

Buenos Aires, 30 de junio de 2009

Vistos los autos: "Gómez, Francisco y otros s/ sustracción de menores de 10 años".

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad que resolvió confirmar el pronunciamiento que había dictado el Juzgado de Primera Instancia n° 2 del fuero, en cuanto no hizo lugar a los planteos de nulidad, incompetencia y prescripción deducidos por la defensa particular de Jorge Luis Magnacco, y condenó al nombrado a la pena de diez años de prisión por considerarlo partícipe necesario de la sustracción de un menor de diez años (art. 146 del Código Penal), se interpuso el recurso extraordinario federal concedido a fs. 2952.

2º) Que el tribunal a quo estimó demostrado que el Dr. Jorge Luis Magnacco había oficiado de obstetra en el parto en que Patricia Julia Roisinblit dio a luz a un varón —a quien llamó Rodolfo Fernando—, el día 15 de noviembre del año 1978 en el sótano de la entonces Escuela Superior de Mecánica de la Armada (ESMA) y que el niño fue luego entregado al matrimonio conformado por Francisco Gómez y Teodora Jofré, quienes, mediante la falsificación de la documentación correspondiente, aparecerían como sus padres biológicos.

3º) Que en su apelación federal la defensa del procesado se agravió por considerar que se hallaba prescripta la acción penal emergente del delito imputado, toda vez que el recurrente sólo había participado de la sustracción del menor que fuera luego retenido y ocultado por el matrimonio Gómez, y dicha acción resulta a su criterio de comisión instantánea y se agota en el mero hecho de separar al niño de su madre. Por

tal razón sostuvo que el plazo de prescripción debió haberse computado desde mediados del mes de noviembre del año 1978, pues habría sido entonces que se agotó la conducta in-criminada.

Agregó también que, en cualquier caso, el tipo penal prevé un elemento objetivo que supedita la permanencia del delito a que la víctima no cumpla los diez años, toda vez que, de producirse dicha circunstancia, las otras dos modalidades previstas en la norma (retención y ocultamiento) cesarían a partir de ese instante pues el sujeto pasivo ya no presentaría el carácter típico mencionado.

Por otra parte, el recurrente alegó la afectación de la garantía del "juez natural" (art. 18 de la Constitución Nacional) por cuanto la justicia federal carecía de jurisdicción respecto de los hechos que motivaron la sustanciación de la causa principal a la vez que señaló la falta de competencia territorial de los tribunales intervinientes.

Finalmente, el apelante invocó la doctrina de la arbitrariedad de sentencias en lo que concernía a la acreditación de la materialidad del hecho y a la determinación de la responsabilidad jurídico - penal del condenado.

4º) Que, en particular, el tribunal a quo había sostenido que la acción penal del ilícito cuya participación necesaria fue atribuida a Jorge Luis Magnacco no se encontraba prescripta por tratarse de un delito de *lesa humanidad*, en razón de que el hecho en cuestión había formado parte de un plan sistemático que incluyó la sustracción del menor y la desaparición de su madre; resultando de aplicación el derecho internacional de los derechos humanos que impone la imprescriptibilidad de esa clase de delitos. En sustento de ello fue citado el precedente "Barrios Altos" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia del 14 de marzo de

2001, serie C N° 75), así como la doctrina de este Tribunal sentada en el caso "Arancibia Clavel" (Fallos: 327:3312).

5°) Que la concesión del recurso extraordinario de fs. 2924/2942 se fundó en lo dictaminado por la señora Fiscal General adjunta a fs. 2948 y en la circunstancia de haberse cuestionado la aplicación retroactiva de tratados internacionales por la posible afectación al art. 18 de la Constitución Nacional (fs. 2952).

6°) Que no obstante los términos en que ha sido habilitado el remedio federal, corresponde señalar que la decisión del a quo de no hacer lugar a la extinción de la acción penal por prescripción no se vería alterada por la decisión que esta Corte pudiera adoptar en torno a la materia federal que por esta vía fue introducida.

En efecto, en el caso "Jofre" (Fallos: 327:3279) —en el que se investigó el mismo hecho por el cual resultó aquí condenado Jorge Luis Magnacco en calidad de cómplice necesario— este Tribunal adhirió a las consideraciones efectuadas por el señor Procurador General, quien, siguiendo a Ricardo Nuñez, sostuvo que "la sustracción, cuya consumación principia con el desapoderamiento del tenedor del menor o con el impedimento de la reanudación de su tenencia, se prolonga volviendo permanente el delito, con la retención u ocultación del menor fuera del ámbito legítimo de su tenencia".

En tal ocasión también se dijo que, teniendo en cuenta lo expresado acerca del carácter permanente del delito, el tiempo de comisión "es un lapso que va —según el criterio del a quo, no discutible en el sub judice— desde la posible fecha de nacimiento del menor, hacia fines de 1978, hasta la del estudio genético, el 30 de agosto de 2000, que, en principio, haría cesar la situación de ocultamiento".

7°) Que si bien es cierto que en el sub examine ha sido discutida por el recurrente la extensión temporal durante la cual puede seguir realizándose el supuesto de hecho típico previsto en el art. 146 del Código Penal (permanencia delictiva), no corresponde a esta Corte establecer dicha circunstancia en la medida en que ello implicaría abordar cuestiones de derecho común por esencia ajenas al recurso previsto en el art. 14 de la ley 48; a menos que concurra una hipótesis de arbitrariedad que, por lo demás, no se advierte en el caso.

8°) Que a partir de lo dicho en el caso "Jofré" acerca del carácter permanente del delito de sustracción, retención y ocultación de un menor de 10 años y del plazo que debe tomarse a los fines de llevar a cabo el cómputo de la prescripción de la acción penal (12 años de acuerdo con lo prescripto por el art. 146 del Código Penal —según versión de la ley 24.410— en función del art. 62, inciso 2°, del mismo ordenamiento legal), la acción penal no se encuentra prescripta a la luz de nuestra legislación penal sustantiva.

9°) Que lo expuesto sobre el punto con fundamento en el carácter permanente del delito imputado a Jorge Luis Magnacco configuraría argumento bastante para resolver y la conclusión de que el plazo de prescripción aun no se ha cumplido tornaría irrelevantes los argumentos vinculados con la aplicación del principio de imprescriptibilidad.

Desde esta perspectiva, la apelación extraordinaria concedida no tendría fin práctico alguno pues es doctrina del Tribunal que para el otorgamiento del recurso extraordinario se requiere no sólo que la cuestión federal oportunamente propuesta al tribunal de la causa se vincule de manera estrecha con la materia del pleito, sino que su esclarecimiento y solución sea indispensable y conducente para la decisión del

litigio, de manera tal que éste no pueda ser fallado —en todo o en parte— sin resolverse aquélla.

Por ello, dado que la resolución de la cuestión federal aquí traída no constituye un factor determinante susceptible de modificar la solución finalmente dispuesta en el sub lite acerca de la prescripción de la acción penal, corresponde rechazar el recurso extraordinario por no darse en el caso la exigencia relativa a la relación directa e inmediata que requiere el art. 15 de la ley 48.

10) Que en cuanto a los restantes agravios, el recurso extraordinario concedido a fs. 2952 es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se declara improcedente el recurso interpuesto. Notifíquese y devuélvase. RICARDO LUIS LORENZETTI (según su voto)- ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA - CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

ES COPIA

VO-/-



-//-TO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS  
LORENZETTI

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad que resolvió confirmar el pronunciamiento que había dictado el Juzgado de Primera Instancia n° 2 del fuero, en cuanto no hizo lugar a los planteos de nulidad, incompetencia y prescripción deducidos por la defensa particular de Jorge Luis Magnacco, y condenó al nombrado a la pena de diez años de prisión por considerarlo partícipe necesario de la sustracción de un menor de diez años (art. 146 del Código Penal), se interpuso el recurso extraordinario federal concedido a fs. 2952.

2º) Que el tribunal a quo estimó demostrado que el Dr. Jorge Luis Magnacco había oficiado de obstetra en el parto en que Patricia Julia Roisinblit dio a luz a un varón -a quien llamó Rodolfo Fernando-, el día 15 de noviembre del año 1978 en el sótano de la entonces Escuela Superior de Mecánica de la Armada (ESMA) y que el niño fue luego entregado al matrimonio conformado por Francisco Gómez y Teodora Jofré, quienes, mediante la falsificación de la documentación correspondiente, aparecerían como sus padres biológicos.

3º) Que en su apelación federal la defensa del procesado se agravió por considerar que se hallaba prescripta la acción penal emergente del delito imputado, toda vez que el recurrente sólo había participado de la sustracción del menor que fuera luego retenido y ocultado por el matrimonio Gómez, y dicha acción resulta a su criterio de comisión instantánea y se agota en el mero hecho de separar al niño de su madre. Por tal razón sostuvo que el plazo de prescripción debió haberse

computado desde mediados del mes de noviembre del año 1978, pues habría sido entonces que se agotó la conducta in-criminada.

Agregó también que, en cualquier caso, el tipo penal prevé un elemento objetivo que supedita la permanencia del delito a que la víctima no cumpla los diez años, toda vez que, de producirse dicha circunstancia, las otras dos modalidades previstas en la norma (retención y ocultamiento) cesarían a partir de ese instante pues el sujeto pasivo ya no presentaría el carácter típico mencionado.

Por otra parte, el recurrente alegó la afectación de la garantía del "juez natural" (art. 18 de la Constitución Nacional) por cuanto la justicia federal carecía de jurisdicción respecto de los hechos que motivaron la sustanciación de la causa principal a la vez que señaló la falta de competencia territorial de los tribunales intervinientes.

Finalmente, el apelante invocó la doctrina de la arbitrariedad de sentencias en lo que atañe a la acreditación de la materialidad del hecho y a la determinación de la responsabilidad jurídico-penal del condenado.

4°) Que, en particular, el tribunal a quo había sostenido que la acción penal del ilícito cuya participación necesaria fue atribuida a Jorge Luis Magnacco no se encontraba prescripta por tratarse de un delito de *lesa humanidad*, en razón de que el hecho en cuestión había formado parte de un plan sistemático que incluyó la sustracción del menor y la desaparición de su madre; resultando de aplicación el derecho internacional de los derechos humanos que impone la imprescriptibilidad de esa clase de delitos. En sustento de ello fue citado el precedente "Barrios Altos" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia del 14 de marzo de 2001, serie C N°75), así como la doctrina de este Tribunal

sentada en el caso "Arancibia Clavel" (Fallos: 327:3312).

5°) Que la concesión del recurso extraordinario de fs. 2924/2942 se fundó en lo dictaminado por la señora Fiscal General adjunta a fs. 2948 y en la circunstancia de haberse cuestionado la aplicación retroactiva de tratados internacionales por la posible afectación al art. 18 de la Constitución Nacional (fs. 2952).

6°) Que no obstante los términos en que ha sido habilitado el remedio federal, corresponde señalar que la decisión del a quo de no hacer lugar a la extinción de la acción penal por prescripción no se vería alterada por la decisión que esta Corte pudiera adoptar en torno a la materia federal que por esta vía fue introducida.

En efecto, en el caso "Jofré" (Fallos: 327:3279) —en el que se investigó el mismo hecho por el cual resultó aquí condenado Jorge Luis Magnacco en calidad de cómplice necesario— este Tribunal adhirió a las consideraciones efectuadas por el señor Procurador General, quien, siguiendo a Ricardo Nuñez, sostuvo que "la sustracción, cuya consumación principia con el desapoderamiento del tenedor del menor o con el impedimento de la reanudación de su tenencia, se prolonga volviendo permanente el delito, con la retención u ocultación del menor fuera del ámbito legítimo de su tenencia".

En tal ocasión también se dijo que "según se desprende de las constancias de la causa, la sustracción, retención y posterior ocultación de la identidad del menor se habría consumado a fines del año 1978 y se habría extendido hasta el 20 de agosto de 2000, fecha en la que se determinó su verdadera identidad, mediante un examen genético" (disidencia de los jueces Belluscio, Vázquez y Zaffaroni).

7°) Que si bien es cierto que en el sub examine ha sido discutida por el recurrente la extensión temporal durante

la cual puede seguir realizándose el supuesto de hecho típico previsto en el art. 146 del Código Penal (permanencia delictiva), no corresponde a esta Corte establecer dicha circunstancia en la medida en que ello implicaría abordar cuestiones de derecho común por esencia ajenas al recurso previsto en el art. 14 de la ley 48; a menos que concurra una hipótesis de arbitrariedad que, por lo demás, no se advierte en el caso.

8°) Que a partir de lo dicho en el caso "Jofré" acerca del carácter permanente del delito de sustracción, retención y ocultación de un menor de 10 años y del plazo que debe tomarse a los fines de llevar a cabo el cómputo de la prescripción de la acción penal (10 años de acuerdo con lo prescripto por el art. 146 del Código Penal —según versión de la ley 11.179—) —disidencia de los jueces Belluscio, Vázquez y Zaffaroni—, la acción penal no se encuentra prescripta a la luz de nuestra legislación penal sustantiva.

9°) Que lo expuesto sobre el punto con fundamento en el carácter permanente del delito imputado a Jorge Luis Magnacco configuraría argumento bastante para resolver y la conclusión de que el plazo de prescripción aun no se ha cumplido tornaría irrelevantes los argumentos vinculados con la aplicación del principio de imprescriptibilidad.

Desde esta perspectiva, la apelación extraordinaria concedida no tendría fin práctico alguno pues es doctrina del Tribunal que para el otorgamiento del recurso extraordinario se requiere no sólo que la cuestión federal oportunamente propuesta al tribunal de la causa se vincule de manera estrecha con la materia del pleito, sino que su esclarecimiento y solución sea indispensable y conducente para la decisión del litigio, de manera tal que éste no pueda ser fallado —en todo o en parte— sin resolverse aquélla.

10) Que a partir de las coordenadas trazadas por

esta Corte en el precedente mencionado la materia decidida en el juicio —es decir, la no prescripción de la acción penal en función de la imprescriptibilidad de los delitos de *lesa humanidad*— quedaría inalterada aun cuando se decidiera revocar la parte cuestionada al respecto sobre la base de considerar que el delito aquí imputado no integra el universo de casos abarcado por aquel concepto.

Por ello, toda vez que la resolución de la cuestión federal aquí traída no constituye un factor determinante susceptible de modificar la solución finalmente dispuesta en el sub lite acerca de la prescripción de la acción penal, corresponde rechazar el recurso extraordinario por no darse en el caso la exigencia relativa a la relación directa e inmediata que requiere el art. 15 de la ley 48.

11) Que en cuanto a los restantes agravios, el recurso extraordinario concedido a fs. 2952 es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se declara improcedente el recurso interpuesto. Notifíquese y devuélvase. RICARDO LUIS LORENZETTI.

ES COPIA

V0-//-



-//-TO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTOR DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario ha sido bien concedido en relación al agravio federal consistente en la violación del artículo 18 de la Constitución Nacional mediante la aplicación retroactiva de tratados internacionales.

Que al caso resulta aplicable, en lo pertinente, lo resuelto en la causa "Simón, Julio Héctor y otros" —voto de la Jueza Argibay— (Fallos: 328:2056), a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitirse.

En cuanto a los restantes agravios, el recurso extraordinario concedido a fs. 2952 es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se declara procedente el recurso interpuesto y se confirma la sentencia apelada. Notifíquese y devuélvase.  
CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

Recurso extraordinario interpuesto por: **Jorge Luis Magnacco**, representado por **el Dr. Fernando Goldaracena**.  
Traslado contestado por: **la Sra. Fiscal General adjunta —Dra. Eugenia Anzorreguy—**.  
Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II**.  
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nº 2, Secretaría nº 4**.