



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CRIM. Y CORR. DE SAN MARTIN 2
FSM 25005851/2012

San Martín, 19 de junio de 2019.

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en el expediente **FSM 25005851/2012 (5851/12)** del registro del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional 2 de San Martín, a mi cargo, Secretaría 5, a cargo del Dr. Hernán A. Roncaglia, respecto de la situación procesal de **S. B. G.**, titular del D.N.I. X, nacida en X, asistida técnicamente por el Dr. Matías Camino.

Interviene en este caso el Dr. Jorge C. Sica, en su calidad de titular de la Fiscalía Federal en lo Criminal y Correccional de San Martín, así como la Dra. Gabriela Maceda, titular de la Defensoría Pública Oficial de San Martín, en calidad de asesora de menores.

Y CONSIDERANDO:

I. Introducción

La causa se inició el 4 de septiembre de 2012 a raíz de la denuncia radicada por C. F. M., quien manifestó que en el contexto del juicio sucesorio de su hermano –P. P. M.– y, en particular, durante una disputa con **S. B. G.** –su viuda–, tomó conocimiento que sus sobrinos –H. A. y M. A.– no eran hijos biológicos de ellos, tal como lo reflejaban las actas de nacimiento (ver fs. 1/2 y 97/100).

Sobre esa base, luego de recabar el impulso del Ministerio Público (artículo 180 CPPN), así como distintos elementos de prueba (ver fs. 102/3), concluí que debía practicarse un estudio de histocompatibilidad para despejar el parentesco controvertido (ver fs. 194/5 y 214).

Esto ocurrió el 13 de marzo del año pasado (ver fs. 315/7), dado que la defensa resistió la concreción del examen. Puntualmente, efectuó un planteo de nulidad y se opuso a que **G.** llevara a M. A. –menor de edad y a su cuidado– al Cuerpo Médico Forense hasta tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación tomara una decisión en el caso (ver fs. 279/81 y 311).

Cabe poner de relieve que dicho tribunal no abrió el recurso

deducido y la imputada ofreció su consentimiento para la entrega de ADN en los términos del artículo 218 bis. del Código Procesal Penal de la Nación, al tiempo que se comprometió a acompañar al menor al cuerpo médico. Su consentimiento –el del niño– ya lo había ofrecido la asesora de menores (ver fs. 198), mientras que H. A. –mayor de edad– hizo lo propio oportunamente (ver fs. 240).

En ese estado de cosas, se practicó el peritaje y se determinó que quedaba excluida la existencia de vínculo biológico de maternidad entre G. y los jóvenes inscriptos como H. A. y M. A. M. (ver fs. 322/32).

Como corolario, convoqué a la imputada a prestar declaración indagatoria de acuerdo a lo contemplado por el artículo 294 del Código Procesal Penal de la Nación y adopté medidas cautelares para asegurar los fines del proceso. En concreto, la obligación de que concurra al tribunal entre el 1 y el 5 de cada mes, así como su prohibición de salida del país y la de M. A. M. (ver fs. 333/5).

II. La imputación

En la audiencia prevista por el artículo 294 del Código Procesal Penal de la Nación se atribuyó a G. lo siguiente:

“Haber sustraído, retenido y ocultado a dos menores de diez años – en circunstancias de tiempo, modo y lugar inciertas– que en la actualidad figuran inscriptos ante los registros oficiales como H. A. M. (D.N.I. X) y M. A. M. (D.N.I. X); a quienes luego de apropiárselos los habría anotado como hijos biológicos de ella y del fallecido P. P. M.

Esto provocó un estado de incertidumbre sobre la identidad de ambos damnificados hasta el día en que se corroboró, a través del estudio de histocompatibilidad practicado por el Servicio de Genética Forense del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional, que no existe vínculo biológico de maternidad tal como deriva de las actas de nacimiento.

Cabe poner de relieve que de conformidad con estas últimas piezas



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CRIM. Y CORR. DE SAN MARTIN 2
FSM 25005851/2012

H. A. M. habría nacido el 18 de marzo de 1989, mientras que M. A. M. el 17 de agosto de 2005” (ver fs. 348/9).

III. La defensa

En la ocasión **G.** formuló un descargo. En síntesis, dijo que su marido tenía intenciones de tener descendientes y que ella no podía tener hijos. Por lo que, luego de manifestarle que de algún modo iba a arreglarlo, apareció de *“buenas a primeras”* con el más grande *“que era chiquito”*, a la postre llamado H. A.

Al respecto, precisó que fueron a anotar al Registro Civil en compañía de un abogado –a preguntas del tribunal mencionó que se llamaba Gustavo Picoroso y que había fallecido recientemente– y que en función de la intervención de un profesional, no advirtió que pudiera tener problemas legales. Por lo demás, agregó que se hacía lo que su esposo decía, quien *“... tenía un temperamento bastante fuerte...”* y *“...había que hacerle caso...”*, pues *“...cuando se ponía malo se ponía malo...”*.

Con relación a M. A., mencionó que con el paso del tiempo y el hecho de que H. A. *“...ya no estaba dentro de la casa...”* surgieron los mismos problemas. Y *“...discusión va y discusión viene arregló el problema de la misma manera...”*.

Sobre el particular, agregó que también intervino el abogado y que tenía que hacer lo que él –su marido– decía, dado que era un tipo violento y que de otro modo se hubiese quedado en la calle.

IV. Valoración probatoria y jurídica

Una cuestión preliminar: la inaplicabilidad el artículo 146 del Código Penal

El comportamiento de **G.** encontraría encuadre legal en los artículos 146, 139, inciso 2º, y 293 del Código Penal. Así lo subrayó el fiscal y la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín en ocasión de dictaminar y pronunciarse –respectivamente– en el *Incidente de falta de acción*

promovido por la defensa (ver fs. 4/8 y 37/40 de dicho legajo).

No está de más destacar que el artículo 146 sanciona a quien sustrajere a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y a quien lo retuviere u ocultare.

El 139, inciso 2º, hace lo propio con el que por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare, suprimiere la identidad de un menor de 10 años, y el que lo retuviere y ocultare.

Y el 293 al que insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento deba probar de modo que pueda resultar perjuicio.

Con ese punto de partida, debo señalar que es prácticamente unánime la doctrina cuando enseña que la configuración de la hipótesis delictiva prevista en el artículo 146 requiere inexorablemente que se hubiere verificado la sustracción previa del menor de diez años.

En efecto, en este sentido, trae a colación Donna, con cita de Creus, que *“...el pensamiento de que se trata de tres acciones distintas, totalmente autónomas entre sí, que tantos problemas interpretativos ha traído a nuestra doctrina, está completamente superado: la retención u ocultación tiene que referirse a un menor que haya sido sustraído para que tales conductas resulten típicas...”* (Donna, Edgardo Alberto, “Derecho Penal. Parte especial”. Tomo II-A. Rubinzal Culzoni, 2005, página 217).

Lo propio tiene dicho Pérez Lance, en la obra dirigida por Baigún y Zaffaroni, en tanto da cuenta que *“...todos coinciden en que retener y ocultar son acciones típicas que exigen como presupuesto indispensable que se trate de un niño previamente sustraído...”* (Baigún, David y Zaffaroni, E. Raúl, “Código Penal y normas complementarias...”, Hammurabi, 2008, Tomo 5, página 487).

El mismo criterio rige en el ámbito de la Cámara Federal de Casación Penal. Sólo a modo de ejemplo, cabe mencionar que el juez



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CRIM. Y CORR. DE SAN MARTIN 2
FSM 25005851/2012

Gustavo M. Hornos señaló en “Ricchiuti, Luis José y Hermann, Elida Renée” que “...*el artículo 146 del C.P., como es sabido, requiere como antecedente inmediato la acción de sustracción de un menor de diez años...*” después de enumerar los precedentes que integran dicha línea jurisprudencial (CFCP, Sala IV, causa n° 13.968, reg. n° 2562/12, rta. el 27/12/12).

Y por si fuese poco, de este modo también se pronunció la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín en el precedente “Portiglia, Stella Marís s/inf. Arts. 139, 146 y 293 Código Penal de la Nación”, cuyos argumentos utilicé en el caso FSM 1087/2013, caratulado “Monsalbo” del registro de la Secretaría 4, que adquirió firmeza.

Puede apreciarse entonces que la doctrina y la jurisprudencia, aseveran que los verbos típicos contemplados en el artículo 146 –sustraer, retener y ocultar– no constituyen modalidades comisivas autónomas, sino que la primera de ellas –la sustracción– constituye el punto neurálgico o esencial del tipo penal.

En este estado de cosas, no puedo sino subrayar que luego de una extensa investigación (ver fs. 194/5) no ha sido recabado un solo elemento de prueba que permita –siquiera indiciariamente– verificar la sustracción previa de los jóvenes anotados en los registros oficiales como H. A. y M. A. M.

En todo caso, se cuenta con el descargo de la imputada, en tanto manifestó que fue P. P. M. quien se ocupó de traer a los niños, alegando que desconocía cualquier detalle de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ello habría sucedido.

Así entonces, dado que –insisto– no hay una sola prueba que contradiga el descargo, como tampoco otra línea de investigación por explorar –pues está acreditado el fallecimiento de M.–, no es posible poner sus dichos en tela de juicio.

De modo que estoy obligada a descartar la sustracción previa de los niños; cosa que, dicho sea de paso, tampoco es algo antojadizo, dado que bien pueden haber llegado a manos de M. a instancias de una “*entrega voluntaria*”, lo que, más allá del reproche que pueda merecer en otro ámbito, no constituye un acto delictivo.

A lo que apunto –y con esto cierro el apartado– es que no ha sido corroborado que hubiese acontecido una sustracción previa. **Por lo que deviene ineludible desechar la aplicación del artículo 146 del catálogo penal.** Sigamos.

La significación penal de la conducta atribuida a la luz de los artículos 139 inciso 2° y 293 del CP

A raíz de lo expuesto, puede apreciarse que la evaluación del comportamiento de G. debe efectuarse sobre la base de los artículos restantes. Me ocuparé primero del supuesto de H. A., dado que en el momento en que habría ocurrido regía otra redacción del artículo 139, inciso 2°, que tendrá una repercusión en el desenlace del caso.

a. El supuesto de H. A. M.

Las actas de nacimiento, sin perjuicio de su falacia histórica, reflejan sin hesitación que los hechos no ocurrieron simultáneamente.

Ciertamente, dichas piezas enseñan que la imputada concurrió al registro civil el 7 de abril de 1989 en el caso de H. A. y el 4 de noviembre de 2005 en el de M. A.

Siendo ello así, adquiere relevancia la circunstancia de que la redacción vigente del artículo 139, inciso 2°, del CP data de 1994. De modo que, tal como adelanté, corresponde analizar el primer supuesto –sucedido en 1989– de acuerdo al tipo penal vigente en ese momento que –hete aquí lo importante– **no contemplaba entre los verbos típicos la acción de retener y ocultar** (conf. ley 11.719).

Así entonces –se impone reiterarlo– se tiene que G. concurrió al



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CRIM. Y CORR. DE SAN MARTIN 2
FSM 25005851/2012

registro el 7 de abril de 1989, exhibió un certificado de nacimiento a nombre de H. A. M. –también fraguado– y obtuvo la partida que provocó incertidumbre sobre su identidad (ver fs. 130/1).

Este *raid* delictivo sin duda alguna constituye un solo hecho en los términos del artículo 54 del Código Penal. Es que la falsedad ideológica del acta (artículo 293 CP) constituyó el medio –el acto cualquiera en los términos del texto original del artículo 139, inciso 2º– que permitió hacer incierta la identidad del joven.

Y el punto neurálgico del caso, amén del concurso aplicable, es que me encuentro frente a tipos que contemplan delitos instantáneos y, como tales, que se consuman cuando se perfecciona la acción del sujeto activo, sin perjuicio que sus efectos se prolonguen en el tiempo.

En este sentido, enseña D’Alessio que “...*el delito previsto por el tipo en estudio [el artículo 293] se consuma cuando el documento público queda perfeccionado como tal...*” (D’Alessio, Andrés J. “Código Penal de la Nación. Comentado y anotado”, La Ley, 2009, Tomo II, pag. 1503).

Por su parte, Navarro destaca que “...*uniforme es la doctrina en señalar que se trata de una infracción material, que se perfecciona cuando el autor, por un acto cualquiera, ha logrado hacer incierto, alterar o suprimir el estado civil... y aunque sus efectos generalmente tengan cierta permanencia, se trata de un delito de carácter instantáneo...*” (Baigún, David y Zaffaroni, E. Raúl, “Código Penal y normas complementarias...”, Hammurabi, 2008, Tomo 9, pagina 109).

En este estado de cosas, visto que el comportamiento de la imputada se agotó el 7 de abril de 1989; que transcurrió con holgura el máximo de la pena señalada para el concurso de delitos aplicable –seis años de prisión de acuerdo a la ley vigente (artículo 293 según texto original CP)–; y que no se verifica ningún acto con entidad para interrumpir o suspender el curso de la extinción de la acción penal por prescripción, pues no registra

antecedentes penales y el primer llamado a prestar declaración indagatoria ocurrió el 24 de mayo de 2018 –es decir cuando ya había operado dicho lapso a la luz de la calificación legal aplicable–, **estoy obligada a declarar extinguida la acción en los términos señalados y decretar su sobreseimiento respecto de este hecho (artículo 62 inciso 2° CP y 334 y 336 inciso 1° CPPN).**

b. El supuesto de M. A. M.

1. A diferencia de lo expuesto, en el lapso en que se desarrolló el episodio en perjuicio de M. A. –4 de noviembre de 2005– regía la redacción actual del artículo 139, inciso 2°, del CP, que castiga al que por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare, suprimiere la identidad de un menor de 10 años, **y al que lo *retuviere y ocultare*** (conf. ley 24.410).

De modo que la acción penal se encontraría vigente. Sin embargo, una lectura detenida de la cuestión me obligará a adoptar el mismo temperamento (artículo 62 inciso 2° CP y 334 y 336 inciso 1° CPPN). Veamos.

2. Se encuentra fuera de controversia que **G.** se presentó el 4 de noviembre de 2005 en el registro civil junto a P. P. M., exhibió un certificado de nacimiento falso a nombre de M. A. y obtuvo la partida que provocó incertidumbre sobre su identidad (ver fs. 149/52).

Digo esto, pues más allá del escenario de certeza que deriva del estudio practicado por el Servicio de Genética Forense del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional, resulta que la propia imputada reconoció en la audiencia de declaración indagatoria que no era la madre biológica de los jóvenes y que intervino en los acontecimientos descritos.

Desde ese lugar, tampoco estaría en discusión que al menos ese segmento del *raid* delictivo encuadra en el delito de falsedad ideológica de un instrumento público en concurso ideal con el de supresión de identidad de un menor de diez años (artículos 54, 139, inciso 2°, y 293 CP).



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CRIM. Y CORR. DE SAN MARTIN 2
FSM 25005851/2012

Sin embargo, lo que merece debate y, en concreto, constituye el quid del análisis probatorio, es si el comportamiento asumido a la postre podría tratarse de una modalidad de retención u ocultamiento.

Es que si no fuese así, debería adoptar *sin más* el mismo temperamento que en el supuesto de H. A.. Nótese que desde la fecha de obtención del acta de nacimiento —4 de noviembre de 2005— también transcurrió la pena máxima señalada para el concurso de delitos aplicable —ocho años de prisión de acuerdo al artículo 293 según ley 24.410—.

3. Así entonces, no puedo sino reparar en que el diccionario de la Real Academia Española enseña que retener es *“impedir que algo salga, se mueva, se elimine o desaparezca”* y ocultar *“esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista”* o *“callar advertidamente lo que se pudiera o debiera decir, o disfrazar la verdad”*.

Por otro lado, en el ámbito jurídico-penal, se tiene que Guillermo Rafael Navarro y Luciano Munilla Terzy traen a cuento que retener, según Buompadre, consiste en mantener al menor dentro de un espacio físico determinado y que, de acuerdo a Laje Anaya, retiene el que recibe al menor, el que lo tiene en su poder e impide que recupere o vuelva a su estado anterior, que cesó por la comisión de cualquier acto tendiente a hacer incierta, alterar o suprimir su identidad (Comentario al artículo 139 inciso 2° del CP en Baigún, David y Zaffaroni, E. Raúl, “Código Penal y normas complementarias...”, Hammurabi, 2008, Tomo 5, página 126).

A continuación, con cita de Creus, señalan que oculta el que, teniendo al niño, impide que otros u otros conozcan, sepan o se enteren de la presencia de ese menor en el lugar en que se encuentran; como así también, *“el que, sin guardarlo por ocultación en un lugar determinado, procede a ocultar fraudulentamente su persona, por ejemplo, disfrazándolo”* (Ob. cit., pagina 126).

Por su parte, Fontán Balestra escribe que retiene quien impide que

el sujeto pasivo se aparte del lugar en que se halla, manteniéndolo fuera de su esfera de custodia; al tiempo que oculta quien impide la vuelta del menor a la situación de tutela en que se hallaba (Fontán Balestra, Carlos; “Derecho Penal. Parte Especial”, Abeledo-Perrot, 2008, página 319).

Y por último, Nuñez dice que retiene al menor el que lo mantiene consigo y oculta el que lo esconde a la vista y conocimiento de terceros (Nuñez, Ricardo; “Manuel de Derecho Penal Especial”; Edición actualizada por Víctor Félix Reinaldi, 1999, página 140).

4. En este estado de cosas, advierto que el comportamiento de G. no se adecúa a ninguno de los escenarios descritos. Desde el vamos, porque el propio relato del denunciante enseña que desde un comienzo se mostró abiertamente junto a los niños en sociedad (ver fs. 1/2 y 97/100).

En efecto, el testimonio refleja que C. F. M. conoció a H. A. cuando tenía aproximadamente un mes y que supo de la existencia de M. A. a poco de integrarse –por decirlo de algún modo– al ámbito familiar.

Esto guarda correlación con las piezas recabadas durante la instrucción, dado que reflejan que los bautizó, luego los escolarizó y que, oportunamente, se ocupó de que llevaran adelante actos propios de la vida madura y cotidiana, como lo es el acceso paulatino al mercado laboral o, incluso, que recibieran terapia (ver fs. 10 y 365 y el informe socio-ambiental en el Legajo de Personalidad).

De manera que puede apreciarse, siguiendo al diccionario de la Real Academia Española, que “no les impidió que salieran” o se “movieran”, al tiempo que no los “escondió” o “tapó”. Y en la misma línea, pero ahora sobre la base de la doctrina citada, que no los mantuvo en un espacio físico determinado, ni impidió que otros se enteraran o conocieran su presencia.

Así entonces, amén de cualquier impresión –o rechazo– que pueda provocar la conducta atribuida, pues se trata de una hipótesis delictiva de singular y especial gravedad, en tanto obturó a los jóvenes cualquier acceso



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CRIM. Y CORR. DE SAN MARTIN 2
FSM 25005851/2012

o dato vinculado con sus orígenes y, por ende, que les permitiera conocer – o reconstruir– su propia historia; se colige que no realizó actos estrictos de retención u ocultamiento.

En definitiva, lejos de la opacidad y clandestinidad, así como de la concreción de comportamientos o esfuerzos adicionales, se valió únicamente de la situación de hecho generada por la sola supresión de identidad mediante la falsedad ideológica de las actas de nacimiento para sobrellevar los actos civiles que le deparó la vida social de los niños.

En todo caso, el único *plus* que pudo haber añadido al escenario ilícito –la disipación absoluta y prácticamente permanente de la identidad de los jóvenes provocada por la conducta delictiva inicial– no habría sido otro que el de callar la verdad. Dicho de otro modo, el de guardar silencio frente a damnificados y terceros.

Pero ello –reitero– más allá del reproche que pueda merecer en un plano ajeno al jurídico-penal, no podría utilizarse para enarbolar una suerte de *otro* comportamiento delictivo a instancias de una ficta y renovada intención criminal. Mucho menos, para erigir una artificiosa solución de continuidad –volveré sobre esto– con un hecho ocurrido y agotado con anterioridad.

Si así fuere, estaría exigiendo de parte de la imputada un acto cuasi heroico, cual sería el de revelar la verdad y, por derivación lógica, confesar su propio delito, so pena de incurrir en la comisión de *otro* comportamiento delictivo. Lo que, dicho sea de paso, implicaría una vulneración –solapada– de la prohibición de auto-incriminación.

Así entonces, debo concluir que en este supuesto en particular no advierto que la conducta de la imputada encuadre en las modalidades de retención u ocultamiento previstas en el artículo 139, inciso 2º, del CP.

Mal que me pese, la pérdida de la identidad de los niños ha sido la consecuencia o efecto absoluto –y permanente– de la comisión de un delito

previo. Esto es, la supresión de la identidad mediante la falsedad ideológica del acta de nacimiento.

En ese marco, el comportamiento asumido con posterioridad no es posible encuadrarlo en las variantes delictivas bajo examen. Por un lado, porque distó abiertamente de cualquier forma estricta de retención u ocultamiento.

Y por el otro, dado que –íntimamente ligado con ello– se ciñó a procurar, prácticamente por inercia del delito previo, el desenvolvimiento de su vida social merced al estado –y provecho indebido– obtenido, guardando silencio y evitando cualquier situación que la pueda exponer frente a los jóvenes apropiados, terceros o las autoridades públicas.

En definitiva, está a la vista que no ejerció ni practicó otro aporte al *raid* delictivo, más que el de abstenerse de confesar la comisión de un delito previo; lo que, reitero, no puede ser objeto de reproche penal sin hacer mella de la garantía que prohíbe la auto-incriminación.

Se trata del escenario de los delitos *con* efectos permanentes o de estado, donde la comisión del hecho tiene por consecuencia necesaria un estado antijurídico duradero, cuya permanencia en el tiempo excede de la voluntad del autor (Mir Puig, S., “Derecho Penal. Parte General”, B de F, 8va. Edición, p. 224).

Así las cosas, visto que desde la fecha de obtención del acta de nacimiento de M. A. –4 de noviembre de 2005– transcurrió la pena máxima señalada para el concurso de delitos aplicable –ocho años de prisión de acuerdo al artículo 293 según ley 24.410–; y que no se verifica ningún acto con entidad para interrumpir o suspender el curso de la extinción de la acción penal por prescripción, pues no registra antecedentes penales y el primer llamado a prestar declaración indagatoria ocurrió el 24 de mayo de 2018 –es decir cuando ya había operado dicho lapso a la luz de la calificación legal aplicable–, **estoy obligada a declarar extinguida la**



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CRIM. Y CORR. DE SAN MARTIN 2
FSM 25005851/2012

acción en los términos señalados y decretar su sobreseimiento respecto de este hecho (artículo 62 inciso 2° CP y 334 y 336 inciso 1° CPPN).

V. Adenda: de la jurisprudencia que regiría en la temática y la vulneración del principio de legalidad

1. Amén de lo expuesto, no pierdo de vista que es prácticamente inevitable emparentar la conducta atribuida a G. con uno de los períodos más trágicos de nuestra historia reciente: la última dictadura cívico-militar.

El avance de los procesos penales por las graves violaciones a los derechos humanos dan cuenta que la represión estatal incluyó entre sus prácticas sistemáticas la apropiación de niños nacidos en cautiverio, a instancias del secuestro de sus madres por razones ideológicas y políticas. El destino, en la mayoría de los casos, es aún incierto (Gaitán, M., “Cómo buscar una aguja en un pajar con los ojos vendados. Un análisis de la actuación de la justicia argentina en casos de apropiación de niños durante el terrorismo de estado”, en Anitua, I. “Los juicios por crímenes de lesa humanidad. Enseñanzas jurídico-penales”, Didot, 2014, p. 20/1).

Siendo ello así, la supresión de la identidad de los niños apropiados y, por tanto, la imposibilidad de acceder a cualquier dato sobre su origen, además de lesionar severamente los derechos de los damnificados directos, continúa siendo un obstáculo para despejar el paradero de las madres desaparecidas.

En ese marco, debo decir que existe una profusa y consolidada jurisprudencia que establece que las conductas de sustracción, retención y ocultamiento de un menor, así como hacer incierto el estado civil de un menor de diez años mediante la falsificación de un documento público, integran una modalidad de desaparición forzadas de personas.

Y puntualmente, que la retención y el ocultamiento del menor constituyen hipótesis delictivas de naturaleza *permanente* que cesan cuando la víctima conoce su verdadera identidad, lo que ocurriría con la

intervención del Estado a través del examen de ADN (ver CFCP, Sala III, c/nº 11684/1998, “Grimaldos Ana María s/ recurso de casación”, Registro nº 536/16, Rta. 4/5/16, entre otros).

Sobre el particular, no está de más puntualizar que se trata de un criterio judicial cuyo origen puede encontrarse en la disidencia de los jueces Fayt y Petracchi en el fallo “C., J. A. s/querrela por retención y ocultamiento de menor” del 4 de diciembre de 1995 (Fallos 318:2481).

En ese entonces, los magistrados se diferenciaron de la mayoría del máximo tribunal –que no había hecho lugar a una extracción compulsiva de sangre de un menor por considerar que la acción penal se encontraba extinguida por prescripción– y señalaron: “...*dado que una de las conductas típicas previstas en el art. 146 del Código Penal... reprime a quien ‘retuviere’ a un menor de 10 años, resulta evidente –dado el carácter permanente del delito– que dicha conducta habría continuado produciéndose mucho después del acto inicial de sustracción ocurrido con posterioridad al 22 de julio de 1976 y antes del 23 de marzo de 1977, lo que lleva a concluir, en principio, que en el caso no habría operado el citado plazo de prescripción..*”.

Esta doctrina –que por minoritaria no prosperó en el caso– fue recogida y profundizada en fallos posteriores con otra integración de la Corte. Sólo a modo de ejemplo pueden mencionarse “Jofré”, “Rei”, “Videla” y “Gualtieri Rugnone de Prieto”, donde se catalogó expresamente a esta variante ilícita como un delito de lesa humanidad (Fallos 327:3279; 328:4428; 330:2434; y 332:1769).

Así entonces, la extinción de la acción penal por prescripción caería por su propio peso, pues me encontraría frente a un crimen imprescriptible o, cuanto menos, cuyo cómputo de la prescripción recién habría comenzado a operar el 5 de mayo de 2018, cuando el Cuerpo Médico Forense estableció que no existía vínculo biológico entre la imputada y los jóvenes



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CRIM. Y CORR. DE SAN MARTIN 2
FSM 25005851/2012

apropiados (ver fs. 329/32).

Sin embargo, solo una interpretación descontextualizada podría conducir a una conclusión de ese tenor. El propio Ricardo Lorenzetti –uno de los promotores de consolidar dicha línea jurisprudencial en su entonces carácter de Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación– subrayó que las decisiones emparentadas con los actos criminales ocurridos durante el terrorismo de estado desafiaban las estructuras del derecho penal tradicional y, como tales, debían tener un carácter excepcionalísimo dentro del sistema jurídico con requisitos muy específicos (Lorenzetti, R., “El arte de hacer justicia. La intimidad de los casos más difíciles de la Corte Suprema”, Sudamericana, 2015, p. 233).

En suma, se trató de una jurisprudencia forjada sobre la base de los deberes y obligaciones internacionales que pesan sobre todos los poderes del Estado –incluido el Poder Judicial– y, especialmente, al calor de la disputa que ofrecieron las organizaciones de derechos humanos – particularmente las abuelas y madres de plaza de mayo– por dar con el paradero de sus familiares desaparecidos y restituir a los niños nacidos en cautiverio –y luego apropiados– a instancias de la acción sistemática y criminal de la represión estatal ilegal (Lorenzetti, R., Ob. Cit, p. 231/2).

Desde ese lugar, debo subrayar, prácticamente, una obviedad. La conducta atribuida a **G.** no es posible catalogarla como un delito de lesa humanidad. Amén su intrínseca y manifiesta gravedad, no se trató de un comportamiento que tuvo como antecedente inmediato el secuestro de los padres de los niños por razones políticas o ideológicas producto de un plan sistemático pergeñado por un gobierno de facto.

De modo que, naturalmente, tampoco puede sostenerse que la supresión de la identidad de los niños continúe operando como obstáculo para despejar el paradero de las madres desaparecidas. Lo que constituye el punto preponderante del caso, pues dicho vínculo es el que ha llevado a

sentar una solución de continuidad entre un hecho y otro, otorgándole una *suerte* de naturaleza permanente a todo el raid delictivo y concluir que su cese recién operaría con el descubrimiento de la identidad a través del examen de ADN.

Y digo una *suerte* de naturaleza permanente, pues en rigor de verdad no se trata de una categoría que se adecúe al marco teórico y legal de los delitos permanentes.

En la práctica, tal como lo señaló el juez Schiffrin –otro de los promotores de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos para conseguir el avance de los juicios por los crímenes de lesa humanidad– extiende *sine die* la consumación de los delitos mientras no sea develada **oficialmente** la identidad del damnificado (CFALP, “Berges, Jorge Antonio s/ sustitución de identidad de García Nadal”, Rta. 22/04/08), sin perjuicio de que –y esto lo agrego yo– pierdan presencia elementos del tipo penal –como la edad de diez años o que la víctima ya no sea un menor por haber alcanzado la mayoría de edad– y, más relevante, que el autor material hubiese puesto fin por sus propios medios a la conducta delictiva (artículo 45 CP).

Es que si es inexorable la intervención del Estado para ponerle coto a la actividad consumativa, sería irrelevante la decisión y el cese del delito de parte del propio sujeto activo –como de hecho se decidió en otros precedentes de la misma línea–, lo que quitaría al autor las riendas o conducción del acontecer típico.

Dicho de otro modo, dejaría huérfano de contenido al *dominio del hecho* como dato adjudicador de señorío sobre el comportamiento delictivo, cuando el autor de un delito permanente tendría que poder por su propia voluntad, si así lo quisiera, interrumpir o abandonar su acción delictiva.

Este escenario, entonces, refleja que esta doctrina judicial –en



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CRIM. Y CORR. DE SAN MARTIN 2
FSM 25005851/2012

palabras de Lorenzetti— rebasa las fronteras de la estructura del derecho penal tradicional y se enmarca en un contexto excepcional y específico. En concreto, en el ámbito de los delitos de lesa humanidad, donde rige la obligación de enjuiciar y castigar las graves violaciones a los derechos humanos (CtIDH, “Gelman vs. Uruguay”, Rta. 24/02/2011) y en cuyo marco, las figuras penales del derecho interno **pueden sufrir alteraciones** para cumplir su papel en la realización del derecho penal internacional (Voto del juez Schiffrin en el precedente citado).

Y justamente, esta noción —o alteración— de la *permanencia* —que no se adecúa a los estándares que derivan del código penal— no hace otra cosa que establecer una continuidad entre la sustracción de los niños nacidos en cautiverio con la desaparición forzada de sus padres en aras de satisfacer las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos.

Puntualmente, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada de Personas que obliga a sancionar penalmente 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; como así también, la falsificación, el ocultamiento o la destrucción de documentos que prueben la verdadera identidad de los niños mencionados* (artículo 25.1.a y 25.1.b).

En este estado de cosas, entiendo que la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación no es aplicable en el caso y, por tanto, que no existe óbice —sino todo lo contrario— para aplicar la extinción de la acción penal en el hecho que damnificó a **M. A.**

Este temperamento, lejos de contravenir la obligación moral de acatar los fallos del máximo tribunal, le rinde verdadero honor, pues desde antaño tiene dicho que “...cualquiera que sea la generalidad de los

conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan...” (Fallos 33:162).

Y asimismo, que “...la prescripción de la acción penal tiene carácter de orden público, motivo por el cual debe ser declarada de oficio puesto que se produce de pleno derecho por el transcurso del plazo pertinente...” (Fallos 330:1369).

2. Recapitulando, entonces, se tiene hasta aquí que las figuras legales que podían atrapar el comportamiento de **G.** eran los artículos 146, 139, inciso 2°, y 293 del Código Penal.

Sobre el particular, se definió en primer término que el artículo 146 no era aplicable, puesto que no estaba acreditada la existencia de la *sustracción* de los damnificados. Lo que constituye un elemento insoslayable del tipo penal de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia actual.

En segundo lugar, pudo apreciarse que en función de la fecha de comisión del hecho que damnificó a H. A. operó el curso de la prescripción. La redacción anterior del artículo 139, inciso 2°, no dejaba margen para la duda de que se trataba de un delito instantáneo –al igual que el 293– y, por tanto, que desde entonces trascurrió el máximo de la escala penal aplicable.

A continuación, se evaluó el caso de M. A. de acuerdo a la redacción vigente de los artículos citados. De ese modo, se subrayó que no había controversia respecto de que el comportamiento de **G.** encuadraba en el delito de *hacer incierta* la identidad de M. A. mediante la falsificación ideológica de *su* acta de nacimiento (artículos 54, 139 inciso 2° y 293 CP), y focalizó en si la conducta posterior podía quedar atrapada por las modalidades de *retención* u *ocultamiento*.



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CRIM. Y CORR. DE SAN MARTIN 2
FSM 25005851/2012

En ese marco, se puso de relieve que la imputada no había ejercido actos estrictos de ese tenor, sino que se había valido del estado antijurídico ocasionado por su conducta delictiva anterior, guardando silencio y evitando cualquier situación que la pudiera exponer frente a damnificados, terceros y, más relevante aún, las autoridades públicas. Lo que, dicho sea de paso, no podía utilizarse para criminalizarla, so pena de vulnerar la prohibición de auto-incriminación.

Por lo demás, se hizo hincapié en que la noción de *permanencia* sentada por la jurisprudencia en casos de lesa humanidad no podía trasladarse a este supuesto, donde rigen las disposiciones del derecho interno. Máxime, si se tiene en cuenta –y esto lo agrego ahora– que en dichos supuestos también se tomó como punto de partida que los hechos encuadraban en el artículo 146 del CP que no tiene cabida en este caso.

En esas condiciones, concluí que estoy obligada a dictar la extinción de la acción penal por prescripción, pues más allá de la inusitada gravedad de los hechos atribuidos, se trata de una cuestión de orden público que debe declararse de oficio de acuerdo a la jurisprudencia del máximo tribunal.

Otro temperamento –seguramente emparentado con el propósito de mantener incólume la acción penal y, por tanto, evitar la impunidad de un hecho delictivo de extrema gravedad con secuelas aún vigentes– vulneraría el principio de legalidad. Concretamente, el de **máxima taxatividad legal e interpretativa** (Conf. Zaffaroni, R. E., “Derecho Penal. Parte General”, 2002, Ediar, p. 116-117).

Es que, en definitiva, tomando como punto de partida un bagaje jurisprudencial que no guarda relación con los *hechos del caso*, ampliaría la actividad consumativa de un delito –prácticamente *sine die*– de la mano de una noción de *permanencia* que no admite el Código Penal y bajo la alegada ocurrencia de dos modalidades típicas que no se verifican en autos.

Si una hipótesis delictiva, por su gravedad o especificidad, merece

la extensión o suspensión de los plazos de la prescripción, la solución debe encontrarse –necesariamente– en una modificación legal. Sin ir más lejos, así sucedió en el ámbito de los delitos contra la integridad sexual.

En efecto, el Poder Legislativo tomó nota que gran parte de los abusos sexuales infantiles quedaban impunes, pues el contexto delictivo de esa clase de delitos –caracterizado por la intimidación, la asimetría de poder, etcétera– llevaba a que las víctimas recién tomaran dimensión de lo sucedido o, en rigor de verdad, adquiriesen fortaleza para enfrentar el daño sufrido cuando alcanzaban la mayoría de edad.

Por lo que se modificó el artículo 67 del Código Penal y se estableció que la prescripción de la acción se suspendía *“mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad”* (conf. Ley 27.206).

Y justamente, el hecho de que la legislación actual no recogería las notas específicas de estos supuestos ilícitos –me refiero a la supresión de identidad de un menor de diez años– es a todas luces manifiesto, si se repara en que los últimos anteproyectos de reforma del Código Penal procuran introducir modificaciones en esta temática.

Así pues, el ante-proyecto encabezado por el ex ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, E. R. Zaffaroni, expresamente preveía que si la persona directamente ofendida por un delito fuere un menor de dieciséis años, la prescripción de la acción comenzaría a correr desde el día en que alcanzare esa edad. Y asimismo, establecía la criminalización de quien diere o recibiere un hijo en adopción cuando mediare precio o promesa remuneratoria (artículos 49 y 136).

Del mismo modo, el ante-proyecto dirigido por el juez de la Cámara Federal de Casación Penal, Mariano Borinsky, mantiene la causal de suspensión del curso de la prescripción introducida por 27.206; al tiempo



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CRIM. Y CORR. DE SAN MARTIN 2
FSM 25005851/2012

que, además de prever la criminalización de quien diere o recibiere un hijo en adopción por precio o promesa remuneratoria, también promueve lo propio con la entrega “*voluntaria*”, es decir, eludiendo los procedimientos legales para la adopción o guarda (artículo 136 y 137).

De manera que los ante-proyectos procuran ofrecer una solución –y cubrir un vacío legal– frente a los problemas que derivan del cómputo del curso de la prescripción en estos supuestos, así como del hecho de que no se encuentre expresamente criminalizada la compra-venta de niños o la “entrega voluntaria”. Lo que, dicho sea de paso, pretende saldar una deuda todavía pendiente del Estado argentino frente a la comunidad internacional (conf. CtIDH, “Fornerón e hija vs. Argentina”, Rto. 27/04/12).

No está de más subrayar que en ambos ante-proyectos se promueve, precisamente, la eliminación de las modalidades de *retención* y *ocultamiento* de un menor de diez años del ámbito de los delitos contra el estado civil y la identidad.

VI. Colofón: la solución que impone este caso en particular para hacer cesar los efectos del delito

El temperamento propiciado define la suerte del proceso pues obliga a cerrar el sumario. Sin embargo, no hace falta demasiado esfuerzo por advertir que continúa vigente una problemática delicada, cual es que los jóvenes inscriptos como H. A. y M. A. M. quedarán huérfanos de identidad, así como de los derechos que derivan de ella.

Es la secuela ineludible de las falacias documentales advertidas que, justamente, tendrán que ser comunicadas a los organismos pertinentes por imperio del artículo 23 del Código Penal que impone hacer cesar los efectos del delito.

En ese marco, suscita especial atención el supuesto de M. A., pues a raíz de su minoría de edad no podrá llevar adelante por sí mismo los trámites que demandará la obtención de una nueva identidad. Y por si fuese

poco, se tiene que, por igual razón, no ha sido puesto en conocimiento del resultado del estudio de histocompatibilidad.

Sin ir más lejos, el profesional que le brindó tratamiento psicológico subrayó enfáticamente que eso debía suceder en un contexto de “*intimidad, confianza y amor*” (ver informe de fs. 368).

Así pues, entiendo que es adecuado darle intervención a la titular de la Defensoría Pública Oficial de San Martín –quien viene velando por los intereses del niño–, con el propósito que realice las gestiones judiciales y extrajudiciales que demande la obtención de una nueva identidad ante los registros oficiales y se ocupe de poner en su conocimiento el resultado del estudio practicado. Lo que podría realizar por sí misma o a través de los órganos estatales de protección de derechos que estime pertinentes.

Esto no solo guarda relación con las obligaciones funcionales que derivan de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa –en particular de los capítulos 6 y 7–, sino también con el convencimiento de que en el ámbito de la defensa pública podrá generarse un espacio propicio para alcanzar el contexto aludido y, al mismo tiempo, reducirse cualquier secuela de re-victimización.

Recuérdese que en esta sede se le recibió audiencia de declaración indagatoria a quien él identifica como su madre, se ordenó el estudio de histocompatibilidad y se les prohibió la salida del país.

Por lo demás, atendiendo a las particularidades del caso, más allá que dejaré sin efecto las medidas cautelares que pesan sobre la imputada –lo que constituye una consecuencia necesaria del temperamento adoptado–, entiendo que la prohibición de salida del país de M. A. deberá continuar vigente hasta tanto opere el cese de los efectos del delito, cosa que ocurrirá con la actuación de la defensa pública.

Va de suyo que H. A. tiene la capacidad y las facultades legales para realizar el trámite que impone la ley 17.671 por sus propios medios.



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CRIM. Y CORR. DE SAN MARTIN 2
FSM 25005851/2012

Por las consideraciones desarrolladas es que corresponde y así

RESUELVO:

I. DECLARAR EXTINGUIDA LA ACCIÓN PENAL POR PRESCRIPCIÓN respecto de **S. B. G.**, de las demás condiciones personales obrantes en el exordio, en orden al hecho que damnificó al joven inscripto como **H. A. M.** y, en consecuencia, disponer su **SOBRESEIMIENTO** (artículos 59 y 62 inciso 2° CP, según Ley 11.719, y artículos 334 y 336 inciso 1 CPPN)

II. DECLARAR EXTINGUIDA LA ACCIÓN PENAL POR PRESCRIPCIÓN respecto de **S. B. G.**, de las demás condiciones personales obrantes en el exordio, en orden al hecho que damnificó a **M. A. M.** y, en consecuencia, disponer su **SOBRESEIMIENTO** (artículos 59 y 62 inciso 2° CP, y artículos 334 y 336 inciso 1 CPPN).

III. DEJAR SIN EFECTO las medidas de coerción ordenadas en los puntos II y III del pronunciamiento de fs. 333/4 respecto de **S. B. G.**

IV. DECLARAR LA FALSEDAD de las actas y certificados de nacimiento de los jóvenes inscriptos como **H. A. M.** (D.N.I. 34.424.060) y **M. A. M.** (D.N.I. 46.935.496).

V. DARLE INTERVENCIÓN a la titular de la Defensoría Pública Oficial de San Martín en su calidad de asesora de menores en los términos del último considerando el pronunciamiento.

VI. NOTIFÍQUESE y, firme o consentido que sea, practíquense los despachos necesarios para cumplir lo ordenado en los puntos IV y V.

Ante mí:

En _____ del mismo notifiqué al fiscal mediante cédula electrónica n° _____

_____ . Conste.

En _____ del mismo notifiqué a la defensa mediante cédula electrónica n° _____. Conste.

En _____ del mismo notifiqué a la asesora de menores mediante cédula electrónica n° _____. Conste.