cuanto a la alegada prescripción, nuestros tribunales tienen establecido que la sustracción de menores y la sustitución de sus identidades constituyen, de acuerdo con el derecho internacional público, delitos contra la humanidad, por lo tanto resultan imprescriptibles cualquiera sea la fecha de su comisión (Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, 9-9-99, MASSERA Emilio E.).

También cabe advertir, conforme se señala en el precitado fallo, que la sustitución de identidad es un delito de carácter permanente, y por ende no opera la prescripción de la acción penal, toda vez que el delito cesó de cometerse cuando –en el supuesto que nos ocupa–, María de las Mercedes Fernández tomó conocimiento de su verdadera identidad, de su origen biológico –año 1999–, conforme lo prescribe el art. 63 del Código Penal que determina que cuando un delito es continuo comienza a correr la prescripción de la acción desde la medianoche del día en que cesó de cometerse.

Para finalizar, y sin perjuicio de lo expuesto respecto de la retroactividad de la ley penal y la prescripción, tratándose en autos de un delito de naturaleza continua que cesó de cometerse en el año 1999, en esta fecha estaba vigente la ley 24.410 (b.o. 2-1-95 que modifica los artículos 139,139 bis y 146 del Código Penal), y en consecuencia son de plena aplicación en autos.

Que por todo lo expuesto, y compartiendo el criterio sustentado por el Sr. Agente Fiscal Federal y la parte querellante, es que:

RESUELVO: No hacer lugar a la excepción de prescripción impetrada por el Dr. Jorge Humberto Appiani, en representación de Carlos Guillermo Suárez Mason.

Notifíquese.

Firmado: Arnaldo Hugo Corazza, Juez Federal.

Causas relacionadas con la querrela a una abuela y la identidad de una persona.

Capítulo I

Causa letra T, N° 7/99, “Torres de Parodi, Sonia s/acción de injurias y calumnias”.

Juzgado Correccional de 3ª NOMINACION de Córdoba

SENTENCIA NUMERO: VEINTIOCHO

Córdoba, trece de agosto de dos mil dos.

Y VISTOS:

Estos autos caratulados: “TORRES SONIA O TORRES DE PARODI SONIA p.s.a. de Injurias y Calumnias” (Causa Letra “T” N° 7/99), venidos a juicio a este Juzgado Correccional de Tercera Nominación, a cargo de su titular, Dr. Rubens Gerardo Druetto, Secretaría a cargo de la Autorizante, en los que ha tenido lugar la audiencia a los fines del debate, con la presencia del querellante Dr. Tránsito Rigatuso, acompañado de su apoderado, Dr. Mariano Arbonés; de los defensores de la querellada Dres. María Teresa Sánchez y Elvio R. Zanotti y de la querellada **Sonia Herminia Torres**, argentina, de 73 años de edad, divorciada, farmacéutica, nacida en la Ciudad de Villa Dolores de esta Provincia de Córdoba, el día 23 de septiembre de 1929, domiciliada en calle Las Varillas s/n de Barrio Villa Rivera Indarte de esta Ciudad, hija de Luis Torres Amaral y de Josefa Herminia Diez, Prio. N° 245.428 Secc. I.G.

Y CONSIDERANDO:

CONSIDERA EL SUSCRIPTO: que el planteo de Nulidad de la acusación formulada por el Dr. Zanotti, dando como fundamento el defensor que de la simple comparación del escrito al punto 2, con lo que refiere el artículo periodístico, donde el autor Bassola, reconoció que le pertenecía el resto, pues Sonia sólo dijo lo que está entrecorillado “Son los chicos que delató Rigatuso” y que ya hubo una querrela anterior contra Sonia Giselle Parodi, donde pudo haberse incurrido en error pero éste no puede sostenerse dos años después. **Estimo que** dicho pedido no debe prosperar, toda vez que el único argumento esgrimido para fundar la nulidad ha sido los dichos de un testigo, lo que constituye un elemento probatorio, el que corresponde que sea valorado junto con el resto de la prueba. Además, en nuestro sistema legal, de taxatividad normativa de las nulidades, la irregularidad

formal de un acto procesal sólo habilitará la declaración de su inválidez jurídica, cuando aquella obedezca a la inobservancia de exigencias impuestas para su realización por la ley y como condición de validez de los mismos. (Conf. Arocena, Gustavo “La nulidad en el proceso penal” pag. 49 y sgtes.) Por lo que el pedido de nulidad debe ser desestimado. Entrando de lleno en el análisis de la cuestión y teniendo en cuenta que el querellante Tránsito Rigatuso ratificó la acción penal privada ejercida contra Sonia Torres ó Torres de Parodi, por los delitos de Injurias y Calumnias previstos por los arts. 109 y 110 del C. Penal y con los elementos de convicción receptados e incorporados en el curso del debate ha quedado acreditado que en la Edición Dominical del diario “LA VOZ DEL INTERIOR” del día 21 de junio de 1998, en la página cuatro de la Sección “A”, se publicó un artículo titulado “Una batalla permanente contra el tiempo y el olvido” luego de que el periodista Adrián Bassola, entrevistara a Sonia Herminia Torres, en la que se lee “Escuela Superior de Comercio Manuel Belgrano... Silvina no fue la única desaparecida que tiene ese Instituto, sino que la cifra supera los diez “son los chicos que delató Rigatuso” afirma Sonia en alusión a Tránsito Rigatuso interventor del Instituto en los años previos al golpe...”. En segundo lugar, por Sentencia de 29 de octubre de 1997, el Juez Federal Gustavo Becerra Ferrer en autos “Aquin de Nadra Blanca Inés-Querella” a fs. 203/206 resuelve: I. Sobreseer total y definitivamente los presentes autos en relación a la acción instada en contra de Hugo Lafranconi y Tránsito Rigatuso, toda vez que los hechos imputados no han sido probados ni acreditada su existencia...”. Son todas circunstancias que han quedado acreditadas con la testimonial, instrumental y documental incorporada, que no fuera controvertida y a la que me remito en homenaje a la brevedad. Por razones metodológicas, una vez establecida la existencia material de los términos atribuidos a la querellada, como lo reconociera el periodista Bassola, deslindando qué parte le correspondió a él y cual a la hoy querellada, se debe analizar si los mismos constituyen una acción típica configurativa de alguno de los delitos protegidos por el Código Penal en el Título II, en los Delitos contra el Honor. Por exigencia del tipo legal previsto en el art. 109 del C. Penal, –Calumnias– donde la acción típica consiste en la falsa imputación de un delito que dé lugar a una acción pública, la cual debe ser concreta, y deben establecerse las circunstancias de modo, lugar y persona de comisión en forma clara, debiendo dar lugar a una acción pública, y la calificación de una calidad, costumbre o conducta no cae bajo el

ámbito del art. 109, tampoco la atribución de una conducta delictiva indeterminada. Exige la imputación de un delito, una atribución delictiva singularizada (Ver Catucci, Silvina G. “Calumnias e Injurias” págs. 45 y sgtes.) por lo que nunca podrá atribuirse el delito de Calumnia a alguien a quien se le atribuye la calidad de “delator”, no pudiéndose deducir o considerársela que quiso expresar que se trataba de “partícipe necesario del delito de Homicidio” pues como continúa expresando la autora citada, la ley establece que dicha expresión debe ser clara en cuanto al modo de efectuarla, ya que el cuño de esa frase corresponde al querellante, y no puede atribuirse a la querellada sin perjuicio de violar el principio constitucional de Inocencia y de Defensa en Juicio protegido por el art. 18 de la C.N. y los Pactos Internacionales (art. 75 inc. 22 de la C.N. y art. 8 de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos-Pacto de San José de Costa Rica”). Por lo que la existencia del delito de Calumnias debe quedar desestimado. Distinta es la consideración que debe realizarse para efectuar el análisis de la configuración del tipo de la Injuria, que consiste en deshonrar o desacreditar, ya que al haberle atribuido, la Sra. Torres al querellante haber delatado a los chicos del Manuel Belgrano a las Fuerzas de Seguridad, constituyen una ofensa para el honor del querellante, pues está afectando su honor presunto. En relación a la existencia del “animus injuriandi” el delito prescripto por el art. 110 del C.P. no requiere una intención o propósito especial, integrándose el dolo, al igual que en cualquier otro delito, con el conocimiento y la voluntad. Es decir, con el conocimiento de las expresiones con potencialidad lesiva utilizadas y con la voluntad de formularlas. No exigiendo la redacción actual del texto legal un particular ánimo, así la injuria reside en el propio valor deshonorable de las palabras como lo sostiene la tesis objetiva en la Doctrina, a la cual adhiero. (Cfr. Nuñez, Ricardo “Manual de Derecho Penal” Parte Especial, pág. 88 y sgtes.). Si bien ha quedado hasta aquí acreditada la existencia de una ofensa, aunque estos dichos son verdaderos, como mas adelante se verá, y son constitutivos de un delito, toda vez que el C.P. no protege el honor real de las personas, sea como ofensa a la honra (honor subjetivo) o al crédito (honor objetivo). Por lo que considero que la ofensa inferida al Dr. Rigatuso por parte de Sonia Herminia Torres si bien constituye un hecho típico, anti-jurídico y culpable el mismo no es pasible de sanción por parte de la ley sustancial, toda vez que se encuentra incurso dentro las causales de justificación, las que se pueden definir como permisos concedidos para cometer en determinadas circuns-

tancias un hecho penalmente típico, las que obedecen al principio de que, en el conflicto entre dos bienes jurídicos debe salvarse el preponderante para el derecho positivo, extrayéndose esta preponderancia teniendo en cuenta el orden jerárquico de las leyes, mediante interpretación coordinada de las reglas aplicables al caso, (Nuñez, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal” Parte General págs. 157/9). Encontrándonos inmersos en la causa de justificación prevista por el art. 111 del C.P. en sus incisos 1º) y 2º), que autoriza al querellado la “exceptio veritatis”, es decir la prueba de la verdad de sus expresiones, o de la existencia de la imputación atribuida, y también la defensa del interés público actual. El que en este caso no puede ser desconocido pues a toda la sociedad de un modo u otro se encontró afectada por los hechos ocurridos en esta época tan oscura y triste de la historia Argentina. Y aún hoy existe un marcado interés social en conocer la verdad de los hechos allí ocurridos, donde perdieron la vida tantos hombres y mujeres, y que han dejado huellas profundas en la memoria de nuestro País, tanto sea por los que integraron un bando u el otro, más aún cuando todavía hay lazos que aun no se han reestablecidos y que se continúan buscando, como es el caso de las Abuelas de Plaza de Mayo, y hago votos para que la presente resolución ayude en este empeño a encontrarlos. También estimo que la querellada actuó motivada por un interés público y, aunque no lo hubieran expresado, por el sólo hecho de intervenir funcionarios o empleados públicos existe interés público, hasta su vida privada tiene relación con el interés de la sociedad; y no se ha controvertido que el Dr. Rigatuso integra la clase política del País, y que ha ocupado en su larga trayectoria numerosos cargos públicos. (Cfr. “Tratado de Derecho Penal”-Ricardo C. Núñez, T.III, pág. 101 y sig. “Derecho Penal”, Parte Especial –Carlos Fontán Balestra, pág. 114–Rubianés pág 664/665). Como lo sostiene autorizada doctrina (Oderigo “Código Penal Comentado”, pág. 150) al definir el interés público, que se refiere a la sociedad política de la que forman parte todos los ciudadanos. Además, le asiste razón a la defensa, pues a toda la sociedad, en este caso Provincial, Nacional e Internacional, interesa desentrañar las circunstancias, causas y consecuencias de lo que se llamó Proceso Militar de Reorganización Nacional. Por ello es que se entiende que se da aquí el supuesto previsto en el inc. 2º del art. 111, toda vez que el hecho ha dado lugar a un proceso penal, como ha quedado demostrado palmariamente con la prueba reunida en especial con los procesos judiciales ventilados en la justicia federal, en los cuales se merece mencionar en primer lugar la causa “Aquin de

Nadra” originada justamente en el tema que aquí se ventila, el secuestro y la posterior desaparición de un ex alumno de la Escuela Manuel Belgrano, y donde se encontraron imputados Rigatuso y Lanfranconi, y si bien los mismos fueron sobreseídos no puede desconocerse el razonamiento utilizado por el Magistrado para desincreditarlos, y de su simple lectura se desprende la causal de sobreseimiento allí invocada, y no se desconoce que el mismo procede en múltiples supuestos, y no significa, en todos los casos, la inexistencia de los hechos. **En dicha causa, en oportunidad de dictarse la resolución, el Dr. Becerra Ferrer se planteó tres cuestiones: a) la existencia de Nadra en el Colegio Manuel Belgrano; b) la acreditación del hecho, esto es la confección de listas conteniendo el patronímico de Nadra y por último c) la participación y responsabilidad penal en su caso, atribuibles a Rigatuso y Lanfranconi.** En lo que hace al primer interrogante el Magistrado se responde afirmativamente. Con respecto al segundo, que es lo que nos interesa por la cuestión que aquí se debate, se estableció “... En relación a la existencia de listas de alumnos y su posterior entrega a personal militar, el hecho ha quedado plenamente acreditado con los diversos testimonios rendidos, ... De sus versiones coincidentes se desprende que el Director del colegio –Dr. Rigatuso– presionaba a los padres de alumnos e incluso a ellos mismos, con comunicar a los órganos de seguridad sobre el comportamiento de éstos, a fin de controlar el ambiente de indisciplina que se vivía en dicho establecimiento educacional. En este punto es terminante el testimonio del entonces Teniente Primero Manuel Carmelo Barceló –delegado Militar de la Escuela Superior de Comercio Manuel Belgrano–, cuando expresa “que los informes recogidos y proporcionados por el Dr. Rigatuso, le indicaron acerca de la ideología marxista...”. **Y por último el Dr. Becerra Ferrer, al referirse al punto de la autoría criminal, desincredita a Hugo Lanfranconi pero establece:** “... Otra es la situación del Dr. Tránsito Rigatuso, pues se encuentra acreditada la confección de listados de alumnos y profesores... Está probado, que Rigatuso, con el propósito de restablecer la disciplina en el Instituto educacional a su cargo, formuló reproches a alumnos y a sus padres sobre el comportamiento de sus educandos, sugiriendo que de continuar en dichas actitudes se vería obligado a poner en conocimiento de dichas conductas a organismos de seguridad. Esta actitud, no corresponde ser calificada en su aspecto ético por el allí Suscripto, a quien solo le compete determinar la existencia o no de ilícitos... Su actuación, la de confeccionar listas y entregarlas a organismos de segu-

ridad, se encuentra probada,..." (Ver Resolución de fs. 203/206 de los autos "AQUIN DE NADRA, BLANCA INÉS s/ Querella). A lo que debe adicionarse lo probado en la causa "BELLOMO, Nori Ana Coria de c/ Universidad Nacional de Córdoba-Ordinario" que se ventilara por ante el Juzgado Federal de 1ra. Instancia N° 1 de esta Ciudad, originado a raíz de la cesantía de la actora como docente en el Colegio Manuel Belgrano. De la profusa prueba allí rendida, deben destacarse dos documentos, que tienen vinculación con la pregunta que aquí nos formulamos: la existencia o no de ese listado y luego su posterior entrega a las autoridades militares, con las consabidas consecuencias. Así a fs. 103, el Cnel. Jefe de Inteligencia Cesar Emilio Anadón, informa con fecha 25 de febrero de 1977, al Delegado Interventor de la Universidad Nacional de Córdoba, Comodoro Pierrrestegui, en el que expresa: "conforme al requerimiento formulado en forma verbal y relacionado con la Profesora Nori Ana Coria de Bellomo, quien fuera cesanteadada en Abril del '76 de su cargo de Profesora de Ciencias Naturales del Colegio Nacional 'Manuel Belgrano' de esta ciudad, en aplicación de la Ley de Seguridad, informó al Sr. Delegado Interventor, lo siguiente: ...que conforme a investigaciones realizadas por este Destacamento de Inteligencia recientemente, dieron como resultado que la nombrada profesora no desarrolló ni desarrolla actividades políticas de ninguna índole. Que su cesantía se produjo como consecuencias de informaciones producidas por las autoridades del mencionado colegio anteriores al 24 de Marzo del '76, las cuales han sido desvirtuadas por recientes investigaciones". Y a su vez, el Capitán Manuel Carmelo Barceló, en oportunidad de rendir testimonio a fs.179/180, expresó al responder a la posición décima: "que los informes recogidos y proporcionados por el Dr. Rigatuso le indicaron acerca de la ideología marxista de la Sra. Bellomo, ...". En el mismo sentido es ilustrativo ver la Sentencia del Dr. Miguel Ángel Puga de fs. 229/237. Y si bien se pretendió limitar la cosa juzgada exclusivamente a la parte resolutive de la resolución estimó que ello no es así y constituye un método interpretativo erróneo toda vez que la sentencia es una unidad lógico jurídica, así lo ha entendido en numerosos fallos el Excmo. T.S.J., SALA PENAL, "Díaz", A. n° 159, 29/4/99; "Arce", A. n° 177, 13/5/99; "Vargas", A. n° 179, 18/5/99; "Milano", A. n° 308, 24/8/99; "Vicente", S. n° 103, 26/8/99; "Forasioppi", A. n° 365, 8/10/99, que no sólo de la parte dispositiva puede surgir el alcance de la misma, sino de toda ella, los razonamientos dados para arribar a una conclusión son parte integrante de la misma y hacen cosa juz-

gada, mal que le pese al querellante. Por lo que no queda duda que las manifestaciones de los perseguidos son absolutamente coincidentes con los de los perseguidores, por lo que para el Suscripto no queda duda alguna de su existencia y posterior entrega a personal militar. Como ya se ha visto la acusada de Injurias estaba autorizada legítimamente a probar la verdad de su imputación, y es indudable que con toda la prueba colectada que la verdad surgió, no solo con los pronunciamientos judiciales ya reseñados, sino también con las extensas testimoniales rendidas en el curso del debate. Así, fueron contestes en manifestar: testigos ofrecidos por la parte querellante Adrián Bassola quien fuera ofrecido por el querellante y luego fuera impugnado por él, reconoció el artículo periodístico base de la presente. Gruspan dijo que “esa es una etapa de su vida muy amarga que se la quiso guardar, fueron procedimientos irresponsables, él no está en condiciones de decir si hubo o no hubo listas o qué paso allí, no tiene elementos para hablar... Flores expresó que “...no tiene conocimiento que el Dr. Rigatuso haya pasado una lista de esa naturaleza y como lo conoce al Dr. Rigatuso se resiste a creer que haya participado en semejante lista”. Ficetti expresó que “...la existencia de listas, las conoció después de aquella época, esas listas surgen a raíz de una investigación que hace la intervención militar, eran lista de docentes, antes de la intervención militar no sabe si hubo listas...”. Anadón quien dijo en referencia a la nota obrante a los autos Coria de Bellomo; “...fue confeccionada en base a un pedido, él no tenía conocimiento de antes del año ‘77, el informa en base a lo que él averigua, el afirma que la cesantía de la profesora surge a raíz de las informaciones anteriores al 24 de marzo de ‘76, que existían en el Colegio a esa fecha, e informa también que en el ‘77 la profesora no realizaba actividades políticas no puede dar fe antes del ‘76 salvo que le hayan mandado algún documento, sino que el informa sobre lo que averigua en su período. En su respuesta manifiesta que no desarrolló ni desarrolla actividades políticas, interpreta que hubo un error de su parte, porque no puede decir lo que no sabe porque no estaba. Entonces habrán obrado antecedentes en el destacamento...”. Es decir que si bien comparecen y expresan que no lo saben eso no puede tomarse como presunción de su inexistencia, pues ello no está autorizado por el principio “in dubio pro reo”. Por otro lado los testigos de la querellada, cuyos dichos impresionaron como verosímiles, si bien a algunos fueron cuestionados por el Dr. Arbonés, no encuentro motivo para presumir que no expresaran la verdad. Tanto que quedó manifestado en el curso de la Audiencia,

que el testimonio que no le resultaba conveniente a sus intereses fue impugnado por el Dr. Arbonés. Así Ensabella dijo que “...la mayoría de los compañeros desaparecidos fueron secuestrados entre el 6/8 de junio del ‘76, eso le hace presumir que se manejaban algunas listas por eso en tan corto tiempo los hacen desaparecer... él nunca pudo leer esas listas. ... cuando comenzaron a citar a los padres, les decían que los chicos tenían determinada filiación política... cuando declara ante el juez federal él presentó listas, que fueron las elaboradas por los Organismos de los Derechos Humanos que es la que obra a fs. 93, 94 y 95 de los autos “Aquin de Nadra”. Por su parte **Lilians Romero**, madre de un alumno, al contar una entrevista con Rigatuso, relato que “... Él le dijo que tenía una nómina de nombres de estudiantes del colegio entre los cuales les señaló el nombre de su hijo, caminaba y gesticulaba, en una actitud soberbia e intimidatoria, ella vio varios nombres y vio escrito a máquina el nombre de su hijo, le dijo que tenían reuniones subversivas en un lugar de calle Rondeau y, algo que la sorprendió mucho, en su propio domicilio lo cual le asombró y se lo negó. Le dijo que iba a entregar la lista a los de la SIDE del Tercer Cuerpo. Que previo a su ingreso al despacho del director, había varias señoras con las que conversó. Cuando entra sale una madre que ella conocía, era la Sra. Feigin de Roca, que estaba bastante enojada, por lo que le había dicho... sabe que estas listas a que hizo referencia fue entregada a las autoridades militares, porque Rigatuso se lo dijo, en la declaración en la causa Aquin de Nadra a fs. 169, del 2 de septiembre del ‘86. A ella le consta que la lista fue entregada, porque Rigatuso se lo afirmó, y ella las vio, y además por todos los jóvenes desaparecidos, lo que es de dominio público”. **Orosz** expresó que “... Estaba Rigatuso, junto con otra persona que tenía una papel en que anotaba a quienes hablaban..., y le dice a Rigatuso, espero que esta vez no me expulse y ve que él era el primero en la lista...” **Barraco Díaz** dijo que “... Escuchó comentarios sobre la existencia de listas de alumnos, él no las vio, sabe que existían listas porque permanentemente se les amenazaban con ellas... Después del golpe militar se los convoca al frente de la Dirección, el teniente Barceló, leyó una lista de nombres, a algunos se los expulsa de la escuela por razones de seguridad de estado...” **Aguiar de Zapiola** refirió que “...entre los docentes el tema de las listas era permanente motivo de conversaciones, existían listas secretas que ella nunca vio, y no eran firmados o de circulación pública se los amenazaba con ellas...” **Rocha** “nunca vio listas... tuvo conocimiento de ellas porque algunos amigos de lo dijeron, porque le

sugirieron que se fuera o que protegiera por la existencias de esas listas... Con respecto a si Rigatuso delató a alguien directamente no le consta, conoce de las reuniones de los padres, y conoce por terceras personas que le dijeron que tuvieran cuidado porque existían listas...” **Rébora** quien relató su experiencia a raíz de lo investigado por la Conadep “... Cuando comparecieron varios testigos, hubo muchos, que dijeron que el Director de la escuela informó a las fuerzas de seguridad sobre las actividades, y dedujo que colaboraba con los servicios de represión o era un miembro informante a los servicios de información no cree que esa función de informar se encuentre entre las obligaciones de un educador, jamás por la vía de delación, puede aconsejar y acompañar, pero no delatar. La coincidencia de los testimonios y la calidad de los testigos le llevaron a la convicción que dentro del Manuel Belgrano había un servicio de información como existía en otros lugares universitarios, eso ocurrió en la época del llamado “proceso” que gobernó el país. **Mercado** dijo “que el Dr. Barraco Aguirre también relataba el episodio de la confección de listas por parte de Rigatuso al personal militar o de inteligencia... Ella tuvo conocimiento de la existencia de listas, después del ‘84 y de esa conferencia de prensa el día de la entrega del informe al gobernador, responsabilizan al Dr. Rigatuso por la entrega de listas. ... Torres repite lo que del ‘84 se venía diciendo. Esas listas ella no las vio. Según lo que ella sabe lo sabe por la Conadep, fue público y publicitado en los medios de difusión la atribución al Dr. Rigatuso de esa conducta” **Perna** manifestó “...ella no conoció al gobierno militar, no tuvo oportunidad de conocer la autoridades, la información fue dada por Rigatuso por que ella no estaba en el colegio, deduce que fue información que salió de la escuela en el año ‘75, porque en el ‘76 no estuvo. Ella fue reincorporada con la democracia. Fueron dejados cesantes colegas celadores y profesores...”. **Zapiola** que dijo “... Existían listas de profesores y alumnos que Rigatuso habría facilitado a fuerzas de seguridad. Él fue el abogado de Noris Coria de Bellomo, él inició el juicio en contra de la Universidad y de la Provincia, en esa causa hay dos elementos fundamentales, un informe del Coronel César Emilio Anadón, que era el jefe de inteligencia del 3er. Cuerpo de Ejército en la nota que le contesta a Pierrestegui “en una nueva investigación han quedado desvirtuados los antecedentes marxistas de Bellomo que fueron dadas por las autoridades del colegio anteriores al 24 de marzo de 1976” Él nunca vio una lista, sí oyó, fue testigo presencial de los dichos en el juicio. Cuando él declara en Nadra recuerda que ahí había informes que esta-

ban en el Gobierno de la Provincia, al poco tiempo le mandan un sobre de los informes existentes en la Provincia que están unidos a lo ocurrido en el Belgrano. Este documento es reconocido en juicio en los Tribunales Federales, en cuanto a su autenticidad en su firma y en su contenido. La declaración del Capitán Barceló en el mismo juicio dice expresamente que quien dio los antecedentes fue Rigatuso lo que es concordante con lo que dice Anadón... El fallo del Dr. Becerra Ferrer en el juicio Nadra, da por sentado la existencia de las listas de los chicos y los docentes... Él nunca vio una lista, sí oyó, fue testigo presencial de los dichos en el juicio. Cuando él declara en Nadra recuerda que ahí había informes que estaban en el Gobierno de la Provincia, al poco tiempo le mandan un sobre de los informes existentes en la Provincia que están unidos a lo ocurrido en el Belgrano...” Ávila en un patético testimonio dijo que “...sabe que 20 padres estuvieron citados a la Policía Federal, fue su esposa, la reprendieron a ella y la intimidaron para que su hijo no participara en ninguna actividad del colegio, bajo apercibimiento de que los iban a detener y meter presos, las sanciones fueron disminuidas y pudieron continuar las actividades del colegio. Varios padres que fueron citados a la Policía Federal, recuerda entre ellos al Dr. Checchi, quien era médico, Dr. Goodbar y a él, pidieron una entrevista con el jefe de 3er. Cuerpo con Tte. Gral. Laroca logran la audiencia, le informan qué había ocurrido en el Colegio, el Gral. Elía Laroca se indignó y dijo palabras que no puede reproducir y dijo que si no sabía que una vez que un nombre de alumno ingresaba en el registro de la Policía Federal lo que les iba a pasar...”. De todo lo expuesto **se debe dar por cierto la existencia de esas listas y que las mismas fueron remitidas por Rigatuso a los Servicios de Seguridad**, toda vez que según las expresiones de los testigos ya reseñadas, fueron citados por él como padres de los alumnos, y tenía una lista en la mano y les efectuaba la advertencia de mandar esas listas a los servicios de seguridad, y luego se da la coincidencia de la persecución y posterior desaparición de estos alumnos. Además es de público conocimiento que las denuncias en ese período no se hacían en forma oficial sino que se había institucionalizado la cobardía y la delación, el “no te metás” y “por algo será”, el secreto y el miedo como conducta social, y la consecuente pérdida de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional, donde en nombre de la Salvación de la Patria y de sus valores occidentales y cristianos se cometieron horribles crímenes, inspirada por las Autoridades democráticas de la época, primero, continuada y llevada a su apogeo con las Auto-

ridades Militares. (Cfr. “Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, S. 9-12-85, en autos “VIDELA, JORGE RAFAEL Y OTROS”). Todo ello permite tener por cierto la existencia de estas listas, lo que se agrega a lo que ya es cosa juzgada en la justicia Federal. En síntesis: de las consideraciones efectuadas precedentemente, ha quedado acreditado con el **grado de certeza** requerido en esta etapa del proceso, que las listas existieron, que fueron confeccionadas por Rigatuso, y que llegaron a las Fuerzas de Seguridad, por lo que ha existido y existe, un interés público actual que admite la prueba de la verdad y que lo que se manifestó dio lugar a por los menos, un proceso judicial, y de acuerdo a lo dispuesto por el art. 111 inc. 1° y 2 del C. Penal y en consecuencia corresponde absolver a la querellada Sonia Herminia Torres. A los fines de dar cumplimiento al art. 413 del C.P.P., a contrario sensu, **ha quedado acreditados en autos el siguiente hecho:** “En la edición dominical de LA VOZ DEL INTERIOR, del 21 de JUNIO de 1998, en la pág. 4 de la Sección ‘A’, firmada por el periodista Adrián Bassola “la búsqueda de los bebés robados por la dictadura ‘UNA BATALLA PERMANENTE CONTRA EL TIEMPO Y EL OLVIDO’, en la que se entrevista a Sonia Herminia Torres, quien perdió a su hija Silvina Parodi embarazada y a su yerno, expresando en una parte de la nota, Bassola: “Escuela Superior de Comercio Manuel Belgrano, Silvina no fue la única desaparecida que tiene ese instituto. Sino que la cifra supera los 10”. Afirmando Torres que ‘son los chicos que delató Rigatuso’, continúa Bassola en alusión a Tránsito Rigatuso, interventor del instituto en los años previos al golpe.” Respecto a las **costas**, deben ser impuestas al querellante según lo prescribe los arts. 550 y 551 C. P. P. Si bien el Dr. Arbonés solicitó que las costas se impongan por el orden causado, toda vez que se estaba frente a un juicio de honor y por su parte la querellada solicitó por el contrario la imposición de las mismas a cargo del querellante porque no iban a permitir que Rigatuso lavara su honor con la Sra. Torres y porque el agravio que se le ha inferido a Torres con esta querrela es superior al infringido por el Dr. Rigatuso. Estimo le asiste razón a los defensores de Torres, quienes actuaron con gran solvencia profesional, toda vez que el querellante **no expresó cuál hubiera sido la razón plausible para litigar, única razón, que le hubiera posibilitado la eximición de costas (art. 551 del C.P.P.)**. Corresponde hacer lugar al pedido de publicación solicitado por los defensores, en virtud de lo dispuesto por el art. 441 del C. P. P., el que en su parte final expresa: “... En el juicio por calum-

nias o injurias podrá ordenarse a petición de parte, la publicación de la sentencia a costa del vencido” la que será a cargo de Transito Rigatuso y se deberá efectuar en el diario “La Voz del Interior” ya que el artículo que da base a la presente se publicó allí, debiendo ser la publicación en el mismo diario en similar día y sección al mencionado artículo, en el plazo de treinta días a partir de que quede firme la presente sentencia. Así respondo a la primera cuestión propuesta. Atento la solución arribada al responder a la cuestión anterior **resulta abstracto tratar la segunda y la tercera cuestión propuesta**. A los fines de la **regulación de los honorarios** de los letrados intervinientes, por sus trabajos en la causa, el Dr. Arbones solicitó que los mismos se difieran para la oportunidad de la ejecución de la Sentencia, pero conforme lo dispuesto por el art. 25 del Código Arancelario para Abogados y Procuradores de la Provincia de Córdoba, Ley 8226, que ordena a los Tribunales, regular los honorarios a petición de parte o en todos los casos, a la contraria de la condenada en costas; y el art. 29, inc. 4° del mismo Cuerpo Legal establece que cuando no exista base económica ni valores de referencia el juez debe estimar la posible base a los fines de la regulación. Por lo que corresponde regular los honorarios de los referidos profesionales, para lo cual estimo la base, teniendo en cuenta los reclamos y lo que se ha mandado a pagar en casos similares por Daño Moral, que sería el único rubro susceptible de una acción civil en un proceso de esta naturaleza, por lo que prudencialmente lo estimo en la suma de Pesos Veinte mil (\$ 20.000), sin que implique fijar criterio, sino que simplemente se trata de una estimación a los fines señalados y luego de aplicar la escala prevista en el art. 34, establezco los de los Dres. Elvio Raúl ZANOTTI y Maria Teresa SANCHEZ, por la defensa de la querellada, en la suma de Pesos Cuatro Mil (\$ 4.000) en conjunto y proporción de ley, y los del Dr. Mariano ARBONES, como patrocinante del querellante, tomando como base el veinte por ciento del monto estimado, se establecen en la suma de Pesos Ochocientos (\$ 800), (arts. 25, 29, 34, 36, 86, 88 y cc. de la Ley 8226) Por lo expuesto y normas legales citadas, **RESUELVO: I) Absolver a SONIA HERMINIA TORRES ó TORRES DE PARODI** de condiciones personales ya relacionadas, de los delitos de **INJURIAS Y CALUMNIAS** que le atribuía el querellante **TRÁNSITO RIGATUSO**, con costas (arts. 110, 111 inc. 1° y 2° del C. P. y 550 y 551 y cc. del C. P. P.). II) Ordenar la publicación de la presente resolución, en el plazo de treinta días a partir de que quede firme la misma, y en el diario “La Voz del Interior” debiendo ser en similar día y sección al artículo

lo que da base a la presente, a costa del Dr. Tránsito Rigatuso (art. 441 C. P. P.).
III) Regular los honorarios profesionales de los Dres. ELVIO RAUL ZANOTTI y MARIA TERESA SANCHEZ, por la defensa de la querellada, en la suma de Pesos Cuatro Mil (\$ 4.000) en conjunto y proporción de ley, y los del Dr. MARIANO ARBONES, como apoderado del querellante, en la suma de Pesos Ochocientos (\$ 800) (arts. 24, 25, 36, 86, 88 y cc. de la Ley 8226) PROTOCOLÍCESE Y COMUNÍQUESE.

(Nota: La absolución fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.)

Dr. Rubens Gerardo Druetto - Juez

Capítulo II

Sentencia civil que sienta jurisprudencia.

SENTENCIA NUMERO: Seiscientos cincuenta y cuatro.

En la ciudad de Córdoba a 30 días del mes de octubre del dos mil tres, siendo día y hora de audiencia fijada a los fines de dictar sentencia en estos autos: “MAYTA MARTÍN C/ MARCOS ALBERTO MAYTA THACHAR Y OTRA. IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD Y MATERNIDAD MATRIMONIAL”, se constituye el tribunal integrado por los Dres. María Virginia Bertoldi de Fourcade, Rodolfo Rolando Grosso y María Lea Morán Montequin, bajo la presidencia de la primera de los nombrados y en presencia de la actuaria. De los mencionados autos resulta que a fs. 46/51 comparece el Sr. Martín Mayta y promueve acción de impugnación de paternidad y maternidad en contra de quienes figuran como sus padres, Sres. Hebe Susana de Pascuale y Marcos Alberto Mayta Thachar. Acredita el vínculo que se impugna con copia del acta, debidamente certificada por la actuaria, en la que se inscribiera su nacimiento, por orden del juzgado de 1º Inst y 10º Nom., mediante A. I. N° 352 de fecha dieciocho de agosto de mil novecientos setenta y ocho (fs. 5/6): Asimismo, pide se haga lugar a la acción de filiación matrimonial, en relación a sus padres biológicos Rubén Castro e Isolina Beatriz Rocchi, desaparecidos desde el mes de mayo de mil novecientos setenta y siete y acredita el matrimonio y la filiación de estos con copias de las actas de matrimonio y nacimiento respectivas, certificadas por el actuario (fs. 10,11,12). Agrega que ha iniciado el trámite de ausencia por desaparición forzada de ambos progenitores ante la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia de la Nación (fs. 8/9). Relata el compareciente, que cuando tenía aproximadamente seis o siete años, Hebe, la co-demandada, comenzó a contarle detalles de su historia de una manera acorde a su edad en la que empezó a preguntar por su origen: que en las primeras charlas le comentaron que a sus padres biológicos le había sido imposible tenerlo con ellos, pero que no lo habían abandonado, alentándolo a hacer preguntas cuando quisiera o tuviera dudas destacando que en su familia lo querían mucho. Agregó, que el matrimonio Mayta-Pascuale tenía dos hijas más grandes que él, Silvia y Andrea, sus hermanas, brindando a todos igual trato sin distinción. Fue entonces que con el correr de los años los accionados le contaron la escasa parte que conocían del resto de la historia, tomando

conocimiento recién en dicha oportunidad que sus padres biológicos estaban desaparecidos: que se encontraba con los padres legales desde el mes de julio de mil novecientos setenta y siete aproximadamente, momento en que fuera entregado por una persona de nombre Hilda Palacios y de sobrenombre “Pocha” quien, con su pareja de nombre Juan, les comentaron que eran vecinos de “Bigote” y de la “Gorda”, sus padres biológicos y que compartían reuniones con ellos: que en una de estas, que se realizó en la casa de Hilda Palacios quien tenía dos hijas de su edad, se quedó dormido y sus padres decidieron dejarlo hasta el otro día y pasarlo a buscar: que al no acudir a buscarlo, Hilda averiguó qué sucedía y al llegar a la casa, un vecino le informó que esa madrugada habían sido sacados de la casa por el Ejército, a la “Gorda” caminando y a “Bigote” envuelto en una manta. Ante esta situación fue que Hilda con su pareja, sus dos hijas y el actor partieron a Santa Fe, lugar de donde era oriunda y donde vivían sus padres y hermana. Luego de permanecer unos días allí, por sus antecedentes políticos, y como tampoco podía justificar la tenencia de dos niños de casi la misma edad (su hija Valeria y él), regresó a Córdoba, donde se encontró con Marcos Mayta a quien le pidió que tuviera el niño un tiempo, manifestándole que no conocía parientes que se pudieran hacer cargo, que su nombre era Martín y que creía que había nacido a fines de marzo o principios de abril de mil novecientos setenta y cinco y que su apellido podía ser Castro siendo, posiblemente, su padre de origen español; que al poco tiempo Hilda Palacios fue secuestrada por fuerzas paramilitares y desapareció y con ella toda posibilidad de saber algo más sobre sus padres biológicos. Es entonces que, ante la necesidad de tener una vida normal, surgió el imperativo de contar con documento de identidad para poder recibir atención médica y educación y frente a la terrible persecución que rodeaba a su entorno, Marcos y Hebe decidieron su inscripción, que se llevó a cabo por orden de un Juez mediante sumaria información, iniciada en mil novecientos setenta y ocho, bajo el nombre de Martín Mayta nacido el diez de abril de 1975, tratando de ser fieles a la única información proporcionada por Hilda Palacio. Destacó que aunque toda la familia sabía que poseía otra identidad, que respetaron en todo momento, lo incluyeron en el núcleo familiar donde lo protegieron y le dieron amor durante todos estos años. Posteriormente con los escasos datos que disponían, Marcos y Hebe comienzan a buscar la identidad de sus padres biológicos y a informar de su existencia y situación a Abuelas de Plaza de Mayo y las distintas organizaciones de Derechos Humanos, en la ciudad de Buenos Aires y de Córdoba y, años más tarde,

en Francia y España. Añadió que fue durante su adolescencia cuando comenzó a participar más activamente en la búsqueda de su identidad al estar al tanto de todos los detalles de su historia y todo nuevo hallazgo. En tales circunstancias, en septiembre de 1999, Claudia Carlotto, funcionaria de la CONADI (Comisión Nacional de Identidad), les informa que había llegado a Abuelas de Plaza de Mayo y por medio de la FIGA (Federación Intersindical Gallega), un pedido de informe a nombre de Fermín Castro Fernández, solicitando datos acerca del paradero de su hermano Rubén Castro Fernández, la esposa de éste de nombre Isolina Beatriz Rocchi, y de su hijo Martín Castro, lo que fue la punta del ovillo. Así es que, gracias a los datos proporcionados desde España se contactaron con Eligia Castro (prima hermana de Rubén y Fermín) quien reside en Buenos Aires y posteriormente con Jorge Luis Rocchi (hermano de Isolina Beatriz), reconociendo ambos que las familias residentes en Buenos Aires nunca realizaron denuncia alguna con respecto a la desaparición de sus familiares, pero confirmaron la veracidad de los datos y el hecho de la existencia de un hijo del matrimonio Castro-Rocchi al que ellos conocían y del cual ellos mismos eran padrinos de bautismo. Expresa el actor que, en ocasión de la visita de Claudia Carlotto, pudo conocer fehacientemente los nombres de sus padres biológicos y efectuó la denuncia correspondiente por su desaparición junto con sus padres de crianza y comenzó a reconstruir su historia: que luego se comunicó telefónicamente con Fermín Castro (hermano del padre), quien reside en España y se encontró con Eligia Castro (prima) y la madre de ésta: que le mostraron fotos y le entregaron el acta de bautismo donde consta que su nombre es Tomás Martín Castro, nacido el trece de febrero de mil novecientos setenta y cinco, cuya copia se encuentra glosada a fs.7. Se agrega que con posteridad, en diciembre de mil novecientos noventa y nueve, viajó a España a conocer a su tío –Fermín Castro– y en Buenos Aires se encontró con el hermano de su madre, Jorge Luis Rocchi, su abuela Dolores Barreiro de Rocchi y su familia de Buenos Aires. Ya en España, Fermín Castro le comentó que dada la realidad argentina y sus repercusiones en la sociedad española, la búsqueda de su hermano (padre biológico) y su familia se tornó casi imposible hasta que encontró ayuda en la FIGA, lugar donde, precisamente le proporcionaron al accionante fotos de su padre biológico y pudo conocer al resto de las familias Castro y Fernández y amigos suyos. Agregó que al regresar a Argentina a través de la CONADI y la Subsecretaría de Derechos Humanos inició los trámites para realizar los análisis de ADN en el Banco Nacional de Datos Genéticos

(B.N.D.G), cuya conclusión arrojó como resultado una probabilidad del 99,998 % de que Isolina Beatriz Rocchi es su madre (fs. 13/22). Seguidamente y a raíz de los hechos relatados, plantea la acción de reclamación de filiación matrimonial en relación a sus padres biológicos quienes deberán ser citados por edictos (art. 152 del C. de P. C.), atento no tener resolución su pedido de declaración de ausencia por desaparición forzada. Funda su petición en los arts. 251, 254, 256, 259, 261, 262 del C.C., pertinentes a la ley 7676 y del C. de P.C. Admitida la demanda por la Sra. Juez de Familia de Tercera Nominación, se designa audiencia a los fines del Art. 60 de la ley 7676 y se ordena publicar edictos citatorios de ley, dándose la debida intervención al Sr. Fiscal de Familia. Dicha audiencia se recepta tal como da cuenta el acta de fs. 58 de autos. Comparecen a tal acto personalmente el actor, Sr. Martín Mayta, con el patrocinio de los Dres. María Teresa Sánchez y Elvio Raúl Zanotti: los demandados Sres. Marcos Alberto Mayta Thachar y Hebe Susana de Pascuale, acompañados por el Dr. Claudio Orosz, en ausencia de los Sres. Rubén Castro Fernández e Isolina Beatriz Rocchi, pese estar debidamente notificados según publicación de edictos de fs. 57. Concedida la palabra a las partes, la actora se ratifica de su demanda y solicita se aplique el apercibimiento de ley a los demandados ausentes. Concedida la palabra a los demandados Mayta-De Pascuale manifiestan que se allanan a la demanda de impugnación incoada en su contra, fundada la misma en que los hechos acaecieron tal como los relata Martín Mayta en su demanda siendo su actitud en todo momento de velar por la seguridad de éste mientras se había desatado en el país la mayor represión de la que se tenga memoria, brindándole afecto y acompañándolo en la búsqueda de su verdadera identidad. En este estado el Tribunal declara en rebeldía a los Sres. Rubén Castro Fernández e Isolina Beatriz Rocchi y ordena pasar a un cuarto intermedio hasta que se les designe representante legal. A fs. 59 toma intervención la Sra. Asesora de Familia del Segundo Turno, Dra. Ana Castro de Cabanillas, como representante de los demandados ausentes. A fs. 60, a los fines de la continuación de la audiencia respectiva, con fecha catorce de noviembre de dos mil dos, comparecen el actor y los accionados, con patrocinio y la Sra. Asesora de Familia de primer turno, por ausencia de la Asesora del segundo turno, interviniente como representante de los desdemandados ausentes quien contesta la demanda en los términos del art. 113 inc. 3 - a) del C. De P. C.. Abierta la causa a prueba, la actora ofrece: documental, informativa y testimonial. Clausurado el periodo probatorio, a pedido de parte se elevan las actuaciones a la Cámara de Fami-

lia en Turno. A fs. 85, 85 vta., se avoca este Tribunal integrado con vocal de la Cámara de Familia de Segunda nominación, Dra. María Lea Morán Montequín, en virtud de lo dispuesto por el art. 11 inc. 1° de la ley 7676. A pedido de parte se designa audiencia de vista de causa para el día dieciséis de octubre del corriente año y se emplaza al accionante para que acompañe la documental mencionada al punto 15) del escrito de demanda, lo que cumplimenta a fs. 92. A fs. 96 tiene lugar la audiencia designada y concurren a tal acto el actor y el accionado, con sus respectivos letrados patrocinantes, la Sra. asesora de Familia del Segundo turno como representante de los demandados ausentes y el Fiscal de Familia. Se incorporan las actuaciones de demanda, contestación y pruebas producidas ante el juez de Familia, previa conformidad de parte y sin su lectura. Luego se recepta la testimonial de los Sres. Patricia del Valle Tasso, Bruna Lina Fiocchi y María Inés Altamirano. Seguidamente las partes y participantes alegan por su orden. Clausurado el debate, queda la causa en estado de ser resuelta y se fija audiencia a los fines del dictado de sentencia para el día de la fecha. El Tribunal fija como cuestiones a resolver las siguientes:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Procede hacer lugar a la demanda de impugnación de la paternidad entablada por el señor Martín Mayta en contra de los señores Marcos Alberto Mayta Thachar y Hebe Susana de Pascuale?

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Corresponde, en consecuencia hacer lugar a la reclamación de filiación matrimonial con respecto a los Sres. Rubén Castro Fernández e Isolina Beatriz Rocchi?

TERCERA CUESTIÓN: ¿Corresponde hacer lugar al pedido realizado por el actor de que se lo inscriba con el nombre de Tomás Martín Castro Mayta?

Practicando el sorteo de ley resulta que los Sres. Vocales emitirán su voto en el siguiente orden: María Virginia Bertoldi de Fourcade, Rodolfo Grosso y María Lea Morán Montequín.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, LA SEÑORA VOCAL DE CÁMARA DRA. MARÍA VIRGINIA BERTOLDI DE FOURCARDE DIJO:

El señor Martín Mayta entabla acción de impugnación de paternidad y maternidad, en contra de los Sres. Marcos Alberto Mayta Thachar y Hebe Susana de Pas-

cuale. Expresa el accionante que se encuentra con el matrimonio Mayta-De Pascuale, desde el mes de julio de mil novecientos setenta y siete aproximadamente, momento en que fuera entregado por una persona de nombre Hilda Palacios y de sobrenombre “Pocha”, con motivo de que sus padres biológicos estaban desaparecidos. Relata, que cuando tenía aproximadamente seis o siete años, Hebe Susana De Pascuale, la co-demandada, comenzó a contarle detalles de su historia acorde a su edad y le comentaron que a sus padres biológicos le había sido imposible tenerlo con ellos, pero que no lo habían abandonado: que ante la necesidad de tener una vida normal, surgió el imperativo de contar con documento de identidad, y frente a la terrible persecución que rodeaba a su entorno, Marcos y Hebe decidieron solicitar la inscripción del accionante como su hijo, lo que se llevó a cabo por orden judicial mediante sumaria información y bajo el nombre de Martín Mayta con fecha de nacimiento el diez de abril de mil novecientos setenta y cinco, tratando de ser fieles a la única información proporcionada por Hilda Palacios. Posteriormente, y por la búsqueda de la identidad de sus padres biológicos, la Sra. Claudia Carlotto funcionaria del CONADI (Comisión Nacional de Identidad), les informó que había llegado a Abuelas de Plaza de Mayo, por medio de la FIGA “Federación Intersindical Gallega”, un pedido de informes realizado por Fermín Castro Fernández respecto del paradero de su hermano Rubén Castro Fernández, la esposa de éste, de nombre Isolina Beatriz Rocchi, y de su hijo Martín Castro, lo que permitió tomar contacto y conocer al resto de las familias Castro y Fernández y a sus amigos, logrando los documentos que acompaña. En oportunidad de la audiencia del art. 60 de la ley 7676, los demandados Marcos Alberto Mayta Thachar y Hebe Susana de Pascuale, se allanaron a la demanda y destacaron que los hechos acaecieron como los relata el actor y que su intención fue velar por su seguridad en la época de mayor represión de este país, brindándole afecto y acompañándolo en la búsqueda de su verdadera identidad. En éstos términos ha quedado trabada la litis y determinada la plataforma fáctica respecto de la cual ha de ser resuelta la primera cuestión planteada. Se anticipa que del análisis de las pruebas arrimadas, resulta que debe hacerse lugar a la acción de impugnación de paternidad y maternidad promovida. En efecto, ha quedado plenamente demostrado que la filiación paterna y materna que resulta del título que se impugna no coincide con la realidad biológica. El vínculo que se cuestiona se acredita con la inscripción que se hiciera del nacimiento del actor por orden del Juzgado de 1º Inst. y 10º Nom., mediante A. I N° 352 de fecha dieciocho de

agosto de mil novecientos setenta y ocho obrante a fs. 5/6 a raíz de la petición realizada por los Sres. Mayta-De Pascuale. Estos han reconocido que ello respondió a la necesidad de que el menor contara con un documento que le permitiera desenvolverse en la vida civil. Se debe tener presente que, en este tipo de acción, el allanamiento de la parte demanda no tiene pleno valor convictivo cuando es único pero adquiere trascendencia cuando se apoya en otra prueba autónoma: así este reconocimiento de los hechos, sumado a otras probanzas ratifica los hechos afirmados por el actor. En efecto, en primer lugar, son terminantes los resultados de la prueba biológica ya que el informe del Banco Nacional de Datos Genéticos señala que la Sra. Isolina Beatriz Rocchi (madre alegada desaparecida) tiene una probabilidad del 99,998% de ser la progenitora del Sr. Martín Mayta (fs. 13/22). En segundo lugar, son corroborantes de la base fáctica descripta en la demanda, las declaraciones de los testigos que depusieron en la causa. Así, Patricia del Valle Tasso dijo que conoció a Hebe De Pascuale aproximadamente en el año mil novecientos setenta y seis por intermedio de dos de sus amigas, cuya actividad era la de trabajadoras sociales: que entre los años mil novecientos setenta y siete y mil novecientos setenta y ocho, aquella le consultó respecto a un niño de nombre Martín que una señora había dejado a su cargo y cuyos datos desconocía: que las gestiones que se hicieron para ubicar su origen fueron infructuosas en aquel momento y el niño se integró a la familia como un hijo más. Agregó que, en una oportunidad, acompañó a Hebe a Buenos Aires para averiguar sobre el tema. Por su parte, Bruna Lina Fiocchi de Vélez, dijo tener amistad con Hebe y Mayta desde muchos años atrás y que conoció a Martín cuando llegó al hogar de sus amigos. Añadió que le comentaron, que en el año mil novecientos setenta y siete una persona les dijo que encontró al niño y se los dejó: que en esa época no se preguntaba demasiado pues eran tiempos difíciles y señaló que los señores Mayta-De Pascuale lucharon permanentemente por conocer el origen de Martín y se conectaron con los organismos de Derechos Humanos y no cesaron en la búsqueda. Manifestó que recién se conoció la realidad de Martín por el trabajo de Abuelas de Plaza de Mayo y otros organismos similares. Dijo la testigo que Martín planteó el tema desde los cinco años y que desde entonces se comenzó a informarle adecuadamente la realidad de su origen. Relató que se encontró con su tío en España y con parientes maternos. María Inés Altamirano, dijo ser amiga de Hebe y Marcos y que asistió a la llegada de Martín a la familia. Expresa en sus dichos que le explicaron que era un niño cuyos padres estaban desaparecidos y que necesitaba un

hogar. Ratificó, asimismo que permanentemente se preocupaban por averiguar la verdad de Martín. La falta de correspondencia entre la filiación registral y la biológica, también es confirmada por la copia del certificado de bautismo (fs.7) y el reconocimiento que realizara Fermín Castro Fernández de la calidad de sobrino del Sr. Martín Mayta, por ser hijo matrimonial de su hermano don Rubén Castro y su esposa, Sra. Isolina Beatriz Rocchi, realizada por ante el notario Gustavo Hermoso Carazo, en la Villa de Pontedeume, La Coruña, España, con fecha quince de febrero de dos mil uno (fs.24). Asimismo lo afirman los Sres. Dolores Barreiro y Jorge Luis Rocchi, al asumir que Martín Mayta es su familiar biológico por ser hija matrimonial de Isolina Beatriz Rocchi, hija y hermana respectivamente, según consta en la escritura numero ciento doce, labrada por la Escribana Ana María Viscay, en la Ciudad de Buenos Aires, República Argentina, con fecha once de septiembre del año dos mil (fs.28), ratificatoria de la prueba científica. En consecuencia ante la imposibilidad material y lógica de tener dos filiaciones biológicas deben tenerse por acreditados los presupuestos para la procedencia de la impugnación de paternidad y maternidad intenta y desplazar la filiación matrimonial paterna y materna resultante del acta de inscripción del nacimiento de Martín Mayta. Por todo lo expresado y lo dispuesto en los arts. 251, 252, 253, 259 y 262, correlativos y concordantes del Código Civil, estimo que debe hacerse lugar a la demanda y declarar que Martín Mayta no es hijo de los Sres. Marcos Alberto Mayta Thachar y Hebe Susana de Pascuale, quedando desplazada la filiación matrimonial paterna y materna asignada. El Sr. Fiscal de Familia, por su parte, se manifestó también favorablemente a la procedencia de esta acción. Así voto.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR VOCAL DE CÁMARA DOCTOR RODOLFO ROLANDO GROSSO DIJO:

Que lo manifestado por la señora Vocal preopinante se ajusta en un todo derecho, por lo que emite su voto de idéntica forma.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, LA SEÑORA VOCAL DE CÁMARA DOCTORA MARIA LEA MORAN MONTEQUIN DIJO:

Que se adhiere a los fundamentos vertidos por la señora Vocal del primer voto, por opinar de igual manera.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA VOCAL DE CÁMARA DOCTORA MARIA VIRGINIA BERTOLDI DE FOURCADE DIJO:

El Sr. Martín Mayta solicita se haga lugar a la acción de filiación matrimonial en contra de sus padres biológicos, Rubén Castro Fernández e Isolina Beatriz Rocchi. Los demandados fueron citados por edictos y se designó como su representante a la Sra. Asesora de Familia del Segundo Turno, quien contestó en los términos del art. 113 inc. 3º a) C. de P. C. Trabada la litis en éstos términos y luego de analizar las probanzas reunidas se ha arribado a la conclusión de que la acción debe prosperar. La reclamación que se plantea es matrimonial y este vínculo entre los padres biológicos alegados (Sres. Castro-Fernández-Rocchi) se acredita con la documental de fs. 10. La especial situación en la que se encuentran los demandados, resulta de las constancias obrantes a fs. 8/9, 79 y 92, de los dichos de testigos y de las probanzas analizadas en el punto anterior. En efecto, la confluencia de los distintos elementos de convicción incorporados a la causa llevan a tener acreditados los extremos fácticos que dan base a la pretensión. En primer lugar, resulta del informe remitido por el Banco Nacional de Datos Genéticos, sobre la pericia efectuada en el grupo humano constituido por Dolores Barreiro (abuela materna alegada), (fs. 12), Jorge Luis Rocchi (tío materno alegado) y Martín Mayta (joven a comparar), sobre dos grupos marcadores genéticos por estudio polimorfismo del ADN repetitivo (microsatélites o SRTs y minisatélites o VNTRs), lográndose la información genética deducida de la Sra. Isolina Beatriz Rocchi, (madre alegada desaparecida). Tal investigación arrojó como resultado que Isolina Beatriz Rocchi tiene una probabilidad del 99,998% de ser la madre del Sr. Martín Mayta, comparada con otra mujer tomada de la población general en forma no seleccionada. Esta investigación tiene alto valor científico, así lo afirmó la doctrina y la jurisprudencia en múltiples ocasiones y de este modo lo tiene resuelto el Tribunal. La acción de reclamación de filiación paterna demandada por Martín Mayta también debe prosperar. Ello pues se ha acreditado el matrimonio entre la madre biológica del actor y el Sr. Rubén Castro Fernández (matrimonio contraído en la ciudad de Buenos Aires, con fecha cinco de marzo de mil novecientos setenta y uno, según acta obrante a fs. 10), por ello corresponde su emplazamiento como hijo matrimonial del demandado por aplicación de lo dispuesto en el art. 243 del C. C. La veracidad de esta presunción ha sido ratificada en autos por otros elementos: a) Certificado de Bautismo donde consta que nació con fecha trece de febrero de mil novecientos setenta y cinco, en

la ciudad de Buenos Aires, figurando como hijo de Rubén Castro e Isolina Beatriz Rocchi, b) con la manifestación que efectuara Fermín Castro Fernández, ante el notario Gustavo Hermoso Carazo, en la Villa de Pontedeume, La Coruña, España, con fecha quince de Febrero de dos mil uno, en la que reconoció que el Sr. Martín Mayta es su sobrino biológico, por ser hijo matrimonial de su hermano Don Rubén Castro e Isolina Beatriz Rocchi (fs.24), c) de la expresión que realizaron los Sres. Dolores Barreiro y Jorge Luis Rocchi, por escritura Número ciento doce, labrada por la Escribana Ana María Viscay, en la ciudad de Buenos Aires, Argentina, con fecha once de septiembre del año dos mil, del reconocimiento que el Sr. Martín Mayta es su familiar biológico por ser hijo matrimonial de Isolina Beatriz Rocchi, hija y hermana respectivamente y de Rubén Castro (fs.28). Además, al caer la filiación anterior (art. 252 del C.C.), según lo considerado en la primera cuestión, se determina que el emplazamiento filiatorio del actor debe ajustarse al origen biológico resultante de la prueba biológica y la presunción de la paternidad matrimonial referida. A criterio de esta Vocal y por lo expresado se concluye que la confluencia de los distintos elementos probatorios arrimados a la causa son concordantes y llevan a tener por acreditados los extremos fácticos que dan base a la demanda. En consecuencia, debe declararse que Martín Mayta es hijo de los Sres. Rubén Castro Fernández e Isolina Beatriz Rocchi, que nació el día trece de febrero del año mil novecientos setenta y cinco en la ciudad de Buenos Aires. En igual sentido se expidió el Señor Fiscal de Cámaras de Familia. Así Voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DE CÁMARA DOCTOR RODOLFO ROLANDO GROSSO DIJO:

Por compartir los argumentos esgrimidos por la señora Vocal preopinante, me pronuncio de igual forma.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA VOCAL DE CÁMARA DOCTORA MARIA LEA MORAN MONTEQUIN DIJO:

Que adhiere a los argumentos vertidos por la señora Vocal del primer voto, pronunciándose de igual forma.

A LA TERCERA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA VOCAL DE CÁMARA DOCTORA MARIA VIRGINIA BERTOLDI DE FOURCADE DIJO:

En oportunidad de la audiencia de vista de causa el actor solicitó que se lo inscriba agregando a su nombre de pila el que le eligieron sus padres biológicos en primer lugar y al patronímico de su padre de sangre, el de su padre legal. Es decir solicita que se lo inscriba con el nombre de Tomás Martín Castro Mayta. En cuanto a la primera petición se ha demostrado con el certificado de bautismo del actor (fs.7) que los padres, ejerciendo el derecho que les acuerda el art. 3 de la ley 18.248, le dieron a su hijo el nombre cuya agregación hoy se solicita. Con relación al apellido, la ley citada establece que el hijo matrimonial debe llevar el de su padre (art. 4). En el subcaso, las circunstancias de la vida de Tomás Martín evidencian que, desde su infancia fue conocido por el de su padre legal (Mayta), con lo que su agregación al que corresponde imponerle implica respetar su identidad dinámica y el reconocimiento de la bonhomía que expresa el actor debe a quien obró como su progenitor todos estos años, quien le brindó su apellido para que pudiera desenvolverse con normalidad en la vida civil. El uso de este apellido por el que ha sido conocido hasta el presente significa, según lo dicho por el actor, una forma de agradecer el afecto que le han brindado los padres hoy impugnados. Por todo ello se estima el pedido es procedente, pues enraíza en derechos de raigambre constitucional y tiene fundamento análogo en el sistema legal argentino: Constitución Nacional (arts. 33 y 75, incs. 17 y 19), los tratados internacionales de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 C.N.), a tal efecto cabe remitirse a lo dispuesto por el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (art. 18); Ley 18.284 (arts. 5, 6, 9, 11, 14). Esta revista de normas jurídicas que prevén la respuesta solicitada para casos análogos, demuestra que una decisión favorable al pedido del accionante, no contradice el sistema y respeta el mandato constitucional de velar por los derechos fundamentales comprometidos al salvaguardar el derecho a la identidad dinámica del solicitante. En sentido similar existen pronunciamientos de este tribunal en autos: “T.D.J.E c/ R.D.G-Impugnación de paternidad”. Sentencia N° 560, de fecha veintitrés de Octubre de dos mil dos y “T.L.E R. C/ R.T.-Impugnación de paternidad” Sentencia N° 577, de fecha tres días del mes de Octubre del año dos mil tres. En consecuencia deberá inscribirse al reclamante con el nombre de Tomás Martín Castro Mayta. En sentido favorable a la pretensión se pronunció el ministerio Público Fiscal. Imponer las costas del proceso por el orden causado. Así Voto.

A LA TERCERA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DE CÁMARA DOCTOR RODOLFO ROLANDO GROSSO DIJO:

Que lo manifestado por la señora vocal preopinante se ajusta en un todo a derecho, por lo que emite su voto de idéntica forma.

A LA TERCERA CUESTIÓN PLANTEADA, LA SEÑORA VOCAL DE CÁMARA DOCTORA MARIA LEA MORAN MONTEQUIN DIJO:

Que se adhiere a la conclusión arribada por la señora Vocal opinante del primer lugar. Así Voto.

Por lo dispuesto en los arts. 243, 246, 252, 253, 259, 262 concordantes y correlativos del C.C y lo establecido en los arts. 16 incs. 7 y 15, 20 inc. 1º, 21 inc. 2, 58 y sgtes. de Ley 7676, por unanimidad y por resultado de la votación que antecede el Tribunal RESUELVE:

I) Hacer lugar a la demanda de impugnación de paternidad y maternidad entablada y en consecuencia declarar que los Sres. **MARCOS ALBERTO MAYTA THACHAR**, DNI N° 92.532.067 Y **HEBE SUSANA DE PASCUALE**, DNI N° 2.456.161 no son progenitores del Sr. **MARTÍN MAYTA** DNI N° 26.814.615.

II) Hacer lugar a la reclamación de filiación matrimonial y declarar que los señores **RUBEN CASTRO FERNÁNDEZ**, LE. N° 4.543.766 e **ISOLINA BEATRIZ ROCCHI**, LC N° 5.453.245, son padre y madre respectivamente de Martín Mayta.

III) Ordenar la inscripción respectiva con el nombre de **TOMAS MARTÍN CASTRO MAYTA**, como nacido el día **trece de febrero de mil novecientos setenta y cinco en la ciudad de Buenos Aires**, a cuyo fin oficiase al Registro Civil y Capacidad de las Personas de Córdoba, para que tome razón de la presente resolución en el **Acta especial de nacimiento número 718, Tomo 4to. Folio 118, de fecha cinco de septiembre de mil novecientos setenta y ocho**, que registra el nacimiento de Martín Mayta, según orden del Juez de 1 inst. y 10º Nom. Civil y Comercial de ésta ciudad, como ocurrido el día diez de abril de mil novecientos setenta y cinco. Protocolícese, hágase saber, a cuyo fin publíquense edictos y dése copia.

Análisis compulsivo

Capítulo I

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa Vázquez Ferrá, Evelyn, en la que se deniega el análisis compulsivo.

BUENOS AIRES, 30 DE SEPTIEMBRE DE 2003.

VISTOS LOS AUTOS: “VÁZQUEZ FERRÁ, EVELYN KARINA S/ INCIDENTE DE APELACIÓN”.

CONSIDERANDO:

1º) Que a fs. 168/170 del expediente principal la juez de primera instancia resolvió “retener todos los documentos filiatorios otorgados en su momento por las autoridades pertinentes a Evelyn Karina Vázquez Ferrá” y “ordenar la prueba hemática, a los fines de determinar la verdadera identidad” de la nombrada, con la prevención de que en caso de no otorgar ella su consentimiento la medida se concretaría con el auxilio de la fuerza pública. La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal confirmó dicho fallo (fs. 81/86 del presente incidente), y contra su decisión se dedujo el recurso extraordinario de apelación de fs. 98/151, el cual fue concedido (fs. 170).

2º) Que si bien la resolución recurrida no constituye la sentencia final de la causa, debe ser equiparada a ella puesto que los efectos que produce respecto de la recurrente no resultan susceptibles de reparación ulterior, por lo que el recurso extraordinario ha sido bien concedido.

3º) Que esta causa se origina en la querella promovida por la madre de Susana Pegoraro, basada en que su hija desapareció en el curso del año 1977, cuando estaba embarazada de cinco meses, después de haber estado detenida en el centro de detención clandestino existente en la Escuela de Mecánica de la Armada, donde nació su nieta, que habría sido entregada a Policarpo Vázquez –quien se desempeñaba en la base naval de submarinos de Mar del Plata– e inscripta en el Registro Civil como Evelyn Karina Vázquez Ferrá.

4º) Que en sus respectivas declaraciones indagatorias (fs. 45 y 162 –con remi-

sión a la prueba informativa de fs. 85– del expediente principal), tanto Policarpo Vázquez como su esposa, Ana María Ferrá, admitieron no ser los padres biológicos de Evelyn, que les fue entregada por personal de la Armada en circunstancias que hacían sospechar que era hija de padres desaparecidos. Por medio de un certificado de nacimiento falso fue inscrita como hija del matrimonio, y en tal carácter fue criada hasta el momento en que se inició la presente causa. Sobre la base de esta confesión –corroborada, entre otros elementos, por los dichos de la partera que firmó el certificado sin haber asistido al nacimiento (fs. 75/77 y 80, y certificado de fs. 69 del principal)– a fs. 314/325 del principal se dictó auto de prisión preventiva respecto de Policarpo Vázquez, como autor de los delitos de falsedad ideológica de documento público, supresión de estado civil y retención de un menor de diez años.

5°) Que el recurso extraordinario impugna la decisión de la cámara, confirmatoria de la de primera instancia, en los dos aspectos que resuelve: la retención de los “documentos filiatorios” y la realización de un examen hematológico destinado a comprobar si la recurrente es nieta de la querellante.

Con respecto al primero de ellos, corresponde poner de relieve la oscuridad de la decisión adoptada en las instancias inferiores, la cual no parece discernir entre los documentos destinados a demostrar la filiación y aquéllos cuya finalidad es comprobar la identidad, y respecto de la cual la interesada no requirió la aclaración pertinente. En efecto, la filiación –supuestamente matrimonial, en el caso– se demuestra mediante la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y la prueba del matrimonio de los padres resultante del acta de su celebración, su testimonio, copia o certificado, o la libreta de familia (arts. 246 y 196 del Código Civil), en tanto que la identidad se acredita con el documento nacional de identidad (art. 13 y concordantes de la ley 17.671). La referencia a los documentos que acreditan la identidad de la recurrente contenida en la decisión de primera instancia que se pronuncia sobre el recurso de reposición que había sido interpuesto, es meramente incidental y no modifica la expresión utilizada en la resolución anterior.

Por tanto, literalmente entendido, lo resuelto carecería de sentido ya que los documentos originales que comprueban la filiación son las actas del Registro del

Estado Civil, mientras que en poder de los interesados sólo pueden hallarse testimonios, copias, certificados o libretas de familia, cuya eventual entrega no excluiría la subsistencia de las actas ni afectaría la posibilidad de obtener nuevas copias. Malgrado la deficiencia, únicamente puede entenderse, pues, que lo que se ha ordenado es la entrega de los documentos destinados a acreditar la identidad y no los que comprueban la filiación, y así lo han entendido los interesados en los recursos deducidos y sus contestaciones.

6°) Que, así comprendida, la sentencia impugnada adolece de una decisiva carencia de fundamentación puesto que no da una mínima respuesta a los agravios formulados.

En efecto, el a quo, frente a la alegación de haber sido afectados derechos de la personalidad de la recurrente y violadas diversas disposiciones constitucionales y de tratados internacionales incorporados a la Constitución –derecho a la integridad de la persona por no estar nominalmente identificada, a transitar libremente y elegir residencia, a la educación, al trabajo, a la seguridad social, a la propiedad privada, al nombre propio, y al ejercicio de los derechos políticos (fs. 236 vta./238 del principal)– se limitó a exponer que “tal decisión (la de primera instancia) deviene (sic) procedente teniendo en cuenta que revisten el carácter de prueba de cargo para quienes resultan imputados en la causa y que podrían ser ideológicamente falsos, con lo cual hasta tanto devengan necesarios para la investigación, los mismos deberán permanecer reservados en el Juzgado”. En tal situación, es correcta la afirmación del señor Procurador General de la Nación de que “la falta de tratamiento de la cuestión planteada priva a la decisión impugnada de fundamentos suficientes que lo sustenten y la descalifica como acto jurisdiccional válido”, lo que justifica dejar sin efecto este primer aspecto de la sentencia por aplicación de la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad.

Por otra parte, los argumentos utilizados se muestran en grado tal absurdos que no resultan basados en derecho sino en la mera voluntad de los juzgadores, lo que configura una nueva situación de arbitrariedad. Pues los documentos de identidad son expedidos sobre la base de constancias documentales, de modo que sin perjuicio de que éstas puedan ser material o ideológicamente falsas, aquéllos no son la

prueba de cargo de los delitos investigados, los cuales se configuran por la obtención de inscripciones registrales que no se ajustan a la verdad sobre la base de documentación falsa y no por la obtención de documentos de identidad a partir de tales inscripciones.

Sin embargo, la trascendencia de la cuestión y el tiempo transcurrido durante la sustanciación del incidente justifican que el Tribunal haga uso de la facultad otorgada por el art. 16 de la ley 48 dictando un pronunciamiento que ponga fin a la cuestión.

7°) Que la retención de los documentos destinados a acreditar la identidad, por más que fuese transitoria y durase sólo el tiempo que insumiera la tramitación del proceso –que ya resulta hartamente largo–, implicaría condenar a la víctima del delito investigado a una suerte de muerte civil, ya que quedaría privada, entre otros, del derecho de tránsito (art. 14 de la Constitución), del de trabajar (íd., íd.), de la seguridad social (art. 14 bis de la Constitución), de la posibilidad de adquirir la propiedad de bienes registrales (arts. 14 y 17 de la Constitución), del derecho al nombre (art. 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y del ejercicio de los derechos políticos (arts. 37 de la Constitución y 23 de la citada convención). Ello es más que suficiente para descalificar la decisión adoptada, la cual, por tanto, deber ser dejada sin efecto.

8°) Que la recurrente impugna también la orden de extraerle compulsivamente sangre para realizar un examen hematológico que determine si es nieta de la querellante, alegando que la medida constituye una inadmisiblemente intromisión del Estado en su esfera de intimidad, que lesiona su derecho constitucional a la integridad física, al obligarla a tolerar una injerencia sobre su propio cuerpo en contra de su voluntad; que afecta su dignidad al no respetar su decisión de no traicionar los intensos lazos afectivos que mantiene con aquellos que la criaron y a quienes sigue viendo como si fueran sus verdaderos padres; y que viola garantías constitucionales al no tomar en cuenta que la ley procesal la autoriza a proteger su núcleo familiar autorizándola a negar su testimonio cuando él pudiera derivar una prueba de cargo (arts. 163 y 278 del Código de Procedimientos en Materia Penal, por el cual se rige este proceso).

9º) Que, más allá de una vaga referencia a los sentimientos de comprensión que habrían suscitado en el tribunal los momentos difíciles que ha tenido que vivir la recurrente como consecuencia de la investigación que puso en tela de juicio su verdadera identidad, el núcleo del agravio no ha sido considerado por el a quo, pues el recurso no sólo se fundó en la afectación de garantías constitucionales sino también en el reconocimiento de su derecho por el art. 278 de la ley procesal, el cual no fue siquiera mencionado en la decisión recurrida.

10º) Que, fuera de que los precedentes jurisprudenciales citados por el a quo no resultan aplicables al caso –el de Fallos: 318:2518 por tratarse de la extracción de sangre al imputado, y el de Fallos: 319:3370 por estar en juego la necesidad de tutelar el interés de un menor de edad y la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño–, la negativa de la persona mayor de edad a prestarse a que su cuerpo, o elementos de éste, sean utilizados para extraer elementos de prueba que posibiliten la condena de aquellos a quienes la ley procesal autoriza a proteger tiene amparo en reglas precisas de la ley procesal.

En primer lugar, el art. 163 del Código de Procedimientos en Materia Penal prohíbe admitir denuncias de descendientes contra ascendientes, consanguíneos o afines y viceversa, ni de un cónyuge contra el otro, ni de hermano contra hermano, salvo que el delito haya sido ejecutado contra el denunciante o contra una persona cuyo parentesco con éste sea más próximo que el que lo liga con el denunciado. Luego, el art. 278, inc. 2º, prohíbe que se cite como testigos a los ascendientes y descendientes del acusado, y el art. 279 los autoriza a declarar, pero sólo a favor del procesado, salvo que se dé la situación excepcional del 163.

De tal modo, es indudable que si los procesados fueran los verdaderos padres de la recurrente, la ley procesal la autorizaría a negarse a declarar contra ellos, y, a fortiori, a prestar su colaboración para la obtención de pruebas destinadas a incriminarlos. El derecho de negarse a declarar tiene claro fundamento en la necesidad de colocar al testigo en la angustiante alternativa de suministrar al Estado los medios de punir a aquellos con quienes tiene intensos lazos afectivos o de mentir contrariando un juramento. Luego, el problema que se presenta en este caso es el de determinar si igual derecho puede darse respecto de quienes son sólo formalmente sus padres porque así resulta de los asientos del estado civil, aunque pueda establecerse

verosíblemente –con la relatividad propia de las decisiones dictadas en el curso de un proceso que no tiene sentencia final– que no lo son en la realidad, pero a quienes la interesada manifiesta sentirlos como tales.

A fin de precisar la interpretación, cabe acudir a normas de la ley de fondo, la cual exime de responsabilidad penal por el delito de encubrimiento no sólo frente a personas ligadas por vínculos civiles formales sino también a “amigo íntimo” y a “personas a las que se debiese especial gratitud” (art. 277, inc. 3°). Sería absurdo entender que en esos casos la persona esté exenta de responsabilidad por limpiar la sangre de un homicidio u ocultar el botín de un robo, y, en cambio, esté obligada a declarar contra el delincuente o a prestar su cuerpo para la obtención de pruebas incriminatorias; y puesto que la recurrente manifiesta claramente su gratitud hacia quienes en su forzada situación de orfandad la criaron como verdadera hija, aun violando la ley penal, su negativa ha de estimarse justificada. Forzarla a admitir el examen de sangre resultaría, pues, violatorio de respetables sentimientos y, consecuentemente, del derecho a la intimidad asegurado por el art. 19 de la Constitución, a más de constituir una verdadera aberración la realización por medio de la fuerza de la extracción a la cual se niega.

11°) Que si bien los argumentos expuestos serían suficientes para fundar la revocación de la resolución recurrida, cabe añadir todavía que ni siquiera se aprecia la necesidad del examen sanguíneo –calificado por la cámara de prueba meramente complementaria– para concluir en la existencia del delito que motiva el proceso. En efecto, ésta se encuentra prácticamente fuera de duda a partir de la confesión lisa y llana de ambos procesados, con lo que en rigor la prueba no estaría destinada a demostrar la comisión del delito sino la existencia del verdadero lazo de parentesco con la querellante; y a este respecto, su determinación poco añadiría puesto que la misma infracción penal existiría si la recurrente fuera hija de la hija de la querellante, que si lo fuera de otra persona. Y bien, resulta obvio que si aquélla –mayor de edad y capaz– no quiere conocer su verdadera identidad, no puede el Estado obligarla a investigarla ni a promover las acciones judiciales destinadas a establecerla; mientras que si es la querellante quien desea establecer el vínculo de parentesco, nada le impide deducir la acción que le pueda corresponder, en la cual correspondería determinar las consecuencias de la eventual

negativa de su supuesta nieta a prestarse a un examen sanguíneo. Todo lo cual no guarda relación directa con la finalidad de comprobar y juzgar el delito que en esta causa se investiga.

12º) Que, finalmente resultan inadecuados los argumentos del a quo que parecen extender la situación procesal de los imputados a la de los testigos con una analogía que no se observa que exista –dada la evidente diferencia de situaciones entre una figura y la otra– y desentendiéndose por completo de las normas procesales que facultan a abstenerse de testimoniar en contra, entre otros, de los ascendientes.

13º) Que, por las razones expuestas, las medidas ordenadas en la sentencia apelada con relación a la documentación identificatoria de Evelyn Karina Vázquez Ferrá y a la extracción compulsiva de sangre resultan contrarias a derecho y corresponde su revocación.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se declara admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la decisión recurrida. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase al tribunal de origen. CARLOS S. FAYT (según su voto) - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (según su voto)- EDUARDO MOLINE O’CONNOR (según su voto)- ANTONIO BOGGIANO (según su voto)- GUILLERMO A. F. LOPEZ - ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ (según su voto)- JUAN CARLOS MAQUEDA (en disidencia parcial).

ES COPIA

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DON EDUARDO MOLINE O’CONNOR

CONSIDERANDO:

1º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal confirmó el fallo de primera instancia que ordenó retener los documentos filiatorios de Evelyn Karina Vázquez Ferrá y realizar una prueba hemática destinada a establecer la verdadera filiación de la nombrada. Dispuso el a quo que la medida mencionada fuera llevada a cabo con el auxilio de la fuerza pública, en caso de que la afectada no prestara su consentimiento para la efectivización del

examen de sangre. Contra tal decisión Evelyn Karina Vázquez Ferrá interpuso el recurso extraordinario que fue concedido a fs. 170/170 vta. del incidente de apelación.

2°) Que la presente causa es un desprendimiento de la investigación de las sustracciones de menores hijos de detenidos desaparecidos en la Escuela de Mecánica de la Armada. En este caso, la querellante denuncia que su hija, Susana Pegoraro, embarazada de cinco meses, desapareció en 1977, luego de haber estado detenida en el centro de detención clandestina mencionado. Allí nació su nieta, que habría sido entregada a Policarpo Vázquez –quien trabajaba en la Base Naval de Submarinos de Mar del Plata– e inscripta en el Registro Civil como Evelyn Karina Vázquez Ferrá.

3°) En sus respectivas declaraciones indagatorias (fs. 45 y 162 –con remisión a la informativa de fs. 85– del expediente principal), tanto Policarpo Vázquez como su esposa, Ana María Ferrá, admitieron no ser los padres biológicos de Evelyn, que les fue entregada por personal de la Armada en circunstancias que hacían sospechar que era hija de padres desaparecidos. Por medio de un certificado de nacimiento falso la niña fue inscripta como hija del matrimonio, y en tal carácter fue criada hasta el momento en que se inició la presente causa. Sobre la base de esta confesión, corroborada, entre otros elementos, por los dichos de la partera que firmó el certificado sin haber asistido al nacimiento (fs. 75/77 y 80, y certificado de fs. 69 del principal), se dictó auto de prisión preventiva (fs. 314/325 del principal) respecto de Policarpo Vázquez (como autor de los delitos de falsedad ideológica de documento público, supresión de estado civil y retención de un menor de 10 años, arts. 293, 296, 139, 2° párr. y 146 del Código Penal de la Nación) y de Ana María Ferrá (arts. 139, 2° párr. y 146, Código Penal).

4°) Que en ese estado de la investigación se dispuso en primera instancia que se retuvieran los documentos filiatorios a nombre de Evelyn Karina Vázquez Ferrá, por constituir una “prueba de cargo”, y que se realizara un examen hematológico con el objeto de establecer si la nombrada era efectivamente nieta de la querellante. Dicha diligencia, en caso de ser necesario, sería llevada adelante con el auxilio de la fuerza pública.

5°) Que ambas medidas, luego de su confirmación por la alzada, fueron impugnadas por la apelante en su recurso extraordinario. Con relación a la retención de sus documentos de identidad, señaló que la ausencia de instrumento alguno que le permita probar su identidad en legal forma la priva injustamente del ejercicio de todos aquellos derechos fundamentales que dependen para su efectivo goce de que su titular acredite que es quien dice ser.

6°) Que con relación a los agravios vinculados con la retención de documentos cabe precisar que si bien la decisión impugnada no es la sentencia definitiva de la causa, a los fines del recurso extraordinario debe ser equiparada a tal, pues el pronunciamiento impugnado ha limitado irrazonablemente el ejercicio de diversos derechos constitucionales y la índole absoluta de las restricciones que resultarían de su criterio exige de este Tribunal una tutela efectiva.

7°) Que en efecto, los reparos constitucionales que la apelante había expresado a fs. 12 vta./14 del incidente de apelación –vinculados con la afectación de los derechos y garantías invocados– fueron soslayados de manera absoluta por el a quo, de modo tal que este aspecto de la decisión configura un supuesto de resolución contraria implícita al derecho federal invocado. Esa labor interpretativa era imprescindible, porque la inopinada “retención de la documentación” dispuesta en autos (fs. 82/82 vta. del incidente mencionado) bien puede significar la reducción de tales derechos y garantías a simples formulaciones abstractas y sin ningún valor, situación que este Tribunal no ha de consentir.

8°) Que varias reglamentaciones básicas e incuestionables, condicionan el ejercicio de los diversos derechos y garantías a la acreditación de la identidad de la persona involucrada.

Así, tanto el Código Electoral Nacional –que sujeta a la presentación del *documento cívico habilitante* la emisión del sufragio (arts. 86 y 88 del decreto 2135/83, t.o. del Código Electoral Nacional)– como la genérica disposición según la cual la presentación del Documento Nacional de Identidad resulta “*obligatoria en todas las circunstancias en que sea necesario probar la identidad...*” (art. 13, ley 17.671) –las que en ciertos casos podrían ser necesarias para el ejercicio de derechos como

los consagrados en los arts. 14, 14 bis, 17, 37, 39 y 40 entre otros, de la Constitución Nacional— son demostrativos de que reglamentaciones cuya razonabilidad se encuentra fuera de duda, pueden exigir la identificación para el adecuado ejercicio de derechos, aun los de índole superior.

En salvaguarda de los derechos fundamentales es entonces imprescindible que se ponga fin a las desinteligencias —a las que se aludirá *infra*— de las que resultaría la privación de toda la documentación personal de la recurrente, por lo que corresponde que la Corte ejerza la facultad judicial de encauzar el procedimiento, como variante de la atribución genérica de declarar las normas aplicables al caso (Fallos: 321:2208).

9º) Que la decisión recurrida, en tanto dispone —sin distinción alguna— que la documentación “deber(á) permanecer reservad(a) en el Juzgado” (fs. 82/82 vta. del incidente de apelación), lejos de dar respuesta a los agravios desarrollados por el apelante vinculados con el ejercicio y goce de aquellos derechos constitucionales y de atender —con el rigor que era menester— a las constancias obrantes en la causa, no resulta sino el corolario de una serie de imprecisiones que se señalarán seguidamente.

En efecto, la primera resolución recaída en la causa que aludió a la retención de los documentos de la apelante, se encuentra en el contexto de la disposición de la prueba hemática, oportunidad en la que se ordenó “retener los documentos filiatorios” (fs. 168/170 vta. del principal); de su lado, el decisorio que resolvió el recurso de reposición interpuesto consideró —en cambio— que se había ordenado la “retención de los documentos destinados a acreditar la **identidad** [de] Evelyn Karina Vázquez Ferrá” (fs. 306 del principal) y sobre esa base introdujo una motivación distinta: “que la citada documentación, resulta ser nada menos que el cuerpo de los delitos previstos en los arts. 292 y 293 del catálogo de fondo” (fs. 309 vta. del principal). Por último, sin distingo alguno —según se adelantó— el a quo dispuso la mencionada “permanencia” de la documentación en el juzgado en tanto ésta revestiría “el carácter de prueba de cargo para quienes resultan imputados en la causa y que podrían ser ideológicamente falsos” (fs. 82 del incidente mencionado). Ello sin verificar, por otra parte, si de acuerdo con el estado procesal de la causa esa retención se había materializado de manera efectiva.

10º) Que surge de las constancias del expediente principal que –en lo que aquí interesa– la investigación se orienta a la presunta alteración del estado civil de la apelante mediante su inscripción como hija biológica de los procesados y la consiguiente falsedad ideológica de sus certificados de parto y de nacimiento. No existe referencia alguna, en cambio –salvo la dogmática asimilación que se consagró según lo reseñado– a aquellos documentos destinados a acreditar la identidad de las personas. En efecto, la delimitación a los referidos documentos –cuyas constancias obran a fs. 68 y 69– surge del contenido de las declaraciones indagatorias de fs. 45/48, 75/75 vta., 162, del careo de fs. 80/80 vta., del cuerpo de escritura de fs. 75 vta./76 vinculado con el certificado de nacimiento, de la prueba de informes de fs. 261/268 relacionada con certificados de nacimiento y se consagra en la prisión preventiva dictada a fs. 314/325 (prorrogada a fs. 384/387), así como de lo informado a fs. 414/416.

De ello se sigue que: a) en autos no se ha dispuesto la investigación de la falsedad ideológica y/o material de los documentos cuya “retención” se ordena y b) a los fines de la investigación por el delito de falsedad ideológica de documentos filiatorios y del delito de alteración del estado civil nada aportaría la “retención” de otros documentos que no fueran los estrictamente necesarios para comprobar su comisión; por tal razón resulta inexplicable la dogmática alusión a estos últimos como “prueba de cargo”.

Es que el certificado y la partida de nacimiento expedidos por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas acreditan la situación del individuo en sus relaciones de familia y tienen como finalidad probar la filiación. Los documentos cuyo objeto consiste en acreditar la identidad –y que motivan este pronunciamiento– son emitidos necesariamente sobre la base de aquéllos. De modo tal que, de declararse la nulidad del acta de inscripción de nacimiento y del certificado respectivo, se expedirán los legítimos documentos de filiación, con la consecuente declaración de nulidad de los identificatorios basados en aquéllos y el otorgamiento de los que correspondan con arreglo a la verdad comprobada y las normas legales que en su caso resultaran de aplicación.

Por otra parte, el *sub lite* se distingue de otros procesos relativos a falsedades documentales en cuyo marco es posible que quienes estén involucrados, de algún modo obtengan –mediante una nueva expedición– los documentos indubitados o simple-

mente conserven los propios (vgr., en este último supuesto, si el documento incautado pertenece a una persona distinta al autor de la falsedad). Tales alternativas no serían posibles en el caso, toda vez que –precisamente– los eventuales vicios del documento identificatorio derivarían de los que presentasen el certificado y acta de nacimiento. Esta especial ponderación de las consecuencias que acarrearía la inopinada “retención” dispuesta en la causa impone dejarla sin efecto, toda vez que privaría absolutamente a la apelante de acreditar su identidad –como ya se señaló supra– convirtiéndola en un ser anónimo, carente de un nombre, una nacionalidad y un estado familiar que, aun controvertidos, a ningún habitante de la Nación pueden serle arrebatados.

En tales condiciones, la disposición de retener la documentación identificatoria expedida sobre la base de la filiatoria en este estado del proceso sólo hizo gala de un desmedido escrúpulo judicial, producto de la ausencia de una adecuada hermenéutica constitucional con arreglo a las circunstancias de la causa, por lo que corresponde revocar lo decidido sobre el punto.

11º) Que la recurrente también cuestionó en su recurso extraordinario el carácter compulsivo de la extracción de sangre ordenada a su respecto. Desde su perspectiva, la medida representa una inadmisibles intromisión del Estado en su esfera de intimidad, que lesiona su derecho constitucional a la integridad física, al obligarla a tolerar una injerencia sobre su propio cuerpo en contra de su voluntad. Al mismo tiempo, afecta su dignidad pues no respeta su decisión de no traicionar los intensos lazos afectivos que mantiene con aquellos que la criaron y a quienes sigue viendo como si fueran sus auténticos padres. Calificó de arbitraria la decisión de la cámara, pues ella se basa en precedentes y doctrina elaborados para casos que difieren sustancialmente del *sub examine*. Asimismo, señaló que el a quo omitió examinar el argumento relativo a la violación de garantías constitucionales pues no ha tomado en cuenta que la ley procesal la autoriza a proteger a su núcleo familiar, al autorizarla a negar su testimonio cuando de él pueda derivar una prueba de cargo (arts. 163 y 278 del Código de Procedimientos en Materia Penal). Lo mismo ocurrió con su pedido de que, en caso de consentir el examen, el resultado no fuera utilizado en contra de los imputados.

12º) Que también en este punto el recurso extraordinario resulta procedente, en tanto la decisión recurrida pone fin a la cuestión federal planteada y causa un gra-

vamen insusceptible de reparación ulterior. Asimismo, la apelante ha cuestionado la inteligencia dada por la cámara a su derecho a la integridad corporal, desvinculado de las lesiones a la privacidad y la intimidad, y el planteo de arbitrariedad introducido se encuentra inescindiblemente unido al menoscabo constitucional alegado.

13°) Que en el fallo impugnado se afirmó que la extracción de sangre ordenada constituía “una diligencia complementaria de las otras probanzas colectadas, cuya realización deviene razonable, pertinente y encaminada a la obtención de certeza de los hechos que constituyen el objeto procesal de la investigación criminal”, que no representa riesgo alguno para la salud de la afectada, ni constituye una práctica humillante o degradante, con cita de Fallos: 318:2518. En apoyo de esta posición, el a quo afirmó que la diferencia, reconocida jurisprudencialmente, que existe respecto de la situación del imputado cuando éste es “sujeto de prueba” y cuando es “objeto de prueba”, “bien puede asimilarse [a] la situación de Vázquez Ferrá”. A *fortiori*, argumentó: “si a una persona investigada en causa criminal puede obligársela a la realización de este tipo de medidas cuando actúa conforme lo expuesto, con más razón la justicia puede hacerlo con quien no lo es, como en el caso, Evelyn Vázquez”.

14°) Que la solicitud de la recurrente en cuanto a que estaría dispuesta a someterse al examen si los resultados no fueran utilizados como prueba de cargo en contra de aquellos que, para ella, siguen siendo sus padres, fue rechazada por la cámara, por considerar que la pretensión de limitar la utilización de una prueba en una investigación penal carece de todo soporte jurídico.

15°) Que corresponde señalar que, más allá de una vaga referencia a los sentimientos de comprensión que habrían suscitado en el tribunal “los momentos difíciles que ha tenido que vivir Evelyn Vázquez como consecuencia de esta investigación, ya que se ha puesto en tela de juicio su verdadera identidad”, el núcleo del agravio de la afectada nunca fue tomado en cuenta por los jueces. En efecto, en la decisión apelada, no sólo citaron jurisprudencia y doctrina referidas a supuestos diferentes, sin justificar su aplicación a la situación del caso, sino que, además, nada se dijo con respecto a la afectación de la integridad psíquica y moral y de la liber-

tad de conciencia que la apelante atribuyó a la compulsión a aportar prueba en contra de los sentimientos de crianza. Cabe señalar que tal afectación fue sustentada no sólo en garantías constitucionales, sino, en particular, en el reconocimiento que de estos sentimientos hace la ley procesal, en especial, el art. 278 del Código de Procedimientos en Materia Penal. Dicha norma ni siquiera fue mencionada en la decisión en recurso.

16º) Que en los precedentes en los cuales esta Corte tuvo ocasión de examinar la legitimidad de las extracciones compulsivas de sangre la situación de hecho y los problemas jurídicos planteados diferían sustancialmente del *sub examine*.

Así, en el caso “Müller” (Fallos: 313:1113) se había ordenado al padre adoptivo de un menor que lo sometiera a un examen de histocompatibilidad a fin de establecer si era efectivamente nieto de quienes afirmaban ser sus abuelos de sangre. Se trataba de una causa penal en la que se investigaba la falsedad ideológica del documento nacional de identidad y del certificado de nacimiento del menor, pero los padres adoptantes no se encontraban imputados ni el menor era considerado “víctima”. Por ello, la mayoría del Tribunal entendió que la medida excedía el objeto de la investigación penal y afectaba el régimen de adopción plena. En el voto en disidencia del juez Petracchi, en cambio, se consideró que era inadmisibile que el representante legal de un menor invocara como interés de éste el derecho a no conocer sus orígenes y se opusiera a la realización de una medida que podía tener como resultado que su representado pudiera conocer cuál era su familia de sangre.

En cambio, una medida similar fue autorizada en el caso “H., G. S.” (Fallos: 318:2518). Se trataba de la investigación de la entrega a terceros de niños abandonados o sustraídos a sus padres, a cambio de dinero. El matrimonio H. estaba imputado de haber recibido un niño en esas condiciones, y los exámenes de sangre estaban orientados a corroborar la paternidad cierta que alegaban. Los padres, por lo tanto, aparecían como imputados, y el menor, como víctima del delito investigado. En tales condiciones, el Tribunal entendió que no están legitimados para oponerse a la extracción de sangre, ni a su respecto –por ausencia de lesión del principio por el cual nadie está obligado a declarar contra sí mismo– ni respecto del menor, pues la medida sólo ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la

sociedad y la persecución del crimen. Se rechazó, asimismo, la aplicación al caso del precedente “Bahamondez” (Fallos: 316:479), teniendo en cuenta que la negativa a la realización de la prueba no estaba dirigida al respeto de la zona de reserva e intimidad sino a obstaculizar una investigación criminal. Se consideró, además, que no se trataba de una práctica humillante ni degradante y que se encontraba en juego el derecho a la identidad de la menor. Tales principios fueron reiterados en el voto en disidencia de los jueces Fayt y Petracchi en el caso C., J. A. (Fallos: 318:2481) y, por todo el Tribunal, en “Guarino” (Fallos: 319:3370).

17º) Que a partir de la reseña efectuada se advierte que no es posible trasladar ligeramente al presente caso la doctrina de los precedentes citados. En efecto, las circunstancias de que en el *sub lite* no exista un interés tutelar como el que guió la decisión en pos de la protección del derecho a la identidad de los menores, y al no encontrarse la recurrente imputada en la causa, exigen un examen diferente de las cuestiones planteadas, y en particular, del posible menoscabo del ámbito de reserva e intimidad que importaría la medida impugnada.

18º) Que la recurrente admite que una extracción de sangre, por sí misma, puede representar sólo una afectación ínfima de la integridad corporal. Pero su cuestionamiento apunta a otro aspecto del problema, que es el de poner de manifiesto el carácter degradante y humillante que tal medida adquiere cuando se pretende realizar utilizando el cuerpo de quien podría negarse a declarar como testigo, y con la finalidad de extraer de él elementos de prueba que posiblemente colaboren a la condena de aquellos a quienes la ley procesal le autoriza a proteger.

19º) Que, según se adelantó, en apoyo del derecho a negarse a ser utilizada como vehículo para la obtención de evidencia de cargo, Vázquez Ferrá ha invocado las reglas procesales sobre inadmisibilidad de denuncia y prohibición de testimonio en casos de parentesco. En este sentido, el art. 163 del Código de Procedimientos en Materia Penal prohíbe admitir denuncias de descendientes contra ascendientes, consanguíneos o afines y viceversa, ni de un cónyuge contra el otro ni de hermano contra hermano. Como excepción, autoriza a admitir la denuncia cuando el delito fue ejecutado contra el denunciante o contra una persona cuyo parentesco con el denunciante sea más próximo que el que lo liga con el denunciado. Con relación,

específicamente, a las declaraciones testimoniales, el art. 278 del ordenamiento procesal mencionado prohíbe que se cite como testigo a los ascendientes y descendientes del acusado (inc. 2°). En sentido estricto, no está prohibido que declaren, sino que sean citados. El art. 279 del citado código los autoriza a declarar, pero sólo a favor del procesado, salvo que se dé la situación excepcional prevista por el art. 163, es decir, que hayan sido víctimas del delito y que **quieran declarar en contra**. En estos supuestos, la prohibición de declarar se convierte en facultad del testigo de hacerlo o no, según su propia decisión.

20°) Que el derecho de los testigos de no declarar en contra del círculo de parientes más próximo no tiene rango constitucional expreso en nuestro país. Sin embargo, difícilmente pueda aparecer como una disposición procesal más o menos contingente. Un repaso de los textos constitucionales provinciales demuestra que se trata de un derecho con el suficiente arraigo como para haber sido considerado entrañablemente unido a la garantía de incoercibilidad del imputado: nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni contra los parientes más próximos (conf., las fórmulas similares en las constituciones de Córdoba –art. 40–, Chaco –art. 20–, Chubut –art. 45–, Formosa –art. 20–, Jujuy –art. 29, inc. 7°–, La Rioja –art. 29–, Neuquén –art. 35–, Río Negro –art. 22–, San Juan –art. 33–, Santa Cruz –art. 22–, San Luis –art. 43–, Santiago del Estero –art. 55–, Catamarca –art. 30–, Tierra del Fuego –art. 34–, Corrientes –art. 11– y Salta –art. 20–). La regla también es reconocida por la Constitución Española (art. 24: “La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”) y por numerosas constituciones latinoamericanas, con textos similares a los del derecho público provincial argentino (Bolivia –art. 14–, Colombia –art. 33–, Panamá –art. 25–, Chile –art. 19–, Paraguay –art. 18–, Honduras –art. 88–, Ecuador –art. 24, inc. 9–, Costa Rica –art. 36–).

21°) Que se reconoce como fundamento de tales preceptos la defensa de la solidaridad familiar y el fin de mantener la institución de la familia, al evitar que ella se destruya por el obrar de sus mismos miembros. A ello se han agregado razones de índole moral y psicológica: evitar el dilema que se le presenta al individuo que debe optar entre perjudicar a un pariente o mentir (conf. sesiones del Instituto de Derecho Procesal Penal de la Universidad Nacional de Córdoba, en Cuadernos de

los Institutos, n° 83, págs. 92 y sgtes., con relación al art. 10 de la Constitución de Córdoba –anterior redacción–). El derecho de negarse a declarar le ahorra al testigo la carga anímica que puede representar el prestar un testimonio de cargo, y de este modo, al mismo tiempo, también la tentación de solucionar la situación de conflicto mediante una declaración falsa. Al mismo tiempo, se protege el interés en la existencia de relaciones de confianza dentro de la familia, y se respeta la necesidad del hombre de confiar en sus parientes más próximos, sin tener que temer que de este modo se le estén proporcionando al Estado medios de prueba (conf., con relación a una norma similar en la Ordenanza Procesal Penal alemana, Gerald Grünwald, *Das Beweisrecht der Strafprozessordnung*, Nomos, Baden Baden, 1993, págs. 21 y sgtes.).

22º) Que, en lo fundamental, se trata de una prohibición creada en consideración a los testigos por “razones claramente humanas” (conf. Leonardo Prieto Castro y Ferrandiz/Eduardo Gutiérrez de Cabiedes y Fernández de Heredia, *Derecho Procesal Penal*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 196) que sólo desaparece cuando el testigo, o bien, un pariente más próximo a él que el imputado, fue víctima del delito. Tal límite surge “como consecuencia de no haber ya qué proteger por estar la familia ya destruida en cuanto a los lazos de los afectos” (conf. Cuadernos, lug. cit., págs. 122 y sgtes.). En esos casos, el carácter de ofendido por el delito convierte a la prohibición de declarar en contra del pariente en la facultad de abstenerse de hacerlo (lug. cit., págs. 127 y sgtes.), y tal facultad es la que Vázquez Ferrá –víctima del delito investigado en autos– reclama para sí.

23º) Que la decisión del a quo se circunscribió a analizar el alcance del derecho del imputado de negarse a declarar contra sí mismo. Al seguir la jurisprudencia de esta Corte, restringió dicho derecho a aquellas declaraciones que dependen de la voluntad del sujeto, como por ejemplo la confesión, careos, cuerpos de escritura. De este modo, quedan fuera del ámbito de protección de la garantía aquellas medidas respecto de las cuales el imputado puede ser calificado como un mero “objeto de prueba”, tal como sucede en los reconocimientos en rueda de personas, las inspecciones corporales y las extracciones de sangre. Tal fue, en efecto, el criterio que se siguió en el citado caso “H., G. S.”.

24º) Que sobre la base de tales argumentos, el a quo parece haber entendido –aunque no lo dice expresamente– que así como el imputado no puede ampararse en el art. 18 de la Constitución Nacional para impedir que utilicen su cuerpo para obtener prueba en su contra, tampoco podría hacerlo el testigo con invocación de las reglas procesales que lo facultan a abstenerse de testimoniar en contra, entre otros, de sus ascendientes.

25º) Que tal paralelo entre la situación del imputado y la del testigo no es en modo alguno evidente, y no parece admisible que, para semejante conclusión, ni siquiera se mencionen las reglas procesales en las que se había amparado la recurrente.

Por otro lado, la equiparación de ambas situaciones sólo podría sostenerse si el derecho del imputado de negarse a declarar tuviera similar fundamento e idéntico alcance que la facultad de abstención del testigo, es decir, si sólo se protegiera –dicho brevemente– la “libertad de declaración”.

26º) Que si bien entre ambos derechos existe una estrecha relación (conf. “Cuadernos”, lug. cit., pág. 90), las reglas que autorizan a los testigos a preservar ciertos vínculos familiares tienden a ahorrarle a los individuos la carga de conciencia que representaría verse obligado a traicionar la confianza que caracteriza tales relaciones. Se trata del respeto de lazos afectivos estrechos, fuertemente relacionados con el derecho a la intimidad.

27º) Que, por lo tanto, al juzgar la proporcionalidad de la injerencia que la medida en cuestión significa se debe computar que ella debería ser realizada sobre una persona a la que, por la fuerza, se la estaría obligando a ser quien, en definitiva, aporte pruebas para que se pueda llegar a la condena de aquellos a quienes su conciencia le indica que debe proteger.

En tales condiciones no es posible afirmar sin más aditamentos que la extracción de sangre ordenada no constituye una práctica humillante ni degradante, pues ello significaría hacer a un lado que, además del cuerpo, se está produciendo una invasión en el ámbito íntimo de los lazos afectivos de la recurrente.

28º) Que mal puede afirmarse que el carácter de “víctima” de la recurrente la priva del ejercicio de tal derecho, pues ello no haría más que duplicar sus padeci-

mientos: primero, por haber sufrido el delito, y luego, al obligarla a traicionar su conciencia y a tolerar que el Estado pueda valerse de su cuerpo para satisfacer la pretensión penal pública. En este sentido, a diferencia de lo que sucede con el imputado, el hecho de que no se trate de una “declaración”, o en otras palabras, que no intervenga su voluntad para la producción de la prueba no resulta decisivo, pues el ámbito de intimidad que se pretende proteger no podría dejar desamparado el derecho a excluir a otros de intervenir sobre el propio cuerpo. Una solución semejante, por cierto, no resulta ajena al derecho comparado, tal como lo ha traído a colación el propio señor Procurador General, a pesar de propiciar una solución contraria. Así, el § 81 c, párrafo segundo, de la Ordenanza Procesal Penal alemana establece la admisibilidad de las inspecciones y extracciones de sangre en personas distintas del imputado sin su consentimiento, cuando no sea de temer un perjuicio para la salud y la medida resulte imprescindible para la averiguación de la verdad. No obstante, el siguiente párrafo del mencionado § 81 c establece expresamente: *“Es posible negarse a las inspecciones y las extracciones de sangre por las mismas razones por las que es posible negarse a declarar como testigo”* (conf. asimismo Claus Roxin, “Derecho Procesal Penal”, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, págs. 295 y sgtes.).

29º) Que, a primera vista, puede llamar la atención que la decisión del caso se apoye en la extensión al cuerpo de la facultad del testigo de abstenerse de declarar en contra de sus ascendientes cuando en autos ya se ha comprobado en los términos del art. 366 del Código de Procedimientos en Materia Penal que los beneficiados por la abstención, no sólo no merecen el apelativo de “padres”, sino que son quienes mantuvieron a la víctima fuera de la esfera de custodia de los padres verdaderos. Sin embargo, más allá de los sentimientos del lego, existen razones jurídicas de peso que hacen que tal facultad deba operar aun en casos semejantes. En primer lugar, no existe hasta el momento una condena firme respecto de la falsedad de los documentos ni se han modificado los asientos del Registro Civil, único modo de alterar las relaciones de filiación. Tales requisitos formales, de una importancia básica dentro de nuestro derecho, serían ya suficientes para desechar el argumento de que se estaría tratando a la recurrente como “hija”, a pesar de que ya los propios imputados han reconocido que no lo es.

Pero, además de ello, se debe tener en cuenta que las relaciones de parentesco jurídicamente protegidas en el ámbito procesal no son las únicas que merecen amparo.

En efecto, el derecho de fondo ha reconocido que existen relaciones personales muy estrechas que el Estado decide respetar al prescindir de intervenir, y al renunciar a la pretensión de imposición de una pena, y ello, a pesar de la ausencia de “partidas”. El caso más gráfico –estrechamente vinculado a las reglas procesales sobre prohibición del testimonio de los parientes– es el de la excusa absolutoria prevista para el delito de encubrimiento. El art. 277, inc. 3º, del Código Penal, exime de responsabilidad criminal no sólo frente a vínculos “formales”, sino que extiende la exención a “amigo íntimo” y a la “persona a la que se debiese especial gratitud”.

30º) Que, en conclusión, el derecho tradicionalmente ha sacralizado ciertas relaciones familiares y personales muy próximas y se ha abstenido de intervenir en ellas, incluso a costa de dificultar o de frustrar, la posibilidad de perseguir el delito. El Estado, por respeto a la intimidad y la reserva de quien se siente atado por sentimientos de una estrecha comunidad de vida, aparece dispuesto a tolerar que ese individuo le niegue su testimonio a la justicia, y a no castigarlo si limpia la sangre u oculta el botín, producto del crimen de aquéllos frente a quienes se siente obligado. En este contexto, es insostenible que ese mismo Estado esté legitimado a violentar el cuerpo del “encubridor” en busca de prueba incriminante.

31º) Que a ello cabe agregar que, en el caso concreto, el “sacrificio” que implica respetar los derechos de la víctima es relativo, pues tal como lo afirmara la cámara, se trata de una medida de prueba meramente “complementaria”, que podría colaborar con la confirmación de la imputación y con un más amplio esclarecimiento del hecho, pero cuya prescindencia, en principio, no tendría por qué conducir a que Vázquez y Ferrá resultaran absueltos.

32º) Que, sin perjuicio de su relevancia como elemento de convicción, es evidente que la principal función que cumpliría la realización del examen de sangre es confirmarle a la querellante si su penosa búsqueda ha llegado a su fin. Se trata, por cierto, de una pretensión legítima de quien también es reconocida en autos como víctima del hecho investigado. Su interés, no obstante, debe ceder, pues sólo podría ser satisfecho mediante un intenso ejercicio de violencia estatal sobre el cuerpo de la recurrente, que lesionaría el derecho a la intimidad que el art. 19 de la Constitución Nacional le reconoce.

33º) Que por las razones expuestas las medidas ordenadas en la sentencia apelada con relación a la documentación identificatoria de Evelyn Karina Vázquez Ferrá y a la extracción compulsiva de sangre resultan contrarias a derecho y corresponde su revocación.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se declara admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la decisión recurrida. Notifíquese y, oportunamente, devuélvanse los autos al tribunal de origen. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - EDUARDO MOLINÉ O'CONNOR.

ES COPIA.

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

CONSIDERANDO:

Que el suscripto comparte las razones expuestas en los considerandos del voto de los jueces Petracchi y Moliné O' Connor y los da por reproducidos, agregando que atento a las singulares circunstancias que caracterizan la presente causa nada impide que el Tribunal exhorte a Evelyn Karina Vázquez Ferrá a ir integrándose a la que sea su familia de origen y al Estado asegurar la eficiente ayuda psicológica, si ella lo requiere.

En consecuencia, las medidas ordenadas en la sentencia apelada con relación a la documentación identificatoria de Evelyn Karina Vázquez Ferrá y a la extracción compulsiva de sangre resultan contrarias a derecho y corresponde su revocación.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se declara admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la decisión recurrida. Notifíquese y, oportunamente, devuélvanse los autos al tribunal de origen. CARLOS S. FAYT.

ES COPIA.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

CONSIDERANDO:

1º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correc-

cional Federal (fs. 81/86), al confirmar lo resuelto en primera instancia dispuso retener todos los documentos filiatorios otorgados en su momento por las autoridades pertinentes a Evelyn Karina Vázquez Ferrá y, asimismo, ordenó la prueba hemática a los fines de determinar su verdadera identidad, medida que deberá concretarse –en caso de ser necesario– mediante el auxilio de la fuerza pública. Contra dicho pronunciamiento la nombrada interpuso el recurso extraordinario de fs. 98/151 que fue concedido a fs. 170/170 vta.

2°) Que la recurrente sostiene en primer lugar que la retención de los documentos afecta el derecho a la integridad de la persona, a transitar libremente y elegir residencia, a la educación, al trabajo, a la seguridad social, a la propiedad privada, al nombre propio, y al ejercicio de los derechos políticos por no estar nominalmente identificada, lo que la convertiría en paria civil. Cita en apoyo de su postura los arts. 14, 14 bis, 17 de la Constitución Nacional y diversos preceptos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En segundo lugar, afirma que existen motivos para apartarse de la doctrina de Fallos: 318:2518 y 319:3370 y que resulta inaplicable la demás jurisprudencia citada por la cámara. Aduce que ello es así, por cuanto en los citados pronunciamientos de este Tribunal la víctima era menor de edad y quienes se oponían al examen eran los imputados. Afirma que la prueba de identidad biológica no puede utilizarse como prueba de cargo en razón del vínculo que la liga con los imputados. En este último sentido, subsidiariamente expresa su disposición para realizar el examen de histocompatibilidad ordenado siempre y cuando no se utilicen sus resultados como prueba de cargo en el proceso penal.

3°) Que respecto de la retención de los documentos el pronunciamiento impugnado debe ser equiparado a definitivo pues, por sus efectos, irroga un gravamen insusceptible de reparación ulterior. Asimismo, existe cuestión federal bastante para habilitar la instancia, toda vez que la apelante arguye que lo resuelto vulnera el ejercicio de derechos de raigambre constitucional.

4°) Que en el punto asiste razón a la recurrente. Es inmediatamente asequible al entendimiento común que el ejercicio de los derechos reconocidos en la primera parte, capítulo primero de la Constitución Nacional y en los tratados internacionales a ella incorporados (art. 75, inc. 22) requiere acreditar la identidad. Baste señalar, a tal efecto, a guisa de ejemplo, que la emisión del sufragio exige la presentación del documento cívico habilitante (arts. 86 y 88 del decreto 2135/83, t.o. del Código Electoral Nacional). Cabe advertir, además, que al contestar el traslado del remedio federal (conf. fs. 157) la querellante alega que la recurrente no puede estar en juicio porque, entre otras cosas, “ha otorgado poder con un documento nacional de identidad que está siendo requerido por la Justicia por su presunta falsedad”, de donde se colige que la falta de documentos privaría a la recurrente de la posibilidad de defender sus derechos en juicio, ya sea por sí o por representación.

Lo mismo ocurre con los demás derechos que invoca: estudiar, entrar y salir del país, ejercer toda industria lícita, contratar, contraer matrimonio, etc.

Es obvio que la determinación de la filiación producirá como lógica consecuencia la nulidad de la partida de nacimiento y que se expidan nuevos documentos de identidad. Pero en el ínterin estos no pueden retenerse toda vez que ello importaría privar a la apelante de nombre, nacionalidad y estado familiar, aunque éste se halle controvertido, con claro menoscabo de derechos de jerarquía superior.

5°) Que en lo referente a la prueba hemática, la decisión recurrida es equiparable a definitiva porque pone fin a la cuestión planteada y, por sus efectos, puede frustrar el derecho federal invocado, acarreando perjuicios de imposible o tardía reparación ulterior. Por lo demás, al hallarse inescindiblemente ligados los agravios relativos a la alegada arbitrariedad y a la interpretación de las cláusulas constitucionales en juego corresponde su tratamiento conjunto (Fallos: 313:664; 317:997; 321:2223; 325:50, entre otros).

6°) Que si bien este Tribunal ha establecido la validez constitucional de medidas como la impugnada en Fallos: 318:2518 y 319:3370, tal doctrina no es aplicable en la especie. A diferencia de los citados precedentes, la apelante es mayor de edad y es la presunta víctima de los delitos que se investigan en autos.

7º) Que, en el caso, existe una tensión entre el derecho a la intimidad de la apelante, persona plenamente capaz que en todo momento manifiesta su absoluto desinterés en conocer su origen, y el de la querellante que pretende conocer la verdad acerca de la sustracción de su presunta nieta. Asimismo, los mencionados derechos deben conciliarse con la tutela del interés público propia del proceso penal que reclama la determinación de la verdad en el juicio, ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia (conf. Fallos: 318:2518 citado).

8º) Que es imperioso recordar que el derecho a la intimidad, consagrado en forma genérica por el art. 19 de la Constitución Nacional ha sido definido por esta Corte como aquel que “protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento, o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (Fallos: 306:1892; 314:1531, voto del juez Boggiano; 316:479, disidencia de los jueces Cavagna Martínez y Boggiano; 316:703). La pretensión de la querellante es inherente a los sentimientos y relaciones familiares de proximidad existencial, que hacen al derecho a la identidad y a la intimidad (doctrina de Fallos: 321:2031 disidencia del juez Boggiano). La del apelante tiene similares características pues consiste en el rechazo de toda intromisión tendiente a poner de manifiesto una realidad biológica que no le interesa conocer.

9º) Que en tales condiciones, es necesario un delicado ejercicio de hermenéutica constitucional por lo que resulta aplicable la inveterada jurisprudencia de esta Cor-

te según la cual los derechos que emanan de las cláusulas constitucionales han de conciliarse con los deberes que imponen otras, de manera que no se pongan en pugna sus disposiciones y se logre darles aquel sentido que las concilie y deje a todas con valor y efectos (Fallos: 1:297; 277:213; 279:128; 296:372; 319:3241, entre muchos otros).

10º) Que las reglas del Código de Procedimientos en Materia Penal que invoca la recurrente (arts. 278, 279 y 280) no contemplan la situación procesal en que se encuentra y, por ende, no resultan prima facie aplicables al caso. Ello es así, pues no es equivalente el deber de una persona de prestar declaración testimonial con el de consentir que se le extraiga sangre. El testimonio, como manifestación volitiva sobre lo que se conoce, se halla sujeto a reglas que, en lo que al caso interesa, ampara el mantenimiento del vínculo familiar al prohibir, por ejemplo, declaraciones en contra de ciertos parientes, y tienden por ello a evitar que la persona sea colocada en una situación que pueda comprometer sus lazos afectivos. La extracción compulsiva de sangre, en cambio, constituye un medio de prueba que no compele a producir testimonio alguno –en sentido estricto–, por lo que, en principio y a falta de regulación expresa, no es admisible extender a su respecto las reglas especiales mencionadas anteriormente por más analogía que pueda encontrarse entre ambas situaciones. Ocurre que la finalidad de proteger los lazos familiares –que inspira la exclusión de ciertos medios de prueba– debe equilibrarse razonablemente con el propósito de averiguar la verdad sobre los delitos investigados; y en esta confrontación ha de prevalecer la potestad judicial de reunir todas las pruebas que no sean inequívocamente excluidas por la ley.

11º) Que, además de lo expresado existen indicios suficientes que demuestran que los procesados Policarpo Vázquez y Ana María Ferrá no son los padres de Evelyn Karina Vázquez Ferrá, por lo que no puede sostenerse que ésta se encuentra en la situación del art. 278, inc. 2º, del Código de Procedimientos en Materia Penal, que vedaría requerir su testimonio en razón del vínculo.

12º) Que la recurrente no se halla imputada y no asumió participación alguna en el proceso, sino que sería la presunta víctima del delito que se investiga. Por lo tanto, a los fines de juzgar la procedencia de la prueba hemática, es preciso exami-

nar los límites de la autoridad instructoria de los jueces, atendiendo a la razonabilidad de las diligencias ordenadas en función del objeto procesal de que se trata. Ello lleva a indagar la pertinencia o utilidad de la prueba.

13º) Que se observa que el requerimiento judicial impugnado, que obliga a Evelyn Karina Vázquez Ferrá a prestar su cuerpo para la extracción de sangre, no es imprescindible para determinar la verdad de lo ocurrido a los fines del proceso penal que se sigue contra los procesados. En efecto, ningún dato relevante se aportaría con la investigación acerca de si la nombrada es o no nieta de la querellante, puesto que de las pruebas hasta ahora reunidas se desprende que no es hija de los procesados y ésta circunstancia es suficiente para comprobar la infracción criminal que se examina, al menos desde una evaluación externa de los hechos. En efecto, habida cuenta de las declaraciones indagatorias de fs. 45/48 con la confesión de Policarpo Vázquez, la de fs. 75 y 162, con la admisión de Ana María Ferrá, el careo de fs. 80/80 vta., el cuerpo de escritura de fs. 75 vta./76 y la prueba de informes relacionadas con el certificado de nacimiento, la extracción de sangre no guarda nexo con la comprobación del delito que motiva el proceso, el que se configuraría cualquiera fuese la filiación de Evelyn Karina Vázquez Ferrá (las citas de fojas del presente considerando corresponden a la causa principal).

14º) Que a ello cabe agregar que, no es absoluta la potestad de los jueces penales de recabar toda la información que estimen pertinente para constatar la existencia de conductas delictivas; su cometido debe ceder cuando la investigación puede vulnerar, como en autos, el ámbito de intimidad de las personas y la averiguación sólo traería un conocimiento que –en palabras de la cámara– sería meramente complementario. No se trata entonces de una prueba dispuesta como último resorte e indispensable para la pesquisa –caso en el cual correspondería examinar la intensidad de los derechos en pugna para dirimir el conflicto–, sino de una medida que por no ser decisiva debe omitirse.

15º) Que, en tales condiciones, se advierte con claridad que la prueba de histocompatibilidad es innecesaria, pues excede el objeto propio del proceso en que fue dispuesta y el interés público no se ve afectado por la negativa de la recurrente a practicarla. Además, la mencionada prueba produciría efectos en una eventual

acción de emplazamiento de estado de familia, con el consiguiente menoscabo del derecho de defensa de la recurrente tutelado por el art. 18 de la Constitución Nacional. En tal sentido, no puede soslayarse que, conforme expresa textualmente el art. 4° de la ley 23.511: “La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente”. De ello se sigue la facultad del interesado de negarse a que se le practiquen las pruebas hematológicas a que alude la ley y, por necesaria implicación, la imposibilidad de proceder compulsivamente con ese propósito.

16°) Que lo expuesto, no importa desconocer a la querellante los derechos a la intimidad y “a la verdad”, entendido éste “como el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Barrios Altos, sentencia del 14 de marzo de 2001). Sólo significa que el ejercicio de los aludidos derechos, dadas las particularidades del presente caso en que la supuesta víctima es mayor de edad y pretende preservar el derecho a la intimidad, está sujeto a la condición previa de la promoción de una acción de emplazamiento de estado, que constituye el medio propio para determinar el parentesco. El proceso al que aquélla dé origen, constituye el único ámbito en el cual Evelyn Karina Vázquez Ferrá contará con la posibilidad de ejercer con plenitud la defensa de sus derechos de raigambre superior. En otros términos, los derechos de la querellante exigen un parentesco que aún no está demostrado ni es susceptible de serlo en el proceso penal sin lesionar los que asisten a los terceros a éste. El Estado argentino, dadas las constancias de autos se encuentra en condiciones de cumplir sus compromisos atinentes a la investigación y castigo de los responsables de las violaciones de los derechos humanos, sin necesidad de acudir a la prueba de histocompatibilidad.

Por ello, y oído el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la decisión recurrida. Notifíquese y, oportunamente, remítase. ANTONIO BOGGIANO.

ES COPIA.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ

CONSIDERANDO:

1º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal confirmó la sentencia de primera instancia que había dispuesto la retención de los documentos filiatorios de Evelyn Karina Vázquez Ferrá y ordenado la realización de una prueba hemática “a los fines de determinar su verdadera identidad” de la persona nombrada. Revocó, en cambio, el carácter no compulsivo de esta última medida, disponiendo el auxilio de la fuerza pública en el caso en que aquélla “no otorgue el consentimiento para el acto pericial apuntado” (fs. 86 del incidente de apelación). Contra tal decisión, Evelyn Karina Vázquez Ferrá dedujo la apelación federal, que resultó concedida (fs. 170/170 vta. del mismo incidente).

2º) Que la apelante expresa diversos agravios: En lo relativo a la “retención de documentos de identidad”, con sustento en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, sostiene que la cámara no trató los diversos planteos de orden constitucional que había desarrollado para su consideración. Seguidamente, encuadra la cuestión como de naturaleza federal típica –art. 14, inc. 3º, de la ley 48– toda vez que se habrían desconocido los alcances de las cláusulas constitucionales invocadas; así, –expresa– la retención dispuesta la privaría del ejercicio de diversos derechos civiles, como el de contraer matrimonio; la afectaría también en su derecho de transitar libremente, de educarse, de trabajar, de acceder a los beneficios de la seguridad social, de su derecho de propiedad, del ejercicio de sus derechos políticos.

En lo vinculado a la realización compulsiva de la extracción de sangre, la apelante funda su pretensión recursiva en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, en tanto se habrían pasado por alto sus objeciones sobre diversas lesiones constitucionales que ese acto supondría. También por basarse en precedentes y doctrina elaborados para casos que difieren sustancialmente del *sub examine*. Por otra parte, encuadra esta cuestión como de naturaleza federal típica (art. 14, inc. 3º, de la ley 48) y explica que la medida en crisis representa una inadmisibles intrusión del Estado en su esfera de intimidad, que lesiona su derecho constitucional a la inte-

gridad física, al obligarla a tolerar una injerencia sobre su propio cuerpo en contra de su voluntad, vulnerando asimismo sus derechos constitucionales a la integridad psíquica y moral, a la dignidad, a la vida privada y a gozar de los derechos civiles.

Por último, con sustento en la mencionada doctrina y también con base en el inc. 3° del art. 14 de la ley 48, se agravia de que la cámara haya rechazado su propuesta subsidiaria en el sentido de no poder ser utilizadas las conclusiones del examen hemático como prueba de cargo, ya que el señalamiento de que “no corresponde expedirse por anticipado respecto de la valoración que oportunamente se efectuará de una medida de juicio” y que tampoco pueden limitarse “la utilización de los resultados en el marco de una investigación penal”, no contempló sus planteos en cuanto a la aplicación analógica de las prohibiciones probatorias previstas en el ordenamiento legal (arts. 163 y 278 del Código de Procedimientos en Materia Penal), con sustento en la relación familiar existente entre su persona y los imputados en la causa.

3°) Que de las constancias de la causa surge:

a) que a fs. 11 se presentó Inocencia Luca de Pegoraro y formuló querrela por la presunta comisión de los delitos previstos por los arts. 139, inc. 2°, 146, 292 y 293 del Código Penal contra Policarpo Luis Vázquez y Ana María Ferrá por la sustracción de su nieta que habría nacido de la hija de la querellante –Susana Beatriz Pegoraro– después de su secuestro ocurrido el 18 de junio de 1977 cuando se encontraba embarazada de 5 meses;

b) que a fs. 45/48 y 162 –con remisión a la informativa de fs. 85– se recibieron las declaraciones indagatorias de los querrelados Policarpo Luis Vázquez y Ana María Ferrá respectivamente quienes admitieron que Evelyn Karina no es hija biológica de ambos;

c) que a fs. 163/164 la parte querellante solicitó se ordene la realización de una pericia inmunogenética compulsiva de Evelyn Karina Vázquez Ferrá;

d) que a fs. 168/170 la jueza de primera instancia dispuso retener todos los documentos filiatorios otorgados a Evelyn Karina Vázquez Ferrá y ordenó una prueba hemática a los fines de determinar su verdadera identidad cuya realización estará a cargo del Banco Nacional de Datos Genéticos del Hospital Durand, con la aclaración en el sentido de que para el caso hipotético de la falta de consentimiento deberá concretarse tal medida de prueba con el auxilio de la fuerza pública. Los

querellados dedujeron recurso de reposición –que fue denegado– con apelación en subsidio que fue concedido a fs. 217/218;

e) que a fs. 230 se presentó Evelyn Karina Vázquez Ferrá y a fs. 235/248 planteó recurso de reposición con apelación en subsidio contra la decisión de fs. 168/170. A fs. 306/311 el juez de primera instancia revocó por contrario imperio el carácter compulsivo del examen hemático, desestimó los restantes pedidos de revocatoria planteados por el recurrente y concedió el recuso de apelación en subsidio;

f) que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal dispuso declarar mal concedido el recurso de apelación deducido por los imputados al carecer su defensa de “representatividad suficiente” para cuestionar toda medida que involucre a Evelyn Karina Vázquez Ferrá. Asimismo, confirmó la decisión de fs. 168/170 y estimó que devenía procedente la retención de la documentación perteneciente a aquélla teniendo en cuenta que reviste el carácter de prueba de cargo para quienes resultan imputados en la causa y que podría ser ideológicamente falsa, con lo cual hasta tanto devenga necesario para la investigación debía permanecer reservada en el juzgado. Finalmente dispuso –al revocar la decisión de fs. 306/311, punto V– que quedara firme el párrafo tercero del punto II de la resolución de fs. 168/170 en cuanto dispuso que para el supuesto de la negativa de Vázquez Ferrá a otorgar el consentimiento, deberá concretarse tal medida de prueba con el auxilio de la fuerza pública.

4º) Que si bien por principio, las resoluciones como la impugnada no constituyen sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48, corresponde, de acuerdo a las circunstancias propias del presente caso, equipararla a aquélla en la medida que origina agravios que de ser mantenidos generarían consecuencias de insuficiente o imposible reparación ulterior (Fallos: 310:276, entre muchos otros), siendo además, que el pronunciamiento impugnado ha limitado irrazonablemente el ejercicio de diversos derechos constitucionales y la índole absoluta de las restricciones que resultaría de su criterio exige de este Tribunal una tutela efectiva.

5º) Que en primer lugar, referido a la retención de la documentación, los agravios de la apelante suscitan cuestión federal para su consideración por la vía intentada,

pues aunque remitan al examen de normas de derecho procesal común, materia ajena –como regla y por su naturaleza– al remedio previsto en el art. 14 de la ley 48, tal circunstancia no constituye óbice para invalidar lo resuelto cuando la decisión satisface sólo en apariencia la exigencia constitucional de adecuada fundamentación, con perjuicio de imposible reparación ulterior y con evidente menoscabo de las garantías constitucionales en juego (arts. 14, 14 bis, 17, 18, 37 y 39 de la Constitución Nacional; arts. I, VII, XII, XIV, XVI y XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 6, 13, 22, 23 y 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 3, 18, 21, 22 y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 12 y 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

6°) Que en efecto, el único fundamento que el a quo proporciona para concluir que deviene procedente la retención de la documentación perteneciente a Evelyn Karina Vázquez Ferrá, reside en el carácter de prueba de cargo que aquélla reviste para quienes resultan imputados en la causa y que podrían ser ideológicamente falsos, “con lo cual hasta tanto devengan necesarios para la investigación, los mismos deberán permanecer reservados en el juzgado”. Dicha orfandad de fundamentos, que evidencia la omisión –por parte del a quo– de analizar los reparos constitucionales que la apelante había expresado a fs. 12 vta./14 del incidente de apelación vinculados con la afectación de los derechos y garantías invocados, configura un supuesto de resolución contraria implícita al derecho federal invocado y que esta Corte habrá de corregir.

7°) Que, en tal sentido, cabe memorar que el objeto del presente juicio consiste en imputar a los querellados los delitos de sustracción de menores y de suposición y ocultación del estado civil de la apelante mediante su inscripción como hija biológica de los procesados y la consiguiente falsedad ideológica de sus certificados de parto y de nacimiento, cuestiones que todavía no han sido esclarecidas mediante sentencia definitiva firme. En cambio, no existe referencia alguna a aquellos documentos destinados a acreditar la identidad de las personas –cuya retención constituye el objeto de agravio– y no se ha dispuesto la investigación de la falsedad ideológica y/o material de los mismos, razón por la cual mal pueden ser considerados como “prueba de cargo”.

Es que el certificado y la partida de nacimiento expedidos por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas acreditan la situación del individuo en sus relaciones de familia y tienen como finalidad probar la filiación. Mientras que los documentos cuyo objeto consiste en acreditar la identidad –y que motivan este pronunciamiento– son emitidos necesariamente sobre la base de aquéllos. En efecto, la filiación –supuestamente matrimonial– se demuestra mediante la inscripción del nacimiento en el registro citado y la prueba del matrimonio de los padres resultante del acta de celebración, su testimonio, copia o certificado, o la libreta de familia (arts. 246 y 196 del Código Civil), en tanto que la identidad se acredita con el documento nacional de identidad (art. 13 y concordantes de la ley 17.671).

De modo tal que, de declararse una nulidad del acta de inscripción de nacimiento y del certificado respectivo, se deberán expedir los legítimos nuevos documentos de filiación, con la consecuente declaración de nulidad de los identificatorios basados en aquellos actos nulos y el otorgamiento de los que en su reemplazo correspondan con arreglo a la verdad comprobada y las normas legales que en su caso resultaran de aplicación.

8°) Que, por otra parte, el *sub lite* se distingue de otros procesos relativos a falsedades documentales en cuyo marco es posible que quienes estén involucrados, de algún modo obtengan –mediante una nueva expedición– los documentos indubitados o simplemente conserven los propios (vgr., en este último supuesto, si el documento incautado pertenece a una persona distinta al autor de la falsedad). Tales alternativas no serían posibles en el caso, toda vez que –precisamente– los eventuales vicios del documento identificatorio derivarían de los que presentasen el certificado y acta de nacimiento.

Esta especial ponderación de las consecuencias que acarrearía la inopinada “retención” dispuesta en la causa impone dejarla sin efecto, toda vez que privaría absolutamente a la apelante del goce de sus derechos personalísimos elementales como acreditar su identidad, convirtiéndola en un ser anónimo, carente de un nombre, una nacionalidad y un estado familiar que, aun controvertidos, a ningún habitante de la Nación pueden serle arrebatados, como los derechos de trabajar, entrar,

permanecer y salir del país, casarse, disponer de sus bienes y toda esa pléyade consagrada en la Constitución Nacional (arts. 14 y 33 entre otros).

9º) Que, en tales condiciones, resulta prematura –en el actual estado de la causa– la adopción de una medida de esa relevancia que presupondría eventualmente el dictado de una sentencia final condenatoria. Sin que se advierta que la retención de la documentación sea indispensable y necesaria para satisfacer –con sacrificio provisorio del interés individual– el interés público para evitar –en ciertos casos– que el presunto delito siga produciendo sus efectos dañosos. Máxime si –como se señaló *supra*– no guarda relación inmediata con la materia que es objeto de persecución penal en la presente causa.

10º) Que la apelante también se agravia de la sentencia en cuanto ordena la extracción compulsiva de sangre, la que considera arbitraria por su falta de fundamentación suficiente y por vulnerar sus derechos a la intimidad, a la integridad física, psíquica y moral, a la dignidad, a la vida privada, y a la de gozar de los derechos civiles de raigambre constitucional (art. 19 de la Constitución Nacional; arts. V y XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 5 y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Afirma, que la medida impugnada importa una inadmisibles intromisión del Estado en la esfera de intimidad de Evelyn Karina Vázquez Ferrá, al tiempo que afecta su integridad física al obligarla a disponer de su propio cuerpo en contra de su voluntad, conformando una lesión a su integridad física, psíquica y moral y a la vida familiar. Considera además que la práctica compulsiva ordenada afecta su dignidad y sus derechos civiles al no respetar la decisión de una persona adulta de mantener inalterables sus afectos y no tener voluntad de momento por conocer su origen biológico. Calificó de arbitraria la decisión de la cámara, pues ella se basa en precedentes y doctrina elaborados para casos que difieren sustancialmente del *sub examine*. También, señaló que el a quo omitió examinar el argumento relativo a la violación de garantías constitucionales pues no ha tomado en cuenta que la ley

procesal la autoriza a proteger a su núcleo familiar, al autorizarla a negar su testimonio cuando de él pueda derivar una prueba de cargo (arts. 163 y 278 del Código de Procedimientos en Materia Penal). Lo mismo ocurrió con su pedido de que, en caso de consentir el examen, el resultado no fuera utilizado en contra de los imputados.

11°) Que si bien la decisión recurrida no reviste el carácter de sentencia definitiva debe ser equiparada a tal –conforme se sostuviera en oportunidad de abordar el primer agravio–, toda vez que por su naturaleza y consecuencias, pone fin a la cuestión federal articulada sobre el punto y causa un gravamen de insusceptible reparación posterior, por lo que reviste entidad suficiente a los fines del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 313:1113; 318:2481 y 2518; 319:3370). Asimismo, el apelante ha cuestionado la inteligencia otorgada por el a quo a cláusulas constitucionales y la decisión ha sido contraria al derecho fundado en aquéllas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

Además, corresponde efectuar el examen conjunto de las impugnaciones planteadas, ya que los agravios relativos a la alegada arbitrariedad y los atinentes a la interpretación del derecho federal en juego aparecen en el caso como aspectos inescindiblemente ligados entre sí (Fallos: 317:997 y 321:2223, entre otros).

12°) Que en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia (C.S. de EE.UU. “Stone vs. Powell”, 428 U.S., 476, 1976, en pág. 488 y la cita de D.H. Oaks en nota 30, pág. 491, citados en Fallos: 313:1305).

13°) Que en esa dirección, las normas que confieren atribuciones amplias a los jueces para disponer medidas de prueba, deben entenderse razonablemente dirigidas a la averiguación de los hechos presuntamente delictivos que constituyen el objeto sumarial (vgr. arts. 178 y 180 del Código de Procedimientos en Materia Penal), y no otros cualesquiera. Así lo corrobora el art. 322 del mismo código ritual, al exigir que el hecho o circunstancia sobre el que ha de recaer el examen pericial sea “pertinente a la causa”.

Las normas antedichas, tampoco admiten una interpretación aislada, sino sistemática, dentro del contexto del orden jurídico vigente. Por eso no parece admisible que una investigación sobre la verdadera filiación de una persona pueda tener lugar en la sola aplicación mecánica de reglas procedimentales del fuero penal, exorbitando su sentido y poniéndolas en contradicción con garantías individuales reconocidas expresamente por nuestra Constitución Nacional.

14°) Que, cabe recordar que desde antiguo esta Corte ha seguido el principio de que lo prohibido por la ley fundamental es compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieran provenir de su libre voluntad; pero ello no incluye los casos en que la evidencia es de índole material y producto de la libre voluntad del procesado (Fallos: 255:18).

15°) Que en el recordado caso “Müller”, se había ordenado la realización de una extracción de sangre a un menor que convivía con sus padres adoptivos, en el marco de una causa en la que se investigaba la falsedad ideológica de un documento nacional de identidad que se encontraba en poder de quien invocaba ser abuelo de aquél. Este hecho se vinculaba con diligencias probatorias tendientes a esclarecer la autoría en la confección de un certificado médico aportado por el mencionado abuelo y comprobadamente adulterado, “sobre cuya base se obtuvo una partida de nacimiento que no correspondía a la realidad y con ella, el aludido documento identificatorio con igual falencia”. Vale decir que la causa había tenido como origen una investigación en la que los padres adoptantes no se encontraban imputados como autores de los delitos endilgados; tampoco el menor resultaba autor o víctima de aquéllos.

La decisión fue resistida por el padre adoptivo, con sustento en que la ejecución de tal medida “importaría exponer al niño a daños psicológicos, compeliéndolo a someterse a una prueba en contra de su voluntad y generando en él una situación claramente ‘ansiógena’ y de importantes consecuencias para su equilibrio emocional”, entre otras consideraciones. La mayoría del Tribunal consideró entonces que las graves consecuencias que derivarían de una lesión a la integridad física del niño carecían de un respaldo legal que las legitimase, en ese sentido señaló que la medida impugnada había excedido el objeto de la investigación y que la determinación de

la tipicidad o autoría no habría variado por el resultado de la prueba biológica dispuesta (Fallos: 313: 1113).

16°) Que, en la causa “H., G. S. y otro”, idéntica medida probatoria había sido dispuesta con el fin de establecer “la veracidad de los dichos de H. atinentes a que la menor era hija suya y que por esa razón como tal había sido anotada”. Y al ser ello así –estimó el Tribunal– surge en forma indubitable que el estudio ordenado guarda relación directa con el objeto procesal de la causa, es conducente para el esclarecimiento de los hechos y no excede de los límites propios del proceso en que fue dispuesto (arts. 178, 180 y 182 del Código Penal). Se descartó –seguidamente– la solución a la que arribó la mayoría de la Corte en el precedente “Müller” sobre la base de que el objeto central de la investigación “estaba inmediatamente ligado a la validez del título en que se sustentan los documentos públicos que acreditaban la identidad de una menor”. El Tribunal consideró que no se verificaba lesión alguna a las garantías constitucionales que protegen derechos fundamentales como la vida, la salud o la integridad corporal con la realización de la medida dispuesta. Seguidamente, rechazó el agravio relativo a la zona de reserva e intimidad del individuo, toda vez que la negativa a la extracción de sangre no se vinculaba con el derecho de disponer del propio cuerpo, “sino a obstaculizar una investigación criminal en la que ellos resultaban imputados y la menor víctima (Fallos: 316:479), es decir, afecta derechos de terceros (art. 19 de la Constitución Nacional, a contrario sensu)” (Fallos: 318:2518).

17°) Que, de su lado, en la causa “C., J. A.” –fallada en la misma fecha– si bien la mayoría del Tribunal declaró extinguida la acción penal, la disidencia de los jueces Petracchi y Fayt precisó nuevamente la doctrina establecida en la causa “Müller”, en el sentido de que “la mayoría no sostuvo que una medida como la ordenada fuera en toda circunstancia contraria al derecho de intimidad receptado en el art. 19 de la Constitución Nacional. Por el contrario, al ponerse énfasis en la circunstancia de que en el caso el menor no resultaba víctima o autor de un delito, se dejó bien en claro que no existía, en opinión de la mayoría, un interés público relevante que permitiría invalidar legítimamente el derecho a la intimidad invocado”. Seguidamente, en el mencionado voto, se estableció que resultaban “directamente aplicables al caso” los principios desarrollados por el Tribunal al resolver en la causa “H., G. S.” (Fallos: 318:2481).

18°) Que paralelamente, debe señalarse que el señorío sobre sí que presupone la libertad individual tiene en el derecho al honor y a la intimidad el núcleo que, como zona de reserva, excluye cualquier intromisión ilegítima, impidiéndole perturbar su goce pacífico y traspasar la esfera de inclusión que le es propia dentro de la privacidad. En este sentido, corresponde reconocer la existencia de tres esferas dentro de las cuales las personas realizan su existencia: pública la primera, privada la segunda, íntima la tercera. La primera y la segunda se interseccionan con un espacio común que puede ser mínimo o máximo, según las circunstancias. En cambio la tercera respecto de la segunda tiene una relación de inclusión. Se encuentra dentro de lo privado y no admite la intromisión ilegítima. La intimidad no es simplemente el derecho a la soledad sino un conjunto de aspectos de la vida individual y familiar de las personas que pertenecen por entero a cada cual y a partir de ese segmento de vida liberada de la mirada y opinión de los demás todo ser humano tiene el dominio de su imagen, su identidad y personalidad. Corresponde considerar comprendido en ese ámbito de intimidad tanto a la autonomía psicológica y moral cuanto a la relación de pareja, al trato con los hijos, al descanso, al respeto a sí mismos, como seres humanos. El sistema de creencias y valores sobre los cuales se estructura la conciencia humana se intersecciona con sentimientos de discreción y de pudor amurallados como zona de reserva de la vida personal y familiar (Fallos: 324:2895).

19°) Que ello es una característica y necesidad de las personas en tanto humanas, carácter que –huelga decirlo– no se puede perder ni resignar por el hecho de ser, a partir de esa necesaria naturaleza humana, funcionario o autoridad pública, persona pública y persona privada. El hombre público, por el hecho de serlo, no ha perdido ni su privacidad ni su intimidad (Fallos: 324:2895).

20°) Que el derecho de protección de una esfera de intimidad se encuentra genéricamente consagrado en el art. 19 de la Ley Fundamental, y aparece tutelado según diversas fórmulas en los tratados de derechos humanos incorporados en el art. 75, inc. 22, de la Constitución (art. V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá 1948; art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948; art. 11 párrafos 2 y 3, de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por ley 23.054 y arts. 17, párrafos 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, aprobado por ley 23.313).

21°) Que, el presente caso se caracteriza por ser de aquellos en los cuales el juez se encuentra ante la confrontación de principios y derechos constitucionales de igual jerarquía y tal circunstancia le obliga a extremar la ponderación de los valores e intereses en juego en el caso concreto para dar la respuesta más adecuada teniendo en cuenta el objetivo preambular de afianzar la justicia, propósito liminar y de por sí operativo que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad (Fallos: 302:1284). Se trata de conjugar armoniosamente aspectos propios de la esfera de la intimidad de las personas, protegidos por el art. 19 de la Constitución Nacional, con otros que la trascienden y acaban por interesar a la sociedad toda, obvio objeto de protección del orden normativo (Fallos: 308:2268).

22°) Que el Tribunal ha expresado que los derechos civiles, políticos y sociales que la Constitución Nacional consagra, lejos de ser absolutos, están sujetos a limitaciones o restricciones tendientes a hacerlos compatibles entre sí y con los que corresponde reconocer a la comunidad (Fallos: 312:318; 314:225; 315:380; 320:196). Principio aplicable a dilucidar el conflicto suscitado entre el derecho a la intimidad –tutelado por el art. 19 de la Ley Fundamental– y las facultades estatales de restringir el ejercicio de aquél, en un marco razonable, para la necesaria eficacia en la persecución del crimen.

23°) Que esta Corte, al definir el principio de legalidad, ha señalado que “toda nuestra organización política y civil reposa en la ley. Los derechos y obligaciones de los habitantes así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existen en virtud de sanciones legislativas y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas si falta la ley que la establezca” (Fallos: 191:245). En dicho criterio se enmarcan también las leyes de procedimientos en materia penal, que no sólo atienden al interés general afectado por el delito, para aplicar al castigo señalado al mismo por las leyes de fondo, sino que deben velar asimismo por el interés de las personas directamente afectadas a causa de su perpetración.

Así, a modo de cita, la investigación criminal exige frecuentemente practicar pesquisas o visitas en el domicilio de los particulares, estando los jueces facultados a practicarlas, so pena de quedar entorpecida en su acción la justicia represiva y en muchos casos consagrada la impunidad de los delitos. Esto es así, toda vez que no es posible poner en duda, el derecho de la sociedad para penetrar en ciertos casos en el domicilio de los particulares. Pero ese poder no es omnímodo; por el contrario, se encuentra reducido a ciertos límites, porque si bien el interés general debe tenerse siempre en cuenta, no deben olvidarse, sin embargo, los derechos que las leyes fundamentales garantizan a todos los habitantes del país.

24°) Que a la luz de los conceptos reseñados, el *sub lite* presenta sustanciales diferencias con los precedentes examinados, siendo imperativo valorar las mismas a fin de dar debida respuesta a las cuestiones federales propuestas. Dichas divergencias consistirían, por un lado, en la condición de mayor de edad de la recurrente, que le permite invocar por sí misma la vulneración de su intimidad, integridad física y dignidad como persona; y por el otro, se trata de uno de los supuestos sujetos pasivos de los delitos investigados.

No menos importante resulta lo expresado por la letrada apoderada de la querrella al admitir que si bien Evelyn Karina Vázquez Ferrá no es parte en el proceso “tiene el inalienable derecho a ser escuchada”, a lo que se solicitó se le otorgara “un tiempo prudencial para decidir por sí misma” en cuanto a la realización del examen de sangre. Agregando que “a fin de no profundizar la sensación de culpa que transmite su postura por otra parte lógica en todos estos casos de años de convivencia con quienes aparecen como sus padres, y teniendo en cuenta que en este caso particular ambos procesados han confesado que no es hija propia... V.S... al tiempo de decidir el estado procesal de ambos no debe asentar su decisión en la pericia que sin duda [Evelyn] algún día efectuará sino en las confesiones y en las documentales obrantes en autos”.

25°) Que en el caso, se ha resuelto la situación procesal de los imputados conforme lo dispone el art. 366 del Código de Procedimientos en Materia Penal, afirmándose con el alcance propio de dicho instituto y sin menoscabo al principio de inocencia que consagra la C.N., que los mismos no son los padres biológicos de la víctima, sino que son quienes la mantuvieron fuera de la esfera de custodia de los

padres verdaderos. En función de ello y poniendo especial énfasis en el estadio procesal que trasunta la causa, la extracción compulsiva de sangre aparece como desproporcionada, en vistas a las consecuencias inmediatas e irreparables que tal diligencia acarrearía sobre la intimidad y la reserva de la recurrente –art. 19 de la Constitución Nacional–.

Y ello es así, en la medida que la misma naturaleza del debido proceso niega cualquier concepto de procedimiento inflexible universalmente aplicable a cada situación imaginable, motivo por cual, resulta ineludible buscar un adecuado equilibrio para el caso concreto que evite, so pretexto de descubrir la verdad, aniquilar los derechos individuales en juego.

26°) Que la realización del examen de sangre en la forma en que fuera ordenado, no resulta racionalmente justificado por el a quo en oportunidad de revisar la resolución del juez de grado. Por el contrario, la cámara se ha limitado a efectuar un paralelismo entre el *sub lite* y distintos precedentes que invoca, soslayando inexplicablemente las sustanciales diferencias existentes.

En esa línea, el a quo –no obstante señalar el carácter meramente “complementario” de la medida–, omitió dar adecuado tratamiento a los sólidos reparos esgrimidos por la apelante, en cuanto afectarían su integridad psíquica y moral, y su libertad de conciencia, al verse compelida coactivamente a aportar prueba en contra de sus sentimientos de crianza.

27°) Que por lo demás, el a quo se limitó a afirmar de manera dogmática que “si a una persona investigada en causa criminal puede obligársela a la realización de este tipo de medidas cuando actúa conforme lo expuesto [como objeto de prueba], con más razón la justicia puede hacerlo con quien no lo es, como en el caso, Evelyn Vázquez”, desoyendo los reparos introducidos y que resultan conducentes para la solución del caso, en particular aquellos referidos a las normas procesales directamente aplicables.

No justifica la supresión el carácter formal de las mismas, toda vez que su interpretación deviene inseparable de los principios y garantías supra legales involucrados. Porque si bien, es muy cierto que los magistrados no están obligados a analizar todos y cada uno de los elementos que se arriban al pleito, ello es así cuando la elocuencia de los estudiados torna inoficioso continuar haciéndolo con los restan-

tes, pero en cambio no es un principio válido en el extremo en que él o los elegidos están distantes de convencer sobre la racionalidad de la ponderación efectuada, no configurando el cumplimiento de la debida fundamentación que debe contener una sentencia judicial.

28°) Que si bien los argumentos expuestos serían suficientes para fundar la revocación de la medida, en vistas de su palmaria carencia de razonabilidad conforme lo exigido por el art. 28 de la Constitución Nacional, resulta también conveniente abordar el análisis de las normas procesales directamente aplicables al caso e inmediatamente ligadas a los principios constitucionales involucrados, las que no obstante fueron soslayadas por resolución apelada.

En efecto, dispone el art. 163 del Código de Procedimientos en Materia Penal que no serán admitidas “denuncias de descendientes contra ascendientes consanguíneos o afines y viceversa, ni de un cónyuge contra el otro, ni hermano contra hermano”, prohibición que “no comprende la denuncia por delito ejecutado contra el denunciante, o contra una persona cuyo parentesco con el denunciante sea más próximo que el que lo liga con el denunciado”. Por su parte, el art. 278, inc. 2° del mismo cuerpo normativo señala que no podrán ser citados como testigos los ascendientes y descendientes del acusado, salvo que se dé la situación excepcional prevista por el artículo anterior, es decir, que haya sido víctima del delito y que quieran declarar en contra de aquél, o que lo hagan en favor del procesado (art. 279).

29°) Que, las normas apuntadas reconocen un doble fundamento; por un lado preservar la cohesión familiar de manera concordante con el principio constitucional que apunta a la protección integral de la familia (art. 14 bis C.N.), mientras que por el otro se quiere evitar colocar al testigo en la angustiante alternativa de suministrar al Estado los medios de punir a aquellos con quienes tiene lazos afectivos o de mentir contrariando su juramento.

No desvirtúa el concepto la calidad de víctima del hecho investigado que reviste Evelyn Karina Vázquez Ferrá, pues, como se advierte, ello sólo importa transformar la prohibición de declarar en facultad de no hacerlo; derecho que precisamente aquélla pretende ejercer de manera efectiva.

Por último resta mencionar que no constituye impedimento válido para la aplicación de dichas normas, la circunstancia de que los imputados son sólo formalmente sus padres, toda vez que lo que importa es justamente que la interesada manifiesta sentirlos como tales. En función de ello, resulta imperativo preservar a la recurrente del humillante trance que acarrearía ser sometida a una extracción de sangre por la fuerza, con la certeza de que el resultado de dicha práctica podrá ser utilizado en perjuicio de quienes está eximida de aportar declaraciones y otras pruebas en su contra, por ser aquellos a los que considera su familia de crianza y respecto de los cuales se encuentra en un estado de intensa subordinación afectiva, a resguardo del derecho a la intimidad (art. 19 Constitución Nacional).

30°) Que con arreglo a las razones precedentemente reseñadas, la decisión del a quo, en cuanto ordena practicar compulsivamente una prueba hematológica sobre una persona no imputada en el proceso, haciendo caso omiso de la oposición expresada por ésta, debe ser revocada por no constituir una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las peculiares circunstancias que el caso ofrece, lo que afecta de un modo directo las garantías tuteladas por los arts. 18 y 19 de la Ley Fundamental y Tratados Internacionales que el recurrente invoca. En esa directriz, las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas guardan relación directa e inmediata con lo resuelto (art. 15 de la ley 48), por lo que corresponde descalificar la decisión recurrida.

Por ello, y habiendo dictaminado el señor Procurador General, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario con el alcance que surge de los considerandos precedentes y en consecuencia se deja sin efecto la decisión recurrida. Notifíquese y devuélvase. ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ.

ES COPIA.

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA.

CONSIDERANDO:

1°) Que a fs. 11 de los autos principales se presentó Inocencia Luca de Pegoraro y formuló querrela por la presunta comisión de los delitos previstos por los arts. 139, inc. 2°, 146, 292 y 293 del Código Penal contra Policarpo Luis Vázquez y Ana María Ferrá por la sustracción de su nieta que habría nacido de la hija de la que-

rellante –Susana Beatriz Pegoraro– después de su secuestro ocurrido el 18 de junio de 1977 cuando se encontraba embarazada de 5 meses.

2°) Que a fs. 45/48 y 85/86 del principal se recibieron las declaraciones informativas de los querellados Policarpo Luis Vázquez y Ana María Ferrá respectivamente quienes admitieron que Evelyn Karina no es hija biológica de ambos. La querellante solicitó a fs. 163/164 del principal que se ordene una pericia inmunogenética compulsiva de Evelyn Karina Vázquez Ferrá.

3°) Que a fs. 168/170 del principal la jueza de primera instancia dispuso retener todos los documentos filiatorios otorgados a Evelyn Karina Vázquez Ferrá y ordenó una prueba hemática a los fines de determinar su verdadera identidad cuya realización estará a cargo del Banco Nacional de Datos Genéticos del Hospital Durand, con la aclaración en el sentido de que para el caso hipotético de la falta de consentimiento deberá concretarse tal medida de prueba con el auxilio de la fuerza pública. Los querellados dedujeron recurso de reposición –que fue denegado– con apelación en subsidio que fue concedido a fs. 217/218 del principal.

4°) Que a fs. 230 del principal se presentó Evelyn Karina Vázquez Ferrá y a fs. 235/248 del principal planteó recurso de reposición con apelación en subsidio contra la decisión de fs. 168/170. A fs. 306/311 del principal el juez de primera instancia revocó por contrario imperio el carácter compulsivo del examen hemático, desestimó los restantes pedidos de revocatoria planteados por la recurrente y concedió el recurso de apelación en subsidio.

5°) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal dispuso declarar mal concedido el recurso de apelación deducido por los imputados al carecer su defensa de “representatividad suficiente” para cuestionar toda medida que involucre a Evelyn Karina Vázquez Ferrá. Asimismo, confirmó la decisión de fs. 168/170 y estimó que devenía procedente la retención de la documentación perteneciente a aquélla teniendo en cuenta que reviste el carácter de prueba de cargo para quienes resultan imputados en la causa y que podría ser ideológicamente falsa, con lo cual hasta tanto devenga necesario para la investigación debía permanecer reservados en el juzgado.

Finalmente dispuso –al revocar la decisión de fs. 306/311, punto V– que quedara firme el párrafo tercero del punto II de la resolución de fs. 168/170 en cuanto dispuso que para el supuesto de la negativa de Vázquez Ferrá a otorgar el consentimiento, deberá concretarse tal medida de prueba con el auxilio de la fuerza pública.

6º) Que Evelyn Karina Vázquez Ferrá dedujo recurso extraordinario a fs. 98/151 del incidente de apelación que fue concedido a fs. 170/170 vta. con sustento en la arbitrariedad del fallo cuestionado por haber realizado una fundamentación aparente que se basa en apreciaciones presuntivas y valoraciones de naturaleza subjetiva y por la existencia de cuestión federal al haberse decidido en contra de la inteligencia de cláusulas constitucionales.

7º) Que corresponde tratar conjuntamente los agravios relativos a los planteos relativos a la existencia de cuestión federal y al vicio de arbitrariedad, en atención a la estrecha relación de la cuestión federal en juego con los motivos que se invocan como aptos para descalificar la sentencia (Fallos: 313:664; 317:997; 325:50).

8º) Que con relación a la orden de retención de la documentación de Evelin Karina Vázquez Ferrá, el Tribunal estima que los argumentos planteados en la sentencia de alzada resultan insuficientes para sustentar una medida de ese alcance cuando el juicio penal no ha concluido y todavía no se ha dictado pronunciamiento que tipifique los delitos imputados y examine la responsabilidad de los querellados en la presente causa.

9º) Que, en efecto, el objeto del presente juicio consiste en imputar a los querellados los delitos de sustracción de menores y de suposición y ocultación del estado civil de la apelante, cuestiones que todavía no han sido esclarecidas mediante sentencia definitiva firme. En tales condiciones resulta prematura –en el actual estado de la cuestión– la adopción de una medida de esa relevancia que presupondría eventualmente el dictado de una sentencia final condenatoria. No se advierte en este aspecto de la cuestión que la retención de la documentación sea indispensable y necesaria para satisfacer –con sacrificio provisorio del interés individual– el interés público para evitar –en ciertos casos– que el presunto delito siga produciendo sus efectos dañosos (Fallos: 319:2325).

10°) Que, en conclusión, dicha medida resulta particularmente no idónea para cumplir con el objetivo de dilucidar los delitos imputados y sólo redundaría en perjuicio de la supuesta víctima ya que le impide acreditar su identidad frente a terceros, al mismo tiempo que produce trastornos innecesarios respecto de aquella a quien se ha colocado en una situación de minusvalía en el desarrollo de sus actividades cotidianas por la retención de los documentos respectivos que resultan imprescindibles para diversos actos de identificación ante los organismos públicos y privados.

11°) Que estas consideraciones ponen en evidencia que la decisión cuestionada origina –en el actual estado de la causa– un agravio irreparable que requiere su inmediata satisfacción para evitar el secuestro de documentación que no guarda relación inmediata con la materia que es objeto de persecución penal en la presente causa.

12°) Que la apelante también se agravia en su recurso extraordinario contra la sentencia del a quo al ordenar la extracción compulsiva de sangre y la considera arbitraria por su falta de fundamentación suficiente y por el agravio causado a sus derechos a la privacidad, a la incoercibilidad, a la esfera de intimidad, a la dignidad de la persona, a la integridad física, psíquica y moral y a la vida familiar.

13°) Que concretamente la apelante señala que “en el caso de autos, lo que debía dilucidarse es si el juez está facultado a ir en contra de la libre voluntad emanada de una persona adulta, no sólo en relación a su falta de consentimiento para la extracción de sangre, sino en cuanto a su negativa a que dicha extracción además sea base probatoria en contra de terceros a los que siente como sus padres, aun en conocimiento de que ello puede no ser así” (sic) (conf. fs. 107 vta. del incidente de apelación).

14°) Que la recurrente identifica, en el curso de su apelación federal, la extracción de sangre para verificar su relación biológica respecto de las personas mencionadas por los querellantes con una suerte de declaración testifical en contra de sus supuestos padres. Afirma que no sería admisible analógicamente, que si una persona no puede testificar contra otra por razón de parentesco, pueda ser objeto de prueba

material de cargo contra esa misma persona (ver fs. 143/143 vta. del incidente de apelación) y destaca, en particular, que deberían serle aplicables los impedimentos de los arts. 275, 276, inc. 8, 277 y 278 del Código de Procedimientos en Materia Penal.

15°) Que tanto la cuestión referente a la adopción de medidas compulsivas para los procesados, así como el alcance que debe darse a ese tipo de disposiciones judiciales, han sido considerados por esta Corte al puntualizar que la prohibición de autoincriminación del art. 18 de la Constitución Nacional se refiere a las comunicaciones o expresiones que provienen de la propia voluntad del imputado lo cual no incluye los casos en que cabe prescindir de esa voluntad, entre los cuales se encuentran los supuestos en que la evidencia es de índole material (Fallos: 255:18 y sus citas; 318:2518, considerando 9° y 320:1717, considerando 8°). En suma, lo que se prohíbe en estos casos es la compulsión física o moral para obtener declaraciones emanadas del acusado mediante la fuerza y no la exclusión de su cuerpo como evidencia material en un juicio (conf. voto del Justice Oliver Wendell Holmes en *Holt v. U.S.* 218 U.S. 235, 252; 1910).

16°) Que ese criterio fue específicamente aplicado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en la causa *Schmerber v. California* (384 U.S. 757, 761, 1966) en la cual ese tribunal postuló que la protección contra la autoincriminación de la Quinta Enmienda custodia al acusado sólo de ser compelido a testificar contra él mismo, o de permitirle al Estado que se provea con evidencia de una naturaleza comunicativa o testifical, mientras que la extracción de sangre y el uso de su análisis no envuelve el concepto de compulsión a estos fines (posición que ha sido mantenida en diversos contextos en las causas *United States v. Wade* 388 U.S. 218, 222 (1967); *Gilbert v. California* 388 U.S. 263, 266 (1967); *Couch v. United States* 409 U.S. 322 (1973); *United States v. Dionisio* 410 U.S. 1, 7 (1973); *Fisher v. United States* 425 U.S. 391 (1976); *Doe v. United States* 487 U.S. 201, 210 (1988); *Skinner v. Railway Labor Executive Assn* 489 U.S. 602, 617 (1989); *Pennsylvania v. Muñiz* 496 U.S. 582, 589 (1990) y *Vernonia School District 47 J. v. Acton* 515 U.S. 646; 1995).

17°) Que en similar sentido la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado en la decisión *Saunders v. The United Kingdom* del 17 de diciembre de 1996 (23

EHRR 313, págs. 337:340, 1997) que “el derecho a la no autoincriminación... se refiere primariamente a la voluntad del acusado en mantenerse en silencio”. Por consiguiente, no se extiende al uso de material proveniente de procedimientos criminales que pueda ser obtenido del acusado a través del uso de poderes compulsivos pero que tienen una existencia independiente de la voluntad del sujeto, como, entre otros, las pruebas adquiridas como consecuencia de un mandato judicial que disponga la extracción de sangre y tejido corporal con el propósito de efectuar un examen de ADN.

18º) Que un criterio semejante ha sido utilizado por el Supremo Tribunal Constitucional Español (sentencia 103/ 1985) en cuanto resolvió que el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse como contrario al derecho a no declarar y a declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al acusado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 de la CE.

19º) Que existe, pues, una clara distinción entre la naturaleza eminentemente comunicativa o testifical de las declaraciones verbales de los imputados respecto de las pruebas de carácter material que hipotéticamente puedan obtenerse de sus cuerpos en tanto no se vean afectados los derechos a la intimidad y a la salud. En este sentido la Recomendación N° R (92) 1 del Consejo de Ministros de Europa de 1992 había previsto la posibilidad de que las extracciones de muestras corporales para el examen de ADN se extiendan no sólo a los sospechosos sino también a “cualquier otra persona” y específicamente en su memorándum adjunto proponía su aplicación respecto “de otras personas que pudieran resultar implicadas en la investigación de los delitos, por ejemplo, víctimas” (ver párrafo 38 del memorándum y José Francisco Etxeberria Guridi, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Ed. Comares, Granada, 2000, pág. 135).

20º) Que, por consiguiente, el acusado, los terceros y la misma víctima se encuentran en paridad de condiciones frente a los métodos que entienda apropiados el juez penal para la dilucidación de la verdad siempre que ellos no encuentren limi-

tación en otras cláusulas de rango constitucional. Así como no existe un umbral de protección contra los acusados tampoco surge como razonable la edificación de un valladar respecto de la posible obtención de datos relevantes del cuerpo de la víctima o de terceros en el marco de la investigación de un caso penal.

Por consiguiente, la extracción de una muestra de sangre de la recurrente es meramente un procedimiento de obtención de una prueba en este tipo de procesos y no puede asimilarse en medida alguna a una declaración testifical ni importa –como resulta evidente– una comunicación autoincriminatoria cuando la recurrente es precisamente la supuesta víctima del delito de sustracción de menores (art. 146 del Código Penal).

21°) Que frente a estas circunstancias la recurrente no ha exhibido en su remedio federal argumentos constitucionales suficientes para que se le conceda una protección contra una medida propia del proceso de investigación penal que los imputados no poseen siquiera bajo el umbral de protección del art. 18 de la Constitución Nacional.

22°) Que asimismo en su remedio federal la apelante cuestiona la extracción de una muestra hemática con sustento en su derecho a la intimidad y a la integridad física, psíquica y moral, agravios que por su entidad requieren –más allá de las debilidades en la fundamentación del recurso– que el Tribunal pondere los alcances que pueda tener sobre la persona de la víctima una medida de prueba compulsiva dispuesta en los términos indicados en la resolución recurrida.

23°) Que el presente caso se caracteriza por ser de aquellos en los cuales el juez se encuentra ante la confrontación de principios y derechos constitucionales de igual jerarquía y tal circunstancia le obliga a extremar la ponderación de los valores e intereses en juego en el caso concreto para dar la respuesta más adecuada teniendo en cuenta el objetivo preambular de afianzar la justicia, propósito liminar y de por sí operativo que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad (Fallos: 302:1284).

24°) Que este Tribunal ha señalado en el precedente Ponzetti de Balbín que el derecho a la privacidad e intimidad –sustentado en el art. 19 de la Constitución

Nacional– se encuentra en relación directa con la libertad individual y protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (Fallos: 306:1892, considerando 8°).

25°) Que en tal sentido se trata de conjugar armoniosamente aspectos propios de la esfera de la intimidad de las personas, protegidos por el art. 19 de la Constitución Nacional, con otros que la trascienden y acaban por interesar a la sociedad toda, obvio objeto de protección del orden normativo (Fallos: 308:2268).

26°) Que los derechos civiles, políticos y sociales que la Constitución Nacional consagra, lejos de ser absolutos, están sujetos a limitaciones o restricciones tendientes a hacerlos compatibles entre sí y con los que corresponde reconocer a la comunidad (Fallos: 312:318; 314:225; 315:380; 320:196). El derecho a la intimidad –tutelado por el art. 19 de la Norma Fundamental– también debe ponderarse tanto a la luz de los diversos derechos consagrados por el texto como en relación a las facultades estatales de restringir el ejercicio de tal derecho, en un marco razonable, para la necesaria eficacia en la persecución del crimen.

27°) Que, en este sentido, debe tenerse en cuenta que el marco de protección que confieren las normas constitucionales y los tratados mencionados en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional no implica que se prohíba toda intrusión estatal con relación a los derechos de privacidad y de libertad ambulatoria de las personas.

Importa más bien que la Carta Magna ha estructurado un escudo de protección de los habitantes de nuestro país para que sus derechos no sean injustamente vulnerados, pero no lleva desde luego a impedir la ejecución de medidas que requiera el Estado para dilucidar la verdad en el ámbito del proceso penal. Tales medidas se hallan expresamente consignadas, por ejemplo, en los arts. 230 y 270 del Código Procesal Penal de la Nación sin que –por su sola existencia– sea posible impugnarlas con el solo argumento de que restringen aquellos derechos.

28°) Que, a la luz de esas consideraciones, este Tribunal ha señalado que no se observa afectación de derechos fundamentales, como la vida, la salud, o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, de la defensa de la sociedad y la persecución del crimen (Fallos: 318:2518, considerando 10).

29°) Que tales procedimientos han sido reconocidos como instrumentos válidos para la persecución penal en diversos ordenamientos sin que se advierta que resulten una intrusión relevante en la integridad física o psíquica de los acusados o de otras personas respecto de las cuales resulta imprescindible adoptar semejante criterio. Así el Código Criminal de Canadá admite –a partir de la reforma sancionada en 1995– que un juez provincial emita una orden que autorice al oficial judicial para extraer una sustancia corporal de una persona con el propósito de un examen de ADN. En concreto la subsección 487.06 (1) prescribe que un oficial judicial o cualquier otra persona bajo la dirección de un oficial judicial se encuentra autorizado a tomar muestras de sustancias corporales de una persona mediante un mandato judicial (warrant) bajo la sección 487.05 o una orden bajo la sección 487.051 o 487.052 o una autorización bajo la sección 487.055 o 487.091, por cualquier de los siguientes medios:... d) la extracción de sangre punzando la superficie de la piel con una aguja estéril. Posteriormente, la constitucionalidad de ese procedimiento con los recaudos legales ha sido admitido –en un obiter dictum– por el juez J. Cory de la Corte Suprema de ese país en el caso *R. v. Stillman* (1997) 1. S.C.R. 607.

Asimismo, el Código Procesal en lo Penal alemán prescribe que puede ser ordenado un examen médico del acusado para la dilucidación acerca de los hechos que son de importancia para los procedimientos y con este propósito autoriza la extracción de muestras de sangre y otras intrusiones corporales que deben ser efectuadas por un médico de acuerdo con las reglas de la ciencia médica, incluso sin el consentimiento del acusado siempre que no medie peligro para su salud (Sección 81 a. del *Strasprozessordnung*, StPO). El mismo ordenamiento autoriza la extracción de sangre a personas distintas de los acusados sin su consentimiento siempre que no medie peligro con relación a su salud con el fin de determinar su filiación y cuando sea indispensable para establecer la verdad (sección 81 c de la StPO). Incluso la sección 81 g. de ese ordenamiento autoriza la realización de un análisis de ADN a un sospechoso de la comisión de un hecho grave, a un condenado por alguno de esos hechos, con el fin de identificarlo en futuros procedimientos criminales. No se han planteado dudas acerca de la constitucionalidad de tales medidas por parte de la doctrina más caracterizada (ver Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, pág. 289 y sgtes. y Juan Luis Gómez Colomer, *El proceso penal alemán*, Barcelona, 1985, Ed. Bosch, pág. 118). Asimismo, la reforma incorporada al Código de Enjuiciamiento Criminal holandés mediante la ley 596/1193, del 8 de noviembre de 1993, establece en su art. 195 d (1) que el juez instructor podrá, de oficio o a instancia del fiscal, ordenar que se tome del sospechoso de un delito para el que estuviera legalmente prevista una pena de privación de libertad de ocho años o más, sangre para la realización de un análisis de ADN (José Francisco Etxeberría Guridi, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*. Ed. Comares, Granada, 2000, pág. 117).

30°) Que en similar sentido la Corte Constitucional de Italia –mediante la sentencia 54/1986– legitimó la extracción coactiva de sangre al considerar que se trata de una práctica médica de administración común que no resulta lesiva a la dignidad ni invasiva en cuanto al ámbito psíquico íntimo de la persona; posición que, en lo esencial, fue mantenida –aunque con ciertas reservas respecto a la falta de previsiones específicas en el nuevo ordenamiento procesal penal– en la sentencia 238/1996. La Comisión Europea de Derechos Humanos en su decisión 8289/1978 –del 13 de diciembre de 1978– consideró que un análisis de sangre era una intervención nimia que no suponía una injerencia prohibida por el art. 2.1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Asimismo, la extracción compulsiva de sangre –en un régimen

inquisitivo hipotéticamente similar a la identificación dactiloscópica— ha sido reconocido recientemente como una medida de carácter relativamente no intrusiva y sensible a los intereses legítimos de la privacidad de las personas en tanto no resulta más amplio de lo estrictamente necesario (ver Akhil Reed Amar, *The Document and the Doctrine*, 2000 *Harvard Law Review*, vol. 116, pág. 126).

31°) Que ante el carácter relativamente rutinario de ese tipo de extracciones de sangre en nuestra sociedad, la alegación de la actora respecto al supuesto agravio psíquico que supondría el cumplimiento de la medida decretada a fs. 168/170 del principal importa una manifestación que revela una extrema susceptibilidad que no resulta razonable si se tiene en cuenta la ausencia de peligrosidad de ese tipo de medidas cuando son llevadas a cabo por personal médico en un contexto sanitario adecuado. En efecto, el carácter rutinario y usual de este tipo de procedimientos es un aspecto que debe tenerse en cuenta a la hora de descartar las defensas formuladas por la recurrente (Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, New York, The Foundation Press, 1988, pág. 1334). Por consiguiente, el criterio de valoración no puede ser aquí medido por el patrón de una reacción personal subjetiva o por una relación con la personalidad del individuo más sensible, sino por el sentimiento de la comunidad basado en los patrones de decencia y equidad para delimitar el concepto de la conducta aceptable en este tipo de casos (conf. *Breithaupt v. Abram* 352 U.S., 432, 436, 1957). Se trata pues, de una intervención leve cuando a la vista de todas las circunstancias concurrentes no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a las personas afectadas con la extracción de sangre (Tribunal Constitucional Español 1ª 1996/9681 del 16 de diciembre de 1996).

32°) Que, por consiguiente, la extracción compulsiva de sangre —en las condiciones del presente proceso— no se revela como una medida que afecte los derechos invocados por la apelante al existir indicios suficientes que justifiquen la adopción de medidas propias del proceso de investigación penal y que suponen una intrusión mínima en el cuerpo de la víctima con intervención de personal médico, en condiciones de asepsia e higiene y siempre que no se invoquen serias y comprobadas razones de salud que obstaculicen la adopción de la medida.

33°) Que descartada en el caso la presencia de una manifiesta afectación a los diversos derechos citados por la apelante, corresponde examinar si la extracción de una muestra de sangre resulta una medida razonable para ordenar su producción de manera coercitiva, tal como lo ha dispuesto la juez federal, en función de los objetivos del proceso.

34°) Que para ponderar los intereses involucrados es necesario tener en cuenta las circunstancias históricas en las que se produjeron los hechos que dieron lugar a la querrela de fs. 11/11 vta., pues la pretensión punitiva de los querellantes se encuentra también fundada en derechos subjetivos familiares de los que aquéllos son titulares y en su derecho a conocer la verdad sobre la suerte de su hija (ver considerando 17 del juez Bossert en la causa de Fallos: 321:2767). Asimismo, el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1987/1988) de la Organización de los Estados Americanos destacó que las Convenciones de Ginebra de 1949 y los Protocolos adicionales de 1977 habían establecido el derecho de las familias a conocer la suerte que han corrido sus miembros (Protocolo I de 1977) y que el Derecho Internacional Humanitario contiene además normas numerosas y detalladas relativas a la cuestión de la unidad familiar y el derecho de los niños a no ser separados de sus familias, incluso en los campos de internamiento (cap. V, punto 3).

35°) Que en este sentido también corresponde valorar el hecho de que los vínculos jurídicos familiares, que determinan el estado de familia, integran la identidad de la persona de manera que, desde esa perspectiva, la identidad personal de la querellante, cuya jerarquía constitucional ha sido reconocida por esta Corte (Fallos: 318:2518), fundamenta también el derecho que intenta hacer valer en su demanda (conf. considerando 18 del juez Bossert en Fallos: 321:2767). En tal sentido el Informe Anual de la Comisión Interamericana (1985:1986) ha sostenido que "... Toda sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro. A la vez nada puede impedir a los familiares de las víctimas conocer lo que aconteció con sus seres más cercanos...", y a tales efectos el derecho interno debe otorgar "...los medios necesarios para que sea el propio Poder Judicial el que pueda emprender las investigaciones necesarias...".

36°) Que, por otro lado, corresponde señalar que en el *sub examine* la cuestión en debate no gira alrededor de la consecución de pruebas destinadas a tutelar el derecho a la identidad de una persona mayor de edad supuesta víctima de un delito. El marco del art. 19 de la Constitución Nacional es bien claro en este sentido en cuanto no le es posible al Estado inmiscuirse en “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero”. El derecho a la identidad no importa –para una persona mayor de edad– el deber de conocer su real origen biológico. Ningún magistrado judicial tiene facultades para imponer a otro ciudadano el conocimiento de lo que no quiere conocer cuando no se producen daños a terceros por tal negativa. La construcción de su propia identidad –a partir o no de sus lazos biológicos– es un dato que sólo a ella concierne y está excluida de la autoridad de los magistrados.

37°) Que la cuestión es aquí distinta al problema del derecho a la identidad que desde luego debe proteger el Estado argentino de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Se trata esencialmente de investigar los límites de la persecución penal para verificar si las medidas adoptadas por la cámara –al mantener la decisión de primera instancia de fs. 168/170 del principal– violan algunos de los derechos constitucionales invocados por la recurrente. Los alcances de la sentencia que se dicte eventualmente en este proceso respecto a los delitos denunciados sólo tangencialmente afectan el derecho a la identidad de la recurrente y no es esencialmente sobre ellos que debe decidir la Corte al examinar la proporcionalidad entre la medida dispuesta y los derechos constitucionales mencionados en el recurso extraordinario.

38°) Que en este proceso de ponderación entre los instrumentos escogidos por el juez penal y la eventual afectación a derechos fundamentales de la persona corresponde añadir que en este caso el objeto penal no se ciñe a la demostración de la ausencia de relación biológica de los imputados con la recurrente. En efecto, la querellante ha denunciado que Evelin Karina Vázquez Ferrá había sido apropiada por Policarpo Luis Vázquez y Ana María Ferrá a pesar de que era hija biológica de Susana Beatriz Pegoraro y Rubén Santiago Bauer, razón por la cual la dilucidación acerca de la identidad biológica entre la querellante con la persona supuestamente apropiada en 1977 integra el ámbito de averiguación propio de la presente causa penal.

39°) Que, por consiguiente, los intereses de la comunidad en conocer la identidad de las personas desaparecidas y el derecho subjetivo familiar de aquellos vinculados con las supuestas personas que requieren su identificación se unen –en el presente caso– con la investigación del delito de sustracción de menores (art. 146 del Código Penal). La presencia de tales intereses sociales e individuales debe ponderarse, pues, al momento de decidir si la medida dispuesta es de una entidad tal que invada la intimidad de la apelante cuando se trata precisamente de lograr la punición de delitos de tan alta significación en el marco de nuestra sociedad.

40°) Que, asimismo, el interés de la comunidad en una eficaz persecución penal en presencia de hipotéticos hechos delictivos se refleja, desde luego, en múltiples medidas de coerción que se encuentra facultado a adoptar el juez penal para investigar el hecho delictivo (conf. art. 230 del Código Procesal Penal). Toda vez que el objeto del juicio es la averiguación de la verdad objetiva (Fallos: 310:870 y 312:2095), las necesarias e indispensables intromisiones en el habitual marco de intimidad y privacidad de las personas que proceden en situaciones excepcionales –como la que aquí se presenta– para determinar la culpabilidad o inocencia del acusado no se revelan como ajenas al ámbito de la pesquisa correspondiente al juez penal. En estos casos, corresponde a los tribunales verificar si las medidas requeridas encajan en estos principios de razonabilidad y necesidad en que se mueve la disposición de medidas de coerción en el juicio penal que deben ser calibradas de acuerdo con “las formas de vida aceptadas por la comunidad” (conf. causa Ponzetti de Balbín, ya citada). La reseña ya efectuada respecto al incremento del uso del ADN en diversos sistemas normativos como método de identificación de sospechosos y víctimas es un instrumento ciertamente útil para determinar precisamente que tal tipo de medidas –tales como la extracción de fichas dactiloscópicas– no aparecen como realmente intrusivas en el ámbito de la privacidad y de la integridad corporal en el mundo actual.

41°) Que el balance entre los intereses de toda persona a no sufrir invasiones a su privacidad y el interés estatal en la persecución penal debe incluir una necesaria ponderación de los instrumentos escogidos y los fines hacia los que se dirige la específica medida de coerción dispuesta en la causa. En este sentido el Tribunal ha señalado que las normas que confieren atribuciones amplias a los jueces para dis-

poner medidas de prueba deben entenderse razonablemente dirigidas a la averiguación de los hechos presuntamente delictivos que constituyen el objeto sumarial y no otros cualesquiera (Fallos: 313:1113, considerando 15). Asimismo esta Corte ha destacado que una medida similar a la dispuesta en el presente caso guarda relación directa con el objeto procesal de la causa, es conducente para el esclarecimiento de los hechos y no excede los límites propios del proceso en que fue dispuesto (Fallos: 318:2518, considerando 7° con cita de lo prescripto por los arts. 178, 180 y 182 del Código de Procedimientos en Materia Penal).

42°) Que en estos supuestos es necesario realizar una aproximación caso por caso en la cual se consideren tanto los intereses del individuo en la privacidad y en su seguridad con los intereses de la sociedad en conducir un procedimiento para obtener evidencia a los fines de determinar la culpabilidad o inocencia de una persona. Desde esa perspectiva deben considerarse la razonabilidad de la medida, para lo cual es necesario tener en cuenta la eventual amenaza a la salud de la persona, la extensión de la intrusión en los dignos intereses del individuo en su privacidad e integridad personal y el interés de la comunidad en la prosecución de una investigación penal (conf. *Winston v. Lee* 470 U.S. 753, 1985).

43°) Que, por otro lado, resulta necesario –habida cuenta de las garantías constitucionales supuestamente afectadas– realizar un examen respecto a la proporcionalidad del instrumento adoptado –la extracción compulsiva de sangre– para llegar a la dilucidación de la verdad en el presente caso (conf. los términos de la resolución de fs. 168/170 del principal, de la jueza federal de primera instancia). En este sentido el Tribunal no advierte que la medida escogida resulte exagerada respecto del objeto de la persecución penal que en el presente caso intenta dilucidar si la recurrente es hija biológica de Susana Beatriz Pegoraro y de Rubén Santiago Bauer. Ello tanto más si se tiene en cuenta que el juez federal ha decretado la prisión preventiva de Policarpo Luis Vázquez por considerarlo *prima facie* y por semiplena prueba autor penalmente responsable de los delitos previstos y reprimidos por los arts. 139, 2° supuesto, 146, 293 y 296 del Código Penal y a Ana María Ferrá por estimarla responsable por los delitos previstos por los arts. 139, 2° supuesto y 146 del Código Penal.

44°) Que la mínima afectación a los alegados derechos a la integridad física y psíquica queda demostrada, además, por la posición de la recurrente en cuanto propone renunciar a su derecho de oponerse a la extracción de sangre siempre que se admita que el resultado de la prueba no será usado en contra de los imputados a los que siente como padres (ver fs. 133 vta. del incidente), lo cual supone que aquellas alegaciones importan más bien el planteo de un obstáculo meramente formal para evitar la persecución penal de los procesados que una auténtica afirmación de sus derechos eventualmente lesionados por la decisión de fs. 168/170 del principal.

45°) Que la medida resulta también idónea en relación con el éxito que eventualmente puede obtenerse a raíz de la realización de los análisis respectivos. Cabe señalar que los exámenes de ADN son –en el actual estado de los avances científicos– un método adecuado y conducente para la determinación de la filiación y así ha sido reconocido mediante la sanción de la ley 23.511 que creó el Banco Nacional de Datos Genéticos que en su art. 5 establece que todo familiar consanguíneo de niños desaparecidos o supuestamente nacidos en cautiverio, tendrá derecho a solicitar y obtener los servicios del Banco Nacional de Datos Genéticos.

46°) Que, precisamente, en el mensaje de elevación del proyecto al Congreso de la Nación, el Poder Ejecutivo había efectuado la evaluación acerca de la eficacia de los métodos adoptados y con relación a la necesidad de su implementación en las particulares circunstancias históricas que vivió nuestro país. En ese sentido se precisó que “la localización e identificación de niños... ha sido y continúa siendo, preocupación del gobierno nacional y de la sociedad argentina en general. Prueba de ello es que, al crearse en jurisdicción del Ministerio del Interior la Subsecretaría de Derechos Humanos (decreto 3090/84), se incluyó entre sus funciones la búsqueda de niños desaparecidos”. Los avances de la ciencia permiten contar con análisis inmunogenéticos y de histocompatibilidad capaces de producir pruebas de nexo biológico de asombrosa precisión, así como de descartar, sin margen de error, una paternidad falsamente atribuida.

Los familiares de niños desaparecidos o presuntamente nacidos en cautiverio, fundamentalmente abuelos en muchos casos de edad avanzada, tienen un lógico y respetable interés en constituir las pruebas que permitan –llegado el caso– aun des-

pués de su muerte, la identificación y filiación de sus nietos en tales condiciones (Cámara de Senadores de la Nación, 31 de octubre de 1986, pág. 4395).

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, consagra en su preámbulo que tal delito viola múltiples derechos esenciales de la persona humana, y que los estados partes se comprometen a perseguir y sancionar hechos de tal naturaleza. Y tal compromiso alcanza, en los términos del art. 12 de la convención, a instrumentar la cooperación necesaria para la búsqueda, identificación, localización y restitución de menores en su condición de víctimas de los hechos de tal naturaleza.

No parece razonable interpretar que aquella obligación asumida pierda imperativo por la circunstancia de tratarse de un adulto, si se considera que la dolorosa situación planteada es consecuencia de aquella otra y que los objetivos perseguidos son la determinación de la verdad y la probable causa de un delito, lo que conduce a verificar el fuerte interés del Estado en representación de los intereses generales de la sociedad.

47º) Que a raíz de ello la realización del examen compulsivo aparece también como un procedimiento necesario pues uno de los presupuestos de la prueba del delito –la identidad biológica entre Evelyn Karina Vázquez Ferrá con Susana Beatriz Pegoraro y Rubén Santiago Bauer– podría llegar a dilucidarse de un modo eficaz con los resultados de tales exámenes. También resulta adecuada la prueba propuesta a los fines indicados en la resolución apelada ya que favorece de un modo decisivo a la obtención del resultado pretendido cual es demostrar la supuesta relación biológica existente entre las personas designadas por la querellante y Evelyn Karina Vázquez Ferrá.

48º) Que en tales condiciones la sentencia impugnada no se muestra –en este aspecto– como violatoria de los derechos invocados por la recurrente y sus argumentos tienen sustento suficiente para descartar la tacha de arbitrariedad planteada en el remedio extraordinario por la supuesta afectación de los derechos constitucionales invocados por la apelante.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario con el alcance que surge

de los considerandos precedentes. Por consiguiente, se revoca el punto dispositivo III y se confirman los puntos dispositivos IV y V de la sentencia impugnada. Costas por su orden. Notifíquese y devuélvase. JUAN CARLOS MAQUEDA.

ES COPIA.

Capítulo II

Causa N° 3521/02, “Vázquez Sarmiento, Juan Carlos y otros s/sustracción de un menor”, resolución del juez Canicoba Corral ordenando análisis compulsivo posterior al fallo de la Corte.

Buenos Aires, 5 de noviembre de 2003

AUTOS, VISTOS Y CONSIDERANDO:

1- Llegan estos autos a conocimiento del suscripto luego de la excusación por parte de la Dra. Maria Servini de Cubría, titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 1, de esta ciudad, por los fundamentos esgrimidos en el auto de fojas 966/968.

El objeto procesal de la presente pesquisa constituye la posible comisión de los delitos de falsedad ideológica de documentos públicos, supresión de estado civil y retención de menores de 10 años (artículos 293, 296, 139, párrafo segundo y 146 del Código Penal), cometidos por Juan Carlos Vazquez Sarmiento y Stella Maris Emaldi, del que resultarían víctimas Ezequiel Vazquez Sarmiento y Paula Constanza Vazquez Sarmiento.

Por otro lado, constituyen partes querellantes Nelly Celia Wuiovich Savio de Tauro (posible abuela biológica de Ezequiel Vazquez Sarmiento), y María Josefina Fracchia de Casado (posible abuela biológica de Paula Constanza Vazquez Sarmiento), ambos con el patrocinio legal de la Dra. Alcira E. Rios (cfr. fs. 22/23 y 761).

2- El presente sumario se inicia a raíz de la extracción de testimonios de la causa n° A-178/89 caratulada “TARLOVSKY DE ROSINBLIT, Rosa s/querrela”, en la que se investiga la posible retención y supresión de estado civil de Guillermo Francisco Gómez, siendo imputado Francisco Gómez, en donde se determinaron irregularidades en la inscripción del nacimiento, en la cual participó el Dr. Pedro Alejandro Canale, certificando dicha circunstancia.

En este sentido, vale señalar que a fojas 68 prestó declaración informativa el Dr. Pedro Alejandro Canale, en relación al hecho antes señalado, oportunidad en la que manifestó que firmó el certificado de nacimiento dentro de la unidad militar a la cual estaba destinado, sin haber constatado el estado de salud de la criatura ni de la madre, y que los datos consignados en dicho documento se lo habían hecho llegar unos “camaradas” a los que no identificó, según dijo, por no recordarlos.

Estas circunstancias resultan similares a la investigadas en estos autos, coincidiendo en la unidad militar en la cual habrían ocurrido (“Regional de Inteligencia Buenos Aires de la Fuerza Aérea”), donde prestaban servicio Francisco Gómez y Juan Carlos Vázquez Sarmiento (cfr. fs. 106/107, 108/110, 132/134, 149/155), y el médico –Dr. Pedro Alejandro Canale– que firmó los certificados de nacimiento (cfr. fs. 128).

Por otro lado, existen constancias (declaración testimonial de Juan Gasparini de fojas 770 y 767/768) que María Estela Tauro y su marido Jorge Daniel Rochistein, fueron detenidos el día 15 de mayo de 1.977 por un grupo de tareas perteneciente a la Aeronáutica, y que la primera de ellas dio a luz en la maternidad clandestina que funcionó en la Escuela de Mecánica de la Armada.

En este sentido, también obra a fojas 555/556 y 703/705, la declaración testimonial de Julio César Lestón, donde manifestó haber participado del secuestro de María Estela Tauro y su marido Jorge Daniel Rochistein, y que se enteró por comentarios que la criatura que diera a luz la primera fue entregada a Juan Carlos Vázquez.

Por otro lado, a fojas 450 obra el escrito presentado por Stella Maris Emaldi, en el que reconoció a Ezequiel Vazquez Sarmiento como hijo biológico; a fojas 603 obra el certificado de defunción de Pedro Alejandro Canale; a fojas 587 se solicitó la captura de Juan Carlos Vazquez Sarmiento y a fojas 170 obra el acta labrada en ocasión de la comparecencia de Ezequiel Vazquez Sarmiento, oportunidad en que no prestó asentimiento para la realización de un análisis inmunogenético.

3- Que luego de valorar los elementos obrantes en estos autos, y ante las características particulares en las cuales se encuentra la presente pesquisa, encontrándose prófugo uno de los imputados, entiendo que a los efectos del avance de la instrucción hacia la determinación de la existencia y esclarecimiento del delito investigado, y la responsabilidad de aquellos imputados de cometerlo, resulta fundamental la dilucidación de la identidad biológica de Ezequiel Vazquez Sarmiento mediante realización de un estudio hemático, el que entiendo deberá realizarse, en el hipotético caso que el nombrado no preste consentimiento, mediante el auxilio de la fuerza pública.

4- Que no desconozco el reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Vázquez Ferrá” (V.356.XXXVI resuelta el 30 de septiembre de 2003), en donde se cuestionó la realización compulsiva de una prueba hematológica de compatibilidad.

En dicho precedente, la circunstancias en las cuales fue ordenada la extracción compulsiva de sangre a Evelin Karina Vázquez Ferrá, difieren sustancialmente con las correspondientes a estos autos.

En la causa de mención, el alto Tribunal entendió que ante la existencia de otros elementos probatorios y la misma confesión de los imputados, la prueba hemática no estaría destinada a demostrar la comisión del delito sino, mas bien, a la existencia del verdadero lazo de parentesco con los posibles familiares biológicos.

Pues bien, del análisis de los elementos colectados en autos, entiendo que el estado de la pesquisa difiere sustancialmente con la que fuera valorada por la Corte Suprema en el precedente señalado. A guisa de ejemplo, destácase el deceso del Dr. Pedro Alejandro Canela que firmó el acta de nacimiento de Ezequiel Vazquez Sarmiento, y que Juan Carlos Vazquez Sarmiento no ha declarado y se encuentra prófugo en estos autos.

Cabe destacar, en este sentido, el principio establecido por la Corte Suprema relativo al alcance que debe otorgárseles a sus precedentes en el fallo “Municipalidad de la Capital c/Elortondo” en donde señalo que *“...cualquiera que sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, (precedente de la Corte que habían sido citados por una de las partes en sustento de su posición) ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que las motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el juicio del Tribunal para los casos subsiguientes...”* (Fallos 33:162).

5- No soslaya tampoco el suscripto el fundamento esgrimido en su decisorio (“Vázquez Ferrá”) por la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a la solución de ese caso con las previsiones establecidas por las normas procesales relacionadas con las prohibiciones y facultades otorgadas para los testigos familiares del imputado.

Creo, en este sentido, que en el análisis del caso no debe perderse de vista las siguientes circunstancias relevantes:

a) Que la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre no puede causar perjuicio en la integridad corporal de Ezequiel Vazquez Sarmiento, y que la prueba de compatibilidad puede obtenerse, inclusive a través de un hisopado, si es que el nombrado se ampara en cuestiones religiosas;

b) Que resulta aplicable las previsiones establecidas en artículo 218 del Código adjetivo, para la extracción de sangre de una persona imputada, o de una víctima o testigo.

c) Que durante el proceso penal se admiten medidas de coerción como la norma antes mencionada, que se justifican por la averiguación de la verdad real en el proceso penal y en el interés de la sociedad en la investigación y castigo de delitos.

Analizaré a continuación la situación de la persona imputada, destacando que encontramos en nuestro orden jurídico respecto de ella el reconocimiento del derecho constitucional que prescribe que *nadie esta obligado a declarar contra sí mismo* (artículo 18 de la Constitución Nacional), pero dicho principio no obsta la aplicación de medidas en las cuales su cuerpo resulta *objeto de prueba*, como sucede en la obtención de huellas dactilares, de cabellos, de dosaje alcohólico, rastros de parafina, participación en rueda de reconocimientos, etc.

Se ha dicho al respecto que “*El fundamento dado por los Estados Unidos es que la garantía contra la autoincriminación se refiere a las “comunicaciones verbales” del imputado, y no abarca cosas tales como pedirle que camine de determinada manera, se preste a la extracción de huellas digitales, a la obtención de un mechón de pelo, etc.*” (Alejandro Carrio, “Garantías constitucionales en el proceso penal”, Editorial Hammurabi, pag. 276), y que “*La garantía que proscribe la autoincriminación sólo protege las comunicaciones, sean verbales, escritas, gestuales, porque en esos casos la prueba esta en la mente y su exteriorización depende de la voluntad del imputado; en este caso el procesado es utilizado como “sujeto de prueba”, lo cual impide a obligarlo a declarar, a realizar un cuerpo de escritura, etc. En cambio, la garantía no protege los casos en que el imputado es usado como “objeto de derecho”, cuando la prueba se busca en el cuerpo de aquél y se prescindie de su voluntad, consentimiento o aquiescencia, como por ejemplo extracción de huellas dactilares, de pelos, toma de fotografías, etc...*” (C. 35483 - “Paez, Patricia s/extracción de fotografía” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal - Sala I - rta. 28/08/2003).

En este sentido la Corte Suprema resolvió en los fallos “Cincotta” (Fallos 255:18) y “Schuster” (Fallos 300:894) que la identificación en rueda de presos “*no resulta violatoria a la cláusula que veda la exigencia de declarar contra sí mismo*”.

Específicamente, respecto a la extracción compulsiva de sangre, la Sala VII de la

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional ha dicho que “...la extracción de muestras de cabello y aún de sangre no viola garantías constitucionales aunque frente a la negativa del imputado deba practicarse por medio de la fuerza pública...” (cn° 7520 “Guiñazu” 7/10/97, JA 1998 T II pag. 516). Asimismo, la Sala I del mismo Tribunal en el fallo “Aranguren” (J.A. 1992-III-23) entendió que constituye un medio de investigación lícito la extracción de sangre a los efectos del dosaje de alcohol, y que el mismo puede ser cumplido aun contra la voluntad del imputado.

Este criterio es similar al sentado por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso “*Schmerber vs. California*” (384 U.S. 757, 1966), en donde se planteó la constitucionalidad de la extracción compulsiva de sangre de una persona imputada.

Ahora bien, en el caso de autos la extracción de sangre se ordena respecto de quien resultaría víctima del delito investigado y que, según el resultado de la prueba hemática de compatibilidad, podría empeorar la situación procesal de sus supuestos padres.

En principio, no debe confundirse que la medida aquí ordenada constituye un examen en el cuerpo de Vazquez Sarmiento y no una citación a prestar declaración testimonial, único supuesto en el cual el nombrado podría ampararse en el artículo 242 del Código Procesal Penal de la Nación.

Sentado lo expuesto, la medida es evaluada, y así corresponde, según las razones de su absoluta necesidad y las previsiones para la inspección corporal de quienes resultarían víctima de un delito, establecidas en el artículo 218 del Código Procesal Penal de la Nación, según el cual “*Cuando lo juzgue necesario, el juez podrá proceder a la inspección corporal y mental del imputado, cuidando que en lo posible se respete su pudor. Podrá disponer igual medida respecto de otra persona, con la limitación, en los casos de grave o fundada sospecha o de absoluta necesidad...*”.

En efecto, entiende el suscripto que la extracción de sangre constituye uno de los supuestos regulados por el Código adjetivo como una inspección en el cuerpo, en este caso de una víctima.

Tal criterio coincide con la mayoría de las opiniones doctrinarias calificadas. Así el Dr. Francisco J. D’Albora ha analizado, comentando el artículo mencionado, la situación de un imputado ante una medida compulsiva de extracción de sangre en relación

a los términos de la cláusula constitucional que veda a declaración contra sí mismo. (cfr. Código Procesal Penal de la Nación Editorial Abeledo Perrot pag. 225).

Asimismo, el proyecto de Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut (ley 4566), redactado por el Dr. Julio Maier, establece en el artículo 131 que *“Se podrá ordenar la inspección corporal o mental del imputado, o de otra persona, para la constatación de circunstancias de importancia para resolver el procedimiento o con fines de identificación. Con esta finalidad, serán admisibles extracciones de sangre y otras intervenciones corporales, a efectuarse según las reglas del saber médico, aun sin consentimiento del afectado, cuando no fuere de temer perjuicio alguno para su salud. Mínimas intervenciones para observación, como pequeñas extracciones de sangre, piel o cabello, que no provocan perjuicio alguno para la salud, según la experiencia común, podrán ser ordenadas por la policía o el acusador público durante la investigación preliminar, siempre que el experto que lleve a cabo la intervención la considere sin riesgo alguno para la salud del imputado. En caso contrario o cuando la medida afecte a un tercero que no fuere el imputado, se requerirá la autorización judicial; el juez decidirá por resolución fundada, previa consulta a un perito. La inspección o la requisita será practicada de modo tal que no afecte el pudor de quien debe tolerarla; en ese caso, será practicada por una persona del mismo sexo, salvo que no se encuentre alguna en el lugar y la demora importe peligro inminente para su salud o de pérdida de un elemento probatorio. Rige el art. 74 y se preferirá invitar a presenciar la inspección a una persona de confianza del examinado”*.

Sentado lo expuesto, corresponde analizar la razonabilidad de la medida, teniendo en cuenta que Ezequiel Vazquez Sarmiento ha manifestado que no es su deseo someterse a una estudio de compatibilidad hemática. Son aplicables al caso, como ya adelantara, las previsiones establecidas por el artículo 218 del C.P.P.N., el cual exige para el caso de una inspección corporal (extracción de sangre) de un testigo o una víctima, un grado mayor de exigencia para su viabilidad, ya que se limita a los casos de *“grave y fundada sospecha o de absoluta necesidad”*.

Florian, entiende que *“En lo tocante a otra persona, ...la inspección que afecta el pudor (inspección corporal strictu sensu) no es dado ordenarla sino cuando se verifique el requisito de la grave y fundada sospecha o de absoluta necesidad, siem-*

pre con el deber de observar el mayor respecto posible hacia el pudor de las personas. Otra persona, puede ser cualquier individuo, a excepción del acusado, y así lo pueden ser los testigos y principalmente la víctima (examen del cuerpo para comprobar cicatrices, signos de violencia, etc). El requisito antes indicado constituye en verdad un límite inseguro y elástico, que se deja por completo a la libre apreciación del juez en lo referente al hecho...”. (Eugenio Florian “De las Pruebas Penales” Tomo II pag. 515).

Es en este estadio es donde el suscripto valora las circunstancias especiales del delito investigado, el contexto en el cual fue cometido y su gravedad, que cobra relevancia en el juicio de razonabilidad y proporcionalidad de la medida en relación a su **indiscutible y absoluta necesidad para la pesquisa**, la averiguación de la verdad real y sus consecuencias: identidad real y posible falsedad de instrumentos públicos.

Por otro lado, y teniendo en cuenta que *“en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, ya que aquel no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia”* (Fallos 318:2518 C.S.J.N.), no soslayo la existencia de un excepcional y fuerte interés legítimo de la sociedad –y en mayor grado en los posibles familiares biológicos– en la investigación y castigo de los responsables de delitos aberrantes contra los derechos humanos cometidos en el marco del proceso instalado en este país entre los años 1976 y 1983.

Por todo lo expuesto es que;

RESUELVO:

I- DISPONER la realización de un estudio hemático, a los efectos de determinar la correspondencia o no al grupo familiar Tauro-Roichestein de Ezequiel Vazquez Sarmiento, el que deberá realizarse, en el hipotético caso que el nombrado no preste consentimiento, mediante el auxilio por la fuerza pública.

II- Notifíquese, a la defensa de Stella Maris Emaldi, a la querrela y Ezequiel Vazquez Sarmiento mediante cédula, y fecho, líbrese oficio al Servicio de Inmunología del Banco Nacional de Datos Genéticos del Hospital Durand, a los efectos del cumplimiento de la medida ordenada en el punto precedente.

Dr. Rodolfo Canicoba Corral - Juez.

La edad de 10 años no es un límite legal para el cese del delito.

Capítulo I

Causa 34.327, “Incidente excarcelación de Gómez Pinto, María Cristina”, Cámara Criminal y Correccional Federal, Sala I.

Causa 34.327: “Gómez Pinto, M. Cristina, s/excarcelación”

Juzgado 1 - Secretaría 1

Buenos Aires, 6 de diciembre de 2002

Y VISTOS Y CONSIDERANDO

El Dr. Vigliani dijo:

I)

Contra el auto de fojas 5/6 de esta incidencia, por el que no se hizo lugar a la excarcelación de María Cristina Gómez Pinto, interpuso recurso de apelación la doctora Mónica Muiños (fs. 8). Tal recurso fue concedido en fs. 9 y quedó radicada la cuestión de esta Sala (fs. 13).

Se agregaron, en fojas 19/20 el memorial presentado en esta instancia por la parte querellante, y en fojas 21/22 el escrito de expresión de agravios de la defensa de la imputada.

Habiéndose dictado el auto que ordena el pase al Acuerdo (fs. 23), quedó este caso en condiciones de ser resuelto.

II)

Contra la imputada Gómez Pinto se ha dictado prisión preventiva (fs. 488/502) y ha sido confirmada por este Tribunal en el día de la fecha, en la causa n° 34.329, en orden a los delitos de sustracción, ocultación y retención de un menor de diez años (art. 146 C.P.), supresión de identidad de un menor de diez años (art. 139, inc. 2° C.P.) y falsedad ideológica de documento público (art. 293 del C.P.).

De acuerdo a los montos de pena que para tales delitos se prevén respectivamente en la actualidad, esto es, de reclusión o prisión de 5 a 15 años, de 2 a 6 años, y de 3 a 8 años; y a las prescripciones del inciso 1° del artículo 379 del Código de Procedimientos en Materia Penal, la concesión de la excarcelación de la nombrada no resulta posible, toda vez que la sanción establecida para la primera de las figuras supera el máximo de ocho años y, dado su mínimo de cinco años, no sería viable una eventual condena de ejecución condicional.

No obstante, y aunque no fue planteado por quien pide la excarcelación, corresponde dejar en claro aquí que la reforma legislativa introducida por la Ley 24.410 (B.O. 2/1/95), por la que se elevó la pena prevista para el tipo del artículo 146 del Código Penal, no puede tener una incidencia que favorezca la concesión de la excarcelación de Gómez Pinto, toda vez que tanto la conducta *retención* como la de *ocultación* de María Eugenia Violeta Rivas, según se desprende de este expediente, siguieron realizándose luego de la entrada en vigencia de tal modificación, cuando la víctima aún era menor.

Al respecto, se ha calificado acertadamente a tal figura penal, en lo que hace a la “retención” u “ocultación” del menor de edad, como un delito *continuo* o *permanente*, en la medida que su comisión se reproduce en el tiempo luego de su consumación.

De este modo –y por ello su calificación de permanente o continuo–, la retención y/o la ocultación del menor permanecen inalteradas en el tiempo, más allá del agotamiento de la conducta de la sustracción.

Por ello, a los fines de evaluar el pedido de excarcelación, debe considerarse aplicable la Ley 24.410.

El criterio expuesto ya ha sido sostenido en precedentes de esta Cámara, a cuyos fundamentos y citas se hace remisión, por razones de brevedad (cfr., entre otros, Sala I, c. 30.514, “Massera”, Reg. 742 del 9/9/99; Sala II, c. 17.592, “Gómez”, Reg. 18.634 del 3/5/01).

En estas condiciones, corresponde no hacer lugar a la petición de excarcelación de la nombrada, realizada por la doctora Mónica Muiños en fs. 1 de esta incidencia.

El doctor Cavallo dijo:

Si bien comparto la solución del caso con mi colega preopinante, considero necesario realizar algunas manifestaciones sobre la interpretación del delito de sustracción de menores y sobre la reforma legislativa introducida por la Ley 24.410.

El artículo 146 del Código Penal, de acuerdo con lo previsto por la Ley 24.410, establece: “Será reprimido con prisión o reclusión de 5 a 15 años, el que sustrajere a un menor de diez años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare”.

En este artículo se enuncian tres acciones distintas: *sustraer*, *retener* y *ocultar*.

Conforme la mayoría de la doctrina, las dos últimas –retención y ocultación– están referidas a la acción de sustraer que, según Ricardo Núñez –entre otros auto-

res-, es la acción en la que reside la esencia del delito. Así afirma: “El núcleo de la figura del artículo 146 no reside ni en la acción de retener al menor, ni en la de ocultarlo. Estas acciones presuponen la sustracción del menor por otra persona. El tipo del artículo 146 exige siempre que el menor haya sido *sustraído del poder* de una de las personas que menciona, vale decir, según la idea tradicional a que obedece el precepto, que el niño haya sido robado” (“Derecho Penal Argentino”, Parte especial V, Ediciones Lerner, 1978, pág. 60).

Por su parte, Eusebio Gómez considera que “la expresión genérica “sustracción” cuadra, perfectamente, tanto a la retención como a la ocultación porque, en realidad, por defecto de la una y de la otra, el menor queda sustraído a la potestad de las personas expresadas, aunque no medie traslación, que es lo que caracteriza a la sustracción propiamente dicha” (Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Ed. Compañía Argentina de Editores SRL, Buenos Aires, 1940, pág. 358).

Respecto del bien jurídico tutelado por la norma, la doctrina no es unánime sobre cuál o cuáles son. Sobre el tema pueden mencionarse distintos criterios.

El primero, seguido por Núñez, propicia que los ofendidos son los padres y el poder legítimo que tienen sobre el menor, por lo que la falta de consentimiento de alguno de ellos es necesaria para que se configure el ilícito.

El segundo criterio, seguido por autores como Gómez y Florian, postura que la norma busca resguardar la libertad individual del menos sustraído. Y por último, encontramos un tercer criterio que considera que el bien jurídico afectado son tanto la libertad individual del menor como el derecho de los familiares (ver Eusebio Gómez, Leyes Penales Anotadas, Tomo II, Ediar Editores, Buenos Aires, pág. 405).

Así lo entiende también Manuel Cobo: “Es fácil observar que las conductas descritas en los artículos 484, 485 y 486 [del Código Penal español] hacen imposible la verificación de los derechos y deberes de vigilancia, custodia y educación, por aquellas personas o instituciones a las que legalmente se les atribuye. Todos los supuestos que quepa imaginar, a la vista del texto legal, comportan, inexorablemente, las rupturas de las relaciones, en toda su dimensión, del menor con las personas encargadas de su tutela y cuidado. Dicha ruptura es, en consecuencia, la que nos da el *quid* de lo que hemos de entender por bien jurídico protegido en el capítulo de ‘la sustracción de menores’. Es independiente, y para nada afecta a la anterior afirmación, que exista o no un ataque a la seguridad del menor, y de hecho,

puede suceder lo contrario. Ahora bien, es irrefutable que *siempre* hay un quebrantamiento de la relación antes aludida” (ver “Consideraciones técnico-jurídicas sobre la ‘sustracción de menores’ [objetos y sujetos de la sustracción de menores]”, en Anuario de Derecho Penal, Madrid, 1958, Tomo XIV, pág. 226/7).

Esta postura es la que considero correcta teniendo en cuenta los orígenes históricos del delito aquí analizado, por cuanto esta infracción constituye un tipo especial más grave de la privación ilegítima de la libertad, concebido como una derivación del delito de plagio de niños.

Carrara, quien consideraba que se trataba de un delito que afectaba los derechos familiares, se pronunciaba sobre el plagio de niños del siguiente modo: “Entre los distintos *fin*es en que puede inspirarse el plagio de un hombre libre, hay uno que merece ser especialmente indicado, para advertir una vez más el influjo que la diversidad del fin del agente ejerce sobre la noción de este delito; y es el caso del niño que es sacado de su propia casa y entregado a un extraño, para que lo tenga *loco filii* [como hijo], con el fin de despojarlo de su herencia, u otra cosa semejante” (Francesco Carrara, “Programa de Derecho Criminal”, Parte especial, volumen II, 4, Temis, Buenos Aires, 1958, pág. 498).

El antecedente nacional que mejor se adecua a la figura legal descripta por el artículo 146 del Código Penal es el que se preveía en los artículos 283 y 284 del “Código Penal de la provincia de Buenos Aires”, sancionado el 3 de noviembre de 1877, también conocido como “Código Tejedor”.

El artículo 283 establecía: “El que sustrajere un menor de nueve años del poder de sus padres, sufrirá tres meses de arresto. La pena será de dos meses de arresto si el menor sustraído estaba en poder de su guardador o de cualquiera otra persona encargada de su custodia”. Por su parte, en el artículo 284 se reglaba: “Si la sustracción se hiciese con el objeto de privar al menor de algún derecho civil, o de aprovecharse de sus servicios o de sus bienes, la pena será de un año de prisión, y multa de veinte y cinco años a quinientos fuertes”.

Anotando dichos artículos, Carlos Tejedor menciona como antecedente al artículo 408 del Código penal español, mediante el cual se castigaba con cadena temporal si el hecho se verificaba en un menor de siete años. Citando a Pacheco, Tejedor dice: “De lo que aquí se trata [...] es del robo, de la sustracción de un niño, para quedarse con él, o para hacerle perder las nociones de su origen, la posesión de su real y efectiva existencia. De lo que aquí se trata es de lo que hacían los gita-

nos vagabundos, de lo que puede hacer una persona que quiera suprimir derechos existentes delante de sí, y para ello arrebató, sustrae, y hace desaparecer menores, que poseyéndolos le estorban. Y véase aquí por qué la ley habla de sustracción de niños y nada más. Cuando es una persona de inteligencia, cuando es de quien ya tiene noticia de sí mismo, el objeto de tal sustracción, entonces ésta no se verifica, porque no puede verificarse. Habrá detención arbitraria, y no otra cosa. Es menester que recaiga en menores de siete años, o en quienes sean tan inocentes como ellos, simples o mentecatos, para que pueda aplicarse al acto en cuestión el artículo del que nos ocupamos” (cfr. “Digesto de Codificación Penal Argentina”, Eugenio Raúl Zaffaroni, Miguel Alfredo Arrendó, Tomo I, AZ Editora, Madrid, 1996, pág. 397).

Tejedor también acota que este delito era llamado, entre los romanos, *plagio*, y que estaba castigado con la pena de muerte. Con el objeto de detener el accionar de bandas armadas que asolaban los caminos, se sancionó durante la época de la República Romana (durante el primer siglo antes de Cristo) la *Lex Fabia* mediante la cual se penaba como plagiarío *a quien sabiendo y con dolo malo vende o dona a un ciudadano romano independiente contra su voluntad; o los que persuaden a un esclavo a huir, o bien los apresan, ocultan, venden o donan contra su voluntad y en perjuicio de sus dueños, mermando de tal manera a éstos en su patrimonio* (cfr. Enciclopedia Jurídica Ameba, Tomo XXII, Ed. Bibliográfica Ameba, Buenos Aires, 1964, págs. 343/4).

Por lo expuesto, más allá de que el delito en estudio esté contemplado en el capítulo del Código Penal titulado “Delitos contra la libertad individual”, debe destacarse que el bien jurídico tutelado por nuestro ordenamiento no se limita a la libertad en sí misma, sino que se extiende al conjunto de los derechos de los que se ve privada la persona sustraída durante el tiempo que dura la permanencia de la conducta ilícita (ver Sebastián Soler, “Derecho Penal Argentino”, Ed. TEA, Bs. As., 10ma. reimpresión total 1992, actualizada, Tomo IV, pág. 64 y ss.).

En efecto, el autor del delito de sustracción, retención y ocultación de personas que han sido sustraídas cuando eran menores de diez años interfiere en la asignación de los roles y derechos familiares del grupo familiar al que pertenecía el sustraído y del grupo familiar en el que la persona sustraída desarrolla su vida. La acción de sustraer reasigna posiciones familiares por sobre el control del estado. El autor se arroga, de este modo, potestades que sólo le corresponden al estado, que

es el único sujeto legitimado, mediante el imperio de la ley, para reconocer, asignar y reasignar derechos familiares.

En cuanto al tipo objetivo, puede decirse que para que se configure la sustracción la ley requiere que el autor o autores del hecho aparten al menor de la esfera de custodia en que se encuentra, siendo esta custodia la otorgada por ley a los padres, tutores o demás encargados (ver Carlos Fontán Balestra, “Tratado de Derecho Penal”, Parte especial, Tomo V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 304).

La acción de sustraer se consuma en el momento mismo en que ese poder de custodia es interrumpido sin justificación legal alguna. Así lo ha entendido Ricardo Núñez: “[el delito de sustraer] se concibe como el simple traslado del menor a un lugar distinto de aquel donde se encuentra bajo el amparo de las personas a quienes el precepto legal se refiere” (op. y loc. cit.).

Así lo entiende, también, Sebastián Soler al decir que “la acción queda consumada cuando, de hecho, se ha logrado la sustracción, aunque el raptor no haya efectivamente consolidado su dominio sobre el menor, el cual puede eventualmente continuar actos de resistencia, o quedar en poder de terceros desconocidos por el autor” (op. cit., pág. 65).

Debe mencionarse que nada dice la ley acerca de la forma en que esa sustracción debe ser llevada a cabo. No requiere de ningún acto en especial, como podría ser la violencia, amenaza o algún tipo de ardid, y el consentimiento del menor resulta totalmente ineficaz o, en palabras de Soler “no hace desaparecer la delictuosidad del hecho” (op. cit., p. 63). Ello se debe a que los menores de diez años carecen de discernimiento como para elegir libremente sus acciones.

Este es un punto en el que debemos detenernos porque una correcta interpretación de este delito depende, en gran medida, de los fundamentos que subyacen a la decisión del legislador de establecer la edad de 10 años para que se produzca la sustracción típica conforme al artículo 146 del Código Penal.

El límite de los 10 años de edad es un parámetro objetivo fijado por una decisión de política criminal del legislador. Esta decisión no es caprichosa, dado que encuentra –como se explicará– fundamento normativo en el ordenamiento jurídico argentino.

El “Código Tejedor” ya citado establecía el límite de nueve años de edad teniendo como referencia al artículo 410 del Código español (cfr. Zaffaroni, Arrendó, op. cit. p. 236).

En el Derecho romano, según cuenta Vélez Sarsfield en la nota al artículo 921 del Código Civil se estipulaba la edad de los siete años como límite a partir del cual se presumía que una persona podía actuar con discernimiento.

La idea sobre la que se apoya esa decisión de política criminal de castigar a la sustracción de menores de diez años es concordante con el límite mínimo de edad establecido por los artículos 921 y 2392 del Código Civil.

El artículo citado en primer término establece: “Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años [...]”.

A su vez, a partir de los diez años, los menores pueden adquirir la posesión de las cosas: “Son incapaces de adquirir la posesión por sí mismos los que no tienen uso completo de su razón, como los dementes, fatuos y menores de diez años; pero pueden adquirirla por medio de sus tutores o curadores” (art. 2392 del Código Civil).

Por otra parte, en la “Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, aprobada por ley 23.857 se establece la edad de 16 años para que dicha convención sea aplicable. A partir de esa edad se entiende que un joven “ya posee una voluntad propia, que difícilmente pueda ser ignorada por padres, parientes o autoridades administrativas o judiciales” (cfr. María Elsa Uzal, “Algunas reflexiones en torno a la ‘Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores’ de 1980”, *El Derecho*, Tomo 169, pág. 1252).

Como se ve, existen diferentes parámetros para evaluar cuándo un menor de edad carece de discernimiento para llevar adelante determinados actos.

Lo decisivo para el análisis de lo que aquí se está resolviendo es comprender que para la legislación argentina un menor de diez años de edad no posee el grado de desarrollo suficiente como para, por sus propios medios, comprender que ha sido víctima de una sustracción.

En síntesis, para el ordenamiento jurídico argentino una persona de diez años de edad carece del discernimiento suficiente como para distinguir lo lícito de lo ilícito, y en el caso del tipo penal que nos ocupa, debemos entender que antes de dicha edad el sometimiento de la voluntad del menor es total. Quien es sustraído del poder de sus padres, tutores o encargados antes de los diez años de edad está condenado a vivir como los presos que describe Platón en “La alegoría de la caverna”, condenados a vivir en la realidad de las sombras.

En palabras de Soler: “...el bien jurídico aquí tutelado es el de la libertad en aquel sentido genérico del plagio, no porque sea necesaria la reducción del menor a un estado de servidumbre, sino porque **el menor de diez años efectivamente se encuentra en una situación de dependencia casi total de otra voluntad y la ley castiga al que usurpa esa otra voluntad**” (op. cit., p. 64, sin destacar en el original).

Para considerar que el tipo objetivo del delito de sustracción de menores se encuentre satisfecho el menor sustraído debe tener menos de diez años de edad.

Además de la sustracción el artículo 146 del Código Penal describe la acción de retención. Respecto de esta conducta se requiere que el autor, por un cierto lapso, impida que los padres o responsables legales del menor ejerzan sus facultades de tutela, y ello se debe llevar a cabo mediante la privación de la libertad de la víctima, impidiendo, por cualquier medio, que vuelva a la custodia de sus padres. La retención, se refiere a actos de los autores en relación al menor, puesto que ésta debe recaer sobre él, evitando por cualquier medio (acción u omisión) el contacto con los padres o tutores, quedando el menor bajo el dominio de los autores (ver Soler, op. cit., p. 67, y Carrara en relación con la figura análoga que este autor denomina “rapto impropio”).

Finalmente resta analizar en qué consiste la acción de ocultación, que según creo, presenta una mayor dificultad en la interpretación.

Si bien no ha sido planteado expresamente en este incidente, en varios planteos sometidos a estudio de este Tribunal en casos anteriores se ha sostenido que la ocultación del menor cesa al momento en el que el menor de edad cumple los diez años porque la comisión continua o permanente de todas las figuras tratadas cesa necesariamente cuando el niño cumple dicha edad (ver, por ejemplo, recurso deducido por Jorge Rafael Videla y Massera contra la decisión de esta Sala del 9 de septiembre de 1999).

No comparto dicha interpretación dado que, en determinados supuestos puede llegarse a consecuencias absurdas. Por ejemplo, si se aceptase dicha propuesta interpretativa, el ordenamiento jurídico penal estaría alentando a quienes secuestran menores para que los oculten más allá de los diez años a fin de lograr la impunidad de su conducta (por ejemplo, por el comienzo del plazo desde el cual comienza a computarse el término de la prescripción de la acción penal).

Asimismo, dicha interpretación lleva a la conclusión de que el ordenamiento jurídico penal, por el sólo paso del tiempo (traducido en una mayor edad de la víc-

tima), sin que el autor del hecho ni la víctima ni un tercero interrumpen la situación antijurídica, pase a considerar una situación de hecho antijurídica como adecuada a derecho.

El tipo penal así interpretado demuestra, también, una manifiesta arbitrariedad respecto de los afectados por el ilícito (la propia persona sustraída antes de los diez años y su familia de origen), quienes siguen siendo víctimas de esa situación antijurídica que afecta sus derechos familiares. A la vez, tal interpretación resulta incongruente con la afirmación de que la naturaleza del delito consiste, como dice Soler, en la usurpación de la voluntad de la víctima, porque pasados los diez años de edad esa voluntad sigue siendo usurpada mediante la ocultación de la persona sustraída cuando poseía menos de diez años de edad.

También hay que tener en cuenta que no sería posible calificar al mencionado delito como permanente como sostienen Eusebio Gómez, Sebastián Soler, Carlos Fontán Palestra (entre otros) si se considera que por imperio legal la acción antijurídica cesa a los diez años porque: “Delitos permanentes son aquellos hechos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por él mismo” (cfr. Claus Roxin, “Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal, p. 329).

La voluntad del autor en los delitos permanentes también es destacada por Soler, Jeschek, Zaffaroni y Maurach.

El mencionado en primer término afirma que en los delitos permanentes: “...la acción delictiva misma permite, por sus características, que se la pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violadora del derecho en cada uno de sus momentos”, de manera tal que “todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación” (Soler, *op. cit.*, T.I., pág. 192).

Es así como puede afirmarse que el eje alrededor del cual gira el delito permanente consiste en el sostenimiento del estado consumativo, de forma tal que el delito se agota en el momento en el cual cesa la conducta ilícita. Estas circunstancias son propias de los delitos de privación ilegítima de la libertad, en donde el mantenimiento del estado antijurídico creado por la acción punible depende de la voluntad del autor, de modo tal que el hecho se renueva constantemente hasta el momento en el cual la persona privada de su libertad recupera su status anterior

(ver Jeschek, H., “Tratado de Derecho Penal - Parte General”, Ed. Comares, España (Granada), 1993, pág. 237).

Por su parte, Zaffaroni (“Tratado de Derecho Penal”, Ediar, Buenos Aires, 1987, T. I, pág. 476/ss.) sostiene que en el caso de los delitos permanentes el delito ya consumado se sigue cometiendo, de manera tal que resulta necesario distinguir entre el momento de la comisión y el momento de la consumación, como así también establecer concretamente cuál es el tiempo de realización de la conducta (“tiempo de comisión”), en virtud de que la conducta en este tipo de delitos, tiene un momento inicial y un momento final de ejecución que pueden hallarse distanciados en el tiempo.

En este sentido afirma Maurach (“Derecho Penal, Parte General”, edición actualizada por Gösel y Zipf, Astrea, Buenos Aires, 1995, tomo II, pág. 534) que, en el caso de los delitos permanentes, el autor constantemente renueva su resolución, y por lo general, el acto comisito originario se transforma en uno omisivo, ya que el autor omite poner término a la situación creada por la consumación del hecho.

Para la interpretación que se critica no se requiere ninguna acción del autor (necesaria para considerar al delito como permanente), sólo basta con el transcurso del tiempo para que la situación deje de ser antijurídica.

La imposibilidad de considerar esta clase de hechos como delitos permanentes afecta la pauta hermenéutica contenida en el artículo 3 de la “Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas” (aprobada por nuestro país a través de la ley 24.556) que establece que la desaparición forzada de personas debe ser tipificada como delito y que dicho delito debe ser considerado como permanente hasta que no se establezca el destino o paradero de la víctima.

La necesidad de adoptar a la mencionada Convención como guía de interpretación de los tipos penales contenidos en el artículo 146 del Código Penal ha sido afirmada por esta Sala en varios antecedentes (ver causas “Videla, Jorge Rafael s/procesamiento”, Causa N° 33714, del 23 de mayo del corriente, Reg.: 489; “Maserera, Eduardo s/excepciones”, Causa N° 32889, del 7 de marzo del corriente, Reg.: 138; y “Maserera s/excepciones”, Causa N° 30514, del 9 de septiembre de 1999, Reg.: 742, entre otras).

Las contradicciones que acarrea la adopción de la interpretación pueden ser superadas si se interpreta la acción de ocultación siguiendo las pautas que se enuncian a continuación.

Debe entenderse que la ley penal prohíbe *ocultar* a quien haya sido sustraído siendo menor de diez años.

La acción de ocultar, interpretada de esta manera, es asimilable a la situación de hecho prohibida por el artículo 277 inc. 1, apartados B y C, del Código Penal, en los que se describe la acción de ocultar instrumentos, dineros o efectos provenientes de un delito.

Debe considerarse, entonces, que la acción de ocultar prevista por el artículo 146 del Código Penal, requiere tener como antecedente inmediato la acción de sustracción de un menor de diez años.

El tipo objetivo quedaría construido de la siguiente manera: *el que ocultare a quien ha sido sustraído de sus padres, tutores o guardadores, contando con menos de diez años de edad.*

El autor de este hecho debe realizar la conducta de ocultar y a la vez debe verificarse la circunstancia objetiva de que el ocultado, o sea, la víctima, haya sido secuestrado cuando no poseía el discernimiento mínimo establecido por el ordenamiento jurídico argentino.

En el aspecto subjetivo, el autor debe conocer que realiza la acción de ocultar (con los alcances que más adelante se le otorgarán a este término) y conocer la circunstancia de que la persona secuestrada haya sido sustraída a sus padres, tutor o persona encargada, cuando contaba con menos de diez años de edad.

Esta interpretación del tipo penal respeta la pauta de interpretación brindada por la convención citada, que es coincidente con los orígenes históricos de la figura como una derivación del delito de plagio de niños, y es contemplativa de los distintos bienes jurídicos que se afectan con la comisión del delito.

Esta postura, además, es concordante con lo que sostienen autores como Núñez, quien para afirmar la trascendencia de la acción de sustraer, refiere: “El núcleo de la figura del artículo 146 no reside ni en la acción de retener al menor ni en la de ocultarlo. Estas acciones presuponen la sustracción del menor por otra persona. El tipo del artículo 146 exige siempre que el menor haya sido *sustraído del poder* de una de las personas que menciona, vale decir, según la idea tradicional a que obedece el precepto, que el niño haya sido robado” (cfr. op. cit., p. 60).

También esta construcción típica es adecuada a la opinión de Soler, en tanto manifiesta que: “En el art. 146 de la ley, se refiere al ocultamiento de un *robo* de persona, porque cada uno de los momentos en que se prolonga la sustracción es

igualmente delictivo...” (op. cit., p. 70, destacado en el original).

Sobre el punto, Donna sostiene: “Viene a colación lo afirmado por Creus acerca de que ‘el pensamiento de que se trata de tres acciones distintas, totalmente autónomas entre sí, que tantos problemas interpretativos ha traído a nuestra doctrina, está completamente superado: la retención u ocultación tiene que referirse a un menor que haya sido sustraído para que tales conductas resulten típicas’. De manera que la esencia del delito está en la sustracción del menor, y no en las otras dos conductas que requieren, como presupuesto, que se haya dado ésta. Para que el delito concurra se requiere que el hecho se produzca mediante la sustracción, que la persona sustraída sea un menor de diez años, y que la sustracción se produzca del poder de las personas encargadas del niño...” (Edgardo Alberto Donna, “Derecho Penal”, Parte Especial, Tomo II - A, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, pág. 217).

En cuanto a qué se entiende por ocultar, debemos seguir la opinión de Soler en cuanto a que la acción de ocultar consiste en impedir el reestablecimiento del vínculo del menor con sus padres o tutores: “este es el acto de ocultar a un menor que ha sido *substraído*. Por supuesto que es necesario el conocimiento de la acción anterior de sustracción. Esta acción se superpone casi con la de retener; pero como ésta última hace referencia a la persona del menor, debe entenderse la expresión ocultar en el sentido de *impedir el reestablecimiento* del vínculo” (ver op. cit. pág. 67, destacado en el original).

Queda claro del párrafo citado que para llevar a cabo una acción de ocultación no es necesario que el autor retenga a la persona afectando sólo su libertad ambulatoria, pues el elemento que distingue esta acción es **impedir el reestablecimiento del vínculo** sea o no mediante la acción de retener.

En síntesis, puede afirmarse que la acción de ocultar a una persona sustraída no cesa cuando la víctima cumple con los diez años de edad, sino cuando se reestablece el vínculo familiar interferido.

Esta interpretación es coincidente con la doctrina seguida por la Sala II del fuero en las causas “Simón Julio s/prescripción de la acción penal”, del 29 de mayo del 2001, reg.: 18694; “Miara Samuel y otros”, del 19 de diciembre de 1995; y “Lavalén Rubén”, del 18 de abril de 1989, reg.: 6440; también por el Tribunal Oral Federal N° 5 en la causa N° 530, seguida contra Ceferino Landa y Mercedes Beatriz Moreira, sentencia del 5 de julio de 2001, y por el Procurador General de la Nación en el caso “Videla”, del 23 de agosto de 2001.

Con relación a los delitos previstos por los artículos 139 inc. 2 y 146 del Código Penal nos encontramos frente a una sucesión de leyes penales.

Si bien la nueva ley no modificó la parte sustancial relacionada con la descripción de la acción prohibida, agravó el monto de la pena.

La redacción original del Código Penal sancionaba con uno a cuatro años de prisión “al que por medio de exposición, de ocultación, o de otro acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil de un menor de diez años” (art. 139, inc. 2).

La ley 24.410 –vigente desde el 2 de enero de 1995– conmina con pena de prisión de dos a seis años “al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere la identidad de un menor de diez años, y el que lo retuviere u ocultare”.

Por su parte, el Código Penal preveía originalmente una pena de tres a diez años de prisión para el delito previsto por el artículo 146, y la mencionada ley 24.410 elevó el monto de la misma pena de cinco a quince años.

Esta sucesión de leyes penales no implica una afectación al principio de irretroactividad de la ley penal derivado del principio de legalidad consagrado por el art. 18 de la Constitución Nacional.

En ese sentido, el principio de irretroactividad de la ley penal exige que se aplique la ley vigente al momento de la realización del hecho. La aplicación de este principio a los delitos de carácter permanente puede plantear la cuestión, como ocurre en el caso, de una modificación normativa que agrave la pena durante la ejecución del delito en curso.

Sobre el punto, se pronuncia Zaffaroni, en el que analiza la situación que se da en el presente caso, y concluye que corresponde aplicar la pena correspondiente a la ley que rige al momento de terminación de la acción, aunque ésta pena sea más gravosa. Ejemplifica con el siguiente caso: “El que priva de libertad a otro y lo mantiene así dos meses será penado conforme la ley que rige en el momento en que hace cesar la privación de libertad, aunque fuese más gravosa”.

Con respecto a cómo debe ser evaluada, esta sucesión de leyes indica que los actos cometidos durante la vigencia de la ley anterior menos gravosa, proporcionan al delito un menor contenido de injusto que debe ser tenido en cuenta al momento de determinación de la pena. Así dice: “A nuestro parecer, los actos anteriores no tienen por qué ser atípicos –salvo, claro está, que la conducta no haya estado antes inculpada– sino que, dentro de nuestro sistema, la circunstancia de que esos actos

ejecutivos anteriores, sean típicos de una ley menos gravosa, proporcionan al delito único un menor contenido de injusto que debe ser tenido en cuenta a los efectos del artículo 41” (ver op. cit., tomo I, pág. 480/81).

Tal solución coincide con la que expresamente aporta el Código Penal alemán en el § 2.2, según el que, en los delitos permanentes, debe aplicarse la ley vigente al momento de terminación del hecho.

Interpretando esta norma, afirma Jakobs, que en los casos en que la ley agrava la penalidad, es esta última la que debe aplicarse a los hechos en curso siempre que tales hechos conserven luego de la modificación legislativa todos los elementos típicos (caso en el que considera que los hechos son divisibles, distinguiéndolos de aquellos en los que algún elemento típico se produjo antes del cambio legislativo, por ejemplo, la violencia en el caso del robo).

De este modo, según el autor citado no se produce afectación alguna al principio de irretroactividad de la ley penal (Günter Jakobs, “Derecho Penal”, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación, Marcial Pons, Madrid, 1995, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, pág. 116/7).

Sobre el punto, la Sala II de este Tribunal ha sostenido: “La sustracción, retención y ocultación de un menor de diez años, es de carácter permanente por lo que, de ningún modo existe óbice para que se aplique una ley que incremente el monto de la escala penal aplicable, manteniendo la redacción anterior, puesto que la acción típica de los delitos de que se trata cesó en la fecha en que pudo descubrirse la verdadera identidad de la víctima” (cfr. causa N° 17592 “Gómez, Francisco s/prisión preventiva”, del 3 de mayo de 2001, reg.: 18634).

Tal como se describiera al momento de analizar los hechos, la solución que debe adoptarse es la propuesta por Zaffaroni y Jakobs, por lo que deben aplicarse los artículos 139 inc. 2 y 146 del Código Penal según la redacción de la Ley 24.410.

El mérito del Acuerdo que antecede, este Tribunal, RESUELVE: NO HACER LUGAR a la EXCARCELACIÓN de MARÍA CRISTINA GÓMEZ PINTO (arts. 146 del C.P. y 379, inc. 1°, a contrario sensu, del C.P.M.P.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

GABRIEL R. CAVALLO

HORACIO RAÚL VIGLIANI