

SUSTRACCIÓN DE MENOR.

SUPRESIÓN DE IDENTIDAD.

FALSIFICACIÓN.

-CONTEXTO EN EL QUE SE DESARROLLO EL HECHO.CARÁCTER SISTEMÁTICO DE LA DESAPARICIÓN DE NIÑOS. DURANTE EL PERÍODO 1976/1983.-

-QUE ES EL DERECHO DE GENTES.APLICACIÓN EN EL ÁMBITO INTERNO.

-EXCLUSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN EL HECHO INVESTIGADO A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE GENTES

-LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS COMO DELITO JUS GENTIUM.

.TIPOS PENALES INTERNOS PARA LA REALIZACIÓN DEL DERECHO DE GENTES.EL HECHO.

-APLICACIÓN DEL ART. 146 C.P.(TEXTO SEGÚN LEY 24.410) Y DE LOS ARTS.139 inc.2) (TEXTO SEGÚN LEY 24.410), y 293 DEL CÓDIGO PENAL.SUPRESIÓN DEL ESTADO CIVIL DEL MENOR E INSERCIÓN DE DECLARACIONES FALSAS EN RELACIÓN A UN HECHO QUE EL DOCUMENTO DEBÍA PROBAR.CONCURSO IDEAL.

(DR.SCHIFFRIN,con adhesión del DR. COMPAIRED)

-TENIENDO PRESENTE EL MOMENTO EN QUE EL DELITO IMPUTADO CESÓ DE COMETERSE, LA NORMATIVA APLICABLE ES LA PREVISTA POR LA LEY 24.410 (ART. 146 DEL CÓDIGO PENAL).

-MOMENTO EN QUE TOMÓ CONOCIMIENTO DE SU VERDADERA IDENTIDAD.CUANDO LA VÍCTIMA DEJA SU ESTADO DE CAUTIVERIO INCONSCIENTE,RECUPERA SU LIBERTAD DE DECISIÓN, ES ALLÍ MISMO QUE CULMINA LA RETENCIÓN ILEGAL PRESCRIPTA POR EL TIPO PENAL ELECTO POR EL AQUO.

-DELITO DE LESA HUMANIDAD IMPRESCRIPTIBLE.

(DR. FLEICHER)

Poder Judicial de la Nación Rtro.S.II T.92f*83/131

La Plata, 22 de abril de 2007.

VISTO: el presente expediente n° 3574 caratulado: "Incidente de Apelación en causa 'Bergés, Jorge Antonio s/Sustitución de identidad de García Nadal, Pedro Luis", procedente del Juzgado Federal n° 3 de esta ciudad

Y CONSIDERANDO:

EL DOCTOR SCHIFFRIN DIJO:

1) Llegan estas actuaciones a la Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 362/364 por la defensora oficial, Dra. María Inés Spinetta, en representación de Yolanda Isabel De Francesco, contra la decisión del a quo agregada a fs. 352/355, que dispuso su procesamiento con prisión preventiva por considerarla coautora de los "delitos previstos y reprimidos en los arts. 139, inc. 2; 146; 292 y 293 del C. Penal, los que concurren realmente con el art. 55 del citado Código sustantivo".

Aclaremos que la mencionada Yolanda De Francesco, al día de hoy, goza del beneficio de la excarcelación, que le fue concedido por el magistrado por "cuestiones humanitarias" (fs. 394/395).

1. El inicio de la causa

2) La causa tiene inicio en la presentación de Enriqueta Estela Barnes de

Carlotto, patrocinada por las Dres. Ramón Torres Molina y por María Ester Alonso Morales (fs. 2/4), donde la presentante denunciaba la presunta comisión de los delitos previstos por los arts. 146, 139 inc. 2, 139 bis, 292 y 293 del Código Penal, contra el médico Jorge Antonio Bergés, quien habría constatado y/o certificado falsamente varios nacimientos, entre los cuales se encontraba el de la víctima de autos, Luis Alberto Ferian (hoy Pedro Luis García Nadal).

Esta denuncia motivó que Luis Alberto Ferian fuera citado por el *a quo* para que preste testimonio en la presente causa, declaración que fue fijada para el 8 de septiembre de 2004 (fs. 20). En esta declaración judicial (fs. 135) Luis Alberto Ferian manifestó que lo sorprende totalmente el contenido de la denuncia, y que en ningún momento tuvo ningún tipo de comentario en relación a esos hechos por parte de sus padres. Aclaró que es hijo biológico de su padre y que, desde que nació, vivió con su padre, Luis Alberto Ferian, y con su madre adoptiva, Yolanda De Francesco. Expresó que cuando tenía tres años, sus padres se separaron y se quedó viviendo con De Francesco, aunque su padre lo veía esporádicamente. Con respecto a su madre biológica, dijo que no sabe nada. No sabe si murió o está viva, pero su madre adoptiva, Yolanda De Francesco, le había dicho que supuestamente había fallecido. En dicha declaración, prestó consentimiento para realizarse un análisis de ADN en el Hospital Durand (fs. 135).

3) En análisis de ADN fue realizado por facultativos del Hospital Dr. Carlos G. Durand, Unidad Inmunología-Centro tipificador 08, Banco Nacional de Datos Genéticos, ubicado en la calle Juan B. Ambrosetti n° 743 planta Baja (1405), en Capital Federal, en octubre de 2004. En dicho análisis se compararon el ADN de la víctima, Luis Alberto Ferian (hoy Luis Pedro García Nadal), el (verdadero) padre, Jorge Adalberto Nadal, y el (verdadero) hermano, Carlos Alberto Nadal.

El informe reveló que, según surge de las investigaciones del polimorfismo del ADN nuclear en regiones microsatélites (STRs) de cromosomas autosómicos, no puede ser excluido el vínculo biológico por rama paterna entre Luis Alberto Ferian, Jorge Alberto Nadal y Carlos Alberto Nadal. Al respecto, los especialistas especificaron que Jorge Adalberto Nadal "tiene una probabilidad del 99,99997% de ser el padre biológico del Sr. Ferian, Luis Alberto comparado con otro hombre tomado de la población general en forma no seleccionada" (fs. 38 y 27) y que, respecto de Carlos Alberto Nadal, "la probabilidad de Hermandad es del 99,997%" (fs. 38 y 27).

Por otro lado, en el informe, también los funcionarios concluyen que, respecto de las investigaciones del polimorfismo del ADN nuclear en regiones microsatélites (STRs) del Haplótipo del Cromosoma Y, el Sr. Nadal Jorge Adalberto (padre alegado) no puede ser excluido de su paternidad biológica en la persona del Sr. Ferian, Luis Alberto (titular)" (fs. 28). La tipificación del haplotipo del Cromosoma 'Y' en el ADN de ambos "muestra identidad total en el haplotipo investigado" (fs. 28), y, por ello, "no puede ser excluido entre ambos el alegado vínculo biológico por rama paterna" (fs. 28).

Por último, en relación con el estudio de las secuencias del ADN mitocondrial en al region D-LOOP, segmento Hipervariables HV1 y HV2, los funcionarios informaron que "no puede ser excluido el alegado vínculo biológico por rama materna entre el Sr. Nadal, Carlos Alberto (hermano alegado) y el Sr. Ferian, Luis Alberto (titular), por presentar identidad de secuencias nucleotídicas entre ambos fragmentos del ADN mitocondrial investigados" (fs. 28 y 46).

2. El contexto en el que se desarrolló el hecho

4) Como vemos, aquí se investiga un hecho de apropiación de hijos de padres supuestamente "subversivos", que resulta uno de los tantos que caracterizaron el período de la dictadura militar.

En efecto, dentro del plan criminal de la dictadura, también fue una práctica sistemática la desaparición de los hijos de los supuestos "subversivos". Estos, en su mayoría, eran jóvenes, varones y mujeres, de entre 20 y 30 años, que se encontraban en edad de procrear, circunstancia que, por sí sola, hacía presumir que los máximos responsables de las juntas, desde el inicio, habían previsto y regulado el destino que se les darían a aquellos niños que, o bien quedaban desamparados luego del secuestro de sus padres, o bien nacían durante el cautiverio de sus madres.

Sin embargo, en la causa 13/84, la Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal requirió un poco más que esa suposición, pues consideró que no existía prueba que acreditase que esa práctica integró también el plan criminal (*Fallos*, 309:292); consideración que fue uno de los puntos de la sentencia pasibles de las más serias críticas (Marcelo SANCINETTI-Marcelo FERRANTE, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Hammurabi, 1999, pág. 169).

Empero, las investigaciones posteriores a la restauración del gobierno constitucional corroboran aquella presunción y demuestran definitivamente que el plan criminal de la dictadura abarcó la desaparición de niños. Alarma, por ejemplo, el hecho de que se hayan conocido que existiesen "órdenes secretas antisubversivas", dictada por el entonces Jefe del Estado Mayor del Ejército, General Viola, el 17 de diciembre de 1976, que contemplaban la manera en que debían actuar los encargados de las operaciones de seguridad respecto de la detención de "jefes, hombres, mujeres y niños", y que específicamente existiese un documento titulado "Instrucciones sobre el procedimiento a seguir con menores de edad hijos de dirigentes políticos o gremiales cuando sus progenitores se encuentran detenidos o desaparecidos", proveniente del Ministerio del Interior, de abril 1977, documento que no fue ubicado y que se presume que fue destruido (ver SANCINETTI-FERRANTE, *op. cit.*, pág. 102/103 y 169).

5) Las posteriores investigaciones realizadas, entre otros organismos, por la CONADEP (*Nunca más*, Eudeba, 2006, pág. 303 y ss, 7.º edición) y las judiciales llevadas adelante por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal también apoyan este razonamiento, relativo a que la desaparición de los niños era una práctica prevista y regulada por los usurpadores del poder durante el período 1976-1983. Cabe citar, por ejemplo, el fallo de los por entonces integrantes de la Sala I, Dres. Vigliani y Riva Aramayo, de la nombrada Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, en la causa n° 30.312, caratulada "VIDELA, Jorge Rafael s/prisión preventiva", en fecha 9 de septiembre de 1999, quienes tuvieron que decidir acerca de la vinculación del imputado con la sustracción de algunos menores durante la última dictadura militar. En tal análisis, los jueces desecharon la vaga alegación de la defensa de Videla de su ajenidad respecto de esos casos de secuestro, y fundamentaron su opinión sobre la base de numerosos testimonios citados por el Juez Marquevich, pero especialmente por las declaraciones del Teniente de Fragata (RE) Jorge Eduardo Noguera y de Emilio Fermín Mignone, quienes habían referido:

"que la sustracción de los menores formaba parte de la actividad ilegal diseñada por la Jefatura del ejército para 'suprimir' en su ámbito de actuación a quienes consideraba integrantes o colaboradores de las fuerzas guerrilleras o disidentes políticos con el régimen de facto, y de esta manera evitar que los menores crecieran en hogares en los cuales se les inculcara el odio hacia las instituciones militares".

6) Esos datos que indican que el plan criminal de la dictadura se extendió a los hijos de los supuestos "guerrilleros o subversivos", se confirman con la prueba de mayor relevancia, a mi juicio, que existe sobre esta materia, constituida por el valioso trabajo, de público y notorio, realizado por la "Asociación Abuelas de Plaza de Mayo", que confirma, no sólo el carácter sistemático de la desaparición de niños, sino también su aberrante carácter generalizado. Así lo demuestra la recuperación de casi 90 nietos que, durante su precoz niñez, fueron estirpados de sus raíces familiares, sobre todo en los primeros años del golpe militar, para ser posteriormente entregados a personas desconocidas con ánimos de retenerlos como hijos propios. La cifra indicada que resulta menos del 20 % de la totalidad de los niños desaparecidos, respecto de los cuales, hoy, sigue sin conocerse su destino.

3. El derecho de gentes

7) Pues bien, el hecho que aquí se investiga, insertado en ese contexto criminal, presenta las notas aberrantes que lo elevan a la categoría de delito contra el derecho de gentes, constituyendo un supuesto de desaparición forzada de personas, a cuya persecución y castigo se encuentra obligado nuestro país.

En la exposición de los fundamentos que me conducen a sostener esa conclusión es necesario comenzar diciendo qué es el derecho de gentes. La respuesta a este

interrogante la traté de exponer en mi voto *in re* expte. n° 9275 "Schwammberger, Josef s/Extradición", del 30 de agosto de 1989, que he reproducido en algunos recientes pronunciamientos (ver mi voto *in re* "von Wernich", (1) del día 7 de marzo de 2006 y "Dupuy", de fecha, 27 de septiembre de 2007), y que conviene también aquí repetir.

Allí, he tratado de expresar qué es el derecho de gentes mediante una perífrasis que reproduzco, del famoso pasaje de CICERÓN (República, etc.) referido al *jus naturae*, pero que, a mi entender, corresponde mejor a la definición del Digesto sobre el derecho de gentes (*ius gentium id est quod vere naturalis ratio inter omnes homines constituit, Instituta de Justiniano L. I, Título II, parág. 1*).

El derecho de gentes contiene al derecho natural, entendido como el conjunto de modos elementales de las relaciones de sobrevivencia, solidaridad y sanción que parten del comportamiento ya observables en los animales superiores (*ius naturale quod naturae omne animalia docuit, Instituta de Justiniano L. I T. II Pr. y Digesto L. I, Título I, punto 1 parág. 3 - Carl SAGAN en un importante ensayo encara este tema*).

Desde luego, sabemos que el criterio jurídico más corriente se siente por lo menos muy incómodo cuando se ve obligado, en virtud de la referencia que el art. 118 de la C.N. hace al derecho de gentes en materia penal, al abordar tal temática.

Esta incomodidad, o inclusive, total rechazo, proviene de ver al derecho de gentes como un campo de imprecisiones y vaguedades, que pueden favorecer el arbitrio y hasta el capricho. En cambio, el derecho estatal posee una estructuración y una manera de autenticar las soluciones jurídicas que proporcionan un mayor grado de seguridad.

Esta es una verdad parcial, primero, porque el derecho estatal tiene tal cantidad de zonas grises, contradicciones, oscuridades y maneras de manipulación, que la seguridad que proporciona será muchas veces ilusoria.

Por otra parte, un convencido positivista, como fue Gustavo RADBRUCH, después del nazismo concluyó que el valor seguridad debía ceder frente al de justicia cuando se trataba de casos de monstruosa ilicitud disfrazada de legalidad (ver de ese autor *Arbitrariedad legal y Derecho Supralegal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962). No es aquí el lugar para estudiar el formidable desarrollo que estas ideas del último RADBRUCH ha tenido en la jurisprudencia alemana. Me ha cabido la suerte de leer la magnífica exposición al respecto que nos obsequia el maestro Giuliano VASSALLI en su obra *Formula di Radbruch e diritto penale* (Giuffrè Editore, Milán, 2001).

8) A su vez, la defensa del derecho estatal como único derecho está esencialmente ligado al individualismo contractualista como fundamento del estado. O sea, que cada individuo es un ente en y por sí, una mónada cerrada, cuya comunicación con las otras mónadas es puramente tangencial, lo cual significa que el querer monádico es absoluto, ilimitado. La limitación nace entonces como renuncia parcial a trozos del querer autónomo a favor de un sujeto colectivo, cuyo poder está compuesto por la entrega de porciones del querer individual, concretada en las leyes que estipulan cuánto margen de libertad declina cada uno y cuánto se reserva.

Este tipo de construcciones sirven muy bien para fundamentar la idea de que el *jus puniendi* depende la *lex stricta et scripta*, que concretiza el pacto de renuncia y de reserva, a la vez.

Mas estas construcciones son insuficientes, porque no pueden explicar por qué las estipulaciones deben observarse (*pacta sunt servanda*). Y, además, el carácter ficticio del contractualismo individualista es evidente, pues las formaciones históricas que son los estados se basan sobre complejos procesos psicológicos, sociales, culturales, religiosos y económicos en que los elementos coactivos de un modo u otro prevalecen sobre la supuesta voluntad autónoma de los integrantes de la sociedad estatal.

Podría decirse, claro está, que aún cuando las circunstancias sean tales, la formación contractual individualista de estado debería perseguirse como un ideal,

inalcanzable si se quiere, pero por el cual valdría la pena combatir permanentemente, para acercar algo la sociedad al modelo.

No me atrae para nada como modelo ideal el sistema de los sujetos-isla, de los "yo" monádicos y excluyentes entre sí, sólo dotados de relaciones periféricas. Una visión personalista, en la que el sujeto se construye sobre la comunicación y el reconocimiento con y por el otro, y por la mutua responsabilidad, es la idea de la que fluyen la libertad y la justicia.

Este ideal postula la existencia de un sociedad universal, de todo el género humano, cuya concreción es necesaria para la subsistencia y desarrollo del género mismo. La *societas gentium* es, a la vez que una necesidad elemental cada vez más comprobada, una formación muy débil, casi evanescente, y que sólo puede crecer por un progresivo consenso universal que, a la vez, vaya dando perfil a sociedades estatales basadas en modo de mutuo consentimiento racional cada vez más expandidos.

[Me detengo en este punto para realizar una digresión que creo útil. Siempre he apreciado el principio -expresado con tanta fuerza- aunque con discutible consecuencia, por KELSEN, según el cual no cabe derivar de los juicios de ser, juicios de deber ser. Sin embargo, todas las concepciones que venimos mencionando se apoyan en que de determinados datos antropológicos (juicios de ser) se derivaron ciertas exigencias ideales (juicios de deber ser). Para el derecho y la ética no hay muchas salidas al dilema: o recaen ocultamente en la deducción del deber ser desde el ser, estableciendo normas hipotéticas fundamentales, o se remiten a una instancia trascendente al ser mundanal que puede buscarse en la órbita platónica de las ideas, o en algo parecido, que es la intuición de la esfera extra-ontológica de los valores, o se propone la aceptación de un mandato divino trascendente que obliga a la subsistencia y desarrollo del género humano en relaciones interpersonales constitutivas. Esta última es la línea de las tres grandes religiones monoteístas, que acepto de corazón, pero con la cual comulgan sólo aquellos que tienen fé. Mientras tanto, el derecho, en su administración práctica, ha de conformarse tomando, como provisorio dato del deber ser el asentimiento generalizado acerca de que es, o bueno, o por lo menos tolerable, que el género humano subsista y se desarrolle].

4. La aplicación del derecho de gentes en el ámbito interno

9) Las reflexiones anteriores permiten abordar, ahora, el problema del rango normativo del art. 118 C.N. en cuanto se refiere al *ius gentium* penal, y que yo mismo, como tantos otros doctrinarios y magistrados consideramos que remite al derecho de gentes internacional para hacerlo aplicable con carácter de superioridad al derecho interno.

Sin embargo, en algún trabajo he manifestado dudas sobre los alcances de este texto, pues, explícitamente, sólo dice que los delitos contra el derecho de gentes cometidos fuera del territorio argentino serán juzgados por los tribunales nacionales. Esta es una cláusula de competencia que expresa el principio de la jurisdicción universal, pero sin determinar si dicho principio se aplica sólo a hechos cometidos fuera del territorio de cualquier estado, en alta mar, o si se refiere -y está sería su inteligencia *ad literam*- a todo delito *jure gentium* cometido en cualquier país, lo cual significaría que el estado argentino habría de reconocer la jurisdicción de tribunales de otros estados para conocer de los hechos, aún cuando fuesen cometidos en territorio argentino.

Debemos dejar de lado este tema de la jurisdicción, pues no interesa directamente a la solución de nuestro caso. La cuestión es saber por qué ha de prevalecer el *ius gentium* sobre ese derecho interno.

Ahora bien, el texto del art. 118 C.N. nada dice sobre la superioridad del derecho de gentes sobre el interno; no contempla la hipótesis de que el juez argentino que deba conocer de un caso conforme la competencia conferida por esa norma deba aplicar el derecho interno. Más aún, el art 21 de la ley 48 ("Los Tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los tratados con naciones extranjeras, las leyes particulares de la provincia, las leyes generales que han regido

anteriormente a la Nación y los principios del derecho de gentes, según los casos que se sujeten a su conocimiento, en el orden de prelación que va establecido") sólo admite al derecho de gentes como fuente auxiliar, con rango muy por debajo de la ley nacional.

Por otra parte, es también cierto, como lo ha demostrado Alejandro RÚA en un trabajo muy serio, que muchos antecedente normativos y proyectos nacionales anteriores a la Constitución de 1853 ponían al derecho natural y de gentes por arriba del propio derecho estadual (ver del autor citado *De Schwammberger a Massera; Nueva Doctrina Penal*, 1999- B, pág. 555 y sgs. y también el voto del Dr. Maqueda *in re "Arancibia Clavel"*, *Fallos*, 327:3312, ya citado).

Por ende, del análisis del art. 118 de la C.N., en cuanto hace al rango normativo interno del derecho de gentes no arroja resultados concluyentes. Y, entonces, dadas las características de la incorporación de los tratados de derechos humanos efectuada por el art. 75, inc. 22, C.N. en 1994, no tendremos forma segura de deducir, conforme a las reglas del método histórico subjetivo la superioridad del *jus gentium* sobre el derecho interno.

En efecto, pese a la trascendencia del artículo 75, inciso 22, de la Constitución, sancionado por la Convención de 1994, no se puede ver en esta norma una nueva y más explicativa consagración de la supremacía del derecho de gentes que perfeccione el texto del artículo 118. En efecto, la Comisión de Redacción modificó el texto de la Comisión de Integración y Tratados Internacionales que, siguiendo las ideas del distinguido constitucionalista Germán BIDART CAMPOS, sí establecía claramente la supremacía interna del derecho de gente sobre todo el derecho interno, incluso el constitucional, que habría de interpretarse de acuerdo con el primero.

Esta idea tropezó con un serio problema formal derivado del sistema de reforma que prevé el art. 30 de la Constitución, el cual comprende dos pasos: el primero, llamado etapa preconstituyente, consistente en que el propio Parlamento declare por mayoría de dos tercios de sus miembros la necesidad de la reforma, especificando si ha de ser total o sólo cerca de algunos puntos. Sobre la base de esta ley se reúne una Convención Reformadora, elegida especialmente, que, por mayoría simple, establece nuevos textos constitucionales.

Ahora bien, el texto del art. 75, inc. 22, actual, pudo ser establecido porque el artículo 2.º de la ley 24.309 determinó que uno de los puntos en que podía modificarse el antiguo artículo 67, era el relativo a los institutos para la integración (comunitaria) y la jerarquía de los tratados internacionales.

En cambio, el artículo 7 de dicha ley declarativa, expresa que la Convención Constituyente no podía introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el capítulo único de la primera parte de la Constitución Nacional, estableciendo el art. 6 que serán nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención apartándose de las competencias otorgadas.

Por tal motivo, el art. 75, inc. 22, en su formulación final, determinó que si bien las declaraciones y tratados que enumera gozan de jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Consecuencia de lo dicho es reforzar lo que ya expresé en otros trabajos míos, en cuanto a que el artículo 75, inciso 22, de la Constitución reformada, no significa atenuar el principio de legalidad *scripta et stricta* del artículo 18 de la Constitución Nacional contenido en esa primera parte del texto que permanece inalterable e inalterado (v. en el mismo sentido, los votos de los Dres. Fayt, Belluscio y Vázquez *in re "Arancibia Clavel"* ya citado).

Más aún, en el debate de dicho artículo 75, inc. 22, se tuvo en cuenta que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se incorporaba con la reserva al apartado 2.º del artículo 15 que formuló la República Argentina al ratificarlo, circunstancia que subrayó el convencional Natale (Diario de Sesiones de la Convención, pág.- 2891) y no se pronunció la Convención sobre el proyecto del convencional Lucero, que en referencia a los delitos de lesa humanidad, proponía agregar al texto de la Comisión el siguiente : "*En relación a los*

tratados internacionales de Derechos Humanos, los delitos de lesa humanidad no podrán ser objeto de indulto, conmutación de penas ni amnistías. Las acciones a su respecto serán imprescriptibles" (pág. 2923 del Diario de Sesiones de la Convención).

De la labor constitucional de 1994 no podemos deducir, pues, aclaraciones sobre el rango normativo del derecho de gentes del artículo 118 (ex 112) de la Constitución. O sea que mirado desde el derecho interno dicho tema no se resuelve ni aún con la novedad que significó el art. 75 inc. 22 de la Constitución. Otras hubieran sido las conclusiones de haberse impuesto la tesis que en definitiva no halló eco.

11) La ambigüedad que señalamos se disipa si la cuestión del rango normativo del art. 18 C.N. es visualizada con arreglo a los criterios de la interpretación objetiva, válida, a mi juicio, cuando a partir del pensamiento originario de los autores de las normas jurídicas no es posible arribar a conclusiones bien fundadas sobre los mismos problemas que tales normas suscitan. Ahora bien, si nos atenemos a esta segunda perspectiva, con facilidad se advierte que el derecho de gentes, como lo explicamos antes, nutrido por la costumbre la doctrina y las convenciones, se concibe a sí mismo como de superior valor que los derechos de los estados, y en esto radica una de sus notas esenciales. Entonces, la remisión que el art. 118 hace al derecho de gentes significa la apertura de la Constitución, en el campo del Derecho penal, a los contenidos que emanan de aquel otro derecho, al cual, ninguna norma interna puede derogar (v. el voto del Dr. Maqueda *in re* "Arancibia Clavel").

Obviamente, la aproximación de lógica jurídica que acabo de efectuar adquiere mayor vigor y temple si tiene por fondo una concepción del derecho que se dirige a admitir la existencia de una sociedad de todos los hombres y de un derecho que le es propio y mayor que el de cualquier Estado. En conclusión, estimo que son compartibles la cantidad importante de decisiones judiciales, inclusive de la Corte Suprema, que de un modo o de otro, apuntan a dar prevalencia al derecho de gentes penal por sobre el derecho interno.

Al respecto, y además del precedente "Arancibia Clavel", podemos citar los fallos de la Sala I de la Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional *in re* "Videla, Jorge Rafael R.", expediente 31.312; el de la Sala I de la Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional, "Massera, Emilio", expediente n° 30.514, ambos del 9 de septiembre de 1999; el del doctor Bagnasco *in re* "Nicolaidis, Cristino y otros s/Sustracción de menores", expediente. n° 10.326/96, del 22 de septiembre de 1999; el de la Sala II de la Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional, "Astíz, Alfredo s/Nulidad", expediente n° 16.071, del 4 de mayo de 2000; el fallo de la Sala II de la Cámara Nacional Federal y Correccional, "Contreras Sepúlveda s/prescripción de la acción penal" expediente n° 18.020, del 4 de octubre de 2000; la sentencia del doctor Cavallo *in re* "Simon, Julio-Del Cerro, Juan Antonio s/Sustracción de menores de 10 años", expte. n° 8.686/00, de 6 de marzo de 2001, y los fallos de la Sala II de la Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional *in re* "Incidente de apelación de Simón Julio", expte n° 17.889, "Del Cerro J. A. s/queja", expediente n° 17.890, "Simón, Julio s/procesamiento", todos estos del 9 de noviembre de 2001, el fallo de la Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal de Capital Federal, Sala I expediente 36.773 "Suárez Mason, Guillermo y otros s/Inconstitucionalidad de indultos decretos 1002/89 y 2746/90" de la Sala. A estos precedentes cabe agregar el pronunciamiento de la Corte Suprema emitido el 14 de junio de 2005 *in re* "Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad", n°17.768 y el del mismo Tribunal *in re* M.2333. XLII, "Mazzeo, Julio y Otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad", de fecha 13 de julio de 2007.

5. La exclusión de la prescripción en el derecho de gentes

12) La correcta visión del hecho aquí investigado a la luz de los principios del derecho de gentes obliga a la exclusión de la prescripción.

En este aspecto, es necesario insistir que la exclusión de la prescripción de la acción penal, en nuestro caso, no viene dada por la aplicación retroactiva de convenciones internacionales (*Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas*) a las que ha adherido

nuestro país, que expresamente así lo disponen, sino, por el propio derecho de gentes, al que remite el art. 118 de la C.N., cuyos principios rigen la interpretación y solución del hecho, siendo uno de ellos el relativo a la exclusión de la prescripción.

Como veremos, con muchísima anterioridad a los crímenes de terrorismo de Estado que se perpetraron en Argentina entre los años 1976 y 1983, y, en especial, al aquí investigado, el *ius gentium* había expresado de manera clara que la prescripción penal de la acción quedaba excluida para este tipo de delitos, entre los que se encuentra la desaparición forzada de personas.

Conviene primeramente efectuar precisiones en cuanto a la impostación de este tema, conocido habitualmente como "imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad". Este enunciado presupone la existencia de una regla universal de prescripción penal, tanto en la esfera interna como en la internacional, que reconocería algunas excepciones, o sea los casos de imprescriptibilidad, discutiéndose si esas excepciones, consagradas hoy en el derecho internacional por el artículo 29 del Estatuto de Roma, han formado antes parte del derecho internacional o si se trata de normas excepcionales nuevas.

El planteo anterior es, a mi juicio, incorrecto, porque nunca fue la prescripción penal conocida en el derecho de gentes, como tampoco se trata de un instituto indiscutido y de larguísima tradición en los derechos internos europeos.

Respecto de lo primero, basta tener en cuenta que en la tradición del derecho natural y de gentes, tanto de los postglosadores como de los canonistas, no se admitía ni siquiera la prescripción civil, que era un instituto exclusivo de los derechos estatales (ver Ernest REIBSTEIN, *Die Anfänge des neuen Natur und Völkerrechts*, Verlag Paul Haupt, Bern, pag. 133, *in fine*, y 134).

En cuanto a lo segundo, el derecho anglosajón reconoce la prescripción penal en forma muy restrictiva, mientras en los países de tradición germánica el instituto se introdujo lentamente a lo largo del siglo XIX, por influjo del Código de Instrucción Criminal Francés de 1808, que, apartándose de viejos antecedentes franceses, aplicó la prescripción a todas las infracciones penales (v. *Revue Internationale de Droit Pénal*, año 37, 3er y 4to trimestre de 1966, n°3 y 4, dedicado al proyecto de Convención Internacional sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad. Allí ver el trabajo introductorio de Jean GRAVEN, páginas 406 y ss. y 414 y ss.; y la opinión del Grupo Americano de la Asociación Internacional de Derecho Penal, dentro de la misma encuesta a la que está dedicado ese volumen de la revista, páginas 592/593 y 609/611).

Insistimos en la importancia de tener en claro si la prescripción penal ha de categorizarse como un derecho básico de las personas, como un principio general reconocido por las naciones civilizadas, o si se trata de un instituto fundado en razones de oportunidad y de alcances muy diferenciados, en cuanto al grado de reconocimiento, en los distintos cuerpos jurídicos nacionales. Según la respuesta que obtengamos, se resolverá la cuestión del silencio sobre la prescripción que guardan los actos iniciales del derecho penal internacional del presente, y la relación entre las normas de prescripción de los derechos nacionales y de no prescripción en el internacional.

13) Ahora bien, en los trabajos preparatorios de la Convención Internacional sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad adoptada por el Congreso argentino mediante la ley 24.584 (noviembre de 1995), trabajos que consulto en la publicación de la *Association Internationale de Droit Pénal* sobre la materia, demuestran de manera aleccionadora, que, como dice uno de los estudiosos intervinientes "*Nous ne croyons pas que la prescription en matière pénale soit de droit et même de droit criminel interne. Nous tenons, au contraire, que cette prescription étant surtout dictée par des motifs d'opportunité, il n'y a point de prescription de l'action publique, sans texte exprès et que -dans le silence de la loi- c'est la non prescription qui est la règle*" (Dautricourt, *Revue Internationale de Droit Pénal*, citada, pag. 462/463)

A partir de estos resultados, Jean GRAVEN, en el estudio introductorio de la obra citada en el párrafo anterior, sostiene que el silencio sobre la prescripción de los documentos básicos sobre los cuales se fundó el Tribunal Penal Internacional

de Nürnberg (Declaración de *Saint James*, de 13 de enero de 1942; Declaración de Moscú, de 1° de noviembre de 1943; el Acuerdo del 8 de agosto de 1945 para crear ese Tribunal, y el Estatuto o Carta del mismo; la Resolución n°95 de las Naciones Unidas, del 11 de diciembre de 1946; la ley 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania y la directiva n°38 del Consejo, de 12 de octubre de 1946), no significa admitir el principio de la prescripción, sino que fue un "silencio calificado".

Y después de enunciar los justificativos corrientes para la prescripción penal, añade: "Podemos estar seguros que tales argumentos no han podido conmover y ni siquiera rozar el espíritu de los autores de la Declaración de Moscú y del Estatuto de Nürnberg que exigían precisamente, por el contrario, un castigo ejemplar, riguroso y por siempre memorable en la historia de la justicia penal internacional. Estos argumentos, además, conducen a error respecto de los criminales a los cuales habrían de aplicarse. El olvido que apaga el ancia de justicia para nada se dio, muy por lo contrario, esa ancia se despertó en una escala universal desde que apareció la cuestión de la prescripción. Esas constataciones de esas razones no permiten e impiden, incluso, reconocer -y esta es una segunda conclusión- que razones de esta índole hayan podido realmente conducir a querer admitir la prescripción en derecho penal internacional, al menos para los homicidios y los crímenes más odiosos" (v. *Revue Internationale de Droit Pénal*, citada, pág. 415).

Contra esta visión del asunto Stefan GLASER expresa "que el hecho es que el derecho internacional positivo guarda silencio sobre este problema. Se podría deducir que ese derecho excluye la prescripción, como habría que admitirlo en el orden interno, en el caso de que una ley nacional omitiera mencionar la prescripción, pues entonces las disposiciones respectivas no estarían incluidas. Por otra parte, empero, tal conclusión nos parece prematura o muy simplista, por razón de que el derecho internacional penal es como se sabe, una disciplina muy reciente, que no se encuentra sino en un estado de desenvolvimiento y que, por lo tanto, tiene todavía muchas materias que no han sido resueltas" (v. *Revue Internationale de Droit Pénal*, citada, páginas 480).

Esta última afirmación de GLASER es cierta en tanto que la institucionalización orgánica del derecho penal internacional es reciente, pero éste existe desde épocas remotas, como lo demuestran las viejas fuentes que GROCIO hace valer en el Capítulo XX, del Libro II, *Jure Belli ac Pacis* (Edición francesa de Pradier - Fodéré, T. II, pág. 451/454), y no sólo como teoría, sino como práctica, según lo hace ver el Profesor Alberto ZUPPI en un reciente trabajo (Alberto ZUPPI, *Jurisdicción Universal para Crímenes contra el Derecho Internacional*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pág. 41 y ss.)

Creo que, substancialmente, en la temática sobre el principio de no prescripción está en juego la continuidad entre el derecho "internacional" del presente y el *ius gentium* que se quiere adscribir a un pasado remoto, entre el cual y nosotros mediaría una irreparable fractura. Bien sabemos que el derecho internacional lleva tal nombre desde que en el siglo XIX la doctrina del derecho de gentes como regla de la comunidad humana general, comprendidos los estados, fue abandonada a favor de la teoría "positivista" del derecho *inter-nationes*, creado por la voluntad de los estados soberanos (Walter SCHIFFER, *The Legal Community of Mankind*, Columbia University Press, New York, 1954, pag. 79 y ss.).

Sin embargo, como lo examinamos en un trabajo anterior (*Pro Jure Mundi*, Revista Jurídica de Buenos Aires, 1998, I-II, pág. 19 y ss.), la idea -y la práctica- de los delitos *jure gentium* no desapareció, y continuó así corriendo en el interior del nuevo árbol del derecho "internacional" la vieja savia del antiguo derecho, con fluir nunca del todo interrumpido merced a la persistencia de los delitos de piratería o el tráfico de esclavos, u otros similares.

Prueba también de la subsistencia reconocida de la noción del derecho de gentes desligada de la concreta voluntad de los estados es la "Cláusula Martens", introducida en la II Convención de La Haya de 1907, según la cual "*Esperando, pues, que un código más completo de las leyes de la guerra pueda ser proclamado, las altas partes contratantes juzgan oportuno constatar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la protección y bajo el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como ellos resultan de las costumbres*

establecidas entre naciones civilizadas, así como de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública".

Esa permanencia del corpus del derecho de gentes en el reconocimiento universal significa la perdurabilidad del conjunto de doctrinas recibidas por tradición, al cual me referí en el caso Schwamberger expresando mi convencimiento de que "el derecho es un imponente complejo de sabiduría práctica edificado en un larguísimo proceso, siempre en curso, de cuyas categorías no podemos escapar, aunque sí podamos violentarlas y abusar de ellas, abdicando entonces de la dignidad que se nos otorga de receptores críticos y a la vez posibles forjadores de una tradición racional que condensa la experiencia de innumerables generaciones en procura de la justicia" (en la revista jurídica *El Derecho*, T. 135, pág. 352).

14) Además de indicaciones efectuadas dentro de esta línea de pensamiento en mi trabajo *Pro jure mundi* citado antes, quiero agregar algunas consideraciones que se hallan en mi exposición en el Simposio de la Universidad de Haifa: "De Eichmann a Schwamberger - de Priebke a Videla. La evolución de la idea de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en el derecho argentino", en *Impunidad y derecho humanos en América Latina*, ediciones Al Margen, 2003, compiladores Oded Balaban-Amos Megged, pág. 131 y ss.). Allí, expuse que "debemos llamar la atención sobre la circunstancia de que en la tradición del derecho de gentes más clásico, la prescripción extintiva no existe, porque es una institución sumamente opinable y discutida que sólo cabe establecer o no, según las modalidades siempre particulares a las leyes de cada estado, y justamente el tema de la imprescriptibilidad de los crímenes y delitos que nos ocupa, que deriva de su naturaleza internacional obliga a considerarlos en el marco normativo que les es propio y no transformarlos a una mezcolanza de reglas del derecho de gentes y nacional".

En cuanto a la prescripción adquisitiva, parece limitadamente aceptada como modo de adquirir un territorio por los Estados, y esto con muchas dudas (v. GROCIO, *Le Droit de la guerre et de la paix*, Libro II, cap. IV, traducción de PRADIER-FODÉRE, edit. Guillaumin, 1967, T. I, pag. 465 y ss; en las notas 1 y 2 de la pág. 466, se encuentran las opiniones de BARBEYRAC, traductor y comentarista de GROCIO y en la nota 3, pag. 466/467 y nota 4, pág. 471, PRADIER-FODÉRE efectúa un resumen sobre la materia).

El problema realmente tratado en estas fuentes es el de la usucapión y no el de la prescripción liberatoria. Al respecto, allí se repite la opinión que sostiene que la prescripción, tanto liberatoria como adquisitiva, es ajena al derecho natural y sobre este segundo punto -no sobre el primero- se traba una compleja controversia que también puede observarse en el capítulo que Pasquale FIORE le dedica en su obra *Droit International Public*, cuyo capítulo V (tomo I, pág. 388) se titula "El derecho de la prescripción sobre el modo de adquirir la propiedad internacional" (también se ocupa del tema de la prescripción en el *Derecho Internacional de la época positivista el Traité de Droit International Public* de Paul FAUCHILLE, recordando el criterio de RIVIER acerca de la inexistencia de prescripción en el derecho de gentes. FAUCHILLE mismo se limita al tema de la prescripción civil que rechaza para la deuda pública y admite para las deudas privadas en que un Estado es parte de la relación jurídica, pero sorprende que, al mismo tiempo, aclare que no hay ningún término para la prescripción, la que debe juzgarse según los casos en particular, lo que parece extraerse de un trabajo de Politis, *op. cit.*, tomo I, pag. 390-393).

15) Visto el tema de la prescripción penal *jure gentium* desde la perspectiva de la sobrevivencia histórico-positiva de este derecho, se comprende bien que los instrumentos internacionales que se refieren a la no prescripción de los delitos de lesa humanidad y de los crímenes de guerra se limiten sólo a reconocer o constatar ("afirmar" dice la Convención Internacional de 1968). En este sentido, tiene particular importancia la Resolución 3074 (XXVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 3 de diciembre de 1973, titulada "Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad", mediante la que se ratifica la necesidad de juzgar y sancionar penalmente a los autores de crímenes de guerra y de lesa humanidad, donde quiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas

culpables, castigadas" -sin destacar en el original- (Aunque las resoluciones de tipo declarativo de las Naciones Unidas no sean fuentes formales del Derecho Internacional, pueden tener carácter vinculante como interpretaciones de la carta de las Naciones Unidas. Como lo expresan VERDROSS y SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, Dunker & Humblot, Berlin, 1984. Entiendo que la resolución ratificatoria de las Naciones Unidas respecto del Estatuto del tribunal de Nürnberg es uno de los documentos fundantes del sistema cuya interpretación esté dada por lo resuelto en el instrumento de 1973).

Subrayo la importancia de esta constatación para el caso del terrorismo de Estado argentino entre 1976 y 1983, pues tal solemne afirmación de la ausencia de prescripción penal en este ámbito del derecho de gentes ocurrió tres años antes de que se desatase esa ola criminal.

La aceptación de los principios anteriores, conforme con los cuales el derecho de gentes recibido en la Carta de 1853-1860 desconoce la prescripción, determina la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo de estado ocurridos en Argentina en cuanto sean calificables como delitos de lesa humanidad.

Y es justamente un delito contra la humanidad el que aquí se presenta, en la categoría de desaparición forzada de persona.

6.La desaparición forzada de personas como delito *jus gentium*

Para una mejor comprensión de las dimensiones de este delito, conviene realizar una breve referencia a algunos antecedentes históricos de esta práctica, que se remontan a edad antigua, como así también a la repuesta de censura y repudio efectuada por la comunidad internacional ya fuertemente desde la década de los setenta.

6.1 Algunos antecedentes históricos de esta práctica criminal

16) Modernamente se han referido a ese crimen con toda claridad la *Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas* (aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, a través de la resolución 47/133, de 18 de diciembre del año 1992) y la *Convención Interamericana de sobre Desaparición Forzada de Personas* (aprobada durante la 24a. Asamblea General de la Organización de Estados Americanos -OEA-, celebrada el 9 de junio de 1994, en la ciudad de Belém do Pará).

Empero, aclaremos que tales textos son el producto y reconocimiento de la preocupación de la comunidad internacional, acerca de hechos cuyo carácter aberrante había sido reconocido mucho antes, dada la reiteración de esta gravísima práctica en todo el mundo.

Ya el gran historiador francés Pierre VIDAL-NAQUET, al polemizar con los negadores del holocausto judío, nos recuerda un episodio de la historia de Esparta referido por TUCÍDIDES, que se ubica en los años 424/423 a.c., en el contexto de la guerra del Peloponeso, con la desaparición y posterior eliminación de los ilotas por parte de los espartanos.

Los ilotas eran siervos de los espartanos. Éstos últimos, en su afán por controlar a los ilotas que eran numerosos, trataron de evitar que ellos aprovecharan la presencia de los atenienses en Pilos para realizar la revolución.

Con ese fin, los espartanos los engañaron haciéndoles creer que todos aquellos que, por su comportamiento ante el enemigo estimaran haberlo merecido, debían hacer examinar sus títulos con vistas a su manumisión. Los espartanos creían ver en esta medida una forma de advertir quiénes eran los ilotas de mayor cuidado, pues, según aquéllos, los que exhibieran suficientemente orgullo como para considerarse dignos de ser manumitidos en primer término, serían los más aptos para una eventual sublevación. Así, los espartanos seleccionarían dos mil de ellos: éstos ataviados con una corona, darían la vuelta por los santuarios como manumitidos. Poco después se los haría desaparecer y nadie sabría de qué manera cada uno de ellos habrían sido eliminado, aunque se supone que fue en pequeños grupos (Pierre VIDAL-NAQUET, *Los asesinos de la memoria*, México, Siglo veintiuno editores, 1994, pág. 136/137 y 140, traducción de León Mames).

Añade VIDAL-NAQUET (*ibid.*, pág. 137) que el fundador inglés de la historia positiva de la antigua Grecia, George Grote (1794/1871), escribió en su obra *Histoire de la Grèce* que este episodio marcaba "un refinamiento de fraude y de crueldad rara vez igualado en la historia".

La crueldad de este episodio es utilizado por Pierre VIDAL-NAQUET para comparar la situación de los judíos durante el régimen nazi con los ilotas, recordando el autor medidas legislativas de contenido denigrante del nazismo tales como las "Leyes de Nürnberg" -septiembre de 1935- o el Estatuto de los Judíos en Francia, promulgado por iniciativa de Vichy -octubre de 1940- (*ibid.*, pág. 141).

17) Existe, a su vez, un prístino reflejo de la práctica criminal de desapariciones de personas durante el régimen nazi en el decreto denominado *Nacht und Nebel*, de fecha 7 de diciembre de 1941, que fue una directiva emitida por Adolf Hitler e implementada por el mariscal Wilhelm Keitel, cuyo fin era capturar personas de los territorios del oeste ocupados por el régimen nazi que pusieran en peligro la seguridad alemana, quienes no eran inmediatamente ejecutadas, sino que se las hacía desaparecer en la "noche y niebla de lo desconocido en Alemania", sin que alguna información pudiera ser dada a sus familiares en cuanto a sus destinos, aunque éstos, como invariablemente ocurría, se circunscribieran sólo al lugar de las sepulturas dentro del Reich (William L. SHIRER, *The Rise and Fall of the Third Reich. A History of Nazi Germany*, Simon and Schuster, New York, año 1960, pág. 957/958).

Esta práctica criminal contra aquellas personas que pusieran en peligro el régimen nazi aparecía como un disuasivo de gran efectividad, o, por lo menos, así trató de explicarlo Keitel, en una directiva que emitió el día 12 de diciembre de 1941, aclarando las órdenes del *Führer*. Keitel decía:

"si estas ofensas son castigadas con prisión, aun con trabajos duros para la vida, esto será considerado como un signo de debilidad. La intimidación eficiente puede únicamente ser conseguida o por la pena capital o por medidas por los cuales los familiares del criminal y la población no conozcan su destino" (*ibid.*, pág. 957, trad. propia).

En febrero de 1942, Keitel hizo algunas otras consideraciones sobre el decreto *Nacht und Nebel*. Así, en casos en que la penalidad de muerte no fuese determinada dentro de los ocho días de la detención de la persona,

"(a) los prisioneros desaparecerán sin dejar rastros,

"(b) ninguna información puede ser dada en cuanto a sus paraderos o sus destinos" (*ibid.*, pág. 958, trad. propia).

Cuántos europeos del oeste desaparecieron por el decreto *Nacht und Nebel* nunca fue establecido en Nürnberg, pero se presume que sólo unos pocos lograron sobrevivir (*ibídem*)

Llama la atención que las desapariciones de personas no figuren como uno de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de Nürnberg; y, al parecer, los esfuerzos por encontrar algún dato aclaratorio en los antecedentes de la redacción de dicho Estatuto son vanos, ya que no existirían registros acerca de cuál fue el debate entre los redactores del texto durante sus encuentros en Londres referentes a la formulación del art. 6.c (ver, M. Cherif BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Kluwer Law International, La Haya/London/Boston, 1999, 2da. edición, pág. 31). Sin embargo, algunos estiman que la falta de mención de las desapariciones de personas en el Estatuto podría hallar explicación en que la inmensa magnitud del genocidio judío pudo haber eclipsado la mente de sus redactores respecto de ese crimen, al igual que respecto de otros cometidos también durante el régimen nazi, como esclavitud sexual, prostitución forzada, etc. (ver, David LUBAN, "A Theory of Crimes Against Humanity", *Yale Journal of International Law*, invierno 2004, pág. 99/100).

18) Con todo, también en Marruecos la desaparición forzada de personas fue una práctica habitual durante los llamados años de plomo del reinado de Hasan II (1959-1999). Son célebres los casos del opositor Mehdi Ben Barka, secuestrado en París en 1965, los de varios militares desaparecidos de la prisión de Kenitra donde cumplían condena y encerrados durante 18 años en la cárcel clandestina

subterránea de Tazmamart o los varios centenares de saharauis desaparecidos tras la ocupación militar de este territorio por Marruecos en 1976, que constituyen el conjunto más grande de desaparecidos. El paso por centros de detención clandestinos era práctica habitual en el caso de los detenidos políticos, que podían luego ser puestos en libertad, ser detenidos legalmente, ser ejecutados extrajudicialmente o quedar encerrados en lugares secretos indefinidamente. En 1991 fueron liberados varios centenares de detenidos desaparecidos y destruidos los principales centros secretos de detención merced a la presión ejercida por Francia, Estados Unidos y otros países tras una campaña de Amnistía Internacional y varias organizaciones de derechos humanos en Francia (<http://es.wikipedia.org>).

19) En Americana Latina, encontramos antecedentes en Guatemala en la década de los sesenta. En efecto, en los inicios de esa década, Guatemala se encontraba sumida en una crisis política que la llevó a un golpe de estado en marzo de 1963, encabezado por un militar derechista: el coronel Enrique Peralta Azurdia. En marzo de 1966, en medio de los preparativos del traspaso del gobierno a un civil electo, el abogado Julio César Méndez Montenegro, fueron capturados y desaparecidos 28 dirigentes políticos y populares e intelectuales opositores. Sus cuerpos jamás aparecieron. Posteriormente se logró establecer que habían sido capturados por órdenes del entonces ministro de la defensa, el coronel Rafael Arriaga Bosque. Torturados hasta la muerte, sus cadáveres fueron arrojados al mar desde aviones de la Fuerza Aérea (Ana Lucrecia Molina THIESSEN "La Desaparición Forzada de Personas en América Latina", KO'AGA ROÑE'ETA se.vii (1998) - <http://www.derechos.org/vii/molina.html>).

Sin embargo, el proceso de creciente anulación de la sociedad civil a través de la utilización de prácticas terroristas, llevó a que alrededor de 45.000 personas fueran víctimas del delito de desaparición forzada en Guatemala (*ibídem*).

6.2 Los organismos de Naciones Unidas y su respuesta

a la desaparición forzada de personas

20) La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (hoy Consejo de Derechos Humanos), a partir de 1974, fue uno de los primeros organismos internacionales de derechos humanos que reaccionó ante el fenómeno de las desapariciones.

Esa Comisión empleó por primera vez el término "persona cuya desaparición no se ha justificado" (*persons unaccounted for*), en la resolución 4 (XXXI) de la Comisión de Derechos Humanos, de 13 de febrero de 1975, en favor de que se realizaran esfuerzos respecto de las desapariciones ocurridas en Chipre como resultado del conflicto armado que resultó en la división de la isla.

A su vez, dicho organismo, atenta la gravedad de las denuncias presentadas con relación a los casos ocurridos en Chile desde el golpe de estado militar del 11 de septiembre de 1973, dispuso, mediante resolución 8(XXXI) del 27 de febrero de 1975, la creación de un Grupo de Trabajo *ad hoc*, con el fin de investigar la situación de los derechos humanos en ese país. El Grupo de Trabajo *ad hoc*, presentó el informe a la Comisión de Naciones Unidas el 4 de febrero de 1976, que ilustró el caso de Alphonse-René Chanfreau, de origen francés, detenido en julio de 1974 en su domicilio de Santiago de Chile (<http://es.wikipedia.org>).

La expresión "persona cuya desaparición no se ha justificado" fue retomada, junto con la de "personas desaparecidas" (*missing people*), en dos resoluciones de la Asamblea General: en la 3448 (XXX), titulada "Protección de los derechos humanos en Chile", y en la 3450 (XXX), titulada "Personas desaparecidas en Chipre", ambas del 9 de diciembre de 1975. En la primera, la Asamblea General, luego de evaluar el informe del Grupo de Trabajo *ad hoc*, instó a las autoridades chilenas, entre otras cosas, a que:

"adopten sin demoras todas las medidas necesarias para restablecer y salvaguardar los derechos humanos básicos y las libertades fundamentales y a que respeten plenamente las disposiciones de los instrumentos internacionales en lo que Chile es parte y a que, con este fin, aseguren que:

a)...

c) Se garanticen plenamente los derechos de todas las personas a la libertad y seguridad personal, en especial los derechos de quienes han sido detenidos sin acusación alguna o que están en prisión únicamente por motivos políticos, tal como se dispone en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que se adopten medidas para aclarar la situación de los individuos cuya desaparición no se ha justificado" (res. 3448 [XXX]).

En la segunda, la Asamblea General, "gravemente preocupada por la suerte que haya podido correr un número considerable de chipriotas desaparecidos como resultado del conflicto armado en Chipre", reafirmó "la necesidad humana básica de las familias en Chipre de recibir información sobre parientes desaparecidos", y pidió "al Secretario General que haga todo lo posible para ayudar, en estrecha cooperación con el Comité Internacional de la Cruz Roja, a localizar a las personas desaparecidas como resultado del conflicto armado en Chipre y determinar lo que ha sucedido en ellas" (res. 3450 [XXX]).

En diciembre 1977, la Asamblea General de Naciones Unidas volvió a manifestarse en relación a las desapariciones en su resolución 32/118, en la cual, la Asamblea manifestaba:

"...su especial inquietud e indignación ante la incesante desaparición de personas que, según indican los testimonios disponibles, puede atribuirse a razones políticas y ante la negativa de las autoridades chilenas a aceptar su responsabilidad por el gran número de personas que se encuentran en esas condiciones o a explicarlo, o siquiera a realizar una investigación adecuada de los casos que se han señalado a su atención". Resolución 32/118 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1977, párr. 2.

La Asamblea General enfocó también el tema en la resolución 33/173 -cuya copia en inglés del original tengo a la vista-, que fue adoptada en el encuentro plenario de la trigésima tercera sesión del 20 de diciembre de 1978. En ella, la Asamblea se declaró profundamente preocupada por los informes procedentes de diversas partes del mundo en relación con la desaparición forzada o involuntaria de personas, seguida del rechazo de información de autoridades competentes, y conmovida por el pesar causados por esas desapariciones a los cónyuges, niños y padres. Por ello, la Asamblea General pidió a los gobiernos que garantizaran que las autoridades u organizaciones encargadas de hacer cumplir la ley y encargadas de la seguridad tuvieran responsabilidad legal por excesos injustificados que pudiesen conducir a la "desaparición forzada o involuntaria de personas o a otras violaciones de los derechos humanos"; y requirió a la Comisión de Derecho Humanos que realice apropiadas recomendaciones sobre esta práctica.

La falta de tratamiento inmediato por parte de la Comisión de Derechos Humanos del requerimiento de la Asamblea General condujo a que, el 10 de mayo de 1979, otro organismo de Naciones Unidas, el Consejo Económico y Social, adoptase la resolución 1979/38, en la décimo quinta reunión plenaria de 1979. En esta resolución -cuya copia en inglés del original tengo a la vista-, que se titula "Personas desaparecidas", el Consejo requirió a la Comisión de Derechos Humanos la consideración de la cuestión de las "desapariciones de personas" como un tema prioritario, e instó, a su vez, a otro organismo, a la Subcomisión sobre la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, a que considerase dicha materia y formulase también recomendaciones generales a la Comisión de Derechos Humanos.

La Subcomisión sobre la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías en la resolución 5 B (XXXII), adoptada el 5 de septiembre de 1979 -cuya copia en inglés del original tengo a la vista- apuntó que las "desapariciones de personas como resultados de excesos de autoridades encargadas de ejecutar la ley o autoridades de seguridad u organizaciones similares continúan ocurriendo", y consideró que:

"la resolución en cuestión determina una obligación no meramente legal sino moral, basada sobre los principios elementales de la humanidad que inspiraron la comunidad internacional, sobre todos aquellos que participan en las actividades de las Naciones Unidas para tener presente en cada desaparición traída a su conocimiento y para combinar sus esfuerzos para localizar la persona desaparecida en diferentes regiones del mundo".

Asimismo, la Subcomisión propuso en esa resolución que se le confiara a un grupo de expertos de este organismo la tarea de recabar la información disponible de las personas desaparecidas y la de realizar los contactos necesarios con los gobiernos y familiares de aquéllos, requiriendo a la Comisión de Derechos Humanos que autorice a los miembros designados por el presidente de la Subcomisión para emprender la tarea.

21) La insostenible necesidad y el vigoroso reclamo de esos organismos relativo a adoptar algún medio para combatir esta práctica criminal, finalmente, llevó a la Comisión de Derechos Humanos a que, por resolución 20 (XXXVI) del día 29 de febrero de 1980 -cuya copia en inglés del original tengo a la vista-, decidiera "establecer por el período de un año un grupo de trabajo con cinco de sus miembros para servir como expertos en sus capacidades individuales, para examinar cuestiones relevantes con las desaparición forzada o involuntaria de personas".

En dicha resolución 20 (XXXIII), la Comisión de Derechos Humanos dispuso que el Grupo de Trabajo debía buscar y recibir información de los gobiernos, de organizaciones intergubernamentales y organizaciones humanitarias, entre otras fuentes (punto 3), y requirió que el Grupo de Trabajo presente ante la Comisión un informe con sus actividades, junto con sus conclusiones y recomendaciones, en su trigésimo séptima sesión (punto 7).

22) Antes de llevarse a cabo esa trigésimo séptima sesión, vale mencionar que se realizó la Conferencia Mundial sobre la Mujer (Copenhagen, 14-30 de julio de 1980), que, en su resolución 23, expresó grave preocupación en el incremento del número de personas desaparecidas, incluyendo mujeres y niños, acentuando que mujeres y niños son ambos afectados como víctimas directas y como parientes de las víctimas.

En la trigésimo séptima sesión de la Comisión de Derechos Humanos (del 2 de febrero al 13 de marzo de 1981), el Grupo de Trabajo de sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias presentó el informe requerido (E/CN.4/1435 del 26 de febrero de 1981) por la Comisión de Derechos Humanos. En dicho informe -cuya copia en inglés del original tengo a la vista- el Grupo de Trabajo analizó la información recibida que relacionaba, en distintos grados, a los países de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Chipre, El Salvador, Etiopía, Guatemala, Indonesia, México, Nicaragua, Perú, Filipinas, Sudáfrica y Uruguay; conformando un total de entre 11.000 y 13.000 casos aproximadamente (punto 45 de dicho informe).

En lo que hace a la cuestión de las desapariciones en Argentina (puntos 47 a 78 del informe), el Grupo de Trabajo indicó que "las principales fuentes de información recibidas por el Grupo de Trabajo concernientes a casos de desaparición forzada o involuntaria en Argentina fueron miles de comunicaciones dirigidas al Grupo por individuos, generalmente familiares de la persona reportada ausente" (punto 47).

El Grupo informó que se reportaron entre siete mil (7000) y nueve mil (9000) casos de individuos argentinos desaparecidos, de los cuales analizó sólo quinientos (500), por una cuestión de tiempo, ocurridos la mayoría entre 1975 a 1980; resaltando, además, que, de la información transmitida, "especial preocupación fue expresada respecto niños, menores y mujeres, por mujeres embarazadas desaparecidas y por los niños dados a luz por aquéllas mientras permanecían en detención" (punto 48).

En particular referencia a las desapariciones de niños, el Grupo de Trabajo evaluó, en un capítulo especial del informe, las "Desapariciones de mujeres y niños", no sólo del caso argentino, sino también de los de varios países (punto 170 y ss.). El Grupo, a su vez, informó a la Comisión que recibió informes de 60 casos de desaparición de mujeres argentinas embarazadas, y un documento conteniendo información de "50 niños, según se informa, desaparecidos en Argentina". También, el Grupo recibió información de niños desaparecidos en Chipre, El Salvador y Filipinas (punto 170).

El Grupo continuó expresando que "la mayoría de los casos informados de desaparición de niños en la Argentina se relacionan con niños nacidos o presumiblemente nacidos de madres quienes estuvieron ellas mismas desaparecidas y, según se informa, mantenidas en centros de detención secretos en el tiempo de

su parto", y que también se recibieron denuncias de "casos de desapariciones de menores quienes, según se informa, fueron ellos mismos arrestados" (punto 171).

Finalizó indicando que las desapariciones forzadas de personas implican una denegación o infracción a una extensa multiplicidad de derechos humanos de la víctima y de la familia (punto 184).

Por fin, luego de analizar todo el material recibido de varios países, el Grupo realizó "Observaciones y Recomendaciones", alguna de las cuales son las siguientes:

-la preocupación de la comunidad internacional por esta práctica esta totalmente justificada.

-el convencimiento de que la comunidad internacional y en particular las Naciones Unidas, deben continuar dando la más completa atención, como un asunto prioritario, a las desapariciones forzadas o involuntarias con el fin de procurar una solución al problema y determinar el paradero y destino de las personas desaparecidas.

-las desapariciones forzadas o involuntarias envuelven la denegación de un número de derechos humanos fundamentales previstos en varios instrumentos internacionales, sobre todo en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

-se entiende el profundo dolor y pena sentido por los familiares de la persona desaparecida, quienes tienen el derecho de conocer que ocurrió con sus familiares.

23) Por resolución 10 (XXXVII) del 26 de febrero de 1981, la Comisión de Derechos Humanos extendió por un año el término del mandato del Grupo de Trabajo, y le requirió que, en la trigésimo octava sesión, presente un nuevo informe. En este segundo Informe del Grupo de Trabajo (E/CN.4/1492, del 31 de diciembre de 1982) -cuya copia en inglés del original también tengo a la vista-, el grupo puso especial énfasis en la "desaparición forzada o involuntaria de niños" (especialmente en las desapariciones de niños en la Argentina -ver puntos 38 a 43 del informe-), que tuvo como base el análisis de información sobre casos de desaparición forzada o involuntaria de personas en un número más grande de países: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Chipre, El Salvador, Etiopía, Guatemala, Pueblo Revolucionario de la República de Guinea, Honduras, Indonesia, Irán, Lesoto, México, Nicaragua, Filipinas, Sri Lanka, Uganda, Uruguay, Zaire, Sudáfrica y Namibia.

En sus conclusiones, el Grupo manifestó que el número de desapariciones en general se incrementó y que "no todos los Gobiernos parecen haber prestado suficiente atención a la masiva condena dirigida a esta práctica" (punto 174 del informe). También dijo, entre otras cosas, que "resulta claro para el Grupo de Trabajo que la comunidad internacional no debería reducir de ninguna manera la intensidad con la cual persigue el tema" (punto 174 del informe), que "...esta clase de desapariciones donde sea que ellas ocurran son totalmente inaceptables para la comunidad internacional" (punto 176), y que "hay valiosos ejemplos de países que han instalado una especial maquinaria destinada a investigar casos de desapariciones" (punto 185).

24) Dado que la práctica criminal continuaba alrededor del mundo, año tras año la Comisión de Derechos Humanos, con el aval de la Asamblea General, extendió el término del mandato del Grupo de Trabajo, solicitándole que, en cada próxima sesión, presentase un nuevo informe, pues la Comisión se encontraba convencida de continuar con la implementación de las previsiones de la resolución 33/173 de la Asamblea General y de otras resoluciones de los otros Organismos de las Naciones Unidas, con el fin de "encontrar soluciones para casos de desapariciones y contribuciones para la eliminación de tales prácticas" (resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1985/20, del 11 de marzo de 1985, entre muchísimas otras anteriores y posteriores).

Aclaremos que los informes del Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzada de personas han sido presentados hasta el año 2006.

6.3 Los organismos de la Organización de los Estados Americanos

y su respuesta a la desaparición forzada de personas

25) En el orden internacional regional, también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue otro de los primeros organismos internacionales que reaccionaron en contra de esta práctica criminal llevada adelante, por ese momento, fuertemente por Chile. En su Informe Anual del año 1974 (30 de diciembre) se puede advertir la gravedad de las denuncias por desapariciones de opositores políticos, mientras que en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA correspondiente a 1976 (10 de marzo) señaló:

"La 'desaparición' parece ser un expediente cómodo para evitar la aplicación de las disposiciones legales establecidas en defensa de la libertad individual, de la integridad física, de la dignidad y de la vida misma del hombre. Con este procedimiento se hacen en la práctica nugatorias las normas legales dictadas en estos últimos años en algunos países para evitar las detenciones ilegales y la utilización de apremios físicos y psíquicos contra los detenidos".

Asimismo, en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA correspondiente al año 1977 (20 de abril), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dio cuenta del fenómeno de los desaparecidos, y expresó su honda preocupación en los siguientes términos:

"Muy pocas modificaciones han experimentado en 1977 la situación descrita en el anterior Informe Anual de la Comisión".

"Lamentablemente, persiste en un buen número de países miembros de la Organización de los Estados Americanos una situación que se caracteriza por graves y reiteradas violaciones de derechos y libertades fundamentales y por la insuficiencia o inoperancia de las garantías y medios de defensa que ofrece el derecho interno de esos países, con el agravante de que en algunos de ellos esta situación existe desde hace tanto tiempo que bien se la puede calificar como de mal crónico".

"Poco se puede agregar al análisis muy detallado que hizo la Comisión en su anterior informe sobre las violaciones de derechos humanos más graves y frecuentes. Una situación que ha venido preocupando hondamente a la Comisión y de la que precisamente dio cuenta en su anterior informe, es la que afecta a los llamados 'desaparecidos'".

"Son muchos los casos, en diferentes países, en que el Gobierno niega sistemáticamente la detención de personas, a pesar de los convincentes elementos de prueba que aportan los denunciantes para comprobar su alegato de que tales personas han sido privadas de su libertad por autoridades policiales o militares y, en algunos casos, de que los mismos están o han estado recluidos en determinados sitios de detención".

"Este procedimiento es cruel e inhumano. Como la experiencia lo demuestra, la "desaparición" no sólo constituye una privación arbitraria de la libertad, sino también, un gravísimo peligro para la integridad personal, la seguridad, y la vida misma de la víctima. Es, por otra parte, una verdadera forma de tortura para sus familiares y amigos, por la incertidumbre en que se encuentran sobre su suerte, y por la imposibilidad en que se hallan de darle asistencia legal, moral y material".

"Es, además, una manifestación tanto de la incapacidad del Gobierno para mantener el orden público y la seguridad del Estado por los medios autorizados por las leyes, como de su actitud de rebeldía frente a los órganos nacionales e internacionales de protección de los Derechos Humanos".

"Preocupa también a la Comisión el hecho de que pese a las reiteradas observaciones y recomendaciones de este órgano siga recibiendo quejas de maltratos físicos y psíquicos a personas detenidas, no sólo por razones de orden público sino también por delitos comunes y, lo que es más grave aún, de que no parecen haberse tomado medidas eficaces para prevenir y sancionar estas prácticas. En efecto, la Comisión no ha recibido durante el año a que se contrae este informe, noticia de que en algún caso se haya producido una sentencia condenatoria de los responsables de estos actos, a pesar de que algunos Gobiernos habían comunicado a la Comisión la apertura de causas

contra algunos funcionarios acusado de estos delitos".

A su vez, en el año 1980 (11 de abril), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó a la Asamblea General el conocido "Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Argentina", cuyo capítulo III se dedicó al "Problema de los Desaparecidos". Allí, se describió cómo personas y niños habían sido objeto de secuestro, permaneciendo desaparecidos:

"...en algunas denuncias recibidas por la CIDH, se ha informado que los grupos armados que efectúan los operativos en los domicilios, aprehenden a la víctima y en ocasiones también al cónyuge y a los hijos, examinando bruscamente las residencias, saqueando las pertenencias de sus moradores, y llevándose por regla general "encapuchados" a todos los miembros de la familia. Las personas afectadas por estos operativos y que figuran en las listas que obran en poder de la CIDH, son en su mayoría hombres y mujeres entre los 20 y 30 años de edad, aunque también han desaparecido personas mayores y menores de esas edades. Algunos niños secuestrados con sus padres han sido luego liberados, entregándolos a parientes o dejándolos abandonados en la vía pública. Otros niños, sin embargo, continúan como desaparecidos".

En ese Informe se describieron detalladamente algunos casos de niños y menores desaparecidos, entre los que se encontraban el de la niña Clara Anahí Mariani y el de la menor Dagmar Ingrid Hagelin.

Finalmente, la Comisión Interamericana concluyó que:

"a la luz de los antecedentes y consideraciones expuestos en el presente informe, la Comisión ha llegado a la conclusión de que, por acción u omisión de las autoridades públicas y sus agentes, en la República Argentina se cometieron durante el período a que se contrae este informe -1975 a 1979- numerosas y graves violaciones de fundamentales derechos humanos reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre".

Dicho informe fue uno de los principales elementos en que me apoyé para realizar la ponencia relativa al caso de los desaparecidos argentinos que presenté en el Coloquio de París "*La politique de disparition forcée de personnes*", llevado a cabo en el Senado de la República Francesa, Palacio de Luxemburgo, París, el 31 de enero y el 1 de febrero de 1981, en la que destaqué el marco institucional de las desapariciones en la Argentina, y la respuesta de la jurisprudencia del país, sobre todo por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuya tímida actuación tuvo como caso de mayor relevancia el conocido "Pérez de Smith" (Fallos, 297:338), en el cual el Tribunal instó al Poder Ejecutivo a investigar el paradero de numerosos desaparecidos.

Señalemos que ese coloquio de París, al que tuve el honor de asistir, fue presidido por Adolfo Pérez Esquivel (Premio Nobel de la Paz 1980), Maurice Aydalot (ex presidente de la Corte de Casación de Francia), Sean Macbride (Premio Nobel de la Paz) y los presidentes de las organizaciones internacionales *Association Internationale des Juristes Démocrates*, *Centre International pour L'indépendance des Juges et des Avocats*, *Commission Internationales juristes*, *Fédération Internationale des Droits de L'homme*, *Mouvement International des Juristes Catholiques* y *Union International des Avocats*; asistiendo a ese encuentro numerosas personalidades calificadas jurídicas, religiosas y sociales provenientes de los organismos internacionales integrantes del sistema de Naciones Unidas, de Europa, Estados Unidos y de los propios países afectados de América Latina.

Dicho encuentro ha sido uno de los antecedentes de mayor importancia en lo que hace al repudio internacional a esta práctica criminal y a la sanción de la reciente *Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas* de Naciones Unidas a la que se aludirá *infra* (ver considerando 31 de este voto).

26) Por su lado, ya a finales de la década del setenta y en los primeros años de la década del ochenta, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) expresó, en algunas resoluciones, el repudio a esta práctica.

En la resolución 443, del 31 de octubre de 1979 la Asamblea declaró que las prácticas de las desapariciones era una afrenta a la conciencia del hemisferio

(AG/RES. 443 [IX-0/79]). En la resolución 510, del 27 de noviembre de 1980, se exhortó a los gobiernos involucrados a que pusieran fin de inmediato a toda práctica conducente a las desapariciones (AG/RES. 510 [X-0/80]). Asimismo, en otra resolución, de fecha 18 de noviembre de 1983, se destacó el carácter de lesa humanidad de la práctica de desaparición de personas (-AG/RES. 666 [XIII-0/83]). Y también, en otra resolución de fecha 17 de noviembre de 1984, calificó dicha práctica como "cruel e inhumano procedimiento con el propósito de evadir la ley, en detrimento de las normas que garantizan la protección contra la detención arbitraria y el derecho a la seguridad e integridad personal" (AG/RES. 742 XIV-0/84) (no he podido conseguir copias de los textos de estas resoluciones, pero extraigo las citas del caso de la Corte IDH "Velásquez Rodríguez", el cual cito abajo).

27) A su vez, en el año 1988, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el conocido caso "Velásquez Rodríguez" (Serie C n°4, sentencia del 29 de julio de 1988), trató específicamente el tema de las desapariciones de personas, citando algunos otros documentos y resoluciones internacionales que calificaban esta práctica como delito punible bajo el derecho de gentes y exhortaban a su cese.

En efecto, la Corte afirmó que la desaparición forzada de personas en la historia de la violación de los derechos humanos "no son una novedad", y que "si bien no existe ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad (*Anuario Interamericano de Derechos Humanos*, 1985, pág. 369, 687 y 1103)" -caso "Velásquez Rodríguez", punto 153-.

También, dijo que esa práctica había sido objeto de atención, en el ámbito universal, recordando las arriba aludidas resoluciones de la Asamblea General (33/173 de 20 de diciembre de 1978), del Consejo Económico y Social (1979/38 de 10 de mayo de 1979), y de la Subcomisión de Prevención y Discriminaciones y Protección de las Minorías (5 B [XXII] de 5 de septiembre de 1979). Mientras que -continúa la Corte IDH en ese caso-, en el ámbito regional americano, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la Comisión se han referido reiteradamente a la cuestión de las desapariciones para promover la investigación de tales situaciones, para calificarlas y para exigir que se les ponga fin (AG/RES. 443[IX-0/79] del 31 de octubre de 1979; AG/RES. 510 [X-0/80] del 27 de noviembre de 1980; AG/RES. 618 [XII-0/82] del 20 de noviembre de 1982; AG/RES. 666 [XIII-0/83] del 18 de noviembre de 1983; AG/RES. 742 (XIV-0/84 del 17 de noviembre de 1984 y AG/RES. 890 (XVII-0/87) del 14 de noviembre de 1987; Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe Anual, 1978, pág. 22-24a; Informe Anual 1980-1981, pág. 113-114; Informe Anual, 1982-1983, pág. 49/51; Informe Anual, 1985-1986, pág. 40-42; entre otros (ver, caso "Velásquez Rodríguez", punto 151 y 152).

Entre varios otros casos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también se refirió al tema de las desapariciones forzadas en el caso "Godínez Cruz" (Serie C N° 5, sentencia del 20 de enero de 1989).

En uno reciente, la Corte Interamericana trató el caso de dos menores víctimas de desapariciones forzadas. Efectivamente, en el caso de "Las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador" (Serie C n° 120, de fecha 1 de marzo de 2005), la Corte analizó el hecho que tuvo lugar el día 2 de junio de 1982, consistente en la captura, secuestro y desaparición forzada de las hermanas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, quienes tenían 7 y 3 años respectivamente, por parte de militares del Batallón Atlacatl del Ejército de El Salvador, durante un operativo de varios días llevado a cabo en San Antonio de la Cruz, del Departamento de Chalatenango, en el que habrían participado alrededor de 14.000 militares.

La Corte, por mayoría, entendió que no era competente temporalmente para juzgar la responsabilidad por el hecho con anterioridad a 1995, expresando que:

"si bien no se pronunciará sobre la supuesta violación a la Convención por El Salvador relacionada con la supuesta desaparición forzada de las niñas, tomará en consideración los hechos descriptos en la medida en que sea necesario para contextualizar las alegadas violaciones que tuvieron lugar con posterioridad al 6 de junio de 1995, fecha en la cual el Estado reconoció la competencia de la Corte" (párrafo 27).

Así, respecto de la deficitaria investigación judicial penal que se estaba llevando a cabo en El Salvador sobre la desaparición forzada de las menores, la Corte IDH advirtió que:

"el Estado debe garantizar que el proceso interno tendiente a investigar lo sucedido a Ernestina y Erlinda y, en su caso, sancionar a los responsables, surta sus debidos efectos. El Estado deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de la sentencia condenatoria" (párr. 172).

6.4 *Los instrumentos internacionales sobre la desaparición forzada de personas*

28) El repudio y censura de esta práctica encontró un reflejo fuerte en varios instrumentos internacionales.

Uno de ellos es la *Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, a través de la resolución 47/133, de 18 de diciembre del año 1992. En ella, la Asamblea, luego de considerar, entre otras cosas, que:

"... el hecho de que en muchos países, con frecuencia de manera persistente, se produzcan desapariciones forzadas, es decir, que se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley;"

y que:

"... las desapariciones forzadas afectan los valores más profundos de toda sociedad respetuosa de la primacía del derecho, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y que su práctica sistemática representa un crimen de lesa humanidad;"

declaró:

"Artículo 1:

1. Todo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana. Es condenado como una negación de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y como una violación grave manifiesta de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales pertinentes".

"2. Todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia. Constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro".

Asimismo, el art. 20 de la misma *Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas* expresa:

"1. Los Estados prevendrán y reprimirán la apropiación de hijos de padres de víctimas de una desaparición forzada o de niños nacidos durante el cautiverio de sus madres víctimas de la desaparición forzada y se esforzarán por buscar e identificar a esos niños para restituirlos a su familia de origen".

"2. Habida cuenta de la necesidad de preservar el interés superior de los niños mencionados en el párrafo precedente, deberá ser posible, en los Estados que reconocen el sistema de adopción, proceder al examen de la

adopción de esos niños y, en particular, declarar la nulidad de toda adopción que tenga origen en una desaparición forzada. No obstante, tal adopción podrá mantener sus efectos si los parientes más próximos del niño dieran su consentimiento al examinarse la validez de dicha adopción".

"3.La apropiación de niños de padres víctimas de desaparición forzada o de niños nacidos durante el cautiverio de una madre víctima de una desaparición forzada, así como la falsificación o supresión de documentos que atestigüen su verdadera identidad, constituyen delitos de naturaleza sumamente grave que deberán ser castigados como tales".

"4.Por tal fin, los Estados concluirán, según proceda, acuerdos bilaterales o multilaterales".

29) Por su lado, en el ámbito regional, fue aprobada la *Convención Interamericana de sobre Desaparición Forzada de Personas*, durante la 24a. Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), celebrada el 9 de junio de 1994, en la ciudad de Belém do Pará, República Federativa del Brasil, que consta de veintidós (22) artículos. Esta convención fue aprobada por ley 24.556 (promulgada de hecho 11 de octubre de 1995), y elevada a jerarquía constitucional por ley 24.820 (promulgada de hecho 26 de mayo de 1997). En su Preámbulo, "reafirma" que la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen contra la humanidad, expresando, en su Artículo 2, que:

"Se considera desaparición forzada de personas la privación de la libertad de una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometidas por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización o el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y las garantías procesales pertinentes".

30) Por su lado, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en su artículo 7.1, establece:

"A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por 'crimen de lesa humanidad' cualquiera de los siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato... i) Desaparición forzada de personas..."

Y luego, el mismo Estatuto define en el punto 2 de ese artículo 7 qué debe entenderse por *Desaparición forzada de personas* al expresar:

"i) Por 'desaparición forzada de personas' se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado".

31) Por último, debemos referirnos a la reciente *Convención para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, aprobada por unanimidad por la ONU el 20 de diciembre de 2006 (A/RES/61/177), firmada por representantes argentinos el 6 de febrero de 2007, y aprobada recientemente por ley 26.298 (B.O. del 30 de noviembre de 2007). Al parecer dicha Convención no se encuentra en vigencia internacional, aunque rige a su respecto lo dispuesto por el art. 18 de la Convención de Viena que impide al Estado realizar actos evidentemente frustrantes de su objeto y su fin.

En dicho instrumento se define la desaparición forzada de personas del siguiente modo:

"Artículo 2:

"A los efectos de la presente Convención, se entenderá por "desaparición forzada" el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o

del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley".

Artículo 3:

"Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables".

En su artículo 5, califica a la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada como crimen contra la humanidad, mientras que en el artículo 7.2.b) prevé la situación de la "desaparición de menores" como circunstancia especial.

Finalmente, en el artículo 25, se puede leer:

"Artículo 25

"1. Los Estados Partes tomarán las medidas necesarias para prevenir y sancionar penalmente:

a) La apropiación de niños sometidos a desaparición forzada, o de niños cuyo padre, madre o representante legal son sometidos a una desaparición forzada, o de niños nacidos durante el cautiverio de su madre sometida a una desaparición forzada;..."

32) En consecuencia, todo este relato realizado en este punto 6, relativo a los antecedentes de la práctica de desaparición forzada de personas y a la reacción de la comunidad internacional en contra de este delito me conducen a las siguientes conclusiones:

1) la práctica de la desaparición forzada de personas en el mundo, realizada por agentes de un aparato de poder, seguida de la falta de información sobre su paradero, tiene una data mucho más antigua que los casos producidos en Chile y en Argentina durante la última dictadura militar, y contamos con ejemplos en la edad antigua;

2) en nuestra región, más precisamente en Chile y Argentina, desde el año 1973 se extendió dicha práctica terrible, que fue antecedente inmediatos para una constante formulación de denuncias ante organismos internacionales;

3) dichas denuncias y reclamos sobre esa práctica criminal dio motivo a la expresión de un repudio generalizado a nivel mundial durante la década de los setenta y hasta el día de hoy, que se materializó en la creación de grupos de trabajo especializados para estudiar el tema y proponer soluciones, y en una constatación de resoluciones, informes, declaraciones y convenciones por parte de organismos internacionales, las que destacan los numerosos derechos humanos que ese crimen infringe, respecto de las víctimas y de sus familiares, y califican esa práctica como delito de lesa humanidad; cuya una de las formas de tipificación penal fue receptada en el Estatuto de Roma -que rige para el futuro-; 4) la desaparición de niños en todo el mundo ha sido objeto de especial tratamiento por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas, el que de manera específica se ha referido al caso argentino en sus informe de los años 1981 y 1982, entre otros, y ha sido también resaltado tanto por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe del año 1980, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como por la *Declaración sobre la Protección de todas las Personas sobre Desapariciones Forzadas*, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas del año 1992 (art. 20 inc. 3), y, recientemente, por la Convención para la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada (art. 7 y 25); y

5) el hecho que aquí se investiga presenta las notas de ese crimen de desaparición forzada de persona, repudiado por la comunidad internacional con vigor desde la década del setenta. La privación ilegal de la libertad sufrida Pedro L. García Nadal, al ser secuestrado por funcionarios de seguridad, seguida de su apropiación por parte de uno de esos funcionarios y de su pareja (Yolanda De Francesco), en un contexto sistemático de aberrantes hechos similares, hiere la dignidad humana, los sentimientos más profundos de las víctimas, de sus

familiares y de la comunidad toda, siendo ésta última, pues, la que ha elevado esa práctica como delito *jus gentium*, a través de su repudio y condena internacional.

7. Los tipos penales internos como herramientas para la realización del derecho de gentes

33) Luego de establecer que el caso debe ser analizado en el ámbito del derecho de gentes, en el que no rige la prescripción respecto de los delitos *jus gentium*, resta determinar cuál es el tipo penal interno que servirá de herramienta para poder reprochar la magnitud del ilícito del *jus gentium* señalado, dada la circunstancia de que, al momento de la comisión del hecho aquí investigado, se carecía en el ámbito interno de un tipo penal escrito que específicamente abarcara las dimensiones del delito de *desaparición forzada de personas*.

Como ya he tenido de oportunidad de expresarlo en mi voto *in re* "von Wernich", de fecha 26 de marzo de 2006 y en mi voto *in re* "Dupuy", de fecha 27 de septiembre de 2007, las figuras penales trazadas por la ley argentina pueden experimentar alteraciones provenientes de un derecho penal internacional *in fieri*, modificándose así el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, aunque esta situación varía en una buena medida con la vigencia del tratado de Roma que, eso sí, sólo rige para el futuro.

No emprenderé aquí, como tampoco lo hice en esos casos penales, una nueva justificación de las atenuaciones al principio de reserva legal que traté ya extensamente en el caso "Schwamberger, Josef s/Extradición" del 30 de agosto de 1989 y han sido objeto de esmerado análisis por los trabajos de ABREGÚ y DULITZKY, Las leyes penales "ex post facto y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de derecho internacional a ser aplicadas en el derecho interno", en "Lecciones y Ensayos", n° 60/61, Universidad de Buenos Aires, 1994, VI, pág. 139 y ss.; y de Marcelo A. SANCINETTI- Marcelo FERRANTE, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Hammurabi-De Palma, Buenos Aires, 1996, especialmente pág. 434 y 451. Me remito a todas aquellas consideraciones efectuadas y que han encontrado eco en varios de los votos emitido por la Corte Suprema *in re* "Priebke" (Fallos 318:2148) y en el apartado XI, punto 6 del dictamen del Procurador General de la Nación, doctor Esteban Righi en el caso de "Del Cerro Juan A. y Simón Julio H.", dictaminado el 5 de mayo de 2005.

Con todo, quiero añadir que los tipos penales vigentes en la legislación argentina ya prohibían, y continuaron haciéndolo, las conductas que integraron el plan sistemático de represión de la dictadura de 1976-1983 y son aptos para subsumir los hechos y determinar la pena que les cabe a los autores y partícipes en los crímenes contra la humanidad cometidos en nuestro país.

En este sentido, cabe destacar que los crímenes contra la humanidad cometidos durante el gobierno militar (1976-1983) importaron una multitud de actos ilícitos tales como privaciones de libertad, torturas, homicidio, etc. (llevados a cabo en forma sistemática y a gran escala, perpetrados desde el poder estatal), que naturalmente, estaban abarcados por los tipos penales vigentes dado que afectaron a los bienes jurídicos más esenciales.

Esta subsunción en tipos penales locales de ningún modo contraría el carácter de crímenes contra la humanidad de las conductas en análisis (cuestión que establece el derecho de gentes a través de normas *jus cogens*) ni impide aplicarles las reglas y las consecuencias jurídicas que les cabe por tratarse de crímenes de derecho de gentes.

Agreguemos que la punibilidad de las conductas con base exclusiva en el derecho de gentes es una exigencia del derecho penal internacional en supuestos donde la ley penal de un estado no considere punibles a esas conductas. Cuando ese no es el caso y los tipos penales vigentes en la ley local captan las conductas que son delictivas a la luz del derecho de gentes, lo natural es que los hechos se subsuman en esos tipos penales y se apliquen las penas que tienen previstas. Ello no sólo no contradice ningún principio del derecho internacional sino que, por el contrario, permite cumplir sus fines, al hacer posible el juzgamiento y la sanción punitiva de los responsables de los crímenes contra la humanidad.

En efecto, en la mayoría de los procesos seguidos ante cortes de diversos países que juzgaron crímenes de esta naturaleza se han aplicado tipos penales creados por la ley de ese país. Es claro que la ley nacional, aplicable a estos casos, puede coincidir en mayor o en menor medida con las descripciones que, en el ámbito internacional, se formulan de las conductas que se consideran crímenes contra el derecho de gentes. Ello dependerá de las particularidades de la ley local y de la medida en que la legislación de un estado haya sido adaptada a los requerimientos del derecho penal internacional, estableciendo tipos penales que capten en toda su dimensión las conductas que se consideran crímenes contra la humanidad, esto es, valorando especialmente las condiciones que les otorgan esa particular gravedad que las convierte en crímenes contra el derecho de gentes (por ejemplo, el hecho de cometerse a gran escala y de modo sistemático, desde posiciones oficiales del estado, o que tengan organizado un sistema internacional de prevención, como en el caso de la tortura)

34) Es cierto que los tipos penales vigentes en nuestro país no captan en toda su dimensión la gravedad de los hechos, dado que, en muchos casos, no valoran especialmente aquellas circunstancias que hacen que se consideren crímenes contra el derecho de gentes aunque algunas de esas características pueden estar mencionadas como circunstancias agravantes en nuestra legislación.

Sin embargo, esta falta de un referencia específica en los tipos penales existentes a las circunstancias que, según el derecho de gentes, elevan la gravedad de algunas conductas y las convierten en crímenes contra la humanidad, no obsta a que el núcleo de esas conductas sí esté abarcado por diversos tipos penales de nuestra legislación y, en consecuencia, sean aptos para juzgar los hechos y determinar la pena aplicable.

Desde luego, para que el Derecho penal interno pueda cumplir su papel en la realización del Derecho penal Internacional, es preciso que, eventualmente, prescinda de los elementos de la parte general estructurantes de los tipos penales en particular, que sean incompatibles con el *jus gentium*. En este sentido, expresé en el homenaje a Emilio Mignone ("*Ius Gentium* y concepción estatalista del derecho en relación con los nuevos desarrollos de la doctrina y la jurisprudencia argentina", en *Verdad y justicia. Homenaje a Emilio F. Mignone*, Instituto Interamericano de Derecho Humanos- Centro de Estudios Legales y Sociales, pág.411 y ss.), que por virtud del art. 118 de la C.N., junto al concepto de "*nullum crimen*" del artículo 18 de la C.N. existirá el más lato que consagra el artículo 15 segundo párrafo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, junto a las normas de prescripción penal, las de imprescriptibilidad, junto a las facultades de amnistía e indulto, la negación de las mismas para los casos de crímenes de lesa humanidad; para el caso de las definiciones que señalen la obediencia jerárquica como causa de impunidad, la exclusión de esa causal en los delitos señalados. Así, en la estructura constitucional se aloja una edificación que la complementa y la valida, cuyos cimientos y materiales provienen de una fuente independiente del poder estatal.

35) Como vemos, nuestra situación desde la problemática argentina propia de estos casos, consiste en que las figuras penales de la ley territorial que siempre se integran con los contenidos insuflados por la parte general, reciben, cuando cubren esas figuras particulares casos de *iure gentium*, contenidos de parte general que provienen de ese derecho de gentes, en tanto los principios locales no se conformen con los del derecho de gentes. Así ocurre con las clásicas defensas de inmunidad soberana, obediencia debida, estado de excepción y prescripción.

Para concluir estas reflexiones, señalo que pongo énfasis en utilizar la antigua expresión "derecho de gentes" (que es la que usaron los constituyentes originarios) y no la de derecho internacional. Ello obedece a que la concepción que manifiesta la segunda de dichas expresiones hace de los estados individuales los sujetos único del "derecho internacional" mientras que el derecho de gentes no es *inter-nationes*, sino *inter-gentes*, vincula a cada hombre que viene a este mundo con todos los demás, sin intermediación esencial de los estados.

La idea del derecho inter-nacional, en reemplazo del derecho de gentes depende de la noción según la cual la voluntad de cada estado es la única fuente de cada derecho, de manera que el derecho externo de los estados tiene que provenir de una creación contractual entre ellos, como de las costumbres que admitan. En

cambio, el derecho de gentes, como lo entrevió Alberdi, manifiesta la conciencia jurídica universal, cuyos portadores, al presente, son las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, muchas iglesias y diversas confesiones religiosas, agrupaciones de trabajadores, o de víctimas de violencia o marginación, lo mismo que los abogados, doctrinarios y magistrados que profesan el servicio directo a los principios del derecho de gentes. Sin duda, aquí también pueden los estado jugar un rol importante que se verificará en la medida que sus gobernantes asuman los correspondientes compromisos, y permitan el desarrollo de la Organización de las Naciones Unidas y de otras instancias ya de carácter individual o regional, lo que lamentablemente poco se deja esperar en el panorama presente de la política de las grandes potencias.

En el caso de nuestro país se dan circunstancias especiales que alientan la idea de que la conciencia ético jurídica está adquiriendo consonancia con los principios de la sociedad humana general y lo hace con cierto vigor, y con lo que he manifestado trato de sumarme a esa corriente y espero que se transforme en aguas caudalosas.

8. El hecho

36) Para determinar cuál es o son los tipos penales internos aplicables, sería más adecuado tener presente en primer término los detalles del suceso.

Las circunstancias que lo rodearon son conocidas por los testimonios judicial que fueron prestados, ante el juez Corazza, por el padre biológico de Pedro, Jorge Adalberto Nadal (fs.64/68), por el propio Pedro Luis Nadal García (fs. 116/121), por María Haideé García (fs.190), quien es la hermana de la madre biológica (Hilda Magdalena García) de Pedro, y por Norma Beatriz Iriarte (fs. 150/152), compañera de militancia de Jorge Adlaberto Nadal y de Hilda Magdalena García.

También contamos con los testimonios judiciales de la esposa del hermano de Yolanda De Francesco, Elba López (fs. 279/281), y de algunos vecinos de la imputada, como ser el de María del Carmen Suárez (fs. 271/272) y Brígido Manuel Romero (fs. 275), y de algunos otras personas que conocieron a Hilda M. García, como ser Juan Alberto Tomassi (fs. 330). Por último, también contamos con las pruebas documentales aportadas por la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo y con aquellas otras reunidas por el magistrado.

37) El panorama que surge de la prueba señalada es que durante el período comprendido entre el de mayo de 1973 a mayo de 1975 Jorge Adalberto Nadal vivió con Hilda Magdalena García, junto con su hijo Carlos, en el domicilio de calles Sombra y Condarco, de Isidro Casanova, Provincia de Buenos Aires. Hilda, por esa última fecha, se encontraba embarazada de ocho meses y medio.

El día 15 de mayo de 1975, Jorge Adalberto Nadal fue secuestrado en su domicilio, por las "fuerzas de coordinación personal o conjuntas" y "en virtud de su vinculación política", luego puesto a disposición del PEN, lo que le permitió ejercer el derecho de opción para salir del país y radicarse en Francia (fs. 64/68).

Hilda García, quien se encontraba embarazada, y que quedó sola con su hijo Carlos, decidió volver a la casa de sus padres en Resistencia, Chaco. Allí, 14 días después de la detención de Jorge Adlaberto Nadal, el día 29 de mayo de 1975, Hilda dio a luz a Pedro Luis, nacimiento que fue inscripto en el Registro Civil de la Provincia de Chaco, Sección B, Tomo 3, número 493, año 1975, el día 12 de junio de 1975 (fs. 58). En la copia de ese acta de nacimiento figura únicamente Hilda Magdalena García como madre de Pedro, a quien le dio el nombre Pedro Luis García, y como fecha de nacimiento la recién señalada, es decir, el 29 de mayo de 1975.

Hilda, junto con Carlos y Pedro, regresó con sus dos hijos a Buenos Aires, radicándose en un domicilio de Guernica, junto con otras personas que, al parecer, eran militantes políticos, cuyos nombres eran Jorge Alberto Iriarte, Liliana Scocimaro y Juan Carlos Sánchez. Hilda, durante su permanencia en Guernica, realizó trabajos sociales y comunitarios en la Villa Itatí, junto con otras personas de nombres María Esther Tomassi y María Beatriz Díaz (fs. 150/152 y 330/332).

El día 5 y 6 de marzo de 1976, un grupo de fuerzas de seguridad realizaron un

operativo en el domicilio de Guernica, matando a Juan Carlos Sánchez y secuestrando a Hilda junto con su hijo menor, Pedro. En cuanto a los responsables del operativo, Jorge Adalberto Nadal indicó (fs. 68) algunos probables autores: "Oficial Ceñal, Cabo Gandini y Camacho", y expresó que una persona -cuyo nombre Nadal no aportó- le dijo que "el allanamiento de la casa de Hilda estuvo a cargo de personal de la Brigada de Lanús", aunque la versión de Norma B. Iriarte refiere que el grupo a cargo del operativo estaba "ligado con la Brigada de San Justo". Pero el testimonio que parece de mayor relevancia acerca de la autoría de este operativo y que se inserta armónicamente en el complejo contexto probatorio, a mi juicio, es el de Alberto Tomassi (fs. 330/332), hermano de la ya mencionada María Esther Tomassi -que también fue secuestrada posteriormente-, quien recordemos era compañera de Hilda en los trabajos sociales que realizaban en Villa Itatí. Alberto Tomassi expresó:

"Que de todas las averiguaciones, llevan al declarante que actuó un grupo de tareas en el secuestro de su hermana, como también los compañeros con los que formaba y a los que se refiriera anteriormente, y que estos procedían de la Brigada de Quilmes, esto sumado a una nota que bajó del servicio internet por el cual tomó conocimiento que un periodista del Diario "Realidad" de Quilmes, un periodista de nombre Alberto Moya, realizó una investigación de la que surge que existía un grupo para-policial que la conocían como la 'Brigada Fantasma' que era una unidad paralela con el objeto de 'reprimir el delito' integrada por el Sargento Primero Luis Alberto Ferian, el Sargento Daniel Juárez, y los cabos Miguel Pérez, Rodolfo Sinieri y Oscar Soria, personal policial dependiente de la policía de la Provincia de Buenos Aires, con asiento en la Brigada de Quilmes, grupo este que ya funcionaba antes de la dictadura instaurada en el año 1976. Que según dicha nota, el jefe resultaba ser Bernabé Corrales y mencionada en dicha nota a Miguel Etchecolatz" (fs.331/331 vta.).

En esa declaración judicial, Alberto Tomassi mencionó que estuvo presente cuando secuestraron a su hermana, Esther, y que podría reconocer a los responsables. Ante ello, el *a quo* le exhibió una serie de fotos reconociendo la de Luis Alberto Ferian como uno de los responsables. Finalizó manifestando que no hay causas penales abiertas por el secuestro de su hermana a pesar de haber declarado en el "juicio por la verdad" (fs. 330/332).

Al parecer, pues, el mismo Ferian estuvo vinculado con el operativo que provocó la muerte de Jorge Sánchez y el secuestro de Hilda con Pedro, lo que se condice con la expresiones de la de Elba López (fs. 279/281 y fs. 336) a la que en breve aludiremos.

38) Como fuera, el hijo mayor de Hilda, Carlos, quedó desamparado en la vereda, luego del secuestro de su madre, Hilda, y fue recogido, a la parecer, por una vecina que lo entregó a la arriba nombrada Liliana Scocimaro -quien posteriormente desapareció también probablemente en mayo de 1977-, quien llevó a Carlos con sus abuelos, recordemos, domiciliados en Resistencia, Chaco (fs. 150/152).

Durante el cautiverio de Hilda M. García, con seguridad en algún centro clandestino cercano a su domicilio, ocurrió la sustracción del menor fuera de la esfera de custodia de su madre, apareciendo como el autor de propia mano de esta acción, aquí, de nuevo, Luis Alberto Ferian. Aunque no existen muchas pruebas directas respecto de que Ferian sea quien efectivamente con sus manos sustrajo al niño fuera de la esfera de custodia de Hilda durante su cautiverio, tiene un importante valor probatorio el relato realizado por la esposa del hermano de Yolanda, Elba López (fs. 279/281), ratificado por ésta en el careo realizado con la imputada (fs. 326), que describe que, su madre (la madre de Elba López) le contó que Yolanda le había dicho que Luis A. Ferian "lo había sacado [a Pedro] de una celda donde estaba una chica con los ojos vendados y un bebé suelto tirado en el piso y que ese chico se lo trajo a Yolanda para que lo críe" (fs. 279 vta.).

También, Elba López complementó esa referencia con su relato acerca de la reacción que tuvo la hermana de Ferian, Ana, del que se desprende que ella (Ana) sabía de la real procedencia de Pedro y que Ferian fue el autor de la sustracción del menor. Así, Elba López dijo:

"Que un concuñado de la declarante y en el mes de enero del año 2005,

mientras se desplazaba la dicente en un tren, tomó conocimiento que luchi se había presentado en Abuelas de Plaza de Mayo. Que su familia se pone contenta con esta noticia , su madre, hijas y hermana, y sobrinos, que la que reaccionó mal fue la hermana de Ferian, de nombre Ana, que dijo que Ferian lo había llevado a casa cuna, lo había dejado y cuando volvió el Comisario Polo le dijo: 'por qué no agarrás ese bebé para Yolanda', entonces él, Ferian, fue al día siguiente y lo trajo envuelto en un pijama de adulto..." (fs. 280 vta.).

39) Ya Pedro en poder de los apropiadores, el día 26 de mayo de 1976, en el Registro Civil de Wilde -Localidad de Avellaneda-, aquéllos, es decir, Luis Alberto Ferian y Yolanda De Francesco, gracias a una certificación de nacimiento falsa realizada por el médico Jorge Antonio Bergés, inscribieron al niño como hijo propio -figurando ambos como padre y madre en el acta-, denunciando aquéllos como fecha de nacimiento el día 20 de junio de 1975. El menor fue inscripto con el nombre de Luis Alberto Ferian según surge de la copia del acta (fs. 54 y 110).

Aclaremos que el apropiador, Ferian, estaba vinculado con Bergés: "eran de la misma zona", dijo el hermano de Yolanda, Antonio Bozzo (fs. 118).

Al poco tiempo, probablemente en el año 1977, según la versión de la imputada, su pareja, Luis Alberto Ferian, abandonó el hogar, dejando a De Francesco con el niño. Ésta crió al menor durante toda su infancia y adolescencia, aunque aclarándole que no era hijo biológico de ella, pero sí de Ferian.

Por último, señalemos que la víctima, Pedro, cumplió los veintiún años el día 29 de mayo de 1996, y que Luis Alberto Ferian falleció en 1997.

9. La aplicación del artículo 146 C.P. argentino

40) En este punto trataré los siguientes cuatro temas: la subsunción del hecho en el tipo, el aspecto subjetivo de la conducta de De Francesco, el tema relativo al cese de la comisión de ese delito, y el problema acerca de si resulta aplicable la redacción del art. 146 C.P. dada por la ley 24.410.

9.1 La subsunción de la conducta en el tipo previsto

en el art. 146

41) En la tarea de descubrir qué tipo penal, dentro del catálogo que brinda el Código Penal Argentino, resulta aplicable para la conducta que tuvo por víctima a Pedro Luis Nadal García, no encuentro objeciones para considerar que el núcleo de la conducta en la que intervino De Francesco, que constituye, reiteramos, el delito de *desaparición forzada de personas*, parece atrapado principalmente por la figura prevista por el art. 146 del C.P., la cual ya existía al momento del inicio de la conducta de la imputada.

De la misma opinión, es decir, que a este crimen contra el derecho de gente le es aplicable el tipo previsto en el art. 146 del C.P. son algunos autores (Nuria Piñol Sala, "Los delitos del artículo 146 del C.P. a la luz del derecho a la identidad y la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", publicado en *Derecho a la Identidad y Persecución de Crímenes de Lesa Humanidad*, editorial Abuelas de Plaza de Mayo, 2006, pág. 218, y su cita).

Y de igual modo, se ha establecido en varios fallos judiciales que han considerado que hechos similares a los de esta causa eran supuestos del delito de *desaparición forzada de persona*, y entendido que el art. 146 del C.P. resulta el instrumento legal interno que permite reprochar ese crimen internacional (CNFed. Crim. y Correc., Sala I, "Videla J.R. s/prisión preventiva", del 9/9/99, "Del Cerro Juan A. y otro s/procesamiento", del 8/2/2001, "Massera, Eduardo s/Excepciones", del 7 de marzo de 2002, "Santiago Riveros", de fecha 7 de agosto de 2003, "B.E.J." de fecha 18/8/2005, y sus citas).

El artículo 146 C.P. expresa lo siguiente:

"Será reprimido con reclusión o prisión de cinco a quince 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" (texto según ley 24.410, que sólo modificó la escala penal respecto de texto anterior).

42) Se desprende del hecho que Luis A. Ferian fue el autor de la privación ilegal de la libertad de Hilda M. García y de Pedro Luis Nadal García, durante el operativo en el casa de Guernica. Asimismo, el mismo Ferian fue posteriormente quien sustrajo a Pedro con ánimo de permanencia de la esfera de custodia de su madre.

De Francesco no intervino en el acto de sustraer, pero sí en la conducta de retener a Pedro desde el momento en que Ferian lo condujo a su propio domicilio y aquélla aceptó retenerlo, conducta que siguió consumándose hasta que Pedro fue mayor de edad.

En tales condiciones, entiendo que la mencionada De Francesco resultó autora de la retención prevista en el artículo 146 C.P.

9.2 El aspecto subjetivo de la conducta de De Francesco

43) En la conclusión anterior doy por obvio que surge de la prueba analizada que el aspecto subjetivo del tipo se encuentra satisfecho. Sin embargo, es necesario analizarlo más detenidamente, pues ha sido motivo de agravio por parte de la defensa.

La defensora oficial pretende demostrar que De Francesco se encontraba en una situación de ignorancia o error respecto de su intervención en la conducta ilícita descripta. Lo hace razonando que los tipos penales endilgados exigen "actuar con conocimiento y voluntad de que se está ejecutando la conducta descripta por la acción típica" (fs. 363 vta.), lo que no se compadece, según ella, con los dichos de la imputada al momento de ser indagada, de los que se desprende que De Francesco no sabía que estaba ejecutando acciones prohibidas, y que quien sería el verdadero responsable es el fallecido Luis Alberto Ferian. Ello conduce a la defensora a solicitar que se sobresea a Yolanda De Francesco por la falta de los elementos subjetivos que los tipos reprochados requieren (fs. 364 y vta.).

Recordemos, a su vez, que en su declaración indagatoria (fs. 299/302), De Francesco dijo que, hasta el año 2004, no supo que Luis (Pedro) era hijo de desaparecidos. Explicó que cuando Luis Alberto Ferian trajo al niño él le dijo a Yolanda que era su propio hijo y que lo había tenido con otra mujer y que la verdadera madre no lo quería. Expresó Yolanda que le preguntó a Ferian quién era la madre pero éste, cuando ella le preguntaba, la trataba muy mal, "la agarraba de los pelos y que esto sucedió en el año 1977". Continuó su relato diciendo que una vez "lo encaró a su pareja Ferian, y le preguntó quién era la mamá del niño que había traído, este le refirió que era de él y si la declarante seguía preguntando, se lo llevaría a lo cual respondió que no se lo llevaría pues de hacerlo así se tiraría debajo de un tren. Que siempre Ferian le refirió que el niño era propio y un día lo acompañó para anotar el chico en el Registro Civil de Wilde" (fs. 300 vta.).

Dijo que Ferian, en el año 1977, se fue de la casa con otra mujer y no volvió nunca más. Que en esas circunstancias se ocupó del niño, dándole la asistencia de una madre al hijo y que cuando Luis (Pedro) tuvo cinco años le dijo "que no era su madre" (fs. 300 vta.), pero que no le dijo que era hijo de desaparecidos "porque no lo sabía" (fs. 301 vta.). En cuanto al testimonio de Elba López agregado a fs. 279/281 del que se desprende que Yolanda sabía de que lugar provenía el niño, la imputada dijo que "eso no es verdad" que "nunca dijo tal cosa" (fs. 301 vta.), manteniéndose en sus dicho en el careo con López (fs. 326).

De Francesco manifestó asimismo que no podía quedar embarazada, ya que los "médicos le habían indicado que tenía matriz infantil" (fs. 301).

Finalizó su exposición diciendo que si bien reconoció y firmó el Acta 321 del Registro Civil de Wilde, ello lo realizó "sin saber de que Luchi era hijo de desaparecidos, sí creía que era hijo de Ferian, por tal razón firmó como madre de corazón, inocente y engañada y ni siquiera le dieron en esa oportunidad ningún papel para leer. Que cometió ese error inocentemente, sin saber o conocer que se trataba de hijo de desaparecidos, dado de que de así haber sabido se lo hubiera dicho a su hijo Luchi, de la misma forma que le dijera a los 5 años que la declarante no era su madre" (fs. 302).

De los agravios de la defensa y de la exposición de Yolanda De Francesco,

advierdo, pues, que son dos los posibles aspectos subjetivos a analizar como posibles excluyentes de responsabilidad penal: el primero, si la imputada sabía o no la verdadera procedencia de Pedro. Si la respuesta es afirmativa, no podemos omitir, como segundo aspecto, el análisis de los móviles personales que De Francesco describe en su declaración indagatoria para retener al menor.

44) En cuanto al primer aspecto, la defensa sostiene el total desconocimiento por parte de De Francesco de la procedencia de Pedro. Esta conclusión de la defensora oficial no parece corroborable al confrontarla con el marco probatorio. La declaración de Elba López, quien dice que su madre le contó que Yolanda le había referido las condiciones en que Ferian sustrajo a Pedro, parecen definitivamente confirmadas por el diálogo que mantuvo la víctima con Yolanda De Francesco una vez enterado de su verdadera identidad. En efecto, Pedro relató ante el Juez que, cuando habló con De Francesco, ésta le manifestó que "sabía su nombre -el de Pedro- pero igualmente se lo quiso cambiar por Luis Alberto Ferian, que sabía que fue secuestrado con su madre y que también sabía que su hermano quedó en la calle" (fs. 116 vta.). También, según el relato de la víctima, "a medida que efectuaba estos relatos, Yolanda se anticipaba y le reconocía cosas que aún el declarante no había contado" (fs. 116 vta.), y le dijo que todos estos datos lo había conocido por una persona de nombre o alias "San o Sam" quien era "buchón o informante" de Ferian.

Las supuestas manifestaciones de Ferian relativas a que le habría dicho a De Francesco que el niño era de él y que su madre biológica no lo quería, no explican por qué la imputada tuvo la rápida decisión de inscribir ilegalmente al niño como propio. Antes bien, este hecho confirma su conocimiento de la situación real del menor, y la búsqueda de un medio para sustituir su identidad, y prolongar, de este modo, la sustracción realizada por el primero.

Además, la función que cumplía Ferian en la Brigada de Quilmes, permite presumir, sobre la base de una íntima relación entre ambos, que De Francesco estaba al tanto de los operativos ilícitos que aquél realizaba, secuestrando personas mayores y niños, y que, claramente, éstos operativos estaban vinculados con el accionar de la dictadura.

Esa presunción que deriva del vínculo de De Francesco con Ferian se refuerza con el hecho de que, en su mismo vecindario, al parecer, existieron otros casos de niños apropiados de la misma forma que Pedro, de acuerdo a ciertos testimonios judiciales prestados en la presente causa (fs. 280), que motivó que el juez Corazza disponga la formación de por separado de una causa en la que se investigue la identidad de María Palmira Sosa y que se caratula "Actuaciones derivadas de la causa n° 8860 caratulada Bergés Jorge Antonio s/Sustitución de Identidad de García Pedro Luis".

Por otro lado, parecería demasiado extraño pensar que Yolanda De Francesco no sabía el verdadero origen de Pedro, cuando sí lo conocía su hermano, Antonio Bozzo. Por lo menos, esto último es lo que surge del testimonio de la propia víctima, al expresar que Bozzo le refirió que "yo sabía cuando cayó este hijo de puta [Bergés], sabía que iban a llegar a Ferian... cuando cayó que salió en todos lados yo dije...seguro que ahora va a ver problemas con Luchi [en referencia a la víctima]" (fs. 117 vta.).

Finalmente, debemos tener presente la fuerte presunción en favor del conocimiento por parte del autor del delito, de las circunstancias en que realiza su conducta, que surge de la inescapable notoriedad del ataque (Darryl ROBINSON, "Defining 'Crimes Against Humanity' at the Rome Conference", *93 American Journal of International Law*, enero, año 1999, pág. 52), que si no resultaba del todo notorio durante los primeros años de la dictadura, sí resultó público y manifiesto los años subsiguientes y luego de la restauración de la democracia, al igual que las denuncias contra el médico Bergés, lo que deja definitivamente sin sostén las explicaciones de De Francesco.

45) Probado entonces que De Francesco conocía las reales circunstancias que rodeaban la retención de Pedro, pasemos, pues, a analizar el segundo aspecto subjetivo, es decir, el móvil supuestamente bueno de De Francesco, cual es haber querido "ser una madre" para el menor.

Como una referencia a tener en cuenta, señalemos que los "motivos puramente

personales" del autor del delito no parecen tener decisiva influencia en la jurisprudencia y doctrina internacionales al momento de juzgar hechos que constituían delitos de lesa humanidad (ver, Simon CHESTERMAN, "An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes Against Humanity", *10 Duke Journal Comparative and International Law*, primavera-verano, año 2000, pág. 318/321), mientras que, en el marco del derecho penal argentino, los móviles personales o disposiciones especiales del ánimo, cuando no constituyen un elemento del injusto, en nada influyen en la configuración de éste, aunque puedan servir como un parámetro que atenúe o aumente la culpabilidad.

Del análisis del aspecto subjetivo del tipo aplicable al caso (art. 146, C.P.), surge que la conducta requerida debe estar abarcada por el conocimiento y la voluntad de retener, sin que sea necesario la existencia de algún otro fin o móvil además de ese dolo general, por lo cual el móvil de De Francesco, de "querer haber sido una madre", no puede haber influido en la configuración de su ilícito, aunque, eventualmente, sí pueda hacerlo en la graduación de su culpabilidad.

Encuentro, no obstante, una referencia a un móvil, al "móvil honorable" del agente, en el comentario de Emilio Díaz al art. 146 del C.P., que en lo pertinente dice así:

"El dolo se halla constituido por la intención de ejecutar el hecho, atentando contra la libertad individual del menor. No lo requiere especial la ley, ni pide prueba de propósitos malvados, determinados fines. Pero, si la sustracción respondiera a fines expresamente previstos por el Código para clasificar el hecho, como rapto o extorsión, por ejemplo, sería aplicable la disposición del art. 54, relativa al delito másgrave".

"Ahora bien, la comprobación de un móvil honorable en el agente y una actuación estrictamente ceñida, quita al hecho su carácter delictuoso. Supóngase la sustracción momentánea de un menor para evitar que se le haga objeto de malos tratamientos. No se da, Dice Florian, la violación del derecho a la libertad individual del menor. el padre o el tutor que de a su autoridad usan, no cual función de tutela e integración de la personalidad del menor, sino con perjuicio para la libertad de éste, no la representan, desde ese instante (*El código penal*, ed. 3.º, Bs. As., pág. 266).

Como se aprecia, el móvil honorable que, para Díaz, excluiría la delictuosidad de la conducta, se relaciona más con una actuación voluntaria del agente basada en su conocimiento de la existencia de circunstancias que, sólo en el caso de que efectivamente existiesen, justificarían la sustracción del menor, o posterior retención por un tercero, al encuadrar en hipótesis de estado de necesidad o legítima defensa.

En nuestro caso, no veo que detrás de la voluntad de De Francesco de "querer ser una madre" para el menor se hayan presentado circunstancias de hecho que excluyesen la antijuridicidad de su conducta, lo que no puede conmoverse por los supuestos problemas de De Francesco para quedar embarazada, según la alegación de la propia imputada.

9.3 El momento en que cesa la conducta típica

46) La conducta de De Francesco cesó de consumarse cuando Pedro cumplió los veintiún años. Este punto requiere algunas explicaciones, sobre todo porque las opiniones en torno al momento en que cesa de cometerse el delito también se orientan a otras dos solución: la conducta cesa cuando el menor cumplió los 10 años de edad, o cesa cuando se revela la identidad de la víctima.

Tanto una como otra postura tiene sus adherentes, pero a la última adhiere la defensa de De Francesco, que la esgrime en la forma de agravio. En efecto, la defensora oficial se apoya en la interpretación que del tipo penal realiza la Dra. Ana María Capolupo de Durañona y Vedia, en el fallo dictado por la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, *in re* "Landa", de fecha 27 de noviembre de 2002. Dicha interpretación finca en que la edad de diez años del menor resulta un elemento típico de la figura, cuya ausencia impide la comisión del delito previsto por el art. 146 (sin perjuicio de que otros distintos se puedan realizar). Consecuentemente, este razonamiento, quiere imponer la conclusión de

que no se puede continuar cometiendo los delitos de retención y ocultamiento de un menor de diez años, una vez que éste cumplió dicha edad (fs. 363 y vta.). Como Pedro Luis Nadal García, expresa la defensa, cumplió los diez años en el año 1985, el presunto delito habría dejado de cometerse en ese año (fs. 363 y vta.).

47) A mi modo de ver, la aceptación de una u otra de las dos interpretaciones podría presentar consecuencias inconsistentes desde la perspectiva del bien jurídico protegido, que se superan si adoptamos como parámetro para determinar el cese de la comisión del delito uno vinculado valorativamente con ese bien, y que, a mi juicio, puede materializarse, como adelanté, en la edad de 21 años del sujeto pasivo del delito.

Pero para poder advertir esas inconsistencias, y la mejor armonía que se propone con este otro parámetro en relación al bien jurídico protegido, es necesario tener presente cuál es éste, es decir cuál es el bien en que se fundamenta la norma de la que deriva el tipo penal.

Acerca de esta cuestión referida a cuál es el bien jurídico protegido por el art. 146 C.P., reeditaré las consideraciones realizadas en el caso "Cacace" de la ex Sala III, de fecha de diciembre de 1988, de modo que, comenzaré confrontando los pareceres de Núñez y de Eusebio Gómez.

El primero afirma:

"... no es difícil advertir que los delitos de los arts. 146 y 149 tienen como objeto esencial de ataque la tenencia de los menores por sus padres, tutores, guardadores o encargados. Esta ofensa, mirada por el Código Penal como un atentado a la libertad individual, científicamente debe regularse como una ofensa a la familia del menor, pues la incolumidad de la tenencia y gobierno de los menores por quien tiene la potestad para hacerlo es algo que atañe a la integridad material del grupo familiar y a la autoridad del jefe o de su sustituto. Los proyectos de Peco y de 1960 colocan estos hechos en el título de los delitos contra la familia, y el primero los comprende en el capítulo de los delitos contra la patria potestad, tutela, curatela o guarda. El Proyecto Tejedor y el Código de 1986 los incluían entre los delitos contra las garantías individuales, pero Tejedor señalaba ya que el objeto principal de la ley en esta parte era 'la protección de la familia, el mantenimiento de la autoridad paterna' (nota al art. 1, par 2.º, título VI, Lib. I, part. II)" (*op. et vol. cit.* pág. 58/59).

El segundo autor expresa:

"Nuestra ley, al incorporar la previsión de este hecho al capítulo de los delitos contra la libertad individual, considera que en esta reside su objetividad jurídica."

"Los criterios al respecto no son uniformes".

"La sustracción de menores lesiona, en concepto de algunos, el derecho que el padre, el tutor y el guardador tienen de ejercitar, respecto del menor sustraído, las facultades inherentes a la patria potestad, a la tutela o a la simple guarda. De este parecer es Rocco y a él responde el código italiano en vigor. Se trata, dice, de un delito que ofende, exclusivamente, el derecho de quien ejercita la patria potestad, la tutela o la curatela. Es de advertir que lo que dicho código prevé es la sustracción de un menor de catorce años o un enfermo mental".

"Piensan otros, que el bien lesionado es la libertad individual del menor. Aún en el supuesto de que la sustracción se cometa con el consentimiento del menor -piensan los que aceptan este criterio-, la libertad es el bien agredido, porque el consentimiento de un menor de la edad marcada por la ley es inoperante en absoluto".

"Un tercer criterio radica el objeto jurídico del delito en la libertad individual del menor y en el derecho del padre, tutor o guardador...".

"Florian, bajo el imperio del código italiano derogado, sostuvo que la sustracción de menores es un delito contra la libertad individual. Su argumentación es clara y convincente: al menor pertenece el derecho de

libertad, tiene el goce del mismo y, hasta cierto punto, el ejercicio; el derecho del padre o del tutor no substituye al derecho del hijo; lo representa, lo anima, lo hace operante, lo tutela; el padre y el tutor ejercitan, no un derecho propio, sino un derecho del menor, de modo que puede decirse que el suyo más que un derecho, es un deber; ni aún aceptando que la lesión sea doble -derecho del padre o del tutor y derecho del menor-, podría llegarse a otra conclusión que la expuesta, ya que el derecho del menor sería siempre el derecho prevalente" (Eusebio Gómez, *Tratado de derecho penal*, T. III, Compañía Argentina de Editores, Bs. As., 1940, págs. 358/9).

Vemos, pues, que dos visiones ético-sociales, una tradicionalista y otra liberal individualista, entran en confrontación al querer definir la substancia de derecho protegido por la norma examinada.

Al mismo tiempo, la trágica realidad de los niños desaparecidos por obra del terrorismo de Estado, constituye para los argentinos de este tiempo una base vital y existencial de la cual brotan contenidos que irrumpen en el esquema anterior y lo colorean con nuevas tonalidades.

El Dr. Enrique S. Petracchi se pronunció claramente por la existencia de un derecho de la familia quebrantado por la sustracción de la niña Laura E. Scaccheri. Dijo, en efecto:

"Que casos como el presente conmueven a la comunidad en sus sentimientos y valores más hondos y arraigados, afectando, además, el orden de la familia...".

"Que...no parecen compatibles con la reconstrucción de sus identidad y posición en la sociedad (que ésta debe a Laura) la postergación de los vínculos familiares de sangre, del recuerdo de los padres, de la integración cultural con los parientes legítimos. Asimismo, ha de considerarse el derecho de los padres y de los hermanos de los desaparecidos a ver continuada su progenie en el único vástago de las jóvenes vidas tronchadas" (*Fallos*, 310:2214, voto del ministro citado, cons. 10 y 12).

Me faltan palabras para expresar cuánto comparto esta visión del Dr. Petracchi. En ella se pone de manifiesto a la familia como institución cultural, que, al reproducirse, reproduce la cultura del grupo, continúa la cadena de su tradición, desafía la tendencia desintegrativa presente en la naturaleza y apuesta por la renovación del proceso creativo de la historia humana, habilitando a nuevas generaciones con el legado de las anteriores.

La familia es así semillero no sólo biológico, sino cultural y valorativo de la sociedad, cuya permanencia y desarrollo depende, en fin, de la permanencia y desarrollo de los órdenes valorativos en los que se sustentan las comunidades familiares que integran la trama del tejido social.

La sociedad pluralista se caracteriza por respetar profundamente el derecho de cada sector y de cada familia que la integra a reproducir su vida biológica y cultural. El totalitarismo de origen platónico hace de la reproducción cultural de la sociedad una cuestión estatal, mientras en el sistema de intolerancia medieval las familias judías eran víctimas de la sustracción de sus hijos para educarlos forzosamente en el cristianismo (práctica continuada después por la Rusia zarista).

El reconocimiento social del derecho prevaleciente de la familia a educar a los niños que biológicamente traen a la vida se cimienta, además, en un dato que cuenta con muy fuerte base científica, que es la herencia genética de las experiencias culturales acumuladas por las generaciones precedentes.

La personalidad no se forma, entonces, en un proceso sólo determinado mediante la transmisión de actitudes y valores por los padres y por otros integrantes del grupo familiar, sino también por las disposiciones hereditarias del sujeto, ante lo cual la vía normal de formación de la identidad resulta ser la familia biológica.

El derecho del niño es, ante todo, el derecho a adquirir y desarrollar una identidad, y, consecuentemente, a su aceptación e integración por el núcleo familiar en el que nace.

48) En este sentido, cabe citar la Convención de las Naciones Unidas, aprobada por ley 23.849, relativa a los Derechos del Niño, que en su art. 8 expresa:

"1. Los Estados partes en la presente Convención se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad".

Además, el art. 20 dice que:

"1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado".

"2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado par esos niños.

"3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico". Por lo tanto, debemos aceptar la vieja idea de que el objeto de las normas que sancionan la sustracción, retención u ocultamiento de niños tiene por fin proteger los derechos de la familia, pero no concibiéndolos como derechos de propiedad, sino en el contexto cultural y ético enunciado, y enriqueciéndolo con el correlativo derecho del niño a su identidad.

Estos conceptos trascienden el enfrentamiento entre la concepción autoritaria-tradicionista de los derechos exclusivos de la familia y la concepción a-histórica de la personalidad propia del liberalismo individualista.

Creo que, en el mundo actual, existe una poderosa corriente de pensamiento que considera que la formación ética depende de la recepción de tradiciones, que la persona es persona en su comunidad, en tanto que la transmisión de valores no debe ser autoritaria, y que el proceso de recepción ha de ser, también, una reelaboración crítica.

Es preciso recalcar que el niño no es una aparición a-histórica, dotada de una razón intemporal, capaz de darse por puros actos de intelección y decisión cualquier identidad que resuelva construirse. Al contrario, es producto de largos procesos históricos, necesita desesperadamente incorporarse un patrimonio ético y cultural, reconocerse como parte de un grupo y de una historia.

49) La reflexiones anteriores indican la terrible gravedad de las sustracciones de niños que se volvieron corrientes en el operar del terrorismo organizado por la dictadura pasada, y, al mismo tiempo, apuntan a explicar la relativa importancia de la visión puramente liberal individualista para enfrentar las secuelas de tal pasado.

Ahora, el debate abierto en el seno de la sociedad impulsa al contacto con una problemática nueva, al cuestionamiento de esquema corrientes y a profundizar en el caudal de nuevas ideas superadoras de los estrechos paradigmas corrientes.

En consecuencia, a la luz de nuestras circunstancias y experiencias, el bien jurídico protegido por el atr. 146 del C.P. resulta ser tanto el derecho de la familia a su reproducción biológica y cultural como el del niño a la obtención y preservación de su identidad con adecuada base genética y valorativa.

50) Ahora bien, ese complejo aspecto que conforma el bien jurídico que se encuentra detrás de la norma y del tipo penal, mantiene cohesión durante la infancia y la adolescencia del menor, pues, durante ese período, la familia ejerce de la manera más fuerte la conducción, vigilancia y educación de la prole, lo que permite y asegura que los órdenes valorativos y culturales que esa familia encarna sean reproducidos en su descendencia.

Esa relación de guía que se da de manera natural y con vigor durante los primeros años de vida, y que permite la reproducción de los valores éticos y culturales de los ascendientes en los menores, cede de manera también natural, a medida que los hijos crecen y se desvinculan de la dirección de sus padres, para enfrentar la vida sobre la base de la cultura y valores familiares adquiridos durante aquel primer período, tornándose individuos dotados de responsabilidad autónoma y libertad de decisión para mantenerlos, modificarlos o adquirir otros nuevos.

Allí, los intereses a la reproducción cultural de la familia no pueden ser más exigidos por los parientes a través de los medios otorgados por el ordenamiento jurídico, desde que el ejercicio de la dirección, educación y gobierno es realizada por el mismo individuo ya maduro, responsable para desarrollar el esquema de valores que considere conveniente. En otros términos, el individuo con cierta maduración es libre para desarrollar el esquema cultural y valorativo adquirido en los primeros años de vida, y es responsable para desarrollar esa base o modificarla de acuerdo a sus nuevas y autónomas experiencias, independientes de la vigilancia de los padres y demás parientes.

Es ese, a mi juicio, el punto máximo hasta el cual la conducta típica del art. 146 C.P. puede seguir consumándose, respecto de casos como el que aquí se investiga, ya que, más allá, el bien jurídico se fracciona. Sólo permanece como exigible el innegable derecho de la familia y de la víctima a conocer su verdadera identidad, pero esto representa únicamente una parte del ideal de protección penal que se encuentra detrás del tipo, que sólo entra en juego cuando se lo afecta de manera íntegra.

Me parece, entonces, que el límite de consumación del tipo previsto en el art. 146 del C.P., para hechos como el de autos, puede estar dado por el corte producido a cierta edad entre los padres e hijos, y que nuestro ordenamiento jurídico fija en los 21 años de edad.

Esa interpretación evita la fuerte restricción de la protección de los intereses abarcados por la norma, que se deriva de la interpretación sostenida por la defensa, toda vez que dicho bien subsiste íntegro mucho más allá de la edad de diez años que prevé el tipo, que sólo constituye, a mi juicio, un elemento objetivo recortante de tipicidad, que indica cuándo una conducta de sustracción, retención, u ocultamiento de una persona encuadra en el art. 146 C.P.

Asimismo, previene de la excesiva aplicación del tipo penal que surge de interpretar que la consumación se extiende *sine die* mientras no sea develada la real identidad del que fuera menor, perdiendo así de vista la verdadera configuración del bien jurídico, que sólo persiste inalterable, como señalamos, durante una edad que no supera la de la niñez y adolescencia.

51) La inteligencia del art. 146 C.P., en el sentido de que la comisión del ilícito se perpetúa mientras no sea develada la identidad de la víctima, podría encontrar fundamento, por ejemplo, en la *Convención Interamericana Contra la Desaparición Forzada de Personas*, que considera al delito de carácter permanente o continuado hasta que no se conozca el *paradero de la víctima* (art. 3).

Empero, la circunstancia de que el tipo penal internacional de la desaparición forzada de personas sólo haya aparecido en el Estatuto de Roma, vigente en el país desde el año 2002, o sea cuando había cesado indudablemente la comisión del hecho, descarta la invocación, en las circunstancias del caso, del tipo de delito internacional recién mencionado.

En cuanto al tipo penal interno (art. 146 C.P.), puede llegar a incluir los casos que nos interesan, pues no sólo el ocultamiento material de una persona queda denotado con esa expresión, sino también resulta abarcativa de la desaparición social de la víctima, colocada por el autor del ilícito en circunstancias tales que su verdadera personalidad natural y jurídica le es desconocida, como es desconocida para la sociedad y para el Estado. Por tal motivo, mientras continúe la minoridad, y con ese límite, puedo compartir la idea de que en estos casos la acción ilícita permanece mientras no se revele la identidad de la víctima.

Asimismo, no pienso que esta inteligencia del art. 146 C.P. caiga bajo la objeción de ser analógica, pues no es igual analogía a interpretación extensiva. No se intenta, en efecto, introducir supuestos de hecho nuevos no contemplados en

el tipo penal, sino proponer un mejor planteo hermenéutico de las características del texto legal, adaptándolo a las circunstancias reales de los hechos abarcados por el tipo.

Este razonamiento es posible, ya que la textura abierta de la propia norma es la que requiere del intérprete una decisión valorativa acerca del alcance de sus hipótesis típicas, sin que su esfera de elección se encuentre previamente restringida por la máxima *in dubiis benignior*, que no opera como un factor mecánico de angostamiento del marco normativo en el cual el juez concretará a su preferencia, sino como un estímulo preconstituido para una mayor búsqueda hermenéutica frente a prescripciones que parezcan ofrecer obstáculo a requerimientos de la justicia particular o social (ver, en igual sentido, mi voto *in re* n° 8513 "Lusarreta, José Luis y Otros s/arts. 222 y 292 C.P.", de fecha 24 de julio de 1989). Al hacerlo, aquél no puede prescindir del principio histórico-evolutivo que va estructurando los conceptos abstractos de una época distinta, conforme el devenir social y las nuevas situaciones que presenta.

En la búsqueda, pues, de una hermenéutica del tipo penal (art. 146) que aclare el sentido de sus hipótesis típicas, recogiendo a la vez requerimientos de equidad y justicia social, no se puede, entonces, dejar de considerar la evolución histórica que han tenido estos hechos ilícitos y la amplitud de sus traumáticas características en nuestra sociedad, que son de público y notorio, y que constituyen datos determinantes del sentido y de la justa extensión que aquí se otorga al supuesto típico ("ocultare") analizado.

52) En conclusión, con la aclaración que precede, la aplicación del tipo interno (art. 146 C.P.), interpretado de acuerdo con el razonamiento que se desecha, sólo de manera ficticia sería un tipo penal interno ya existente al tiempo de los hechos, que sirva como herramienta para la aplicación de los principios de la desaparición forzada de personas y para la realización del derecho penal internacional, ya que, en realidad, se estaría creando un nuevo tipo penal por vía judicial.

Por ello, estimo que el punto máximo de consumación del tipo tiene como tope la edad de 21 años, que resulta un parámetro de corte que se vincula, a mi juicio, coherentemente con la protección del bien jurídico todo.

9.4 ¿Corresponde aplicar la sanción que la ley 24.410 introdujo en el art. 146 C.P.?

53) La acción enrostrada a De Francesco tiene su encuadramiento en el tipo penal del art. 146 C.P., pero ocurre que la pena del delito ha variado en el transcurso de su perpetración. En efecto, el texto original del Código Penal establecía una pena de 3 a 10 años en tanto que la ley 24.410 (publicada en el Boletín Oficial el día 28/12/94), prescribía una pena de 5 a 15 años.

Ello significa que se ha dado un caso de sucesión de leyes en el tiempo en el cual se desplegó la acción antijurídica. De aquí surge la cuestión acerca de si la aplicación de la ley vigente al tiempo de la sentencia puede violar, en las peculiares condiciones del caso, el principio que hace jugar en forma ultraactiva la ley más benigna

[Para arrimar algún elemento más de juicio, aclaremos que en nuestro ordenamiento jurídico, los jueces deben aplicar la ley vigente al momento de dictar sentencia. Este principio está expresado de modo bastante confuso por el actual art. 3 del Código Civil, pero fluye, a mi juicio, del art. 19 de la Constitución Nacional, pues los mandatos y prohibiciones legales limitativos de la libertad sólo existen en la medida en que no hayan sido dejados sin efecto y sólo en ellos puede fundarse el magisterio penal. Si la ley anterior al hecho del proceso ya no está vigente cuando se dicta sentencia, el hecho habría de quedar impune. Empero, el principio de retroactividad benigna de la ley penal, que también está incluido en la Constitución (art. 75, inc. 22, y art. 9 del Pacto de San José de Costa Rica), implícitamente supone la ultraactividad de la ley anterior al hecho del proceso, pues si la cesación de la vigencia de dicha ley dejare impune los hechos en ella previstos, la retroactividad benigna sería por completo superflua (ver, en igual sentido, mi voto *in re* "FEET-UP S.A. s/inf. Ley 23.771, (2) de fecha 10 de febrero 1998, considerando XVI)].

El principio de ultraactividad de la ley más benigna es de fácil aplicación en los supuestos de delitos instantáneos, pero se hace más complejo en los delitos instantáneos o continuos (también llamados sucesivos), y en los delitos a distancia, en los que pueden darse intervalos de tiempo considerables entre la acción del sujeto activo y la consumación por el resultado.

Respecto de estos últimos, es aceptado en la doctrina que corresponde aplicar la ley vigente durante el trascurso de la acción, sin que importe que la nueva normativa que pudiera suceder a aquélla tenga vigencia al momento de producirse el resultado (ver, por ejemplo, Giuseppe MAGGIORE, *Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1954, Vol I, pág. 203; Giuseppe BETTIOL, *Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1965, pag. 114 y ss., y Filippo GRISPIGNI, *Derecho penal italiano*, Bs. As., Depalma, 1949, Vol. I 2, pág., pag 393 y ss, traducción de Isidoro de Benedetti).

Empero, respecto de los delitos permanentes y continuos las opiniones varían fuertemente. Al respecto, digamos que ni el art. 2 del C.P. argentino, ni el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni el 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ayudan a solucionar el tema, pues sólo se refieren al momento de comisión del hecho, pero nada dicen si éste fuera permanente y abarcado por dos leyes.

54) En la doctrina existen opiniones que se han inclinado por los dos extremos posibles. Por un lado, se encuentran aquéllos que sostienen que la ley que debe tener vigencia es la existente al momento de cesar el delito. Fierro sostiene este criterio (*Legalidad y retroactividad de las normas penales*, Hammurabi, 2003, pág. 328 y ss.), argumentando que el autor del delito permanente puede voluntariamente cesar de continuar su acción al momento de entrar en vigencia la ley más desfavorable, pero al no hacerlo, renueva su voluntad, cometiendo el hecho bajo el imperio de la ley más gravosa, y, por ello, corresponde que ésta sea aplicada.

Otros complementan ese razonamiento apoyándose en una solución análoga ofrecida por el Código Penal argentino en su artículo 63: la prescripción empezará a contarse desde la medianoche del día en que cesó de cometerse el delito continuado (ver, en este sentido, el dictamen del Procurador General, Dr. Becerra, en su dictamen en el caso "Jofré", registrado en *Fallos*, 327:3279).

La jurisprudencia argentina, con argumentos similares, se ha inclinado también por el criterio que hace prevalecer la ley vigente al momento en que cesó la comisión del delito permanente, al analizar las consecuencias de la ley 24.410 respecto del art. 146 del C.P. (CNFed. Crim y Corr., Sala I expte. 30.254 "Massera", de fecha 9/9/99; "Berthier, Enrique J.", de fecha 9/9/2004; Sala II, 17.592 "Gómez, Francisco s/prisión preventiva", del 3 de mayo de 2001, entre otros).

Esta solución es también la ofrecida por autoridades internacionales como Paul ROUBIER (*Le Droit Transitoire -conflits des lois dans le temp-*, París, Dalloz et Sirey, año 1960, pág. 468 y ss., especialmente, pág. 470), quien luego de insistir en que no se trata de un supuesto de ley más benigna, afirma que es un error tomar en consideración el primer o último acto para determinar la vigencia de la ley que debe regir el caso, pues el delito no está constituido por actos, sino, por un estado de hecho que se renueva sin cesar y que se mantiene igual durante todos los momentos de esa duración. De este modo, considera que, desde que la infracción es perseguida por la ley nueva, esta tiene efectos inmediatos sobre el hecho y resulta la naturalmente aplicable, importando poco que sea más severa.

Asimismo, en Alemania, esta solución viene impuesta por la ley, pues es el mismo StGB que prevé en el parágrafo 2 II que "si la sanción penal cambia durante la comisión del hecho, entonces se debe aplicar la ley que rige en el momento de la culminación del hecho", y, por ello, los autores alemanes concluyen en que la ley que corresponde aplicar en los delitos permanentes es la vigente al momento en que cesa la conducta, aunque fuere más gravosa (Claus ROXIN, *Derecho penal, parte general*, Tomo I, Civitas, 1997, pág. 162, 2.º edición, traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal; Reihart MAURACH, *Derecho penal, parte general*, T. I, Bs. As., Astrea, pág. 200, 6.º edición, actualizado por Heinz ZIPF y traducido por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson).

55) En la visión opuesta se encuentran aquellos que se inclinan por la aplicación de la ley vigente al empezar la comisión del delito permanente. Fontán BALESTRA (*Tratado de derecho penal*, T. I, Bs. As., Astrea, pág. 295) afirma que el principio de la ley más favorable "cubre todos los momentos del delito, desde el comienzo de la acción hasta la consumación y aún los de la prolongación de la segunda, característica ésta de los delitos permanentes o continuos".

También los ex ministros de la Corte Suprema Belluscio y Vázquez, y el ministro Zaffaroni tuvieron oportunidad de expedirse sobre el tema, optando por la aplicación del art. 146 C.P. anterior a la reforma de la ley 24.410 (disidencia de los ministros mencionados en el caso "Jofré", de fecha 24 de agosto de 2004, registrado en *Fallos*, 327:3279, al que ya aludimos). Entendieron que, para determinar cuál es la ley aplicable, es necesario establecer primeramente el momento de comisión del hecho, que, en estos delitos, presenta particularidades, ya que la conducta comisiva se sigue desarrollando en el tiempo, luego de la consumación del delito, teniendo un momento inicial y uno final.

Finalmente, consideraron que:

"...corresponde adoptar el criterio del comienzo de la actividad voluntaria como momento de comisión, no sólo porque permite una interpretación más restrictiva de la norma, sino porque evita incurrir en una contradicción que resultaría más gravosa; porque si bien la comisión del delito se prolonga en el tiempo desde su comienzo y hasta su conclusión, cuando una ley más gravosa entra en vigencia con posterioridad al comienzo pero antes del cese de la acción -tal como sucede en este caso- existe un tramo de la conducta que no se encuentra abarcado por la nueva ley -en el presente el transcurrido entre noviembre de 1978 y diciembre de 1994-, y obligaría a resolver la cuestión planteada retrotrayendo los efectos de la ley más gravosa, constituyendo una violación del principio contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional y en el art. 2 del Código Penal de la Nación".

Por ello, los ministros mencionados concluyeron que correspondía aplicar, en ese caso, el art.146 del C.P. en la redacción dada por la ley 11.179. El criterio fue nuevamente sostenido por Zaffaroni en el precedente "Landa", de fecha 28 de julio de 2005, registrado en *Fallos*, 328:2702, y es el que mantiene la defensa de De Francesco (ver fs. 382 vta.).

56) La opinión del doctor ZAFFARONI, emitida en los precedentes "Jofré" y "Landa" citados, coincide con la que él mismo sostiene, ahora, en su obra más nueva (ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Manual de derecho penal, parte general*, Bs. As. Ediar, 2006, pág. 103, 2.º edición). Allí, el autor expresa:

"Se ha sostenido que no hay retroactividad de esa ley [más gravosa] porque se aplica a un tramo de la conducta realizado en su vigencia, lo cual es verdad; no obstante, también es verdad que se aplicaría a un tramo de conducta no realizado en su vigencia. Por ello, debe decidirse que no es posible aplicar la nueva ley a esa conducta"

Esta es la misma opinión que sostuvo en la obra que reemplazó a su *Tratado de derecho penal (Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2002, pág. 123, 2.º edición), empero, en su *Manual* anterior, ZAFFARONI mantuvo la postura contraria, o sea, que correspondía aplicar la ley vigente al momento del cese de la comisión del hecho (*Manual de derecho penal, parte general*, Bs. As., 1986, pág. 181/182), opinión que también había mantenido en su *Tratado* (T. I, Bs. As., Ediar, pág. 475 y ss.). En esta última obra, el autor entendía que el momento de comisión, no era el del "comienzo de la acción voluntaria", como lo sostuvo en los fallos señalados, sino "el tiempo del último acto de la conducta", y, por ello, consideraba aplicable la ley vigente al momento en que cesaba aquella, aunque fuere más gravosa (*op. et vol. cit.*, pág. 477). Fundamentaba esta conclusión de este modo:

"Puesto que la norma funciona como imperativo no sólo en el momento inicial, sino también a lo largo de todo el desarrollo de la conducta y hasta el momento en que se cumple el último acto, la lógica que se encuentra en la base del régimen de sucesión de leyes induce a tener, por tiempo de comisión del delito, el tiempo del último acto de la conducta. Sólo aquí cesa para la norma la posibilidad de funcionar como imperativo y por ello, a partir de ese

momento, el desarrollo ulterior del delito no cuenta a los fines de la sucesión de leyes" (*loc. cit.*).

57) En cierta medida las diferencias de criterio que se observan dentro de la doctrina argentina que hemos consignado tienen su paralelo en la tradición jurídica italiana. En ella, por ejemplo, CARRARA -que no se ocupa en la parte general, al menos, del problema de la sucesión de leyes- es terminante en el sentido de que en los delitos permanentes la violación de la norma se produce con el acto inicial, y la prosecución del delito, si bien puede mostrar perseverancia en la perversidad del ánimo, no se verifican ulteriores violaciones a la ley (*Programma del Corso di Diritto Criminale, Parte Generale*, vol. I, parág. 517, pág. 438, 11.º edición).

La prosecución, añade el maestro de Pisa, consiste en mantener vivos los efectos del primer delito de un modo casi negativo, más bien que como una renovación de la acción en la que verdaderamente se dé una segunda infracción a la ley.

Posiblemente Carrara sólo ve la existencia de delito en los movimientos actuales de la voluntad modificatoria de condiciones preexistentes. Todas las demás etapas en que la situación no cambia, sino que se mantiene por inercia, no producen nuevas manifestaciones de lesión al derecho.

Podría objetarse que, de tal manera, la misma noción de delitos permanentes se debilita, pues no parece tan distinto a la situación de los delitos instantáneos con efectos permanentes.

De todos modos, la teoría de Carrara ha dejado una fuerte impronta en la doctrina italiana, pues ANTOLISEI (*Manuale di diritto penale*, Milano-Dott. A. Giuffrè-Editore, año 1960, pág. 191, 4.º edición), dice que según una opinión muy difundida el delito permanente presenta siempre dos fases: la de la realización del hecho descrito en la ley, por ejemplo, la privación de la libertad y la fase del mantenimiento del estado dañoso o peligroso.

Esta división en fases respecto del delito permanente es mantenida por la doctrina, sin que, empero, se sostenga la irrelevancia penal de las etapas sucesivas a la primera. BETTIOL, fundándose en ideas de Giovanni LEONE, expresa que el carácter del delito permanente consiste en la violación de distintos preceptos, el primero prohíbe u ordena una acción y el siguiente ordena la remoción del estado antijurídico creado por la desobediencia al primer precepto. "Estamos, por lo tanto en presencia de un doble precepto de doble aspecto, con esta particularidad además: que el segundo está condicionado al primero, en el sentido de que entra en funciones en la medida en que el primero fue desobedecido" (Giuseppe BETTIOL, *op. cit.*, pág. 472/3).

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

Por eso se justifica tanto la solución de la ley alemana como la rotunda afirmación de ANTOLISEI (*op. cit.*, pág. 191), BETTIOL (*op. cit.*, pág. 122/123), de MAGGIORE (*op. cit.*, pág. 202 y ss.) y de GRISPIGNI (*op. cit.*, pág. 395/6), en el sentido de que en los delitos permanentes se aplicará la ley posterior más gravosa, si aún perdura la permanencia.

En consecuencia, toda vez que el último lapso del desarrollo del hecho que afectó a Pedro entró en vigencia la ley 24.410, corresponde la aplicación de la misma al presente caso.

10. Los arts. 139 inc. 2, 292 y 293 del C.P.

58) Tampoco encuentro objeciones para mantener la calificación por algunos de esos delitos.

En efecto, surge de la copia del Acta n° 321 suscripta en el Registro Civil de Wilde -Avellaneda- que tanto Ferian como De Francesco se presentaron allí el 26 de mayo de 1976 y declararon falsamente ser los padres del por entonces menor,

firmando dicha acta (fs. 54 y 110).

Con ese mismo acto, pues, Ferian y De Francesco suprimieron el estado civil del menor (art. 139, inc. 2) y a la vez, insertaron declaraciones falsas en relación a un hecho que el documento debía probar (art. 293, C.P.). Pero no advierto que hayan realizado algún otro hecho que quede atrapado por el art. 292 C.P. por el cual también el a quo procesó a De Francesco. En tales condiciones, propondré revocar la resolución apela respecto de esta calificación.

59) Sin embargo, la defensora oficial entiende que la imputación por los delitos previstos en los arts. 139, inc. 2 y 293 resulta errónea, "ello por cuenta dichas figuras fueron incluidas por la ley 24.410 (B.O.02/01/95) que no estaba vigente al momento de cometerse los sucesos enrostrados a De Francesco, ellos amén de que, en su caso, debería haberse aplicado la escala penal prevista en el art. 139 en su redacción anterior" (fs. 362).

Expresa que esos delitos en modo alguno configuran delitos permanentes, sino que resultan delitos instantáneos, y que, teniendo en cuenta que no se tratan delitos de lesa humanidad debe declararse la prescripción de la acción penal. Ello por cuanto, entre el día 26 de mayo de 1976, fecha en que se labró el acta de inscripción de nacimiento de Luis Alberto Ferian (hoy Pedro Luis Nadal García) en el Registro Civil de Wilde, y el 16 de noviembre del 2005, día en que se recepcionó la declaración indagatoria a De Francesco, transcurrió el plazo previsto por las disposiciones penales (fs. 362 vta.). Por ello, solicita que se declare la prescripción y se sobresea a De Francesco por los delitos previstos en los art. 139 inc. 2 y 293 del C.P.

60) En cuanto al tema referido a la prescripción de esos delitos, señalemos que la exclusión de la prescripción a su respecto parece que ha empezado a admitirse en la jurisprudencia argentina. Ese es el criterio que ha adoptado la Sala I de esta Cámara al presentarse casos en que resulta manifiestamente notoria la vinculación de hechos delictivos con delitos de lesa humanidad (ver los votos de los jueces Reboredo y Schifffrin *in re* n° 2168/I, caratulada "N.C.A. s/Inf. arts. 255 y 277 C.P.", de fecha 30 de abril de 2003). (3)

También, con un análisis un poco más general, la Sala I de la Cámara Nacional Correccional y Criminal Federal de la Capital Federal se expidió sobre el punto, al rechazar una solicitud de prescripción respecto de hechos que encuadraban en el delito 139, inc. 2, C.P. en una causa en la que se investiga la responsabilidad penal por hechos de sustracción de menores (C. 39.628 "Bignone, Reynaldo B.A. s/Excepción de prescripción de la acción penal", de fecha 28 de diciembre de 2006).

Allí, los integrantes de la Sala I manifestaron que el delito de supresión de identidad previsto en el art. 139 inc. 2 del C.P. contempla un elemento del delito de desaparición forzada de personas, cual es la "falta de información o negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona". De este modo, los integrantes de la Sala I concluyeron en que:

"La sustitución de identidad de los menores provocó que la privación de la libertad se prolongara en el tiempo y que no se pudiera poner fin a la incertidumbre derivada del desconocimiento del destino de las víctimas. Por estas razones, la sustitución de identidad fue el medio en virtud del cual se llevó a cabo uno de los elementos del delito con tra la humanidad investigado en autos".

"En consecuencia, y de acuerdo a las consideraciones precedentes, la sustracción de los menores señaladas y la sustitución de sus identidades son conductas subsumibles en el delito de *desaparición forzada de personas*".

En apoyo de los precedentes citados, cabe reparar en que la misma *Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de Personas* del año 1992, contempla también, en su art. 20, inc. 3, la gravedad de los delitos conexos a la desaparición forzada de personas y apropiación de niños, exhortando a su castigo:

"La apropiación de niños de padres víctimas de desaparición forzada o de niños nacidos durante el cautiverio de una madre víctima de una desaparición

forzada, así como la falsificación o supresión de documentos que atestigüen su verdadera identidad, constituyen delitos de naturaleza sumamente grave que deberán ser castigados como tales".

Y también, la *Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, firmada por representantes del Estado Argentino en febrero de 2007, expresa en su art. 25:

"1. Los Estados Partes tomarán las medidas necesarias para prevenir y sancionar penalmente:

a) La apropiación de niños sometidos a desaparición forzada, o de niños cuyo padre, madre o representante legal son sometidos a una desaparición forzada, o de niños nacidos durante el cautiverio de su madre sometida a una desaparición forzada;

b) La falsificación, el ocultamiento o la destrucción de documentos que prueben la verdadera identidad de los niños mencionados en el inciso a) supra...".

61) Desde mi punto de vista, estimo que, sin que el caso reúna los requisitos estrictos del concurso ideal, en cuanto requiere la necesidad de que exista un sola acción temporo-espacial que produzca más de una infracción, la inseparabilidad de las lesiones producidas por los delitos de los arts. 139, inc. 2 y 293 C.P., respecto de la retención, determina que, por un lado, el tratamiento de esos delitos se enmarque en el ámbito o contexto del derecho de gentes, lo que excluye la prescripción a su respecto, y, por el otro, que el hecho no sea calificable de acuerdo con la categoría prevista por el art. 55 C.P., sino con la prevista por el art. 54 C.P.

62) En cuanto a la otra manifestación de la defensa relativa a la aplicación del art. 139 inc., 2 C.P. anterior a la reforma de la ley 24.410, no corresponde hacer lugar al agravio, por los argumentos brindados en el considerando 57.

Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo confirmar la resolución apelada, modificando la calificación legal de la conducta de De Francesco, considerándola autora de los delitos previstos y reprimidos por los arts. 146 (texto según ley 24.410), 139, inc. 2 (texto según ley 24.410) y 293, C.P., en concurso ideal (art. 54 C.P.).

Así lo voto.

EL DOCTOR FLEICHER DIJO:

I. Luego de una profunda lectura y estudio al meduloso voto realizado por el Dr. Leopoldo Héctor Schiffrin, adhiero a la solución que propone.

Sin perjuicio de ello, agregaré mi opinión respecto al momento en que el delito imputado previsto en el artículo 146 del Código Penal cesó de cometerse, el que a diferencia del pensamiento expuesto por el Dr. Schiffrin, a mi entender, en las especiales circunstancias presentadas en autos, corresponde ubicarlo temporalmente al momento en que Pedro Luis García Nadal tomó conocimiento de su verdadera identidad, o sea en el mes de octubre de 2004.

Adelantado ello, fundamentaré mi postura.

II. El relato de las vicisitudes que debió padecer García Nadal hasta que fuera anoticiado de su verdadera identidad se encuentra debidamente plasmado en el "punto 8. El hecho", del voto del Dr. Schiffrin, al cual me remito, no solo por su completitud, sino para evitar repeticiones innecesarias.

Ahora bien, de la prueba aportada a la causa, se encuentra acreditado que Pedro Luis García Nadal fue secuestrado junto con su madre entre el 5 y el 6 de marzo de 1976, cuando tenía pocos meses de vida y, que antes del 26 de mayo de 1976, fue sustraído fuera de la esfera de la custodia de su madre, Hilda García, por Luis Alberto Ferián.

Así las cosas, surge crudamente, que vivió y fue educado por personas extrañas, con nombres y apellido falso -Luis Alberto Ferián-, y sin lugar a dudas una cultura, idiosincrasia, ética y forma de vida totalmente diferente a la de su familia original, la que naturalmente le correspondía.

Esta situación, determinó que Pedro Luis García Nadal -sustraído y retenido ilegalmente- se viera impedido de convivir, formarse, identificarse e interactuar con su núcleo original. Se le mintió en forma constante y ello persistió hasta que en el año 2004, la verdad salió a la luz.

Este y no otro es el momento del cese del delito. Cuando la víctima deja su estado de cautiverio inconsciente, es allí mismo que culmina la retención ilegal prescripta por el tipo penal electo por el a quo.

III. A partir de esa nueva realidad la víctima comenzó el largo camino tendiente al recupero de su verdadera identidad, en cuyo recorrido tiene la enorme y dificultosa tarea de descubrirse como Pedro Luis García Nadal y abandonar al Luis Alberto Ferián.

Es más, la situación de este hombre es más grave que la de un secuestrado común. Es el caso de la oscuridad de la oscuridad, de la ignorancia de la ignorancia, ya que había sido sumido, con absoluta premeditación, en la total tergiversación de su realidad. Ni siquiera sabía que había sido sustraído y que estaba siendo retenido en forma ilegal, por quien decía ser su madre adoptiva, la hoy imputada Yolanda De Francesco.

Convivió con sus victimarios, como si fueran sus padres. Debe resultar terrible darse cuenta que se ama o amaba al autor del o los delitos por los cuales uno no sabe quien es o quien pudo haber sido, y que tal vez, jamás se llegará a ser.

Por supuesto que esta situación se encuentra indisolublemente vinculada con la familia de la víctima. Ellos también han padecido similar horror. Saben o suponen que tienen un nieto, un sobrino, pero no dónde está, bajo qué nombre, cuál es su situación. En alguna medida poseen una ventaja, tienen la esperanza de encontrarlo. La víctima directa ni eso detenta, ya que no sabe siquiera que es sujeto pasivo del delito de sustracción y que sigue siendo víctima de una retención ilegal, sin solución de continuidad desde que fuera sustraída de su familia.

En ese contexto, cabe afirmar, pues, que la madre de Pedro no sólo fue asesinada una vez, sino que ocurrió algo que parecería imposible, resultó nuevamente víctima de ese delito, al quitarle la posibilidad de continuar a través de su hijo. De perpetuarse mediante su descendencia. De trascender a pesar de la desaparición física.

Gracias al trabajo y la dedicación de las organizaciones de derechos humanos, la segunda muerte, al menos, pudo evitarse.

Por más que el tiempo haya transcurrido, a los efectos de la verdad y la justicia, la víctima sigue siendo el mismo bebé sustraído del seno de su familia. Es más, día a día, aprendizaje tras aprendizaje, la brecha se agranda, como dos senderos que se abren y separan metro a metro. Se percibe como esa incapacidad original del menor se ha visto incrementada con el paso de los años.

Pensemos en lo difícil que es desandar un camino que no es el propio de casi treinta años y tener que comenzar a transitar el que efectivamente pertenece a esa persona.

Esa criatura desamparada sólo deja de serlo, cuando la verdad desgarrar el velo que tejió por tantos años la imputada. Recién allí cesa el delito, y la víctima, sumido en un terrible estado de debilidad y contradicción, puede comenzar, en parte a recuperar su identidad.

Y esto es así, ya que estamos frente a una persona a la que se le había birlado su capacidad, basada en el engaño sufrido desde mayo de 1976. En ese orden de ideas, resulta ilustrativa la declaración testimonial prestada en sede judicial donde manifestó su sorpresa total frente al contenido de la denuncia origen de autos, y que en ningún momento tuvo algún tipo de comentario en relación a esos hechos por parte de sus padres, Luis Alberto Ferián y de su madre adoptiva,

Yolanda de Francesco.

El espurio accionar construido y sostenido por la imputada, generó ataduras mucho más fuertes que cualquier soga o cadena que pudiera tener apresado a un retenido común. Este último tiene la posibilidad de la fuga. Pedro Luis Nadal por sí, como el mismo manifestara, jamás se hubiera imaginado no ser Luis Alberto Ferián. De allí mi convicción acerca del cuando se produce el cese del delito.

En otro compartimento, pero unido por el mismo hecho se encontró la familia de Pedro García Nadal. Empezaron a dejar de padecer, cuando al descubrirse la verdad comenzaron a recuperar a su pariente. No antes.

Si se vive en un engaño continuo no se dispone de real libre albedrío. Y la persona no es tal si no lo puede ejercer.

IV. Como sabemos, el art. 34 del Código Penal al referirse a la imputabilidad, establece que no son punibles: "el que no haya podido en el momento del hecho, por ... error o ignorancia de hecho no imputable, ... o dirigir sus acciones ...". Si bien en este caso no estamos hablando del concepto de imputabilidad, ya que como resulta obvio, Pedro Luis García Nadal no está imputado en autos de delito alguno, cito este artículo a efectos de destacar que en el plexo legal se amerita la incapacidad derivada de un error o ignorancia, ... como el que padeció éste por largos años.

Recordemos que estamos hablando de capacidad y discernimiento, y que según el Diccionario de la Real Academia Española, se tratan del talento o disposición para comprender bien las cosas y del juicio por cuyo medio percibimos y declaramos la diferencia que existe entre varias cosas.

A su vez, el artículo 52 del Código Civil establece que las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones. Se reputan tales todos los que en este Código no están expresamente declarados incapaces. Por su parte, de otra norma del mismo cuerpo legal -artículo 52.2- emana que tienen incapacidad absoluta los menores impúberes.

En ese orden de ideas, el artículo 126 establece que son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de veintiún años y el artículo 127 sostiene que son menores impúberes los que aún no tuvieran la edad de catorce años cumplidos, y adultos los que fueren de esa edad hasta los veintiún años cumplidos.

Por otra parte, el artículo 1076 de nuestro Código Civil, en referencia al menor de diez años, establece que: "Para que el acto se repute delito, es necesario que sea el resultado de la libre determinación de parte del autor. El demente y el menor de diez años no son responsables de los perjuicios que causaren".

Aquí conviene subrayar que el artículo 1072 del Código citado define: "el acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro, se llama en este código *delito*".

De manera tal que podemos decir que nuestro Código Civil prescribe que los menores de diez años son irresponsables de los perjuicios que causaren, pues no los considera capacitados de ejecutar actos ilícitos a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro.

O sea que las personas de esa edad son consideradas incapaces incluso para la realización de actos ilícitos a sabiendas, equiparándolos a dichos efectos con los dementes.

VI. Esa es la edad -diez años-, que se aprecia en el artículo 146 del Código Penal cuando establece como delitos la sustracción de un menor del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare.

De esta última norma, surgen dos situaciones diferentes: la primera, el secuestro, luego, la retención u ocultamiento de ese menor de diez años sustraído del poder de sus padres. No hace referencia a plazos de retención u ocultamiento, solo que el inicio debe darse previo a los diez años.

El legislador estableció esta edad, por considerar al menor de diez años incapaz de tener posibilidades ciertas y concretas de generar los pasos necesarios a

efectos de remediar con éxito la situación de sustracción de sus padres.

Y este es exactamente el caso de autos, extendido en el tiempo por el modo en que los hechos continuaron en la historia de Pedro García Nadal. Hasta el surgimiento germinal de su verdadera identidad, no fue posible que tuviera el talento o disposición para comprender bien las cosas vinculadas a su retención ilegal.

Resulta claro que la víctima no poseía la capacidad ni el discernimiento como para evaluar siquiera esta posibilidad. Sus propios dichos lo demuestran.

Ningún plazo legal o convencional que modifica el estado civil de una persona, altera esta realidad. Pedro Luis García Nadal siguió siendo sujeto pasivo del delito de retención hasta tanto se descubrió la verdad, recuperó su capacidad de decisión y dejó de ser Luis Alberto Ferián. Más aún, existen - no tengo dudas-, muchas otras víctimas en similar situación que la del caso de autos, que aún ni siquiera saben que lo son, e incluso algunas que no quieran saberlo, a causa del trauma que padecen. Ellos aún viven en la oscuridad de la oscuridad, sin que el hecho de que hayan adquirido la mayoría de edad modifique esta situación.

Para el caso, reitero, siguen siendo los mismos bebés indefensos y secuestrados, sin capacidad para desentrañar su verdadera identidad, iguales hoy que al momento en que les comenzaron a cambiar su existencia, sin derecho alguno.

Sólo se puede ser uno, cuando se respeta la identidad propia, no cuando, so pretexto de que se te permita vivir, te obligan a resignar tu propio ser. Esa alternativa es inaceptable. Y más inaceptable aún es que ni siquiera le hayan dado a la víctima la opción de elegir, mintiéndole acerca de quien es y quien es su familia.

VII. Efectuadas las reseñas que entendí oportunas, cabe reiterar, como fue debidamente explicado en el voto de mi colega preopinante, que estamos frente a un delito de lesa humanidad, imprescriptible.

Y que como lo expuse, en mi opinión, no cesa al arribar la víctima a la mayoría de edad, sino que ello acontece cuando efectivamente recupera su libertad de decisión. En el caso, cuando Pedro Luis García Nadal supo cual era su verdadera identidad.

En ese contexto, Yolanda De Francesco, tuvo la oportunidad durante más de veinticinco años de liberar - en el sentido que otorgué en este voto- a Pedro Luis García Nadal.

No lo hizo y, conocía o debió saber las consecuencias de sus actos y el grave perjuicio que diariamente le ocasionaba a quien llamaba hijo adoptivo, utilizando para ello, paradójica y morbosamente, el mismo nombre que el autor de su sustracción y, también victimario de su madre.

A ello cabe agregar, que De Francesco, no podía estar ajena a la realidad del país, del accionar de los poderes del Estado Nacional y de las organizaciones no gubernamentales, tendientes al recupero de la identidad de los niños secuestrados durante la dictadura militar.

Sentado lo expuesto, y teniendo presente el momento en que el delito imputado a De Francesco, en mi consideración, cesó de cometerse, la normativa aplicable es la prevista por la ley 24.410 (artículo 146 del Código Penal).

Así lo voto.

EL DOCTOR COMPAIRED DIJO:

Que adhiero al ilustrado voto realizado por el vocal preopinante, Dr. Leopoldo Héctor Schiffrin.

Así lo voto.

Por todo lo expuesto, el Tribunal **RESUELVE:**

CONFIRMAR la resolución apelada, modificando la calificación legal de la conducta de Yolanda De Francesco, considerándola autora de los delitos previstos y reprimidos por los art. 146 (texto según ley 24.410), 139, inc. 2 (texto según ley 24.410) y 293, C.P., en concurso ideal (art. 54 C.P.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase. Fdo. Jueces Sala II Dres. Leopoldo Héctor Schifffrin. Gregorio Julio Fleicher (según mi voto). Carlos Román Compáired.

Ante mi: Dra. Ana Miriam Russo. Secretaria.

NOTAS (1) Publicado en el rubro FALLOS DESTACADOS del sitio WWW.PJN.GOV.AR-carpeta temática DERECHOS HUMANOS Y DELITOS DE LESA HUMANIDAD (FD.161); **(2)** idem en carpetas temáticas PENAL y LEY PENAL TRIBUTARIA (FD.380); **(3)** idem carpeta temática DERECHOS HUMANOS Y DELITOS DE LESA HUMANIDAD (FD.87).