

Poder Judicial de la Nación

/// nos Aires, 4 de abril de 2.008.-

Y VISTOS:

Para dictar sentencia en la presente causa n° 1.229 del registro de este Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 5 de la Capital Federal, integrado por los Señores Jueces, doctores Guillermo Andrés Gordo, Daniel Horacio Obligado y Ricardo Luis Farías, presidido por el primero de los nombrados; seguida contra Enrique José Berthier, asistido por el doctor Alejandro María Macedo Rumi; Osvaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pinto, ambos asistidos por el señor Defensor Público Oficial, doctor Víctor Enrique Valle y los señores Defensores Públicos Oficiales “ad hoc”, doctores Germán Carlevaro y María del Pilar Millet; en la que actúan como querellantes María Eugenia Sampallo Barragán y Azucena Flora Martín de Barragán, la primera patrocinada y la segunda representada por el doctor Tomás Ojea Quintana; y como representante del Ministerio Público Fiscal, el señor Fiscal a cargo de la Unidad de Asistencia en Causas por Violaciones a los Derechos Humanos durante el Terrorismo de Estado, doctor Félix Pablo Crous.-

Y RESULTANDO:

a) En primer término corresponde señalar que la presente causa se inició el día 31 de agosto de 2.001, bajo las previsiones de la ley 2.372, tramitando bajo ese régimen procesal hasta el día 20 de septiembre de 2.005, cuando la señora jueza instructora dispuso continuar con el trámite de la presente causa bajo las prescripciones de la ley 23.984, tal como surge de lo actuado a fs.2.370.-

El primero en manifestar su voluntad en cambiar el régimen procesal fue el Defensor del procesado Enrique José Berthier, doctor Alejandro María Macedo Rumi, el día 24 de junio de 2.005, conforme surge de la presentación efectuada a fs.2.279/2.281. Posteriormente, se manifestó en igual sentido conforme surge de fs.2.292 el doctor Daniel Paulo Zárate, quien

en ese momento ejercía la defensa técnica de la procesada María Cristina Gómez Pinto. Pasando a tramitar definitivamente bajo la ley vigente a partir del pedido efectuado por el imputado Rivas (ver fs. 2.299).-

b) A fs. 2.210/2.217 obra glosada la acusación formulada por los Señores Fiscales Federales, doctores Luis Horacio Comparatore y Patricio Bernardo Evers, quienes encontraron mérito para enrostrar a Enrique José Nicolás Berthier, en calidad de partícipe necesario, la comisión de los delitos previstos y reprimidos por los artículos 139, inciso 2º, 292 y 293 -falsedad ideológica del certificado de nacimiento a nombre de María Eugenia Violeta Rivas- del Código Penal, en concurso ideal; los que, a su vez, concurren en forma real con el establecido en el artículo 146 del mismo cuerpo normativo, conforme las previsiones de la ley 24.410 y postularon se le imponga la pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas. Para ello consideraron que el nombrado, en su carácter de miembro del Ejército Nacional Argentino, entregó a Osvaldo Arturo Rivas a la menor María Eugenia Sampallo Barragán -quien fuera sustraída a sus padres mientras se encontraban ilegalmente privados de su libertad, junto con un certificado de nacimiento donde figura con el nombre de María Eugenia Violeta Rivas, hija de Osvaldo Arturo Rivas y de María Cristina Gómez Pinto; brindando un aporte sin el cual los hechos investigados no se podrían haber producido de la forma comprobada.-

Entendieron que al momento de la sustracción de María Eugenia Sampallo Barragán, Berthier estaba en condiciones de tiempo y lugar para efectuar el enlace entre quienes sustrajeron a la menor y el matrimonio Rivas-Gómez Pinto, con quienes mantenía una relación; conociendo, por lo tanto, su destino.-

Asimismo, acusaron a María Cristina Gómez Pinto y a Osvaldo Arturo Rivas como coautores de los mismos delitos más el de falsedad ideológica del documento nacional de identidad n° 26.577.145, el que consideraron que concurre en forma ideal con el previsto en el artículo 139, inciso 2º, del Código Penal y en forma real con el establecido en el artículo 146 del mismo cuerpo normativo -textos según ley 24.410 y solicitaron se les

Poder Judicial de la Nación

imponga, a la primera, la pena de siete años de prisión, accesorias legales y costas y al segundo la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas.-

Para ello tuvieron por acreditada la responsabilidad de los nombrados en la apropiación de la hija de la pareja Sampallo-Barragán, a quien inscribieron en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires como propia, mediante la utilización de un certificado de nacimiento ideológicamente falso; obteniendo, posteriormente, que el Registro Nacional de las Personas expida el documento nacional de identidad n° 26.577.145, a nombre de María Eugenia Violeta Rivas. Les endilgaron haber mantenido dicha situación en el tiempo, impidiendo a la mentada, al no revelar voluntariamente ningún dato relativo a su origen o a la identidad de sus padres, el restablecimiento del vínculo con su familia de sangre, quebrado en el año 1.978.-

c) A fs. 2.306/2.333 obra la acusación formulada por las Querellantes, María Eugenia Sampallo Barragán y Azucena Flora Martín de Barragán, quienes encontraron mérito suficiente para imputar a Berthier la comisión, en calidad de coautor, de los delitos de sustracción, ocultamiento y retención de una menor de 10 años (artículo 146, conforme Ley 24.410) en concurso real con el de falsedad ideológica de instrumento público (certificado de nacimiento, artículos 293, 2° párrafo, en función del 292, 2° párrafo, del Código Penal), éste último en concurso ideal con los de supresión del estado civil y supresión de la identidad (artículos 138 y 139, inciso 2°, del Código Penal).-

Para ello, consideraron acreditado que el nombrado participó en la sustracción de María Eugenia Sampallo Barragán de las manos de su madre y su padre y en su ocultación y retención por 23 años; como así también en la falsificación ideológica del certificado de nacimiento suscripto por el médico militar (f) Julio César Cáceres Monié y en la supresión del estado civil e identidad de la nombrada.-

Asimismo, entendieron probado que Berthier, una vez apoderado de la niña, la tuvo en su poder en la casa de su madre y luego la entregó, con el fin de que la ocultaran y la retuvieran de por vida, al matrimonio Rivas-Gómez Pinto, junto con un certificado de nacimiento falso; como también, la estrecha relación entre los imputados y entre las madres de Berthier y de Gómez Pinto; circunstancia que hizo posible la entrega de María Eugenia.-

Por otro lado, imputaron a Osvaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pinto la comisión, en calidad de coautores, de los delitos de sustracción, ocultamiento y retención de una menor de 10 años (artículo 146 del Código Penal, conforme Ley 24.410), en concurso real con el de falsedad ideológica de instrumento público (acta de inscripción de nacimiento y documento nacional de identidad n° 26.577.145, artículos 293, 2° párrafo, en función del 292, 2° párrafo, del Código Penal), éste último en concurso ideal con los de supresión de estado civil y supresión de identidad (artículos 138 y 139 del Código Penal).-

A tal fin, tuvieron por acreditado que a partir de la confesión de Rivas, éste participó en la sustracción de María Eugenia Sampallo Barragán de la custodia de sus padres, en su ocultación y retención, en la falsificación ideológica de la partida de nacimiento con la que se la inscribió como su hija biológica y con la que se obtuvo su documento nacional de identidad y en la supresión de su estado civil e identidad.-

Entendieron probado que, el matrimonio tenía conocimiento de la sustracción de María Eugenia y de su origen, inventando, con el fin de mantenerla oculta y retenida indefinidamente, sucesivas y perniciosas historias acerca del mismo.-

Por último, solicitaron que al momento de dictarse sentencia se les imponga a cada uno de los procesados la pena de quince años de reclusión, costas y accesorias legales.-

d) Cumplidos los trámites de rigor, se abrió el debate y al finalizar, se concedió la palabra a las Querellas en representación de María Eugenia Sampallo Barragán y Azucena Flora Martín de Barragán. Sus

Poder Judicial de la Nación

patrocinantes y representantes, respectivamente, doctores Tomás Ojea Quintana y Elizabeth Gómez Alcorta, formularon el alegato acusando formalmente a Osvaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pinto como coautores de los delitos de retención y ocultación de un menor de diez años (art. 146 del Código Penal, según Ley 24.410) en concurso real con el de alteración del estado civil (art. 139, inc. 2º, del Código Penal, conforme Ley 11.729) y éste en concurso ideal con la falsedad ideológica de documento público en dos oportunidades –certificado y partida de nacimiento- y falsedad ideológica de documento público destinado a acreditar la identidad –D.N.I. n° 26.577.145, estos tres últimos en concurso real (arts. 293 y 292, “in fine”, del Código Penal); peticionando se les imponga a cada uno de ellos la pena de 25 años de prisión, inhabilitación absoluta y perpetua, accesorias legales y las costas del proceso.-

Asimismo, acusaron formalmente a Enrique José Berthier por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de ocultación de un menor de diez años (art. 146 del Código Penal, según Ley 24.410) en concurso real con la participación necesaria en el delito de alteración del estado civil (art. 139, inc. 2º, del Código Penal, conforme Ley 11.729) y éste en concurso ideal con la participación necesaria en la falsedad ideológica de documento público en dos oportunidades –certificado y partida de nacimiento- y la falsedad ideológica de documento público destinado a acreditar la identidad –D.N.I. n° 26.577.145-, estos tres últimos en concurso real (arts. 293 y 292, “in fine”, del Código Penal); impetrando se le imponga la pena de 25 años de prisión, inhabilitación absoluta y perpetua, accesorias legales y las costas del proceso.-

Señalaron que dichas conductas típicas configuraban crímenes de lesa humanidad que se inscribieron en el marco del Terrorismo de Estado que asoló a la Argentina, el que desarrolló, afirmaron, como una dimensión del plan general, una práctica sistemática de robo de niños, en el marco de la cual tuvieron lugar los hechos objeto de este juicio.-

Al respecto, explicaron que esas conductas encuadraban típicamente en la figura descripta por el apartado k, inciso 1º, artículo 7 del

Estatuto de la Corte Penal Internacional, donde se establece que constituyen crímenes de lesa humanidad otros actos inhumanos de carácter similar a la tortura o desaparición forzada, por ejemplo, que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física, siempre y cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.-

Señalaron que el plan criminal ejecutado por el Terrorismo de Estado fue sistemático y generalizado e importó varios actos, como la privación ilegítima de la libertad, la tortura, la desaparición forzada de personas y el robo de bebés, entre otros; los cuales causaron y siguen causando grandes sufrimientos y atentaron contra la integridad física y mental de las víctimas.-

Asimismo, agregaron que la naturaleza de crímenes de lesa humanidad importa también los caracteres propios de este tipo de crímenes, como son la imprescriptibilidad y la extraterritorialidad.-

Adujeron que los hechos imputados en autos formaron parte de un ataque a una porción de la población civil, contaron con las características de generalidad y sistematicidad y fueron llevados adelante como una política del Estado represor.-

Entendieron que el denominado proceso de reorganización nacional se atribuyó el poder de reorganizar ilegítimamente los vínculos parentales, arrebatando los hijos de sus oponentes políticos y distribuyéndolos en otros sectores de la sociedad argentina, tanto militares como civiles. Explicaron que esta práctica sistemática fue verificada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe de 1.987.-

Por otra parte, sostuvieron que con los testimonios rendidos en el debate y las demás constancias incorporadas por lectura se acreditó que Mirta Mabel Barragán y Leonardo Rubén Sampallo, junto con Gustavo Hernán Rojas, hijo de aquélla, fueron secuestrados, por personal uniformado y de civil, en la madrugada del 6 de diciembre de 1.977, del domicilio sito en Viamonte 2.565 de esta ciudad; indicando que dicho domicilio se hallaba en la

Poder Judicial de la Nación

jurisdicción de la Zona 1, Subzona Capital Federal, Área 1 y que en el mismo operativo fueron secuestrados Ana María Bonatto y Eduardo Emilio Azurmendi.-

Agregaron que Mirta Barragán y Leonardo Sampallo fueron llevados al centro clandestino de detención denominado “Club Atlético”, que funcionó desde principios de 1.977 hasta el 28 de diciembre del mismo año y que dependía operacionalmente del Primer Cuerpo de Ejército; siendo, a partir de ese momento, conducidos a “El Banco” y encontrándose aún desaparecidos.-

Si bien indicaron que Mirta fue sacada del centro clandestino de detención “El Banco” y llevada, en febrero de 1.978, al Hospital Militar, donde habría dado a luz a María Eugenia, señalaron que todavía, debido a la ilegalidad y al ocultamiento, no podía saberse a ciencia cierta dónde había tenido lugar el parto ni quienes fueron los agentes del poder ilegal y clandestino que asistieron a él.-

Así también, encontraron acreditado que María Eugenia Sampallo Barragán fue sustraída de la custodia de su madre y que el 7 de mayo de 1.978, a los dos meses de su nacimiento, ocurrido a principios de febrero de ese mismo año, fue entregada, junto con un certificado de nacimiento falso, por el ex Capitán del Ejército Argentino Enrique José Berthier al matrimonio constituido por María Cristina Gómez Pinto y Osvaldo Arturo Rivas para que la criaran como hija propia; quienes conocían su verdadero origen. Alegaron que por medio de dicho certificado, confeccionado con los datos del matrimonio y suscripto por el fallecido médico militar Julio César Cáceres Monié.-

Asimismo, consideraron probado que desde el momento en que fue sustraída de los brazos de su madre, María Eugenia fue retenida y ocultada, por más de veinticuatro años, por Rivas y Gómez Pinto; situación que cesó el 12 de agosto de 2.002, día en el que, después de conocer la identidad de su madre, finalmente obtuvo los resultados del examen de ADN relativos a su padre.-

Señalaron que con el mencionado certificado el matrimonio inscribió a María Eugenia, el 12 de mayo de 1.978, en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, obteniendo una partida de nacimiento falsificada, en donde consta que María Eugenia Violeta Rivas, hija de María Cristina Gómez Pinto, cédula de identidad n° 5.164.440 y de Osvaldo Arturo Rivas, cédula de identidad n° 4.847.042, nació el 7 de mayo de 1.978, a las 16:00, en la calle Rómulo Naón 3.730 de esta ciudad; partida inscripta en la Circunscripción 4, Tomo 1, Número 781 de 1.978 y suscripta por el padre.-

Así también encontraron acreditado que, valiéndose de la partida de nacimiento, Gómez Pinto y Rivas obtuvieron el documento nacional de identidad n° 26.577.145, a nombre de María Eugenia Violeta Rivas. Expusieron que, a través de esos actos, se establecieron los vínculos legales de filiación entre María Eugenia Sampallo Barragán y los procesados Gómez Pinto y Rivas hasta el 4 de junio de 2.003; fecha en la que se declaró judicialmente la nulidad de esos actos y se restituyó la verdadera identidad de María Eugenia (fs. 1.472/1.474).-

Por otro lado, con los testimonios rendidos en el debate y las demás constancias incorporadas por lectura, tuvieron por acreditada la ocultación de María Eugenia por parte de Berthier, situación que se prolongó hasta que ésta conoció su verdadera identidad.-

Alegaron que la conducta típica prevista en el art. 146 del Código Penal, de retener y ocultar a un menor de diez años del poder de sus padres, comenzó su ejecución el 7 de mayo de 1.978 y cesó el 12 de agosto de 2.002.-

Expusieron que dicha retención y ocultamiento debía referirse a un niño previamente sustraído y que era suficiente con el querer y conocer que se estaba removiendo a un niño de la esfera de custodia de sus legítimos tenedores, como que se lo mantenía sustraído de aquella, se lo ocultaba o se impedía el restablecimiento de dicho vínculo; expresando que no había dudas de que el conocimiento requerido no debía alcanzar la identidad de los padres del menor que se retiene u oculta.-

Adujeron que en el caso de autos era suficiente con conocer que María Eugenia no era hija de Osvaldo Rivas y de Cristina Gómez Pinto y que

Poder Judicial de la Nación

no la habían adoptado legalmente; afirmando que, de todas maneras, no se podía descartar el desconocimiento por partes de los imputados que María Eugenia era hija “de guerrilleros”.-

Manifestaron que la voluntad incondicional de llevar adelante estas conductas fue renovada durante más de dos décadas, realizando todos los actos de ocultamiento necesarios para que María Eugenia pareciera hija propia.-

Señalaron que no había dudas que la verdadera y genuina identidad personal, legal y familiar de María Eugenia fue recuperada en agosto de 2.002, al conocer mediante los análisis genéticos de ADN que era hija de Mirta Barragán y de Leonardo Sampallo.-

Adujeron que las acciones descriptas en el art. 146 tienen diferentes características en cuanto a su ejecución y consumación; indicando que la sustracción se trata de un delito instantáneo, mientras que la ocultación y la retención constituyen delitos permanentes. Sostuvieron que estos delitos presentan como característica especial que la ejecución permanece mientras se mantiene el estado consumativo y que no cesa cuando el chico cumple los 10 años de edad, ya que de lo contrario se lograría la impunidad de los responsables de tales conductas a partir de ese momento. Además, alegaron que la estructura de los delitos permanentes impedía que el ilícito cesara por su circunstancia objetiva, independiente de la acción antijurídica del autor.-

Siendo ello así, entendieron que debían aplicarse las modificaciones de la figura típica previstas en la Ley 24.410, por ser la vigente al momento de cesar de cometerse el injusto.-

Con relación al delito de alteración o supresión del estado civil de un menor de 10 años, alegaron que se trata de un delito instantáneo, que se consuma cuando se ha logrado hacer incierto el estado civil, razón por la cual entendieron que la ley aplicable será la vigente al momento de la consumación, es decir, el texto según la Ley 11.179.-

Al respecto, adujeron que la figura contemplada en el art. 139, inciso 2º, del Código Penal no se trataba de un agravante de la prevista en el tipo del art. 138. Sosteniendo que pretender que la primera de ellas exija como

elemento típico subjetivo el “ánimo de perjuicio” no era más que un estiramiento conceptual, ya que el olvido del legislador no podía presumirse.-

Señalaron que el criterio rector para separar ambas figuras era el de la escala penal - la del art. 139 es mucho más alta que la del art. 138; explicando que el legislador presumiblemente habría tenido en cuenta que la gravedad de la conducta dirigida hacia un menor de diez años era extremadamente mayor y que, si se profundiza en el razonamiento, allí fincaba el motivo por el que prescindió del requisito de “causar perjuicio” y extendió la punibilidad.-

Sin embargo, consideraron que, de entender el Tribunal que el tipo penal previsto en el art. 139, inc. 2°, requiere el “propósito de causar perjuicio”, ese ánimo se encuentra presente en el caso. Al respecto, manifestaron que no había dudas que el perjuicio aquí presente iba más allá del estado civil, tratándose de la identidad de María Eugenia.-

Alegaron que el estado civil y la identidad son objetos de protección vinculados, pero diferentes; que la identidad es el sello de la personalidad que tiene que ver con nuestra historia de vida, influida por el concepto del mundo que manejamos y por el que predomina en la época y lugar en que vivimos; y que, por lo tanto, hay en este concepto un cruce individuo-grupo-sociedad, por un lado, e historia personal con historia social, por el otro.-

Por ello, no se pueden identificar los conceptos de estado civil e identidad y que, en lo que aquí concierne, el ánimo de perjuicio causado por la acción típica de la supresión del estado civil y, sobre todo, el ánimo de los autores, trascendió por mucho el del estado civil, causando una ofensa a la identidad; encontrándose dicho propósito presente y acreditado.-

Entendieron que se encontraba probado el conocimiento que los imputados tenían sobre la supresión del estado civil de María Eugenia y de las falsedades ideológicas que utilizaron como medio para su concreción. Afirmaron que las acciones de Osvaldo Rivas, Cristina Gómez Pinto y Enrique José Berthier impidieron que María Eugenia consolide la relación parental en sentido legal y establecieron uno artificial sobre la base de

Poder Judicial de la Nación

presupuestos erróneos; otorgándole un nombre y una historia de vida falsas, que generaron una conciencia de sí misma también falaz. Siendo esto así, se alteró además de su estado civil, su identidad.-

Sostuvieron que los actos constitutivos de este delito eran las falsedades ideológicas del certificado y la partida de nacimiento y del documento nacional de identidad, en el que constaban datos falsos sobre el estado civil de María Eugenia, alterando, por ende, aquél.-

Con relación a los hechos vinculados con la inscripción en el Registro Civil como hija propia del matrimonio Rivas-Gómez Pinto, la sustitución del nombre, el cambio de la fecha de nacimiento, el lugar de nacimiento, la asignación de padres falsos y la realización de todas las maniobras necesarias para desacreditar cualquier vínculo que pudiera ligar a María Eugenia con su familia de origen, indicaron que se subsumen típicamente en el delito de falsedad ideológica de documento público, reiterado en dos oportunidades y, en una tercera ocasión, agravada por tratarse de un instrumento público destinado a acreditar la identidad de las personas.-

Expresaron que la falsedad ideológica era un delito instantáneo y que como los hechos se habían consumado el 7 de mayo de 1.978 -certificado de nacimiento- y el 12 de mayo de 1.978 -partida de nacimiento y documento nacional de identidad, de acuerdo a lo previsto por el artículo 2 del Código Penal no era aplicable la modificación introducida mediante la Ley 24.410, que amplió el número de documentos, equiparados a aquellos destinados a acreditar identidad.-

Entendieron que, como consecuencia del resultado del estudio genético practicado en autos, resultaba evidente que el certificado y la partida de nacimiento y el documento nacional de identidad de María Eugenia daban cuenta de falsas circunstancias de modo, tiempo y lugar en el que se produjo su nacimiento, como así también de una relación parental inexistente.-

Asimismo, indicaron que no era posible afirmar la concurrencia de un concurso aparente de leyes entre la supresión del estado civil y las falsedades ideológicas, toda vez que, entendieron, podía cometerse falsedad

ideológica en documento público sin alterar el estado civil y viceversa, por no existir relación de especialidad entre los tipos.-

Alegando que no se encontraba presente ninguna de las causas de justificación como tampoco se había demostrado la incapacidad psíquica para actuar o la reducción del ámbito de autodeterminación por parte de ninguno de los imputados. Además, señalaron, que resultaba excluida la causal de obediencia debida para atemperar la conducta de cualquiera de los procesados. Aduciendo que el carácter de lesa humanidad de estos hechos resultaba impeditivo de la posibilidad de considerarlos amparados por lo establecido en el artículo 34, inciso 5, del Código Penal.-

También manifestaron que resultaba indiscutible que Osvaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pinto habían tenido el codominio del hecho en la retención y ocultación de María Eugenia Sampallo Barragán, ya que juntos fueron titulares de las decisiones que se plasmaron en las conductas antes descriptas y que encuadran en el tipo penal mencionado en virtud de la conexión de sentido dada por la decisión común de la acción.-

En relación a Enrique José Berthier, señalaron que éste contaba con el conocimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de dónde María Eugenia Sampallo Barragán fue retirada; impidiendo, con su ocultamiento, que ella pudiera encontrarse con su familia de origen.-

Expresando que dicho conocimiento lo poseía, especialmente, por ser agente del Terrorismo de Estado y, específicamente, Jefe de la Sección contra Subversión de la Compañía de Policía Militar 101 del Ejército Argentino.-

Asimismo, adujeron que Berthier conocía la posterior retención por parte de Rivas y de Gómez Pinto, con quienes mantuvo contacto a través de los años y que se negó a contarle a María Eugenia lo que sabía.-

Por ello, consideraron que el imputado conservó el codominio del hecho hasta la fecha en que María Eugenia conoció su verdadera identidad.-

Aclararon que si bien Enrique José Berthier había realizado por sí la totalidad de la acción típica, no se trataba de una autoría concomitante o paralela, sino de una coautoría por la existencia de una decisión común con

Poder Judicial de la Nación

Osvaldo Rivas y María Cristina Gómez Pinto, en cuanto al ocultamiento fundado, esencialmente, en la entrega que aquél hiciera al matrimonio.-

Indicaron que Rivas y Gómez Pinto deberán responder a título de coautores por el delito previsto en el artículo 139, inciso 2º, según Ley 11.179, ya que ambos tuvieron el codominio del hecho, queriendo alterar el estado civil de María Eugenia Sampallo Barragán a fin de hacerla pasar como hija biológica.-

Entendieron que en los casos de coautoría por dominio funcional del hecho no resultaba necesario que cada uno de los que toman parte realice la totalidad del pragma conflictivo. Expresaron que los actos que se ejecutaron para alterar el estado civil de María Eugenia fueron la inscripción falsa en el Registro Civil y la tramitación del documento nacional de identidad y que los hechos, que según se relatara con anterioridad y más allá de quien haya sido el que ejecutara los trámites necesarios, sucedieron tiempo después de que el matrimonio la tuviese en su poder; encontrándose probada la existencia de una decisión común entre ambos.-

Explicaron que Berthier debía responder en calidad de partícipe necesario en el delito de alteración del estado civil, por ser quien hizo entrega del certificado de nacimiento falso; documento que permitió que pudieran llevarse a cabo las posteriores inscripciones registrales que fueron el medio idóneo para consumar la alteración del estado civil de María Eugenia Sampallo Barragán.-

Esta conducta, señalaron, resultó ser el aporte necesario sin el cual no hubiera podido cometerse la alteración mencionada.-

Por otra parte, indicaron que Rivas y Gómez Pinto debían responder en calidad de coautores de las falsedades ideológicas del certificado de nacimiento suscripto por Julio César Cáceres Monié, de la partida de nacimiento a nombre de María Eugenia Violeta Rivas y del documento nacional de identidad n° 26.577.145. Señalaron que se trataba de una coautoría por dominio funcional del hecho, toda vez que ambos habían querido insertar datos falsos en los documentos y sabían y querían la no tramitación de una adopción legal.-

Expusieron que Berthier debía responder como partícipe necesario de las tres falsedades, por cuanto fue él quien hizo entrega al matrimonio del certificado de nacimiento falso y que, en cuanto a las falsedades ideológicas de la partida de nacimiento y del documento nacional de identidad n° 26.577.145, no cabía duda de que sin el aporte esencial y necesario de aquel certificado no se hubieran podido cometer ninguna de estas dos falsedades.-

Por otra parte, señalaron que el plan criminal ejecutado por el Terrorismo de Estado también importó una práctica genocida y que la controversia residía, fundamentalmente, en la falta de un tipo penal que la contemple y en la taxatividad de la “Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio”, que impedía que los hechos ocurridos en la Argentina encuadraran en el artículo 2 de la Convención, la cual en su inciso “e” contempla, entre los actos que se tienen como constitutivos de genocidio, el traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro.-

Alegaron que esta conducta es la que se encuentra acreditada en este juicio y que el juez debe, al aplicar la ley penal, considerar la magnitud de la afectación del bien jurídico comprometido, y que, por lo expuesto, la previsión del inciso “e” del artículo 2 de la Convención contra el Genocidio debe ser adecuadamente atendida.-

En relación a la pena impetrada para cada uno de los imputados, entendieron que para su mensuración resultaba de suma importancia apreciar, como agravantes, la justa consideración de los factores en juego en las relaciones entre los apropiadores y los niños apropiados, que devienen en adultos, en el marco del Terrorismo de Estado. Indicaron que la apropiación de niños en este contexto adquiriría las características de la lógica concentracionaria, convirtiéndose en su extensión en el tiempo y en el espacio y signando las relaciones y la percepción de la vida con esta lógica macabra.-

Al respecto, expusieron que los apropiadores son quienes perpetúan el poder totalitario en la relación que establecen con el niño secuestrado.-

Poder Judicial de la Nación

Asimismo, señalaron que otra dimensión que debía ser considerada a los efectos de la ponderación de la sanción es la que ofrece el Derecho Internacional en relación al bien jurídico protegido. En efecto, indicaron que la política de sustracción de niños, hijos de desaparecidos violaba el derecho de las víctimas directas, los niños, a su identidad, a su nombre y a ser reconocidos jurídicamente como personas.-

Alegaron, además, que las acciones imputadas constituyen crímenes de lesa humanidad, que vulneraron y continúan afectando el derecho a la verdad de María Eugenia Sampallo Barragán.-

Sostuvieron que las circunstancias en que fue sustraída de los brazos de su madre, en los que vivió más de dos meses antes de ser entregada al matrimonio Rivas-Gómez Pinto y la forma en que esa entrega ocurrió, constituyen información vital que aún no conoce. En ese sentido, afirmaron que debía tenerse en cuenta la consecuente manipulación de su conciencia a lo largo de varios años.-

Asimismo, entendieron que constituía un agravante de la pena el maltrato que Rivas y Gómez Pinto infligieron a María Eugenia durante los años de convivencia y el daño que le provocó no conocer su origen y haber sido criada con mentiras y ocultamiento. Agregaron que los familiares de María Eugenia, en particular su abuela Azucena Flora Martín de Barragán, su tía Blanca Barragán y su hermano Gustavo Rojas, también sufrieron los efectos dañosos de los delitos cometidos.-

En ese sentido, valoraron el aprovechamiento permanente de la situación de indefensión y vulnerabilidad de María Eugenia por parte de los tres procesados, quienes maquinaron distintas versiones sobre su origen. Entendieron que aquella se vio obligada a mentir y ser partícipe de la falsificación al tener que repetir los datos falsos sobre su origen en todas y cada una de las instancias en las que tuvo que dar cuenta de su historia y de quién era; convirtiéndose en víctima e instrumento de los procesados.-

También evaluaron como agravante la falta total de arrepentimiento de los tres procesados. En particular, respecto de Rivas señalaron que mantuvo una actitud de ocultamiento, mediante una versión

insostenible, frente a pruebas contundentes, que no hizo ninguna referencia a la vida que le dio a María Eugenia y que sólo se limitó a decir que la había llamado una vez en el año 1.998 para su cumpleaños, que ella le dijo que no quería verlo, para terminar diciendo “ella tenía mi número de teléfono pero nunca me llamó”.-

Con relación a Gómez Pinto refirieron que nunca se arrepintió de nada y que pretendió exculpar al procesado Berthier sin otro motivo que la relación que históricamente los unía; mientras que respecto de este último, manifestaron que, poseyendo mayor información acerca del origen de María Eugenia, no sólo se resistió a dar todo dato sino que mintió de manera insostenible.-

También mensuraron como agravante las razones que tuvieron los procesados para cometer los delitos; indicando que Rivas y Gómez Pinto estuvieron motivados en la satisfacción individual de su deseo de tener un hijo y que la alusión a María Eugenia como hija de guerrilleros dejaba traslucir una cierta motivación política o ideológica por parte de aquellos. Respecto de Berthier, señalaron que esta última motivación resultaba evidente dada su función en el Terrorismo de Estado y que su calidad de funcionario público constituía en sí mismo un agravante.-

Por otra parte, sostuvieron que la intervención de varias personas en los hechos también debía ser merituada como un agravante, toda vez que representaba un peligro mayor y mejoraba las posibilidades de alcanzar los objetivos y de mantener el delito.-

Alegaron que las sanciones impuestas en la causa 13/84 no se podían tener como parámetro en este juicio, no sólo por no haberse dictado condenas por los delitos tratados en autos sino también por encontrarse desactualizados los criterios por los cuales se dictaron esas condenas.-

Por todo ello, consideraron que los gravísimos delitos cometidos merecían el mayor reproche que nuestro ordenamiento jurídico les pueda otorgar.-

Poder Judicial de la Nación

e) Posteriormente se escuchó al señor Fiscal a cargo de la Unidad de Asistencia en Causas por Violaciones a los Derechos Humanos durante el Terrorismo de Estado, doctor Félix Pablo Crous, quien acusó formalmente a Osvaldo Arturo Rivas y a María Cristina Gómez Pinto por considerarlos coautores penalmente responsables de los delitos de falsificación ideológica de documento público reiterado (en concurso real) en dos oportunidades (el certificado y la partida de nacimiento), en concurso real con falsificación ideológica de documento público destinado a acreditar la identidad de las personas; que concurren idealmente con el delito de alteración del estado civil agravado por tratarse de un menor de 10 años; en concurso real, todos ellos, con los delitos de retención y ocultamiento de un menor sustraído del poder de sus padres antes de los 10 años de edad (arts. 45, 54, 55, 139, inc. 2º, 146 y 293 del Código Penal); solicitando se les imponga la pena de veinticinco años de prisión, accesorias legales y costas.-

Asimismo, acusó formalmente a Enrique José Berthier por considerarlo partícipe necesario de los delitos de falsificación ideológica de documento público, reiterado en dos oportunidades (el certificado y partida de nacimiento); en concurso ideal con la participación necesaria en la alteración de estado civil de un menor de diez años; en concurso real con los delitos de retención y ocultamiento de un menor sustraído antes de los diez años de edad, debiendo responder, por éstos últimos, en calidad de autor (arts. 45, 54, 55, 139 inc. 2ª, 146 y 293 del Código Penal); peticionando se le imponga una pena de veinticinco años de prisión, accesorias legales y costas.-

Al respecto, adujo que Mirta Mabel Barragán fue secuestrada, por integrantes de un grupo de tareas de la dictadura, junto con su hijo Gustavo Hernán Rojas, de tres años, y su compañero Leonardo Sampallo, en horas de la madrugada, de la vivienda de Viamonte 2565, permaneciendo hasta hoy desaparecidos, a excepción de Gustavo. Asimismo, señaló que al momento de su desaparición Mirta Mabel Barragán cursaba un embarazo de aproximadamente seis meses de gestación y que fueron llevados al Centro Clandestino de Detención conocido como “El Atlético” o “Club Atlético”, el cual funcionó hasta diciembre de 1.977, siendo conducidas las víctimas allí

alojadas transitoriamente al “Banco”. Refirió que durante su cautiverio Mirta Barragán dio a luz en un lugar que no se pudo precisar, entre enero y marzo de 1.978, a María Eugenia.-

En relación a los hechos que son materia de juzgamiento el señor Fiscal sostuvo que se ha probado que Enrique Jose Berthier recibió a María Eugenia Sampallo Barragán luego de que Mirta Barragán la alumbrara, conociendo su origen. Indicó que aquél la recibió de quien la quitara de los brazos de su madre o de alguien muy próximo y que no tenía dudas de que inmediatamente ejerció el poder de hecho para disponer de la beba actuando de consuno con el médico militar Julio César Cáceres Monié. Alegó que conservó dicho poder reteniéndola, para luego entregarla al por entonces matrimonio conformado por Cristina Gómez Pinto y Osvaldo Rivas, quienes la recibieron conociendo su origen, entre el 7 y el 12 de mayo de 1.978. Expresó que junto con la beba entregaron a estos últimos el certificado de parto con los datos asentados en él falseados, donde se consignaba que María Eugenia nació el 7 de mayo de 1.978 en la calle Rómulo Naón 3.730 de esta ciudad, como hija del matrimonio mencionado; certificado que fue firmado por Rivas, como denunciante, y Cáceres Monié como médico interviniente.-

Al respecto, consideró que dicho certificado sólo pudo ser confeccionado con la información aportada por el matrimonio y fue entregado con el único objeto de que éstos inscribieran falsamente a María Eugenia Sampallo Barragán como hija propia, bajo otra identidad; lo que efectivamente hicieron, induciendo a error al oficial público del Registro Civil y Capacidad de las Personas, que extendió la partida de nacimiento del 12 de mayo de 1.978 que certifica falsamente el nacimiento de María Eugenia Violeta Rivas, protocolizada en el T. 1, Circ. 4, n° 781 del año 1.978, del Registro Civil de la Capital Federal.-

Asimismo, tuvo por probado que posteriormente Rivas y Gómez Pinto tramitaron ante el Registro Nacional de las Personas, con el respaldo de la documentación apócrifa anteriormente mencionada, y obtuvieron el Documento Nacional de Identidad n° 26.577.145, a nombre de María Eugenia Violeta Rivas, cuyos datos de identificación personal eran falsos.-

Poder Judicial de la Nación

Afirmó que mediante la expedición de esa documentación falsa se alteró el estado civil de María Eugenia, haciéndola aparecer como hija de quienes en realidad no eran sus padres.-

Por otra parte, sostuvo que Rivas y Gómez Pinto retuvieron y ocultaron a María Eugenia Sampallo Barragán de su familia y del resto de la sociedad, los que no supieron de su existencia hasta que se develó su identidad, oculta detrás de la de María Eugenia Violeta Rivas.-

El Sr. Fiscal con relación a Enrique José Berthier, consideró que también la ocultó, puesto que siempre supo del destino de la niña hasta que recuperó su identidad; afirmando que mantuvo contacto con ella y con Rivas y Gómez Pinto y se encontró, por ende, en condiciones de hacer cesar el ocultamiento, comunicando el engaño y poniendo fin así a la desaparición de María Eugenia.-

Alegó que la retención y el ocultamiento de María Eugenia cesó el 20 de julio de 2001, con las conclusiones del peritaje de ADN que estableció que aquella era hija de Mirta Mabel Barragán y que, el 12 de agosto de 2002, mediante peritaje de igual naturaleza, se determinó la paternidad de Leonardo Rubén Sampallo.-

Entendió, además, en cuanto a la incriminación a Berthier efectuada por Gómez Pinto en su informativa y a su rectificación en el careo practicado posteriormente, que ante dos versiones discordantes sobre un mismo hecho brindadas por la misma persona, nada obligaba al Tribunal a optar por la rectificación. Expresó que debe apreciarse el valor y la veracidad de cada una bajo las reglas de la sana crítica racional, en el contexto de la totalidad del corpus probatorio reunido y que el cambio radical de la versión de Gómez Pinto, a tanto tiempo de la primera declaración, sin que intentara justificar ese giro, no debilitaba la convicción que generaba la mención de Berthier en la primera exposición, cuando aún no estaba legitimada pasivamente en la causa; máxime, expresó, cuando el cambio de su declaración, por su condición de imputada, no le acarreaba per se ningún perjuicio.-

Adujo que si bien los imputados estaban en todo su derecho de callar sin que ello implique presunción en su contra, como también que si declaraban no estaban obligados a pronunciarse con la verdad, nada impedía a la Fiscalía y al Tribunal a extraer conclusiones de su comprobada mendacidad. Agregó que si bien un cúmulo de mentiras no hacen una certeza, entendiendo que habiendo optado los encausados por defenderse hablando, la opción por un relato falso de la historia consolidaba la posición de la acusación y constituía un indicio probatorio más a favor de su acreditación, toda vez que éstos habían fracasado en su intento de refutación.-

En abono de su postura citó el precedente de la C.S.J.N., publicado en Fallos 210:414 y las resoluciones dictadas por la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en la Causa N° 5.940, el 7 de junio de 2.005; por la Sala II del mismo Tribunal, en la Causa N° 17.330, caratulada “E.R.S. s/ recurso de casación”, el 26 de octubre de 2.006; por la Sala II de la Cámara Federal de San Martín, en la causa N° 1.164, caratulada “Inc. Excarcelación e/f de F.M.A”, el 5 de noviembre de 1.998 y el voto del doctor Mario Gustavo Costa en el fallo dictado, el 19 de marzo de 2.003, en la causa N° 566 del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de la Capital Federal.-

Por otra parte, el señor Fiscal puso de resalto que no había en todo el conjunto probatorio reunido una sola nota disonante que contradiga, o tan siquiera pusiera en crisis un solo aspecto del relato de María Eugenia Sampallo Barragán, protagonista y testigo de su propia historia. Refirió que sobre el valor de los testimonios de las víctimas del terrorismo de Estado ya se había pronunciado la Cámara Federal en la causa 13/84.-

Así también, consideró probada la familiaridad entre los imputados, la cual, señaló, no sólo se deduce de las interceptaciones telefónicas practicadas en la causa sino también de su observación durante las jornadas de debate oral, resaltando que Berthier dispensó a Gómez Pinto, a la vista de todos, un trato que en nada se compadece con el que una persona normal guardaría para quien inexplicablemente tanto lo ha perjudicado, según expresó en su indagatoria en el debate.-

Poder Judicial de la Nación

Destacó que Berthier no era ajeno a los estamentos de la represión de la dictadura.-

Indicó que el matrimonio conformado por Rivas y Gómez Pinto aportó sus datos personales, inventó un lugar y una fecha de nacimiento y un nombre para María Eugenia, siendo datos esenciales que el certificado y la partida de nacimiento y el documento nacional de identidad están destinados a probar.-

Aseveró que Rivas firmó la documentación con la connivencia de su cónyuge; alegando que nadie podía dudar del sólido acuerdo previo de los miembros de un matrimonio que recibían a una niña sustraída de sus padres desaparecidos, falsificaban la documentación que acredita su nacimiento y la inscribían falsamente como hija propia, perfeccionando así la desaparición, que persistió mediante la retención de la persona y el ocultamiento de su origen a ella como al resto de su familia y de la comunidad toda, falseando su identidad; situación que cesó por la acción de terceros ajenos a los autores. Al respecto, adujo que semejantes decisiones no se tomaban ni se sostenían sin la unánime voluntad de los miembros de la pareja; quienes, señaló, conservaron todo el tiempo, aún mientras se encontraban separados de hecho o divorciados, el poder de hacer cesar la retención y el ocultamiento.-

En relación a la retención y el ocultamiento, expresó que, tratándose de delitos permanentes, el segmento de su tiempo de comisión que se extiende desde el dictado de la ley 24.410 hasta que María Eugenia recuperó su identidad cae bajo el tipo penal del artículo 146 del Código Penal conforme esa nueva ley.-

Sostuvo que, en lo relativo a las falsificaciones y la consecuente alteración del estado civil, no afectaba la responsabilidad compartida el hecho de que las manifestaciones falsas y las inserciones de puño y letra en los certificados hayan sido efectuadas sólo por Rivas. Al respecto, consideró que los actos materiales de la falsificación están condicionados por las características del documento, en donde se requiere un denunciante y que al momento de consumarse este delito, hasta la entrada en vigencia de la 23.264 en 1985, la patria potestad era ejercida por el “padre”, resultando imperativo

que la denuncia del nacimiento de un hijo de “padre conocido” fuera realizada por éste.-

Asimismo, afirmó que responsabilizar por este delito a Gómez Pinto en carácter de coautora, no afectaba principio alguno del derecho penal de acto.-

En orden al delito de alteración de estado civil de un menor de diez años, refirió que, por tratarse de un delito instantáneo, regía la figura histórica y que, entre los verbos típicos contemplados en el artículo, “alterar” era la modalidad comisiva que mejor se adecuaba al caso. Adujo que parte de la jurisprudencia consideraba que, para realizar el tipo del artículo 139 del Código Penal, la figura exigía como “dolo específico” o “ultraintención” el “propósito de causar perjuicio” en quien inscribe como propio un hijo ajeno; ya que prevista esa finalidad especial en la figura básica del artículo 138, resulta lógico exigirla en el tipo agravado. Explicó, además, que dicha afectación debía recaer sobre un bien jurídico distinto al tutelado por el tipo penal.-

Sin embargo, indicó que desde la sanción de la primera ley de adopción –1.948- hasta el dictado de la ley 24.410 -que zanjó definitivamente la cuestión eliminando el requisito de la ultraintención- quien hubiera inscripto un hijo ajeno como propio optaba libremente por el camino de la ilegalidad, afectando así el estado civil y la identidad del niño. Además sostuvo el doctor Crous que, un buen indicio de la hermenéutica correcta se encuentra en las previsiones de la ley de amnistía n° 19.216, de 1971, que en su artículo 1° dispone lo siguiente: “Concédese amnistía general por delitos establecidos en los artículos 139 y 293 del Código Penal que se hubieren cometido mediante la falsa inscripción de menores como hijos propios, siendo ellos ajenos, siempre que en la ejecución de los hechos no se hubiere obrado con el fin de lucro o con el propósito de causar perjuicio”.-

Alegó que si la ley de amnistía dejó fuera de su alcance el delito previsto en el artículo 139, inciso 2°, del Código Penal, ya que este exigiría el propósito de causar perjuicio, esa ley lisa y llanamente estaría amnistiando y excluyendo de la amnistía a la vez la misma conducta, lo que sería un absurdo.

Poder Judicial de la Nación

Por esa razón, explicó que todo indicaba que quienes habían legislado de facto sobre el tema realizaron una interpretación dinámica y sistemática del tipo penal del artículo 139 del Código Penal, soslayando la extensión del aňejo “propósito de causar perjuicio” del artículo 138 como requisito de la figura del artículo 139, inciso 2°.-

Expresó que si bien esa era la interpretación que para él correspondía, indicó que, aún concediendo por vía de hipótesis que hasta el dictado de la ley 24.410 el tipo del artículo 139 del Código Penal exigía el “propósito de causar perjuicio”, no existía duda alguna de que obraba con dicho propósito quien sustraía, retenía y ocultaba, y quien, además, inscribía falsamente como hija propia a quien no lo era, a sabiendas de que había sido arrancada de sus padres y de su familia de origen; situación que obedece a la desaparición forzada de sus padres.-

Por otra parte, señaló que la intermediación de Berthier para que Rivas y Gómez Pinto aportaran los datos con los que el militar médico Cáceres Monié confeccionó el certificado de parto falso, como así también la entrega que aquél les hizo de dicho instrumento para que inscribieran falsamente a la niña como hija propia en los registros estatales, alterando así su estado civil, constituían una contribución esencial a las conductas ejecutadas por los autores, puesto que sin su intervención éstas no se hubieran podido llevar a cabo.-

Con relación a la retención y el ocultamiento, explicó que era evidente que Berthier había conservado el dominio del suceso mediante el poder de hecho de retenerla hasta que fue entregada a Rivas y Gómez Pinto; y de ocultarla, por muchos años, durante los cuales guardó para sí, al igual que sus consortes de causa, la información sobre los orígenes de María Eugenia, a pesar del explícito pedido de explicaciones por parte de ésta.-

Por otro lado, adhirió a los fundamentos vertidos por la Querella al momento de mensurar la pena impetrada; agregando que, conforme surgía de la conjugación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (artículos 2, 3 y 12) y de la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas

(artículo 25), la sustracción de un niño y su posterior retención y ocultamiento es una desaparición forzada de personas.-

Señaló que la desaparición forzada de personas fue tipificada en nuestro derecho interno en la ley 26.200, reglamentaria del Estatuto de Roma y que existe actualmente un proyecto de ley, con media sanción legislativa, que también la tipifica y en la primera la pena conminada para la desaparición, en su tipo básico, es de 25 años de prisión; mientras que en el segundo hasta 30. Agregó que si bien ni la primera ni la segunda norma se aplicaban al caso, eran una clara manifestación de la voluntad de los representantes del pueblo de castigar severamente este delito, con penas que superan las previstas separadamente en la legislación interna para cada una de las figuras de aplicación en el caso que se juzga.-

Adujo que los desaparecidos no cometen delitos contra la propiedad al sustraer hijos ajenos, sino de lesa humanidad; interrogándose cuántos años de prisión merecen quienes durante toda la niñez y la adolescencia de María Eugenia le negaron la prehistoria de su vida; la privaron, aún en la tragedia de la desaparición de sus padres, del vínculo con su familia; le hicieron creer que sus padres la habían abandonado y demoraron por veinte años el inicio de la elaboración de su dura historia. Además, se preguntó cuánta cárcel retribuye los años de sufrimiento de su abuela y los de separación con su hermano, que la sintió en el vientre de su madre. Entendió que la contumacia en el crimen debe ser computada como un agravante.-

En lo que atañe a Berthier, consideró como agravante su condición de militar, exponiendo que la nación no arma a sus soldados para que desaparezcan a los habitantes de la patria y que esa deshonra al legado sanmartiniano debe tenerse en cuenta al establecer la pena a imponerle.-

En ese sentido, consideró que Berthier, Rivas y Gómez Pinto cometieron uno de los actos con los cuales la dictadura pretendió extirpar la descendencia de un linaje de militantes y para ello se convirtieron en militantes de la desaparición forzada.-

Poder Judicial de la Nación

f) Por su parte, el señor Defensor Público Oficial, doctor Víctor Enrique Valle y la señora Defensora Pública Oficial “ad hoc”, doctora María del Pilar Millet, al alegar en favor de sus pupilos María Cristina Gómez Pinto y Osvaldo Arturo Ribas, refirieron, en primer lugar, que ha existido coincidencia de las partes acusadoras en cuanto a los hechos que ponen en cabeza de sus pupilos, al encuadramiento legal de tales conductas, como así también a la penalidad propiciada, que es la de 25 años de prisión y accesorias, señalando que es la pena máxima que pudieron haber pedido y que es la pena máxima prevista para el delito de homicidio, conforme lo establece el artículo 79 del Código Penal.-

Pusieron de resalto algunas diferencias con la acusación Fiscal que fuera leída en el debate, al señalar que los Fiscales de la etapa anterior no consideraron la falsedad ideológica en la partida de nacimiento, aunque esto lo apuntaron como una distracción, entendiendo que hay otras diferencias que sí les parecen importantes de destacar, como la incongruencia entre ambas acusaciones.-

Refirieron que iban a contestar con una única argumentación a los planteos de las partes acusadoras y cuando hubiera alguna diferencia que considerasen útil ponerla de manifiesto, desde luego que así lo harían.-

Comenzaron por considerar como hecho probado y sin discusión que Osvaldo Arturo Rivas inscribió falsamente como hija propia a una menor de diez años que era ajena, y que para eso usó un certificado de nacimiento o de parto que estaba, a su vez, ya firmado por el médico militar Cáceres Monié. Que aquél firmó como denunciante, dos veces, una en el certificado de parto de fecha 7 de mayo de 1.978, en el que figura el domicilio de la calle Rómulo Naón y también suscribió la partida o acta de nacimiento de fecha 12 de mayo de 1.978 y, con esos documentos, obtuvo el documento nacional de identidad.-

Por el contrario, entendieron que no es posible reprochársele a su asistida Gómez Pinto, las citadas falsedades ideológicas, por las razones que se expondrán, ni tampoco se le puede reprochar el delito previsto en el artículo 139, inciso segundo del Código Penal, en la redacción original, por no

concurrir el propósito de perjuicio que exigía la norma vigente al tiempo del hecho.-

Por ello, respecto de la imputada Gómez Pinto y en relación al concurso ideal o concursos ideales integrados por las falsedades documentales y el delito previsto por el artículo 139, inciso segundo del Código Penal, pidieron su libre absolución, sin costas y, subsidiariamente, postularon idéntica solución liberatoria, por vía de la extinción de la acción penal por prescripción, requiriendo su sobreseimiento, ello en virtud de los artículos 59, inciso tercero; 62, inciso segundo y 67 del Código Penal; y 34 y 36, inciso primero del Código Procesal Penal.-

En cuanto al procesado Rivas, entendieron que tampoco puede reprochársele la comisión del delito previsto en el artículo 139, por no concurrir el propósito de perjuicio; pero como este delito se le imputa en concurso ideal con las falsedades ideológicas que sí reconoció, pidieron, en resguardo de sus intereses, que no se lo condene por el delito previsto y penado por el artículo 139 y se declare prescripta la acción penal, en este caso, no como argumento subsidiario, sino como argumento principal.-

Con respecto al delito previsto en el artículo 146 del referido cuerpo legal, entendieron que sus representados no tenían conocimiento de la previa sustracción de la menor por lo que solicitaron su libre absolución.-

En subsidio, y sin perjuicio de lo resuelto por el Tribunal en el incidente de prescripción, solicitaron se declare prescripta la acción penal respecto de ambos imputados, en relación al delito previsto por el artículo 146 del Código Penal, requiriendo que se calcule la prescripción de la forma más benigna, es decir, aplicando la ley 11.179.-

Antes de comenzar con los planteos referidos a cada uno de los delitos, consideraron útil referirse a lo manifestado por los imputados en el juzgado, ya que sus dichos fueron incorporados por lectura. Señalaron que María Cristina Gómez Pinto, el 13 de septiembre de 2.001 prestó declaración informativa en los términos del artículo 236, párrafo segundo del código procesal anteriormente vigente, según ley 2.372, destacando que, en dicha oportunidad, no obstante se le hizo saber que se podía negar a declarar y podía

Poder Judicial de la Nación

designar un letrado de confianza, ello no ocurrió y tampoco asistió al acto el defensor oficial. Agregaron que no se le hicieron saber detalladamente las pruebas y tampoco tuvo lugar la entrevista previa que está legislada bajo pena de nulidad en nuestro actual ordenamiento y que sólo se utilizó una rutinaria fórmula de rigor.-

Añadieron que en el momento oportuno, se opusieron a la incorporación de esta declaración, resolviendo el Tribunal que la misma podía ser incorporada por lectura, de conformidad con el artículo 279 del Código Procesal, solución que no es compartida por esa Defensa Oficial, con cita en diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 213:290, 215:467, 274:64, 321:532) de los que se señaló que fueron citados, a su vez, por este Tribunal en el incidente de nulidad promovido por Febrés en la respectiva causa. Luego, reseñaron algunos fragmentos de esa declaración, cuyas formalidades criticaron.-

En cuanto a la declaración prestada por Rivas el 11 de diciembre de 2.001, refirieron que adolece de los mismos vicios que indicaron antes y pusieron de resalto un tramo de dicha pieza procesal del que dieron lectura, indicando los distintos fragmentos que fueron consignados en forma textual por parte del instructor.-

Destacaron especialmente la parte final de la declaración, en la que el imputado Rivas refirió que no sabía que podía quedar detenido, por lo que prefería callar hasta consultar bien con un abogado de confianza. A ese respecto señalaron que el artículo 197 del ritual establece, bajo pena de nulidad, el derecho de la entrevista previa, circunstancia que obviamente no le hicieron saber a su pupilo, porque éste primero contestó las preguntas y luego pidió un abogado y antes de que pudiera hablar con éste reconoció los hechos principales sobre los que versa este juicio.-

Aclararon que si bien no efectuarían un planteo de nulidad al respecto, por no considerarlo necesario, no tendrían inconvenientes en que el Tribunal la declarara de oficio, agregando que lo que quisieron dejar de manifiesto fue el despropósito de mezclar ambos procedimientos y el evidente prejuicio de la instrucción respecto de las conductas de sus pupilos. En

relación a esto último destacaron que algunos párrafos de la declaración de Olga González, los que resultaban más gravosos para la situación de sus asistidos, fueron puestos con mayúsculas.-

Señalaron también que en la ampliación de la declaración indagatoria le hacen decir a Rivas que es su deseo que la anterior integre dicho acto. Luego detallan fragmentos de ésta, poniendo de resalto que su asistido reconoció que la “decisión en sí se la reservó para él y no le hizo ningún comentario a su mujer sobre el tema”, agregando la Defensa que un reconocimiento no puede dividirse y que es obvio que este asunto es importante en orden al delito de falsedad documental que se les atribuye a sus dos asistidos.-

Admitieron que la beba fue entregada por un militar que no era un oficial jefe sino que era un oficial subalterno del ejército y que en la primera declaración -informativa- la procesada Gómez Pinto dijo que sospecha que es Berdier o algo por estilo y su ex marido Rivas, en su declaración menciona otro nombre, García. Estimaron oportuno aclarar que primero le dieron intervención a esa Defensoría por Rivas y después por Gómez Pinto, indicando los motivos por los cuales entendieron que no existía un conflicto de intereses entre ambos.-

En relación a los delitos contra la humanidad, sostuvieron que si bien la Querella había efectuado algunas reflexiones al respecto en la etapa escrita, el Ministerio Público Fiscal lo introdujo como una novedad en la oportunidad prevista por el artículo 393. Sin perjuicio de ello, iban a alegar sobre el punto porque se proponían plantear la prescripción y una de las características de tales delitos es su imprescriptibilidad.-

Sostuvieron que la Fiscalía tenía una opinión horrible respecto de sus asistidos, ya que a su criterio cometieron uno de los actos con los cuales la dictadura pretendió extirpar la descendencia de un linaje de militantes y para ello se convirtieron en militantes de la desaparición forzada; entendiendo por ello, que al sustraer esos hijos ajenos cometen crímenes de lesa humanidad. En cuanto a este tipo de delitos señalaron que además de ser horrendos, lo que los caracteriza es que constituyan una práctica sistemática y generalizada.-

Poder Judicial de la Nación

Afirmaron que en esta causa en la que se investiga un hecho aislado, no puede darse por acreditado un plan como el alegado por las partes acusadoras.-

En cuanto al punto de vista subjetivo citaron el artículo 30 del Estatuto de Roma -aclarando que dicha norma se encuentra incorporada a nuestra legislación-, y que de ella se desprende el elemento de intencionalidad requerido, agregando que si el elemento subjetivo es necesario comprobarlo en nuestra legislación positiva con mucha más razón habrá de requerírsele en un crimen de lesa humanidad. También hicieron referencia al artículo 22 del mismo Estatuto en el que se define el crimen y se establece que esta definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía; que en caso ambigüedad será interpretada a favor de la persona objeto de la investigación, enjuiciamiento o condena. Consideraron que esto es una aplicación del principio “in dubio pro reo” y que éste rige no sólo para la valoración de la prueba en el Código Federal, sino que tiene jerarquía internacional. Al respecto, citaron doctrina, como así también aludieron a las consideraciones efectuadas por el señor Procurador General de la Nación, en el fallo “Derecho”.-

En particular, en lo que respecta al delito del artículo 146 del Código Penal, afirmaron que sus pupilos no conocían la previa sustracción de la menor, por lo que, entonces, menos aún podían tener conocimiento de que esta niña fue sustraída de los brazos de su madre en cautiverio, y menos todavía que eso era parte de un plan que era generalizado y sistemático de la dictadura militar.-

Seguidamente, pasaron a analizar ciertos antecedentes legislativos y jurisprudenciales a fin de fundamentar el desconocimiento alegado precedentemente respecto de sus pupilos. Luego de dicha reseña concluyeron que, una vez instalado el gobierno constitucional, instaladas o restauradas las instituciones de la República el 10 de diciembre de 1983, ni el Poder Ejecutivo Nacional en el decreto 158, ni el Poder Legislativo en la norma que expiró (ley 23.049), ni el Poder Judicial consideraron en los años 85 y 86 que se trataba de un plan generalizado y sistemático, preguntándose entonces

¿porqué se iba a suponer que el matrimonio Rivas-Gómez Pinto, años antes, tuvieran, ese conocimiento respecto de la situación y además que supieran el origen de la menor?.-

A ello agregaron que si los militares, aún hoy, después de 32 años, siguen negando la existencia de un plan generalizado que dispusiera la sustracción de menores y siendo que los organismos de derechos humanos hablan de pactos de sangre y de pactos de honor, ¿cómo suponer entonces que sus asistidos Gómez Pinto y Rivas fueran informados que esa menor había sido sustraída de los padres que estaban en cautiverio? Ello hubiera implicado reconocer que había un plan criminal, centros de detención, y maternidades clandestinas y resulta inverosímil pensar que esto ocurrió en el año 1.978, cuando el pacto de sangre sigue hasta ahora. Expusieron asimismo otras conjeturas acerca de lo que pudieron haberles dicho a sus pupilos al momento de entregarles a la criatura aclarando que si bien son ejemplos, cualquiera de éstos son más razonables, a criterio de esa Defensa Oficial, que suponer que existía el plan criminal generalizado, que incluía la apropiación de los menores.-

Seguidamente, efectuaron un análisis pormenorizado de los requisitos típicos del ilícito previsto en el artículo 146 del Código Penal manifestando que para que se configuren la ocultación y la retención previstas en dicha norma es necesario que haya existido la sustracción previa de un menor de diez años. Señalaron que más allá de la opinión coincidente en este sentido de numerosos autores citados por la Querella lo cierto es que estos requisitos de la previa sustracción surgen de la propia letra de la ley.-

Continuaron afirmando que, obviamente, desde el punto de vista subjetivo se requiere que, el autor de la retención o el ocultamiento, si es distinto del autor de la sustracción, tenga conocimiento de que este menor ha sido previamente sustraído. Destacaron que la mayor parte de la doctrina entiende que para que se configure este delito se exige el dolo directo y no sería admisible imputarlo a título de dolo eventual, y que aún si fuera posible esto último, lo cierto es que ambas modalidades se encuentran descartadas en el presente caso y respecto del ex matrimonio Gómez Pinto-Rivas.-

Poder Judicial de la Nación

Entendieron que no ha podido probarse que Rivas o Gómez Pinto tuvieran conocimiento o debieran haberlo tenido acerca de la procedencia de la menor y mucho menos que esta haya sido sustraída del modo en que efectivamente lo habría sido María Eugenia Sampallo Barragán. Al respecto, citaron el antecedente “Landa” de este Tribunal señalando que –aunque con una integración distinta- allí se hizo especial hincapié en el conocimiento cierto de la sustracción previa de la menor Poblete para arribar a un veredicto de condena respecto de los imputados en dicha causa.-

Consideraron que no está en discusión que haya sido un militar quien entregó a María Eugenia a Rivas, sea por la primigenia versión de Gómez Pinto, sea por la versión de Rivas, o bien por los dichos de Olga González, de la propia María Eugenia o, en alguna medida, de la señora Seoane. Sin embargo, a criterio de esa Defensa Oficial, ese sólo elemento no alcanza para tener por acreditado el elemento del tipo al que vinieron haciendo referencia, esto es el conocimiento acerca de la sustracción previa.-

Para fundar dicha aseveración hicieron una serie de consideraciones acerca del contexto histórico, tanto al momento de la sustracción como del actual. Expresaron que en el año 1.978, fecha en que se habría producido la sustracción de María Eugenia Sampallo Barragán, el ciudadano común, el ciudadano medio, como lo eran Rivas -un empleado de la fábrica Terrabusi- y Gómez -ama de casa-, no tenían la información suficiente (salvo que tuvieran algún tipo de vínculo con personas que fueran perseguidas por el régimen militar) acerca de lo que acontecía en el país. Esta enorme porción de la sociedad en la que incluyeron a sus asistidos, no sabían y no lo supieron hasta mucho tiempo después, que en la Argentina se instauró un plan en el cual se secuestraba, se torturaba y se mataba gente, desconociendo asimismo, la existencia de centros clandestinos de detención.-

A su vez, destacaron que los militares ocupaban todos los resortes del poder y de la administración del Estado Nacional, Provincial, Municipal, incluso los entes autárquicos, las empresas del estado y hasta el ente que organizó el mundial del año 1.978 estaba a cargo de un militar. Todo ello

desde luego, que a la vista de las personas que no estaban comprometidas en la militancia, daban a ese gobierno usurpador visos de legitimidad.-

En ese contexto, se preguntaron entonces, cómo iban a saber sus asistidos que representantes de ese gobierno además de secuestrar y torturar, muchas veces -como se asevera en el precedente Landa- sustraían a los bebés que sobrevivían al asesinato de los padres, siendo que los grupos de tareas se manejaban en la más absoluta clandestinidad -de ello dan cuenta los testimonios que se han escuchado en las distintas causas en las que se investigaron delitos de lesa humanidad- y que, salvo algún caso en particular, actualmente aquellos grupos siguen negando cualquier tipo de participación en este tipo de delitos.-

En este punto, recordaron aquello que ha probado la Cámara Federal en la causa n° 13, en cuanto allí se señaló que todas las acciones desplegadas en el marco de la lucha antissubversiva debían efectuarse en la clandestinidad más absoluta para lo cual los secuestradores debían ocultar su identidad y realizar los operativos preferentemente en horas de la noche, las víctimas debían permanecer totalmente incomunicadas, con los ojos vendados y se debía negar a cualquier autoridad, familiar o allegado la existencia de secuestrados y la de eventuales lugares de alojamiento. Consideraron asimismo una obviedad que, en ese contexto, también debió ocultarse cualquier tipo de información respecto de apropiaciones de hijos de estas personas eliminadas o sometidas a condición de desaparición forzosa.-

Agregaron que los jefes de la dictadura, que según la sentencia dictada en la referida causa 13, idearon este plan criminal y lo ejecutaron, siguen negando cualquier participación en estos hechos.-

Es por todo ello, que consideraron que en este contexto no es posible suponer que aquella persona, que le entregara la menor a Rivas, le haya proporcionado la información acerca del origen biológico de la bebé y la suerte de sus padres, puesto ello en este marco de clandestinidad absoluta es totalmente impensado.-

Asimismo, expresaron que no es posible sostener que dos personas sin antecedentes penales, sin vinculación alguna con cualquier tipo

Poder Judicial de la Nación

de hecho de violencia, que nunca militaron políticamente, que no tuvieron ningún vínculo con la estructura represiva, tuvieran conocimiento acerca de la procedencia de la menor, señalando que se trata de dos personas de barrio, de dos ciudadanos comunes que no tenían forma de saber que en el país había militares que sustraían bebés y, concretamente, que María Eugenia había sido sustraída del poder de sus padres. No lo supieron y no estaban en posición siquiera de sospecharlo.-

Afirmaron que esta situación de desconocimiento, se prolongó mucho más allá del retorno de la democracia y pusieron de resalto que, en la sentencia dictada en la causa n° 13, que fuera confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se absolvió por todos los casos en los cuales la Fiscalía había formulado acusación por el delito previsto en el artículo 146 del Código Penal.-

Añadieron que la difusión masiva que se inició bastante después del retorno de la democracia y que hoy en día, a 25 años del retorno de la democracia, la información y la conciencia de lo que ocurrió en esa época es otra. Consideraron que es un error de la lógica valorar con el conocimiento actual un hecho histórico y que para analizar el aspecto subjetivo del delito previsto en el artículo 146 hay que estar a la época de los hechos.-

También pidieron que se tenga en cuenta la comparecencia al Hospital Durand en el año 1.989, a la que luego harían referencia.-

Sostuvieron que los acusadores han hecho principal cuestión para fundar el dolo en la frase atribuida a su representada por una vecina: “mocosa maleducada, caprichosa, tenías que ser hija de guerrillera para ser tan rebelde”, pero entendieron que antes de poner en cuestión la verosimilitud de los dichos de la señora Olga González, resultaba necesario hacer algunas consideraciones relativas a que, la señora juez de instrucción, consideró necesario consignar en la declaración prestada por Olga González durante la instrucción esta frase entre comillas y con mayúsculas. Señalaron que ese recurso no resultaba admisible en cabeza de quien debe dirigir el proceso en un marco de total imparcialidad, cuando no se trata de una resolución, en

donde eventualmente estaría haciendo meritos de esa declaración, sino que se trata del acta en la que se ha recibido la declaración testimonial.-

Acotaron que nunca se llevó a cabo un peritaje auditivo, a pesar de que ello fuera solicitado por la Fiscalía interviniente en la causa 19.830 y por la defensa de Berthier, tanto allí, como en la instrucción suplementaria requerida en autos, por lo que se vio frustrada esa posibilidad de determinar si lo que dice haber escuchado la señora Olga González, que en apariencia resulta ser absolutamente improbable, por el contrario era posible.-

También destacaron que, en la oportunidad prevista por el artículo 354 del Código Procesal Penal, la defensa particular de Gómez Pinto, no solicitó dicha medida ni ninguna otra, porque no ofreció prueba alguna. Que tampoco pudo escucharse testimonialmente a Luisa Melgarejo, quien estaba en condiciones de contestar si se podían escuchar conversaciones de baño a baño, ya que la nombrada vivió muchos años en ese departamento y, en particular sobre este tema, también estaba en condiciones de referir si su hijo quien supuestamente presencié este diálogo y que frente a tal discusión pudo haberse sentido afectado o por lo menos sorprendido, le había comentado haber escuchado semejante barbaridad.-

Señalaron al respecto, que la Fiscalía desistió del testimonio de Melgarejo, y pese a la oposición de esa Defensa, como el Tribunal entiende que los testigos son de la parte que los ofrece, se lo tuvo por desistido. Indicaron que frente a este panorama se solicitó la convocatoria de Gustavo, hijo de Melgarejo, una de las personas que habría estado ese día y que podría corroborar o no la ocurrencia del episodio y nuevamente el Fiscal se opuso a su comparecencia y de este modo se vio frustrada la posibilidad que se produzca prueba útil vinculada justamente con la posibilidad de que este episodio haya ocurrido.-

Consideraron que ello, desde luego, no puede cargarse en contra de los intereses de la imputada Gómez.-

Volvieron a referirse a la testigo Olga González, manifestando que desde un principio tuvo una actividad bastante vidriosa en este proceso y en el que corre por cuerda, acotando que en la causa n° 19.830, la nombrada

Poder Judicial de la Nación

acompañó a Ana María Coria, portera del edificio de la calle Sáenz Peña 1.010, a prestar declaración testimonial. Sobre el punto, expresaron que no alcanzaban a comprender cuál pudo haber sido el interés de González de acompañar a la portera de su edificio a cumplir con una diligencia ordenada en el marco de esta causa.-

Indicaron que también merece destacarse, para valorar correctamente su testimonio, el interés aquí reconocido por González en el resultado de esta causa y la circunstancia que le haya manifestado a Gómez Pinto que ella iba a venir a declarar a favor de la Querellante.-

Expresaron que, más allá de estas consideraciones, el propio testimonio de Olga González ofrece numerosos puntos débiles, los que pasaron a analizar pormenorizadamente.-

En tal sentido, pusieron de manifiesto que, no se explica esa defensa cómo pudo saber la testigo quiénes se encontraban en el departamento cuando refirió tomar conocimiento del hecho por una conversación que escuchó en el baño; que si Cristina levantó a la nena para ir al baño antes de un viaje y si esta se resistía porque quería dormir, ese diálogo tuvo que producirse en la habitación y no en el baño; que si Cristina se fue enojando a medida que transcurría el diálogo, es que al comienzo de éste no estaba gritando, por lo que nunca se pudo haber escuchado el diálogo desde su inicio, ya no sólo porque no se produjo en el baño, sino también porque al menos hasta ese momento, Cristina no gritaba; que resulta inexplicable que no haya referido cómo continuó ese diálogo o que le siguió diciendo María Cristina a la niña, ya que parecería ser que los gritos de María Cristina terminaron abruptamente con esta supuesta frase, lo que consideraron totalmente impensable y demostrativo de lo inverosímil de esos dichos.-

También les llamó la atención que tantos años después, la testigo González recuerde con tanta precisión semejante frase y que no haya denunciado con anterioridad esta circunstancia. Del mismo modo, les sorprendió que haya reparado en el apellido Cáceres Monié, cuando según ella nunca lo había escuchado antes y nunca más lo volvió a escuchar.-

Asimismo, aludieron al testimonio de Ana María Coria prestado en la causa que corre por cuerda, donde manifestó que si las puertas están cerradas -como es lógico pensar que estaban en este caso, donde una señora se bañaba y una nena hacia pis- y aún estando abierto el ventiluz, no es posible escuchar desde un baño los diálogos que se producen en el otro, apuntando que en igual sentido se pronunció la testigo Seoane al decir que desde el baño se oye algo de los otros baños pero poco y es difícil saber lo que se habla. Que se oye que están hablando, o que gritan o algo así, pero no se puede entender lo que están diciendo. En cuanto al intento de la Fiscalía de relativizar los dichos de la testigo de mención expresaron que tales argumentos no son correctos y citaron fragmentos de la declaración de Seoane para refutarlos.-

En consecuencia, concluyeron que el testimonio de Olga González no puede ser valorado como un elemento de prueba útil en contra de los intereses de sus asistidos, y tampoco resulta de utilidad para probar el dolo que requiere la retención y ocultación de un menor de diez años, previamente sustraído del poder de sus padres, aclarando que, aún siendo cierto un diálogo tan inverosímil como el mencionado por la nombrada, tampoco alcanzaría por sí solo para probar el dolo específico que exige la figura legal.-

Luego, pasaron a referirse a un hecho que, a su criterio, fue soslayado por los acusadores, y que consiste en la concurrencia, en el año 1.989, de María Cristina Gómez Pinto al Banco Nacional de Datos Genéticos, a raíz del oficio dirigido a ésta por la Procuración General de la Nación el día 28 de febrero de 1988, obrante a fs. 1.551. Señalaron que la constancia correspondiente a la extracción de sangre obra a fs. 1.553, destacando esa Defensa Oficial, que el resultado de dicho análisis de histocompatibilidad fue negativo, y que ello debe valorarse como una clara muestra de la falta de conocimiento acerca del origen de la niña y, en particular, de que ésta había sido sustraída.-

Indicaron que dicha actitud resultaba incompatible con la de alguien que, según postulara la Fiscalía, cometió uno de los actos con los cuales la dictadura pretendió extirpar la descendencia de un linaje de militantes y que, de algún modo, fue cómplice de secuestros, asesinatos y

Poder Judicial de la Nación

torturas. Que de ser así, su pupila no hubiera respondido a una invitación que le formula una autoridad judicial, para dejar debidamente aclarada la filiación de la menor que sabe que es sustraída. Entendieron que si hubiesen contado con ese conocimiento, acerca del origen de la menor, habrían planteado todos los obstáculos que verdaderos apropiadores han planteado en otros casos. Afirmaron que nada de eso ocurrió con Rivas y Gómez Pinto, ya que ellos siempre le manifestaron a María Eugenia que no era su hija biológica y que había sido adoptada de un modo irregular. Siempre vivieron en el mismo lugar, no huyeron del país, ni siquiera del barrio y, en la primera oportunidad en que un organismo del Estado solicitó su colaboración, ellos la prestaron sin ningún tipo de resistencia y esta no parece ser la conducta de dos personas que estuvieran en conocimiento que la menor adoptada de modo irregular hubiese sido sustraída, ni mucho menos que sus padres hayan sido víctimas de desaparición forzada.-

En virtud de las consideraciones precedentes, solicitaron se absuelva a María Cristina Gómez Pinto y a Osvaldo Arturo Rivas, en orden al delito previsto en el artículo 146 del Código Penal, aunque sea por aplicación del principio “in dubio pro reo”, aclarando que las constancias fácticas alcanzadas por dicho principio incluyen también los elementos subjetivos del tipo penal. En apoyo de dicha postura, citaron el fallo “Vega Giménez, Claudio Esteban” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.-

Subsidiariamente, y para el caso de que el Tribunal entienda que se encuentra acreditada la responsabilidad de sus asistidos, en orden al delito previsto en el artículo 146 del referido cuerpo legal, solicitaron se absuelva a los nombrados por entender que se ha extinguido por prescripción la acción penal, a su respecto.-

Sostuvieron que, descartado el carácter de delito contra la humanidad de la conducta que se le reprocha a sus asistidos, ello determina que dicha conducta delictiva, como cualquier otra, resulta ser prescriptible.-

Señalaron que no hay ninguna duda que la retención y ocultación de un menor de 10 años, constituye un delito de carácter permanente y que así lo entiende la doctrina y también el Tribunal, al resolver en el incidente de

prescripción de la causa “Landa”. Por lo tanto la prescripción de la acción empezará a correr desde la medianoche del día en que el delito cesó de cometerse, según lo establece el artículo 63 del Código Penal.-

Destacaron que resultaba entonces importante, determinar el momento en que habría cesado de cometerse dicha conducta permanente, citando al respecto la opinión de Santiago Mir Puig en su obra “Derecho Penal Parte General”, Barcelona, 5º edición, página 202, citado por el Tribunal en la resolución, ya referida, de la causa “Landa” y el antecedente “Jofre” de la Corte, en cuanto señala a la voluntad del autor, como una condición necesaria para el mantenimiento del estado antijurídico.-

Es por ello, que entendieron que la fecha en que habría cesado de cometerse este delito, se situaba en el día 13 de marzo de 1.989, fecha en la que Gómez Pinto llevó a María Eugenia Sampallo al Hospital Durand para que se le extraiga sangre, indicando que su asistida, concurrió voluntariamente a cumplir con la diligencia, que el contenido del oficio era una invitación y ésta la aceptó, que no intentó demorar la misma, no se fugó del país, no se mudó del domicilio, e incluso hasta lo comentó con sus vecinos. Añadieron que a partir de entonces existía una investigación preliminar que sindicaba a la niña como hija biológica de Mirta Barragán, y que allí se consignaban su domicilio y todos los datos personales de la niña, por lo que entendieron que, en ese momento, los organismos de derechos humanos, pero por sobre todo el Estado, ya contaba con todos los datos para identificar a la menor, con su domicilio, con su número de documento, e incluso contaba con una muestra de sangre, por lo que no puede pretenderse, entonces, que la niña haya permanecido oculta.-

Manifestaron que si se entendiese que Gómez y Rivas fueron autores de la retención y ocultación, no hay dudas que a partir de esa fecha cesó el delito, pues la voluntad de los nombrados fue llevarla, justamente, a un organismo estatal especializado en dejar debidamente aclarada la filiación de las personas, tal como decía el oficio.-

Continuaron refiriendo que, en el caso “Landa”, el Tribunal determinó que el cese de la conducta allí investigada, habría acaecido el día en

Poder Judicial de la Nación

que el señor magistrado instructor le hizo saber a Claudia Victoria Poblete su verdadera identidad en la inteligencia de que el matrimonio Landa-Moreira la conocía, y que conocía también los datos de los padres de la niña, y que hasta ese momento, se habían negado a proporcionar.-

Destacaron que ese no es el caso de Gómez y Rivas, que a lo sumo, lo que sabían era que la menor había sido entregada por un militar y que esto lo hicieron saber a María Eugenia y a cuanto vecino y allegado conocieran; y que si bien es cierto que le dieron otras versiones con anterioridad y que dicha actitud es reprochable, nunca negaron que María Eugenia no era hija biológica de ellos.-

Consideraron que con la información que tenían sus pupilos, y que nunca ocultaron, no estaban en posición de dejar debidamente aclarada la filiación de María Eugenia.-

Finalmente se refirieron al resultado negativo del análisis de histocompatibilidad practicado en el año 1.989, señalando que ello no puede cargarse contra sus asistidos. Destacaron que la doctora Di Lonardo explicó los motivos por los cuales en aquella oportunidad el estudio no dio resultados satisfactorios y sostuvieron que el cese de la comisión de un delito no podía supeditarse al resultado de un análisis de histocompatibilidad, ya que aquél siempre va a estar vinculado con la voluntad de los autores, independientemente de la mejor o de la peor suerte que pueda tener un estudio científico, o de la mejor o peor tecnología utilizadas para realizarlo.-

Concluyeron, entonces, que si el delito cesó de cometerse en marzo de 1.989, no hay duda alguna que la ley aplicable al caso es la que brinda la redacción anterior del artículo 146, que preveía una pena de tres a diez años de prisión y señalaron que como los llamados a indagatoria de Rivas y de Gómez Pinto ocurrieron el 28 de noviembre de 2.001 y el 3 de mayo de 2.002, había transcurrido, en exceso, el plazo al que se refiere el inciso 2° del artículo 62 del Código Penal, encontrándose entonces extinguida la acción penal por prescripción, por lo que debía adoptarse un temperamento liberatorio respecto de ellos.-

Continuaron refiriendo que para el caso de que el Tribunal entendiera que sus asistidos realizaron una conducta típica y que ésta, a su vez, resulta ser imprescriptible, subsistía la cuestión de determinar cuál era la redacción del artículo 146 que resultaba aplicable a este caso.-

En primer lugar sostuvieron que si el Tribunal compartía la postura expuesta en relación a que el delito cesó de cometerse en el año 1.989, ninguna duda cabía que la ley aplicable es la anterior. Pero, aún cuando el Tribunal entienda que el delito cesó de cometerse en el año 2.001, de igual manera consideraron que resultaba de aplicación en este caso la anterior redacción del artículo 146, ya que de lo contrario, se estarían vulnerando los principios de legalidad y ultractividad de la ley penal más benigna.-

En apoyo de dicha postura analizaron el antecedente “Jofre” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y en particular los votos de los doctores Belluscio, Vázquez y Zaffaroni, así como lo referido por éstos al rechazar el recurso presentado en el marco de la referida causa “Landa”. Apuntaron asimismo que el estatuto de Roma, en su artículo 24, inciso 2º, establece que: “de modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de investigación, el enjuiciamiento o la condena”.-

Es por ello, que entendieron que más allá del carácter permanente del delito, aún admitiendo que cesó en el año 2.001, resultaba de aplicación la antigua redacción del artículo 146 del Código Penal, ello, con invocación de los artículos 18 de la Constitución Nacional, 2 del Código Penal, 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.-

Agregaron que no se les escapaba que en el antecedente “Landa” el Tribunal, aunque con distinta integración, se pronunció por la aplicación de la ley más gravosa respecto de un delito permanente. Al respecto indicaron que en la referida sentencia se citaron a tres autores alemanes y en el orden nacional a Jorge De la Rúa.-

Poder Judicial de la Nación

Que en relación a los autores alemanes en general, sostuvieron que su opinión puede ser válidamente consignada y útil como criterio interpretativo del derecho positivo penal alemán, y en lo que hace a este tema en particular, existe una disposición positiva del derecho alemán, tal como resulta de la lectura de esas mismas obras citadas, y dado que nuestro derecho positivo no contiene una norma semejante a la del derecho alemán no resulta relevante a los fines considerados la opinión de estos destacados tratadistas.-

En relación a la opinión del doctor De la Rúa también consignada en dicha sentencia, refirieron que en una de sus obras menciona que la tendencia más actual se orienta a la exclusión de los delitos permanentes o continuados del principio de la ley mas benigna y, en rigor, cita un antecedente de la Cámara Federal de Bahía Blanca y a dos autores, Fierro y Zaffaroni, en sus notas al pie, por lo que el texto citado no contiene la opinión del autor, sino que en todo caso lo que se está citando es la opinión contraria.-

Con respecto al doctor Zaffaroni aclararon que si bien es posible que en su tratado, escrito hace muchos años, haya sostenido esta posición más gravosa, lo que debe prevalecer, desde luego, es su opinión actualizada como Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos ya citados -“Jofre” y “Landa”- en los que consagra el criterio de mayor benignidad de la ley aplicable para los delitos permanentes.-

Es por tales motivos y por la nueva integración del Tribunal que esa Defensa se permite poner en entredicho lo sostenido en el fallo “Landa” en orden al punto que ha sido tratado, manifestando que la posición sostenida por esa Defensa Oficial ha sido inspirada en autores como Jiménez de Asúa y Germán Bidart Campos.-

En relación al delito previsto en el artículo 293, en forma reiterada, tres hechos, en concurso ideal con el de supresión del estado civil, sostuvieron que se trataba de tres concursos ideales, ya que de lo contrario no se podría llegar a la pena de veinticinco años solicitada.-

Recordaron, que iban a pedir la absolución de la imputada Gómez Pinto en orden a las falsedades ideológicas de los instrumentos públicos y al delito previsto en el artículo 139, inciso segundo del Código Penal -delitos que

integran el concurso ideal- como argumento principal y, subsidiariamente, la extinción de la acción penal por prescripción. En relación a Rivas proponían, esta vez como argumento principal, se declare extinguida la acción penal por prescripción en orden a esos mismos delitos.-

Luego, pasaron a referirse a la coautoría por dominio funcional del hecho, que les fuera imputada a sus asistidos en relación a las falsedades documentales por considerar los acusadores, o bien que insertaron, o que bien hicieron insertar sus datos correspondientes en el certificado de nacimiento.-

A ese respecto sostuvieron, en cuanto al aporte de los datos personales, que en este caso fue Rivas quien hizo los trámites y que éste lo reconoció, a la vez que Gómez Pinto declaró que la nena ya “venía con los papeles hechos”. Añadieron que resultaba obvio que Rivas conocía el nombre de su mujer y en cuanto al número de su documento nacional de identidad, si es que no lo sabía de memoria, contaba con instrumentos idóneos para obtenerlo, por lo que rechazaron la afirmación de que su asistida Gómez Pinto hubiera efectuado aporte alguno por el hecho de haberse consignado su nombre y su documento.-

En cuanto al certificado de parto, consideraron que allí se prueba que su asistida no participó de su falsificación y que no existió un acuerdo previo, ya que en dicho certificado se consignó como lugar de nacimiento de la niña el domicilio el de la calle Rómulo Naón, 3.730, dirección que corresponde al domicilio de los padres de Rivas, lo que de ninguna manera presta apoyo a la hipótesis del acuerdo previo, sino que va en dirección contraria, ya que no se explica por qué el denunciante no hizo consignar el domicilio conyugal de la calle Luis Sáenz Peña donde efectivamente vivían ambos.-

En relación a la argumentación de la Fiscalía respecto de que los actos materiales de la falsificación están condicionados por la característica del documento, donde se requiere un denunciante, y que la patria potestad era ejercida por el padre, respondieron que, en efecto, la mujer no firmó el certificado de parto ni el acta de nacimiento y que, en cambio, sí los firmó Rivas.-

Poder Judicial de la Nación

Afirmaron que Gómez Pinto no tomó parte en la ejecución de las falsificaciones ideológicas sobre los instrumentos públicos referidos y que el artículo 45 del Código Penal alude específicamente a “los que tomasen parte en la ejecución del hecho”, independientemente de la teoría del dominio del hecho.-

En relación al acuerdo previo aludido por la Fiscalía reconocieron que pudo haber existido, pero relativo a que iban adoptar alguna criatura, y no en relación a las falsificaciones. Respecto al férreo pacto de silencio se permitieron afirmar que hasta las piedras en ese domicilio de la calle Luis Sáenz Peña estaban al tanto de que la señorita María Eugenia no era hija biológica del matrimonio Rivas y Gómez Pinto y asimismo de que no se habían seguido los tramites de adopción. Agregaron que su asistida no había cursado ningún embarazo, ni desaparecido nueve meses para fraguarlo.-

Valoraron en este punto los dichos del imputado Rivas en cuanto sostuvo que la decisión de adoptar era de los dos, pero la decisión particular del hecho de esta causa se la había reservado para él y no le hizo ningún comentario a su mujer, a la vez que Gómez Pinto, en su declaración informativa, dijo que su ex marido había ido ya con los papeles y fue él quien inscribió a la niña, todo lo cual se corresponde con las constancias documentales.-

Luego, efectuaron una distinción entre los hechos investigados en autos y aquéllos que resultaran probados en la ya referida sentencia de la causa “Landa”.-

Cuestionaron la teoría del dominio funcional del hecho invocada por la Querella, siguiendo la opinión de la Corte, y afirmaron que ésta, en realidad, se da como criterio para el derecho penal alemán, pero que en nuestro código, al existir una clara atestación relativa a “los que tomasen parte en la ejecución del hecho”, resulta discutible y que el dominio funcional del hecho nunca puede predicarse respecto de delitos de carácter instantáneo y de propia mano, agregando que la Querella no individualizó qué rol le cupo a su defendida en la aludida división de tareas, a la vez que tampoco pudo señalar que haya realizado un acto parcial e indispensable para la realización de la

conducta, entendiendo esa Defensa Oficial que ello se debe a que no hubo ningún rol de ésta.-

Volvieron a referirse al antecedente de la causa “Landa” en cuanto allí se sostuvo que no había elementos de juicio como para reprocharle a la mujer de Landa las falsedades documentales y que eso mismo ocurre en el caso de Gómez Pinto.-

Entendieron además que el delito previsto por el artículo 139 del Código Penal no ha sido cometido por ninguno de sus asistidos toda vez que dicho ilícito, en su redacción original, requería el propósito de perjudicar.-

En relación a ello, sostuvieron que lo que se pretendió con la inscripción falsa de María Eugenia fue darle una familia y advirtieron que los conflictos que la nombrada podía tener con la señora Gómez Pinto son los derivados de la particular personalidad de la señora Gómez Pinto, de la que dan cuenta los informes practicados en autos a lo que se sumó la existencia de una situación totalmente disfuncional del ex matrimonio, y que tales situaciones si bien son absolutamente traumáticas, no ocurren exclusivamente respecto de niños ocultos, sino que son situaciones que desdichadamente se dan también en una adopción legal, e incluso en el caso de hijos biológicos, por lo que no pueden ser valoradas en torno a esta cuestión.-

En cuanto a las distintas versiones que recibió María Eugenia sobre su origen destacaron que aún en los casos de adopciones legales, antes de la reforma de la ley, se ocultaba al adoptado su realidad biológica o se le daban distintas versiones, considerando que hay que colocarse en la mentalidad de antes, y no con nuestra mentalidad actual y que en el caso de María Eugenia aunque se le dieron versiones distintas nunca se le dijo que efectivamente fuera hija biológica, al contrario, siempre le dijeron que era una hija adoptiva.-

Efectuaron un análisis de la reforma legislativa producida en relación al régimen de adopción destacando que en la nueva ley el legislador consideró necesario agregar la obligación de los adoptantes de hacer conocer al adoptado su origen, y ello lo puntualizaron a los efectos de poner de resalto que era común que anteriormente ello no ocurriera.-

Poder Judicial de la Nación

En cuanto a la redacción original del artículo 139 y al propósito de perjudicar sostuvieron que no se pueden considerar, a los efectos de la configuración del perjuicio en los términos del artículo 139, a los mismos delitos incluidos en la acusación y que integran además un concurso ideal. Sostuvieron, además, que tampoco puede afirmarse que la inscripción de la menor como propia lo fue a sabiendas de que no había sido abandonada sino que fue arrancada de sus padres conociendo que su situación obedecía a la desaparición forzada de sus padres, ya que se trata de una afirmación dogmática.-

Que ya han hecho hincapié sobre el asunto de que sus asistidos eran dos personas de barrio, que vivieron siempre en el mismo domicilio y que de haber sospechado esas circunstancias de ninguna manera iban a asumir semejante problema.-

Señalaron que la buena doctrina es la que resulta de la sentencia dictada en la causa “Landa” en la que el Tribunal sostuvo que el delito previsto en el artículo 139 del Código Penal es de carácter instantáneo y que la ley 24.410 modificó la figura tornándola más gravosa desde que, además de aumentar las penas conminadas, le quitó una forma especial de designio requerida con anterioridad.-

Destacaron que en cuanto al propósito de perjudicar allí se sostuvo que no puede ser el mismo que tipifica la conducta o la de un delito que esté en concurso ideal o conexo. Que el propósito de causar perjuicio es un dolo específico cuya objetividad puede ser cualquier interés del ofendido o de un tercero, pero el perjuicio querido por el autor no puede consistir en la ofensa del estado civil en sí. Pues esta ofensa debe ser utilizada por el autor como medio para lograr otro efecto trascendente.-

Es por todo ello que consideraron que su defendida no debía responder por ninguno de los delitos que integran el concurso ideal, mientras que su asistido no debía ser condenado por el ilícito previsto por el artículo 139, inciso segundo del Código Penal.-

Seguidamente, pasaron a referirse al planteo de prescripción en relación a los concursos ideales integrados por la falsedad ideológica de los

tres instrumentos públicos con el delito previsto en el artículo 139, inciso segundo del referido cuerpo legal.-

A ese respecto, consideraron que por tratarse de delitos de carácter instantáneo, el plazo de la prescripción debe computarse desde la medianoche del día en que se cometió el delito, señalando que el certificado de nacimiento tiene fecha 7 de mayo de 1.978 y la partida 12 de mayo del mismo año, siendo que para esa fecha también se habría expedido el documento nacional de identidad.-

Para el cálculo de la prescripción, tomaron el delito más grave que es el de la falsedad ideológica agravada (en virtud de la teoría del paralelismo consagrada en el nuevo artículo 67 del Código Penal, que resulta de aplicación por ser más benigno), cuya pena es de tres a ocho años de prisión.-

En virtud de ello y dado que los primeros llamados a indagatoria a Rivas y a Gómez Pinto ocurrieron, respectivamente, el 28 de noviembre de 2.001 y el 3 de mayo de 2.002, consideraron que ha transcurrido con exceso el término previsto por el artículo 62 del mismo cuerpo legal, sin que hayan ocurrido en su transcurso causas interruptivas o suspensivas de la prescripción, recordando, en apoyo de ello, lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el antecedente “Reggi, Alberto s/ infr. art. 302 del C.P.” del 10 de mayo de 1.999.-

Agregaron que en este caso, no podía argumentarse que la comisión del delito previsto en el artículo 146 del Código Penal, por su carácter permanente, venga a constituir una causal interruptiva en los términos del primer apartado del artículo 67 del Código Penal, ello puesto que no hay sentencia judicial firme al respecto y tampoco corresponde suspender el pronunciamiento respecto de esta cuestión hasta tanto quede firme el pronunciamiento relativo a la conducta prevista en el artículo 146 del citado cuerpo legal, citando para ello el fallo “Almosni de Sananes, Liliana” del 15 de abril de 2.005, dictado por la Sala Ia. de la Cámara Nacional de Casación Penal.-

Poder Judicial de la Nación

Es por todo lo precedentemente expuesto que solicitaron se declare extinguida la acción penal por prescripción en orden a las falsedades documentales en concurso ideal con la supresión del estado civil, en forma subsidiaria al pedido de absolución respecto de la imputada Gómez Pinto y como argumento principal respecto del encartado Rivas, en virtud de lo establecido por los artículos 59, inciso 3°, 62, inciso 2, 63 y 67 del Código Penal y 336 inciso 1° y 339, inciso 2° del Código Procesal Penal).-

En relación al monto de la pena solicitada por las partes acusadoras, consideraron que el mismo resultaba exorbitante, aún cuando se consideren probados, por vía de hipótesis, los hechos por los cuales fueron acusados.-

Afirmaron que ello es sorprendente, no sólo por lo inusitado, sino también porque no guarda ningún tipo de correlato con las acusaciones formuladas cuando la causa aún tramitaba por la ley de procedimientos anterior.-

Consideraron que dicho viraje es asombroso, puesto que durante el debate no se ha incorporado ningún elemento nuevo que amerite semejante inflación.-

Pusieron de resalto que el Ministerio Público Fiscal es uno solo, por lo que les resulta desconcertante este apartamiento de la acusación anterior, afirmando que aquellos primigenios pedidos de pena que se formularon por escrito deberían operar como un tope de la pretensión punitiva, sobre todo cuando en ningún momento han explicado aquí cuáles son los motivos por los que han arribado a tal incremento.-

Entendieron que debían valorarse como circunstancias atenuantes que el imputado Rivas, de 64 años, y Gómez, de 60, no registran antecedentes penales, que se trata, en el caso del primero, de una persona que trabajó durante 20 años en la fábrica Terrabusi, luego se desempeñó como chofer de taxi y actualmente se encuentra desocupado, que vive solo en una habitación de hotel de esta Ciudad y que tiene serias dificultades para cubrir sus necesidades básicas.-

En el caso de Gómez Pinto, se trata de una ama de casa que no ha completado su escolaridad y que vive en un departamento del barrio de Constitución heredado de sus padres.-

Asimismo apuntaron que tal como surge de las conclusiones de los informes psicológicos y psiquiátricos de fojas 400 y 405, así como de la impresión que esa Defensa Oficial se ha formado, la nombrada padecía al momento de estos hechos, serios trastornos de la personalidad.-

Luego, hicieron hincapié en el tiempo transcurrido desde el momento de los hechos, al que consideraron como una pauta de atenuación de la pena, citando para ello un voto del doctor Mario Gustavo Costa en los fallos “Serebrinsky” y “Ahmed”, del registro de la Sala I de la Cámara Federal.-

Señalaron que el alegado maltrato que sufriera María Eugenia Sampallo por parte de Rivas y de Gómez Pinto, tiene que ver más con cuestiones subjetivas propias de una familia disfuncional, producto de un pésimo matrimonio y que ello debe haber sido consecuencia de la estructura psicológica y psiquiátrica de sus asistidos, en especial de Gómez Pinto, pero que tales circunstancias no pueden concurrir como agravantes a la hora de mensurar la pena.-

Consideraron que al momento de merituar la pena el Tribunal debía tener en cuenta todas aquellas alegaciones que hiciera esa Defensa Oficial tanto al tratar la no concurrencia del aspecto subjetivo del tipo previsto en el artículo 146 del Código Penal, como así también al referirse a la cuestión de los delitos de contra la humanidad y, en particular, en cuanto a que sus asistidos no tienen absolutamente nada que ver con el terrorismo de Estado y que por ello, no le son aplicables todas aquellas consideraciones que hicieran las partes acusadoras al momento de fundar sus respectivos pedidos de pena.-

Agregaron que hoy en día la conciencia sobre el respeto de los derechos humanos es distinta y constituye un error valorar las conductas pretéritas con parámetros actuales. Entendieron que el valor que la sociedad argentina ha reconocido en estos últimos tiempos al respeto por los derechos humanos y el desarrollo del derecho internacional sobre el punto no pueden tener como consecuencia la aplicación de penas más severas por hechos

Poder Judicial de la Nación

cometidos hace 30 años, es decir, en una época donde no existía ese desarrollo.-

En cuanto a los montos de las penas aplicados en la causa 13 sostuvieron que no podían ser tomados como parámetros, no porque estuvieran desactualizados como sostuvieran los acusadores, sino porque se refieren a cuestiones distintas que no guardan un mínimo de homogeneidad como para poder ser comparadas, destacando que en aquella causa, se juzgó a quienes idearon y ejecutaron un plan criminal desde los más altos mandos; mientras que aquí se está juzgando a una ama de casa y a un ex empleado de Terrabusi que no tienen absolutamente nada que ver con todo eso.-

Entendieron que sí debían tomarse en consideración y servir como parámetros otros antecedentes tales como la referida sentencia dictada en la causa “Landa” y señalaron asimismo una serie de fallos dictados por otros tribunales en causas similares a ésta en las que se investigaban apropiaciones de menores, donde se aplicaron penas sensiblemente menores a las solicitadas por los acusadores.-

Refirieron que de tales causas aisladas no podía colegirse la existencia de un plan sistemático y generalizado de apropiación de menores, pero lo que sí podía colegirse era que todos esos casos se distinguen del presente por cuanto las personas allí imputadas eran integrantes de fuerzas de seguridad, de las Fuerzas Armadas o de la SIDE, organismos que se encontraban bajo control operacional de la Junta de Comandantes; que habrían tenido una intensa participación en la represión ilegal, sospechándose respecto de esos imputados que habrían tenido participación, o al menos, conocimiento acerca del secuestro de los padres de los menores; y conocían claramente el origen biológico de éstos.-

Además, señalaron que en muchos de tales casos los imputados estuvieron prófugos, llevándose consigo a los menores y poniendo todo tipo de obstáculos para el progreso de las investigaciones, y que nada de ello se ha verificado en autos.-

Por todo lo expuesto afirmaron que la pretensión punitiva puesta de manifiesto por las partes acusadoras era realmente injusta y desmedida, por

lo que, en subsidio de las peticiones liberatorias antes aludidas, propusieron que para el caso de que se arribe a un veredicto condenatorio la pena a imponer sea sensiblemente inferior a la solicitada y que la misma no implique un nuevo encarcelamiento de sus asistidos, ya que ambos han cumplido varios años de prisión preventiva.-

g) A su turno el doctor Alejandro María Macedo Rumi inició su alegato adelantando que formulará un pedido absolutorio respecto de su defendido, como así también la inaplicabilidad de determinados institutos.-

Indicó que toda la acusación se encontraba basada en cuestiones meramente indiciarias, que no habían podido ser corroboradas en el transcurso de este debate y por determinadas pruebas testimoniales que no hacían más que arrimar simples versiones.-

Al respecto señaló, que encontramos un edificio ubicado en la calle Luís Sáenz Peña donde parecía que cada uno de los vecinos sabía una versión, y en realidad nadie sabía nada, porque la única versión que se tenía es, supuestamente, de una persona que habría manifestado que Berthier habría entregado a la criatura, y supuestamente esos testigos fundamentales nunca habían aparecido en este juicio, a pesar de haber sido citados.-

Recalcó que justamente esa persona, que es la testigo Luisa Melgarejo, fue desistida por la acusación, cuando supuestamente de ella provendría la versión que arrimaría a Berthier a esta causa.-

Consideró que tanto el señor Fiscal como el Querellante Particular erraron en su acusación a la vista de los indicios que fueran atribuidos con respecto a la participación de su defendido con los hechos que se le imputaban, en algunas casos por mala fe, y en otros, por falta de lectura o desconocimiento técnico de cuestiones de la época.-

Interpretó que el caso que aquí se debatía era individual, en el cual nada había tenido que ver el supuesto aparato de represión al que se referían los acusadores.-

Por un lado, porque el matrimonio acriminado era ajeno a cualquier tipo de actividad que se les haya adjudicado con respecto al

Poder Judicial de la Nación

terrorismo de Estado, y su asistido, en esa época, de acuerdo a su corta edad y bajo rango al servicio del Ejército no podía actuar como un miembro activo de un plan sistemático, ya sea de exterminio o de apropiación de niños.-

Como adelantó, lo único que habían demostrado los acusadores en este juicio eran simplemente indicios, y a su criterio la acusación no era más que eso, por lo que no alcanzaba para concluir con una condena.-

Consideró que el señor Fiscal cometió un desliz con respecto a la actuación de Berthier en el Regimiento nro. 3, ya que indicó que éste en el año 1.982 habría realizado actividades contra subversivas, con el propósito de demostrar que así podía accionar contra elementos civiles y estar cercano a la supuesta apropiación de niños.-

Rememoró que el destino de Berthier en el año 1.982 era en el Regimiento de Infantería Mecanizada n° 35 de Río Turbio, Provincia de Santa Cruz, conforme surgía de su legajo personal, actuando en la frontera con Chile e interviniendo en la guerra de Malvinas en el continente.-

Precisó sobre una operación de contrainteligencia que le fuera encomendada por su superior, Teniente Coronel Schilling, y que su éxito motivó que fuera recomendado para una medalla de honor, a diferencia de lo afirmado por el Fiscal, en cuanto a que ese merecimiento obedeció a sus actividades antisubversivas.-

Explicó, que de acuerdo al Reglamento de Inteligencia las actividades de contra inteligencia se podían dar a través de la subversión, del espionaje y del sabotaje. Hizo hincapié en ello, debido a que el término se había degenerado y cualquier cosa que fuese enfrentada por un uniformado parecería que lo fuera.-

De ese modo resaltó que subversión se refería a un enemigo convencional a diferencia de lo sostenido por el Fiscal. Esto era, definió, la banda de delincuentes terroristas prevista en el decreto del año 1.975 del gobierno constitucional, y concluyó, que en el proceso de reorganización nacional no se estaba frente a un enemigo convencional.-

Al abordar la actividad de su defendido de acuerdo a los términos que surgen del legajo Conadep n° 1654 de Moldavsky utilizado por la Fiscalía

para intentar probar que aquél se encontraba a cargo o en lugares de detención o centros clandestinos de detención, cuya denominación era a su criterio, lugares de reunión de detenidos perfectamente delimitados por los reglamentos militares, recordó lo manifestado por su defendido en indagatoria, en cuanto a que ninguna persona que se encontraba en el Regimiento tenía vinculación, podía ingresar o mantener contacto con gente que se encontrara en el centro denominado “El Vesubio”, ubicado a 4 km del lugar.-

Agregó, que por su bajo rango, Teniente Primero, Berthier ante el requerimiento de Moldavsky en la puerta del Regimiento, se limitó a proporcionarle el teléfono de la unidad para que preguntase por su hijo y jamás le manifestó que se encontraba bajo su disposición o que tuviera que ver con algún tipo de detención, ni nada parecido.-

Consideró que el citado legajo elaborado ante la Conadep no podía ser considerado como prueba válida para este juicio, ya que la declaración de Moldavsky no fue tomada en forma legal, es decir, bajo juramento de decir verdad, y además porque éste justamente en el marco del proceso penal en el que se investigaba la privación ilegal de la libertad de su hijo jamás manifestó lo sostenido en el referido legajo.-

Cuestionó también la validez de los mails remitidos por el Juzgado de Instrucción, producidos entre Ana Feldman y una persona de nombre Xavier o Javier, no sólo por el desconocimiento del remitente, su destino y contenido, sino porque a su criterio, bien podía tratarse de prueba armada posteriormente, ya que cualquiera podía crear dos direcciones de mails, intercambiarse correo y documentar lo que pretendiesen hablar, y además porque la intervención que se realizó de esos correos no ofreció ningún resultado.-

Criticó la lectura de los acusadores y su mala fe respecto de las constancias obrantes en el Legajo Conadep n° 7170 que fuera utilizado para privar de la libertad a su defendido y del que se desprendería que a Berthier le decían “El Francés”, ya que de su compulsa advirtió que jamás se lo nombraba, y que las referencias atribuidas al “francés” correspondían al capitán Asiglia.-

Poder Judicial de la Nación

Recordó la mala fe de la Querella, ya que a su criterio en ocasión de introducirse las cuestiones preliminares de este juicio, intentó sin éxito incorporar un listado supuestamente perteneciente a ese legajo, sobre lo cual ensayó distintas hipótesis sobre su procedencia y culminó en que sólo se pretendió perjudicar a su asistido.-

Con relación al indicio motivado en el nombre de Violeta como tercero de María Eugenia, sobre el cual la acusación Fiscal dedujo que Berthier retuvo a María Eugenia durante dos meses y así tener argumentos para solicitar su condena por el delito de retención de un menor de diez años, el letrado defensor ironizó la situación y concluyó en que si realmente a la señora Violeta Appa, ex-esposa de Berthier, no le gusto o no quiso tener a la niña, era ilógico concluir en que iban a ponerle en su homenaje “Violeta”.-

Asimismo abordó la actuación de su defendido durante el período comprendido entre los años 1976 a 1978 en la Policía Militar, cuestión que había analizado el Fiscal, y explicó que durante el año 1.977 y 1.978 la Policía Militar contaba con tres secciones conforme surgía del reglamento. En el año 1.976 estaba conformada por una sección contra subversión, que fue aclarada por su defendido, y dos secciones de Policía Militar. La primera era una sección de recuperación para las tomas de regimientos y estaba delimitada por el reglamento de contra inteligencia. Afirmó que no era una sección contra terrorista, ya que justamente los enemigos en ese momento, como sostuvo, eran los delincuentes terroristas.-

Explicó que al tratarse de una práctica que se remontaba a la década del 70, todo el Ejército Argentino en ese momento tenía una sección contra subversión, en donde los integrantes de una compañía iban rotando semanalmente para hacerse cargo de esas cuestiones.-

Precisó con relación a las calificaciones de Berthier por su desempeño, que esa evaluación se producía cada seis meses luego de encontrarse el período completo. Es decir, eran posteriores a los hechos a los que se referían, y como muestra de lo que afirmaba, citó la última vinculada a la sección contra subversión producida seis meses después del retiro de

Berthier, ya que en el año 1.978 era Jefe de la Sección Segunda de Policía Militar y aquella sección había desaparecido en el año 1.977.-

En otro orden, negó el contenido de las escuchas telefónicas que integraba la prueba, máxime porque el peritaje de experticia concluyó en que no era posible hacer ningún tipo de reconocimiento de voz, y además, porque se trataban de conversaciones entre terceras personas, conocidos de la familia o amigos de Cristina Gómez Pinto.-

Criticó los dichos prestados en el legajo por parte de Alicia González, quien desde su óptica se dedicó a llamar a Cristina Gómez Pinto y a Osvaldo Rivas a sus lugares de detención, a los efectos de sacarles información para proporcionársela al Tribunal instructor, cuestión esta, que vinculó con la investigación que se sustanciaba en orden al pedido de exacciones ilegales a su asistido y en donde se analizaba la actuación de la señora Jueza, doctora Servini de Cubría, y del doctor Parodi Lascano.-

Cuestionó la pretensión de aumentar el objeto procesal de este debate con prueba para demostrar la desaparición de la pareja Sampallo y Barragán.-

Más allá, prosiguió, que era relativamente comprensible por existir una base fundamental fáctica que debía considerarse para la procedencia del posterior delito que es el nacimiento de una criatura, sostuvo que la prueba reunida en este debate, y que se podía valorar, no permitía a su criterio, tener por probada la desaparición de la pareja Sampallo-Barragán, ya que esa circunstancia sólo fue manifestada a través de familiares y de testigos que no los vieron más, y aquellas no se trataban de personas que habían sido declaradas fallecidas o presumido su fallecimiento.-

Citó en abono de esa idea, que en los Tratados Internacionales la desaparición forzada de personas se consideraba permanente hasta que aparecieran o se encontrara su paradero. Es decir, indicó, no se podía hablar de desaparecidos como se pretendía, esto es, como persona fallecida o muerta en combate o muerta por un procedimiento irregular.-

Evocó las palabras que utilizó Videla en su momento, en cuanto a que “el desaparecido es una incógnita, no está ni muerto ni vivo, es un

Poder Judicial de la Nación

desaparecido”, pero consideró que justamente era el concepto que fue utilizado por el Tratado Internacional de Desaparición Forzada de Personas.-

Ejemplificó su postura con la referencia al caso de un muerto en Kosovo y de dos jueces, actualmente uno de la Corte Suprema y un juez de Garantías de la Provincia de Buenos Aires, que aparecían como desaparecidos en los listados de la Conadep. De ahí, aseguró que nada le impedía decir que el desaparecido podría no estar desaparecido o aparecer posteriormente.-

Señaló que el Tratado Internacional era claro en cuanto que la desaparición no era un estado de hecho sino un estado latente, y que la desaparición era un estado que permanecía hasta que sucediera alguna de las dos cosas, se encontrara el paradero o apareciera la persona. Consideró que en este juicio no se había probado que Leonardo Sampallo o Mirta Barragán se encontraran muertas, y afirmó además, que la patria potestad era el bien jurídico tutelado en el tipo legal, y de estar muertos como argumentaba la Fiscalía, el delito no podría existir, como así opinó la doctora Highton de Nolasco en un precedente del Tribunal Superior de Mendoza.-

Más allá que aclaró que la causa n° A- 6.416, en donde se investigaban las exacciones ilegales solicitadas a su asistido, no fue promovida por esa parte, resaltó como lo había hecho Berthier, que tanto la magistrada como el funcionario judicial habrían actuado junto a la famosa banda de Bella Vista, compuesta por Varela, Gallo y Maradei, y que por circunstancias que reseñó podía afirmar que mantenían un contacto permanente y efectivo con las organizaciones de derechos humanos a través de sus abogados, y que incluso esa misma banda, fue utilizada para vincular a Berthier en la causa “AMIA”.-

Es decir, aseguró, aprovechando que Berthier estaba aquí, se lo intentaba involucrar en cualquier tipo de causa, no obstante que, gracias a su limpia actuación durante el proceso de reorganización nacional y sus actividades posteriores, no se logró vincularlo en ningún proceso referido a derechos humanos.-

Criticó la argumentación que se formuló respecto de los antecedentes de su asistido, ya que se encontraba agregado en la causa el

certificado de sobreseimiento que tuvo en aquéllas, pese a lo cual se hizo alusión a tres causas con distinta numeración, que en verdad se trataba sólo de una que tuvo tres radicaciones.-

Reclamó por eso que el Ministerio Público debía ser objetivo y absolutamente imparcial.-

Respecto de un “resumen de antecedentes” que integraba la documentación que fuera aprobada para este debate, en donde más allá de las referencias que contenía y que enumeró, se concluyó que nada tenía que ver María Eugenia Rivas con esta causa, ni con desaparecido alguno, recordó que el Tribunal dispuso varias medidas de prueba para que la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo y la Conadep remitieran los antecedentes citados, recibiendo como respuesta que no tenían ninguna documentación al respecto pese a que allí se mencionaban legajos y testimonios bien descriptos.-

En otro orden recreó el testimonio de Osvaldo Rivas en indagatoria en lo referido a la supuesta reunión que habría mantenido en su trabajo con el militar, señor Aníbal Reyes Roa, uno de los dueños de Terrabusi y en donde habría participado el Mayor García, y aseguró su sorpresa tras la comparencia como testigo de García Sordelli al debate, en cuanto a si se pretendía que éste reconociese los hechos y se declarara culpable, cuando en verdad se tendría que haber investigado desde un principio de la causa para establecer si tenía algún tipo de vinculación como imputado, y no insistirse acerca del apellido Berthier, en todo momento, sin tenerse prueba alguna.-

Frente a todas estas pequeñas incidencias que categorizó de indicios y que habían tomado en consideración las acusaciones, citó pasajes de lo sostenido por Mittermaier en su obra “Tratado sobre la prueba”, que a su criterio cuajaban perfectamente con sus argumentos, ya que no sólo los indicios que supuestamente eran en contra fueron desmantelados completamente durante el debate, a pesar de que se siguieran sosteniendo en la argumentación Fiscal, sino que existían mayores pruebas de la inocencia que incluso los indicios que se pretendían usar como cargo.-

Continuó con las citas a la referida obra, y en particular a los pasajes en que el autor evocaba el estadio de certeza, y recordó que en este

Poder Judicial de la Nación

juicio simplemente se contaba con el testimonio de Olga González, los simples indicios que ya había rebatido y la manifestación de María Eugenia, prueba que a su entender debía ser llamada “simples indicios”, al no tratarse de testigos directos sino de terceros, fuente que justamente en este debate la acusación desistió y no permitió así conocerse la verdad.-

Tomó como una pauta la distinción que realizaba Mittermaier respecto de la probabilidad y la certeza, y sostuvo que en este caso no se contaba siquiera con la probabilidad de culpabilidad de su defendido, ya que ninguno de los testigos, ninguna de las pruebas documentales y ningún otro tipo de prueba producida en este juicio, permitía identificar a Berthier en un lugar de detención o en contacto con Edgardo Sampallo o con Mirta Mabel Barragán, a pesar de los intentos de la Fiscalía para que los testigos reconociesen a su cliente o para establecer si había militares en el lugar.-

Sostuvo férreamente la ajénidad de su cliente con un centro de detención, con esas dos personas o Cáceres Monié, y afirmó que éste jamás entregó, sustrajo, usurpó, alteró identidades, retuvo, ocultó, ni ninguno de cualquiera de todos los verbos típicos que se le habían querido inculpar, ya que no existía testigo o prueba documental que permitiera afirmar lo contrario.-

Relativizó y calificó como un “chusmerío de barrio” las versiones obtenidas de los vecinos del inmueble de la calle Luis Sáenz Peña, e ironizó diálogos entre ellos.-

En otro orden evocó las circunstancias relativas al examen de ADN producido en el año 1.989 y que el resultado obtenido fue absolutamente negativo. Es decir que, agregó, María Eugenia no tenía ningún tipo de relación biológica o filial con personas desaparecidas.-

Recordó que a partir del testimonio en el debate de la doctora Di Lonardo, ex directora del Banco Nacional de Datos Genéticos, el entrecruzamiento de datos que imponía la propia ley no existía, por lo que el mismo banco incumplía con la normativa.-

Rememoró que en el año 2000 María Eugenia se presentó ante la Conadi prestando conformidad para la realización de un análisis

inmunogenético, y que en vista a la falsificación que se corroboró pericialmente respecto de sus firmas, ello le permitía colegir distintas hipótesis que enumeró sobre quienes fueron sus autores, o en realidad que, María Eugenia, jamás se presentó en la Conadi a extraerse sangre, ni retiró ese informe.-

Destacó a partir del informe que obra a fs. 84 perteneciente a la Conadi y en donde se mencionaba a Berthier, que al interrogar a la testigo Claudia Susana Carlotto respecto de dónde se obtuvo la versión que lo vinculaba, esta indicó que había sido María Eugenia, al decir que él podía ser el padre o la persona que la entregó. Pese a lo cual, reflexionó el defensor, ello ni siquiera fue investigado por la Conadi.-

También indicó que la testigo afirmó que las fechas de embarazo al momento del secuestro de las personas pasivas de esta actividad y la supuesta fecha probable de parto no eran consideradas en ningún momento a los efectos de hacerse el examen genético. Es decir, no se seleccionaba el grupo en base a estos datos.-

Le resultó extraño el silencio de los acusadores, ya que figuraba en la causa, que quien realizó la denuncia que habilitó la citación para el examen en el Banco de Datos Genéticos, se trataba del militar Federico Jensen, sobrino de Beatriz Jensen de Ghibaudi, la vecina de Luis Sáenz Peña, y quien le habría inculcado a María Eugenia que hiciera la denuncia con el nombre de Berthier. Pese a esto, resaltó que ello jamás se investigó en la causa, ni fue citado para establecer la relación que tenía cuando hizo la denuncia o qué datos tenía o sabía.-

Criticó en base a lo declarado por la doctora Di Lonardo la conclusión del examen genético en lo que se refiere a la probabilidad de maternidad o paternidad obtenida, como su indicación resaltada en negritas, cuando no era más que una probabilidad. También la comparación que indicaba que habría sido realizada con otra persona de la población general en forma no seleccionada, cuando justamente esa testigo aceptó en el debate que no existían las formas seleccionadas de la población general, y que en concreto en la Argentina no existía un estudio genético poblacional por

Poder Judicial de la Nación

edades, sexo, sectores, especie o raza, que permitiera un patrón genético para determinada población de cada lugar determinado.-

Evidentemente, concluyó, existía una distinción de razas que podía hacer modificar al patrón genético, y a pesar de la obligación legal del Banco no se hacía.-

Se preguntó el letrado defensor tomando la indicación de la testigo Di Lonardo sobre que existía siempre una posibilidad de azar, si al momento de valorarse la prueba, el Tribunal podía contar con el azar en su criterio para dictar una condena, respondiéndose al interrogante en forma negativa.-

Aseguró que la certeza que era necesaria para una condena no estaba a la altura de poder considerarse un azar y no era aceptable que se dictara un veredicto de determinada forma que años después, si algo cambiaba, recién se pudiera determinar de quién podría ser hijo o se pudiera confirmar una sentencia actual.-

Criticó por ello la decisión de la Jueza de Instrucción, ya que a su entender se apresuró en cambiar la identidad con un informe genético, en el que no hubo control de parte, retuvo un DNI y entregó otro, cuando no era la directora del Registro Civil, ni una juez civil que tuviera jurisdicción para quitar y dar identidades a las personas.-

Se preguntó el letrado defensor a la luz de las explicaciones que brindó la doctora Di Lonardo sobre los motivos del resultado negativo del examen genético realizado en el año 1989 mediante el sistema de antígenos HLA, la razón por la que, así como a María Eugenia no le ofreció resultados, por qué no se volvieron a realizar con la nueva técnica todos los que se habían efectuado a otras personas, ya que de quienes en esa época se estableció vínculo filial, tal vez ahora resultaría lo contrario, y viceversa.-

Insistió con lo llamativo de que las firmas de María Eugenia ante la Conadi en el año 2001 fuesen falsas, y esa cuestión la vinculó con la coincidencia de la selección del grupo familiar Sampallo y el grupo familiar Barragán en la ocasión de la extracción hemática, cuando no se contaba con ningún tipo de antecedente de estos grupos y porque Claudia Susana Carlotto

afirmó que no se tomaban en cuenta las fechas de parto, nacimiento o de secuestro de los progenitores. Es decir, en su opinión, no se realizó ningún entrecruzamiento con todo el Banco de Datos Genéticos y se seleccionaron directamente los grupos familiares aludidos.-

Recordó que en diciembre de 1.977 según se consideró probado por la acusación, la señora Mirta Mabel Barrágan estaba embarazada de seis meses. En ese aspecto resaltó, que en la causa hay un claro testimonio en el legajo de la Conadep, en que aquella alumbró un varón y que la fecha de nacimiento se estimó para el mes de febrero o principios de marzo. Lo cierto era que María Eugenia fue inscripta el 7 de mayo y para cubrir ese vacío, consideró que la acusación con mala fe sostuvo que estuvo dos meses retenida bajo la esfera de custodia de Berthier. Es decir, la misma argumentación documental con testigos que decían que estaba embarazada de seis meses en diciembre de 1.977 indicaba que el “chico” tendría que haber nacido a fines de febrero.-

Finalmente, y en lo relativo al estudio de histocompatibilidad, arremetió contra los motivos por los cuales la doctora Di Leonardo dejó su puesto en el Banco de Datos Genéticos con motivo de una causa penal y de un sumario administrativo.-

El letrado defensor evocó el testimonio prestado en el debate por Ana María Careaga y frente a la afirmación del señor Fiscal respecto de la existencia de un plan sistemático de apropiación de niños llevado a cabo por un aparato de terrorismo de Estado, se preguntó cómo podía ser, si existía ese plan, que aquella fuera liberada, que nadie se apropió de su hijo y que lo pudo tener normalmente.-

Reiteró la ajenidad de su defendido en los hechos, y afirmó que con lo único que se contaba eran con las versiones de María Eugenia y de Olga González, y que a su criterio, ni siquiera son indiciarias.-

Respecto de lo sostenido por María Eugenia referido a la versión que se le brindó de Berthier, como que esta era la única referencia de alguien conocido, sostuvo que era comprensible que haya querido creer esa versión, y recordó las argumentaciones de la Defensa Oficial en su alegato, en cuanto a

Poder Judicial de la Nación

las complicaciones psicológicas o las implicancias psicológicas que tiene este tipo de menores cuando se les mencionaba que los padres no son tales y que son hijos de otras personas, y que por ello trataban de buscar en su fantasía gente mejor o empezaban a fantasear con quiénes serían los padres.-

Resaltó el doctor Macedo Rumi la circunstancia de que María Eugenia ocultando el nombre de Federico Jensen dijo “el sobrino de Beatriz Ghibaudi”, y calló sobre que éste fue el que inició la denuncia y quien la alentó a enfrentar a Berthier sobre su origen, como también que Luisa Melgarejo le afirmó que era hija de Berthier.-

Tomando en consideración las pruebas producidas en el debate, el letrado defensor pronosticó que para él, María Eugenia era hija de Berthier por lo que se había probado, a diferencia de lo que sucedía respecto de lo que se lo acusaba.-

Aventuró cierto encono actual por parte de aquella en su actuar a la luz de su avezado odio desde temprana edad por los uniformados.-

Hizo hincapié nuevamente en que la versión brindada de que Berthier era su padre o quien la trajo fue brindada a María Eugenia por Luisa Melgarejo, testigo que justamente desistieron los acusadores, impidiendo así, conocerse la verdad como la posibilidad de su cliente de defenderse.-

Con relación al encuentro de María Eugenia con Berthier, ocurrido en el año 1.994 en la planta baja del edificio de Luis Sáenz Peña, recordó el señor Defensor que su asistido reconoció ese episodio pero no las demás cuestiones que introdujo la nombrada, las que calificó como un producto de su fantasía, ya que ningún testigo las corroboró.-

Descalificó el doctor Macedo Rumi los intentos de los acusadores de introducir en el debate una foto donde aparecía la madre de su defendido con María Eugenia con intenciones de probar que fue retratada en la casa de Cristina Gómez Pinto. Añadió, que jamás se negó el vínculo de amistad de la madre de Berthier con la madre de Cristina Gómez Pinto, pero distinto resultaba si mediante esa fotografía se pretendía inculparlo diciendo que éste la entregó.-

Sostuvo que era mentira que Berthier haya concurrido con su esposa a los cumpleaños de María Eugenia, ya que si la hipótesis era que ella la rechazó, no era lógico que después asistiera a esa clase de festejos.-

Descalificó el manejo dinerario que afirmó Olga González que tenía respecto de los fondos de una beca obtenida por María Eugenia, no sólo porque la última la contradijo al deponer en el debate, sino porque los únicos que podían ir a cobrar los cheques era alguno de sus padres.-

Recalcó que esta misma testigo le prestaba el departamento donde vivía María Eugenia, y por ende, mantenía una relación económica o de amistad, e incluso dijo que iba a declarar en su favor, circunstancia que el defensor interpretaba que era lo mismo que decir “yo voy a declarar en contra de otras personas”.-

Criticó severamente la veracidad del testimonio de la referida testigo en lo relativo a la frase que supuestamente escuchó desde su baño vinculada a guerrilleros, y a su criterio, ello quedó totalmente desacreditado con lo dicho en el debate por la testigo Seoane, y además porque volvió a mentir sobre la existencia de un peritaje de audio en su casa que nunca se realizó y porque introdujo una versión distinta del origen de María Eugenia a la que había sostenido en la instrucción.-

Reflexionó sobre la versión brindada por Osvaldo Rivas en su indagatoria, que a pesar de ser la primera, bien descriptiva y con visos de veracidad, no se investigó.-

Indicó que aquél brindó un relato pormenorizado sobre quiénes intervinieron, con quién trató y cómo le fue entregada María Eugenia e incluso descalificó la afirmación de Gómez Pinto de que Berthier le hubiera entregado la criatura.-

En ese aspecto consideró el doctor Macedo Rumi que se encontraba probado perfectamente que el único que estuvo, al que le fue entregada la criatura en el Hospital Militar y tuvo contacto con los entregadores fue Osvaldo Arturo Rivas, y que cualquier otra versión que se contrapusiera evidentemente no era correcta.-

Poder Judicial de la Nación

Recalcó el defensor que el propio Rivas sostuvo que las demás historias a las que se refería María Eugenia no le constaban y que pudo ser Gómez Pinto quien las inventó, como así también lo habían hecho, indicó el letrado, Luisa Melgarejo, Olga González y Alicia González.-

Realizó el doctor Macedo Rumi un racconto de la versión brindada en la declaración indagatoria por Gómez Pinto, de la que extrajo que su relato corroboró perfectamente lo indicado por Osvaldo Arturo Rivas, pero sorpresivamente cuando concluía su exposición, realizó una derivación irrazonada afirmando que Berthier fue quien trajo a la niña.-

Coincidió con la exposición de la defensa pública cuando hizo mención al estado anímico de María Cristina Gómez Pinto. No obstante recordó que aquella luego desmintió esa afirmación y la rectificó en ocasión del careo realizado junto a su asistido, más allá de la teoría que no compartía que esgrimió el Fiscal de por qué el Tribunal debía considerar la primera indagatoria.-

Reflexionó sobre la manera en que se sustanció la instrucción sin investigarse la versión que brindó Rivas y a las personas que mencionó, y como lo analizó el doctor Valle en su alegato, resaltó el tipo de preguntas que se formularon en las declaraciones testimoniales e indagatorias y que todas apuntaban a sindicar a Berthier. Es decir, concluyó, en todo momento a los testigos y a todas las personas se les quiso poner en la boca el apellido Berthier, mientras que, sin embargo, se dejó de lado en la investigación lo dicho por Osvaldo Rivas.-

Con relación a los motivos por los cuáles se lo involucraba a su defendido ensayó distintas hipótesis. Una, porque evidentemente tenía una relación de conocimiento con el matrimonio Rivas-Gómez Pinto, lo que jamás fue negado. Otra, era la capacidad económica que poseía en ese momento y que derivó en el pedido de exacciones ilegales que aludió.-

Afirmó el letrado que existía una persecución económica permanente contra Berthier y esto no era una fantasía, y ello era palpable con solo cotejar el monto del embargo que se le trabara en esta causa con los que fueran dispuestos a Rivas y Gómez Pinto, cuando esa clase de medida cautelar

sólo tiende a resarcir las costas del proceso o cualquier otro tipo de reclamo de naturaleza civil, y ninguna incidencia tenía la capacidad económica o adquisitiva del sujeto.-

En otro orden el doctor Macedo Rumi se refirió a los crímenes de lesa humanidad introducidos al debate por parte de los acusadores.-

Indicó que la Corte Penal Internacional, en el artículo 7 del Estatuto Roma, aprobado el 17 de julio de 1.998, los definía como cualquiera de los actos siguientes y cuando se cometieran como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. De ese modo, por ataque a una población civil se entendía, una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización.-

Sin embargo, reflexionó, que en el accionar del Estado en los años 1.970 no hubo ningún ataque sistemático a una población civil, sino una respuesta que se dirigió exclusivamente a ejércitos irregulares conformados por combatientes armados y entrenados, lo cual constituía una acción de suyo justa y legítima, independientemente de los errores o reproches que se le hicieran a la acción antiterrorista en el marco de la guerra civil acaecida.-

Citó en apoyo de su postura declaraciones de Mario Firmenich ante el periodista español Jesús Quinteros, del doctor Gil Lavedra que integró el Tribunal que juzgó a la Junta Militar en 1.985 y de Rodolfo Galimberti.-

Insistió en que estaba hablando de una guerra a pesar de todas estas irregularidades graves que se estaban analizando, y que se omitía un detalle nada menor, y que era, que la situación descripta por las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, es decir todos los tratados que han sido de aplicación o que habían solicitado su aplicación, sólo correspondían a tiempos de paz.-

Reseñó que en la misma sentencia de la causa 13 se sostuvo que en el período 1.976 a 1.983 hubo una guerra en el país, y por lo tanto, a su criterio la legislación aplicable era la que se refieren las Convenciones de Ginebra y La Haya sobre el derecho a la guerra.

Poder Judicial de la Nación

Evocó de las leyes internacionales que invocaba, incluso la posibilidad de fusilamiento de los guerrilleros, sin juicio previo, que combatían a las fuerzas regulares debido al peligro en que colocaban a la población civil al no encontrarse uniformados, no llevar abiertamente sus armas y mimetizarse con ella.-

Insistió que la Justicia Argentina en la Sentencia de la Cámara Federal que juzgó a la Junta Militar en el año 1.985, fue quién determinó que lo acontecido en el país fue una guerra, al afirmarse que el fenómeno se correspondió con el concepto de guerra revolucionaria y que algunos de los hechos de esa guerra interna habrían justificado la aplicación de la pena de muerte contemplada en el Código de Justicia Militar, ya que no había delincuentes políticos sino enemigos de guerra, pues ambas partes eran bélicamente iguales.-

Como se desprendía, aseveró que debía admitirse que en el país sí hubo una guerra interna, iniciada por las organizaciones terroristas contra las instituciones del propio Estado.-

Recordó que la aplicación de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, ratificada por el Estado Argentino en el año 1.995, establecía en su artículo 3ro. que el delito de desaparición forzada de personas debía ser considerado como un delito permanente o continuo mientras que no se estableciera el destino o el paradero de la víctima.-

Indicó respecto de la inaplicabilidad del instituto de la prescripción invocado por los acusadores, que la Convención en trato es posterior al momento en que el hecho cesó de ejecutarse, es decir el día 1º de marzo de 1.989, ocasión en que los padres brindaron información al Estado acerca del paradero de la víctima, quien por inoperancia, ignorancia o por desinterés no procedió como debía.-

Coincidió con la doctrina legal que surgía de la causa Lariz Iriondo, en cuanto que la Convención posterior no era aplicable al hecho de esta causa, y por lo tanto consideró que el hecho no era imprescriptible, ni permanente como lo sostuvo la Fiscalía, aunque sí servía al momento de

determinar el término de la prescripción en relación a su permanencia, mientras no se estableciera el destino o paradero de la víctima.-

Indicó que el señor Fiscal introdujo la cuestión de un plan sistemático de apropiación de niños que insertó dentro del conjunto de los crímenes de lesa humanidad. Al respecto trazó un paralelo con el juicio de Nüremberg y afirmó que ese Tribunal no juzgó a los jerarcas nazis por genocidio, ni por crímenes de lesa humanidad, y no entendía, cómo se podía en esta causa particular, pretenderse que los tres acusados fuesen condenados por un crimen de esa naturaleza.-

Evocó la mecánica que se utilizó en el proceso de Nüremberg, basada en la idea de la culpabilidad colectiva y la conspiración, mediante la cual se podía acusar a una organización a través de cualquier miembro que se tuviera por representante de la misma, y una vez declarado culpable de conspirar para cometer crímenes, tanto el miembro juzgado como los miembros restantes de la organización serían considerados culpables.-

Calificó en ese sentido de poco novedosas las pretensiones de la Fiscalía y la Querella, máxime las trabas legales a ese tipo de procedimiento, que calificaba de criminales actividades que normalmente no se consideraban así, y además con efectos retroactivos.-

Afirmó, que en base a la idea de la conspiración, se apoyaba la pretensión del Fiscal en este debate. Es decir, explicó, a través de un acto general se incluía todo tipo de delitos, y cada delito en particular, era parte del plan de conspiración.-

Es decir, continuó, aquél dijo que existía un plan criminal, el plan de apropiación sistemático, y que cualquier acto considerado bajo él era propio para llevar a cabo la conspiración; de esta forma se podía imputar criminalidad a todo el que fuera considerado partícipe de la conspiración, aunque no se pudiera adjudicar a ninguno en concreto un acto demostrable.-

Concluyó en que justamente en este caso a Berthier no se le podía adjudicar ningún acto demostrable, pero por su carácter de uniformado -como lo dijo el Fiscal, recalcó, un agente represor y uniformado, considerándolo como agravante- ya era culpable.-

Poder Judicial de la Nación

Resaltó que la defensa en su momento adjuntó al expediente una copia certificada de prueba agregada a la causa 13/84 -orden “J” firmada por el General Suárez Mason- que determinaba el modo de accionar de los militares frente al hallazgo de niños abandonados en la calle o encontrados en ocasión de procedimientos.-

Al respecto reflexionó, que si existía una orden firmada por el General Suárez Mason, en ese entonces a cargo del Primer Cuerpo del Ejército, que indicaba la forma de proceder con los niños o los menores que son encontrados, ya sea por un procedimiento, o por estar abandonados, no podía hablarse de que exista un plan sistemático, el que debía mantenerse, agregó, por definición, en el ocultismo absoluto.-

Sobre la cuestión de estos niños durante la subversión, indicó que del relato que brindó en el debate el testigo Elizondo, extraía que éste abandonó a su propia hija en manos de Mabel Barragán durante varios meses para someterse a sus actividades políticas de carácter terrorista.-

Sostuvo en esa línea que debía estarse a la definición del año 1.975 del decreto que hablaba de delincuentes terroristas, ya que a su entender Elizondo formaba parte de ellos, en donde los niños eran utilizados como cobertura en esa época para actos de terror o eran abandonados por los propios terroristas. Citó en abono de esa idea, el código penal montonero y el código penal revolucionario, que incluso prohibía las relaciones sexuales entre los miembros de las organizaciones, disponiendo la pena de muerte por fusilamiento para cada uno de ellos, por lo que se veían obligados estas personas a adoptar, o directamente abandonar a los niños o entregarlos a otras personas.-

A su criterio, indicó el defensor que no podía descartarse lo que afirmaba, ya que en el debate no se probó que a Mirta Mabel Barragan le haya sido sustraído el menor, ni que un menor haya nacido. Recordó sobre lo último, que la testigo Barragán en el estrado dijo no tener conocimiento real de que hubiese nacido su supuesto sobrino.-

Por eso, consideró que para partir de la imputación de un delito de sustracción de menores de 10 años era básico probar que ese menor

hubiese nacido y ello no ocurría en este caso, máxime que esa defensa había puesto en dudas el examen genético realizado.-

Con relación a la imprescriptibilidad argumentada por las partes acusadoras, calificó de satánica la teoría además de inconstitucional.-

Citó en apoyo de su posición lo sostenido por Cámara de Casación Penal en la causa “Sanz”, en el sentido que debía interpretarse así el límite temporal de edad que fija el código penal de los diez años del menor, siendo específico sobre este delito.-

Es decir, continuó, a partir de ese momento no existía delito que permaneciera, puesto que de otra forma el delito se tornaría imprescriptible y sólo se agotaría con la muerte de los supuestos padres o partícipes, extendiéndoles la comisión durante casi la totalidad de la vida de una persona, lo que es impensable y reprochable.-

Consideró que el Código Penal disponía como actividad reprochable la que se realiza sobre un menor de diez años de edad y que extender la punición más allá de lo que la ley prevé, a su criterio era un intento de erigir leyes penales abiertas lo que resultaba inconstitucional e ilegal.-

Recordó que el artículo 62 del Código Penal establecía que el plazo de prescripción no podía ser mayor a 12 años para el tipo de pena temporal que posea el delito, y en su anterior redacción estaba indicado con una pena mayor de 10 años. Actualmente con la ley 24.410 se extendía hasta los 15.-

Desde esa óptica, sostuvo que el curso de prescripción culminó el 1º de marzo de 1.989, ya que en esa fecha Cristina Gómez Pinto fue con la menor al Banco Nacional de Datos Genéticos en cumplimiento de una orden del Procurador General para que conociera su verdadera identidad. En ese momento regía la ley anterior.-

Evocó la causa Miara (Cámara Federal Criminal, Sala II, del 19 de diciembre de 1.985, causa nº 11.000), en cuyo marco se sostuvo que este delito se caracterizaba por crear una situación invariablemente típica y antijurídica, la que solamente cesaba cuando un cambio en la acción hacía que el hecho dejara de cometerse.-

Poder Judicial de la Nación

Consideró así que el día 1º de marzo de 1.989 había operado una causa de cesación antijurídica, lo cual implicaba que el delito dejó de cometerse en ese momento.-

Resaltó que podía apreciarse cómo el artículo 63 del Código Penal Argentino prevé que si el delito fuere continuo, la prescripción comenzará a contarse a partir del día en que cesó de cometerse, norma que estaba señalando la relevancia típica del momento en que se agotaba el hecho delictivo, que fue el 1º de marzo de 1.989.-

Subrayó que María Cristina Gómez Pinto justamente en esa ocasión se ajustó a derecho y el Estado no le brindó ninguna solución.-

Citó al doctrinario Maggiore y su obra “Derecho Penal” para concluir que estaba en el poder del agente continuar o hacer cesar la situación antijurídica, con lo cual Cristina Gómez Pinto en el año 1.989, como había dicho, tomó esa última actitud.-

Criticó el defensor la evocación de las partes acusadoras basadas en la opinión de Sebastián Soler, y luego de reseñar su obra, recalcó el yerro formulado en los alegatos cuando sostenían que el momento de consumación es el momento de la finalización, es decir cuando se conoce la verdadera identidad, ya que Soler a su criterio, siempre hablaba de la permanencia del delito de un menor de diez años, con lo cual uno podía entender que se estaba refiriendo a que permanecía mientras durara la edad de 10 años.-

Citó el doctor Macedo Rumi al autor alemán Jeschek en su obra Tratado de Derecho Penal, Parte General, en lo relativo a los delitos permanentes y los delitos de estado, y concluyó que en estas estructuras típicas está en poder del agente el hacer continuar o cesar esa situación antijurídica, pero mientras ésta perdure el delito se reproducirá a cada instante en su esquema constitutivo.-

Por ello, afirmó, que la aplicación de la norma citada violaba el principio de aplicación de la ley penal más benigna establecido por el artículo 2 del Código Penal y el artículo 24 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, dado que al momento en que se consumó la conducta se

encontraba vigente la ley 11.179, que preveía una escala penal sustancialmente menor, que de aplicarse posibilitaría la prescripción.-

A su criterio la utilización de la ley más gravosa, como pretendía la Fiscalía, no correspondía siquiera para los supuestos de delitos permanentes, en los cuales debía aplicarse la ley más benévola, tomando en cuenta el momento de comenzar a delinquir, punto de vista que sustentó en el voto de los doctores Augusto César Belluscio, Adolfo Roberto Vázquez y Eugenio Raúl Zaffaroni en el fallo de la Corte “Jofre Teodora”.-

Ejemplificó en base a esa posición, que tal como sucedía en este caso, existía un tramo de la conducta que no se encontraba abarcado por la nueva ley penal -entre noviembre de 1.978 y diciembre de 1.994-, y ello obligaría a resolver la cuestión planteada retrotrayendo los efectos de la ley más gravosa, constituyendo una violación del principio contenido en el artículo 18 de la Constitución Nacional y en el artículo 2 del Código Penal de la Nación.-

Indicó que definido el momento de comisión del hecho como el del inicio de la actividad voluntaria, correspondía aplicar la ley vigente en ese momento, salvo que la ley posterior fuese más benigna, y en este caso entonces correspondía aplicar la redacción del artículo 146 del Código Penal según texto de la ley 11.179.-

Consideró que el delito de sustracción -consumado y agotado en un solo momento- retención y ocultamiento, jamás podían ser permanentes, toda vez que no sólo la ley penal, de una interpretación restringida, hablaba de menor de diez años sino que igualmente se refería a un menor, y en este caso el bien jurídico protegido no se encontraba subsistente en la realidad objetiva.-

Recordó nuevamente la reciente resolución adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos Lariz Iriondo, en cuanto imponía la prescripción de los delitos de terrorismo, y sostuvo que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 15 inciso 1º, establecía que nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos, según el derecho nacional o internacional, y

Poder Judicial de la Nación

que tampoco se impondrá una pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.-

Criticó sin embargo, el segundo párrafo del artículo 15 cuando alegaba el barbarismo jurídico que intentaba aquí sostenerse, en cuanto a que los delitos de lesa humanidad eran imprescriptibles.-

Pese a lo cual, recordó que la República Argentina en la ley 23.313, en su artículo 4, efectuó reserva en el acto de la adhesión, al decir que la aplicación del apartado segundo del artículo 15 de ese pacto, deberá estar sujeta al principio establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional.-

Por ello concluyó, en que el mismo Estado Argentino no aceptaba la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, ni su permanencia, sino que se sometía y se reservaba a la interpretación del artículo 18 de la Constitución.-

Indicó que el beneficio de la ley penal más benigna a partir de la reforma constitucional no sólo tiene jerarquía legal sino también constitucional, conforme se derivaba del artículo 2do del Código Penal de la Nación y del artículo 15 punto 1 “in fine” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos respectivamente.-

Agregó que la Corte Penal Internacional de conformidad con el Estatuto de Roma tenía establecido el principio de irretroactividad de las leyes penales.-

Criticó al señor Fiscal cuando indicó que en el Estatuto de Roma estaba ya estatuida la imprescriptibilidad y la permanencia, ya que desde su visión la misma Corte Internacional o el mismo Estatuto hablan de la irretroactividad. Además, agregó, que esta cuestión sólo era aplicable para los delitos que fuesen juzgados por la Corte Penal Internacional, y en modo alguno se definían derechos para legislaciones internas o de otros países.-

Sostuvo que las normas de la Constitución Nacional conservaban su supremacía frente a las contenidas en los tratados internacionales, aún cuando se les hayan asignado jerarquía constitucional. Por eso, indicó que el artículo 18 de la Constitución prevalecía sobre las todas las disposiciones de

acuerdos internacionales, y que los tratados no podían modificar los derechos y garantías que aquella otorgaba, cuestión que evidenciaba la reserva que realizó la Argentina.-

Reafirmó su posición al decir, que en el ámbito del derecho penal interno toda ley que dispusiera la imprescriptibilidad de la acción penal referida a hechos delictivos cometidos con anterioridad, se enfrentaba con el principio constitucional de la legalidad, vigente en el artículo 18 de la Constitución, y declarar la imprescriptibilidad de las acciones penales por supuestos delitos que lesionaban derechos humanos era violatorio de lo establecido en el artículo 63 del Código Penal de la Nación, que en este punto no había sido modificado por ninguno de los acuerdos o tratados con jerarquía constitucional.-

Luego de insistir sobre las prohibiciones y garantías que emanaban del artículo 18 de la Constitución Nacional y realizar una cita sobre la opinión de Eugenio Zaffaroni en su obra “Tratado de Derecho Penal”, Parte General, como en su Manual, respecto a la mayor benignidad de la ley, concluyó en que más allá de la gravedad de los que se llaman “crímenes de lesa humanidad”, era una realidad jurídica contundente, que no había norma en la legislación argentina que los preveía y que regulara su imprescriptibilidad, ya que el derecho de gentes no surgía como imperativo de la normativa positiva vigente en el país, y su aplicación implicaría dejar la protección de libertad personal de aquellos cuya conducta no podía ser encuadrada en la ley previa al arbitrio de interpretaciones que violaban a su entender el principio de legalidad.-

Agregó, que era jurisprudencia pacífica y firme de la Corte Suprema, no sólo en cuanto vedar las leyes penales “ex post ipso”, sino en cuanto a la exigencia de que la ley penal para ser válidamente aplicada debía ser previa, cierta, escrita y limitada en su alcance conforme a la voluntad del legislador.-

Sin embargo, consideró que el señor Fiscal lo que estaba pidiendo era justamente que no se cumpliera con la ley vigente.-

Poder Judicial de la Nación

No obstante que la Argentina firmó la Convención de Imprescriptibilidad de Penas de los Delitos de Lesa Humanidad, recordó que fue en el año 2.003, por lo cual no podía aplicársela para derogar retroactivamente prescripciones que la Constitución disponía que no se podían suprimir, es decir las garantías consagradas en los artículos 18, 28 y 29 de la Constitución, el primero con los límites legales reglados por la ley 23.313, y el artículo 9 del Pacto de San José de Costa Rica y el artículo 11, segundo párrafo, de la Declaración Internacional de Derechos Humanos.-

Recordó que ese tratado enumeraba los delitos de carácter internacional, y justamente, resaltó ninguno de ellos aquí se había imputado, y en consecuencia no tenían ese carácter.-

Sostuvo tras evocar el artículo 29 inciso b) del Pacto de San José de Costa Rica, que no había forma de discutir válidamente que los hechos no sólo habían prescrito, que no tenía asidero su imprescriptibilidad, sino que además, la ley no podía tener efectos retroactivos.-

Consideró respecto de la acusación encuadrada en los tipos penales de los artículos 139, inciso 2º, 146, 292 y 293 del Código Penal, que a su criterio quedó bastante bien determinada la absoluta ajenidad de su asistido, sea como partícipe o coautor.-

Con respecto a la falsificación de documentación, indicó que Osvaldo Rivas señaló que el mismo Cáceres Monié le otorgó el certificado firmado. Es decir, sostuvo, que no había ningún tipo de participación de Berthier en documentación alguna, y es más, aventuró, si le hubiera entregado el certificado tampoco podría ser responsable del acta de nacimiento, del documento nacional de identidad y demás actos que eran solamente arbitrio del sujeto pasivo que sí los había cometido.-

Consideró que su cliente era absolutamente inocente y que la pena que se solicitó de 25 años de prisión era infamante, y coincidió con la sorpresa que expresó el doctor Valle, que generó los pedidos de pena formulados por los acusadores respecto de los solicitados en ocasión del pedido de elevación a juicio, además de que no tenían asidero alguno en la ley

penal argentina, ni siquiera confrontando los máximos de cada uno de los delitos o haciendo argumentaciones acerca de los concursos.-

Destacó que la pena solicitada para su asistido era la prevista para el homicidio y formuló una interpretación personal de los motivos a los que ella obedecía. Resaltó la carencia de antecedentes de su defendido, el tiempo que llevaba detenido, y que a pesar de los años de investigación nada se había descubierto.-

Consideró que la acusación era inválida, insuficiente e impertinente, y concluyó solicitando que se dispusiera la libre absolución de su asistido por los delitos que le han sido imputados, formulando expresas reservas de Casación y de la cuestión federal con respecto a las inaplicabilidades y contestación de aplicabilidades que había solicitado.-

h) Al ejercer el derecho a réplica, los doctores Ojea Quintana y Gómez Alcorta, por la Querella, por turno, señalaron que no tienen dudas que María Cristina Gómez Pinto y Osvaldo Arturo Rivas contaban con el conocimiento exigido por el tipo penal, por lo que su conducta es típica de los delitos de retención y ocultación de un menor de 10 años, contemplados en el artículo 146 del Código Penal, por los que deben ser condenados. Ello puesto que en el debate ha quedado demostrado que los nombrados supieron que María Eugenia había sido sustraída y la retuvieron y la ocultaron.-

Sostuvieron que el tipo penal a que se refiere el artículo 146 del Código Penal solo requiere el conocimiento de la sustracción previa y no los detalles del acto mediante el cual se comete la sustracción, o la identidad y condiciones de los padres, o cualquier otra circunstancia.-

Pusieron de resalto que Rivas, en su declaración indagatoria, afirmó que una vez que le dieron los papeles para iniciar el trámite se sorprendió porque esa no era ninguna constancia para recurrir a un juez y que debió anotarla como propia según lo propuesto por quienes se la entregaron ya que estas personas le dieron a entender que esa era la única opción que tenía, es decir, o se quedaba con la niña en esas condiciones o la devolvía. Por su parte, la procesada Gómez Pinto reconoció, en su declaración, que sabía de la

Poder Judicial de la Nación

existencia del trámite de adopción y que el que llevaron adelante era distinto de aquél; que María Eugenia era hija de guerrilleros y que, cuando le fue entregada por Berthier, éste indicó que no debía preguntar nada más sobre su origen.-

Consideraron que todo ello acredita que los padres de María Eugenia no la entregaron voluntariamente y que los procesados, con este conocimiento, decidieron anotarla como propia. Agregaron, fundando su postura en doctrina, que el dolo que requiere la figura puede presentarse en forma eventual. Indicaron también que el hecho de que la procesada Gómez Pinto haya llevado a María Eugenia al Banco Nacional de Datos Genéticos para hacer un ADN, en marzo de 1.989, no significó un acto voluntario de hacer cesar el delito por parte de los imputados Rivas y Gómez Pinto, tal como lo pretende su Defensa, por lo que no debe computarse el plazo de prescripción a partir de ese momento.-

Afirmaron que el cese del delito se debió a un hecho ajeno a la voluntad de los procesados, ya que ocurrió por la propia voluntad de María Eugenia de presentarse ante la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad y lograr así los exámenes de ADN que establecieron su origen. Pusieron de resalto que la procesada Gómez Pinto continuó ejecutando actos que demostraban su falta de voluntad de hacer cesar el ocultamiento, tal como surge del testimonio de María Eugenia, en cuanto a que con posterioridad al mes de marzo de 1.989, Gómez Pinto continuó dándole versiones encontradas acerca de su origen en una evidente actitud de ocultamiento. También puesto que en el año 1.990 presentó una demanda de divorcio y en ella continuó ocultando a María Eugenia, al presentarla como su hija biológica ante el juez civil.-

Por todo ello, entendieron que no corresponde computar el plazo de la prescripción a partir de marzo de 1.989, independientemente de que, a su criterio, se trata de delitos de lesa humanidad y, por lo tanto, imprescriptibles.-

Añadieron que no puede pretenderse hacer valer dicho evento en relación a Osvaldo Arturo Rivas, puesto que éste se encontraba separado de Gómez Pinto, con quien mantenía una malísima relación, nunca fue citado por

la justicia para el examen de ADN, no compareció al Banco Nacional de Datos Genéticos y en el debate no ha surgido prueba alguna que demuestre que conoció algo al respecto.-

Por último, pusieron de resalto que no es verdad que los resultados de ADN del mes de marzo de 1.989 hayan sido negativos, como sostienen las defensas de los tres procesados, sino que la pericia no arrojó ningún resultado en aquel entonces, ni positivo ni negativo, ya que como ha explicado la doctora Di Lonardo, la tecnología utilizada por el Banco Nacional de Datos Genéticos en aquella época impidió realizar la pericia de probabilidad.-

En relación a la ley aplicable para el caso de los delitos permanentes y, específicamente, en el caso aquí traído a juicio, el artículo 146 y las leyes 11.179 y 24.410, señalaron que corresponde la aplicación del texto de esta última ley. En consecuencia, recordando lo establecido por el artículo 2 del Código Penal, sostuvieron que en los delitos permanentes, el delito ya consumado se sigue cometiendo, por lo que no tienen ninguna duda de que el tiempo de la comisión de la retención y ocultación de María Eugenia duró hasta el año 2.002, como ya lo afirmaran y acreditaran al momento de alegar.-

Sostuvieron también que debe aplicarse, en caso de diferentes leyes, aquella en que la actividad voluntaria cesa, puesto que la norma puede funcionar como imperativo, no sólo en el momento inicial, sino también a lo largo de todo el desarrollo de la conducta, hasta el momento en que se cumple el último acto.-

Asimismo, y habiendo mencionado con anterioridad que no se podrá tomar como fecha de cese del delito el evento de marzo de 1.989, para el caso que el Tribunal entendiere que los delitos no son imprescriptibles, y teniendo en cuenta que la ley 24.410 prevé un máximo de 15 años y dado que la fecha en la que empezará a correr el plazo previsto por el artículo 62, inciso 2° del Código Penal, será junio del año 2.002, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 63 del mismo código, no ha transcurrido dicho plazo, por lo que el delito no puede declararse prescripto.-

Poder Judicial de la Nación

En relación a la comisión del delito de falsedad ideológica, vinculado a la procesada Gómez Pinto, manifestaron que quedó acreditado que Gómez Pinto sabía y que quería inscribir en aquel momento a María Eugenia como hija propia, máxime, cuando ella misma afirmó, en su declaración, que sabía que no eran los trámites legales de adopción los que estaban llevando adelante. A ello se le sumó el hecho que transcurrió casi una semana hasta la inscripción en el Registro Civil, durante la cual María Eugenia permaneció en la casa y en poder de Gómez Pinto y de Rivas.-

Agregaron, respecto de la comparación que hizo el doctor Valle, que quien aporta una fotografía lo hace, ni más ni menos, que para ejecutar una falsedad material y aquí nos referimos a una falsedad ideológica, por lo que lo único que se puede aportar en todo caso serán datos falsos. Que en la falsedad ideológica, el artículo 293 del Código Penal, prevé dos verbos típicos, insertar y hacer insertar y lo que se les imputa a los procesados es la conducta típica de hacer insertar.-

Afirmaron que el hecho de aportar datos falsos para que otra persona los introduzca en el documento público convierte en autor y no en partícipe necesario al que lleva adelante la acción.-

En cuanto al delito previsto en el artículo 139, entienden que la Defensa incurrió en un error al confundir el ánimo de perjuicio con el daño ocasionado a María Eugenia por la supuesta personalidad enferma de Gómez Pinto, ya que ni esa parte, ni la Fiscalía pretendieron acreditar el daño del perjuicio de tal modo. En cambio, sostuvieron que afirmar que lo que pretendieron Gómez Pinto y Rivas al inscribirla falsamente fue darle una familia, es lo mismo que afirmar que lo que quisieron fue quitarle todo rastro de su identidad para darle otra falsa. Que ese sí es el perjuicio a que esa parte se refirió y acreditó.-

Por ello, es que se reiteran la posición respecto a que la figura típica del artículo 139, inciso 2º, según la ley 11.179 no requiere un elemento subjetivo diferente del dolo y, subsidiariamente, postulan que aquel ánimo se encuentre acreditado.-

Por otro lado, respecto del planteo de prescripción efectuado por la Defensa de los procesados Gómez Pinto y Rivas respecto de los delitos previstos en el artículo 293 del Código Penal, entienden que es incorrecto, puesto que el delito previsto en el artículo 146 del Código Penal, al resultar de carácter permanente, interrumpe el plazo de la prescripción, no sólo del delito previsto en el artículo 293, sino también el del 139, inciso 2°, ambos del Código Penal.-

En este sentido, la comisión de otro delito, tal como lo postula el artículo 67, párrafo 4°, inciso 1° del Código Penal, interrumpe el plazo de la prescripción sin que resulte para ello necesario mediar una sentencia condenatoria, tal como lo postulara este Tribunal Oral al fallar en la causa “Landa”. De esta manera, cesando el delito permanente del artículo 146 del Código Penal en el mes de junio de 2.002 y teniendo en cuenta no sólo las llamadas a indagatorias, sino también el requerimiento acusatorio y la citación a juicio, de acuerdo con lo señalado por el artículo 67, 4° párrafo, acápites c) y d), resultan todos ellos actos interruptivos de la prescripción, sin que entre ellos haya pasado el máximo de la pena prevista para los delitos, 6 y 8 años respectivamente, para la falsedad agravada, por lo que no puede hacerse lugar al pedido de prescripción de la acción solicitada por la Defensa en su alegato.-

También se refieren a la supuesta ausencia de conocimiento del contexto del Plan Sistemático que llevó adelante la apropiación de María Eugenia por parte de los inculados Rivas y Gómez Pinto, usado como argumento por su Defensa para descartar que las conductas que se les reprochan a sus asistidos, pueden alcanzar la categoría de delitos contra la humanidad, al afirmar que estos desconocían la procedencia de María Eugenia.-

Aclararon que la doctrina entiende que no se exige un conocimiento detallado de las circunstancias objetivas que integran el contexto de la acción y que en este debate han surgido elementos que dejaron en evidencia que Gómez Pinto y Rivas tuvieron conocimiento del contexto general en que tuvo lugar la apropiación de María Eugenia, siendo ellos, el hecho de que los procesados supieron que María Eugenia era hija de

Poder Judicial de la Nación

guerrilleros, el hecho de que un militar fue quien entregó a la niña al matrimonio bajo la condición de que fuera inscripta como hija propia y el hecho de que Rivas reconoció en este juicio que por aquella época los militares manejaban todo.-

Consideraron que todo esto demuestra que Gómez Pinto y Rivas sabían y tenían conciencia de que habían suprimido la identidad, ocultado y retenido a la hija de una pareja de personas que habían sido desaparecidas en virtud de órdenes ilegales impartidas por las autoridades de la última dictadura militar argentina.-

Agregaron que ello también quedó acreditado por que durante el período que duró la dictadura militar argentina, mientras la retención y ocultación de María Eugenia continuaba, los procesados y la sociedad argentina toda, indudablemente también tomaron conocimiento del contexto en que se estaban cometiendo los delitos.-

Señalaron, sólo a modo de ejemplo, las innumerables denuncias públicas del plan sistemático de represión que se encontraba implementando la dictadura, recuerda la histórica y conocida visita de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realizada en el año 1.979 que culminó en un amplio y contundente informe público acerca de las sistemáticas violaciones a derechos humanos que se estaban cometiendo en el país.-

Mencionaron una carta que las Abuelas de Plaza de Mayo, publicaron en el diario La Prensa, el 5 de agosto de 1.978, titulada “Llamado a la conciencia y a los corazones” y estaba dirigida a quienes tuvieran nietos y recordaba que los niños tenían el derecho fundamental de reunirse con sus abuelas, quienes como fuera los buscarían durante el resto de sus vidas.-

Afirmaron que, para ese entonces, las Madres de Plaza de Mayo ya denunciaban la desaparición de sus hijos, dando origen a la simbólica marcha de los jueves.-

Recordaron que, ya con el advenimiento de la democracia, todos estos antecedentes que fueron demostrando lo que ocurría en el país durante el régimen militar, quedaron plasmados en el difundido informe “Nunca Más” que la Comisión Nacional de Desaparición de Personas le entregó el 20 de

septiembre de 1.984 al entonces Presidente Raúl Alfonsín, en cuyo prólogo los hechos fueron calificados como crímenes de lesa humanidad.-

Indicaron que en 1.985 tuvo lugar el histórico juicio oral a las Juntas Militares que, al culminar con la condena de los acusados, tuvo por probado judicialmente la implementación de una práctica sistemática de represión clandestina.-

La Querella dijo estar convencida que el horror instaurado por la dictadura y la destrucción de los lazos sociales y colectivos provocaron que la sociedad argentina estuviera paralizada durante muchos años, pero no por la ignorancia, sino precisamente porque comprendían la dimensión de la tragedia.-

Señalaron que afirmar que los procesados eran dos personas comunes, de barrio, y que por lo tanto ignoraban lo que ocurría, es una explicación menguada del fenómeno de la dictadura.-

Por todo ello, consideraron que se encuentra claramente acreditado que los procesados Gómez Pinto y Rivas conocían el contexto en que se encontraban cometiendo los delitos, por lo que se trata de crímenes de lesa humanidad y, por lo tanto, deben ser declarados imprescriptibles.-

Asimismo, se refirieron a la declaración de la testigo Olga González, cuyos dichos la Defensa intentó descalificar, valiéndose de inferencias irracionales, de deducciones equivocadas y de expresiones desatinadas. Consideraron que esa descalificación estuvo dirigida exclusivamente a un único pasaje de su testimonio que es aquél en que la testigo recordó cómo la procesada Gómez Pinto hizo mención a la condición de guerrilleros de los padres de María Eugenia, puesto que ello acredita que los procesados conocían el origen de María Eugenia.-

Sostuvieron que se ha demostrado la verosimilitud del testimonio de Olga González y no efectuaron mayores consideraciones al respecto.-

Manifestaron también que la Defensa de los procesados Gómez Pinto y Rivas ha cuestionado el pedido de pena efectuado y para ello ha relativizado la forma en que durante décadas, los procesados llevaron adelante los delitos, sostenido que la crianza que tuvo la Querellante es un asunto

Poder Judicial de la Nación

privado, desgraciado pero de índole subjetivo propio de una familia disfuncional y de un pésimo matrimonio, agregando que en cualquier familia hay discusiones.-

Entienden que nada de eso puede ser valorado a los efectos de mensurar la pena y agregan que los procesados Gómez Pinto y Rivas no eran y no son familia para la Querellante. Ellos fueron y son quienes la mantuvieron oculta durante décadas y la forma en que lo hicieron no es una cuestión subjetiva de orden privado, sino que es un aspecto de un delito, que responde a la modalidad en que se comete y al daño que se causa, lo que, en los términos de los artículos 40 y 41 del Código Penal debe ser valorado en la determinación de la pena.-

Afirmaron que el tiempo transcurrido desde la comisión del delito debe valorarse como un elemento en contra de los procesados, y no a su favor como lo pretende su Defensa.-

Consideraron que el delito efectivamente se comenzó a cometer hace 30 años, pero continuó por 24 años más, 24 años de criminalidad, 24 años de daño a las víctimas y a la sociedad; y que esto claramente constituye un agravante.-

Señalaron que la Defensa aludió que el pedido de pena efectuado en la acusación presentada en la etapa de instrucción debía operar como un tope máximo, pero no ofreció ningún fundamento de orden jurídico, ni invocó precedente alguno que sustentara su opinión y sólo se limitó a afirmar escuetamente que no han surgido elementos nuevos en el juicio.-

En consecuencia, recordaron que este juicio estuvo regido durante la instrucción por el proceso escrito del viejo Código Procesal Penal, en el cual no existía intermediación, inmediatez y mucho menos oralidad, por lo que la pena consignada en aquella acusación estuvo regida en la prueba colectada en esos términos y hasta la clausura de la instrucción y poseía, indudablemente, un carácter puramente preliminar.-

Por otra parte, manifestaron que fueron los procesados los que optaron por el nuevo régimen procesal que hizo que las acusaciones hayan

fungido en este juicio como requerimiento de elevación, de allí que aquel pedido de pena perdió relevancia procesal.

Entendieron que en este juicio sí han surgido elementos nuevos de consideración, siendo ellos los testimonios brindados en este debate por María Eugenia, de su abuela Azucena, de su tía Blanca, de su hermano Gustavo, Eduardo Elizondo, Ana María Careaga, María Cristina Torti, Olga González y Claudia Carlotto, de las cuales se recogió directamente las declaraciones, percepciones y las impresiones, de testigos que nunca habían declarado en el proceso o que lo habían hecho en otros términos.-

Acotaron que la actitud procesal de los tres imputados en este juicio, de negar cualquier tipo de responsabilidad y de eludir arrepentimiento, es un extremo que ha surgido en el juicio y esa Querella ha considerado como agravante.-

Afirmaron, también que lo mismo corresponde decir en relación a la actitud gestual de los procesados advertida durante el juicio.-

Por todo ello, consideraron que el pedido de pena formulado se encuentra lógicamente fundado, sobre la base de las constancias surgidas durante las audiencias del debate y no existe razón alguna para tomar la pena pedida en la acusación como tope máximo.-

Manifestaron que la Defensa invocó condenas en las que se impusieron penas que son iguales o menores a las penas que se imponen por delitos contra la propiedad. Es decir, que los antecedentes invocados muestran que se dio mayor preeminencia a los bienes materiales, a la propiedad privada, que a derechos inalienables de imposible suspensión durante estados de excepción, como es el derecho a la identidad.-

Además, postularon que se revisen las penalidades previstas para otros delitos en el Código Penal, por ejemplo, del delito de secuestro extorsivo de un menor de edad, establecido en el art. 170, inc. 1º, que prevé una pena de 10 a 25 años de prisión.-

Por todo lo expuesto, consideraron que aparecen claras y suficientes las razones que justifican el pedido de pena efectuado por esa Querella.-

Poder Judicial de la Nación

Para concluir, hicieron referencia al alegato de la Defensa del procesado Enrique José Berthier, señalando que les resulta muy difícil replicar un alegato que pareció aludir más bien a un juicio de carácter religioso, divino, que a uno de tipo penal, desde que, en reiteradas oportunidades, se dijo que el procesado había sido satanizado y demonizado presuntamente por la señora jueza de instrucción, el señor secretario de instrucción, la Cámara del fuero, la banda de Bella Vista, etcétera, y que todos ellos lo habían querido ahogar y asfixiar para después pedirle exacciones ilegales.-

Dijeron que el Defensor del procesado Berthier analizó pruebas que no se produjeron en el debate, ya que aludió a la declaración de Luisa Melgarejo, invocó lo que podría haber declarado Federico Jensen y explicó lo que podría haber aclarado Aníbal Reyes Roa, pero pusieron de resalto que no los requirió como prueba para el debate.-

Explicaron que quizá aún más extraño es el caso del testigo García Sordelli, ya que el Defensor cuestionó su comparecencia, al decir que era un espectáculo circense, desde que no se podía esperar que se declarara culpable; destacando que fue ese Defensor quien lo propuso como testigo.-

También les resultó sorprendente que el Defensor del procesado Berthier, en su alegato, hasta hizo hablar a personas que no estuvieron en el juicio, ya que dijo que el Procurador General de la Nación le dijo a Gómez Pinto: “la chica no tiene nada que ver con desaparecidos, téngala”; que también dio fe de una reunión que mantuvieron Hebe de Bonifini, Estela de Carlotto y la procesada Gómez Pinto en la casa de ésta última.-

Indicaron que no corresponde replicar los aspectos probatorios de un alegato de estas características y que alcanza simplemente con haber remarcado su absoluta inconsistencia que no conmueve en lo más mínimo la fuerza jurídica convictiva del alegato que efectuó la parte que representa.-

Seguidamente, aludieron a dos cuestiones de apariencia jurídica que el Defensor ha planteado, respecto del tipo legal del artículo 146 del Código Penal, señalaron que el Defensor no ha invocado doctrina procedente para validar su opinión en cuanto a que el delito cesa cuando el menor cumple diez años; y entiende que la afirmación del Defensor de que los tratados de

derechos humanos no son aplicables en tiempo de guerra es equivocada porque incurre en un error conceptual.-

Afirmaron que es cierto que para el caso de principios generales, tanto de orden nacional como internacional, existen instrumentos especializados como ser los cuatro Convenios de Ginebra del año 1.949 y el Protocolo Facultativo del año 1.978 que permiten regir más estrictamente el ius bellum. Pero, no existe ninguna previsión en esos elementos ni en tratados de derechos humanos que establezca que estos últimos no pueden también ser aplicados durante un conflicto armado.-

Sostuvieron que los cuatro Convenios de Ginebra contienen el llamado y conocido artículo 3 común, que no es más que una síntesis de declaraciones de derechos humanos que prohíbe la tortura, los tratos inhumanos, y las desapariciones forzadas.-

Por otra parte, señalaron que el principio pro homine reconocido en el artículo 29 de la Convención Americana de los Derechos Humanos establece que toda interpretación del tratado deberá hacerse en cuanto reconozca mayores derechos y garantías de las personas; por lo que no les quedan dudas de que los tratados de derechos humanos, aún en forma subsidiaria, son de aplicación en tiempos de guerra.-

Para concluir, dijeron que no pueden dejar de recordar que al Defensor del procesado Berthier no le han faltado menciones racistas cuando aludió al pensador Rafael Lemkin, ni citas de genocidas como la del dictador Jorge Rafael Videla, extendiéndose sobre ésta última y afirmando que no se encuentra probado que Mirta Mabel Barragán y Leonardo Rubén Sampallo estén desaparecidos.-

Señalaron que el Defensor dijo junto a Videla que no existían, que eran una incógnita, mostrando de esta forma, el lado más siniestro de quienes ejecutaron el plan general de terrorismo de Estado.-

Afirmaron que la hija de Mirta y Leonardo, la Querellante en esta causa, María Eugenia Sampallo Barragán ha demostrado a todos los que se han sentado en la sala que sus padres no son una incógnita.-

Poder Judicial de la Nación

i) Concedida que fue la palabra al señor Fiscal, comenzó diciendo que la réplica la habrá de ceñir a lo establecido en el artículo 393 del ritual.-

Como aclaración preliminar señaló que le llamó la atención que las Defensas, tanto la privada como la pública, hayan puesto en boca de la Fiscalía planteos y frases que no fueron pronunciados en su alegato. Tanto como que han citado a testigos de modo incorrecto o distorsionando sus dichos, pero confía en que el tribunal hará su trabajo y sabrá cotejar lo manifestado por cada una de las partes, y el verdadero contenido de la prueba reunida en este juicio.-

Sostuvo que los hechos materia de imputación han permanecido inmutables y, en consecuencia, los acusados pudieron defenderse acabadamente y que la cuestión del carácter de lesa humanidad de los delitos que se juzgan no resulta ser una cuestión novedosa en este juicio, ni en la instrucción penal preparatoria, ya que fue objeto de debate en el incidente de prescripción de la acción penal, y era conocido por todas las defensas técnicas, sin perjuicio de quién o cuál haya sido la defensa técnica que lo introdujo durante el sumario.-

Prosiguió diciendo que el doctor Valle también citó el dictamen del Procurador en el conocido caso “Derecho”, del que surge una definición de delito de lesa humanidad restrictiva y que es sabido que este dictamen giraba alrededor de la posibilidad de alcanzar apremios o actos de tortura ajenos a la practica sistemática con esa categoría.-

Agregó que la exigencia del artículo 30 del Estatuto de Roma, como lo ha dicho de un modo inmejorable la Querella, es el requisito de la intención, del dolo, del elemento mental como se llama en el derecho anglosajón. En los delitos de derecho penal internacional que están tipificados en el Estatuto, no se exige que el autor tenga una estricta conciencia de la extensión del plan criminal, si es más o menos sistemático, más o menos generalizado, ni menos aún se requiere al modo del viejo dolo causalista de la culpabilidad, que el autor tenga conciencia acabada de la antijuricidad, que sea un experto en derecho internacional para saber exactamente si su acción

encuadra o no en la tipología positivizada de los crímenes de lesa humanidad. Basta con que conozca y quiera hacer lo que hace.-

Agregó que en el caso “Landa”, no se habló o no se decidió o no se aludió al carácter de delito de lesa humanidad de los delitos que se juzgaron en aquél proceso porque las partes no lo habrán presentado en la lista de discusión al Tribunal, por lo que fuere, por las razones que habrán considerado favorables a su estrategia o porque lo habrán considerado innecesario, pero lo cierto es que en tanto no haya sido un *thema decidendum* dirimente en aquel fallo, es absolutamente irrelevante para este juicio, que en otro juicio una cuestión no haya sido tratada.-

Señaló que en lo que hace al momento de cesación de la ocultación y la retención, toda la jurisprudencia ha dejado establecido que se requiere la efectiva recuperación de la identidad para que cese la comisión, no bastando en consecuencia la mera voluntad, si es que en verdad hubiera existido esa mera voluntad de hacerlo cesar y citó doctrina que avala su postura y donde se indica toda la jurisprudencia sobre este punto.-

Reflexionó que, si hasta en los casos de tentativa acabada se requiere, para desistir, un hacer exterior eficaz que retrotraiga los hechos a una instancia anterior, en el delito consumado, cuanto menos, debe exigirse que esa voluntad se exteriorice en actos objetivos eficaces para hacerlo cesar realmente.-

Recordó que muchos años después de acompañar a María Eugenia al Banco Nacional de Datos Genéticos, Gómez Pinto no dudó en mandarla a buscar su identidad al programa de Franco Bagnato, circunstancia que marca que ninguna voluntad tenía de hacer cesar el delito, contribuyendo a devolver su verdadera identidad a María Eugenia.-

A su parecer la defensa pública cayó en una contradicción al sostener que sus defendidos actuaron sin conocimiento del origen de María Eugenia, puesto que mientras dijeron que hasta bien avanzada la democracia no se sabía de la desaparición de niños, al mismo tiempo predicaron que Gómez Pinto conocía cabalmente los motivos por los cuales era citada al Banco Nacional de Datos Genéticos, para darle así un matiz valioso a ese

Poder Judicial de la Nación

acompañamiento de María Eugenia para que se realice la extracción de sangre.-

A su criterio, la conducta posterior de Gómez Pinto, sostenida todo el tiempo y durante este proceso, deja en claro que a lo sumo y sin alternativas, por entonces decidió correr el riesgo y por un tiempo le fue bien, ya que las alternativas que tenía eran negarse a concurrir o “profugarse”.-

Sostuvo, en relación a lo primero, que hubiera traído en los hechos la fuerte presunción de lo cierto de las sospechas de las abuelas, y en cuanto a “profugarse”, refirió que para sostenerlo en el tiempo requiere la disponibilidad de una serie de recursos que no están al alcance de cualquiera.-

Agregó que la Defensa no indicó nada acerca de que dos Abuelas de Plaza de Mayo trataron de contactarse con Gómez Pinto varias veces sin suerte, y que finalmente en una entrevista que Gómez Pinto mantuvo con ellas siguió insistiendo en que era la mamá de María Eugenia, que no le podían sacar a la nena, que la nena se la había dado un amigo cuya señora ya tenía cinco hijos y no la había querido, que era una azafata y que vivía en España.-

Señaló que de la documentación también surge que Gómez Pinto le comentó a una vecina que había recibido un telegrama de Abuelas de Plaza de Mayo, y que entonces, ella fue a ver al militar que le había dado a la nena y este le contestó que no quería saber nada, que se las arreglara sola.-

Por ello, le parece claro que Gómez Pinto acorralada por las Abuelas y abandonada por su proveedor, simplemente jugó su suerte concurriendo al Banco Nacional de Datos Genéticos.-

La Fiscalía consideró que la actitud de alguien que obra de buena fe y que descubre que la niña que anotó falsamente como su hija podría tratarse de la hija de personas desaparecidas, hace mucho más de lo que hizo Gómez Pinto, quien siguió impidiendo el restablecimiento del vínculo con la familia biológica de María Eugenia.-

Entendió que la mención de la secuencia ocurrida en virtud de la aparición en la vida de Gómez Pinto de las “Abuelas de Plaza de Mayo” que trajo la defensa en su alegato y la actitud que aquella asumiera, constituye junto con las demás pruebas que mencionó en su alegato una muestra más de

que Gómez Pinto estaba en total conocimiento respecto del origen de María Eugenia cuando concurre a ver al militar que se la entregó.-

Luego, puso de resalto, en relación al artículo 146 del Código Penal que el tema ya fue tratado en esta causa por la Cámara Federal, que consideró que los delitos en análisis cesaron cuando María Eugenia recuperó su verdadera identidad y que la ley aplicable al caso es la 24.410, es decir, la vigente al momento de la terminación de la conducta.-

Resaltó que ésta es una jurisprudencia que tiene una singular relevancia para identificar la ley aplicable respecto a este tipo penal, puesto que es un precedente dictado en esta causa. Entendiendo entonces, porque no hay ninguna duda, que se trata de un delito permanente y que la cuestión de la vigencia temporal de la ley no ha sido abordada por la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, consideró que hay que estar a la jurisprudencia unánime de la segunda instancia.-

Respecto de las falsedades ideológicas investigadas, se pregunta qué importancia tiene la mentira que eligió Landa y la mentira que eligieron Rivas y Gómez Pinto, o la mentira que eligió Rivas si se quisiera detener sólo en él y qué incidencia puede tener sobre la responsabilidad de quienes fueron coautores de esta conducta, la historia apócrifa que eligieron para ocultar la verdad en la medida de que ambos acordaron en lo esencial, ya que la inscribieron como hija propia cuando no era su hija.-

Refirió, respecto del delito de alteración del estado civil de María Eugenia, que la Defensa Pública dijo que Gómez Pinto y Rivas le dieron una familia, colegio, vacunas, idiomas, cursos de computación. Que sólo era una familia disfuncional como cualquier otra que adopta o tiene hijos biológicos.-

A su criterio, lo único que le dieron es el desgarró de su única y verdadera familia, le dieron mentiras, le dieron desconcierto y le dieron el avasallamiento de su identidad, todo ello dicho en la audiencia por María Eugenia.-

Aseveró que, en este caso, la impronta de la mentira dejó no sólo los cimientos de una personalidad que se pretendió alterar y sustituir, sino que

Poder Judicial de la Nación

dejó huellas físicas que llevaron a María Eugenia a un tratamiento médico por un año.-

En relación a la prescripción de los delitos previstos por los artículos 139 y 293 del Código Penal, que concurren en forma ideal, recordó el señor Fiscal que el tema ya fue planteado reiteradamente en esta causa, sin suerte; que no se trata de un planteo novedoso, y aún cuando pueda afirmarse que este Tribunal es soberano para revisar la cuestión soslayando lo dicho en el fallo “Carnevale”, afirmó que esas resoluciones tienen la fuerza de la doctrina emanada de la resolución de una incidencia en este caso.-

Agregó que invitado por las Defensas a reparar en los votos de la minoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, notó que “in re” “Nicolaidis”, fallos 323:2035, donde los defensores de Nicolaidis fueron a reclamar la jurisdicción administrativa de la Justicia Militar, para investigar la sustracción sistemática de niños en la República Argentina, la Corte en los votos concurrentes de los doctores Petracchi y Boggiano sostuvo que la sustracción, retención y ocultamiento de niños es desaparición forzada de personas, y como tal, obviamente, es un delito de lesa humanidad y por ende imprescriptible.-

Agregó que en el fallo “Videla”, resuelta el 21 de agosto de 2003, los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctores Boggiano, Maqueda y Petracchi, hicieron referencia a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas para resolver el caso.-

Indicó que entre los antecedentes a los que aludiera en el alegato referentes a la sustracción, retención y ocultamiento de niños como desaparición forzada de personas, se dio cuenta del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del período 1987-1988, en donde se refirió a la desaparición forzada de niños. Y mucho antes en el informe del grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas aprobado por la Comisión de Derechos Humanos, en su Trigésimo Séptimo Período de Sesiones del año 1.981, y en el informe aprobado por el Comité, en su Trigésimo Octavo Período de Sesiones del año 1.982.-

Agregó que ya el 18 de agosto de 2.005, la Sala I de la Cámara Criminal y Correccional Federal confirmó el fallo recurrido y afirmó por un lado, que resulta claro que la fecha desde la cual debe computarse el término de prescripción de la acción penal es el cese del ocultamiento del niño, circunstancia que en este caso, consideraron los camaristas, habría tenido lugar el 14 de agosto de 2.001, cuando se conoció el resultado genético que develó la verdadera identidad de María Eugenia Sampallo Barragán.-

Añadió, en cuanto al monto de las penas solicitadas, que los inculados han optado por el procedimiento oral haciendo caer la acusación formulada por los Fiscales Comparatore y Evers, en lo que a la pretensión punitiva atañe. Que han tomado esa decisión libremente, como también libremente eligieron a sus defensores y han tenido tantas garantías como que al momento de realizar esta opción se había vencido el plazo para optar previsto por la ley 24.121.-

Por ello, afirmó que han sido los propios actos de los acusados con su asistencia técnica los que han enervado el viejo procedimiento y habilitado éste que deja para esta instancia final el pedido de la pena, por lo que no pueden ahora las defensas alegar agravios sobre sus propias elecciones y recordó la doctrina de los actos propios, citando un artículo de doctrina.-

También destacó que las partes han tratado de desacreditar algunos testimonios y comenzó por el de la señora Olga González, el que, a su entender, fue claro, preciso, circunstanciado y contundente.

Añadió que le resultó sorprendente que las defensas no le hayan realizado, a la nombrada, todas las preguntas que consideraron útiles para desacreditar sus afirmaciones.-

Recalcó que en sus alegatos las Defensas se indignaron con las respuestas imaginarias a las preguntas que nunca hicieron.

Agregó que tampoco los señores defensores señalaron en el momento de la declaración de la nombrada, las contradicciones que en su alegato dijeron haber observado con las declaraciones por ella rendidas en la instrucción, para confrontar a la testigo.-

Poder Judicial de la Nación

Sostuvo que no lo hicieron porque no hubo ninguna contradicción sustancial, y lo que se intentó fue desmerecer vanamente, sin ningún buen motivo una declaración absolutamente verosímil y solvente que constituye una grave prueba de cargo para quienes se encuentran acusados en este juicio.-

Prosiguió diciendo que le resultó sumamente sorprendente que la Defensa de Rivas y Gómez Pinto no haya ofrecido el testimonio de Luisa Melgarejo, si le interesaba tanto escucharla.-

Acotó que la prueba por el imputado Rivas en este juicio la ofreció el doctor Valle, y en teoría este testigo iba a beneficiarlos a los dos, o por los menos a quien en el momento de ofrecer la prueba era su único defendido.-

Indicó que las mismas consideraciones caben con relación al testigo de nombre Gustavo, presuntamente hijo de Melgarejo, de quien la Defensa Pública requirió su convocatoria al debate, pese a que no fue ofrecido en el momento oportuno, ni por la Defensa de Gómez Pinto, ni por la de Rivas.-

Luego, agregó que va a dedicar sólo algunos párrafos, porque en verdad no puede sino coincidir con el doctor Ojea Quintana en que es difícil encontrar la forma de replicar lo que se ha presentado como el alegato de la Defensa de Berthier, e indicó que afortunadamente se cuenta con métodos técnicos como las grabaciones de las audiencias y las transcripciones de ese soporte magnético de lo que se dijo en este juicio a los fines de que el Tribunal tenga la posibilidad de repasar, chequear, y ayudar la memoria, porque es llamativo como fueron tergiversados los dichos de los testigos, las acusaciones y alegaciones de los acusadores públicos en este caso.-

Indicó que el Tribunal cuenta con el legajo militar del imputado Berthier, que es una prueba documental, y que de su estudio podrá sacar sus propias conclusiones en cuanto a los destinos que revistió y a las funciones que le cupo desempeñar al nombrado.-

Resaltó como asombroso el traspié del Defensor, puesto que si bien el Legajo Conadep 7170 correspondiente a Cendon fue ofrecido por la

Fiscalía y por la Defensa de Berthier en la oportunidad de ofrecer prueba, la Fiscalía ni siquiera lo mencionó en su alegato.-

Prosiguió diciendo que el doctor Macedo, también erróneamente, afirmó que la Fiscalía sostuvo que Berthier retuvo a María Eugenia por el término de dos meses y convivió con ella y su esposa Violeta Appa, a quien la chica no le gustó y por eso la devolvió.-

Sobre ello, consideró preciso recordarle al Defensor, que más allá de la íntima convicción que tenga sobre este suceso de la historia, la Fiscalía no profundizó acerca de quién sustrajo y retuvo materialmente a María Eugenia desde que nació hasta que fue entregada a Rivas y Gómez Pinto, más allá del poder de hecho que sin duda tuvo sobre esta situación Berthier.-

Recordó al doctor Macedo que él mismo en su ofrecimiento de prueba solicitó un informe al Estado Mayor General del Ejército, para obtener todos los datos y el legajo del mayor de apellido García a fin de agotar esa vía de investigación, pero después no le gustó lo que declaró García Sordelli.-

Señaló que el doctor Macedo al cuestionar el estudio de ADN realizado en el Banco Nacional de Datos Genéticos, en cuanto al modo en que fue realizado, negando la presencia de María Eugenia en el año 2.000 en ese lugar; como también los exámenes de ADN que tuvieron lugar en el año 1.989, aludiendo a la falta de entrecruzamiento de datos con todos los grupos existentes en el banco, mencionó fechas y circunstancias inexactas, por ejemplo, cuando dijo que María Eugenia y las familias Sampallo y Barragán fueron todos el mismo día a la extracción de las muestras hemáticas.-

Destacó que ello puede corroborarse con la documentación remitida por el propio Banco Nacional de Datos Genéticos, incorporada al debate y obrante a fojas 1.553 y siguientes.-

Agregó que la Defensa cuestionó la actividad desplegada por la doctora Di Lonardo en el Banco Nacional de Datos Genéticos pero nada dijo de los nuevos estudios de ADN que fueron realizados durante la instrucción suplementaria de este juicio, a pedido de esa defensa y que arrojaron los mismos resultados que los anteriores.-

Poder Judicial de la Nación

Dijo que no puede creer que el doctor Macedo, haya confundido de buena fe, que el único azar al que se refieren los estudios de ADN, y en este caso ni siquiera mencionado de esta manera, sino aludiendo a un hipotético cotejo con un integrante de la población general no seleccionada, sin perjuicio de que en algunos estudios de ADN se utiliza la palabra azar; que el único azar es el de la selección hipotética de la comparación con otro integrante de la población general para excluir estadísticamente la posible repetición de la información genética. Este azar, aclaró, es el que garantiza la certeza, no el azar que la pone en duda.-

Luego indicó que cabe responder a este defensor del mismo modo que al doctor Valle, en relación al cuestionamiento que efectuó acerca de los testimonios de Olga González y el de María Eugenia, recibidos en el juicio, es decir, por qué no preguntó y agotó todos los recursos que tuvo a su alcance cuando tuvo ante sí a las declarantes.-

Consideró también que el doctor Macedo sostuvo equivocadamente que la Fiscalía hizo referencia en el alegato a un plan sistemático de robo de niños.-

El Representante del Ministerio Público argumentó que esa es una discusión de otra causa, lo que no quiere decir que no crea que existió tal plan sistemático de desaparición de niños.

Afirmó que tampoco es cierto que la Fiscalía haya introducido la cuestión de la aplicación de la figura del genocidio, tema sobre el que los defensores abundaron, ya que ese es un andarivel por el cual no discurrió.-

Al finalizar, se refirió al pedido de pena efectuado, considerado inusitado por las defensas y manifestó que la Defensa Pública trajo numerosos precedentes de condenas apenas leves por los delitos que aquí nos ocupan.-

Sobre ello, afirmó que es cierto que la justicia ha sido extremadamente piadosa al penar estos graves delitos, entendiendo que seguramente la percepción de que estos crímenes no merecían mayor castigo ha obedecido a una multiplicidad de razones sociológicas, culturales, políticas, jurídicas, ideológicas, de la práctica forense, y que no es un asunto sobre el que quepa aquí abundar, porque se está alegando sobre juicios ya terminados.-

Pero está seguro, que ésta es una oportunidad de cambiar ese rumbo injusto y de restablecer la racionalidad axiológica que debe sostener un cuerpo legal y la práctica de sus operadores, porque desaparecer un niño por veinte años no puede merecer menos pena que el hurto motorizado de cinco cabezas de ganado mayor, y lo dijo sólo a modo de ejemplo.-

Luego, expresó que el paso del tiempo, fue el tiempo de comisión del delito permanente, por lo que no atenúa nada, sino que incrementa el disvalor de la conducta, puesto que la extendida impunidad para estos hechos no la generó la víctima, sino la defensa interponiendo infinidad de planteos dilatorios hasta agotar todas las instancias, casi todos destinados de antemano al fracaso.-

j) Por su parte la Defensa Pública Oficial, al efectuar la réplica expresa que con respecto a los delitos de lesa humanidad que han sido invocados, esa parte ha hecho hincapié en que no concurría el elemento intencional que requiere cualquier tipo penal y, más aún, tratándose de un delito así categorizado.-

Sobre este particular trajo a colación que contemporáneamente o poco tiempo después de la falsa inscripción reconocida por Rivas, se llevó a cabo en nuestro país el campeonato mundial de fútbol que se celebró en esta ciudad y en otras del interior del país, lo que consideró que es un hecho notorio que no permitía advertir en la población ese estado de paralización al que se refirió la Querella.-

Citó, también lo dicho por una testigo que declaró en el juicio que tuvo lugar en los últimos meses del año pasado y que concluyera con la muerte del imputado Febrés, quien después de relatar todos los horrores que le habían pasado en la ESMA -su secuestro, las torturas, etcétera- dijo que, en un momento determinado, el imputado la había llevado a dar un paseo, tanto a ella como a otros secuestrados en la ESMA, por la Avenida Libertador o por la Avenida Cabildo y que ella tuvo oportunidad de ver como la gente festejaba con mucha alegría el mundial o el resultado de que la selección nacional lo ganara, y que eso le resultaba muy doloroso, le resultaba muy doloroso

Poder Judicial de la Nación

comprobar ese estado de euforia, de alegría siendo que ella y otras personas estaban cautivas.-

Entendió que desde luego es muy doloroso y que cuando lo escuchó se conmovió y por supuesto íntimamente le dio toda la razón del mundo, pero si la gente festejaba de una manera tan ruidosa y demostrando tanta alegría era porque precisamente ignoraban en absoluto de que había personas secuestradas en centros de detención o que estuvieran en ese momento siendo torturadas.-

En relación a las referencias efectuadas respecto de la causa 13 ya ha dicho que en esa sentencia se dio por probado el plan criminal y que éste no incluía la cuestión relativa a los bebés.-

Argumentó que lo cierto es que en la Cámara Federal no se dio por probada la existencia de un plan de desaparecedores de bebés, ni de maternidades clandestinas.-

Indicó que de los setecientos casos escogidos por el Fiscal, en base a los informes de la Conadep y a otros elementos, hubo seis casos que se les reprocharon a los integrantes de la primera junta y éstos fueron absueltos en los seis casos. De manera que, a su entender, resulta muy obvio que el plan criminal, no integraba esta cuestión relativa a los bebés nacidos en cautiverio.-

Además, manifestó que esa misma sentencia declaró la prescripción de la acción penal en delitos de privación ilegal de la libertad atribuidos al entonces procesado Agosti, que era el Comandante de la Fuerza Aérea de la Primera Junta instalada cuando se usurpó el poder el 24 de marzo de 1.976 y esa sentencia fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.-

Señaló asimismo que en la causa Camps, que tuvo lugar después de la causa Videla, el mismo Tribunal, es decir, la Cámara Federal de la Capital Federal, declaró la prescripción en numerosísimos casos de privación ilegal de la libertad sobre la base de la teoría del paralelismo para el cálculo de la prescripción en materia de concurso real de delitos, teoría que por entonces no contaba con una consagración legislativa como ahora, pero era la que contaba con el favor de la doctrina de la Corte Suprema.-

Con respecto a la editorial del diario La Prensa, que fuera referida, expresó que no es un hecho notorio y que no conoce que se haya arrimado esa prueba, pero desde luego no tiene ningún motivo para sospechar que lo que ha dicho la Querella no sea cierto, aún cuando no figure en el expediente, sin perjuicio de considerar que lo que corresponde es atenerse a la verdad real.-

Agregó que aún suponiendo que esa carta existió y lo tenga por probado, aclara que el referido diario “La Prensa”, era un diario de circulación muy restringida, que estaba dirigido a las clases más bien altas, y no a las personas pobres, y que sus defendidos jamás leyeron ese diario.-

Con respecto a la visita de la Comisión Interamericana, recordó que el gobierno militar que usurpó el poder tenía todos los resortes de éste e hizo una intensa propaganda, a punto tal que el pueblo estaba tan desinformado y desorientado que colocaba calcomanías que referían “Los argentinos somos derechos y humanos”.-

En tal sentido, indicó que la histórica sentencia de la causa 13, alude al plan criminal refiriendo además que integraba el sistema ordenado la garantía de impunidad que aseguraba a los ejecutores por vía de lograr que los organismos legales de prevención del delito no interfirieran en la realización de procedimientos, negando y ocultando la realidad de los hechos ante los pedidos de los jueces, organizaciones, familiares y gobiernos extranjeros, efectuando remedos de investigación sobre lo que ocurría y utilizando al poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias eran falsas y que respondían a una campaña orquestada de desprestigio del gobierno.-

Con respecto a este mismo punto del aspecto subjetivo en los delitos de lesa humanidad, aludió que lo cierto es que debe conocerse que hay un plan sistemático, aunque sea en mayor o menor medida, de que hay en mayor o menor grado un plan generalizado y sistemático, en relación a los bebés, llámese sustracción o desaparición de bebés.-

Sin embargo, se pregunta, cómo lo va a saber la señora de barrio y el señor que trabajaba en Terrabusi, si ninguno de los poderes del Estado,

Poder Judicial de la Nación

instalado el gobierno democrático, ni el Poder Ejecutivo con sus decretos y los proyectos de ley que mandaba de reformas al Código de Justicia Militar, etcétera, ni la legislación, ni los jueces en los fallos, ninguno de los poderes del Estado, en el año 1.985-1.986 sabían esto.-

Afirmó que su pupila estaba dedicándose a otros menesteres, ya que se la pasaba hablando de hombres y lo único que le importaba era eso.-

Aclaró que no todas las personas que cometen el delito previsto por el artículo 139 del Código Penal, incluidos los amnistiados por el General Lanusse, cometen un delito de lesa humanidad, ya que para ello es menester que se trate dentro de un contexto sistemático, generalizado aunque no se sepan absolutamente todos los detalles, aunque sea que hay personas cautivas, que hay personas torturadas en lugares de detención, que nacen bebés en esas maternidades clandestinas, que esos bebés que nacen son arrancados de los brazos de sus padres, a quienes después asesinan o colocan en una situación de desaparición forzada.-

No le interesa la denominación que se le quiera dar, sino que no concurren los elementos subjetivos que son necesarios para que la Fiscalía pueda hablar de que sus asistidos han cometido un delito de lesa humanidad.-

Continuando con el delito previsto por el artículo 146 del referido cuerpo legal, sostuvieron que ni siquiera sus pupilos tenían conocimiento de la sustracción, y que esto es necesario porque el que oculta o retiene una menor de edad sustraída, requiere como elemento subjetivo del tipo ese conocimiento, a la vez que ese aspecto subjetivo también debe ser probado.-

Aclaró que la única prueba que hay para sostener que sus asistidos conocían que María Eugenia era hija de guerrilleros, es la declaración de González, cuyo testimonio, esa parte ya ha considerado que no es ni coherente ni verosímil, sino mendaz y absolutamente sobreactuado.-

Recordó que la señora actuaralmente hacía pausas, por lo que no puede hablarse de espontaneidad cuando habló de algo que ya lo había dicho varias veces y había salido en todos los medios.-

En cuanto al conocimiento de que a la niña la había entregado un militar señaló que los militares, además del plan sistemático de terrorismo de

Estado, gobernaban el país y tenían todos los resortes del gobierno nacional, provincial, municipal, y como ya fuera dicho hasta el ente de fútbol estaba a su cargo, es decir lo ocupaban todo.-

En esas condiciones, destacó que la circunstancia de que fuera un militar quien les avisó que había una niña abandonada, por sí sólo no alcanza para probar ese dolo de conocimiento de que estaba sustraída.-

Insistió en sostener que es absolutamente impensable que el militar que entregó la criatura le contara todas las alternativas relativas a la apropiación de bebés y a los desaparecidos, siendo mucho más probable, por vía de hipótesis que le dijeran “señora apareció abandonada esta criatura” y allí se acabara el tema.-

Luego, efectuó algunas consideraciones relativas al examen psicológico correspondiente a su pupila Gómez Pinto, del 2 de mayo de 2.002, destacando que el mismo da cuenta de su verborragia expresiva, denotando tensión, ansiedad, rigidez verbal y gestual, cierta impulsividad, configuración con egocentrismo y tendencia a la sobre elaboración.-

Apuntó, con relación a la ansiedad persecutoria larvada, la irritabilidad, los componentes histéricos y sicopáticos y la tendencia a la sobrevaloración fabulatoria que son aspectos que personalmente ha podido advertir del trato que hace algún tiempo tiene con la señora y que también se han podido observar en la audiencia.-

Es decir, se pregunta cómo iban a contarle a una persona así, -si es que la conocían-, cosas que son terribles y que no las han contado hasta ahora, con el pacto de sangre o de silencio o como quieran llamarle.-

Continuó refiriéndose a la figura contenida en el artículo 139 del Código Penal, reiterando que ineludiblemente el tipo legal de la redacción original aplicable al caso, requería el propósito de causar perjuicio, y que nadie puede suponer que una persona cría a un niño con el propósito de perjudicarlo, y menos que el ex matrimonio lo haya hecho con el propósito de perjudicarla.-

Sobre este particular, sostuvo que lo que quiso decir es que hicieron lo mismo que hace cualquier persona que hace las veces de padre o

Poder Judicial de la Nación

de madre y que dicha ejemplificación, desde luego, no puede ser exhaustiva porque entonces tendría que ser inmortal, porque no puede decir todas las veces que se habrán levantado de la cama cuando la nena lloraba o que le habrán dado de comer, o que la habrán llevado al colegio, cosas por el estilo.-

Afirmó que esa defensa no ha tratado de neutralizar ningún padecimiento de la señorita María Eugenia, sino que han referido que se encontraban muy conmocionados, que les resultaba muy difícil este tipo de defensa por ese motivo, sobre todo con la víctima presente en la sala.-

En todo caso, se ha tratado de encontrar una explicación a los padecimientos en lo que tiene que ver con sus representados, desde luego, porque éstos no tienen nada que ver con el secuestro ni con las torturas ni con la desaparición forzada de los padres, ni con su muy desgraciado y probable asesinato.-

Lo que sí tiene que ver con ellos, es que es un matrimonio que entró en colapso, que se desquició, que la señora tenía un temperamento y un carácter como el que da cuenta el informe referido precedentemente, y eso es lo que se le puede atribuir.-

Sobre la falsedad ideológica atribuida a Gómez Pinto, señalaron que no han escuchado una argumentación nueva que habilite una réplica, ya que se ha dicho que la modalidad era hacer insertar, pero el que lo hizo es el señor Rivas.-

En lo referente al artículo 139 del Código Penal, manifestaron que esos temas ya han sido discutidos, en la causa Landa donde ya se pronunció el Tribunal al sostener que la supresión del estado civil en el tiempo de los hechos requería que fuera ejecutada con el propósito de perjudicar. El propósito de causar perjuicio es un dolo específico, pero el perjuicio querido por el autor no puede consistir en la ofensa al estado civil en sí, señalando que ello es obvio, porque esta ofensa debe ser utilizada por el autor como un medio para lograr otro efecto trascendente.-

Reiteraron que el caso “Landa” es un caso muy distinto, porque Landa era un Teniente Coronel del Ejército como lo era el Teniente Coronel médico Cáceres Monié, que ambos se conocían, que ambos prestaban

servicios en el Comando del Primer Cuerpo de Ejército, además que el Olimpo, el centro clandestino donde estuvo detenida la menor y su madre biológica dependía operacionalmente del Primer Cuerpo de Ejército.-

Continuaron señalando que resulta contradictorio decir que acá se mintió, ya que recuerda cómo la Querella abonó su pretensión acusatoria con párrafos enteros de la declaración de Rivas, por lo que se preguntan entonces si éste miente o dice la verdad.-

Respecto de la opción efectuada por su pupilo Rivas, en cuanto al régimen procesal aplicable, indicaron que estando preso, optó por el procedimiento escrito y luego, aconsejado por un abogado que no era el suyo, presentó el escrito en el Tribunal sobre el cambio de posición. Entendió la Defensa que por eso debió haber sido rechazado el escrito, además, porque estaba vencido el término. Destacaron que se trataba de una persona lega, privada de su libertad, mal asesorada.-

Consideraron que en realidad la teoría de los actos propios le es aplicable al Ministerio Público Fiscal que ha presentado dos acusaciones contradictorias.-

Seguidamente, expresaron que a su criterio, la conducta permanente imputada a sus asistidos habría cesado en marzo de 1.989 y que ello traía como consecuencia la prescripción de la acción penal y subsidiariamente, la aplicación de la ley conforme a la anterior redacción del artículo 146 del Código Penal.-

Respecto de los obstáculos, que al decir de las partes acusadoras, habría opuesto Gómez Pinto para concurrir con María Eugenia al Banco Nacional de Datos Genéticos en la fecha de mención, manifestaron que en los informes producidos por la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo se vuelcan expresiones de personas que son absolutamente ubicables y bien pudieron haber sido ofrecidas como testigos para que concurren a este debate.-

Se refieren al sobrino de la señora Juana Ghibaudi y a las dos representantes de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo que se habrían hecho presentes en el domicilio de la señora Gómez Pinto.-

Poder Judicial de la Nación

De manera, que estas expresiones, no pueden valorarse de ese modo porque se trata de una prueba que no ha sido controlada por las partes, no son declaraciones testimoniales sino simples notas de trabajo no juramentadas, volcadas sin ninguna formalidad.-

Pero aún en el caso de ser ciertas, cada una de estas expresiones que allí se vuelcan, de ninguna manera resultan demostrativas de la alegada resistencia de la señora Gómez Pinto y de Rivas de llevar a María Eugenia al Banco Nacional de Datos Genéticos.-

Agregaron que la expresión que se le atribuye ahí, en el sentido de que si le sacan a la nena ella se iba a matar, es en todo caso demostrativa de una reacción lógica de una persona que no quiere ser separada de un ser querido, agregando que lo contrario hubiera hablado bastante mal de la señora Gómez.-

Añadieron que ello de ninguna manera significa poner obstáculos a la realización de la medida para la que había sido invitada. De hecho, la llevó.-

Por otra parte, consideraron que el hecho de que su pupila Gómez Pinto hubiera llamado al militar que le habría dado a la nena y que éste le contestó que se arreglara sola, tal como se lo consigna en el informe de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, ello tampoco significa poner obstáculos, sino que parece todo lo contrario.-

Añadieron que esa parte reconoció que era muy probable que haya sido un militar quien entregó a María Eugenia.-

En cuanto a la oposición de la Querella respecto de que el delito haya cesado en el año 1.989 también respecto de Rivas, ya que para esa época se encontraba separado de Gómez, tenían una malísima relación, que nunca fue citado para concurrir al Banco Nacional de Datos Genéticos y que en el juicio no surgía ningún elemento que acreditara que sabía de esta convocatoria, manifestaron que, en realidad, esto entra en contradicción con aquellas alegaciones de los acusadores en el sentido de que aquí existió un acuerdo, un férreo pacto de silencio que se prolonga hasta la actualidad.-

Respecto a la mención de que el análisis practicado en el año 1.989 dio negativo, aclararon que se dijo que fue negativo porque simplemente no sirvió para determinar aquello para lo cual fue hecho, esto es, determinar la realidad biológica de la niña, y por lo demás, señala que esta expresión es la que utiliza la presidenta de la Asociación Abuelas Plaza de Mayo en una nota agregada a fs. 1652.-

Agregaron que, tal como lo dijo la Fiscalía, Gómez ante la invitación, se podría haber negado a concurrir o se podría haber fugado llevándose a la niña consigo, indicando que estas actitudes y otras aún peores fueron las que tomaron verdaderos apropiadores en otros casos que fueron citados en su alegato al tratarse el tema del monto de la pena, añadieron que la gente carenciada también se “prófuga”.-

Aclararon que Gómez Pinto conocía de manera cabal para qué era citada al Banco de Datos, porque ello surge de la propia nota por la que se la citó.-

Sostuvieron que de ella surge que está claro para qué la citaron y también que no hay ninguna duda que no se hace referencia ni al terrorismo de Estado ni a planes sistemáticos, ni a apropiaciones de menores, ni a desaparecidos, ni a nada que tenga que ver con la represión ilegal.-

La Defensa entendió que la ley aplicable al caso es la versión que prevé la anterior redacción del artículo 146 del Código Penal y ello es así si el Tribunal comparte su propuesta en cuanto a que el delito cesó de cometerse en marzo de 1.989 y, para el caso de no prosperar dicho planteo, por la aplicación de la ley penal más benigna, remitiéndose a lo manifestado en su alegato.-

Por otro lado, señalaron que ya en su alegato expusieron los motivos por los cuales se consideraban totalmente inverosímiles los dichos de la señora Olga González y no los van a reiterar, porque consideraron que no hubo técnicamente una réplica en este punto, sino simplemente agravios infundados e innecesarios.-

En este caso, a su entender, las manifestaciones de Olga González fueron absolutamente inverosímiles y, por ende, controvertibles y

Poder Judicial de la Nación

atacables desde la más llana lógica, por lo que no era necesario ni conveniente hacer ni una pregunta más de las que hicieron.-

Acotaron que no creen necesario citar argumentos jurídicos y antecedentes jurisprudenciales para sostener que las penas solicitadas por los acusadores en la etapa escrita debía operar como un tope máximo de la pretensión punitiva, puesto que por lo inusual del caso, lo que ahora se les pide parece ser de cumplimiento imposible, ya que no sólo sería bastante difícil encontrar, sino imposible, un caso donde se haya dado una situación tan anómala como ésta, es decir, que hayan coexistido en este proceso dos procedimientos y que por los mismos hechos sin que se haya producido ninguna modificación en el debate, el Ministerio Fiscal, primero pida 7 y 8 años y después 25.-

Agregaron que esa defensa oficial se limitó a poner en evidencia esta variación que surge de la lectura que se hizo en el debate el primer día y la que se hizo en la etapa de la discusión final y lo que se dijo fue que esta variación no podía ser motivada en ningún elemento nuevo porque no lo hubo.-

Destacaron que como el Ministerio Público es uno sólo advirtieron una contradicción entre la pretensión punitiva hecha por escrito y la efectuada en esta audiencia con los mismos hechos y sin que se haya producido en el debate variación alguna, sin que se haya fundamentado o explicado el cambio en la petición.-

Por ello, sostuvieron que para marcar esto no hace falta apoyarse en ninguna doctrina ni jurisprudencia, y que su argumento se basó en las elementales normas de sentido común, la lógica y en la seriedad con la que deben encararse el proceso penal en el que está en juego el honor y la libertad de las personas.-

Añadieron que para intentar neutralizar sus argumentos, se mencionó que sí habían surgido elementos nuevos en el debate y se hizo referencia a las declaraciones de María Eugenia, su abuela, su hermano, su tía, Elizondo, Careaga, Carlotto y González. Pero, pone de resalto que, en realidad, los únicos testigos cuyos dichos guardan estricta vinculación con los

hechos que se le imputan a sus pupilos son María Eugenia y Olga González, quienes ya habían declarado en más de una oportunidad y no hubo variaciones en sus relatos.-

Por otro lado, señalaron que en las réplicas la Querella trajo como argumento distintivo y como una agravante la actitud de sus pupilos de negar cualquier tipo de responsabilidad, lo que no es así, ya que en la audiencia, los dos se han negado a declarar y se han valorado, y muy negativamente, sus declaraciones prestadas en la instrucción -incorporadas por lectura a este debate, incluso con la oposición de esa parte, en lo que se refiere a la declaración informativa de Gómez Pinto-, por lo demás no es cierto que en la etapa de la instrucción hayan negado cualquier tipo de responsabilidad, ya que en su oportunidad Rivas reconoció las falsedades ideológicas que le reprochan.-

Añadieron que también se habló de la actitud gestual de sus defendidos en la audiencia, señalando que deben haberse referido a Gómez Pinto y como ya lo dijeran, ello es una cuestión que hace a las características de la personalidad de la nombrada, las que surgen de su informe psicológico, ya mencionado.-

Por otro lado, agregaron que no se puede pedir que en un juicio de esta naturaleza, donde se les pidió la pena de 25 años de prisión se mantenga imperturbable.-

Agregaron que si ello hubiera ocurrido, también se le hubiera reprochado como una actitud indiferente o distante ante semejantes hechos y también lo hubieran usado como una agravante en su contra.-

En cuanto al modo en que debe operar el transcurso del tiempo para meritarse la pena a imponer, señalaron que no hay duda que la retención y ocultación a que se refiere el artículo 146 del Código Penal es un delito permanente, por lo que como ya dijeran, ese delito cesó hace 20 años, o en el caso de que no se comparta su criterio y se entiende que cesó en el momento del último examen de ADN, hace 8 años, y entendieron que ese también es un tiempo excesivo.-

Poder Judicial de la Nación

Entendieron que por ese motivo debe ser meritudo como atenuante al momento de valorar la pena a imponer.-

Aclararon que la circunstancia de delito permanente no corre para el resto de los delitos que se les imputa a su defendidos.-

k) Concedida que fue la palabra, en los mismos términos a la Defensa del procesado Enrique José Berthier, el doctor Alejandro María Macedo Rumi, señaló que entiende que no es necesario citar jurisprudencia y doctrina que avale su interpretación del artículo 146 del Código Penal, puesto que se trata de una cuestión de interpretación del tipo objetivo de la norma, la que es muy clara en cuanto al momento de culminación del delito, cuando dice 10 años del menor, es decir -a su criterio-, al cumplir 10 años el menor.-

Sobre el tópico, agregó que la jurisprudencia y doctrina que exista sobre el tema, no obliga al Tribunal.-

Por otro lado señaló que la Querella cuestionó lo dicho por esa parte, en cuanto a que los Tratados Internacionales, no se aplicaban en tiempos de guerra, pero aceptó que hubo una guerra, lo que también se encuentra probado en la causa 13, la que se desarrolló el 24 de marzo de 1.976 a 1.983; por lo que se debe recordar que todos los Tratados de Derechos Humanos, a los que se ha hecho mención, contienen cláusulas que suspenden las garantías y derechos para los casos en los que haya estado de sitio, por los que estos derechos y garantías no son aplicables en tiempos de guerra.-

En cuanto a la frase que manifestó que había dicho el General Videla en su momento, cree que fue bastante claro en hacer mención y tomar una ligazón de esta frase con respecto de la Convención de Desaparición Forzada de Personas, no cree que tomar frases de algunos personajes de la historia, sea algún tipo de apología del delito, al contrario, cree que fue claro, manifestando que el General Videla tenía las cosas bastante claras, cuando mencionaba lo que mencionaba y tenía una apoyatura netamente jurídica, a nivel nacional e internacional.-

Sostuvo que la Querella dijo que no se había hecho una valoración real de la prueba, pero cree que ha quedado bastante claro en esta

audiencia que se ha nombrado documentación, testimonios, cuestiones que han surgido en el debate, se han nombrado legajos; cree que ha sido bastante claro y puntilloso en su alegato con respecto a la valoración de la prueba.-

En lo tocante a las preguntas que la Fiscalía dice que no se le hicieron a la testigo Olga González, que entiende que es una testigo preparada, falaz, mentirosa, que evidentemente se encuentra en una connivencia muy clara con otros testigos de este juicio y con María Eugenia.-

Esa Defensa entendió que no debió hacer más preguntas de las que hizo porque se trata de una testigo preparada y ya sabía las respuestas que iba a obtener.-

Agregó que ello surge de las propias contradicciones en que ha incurrido, no sólo en el debate, sino también al declarar en la instrucción y destaca lo que surge de fs. 381, cuando después de celebrar esa famosa frase de mas de 20 palabras, la de guerrilleros y demás, a preguntas del Tribunal respecto de si alguna vez sospechó que podía ser hija de personas desaparecidas, ella responde que nunca lo sospechó.-

Sin embargo considera que quien debe llevar adelante la investigación en forma obligatoria para descubrir la verdad es el señor Fiscal.-

Con respecto al legajo de su pupilo, la Fiscalía se ha quejado de que lo utilizó extensamente, dice que ello fue así, puesto que ha sido utilizado en demasía por la Fiscalía para determinar que su defendido se encontraría en disposición o en centros de reunión de detenidos.-

Entendió que lo que ha quedado claro es que lo que se ha extraído del legajo en cuestión son simples inferencias, que lo único que de él se desprende es que Berthier en ese momento era un militar y cumplía tareas acorde al uniforme.-

Con respecto al legajo 7.170, el Fiscal dice que jamás lo mencionó en su alegato, lo que así fue dicho por esa Defensa al momento de hacer lo propio, justamente lo que le llamó la atención es que no lo mencionó la Fiscalía en su alegato, mientras que en la instrucción lo nombró todo el tiempo, y la pretensión de la Querella de querer introducir un listado que considera falso.-

Poder Judicial de la Nación

Con respecto al testigo García Sordelli, dijo que es cierto que ese Defensor lo citó, pero en ningún momento pidió que citaran a García Sordelli, sino pidió que se investigue la línea que salía de la declaración indagatoria de Rivas, es decir, que se investigue al famoso Mayor García y que, si lo llegaban a encontrar, se lo cite.-

En relación al estudio de ADN, dijo que sí, que es cierto que no fueron todos juntos, cree que el primer grupo que va es el materno y el segundo el paterno, lo que no cambia nada la interpretación que hace con respecto a la selección en particular de la familia, esto fue en apoyatura del testimonio de la doctora Di Lonardo y de la señora Carlotto que manifestaron, justamente, que se hacía al azar pero casualmente en este caso no hubo azar, sino que el grupo fue seleccionado por demás.-

Con respecto a los testigos que nombró en su alegato, Aníbal Reyes Roa y Federico Jensen, aclaró que el primero surge de la declaración indagatoria de Rivas, que se leyó en este juicio y la denuncia del militar Jensen obra a fs. 84 de la causa y se encuentra incorporada por lectura.-

Sobre el tópico, dijo que le llama la atención que esa línea investigativa no haya sido seguida por la Fiscalía, que es quien tiene la obligación de hacerlo.-

En cuanto a la testigo Melgarejo, deja sentado que era de bastante importancia, ya que supuestamente los comentarios vendrían de su parte, sin embargo nuevamente el Fiscal y la Querella no quieren llegar a la verdad, ni descubrir nada en este juicio.-

Manifestó con respecto a la prescripción, que jamás se habló de un plan sistemático de sustracción de niños, sino de desaparición de personas.-

Indicó que es cierto que el Fiscal no habló de genocidio, pero lo introdujo la Querella en su argumento acusatorio y el Fiscal ha englobado la acusación, siendo bastante claro en su alegato, de mencionar a los inquisidores en forma global, y no particular en lo que respecta a la acusación que formulaba cada uno de ellos.-

Por otra parte, señala que la Fiscalía se ha quejado de que en su alegato pormenorizó cuestiones respecto de irregularidades producidas en la

instrucción, por lo que dice creer que así fue, que es cierto, y que es su obligación poner de resalto las claras irregularidades que hubo durante la instrucción, es su obligación no sólo como Defensor sino como abogado.-

Por último pidió que no tengan asidero en el Tribunal las peticiones irregulares que han hecho el Fiscal y la Querella y reitera el pedido absolutorio efectuado al alegar.-

Y CONSIDERANDO:

CUESTIÓN PREVIA: PRESCRIPCIÓN:

Ambas defensas plantearon en sus alegatos que la acción penal con referencia a sus asistidos y en punto a la totalidad de los delitos por los que fueran acusados los mismos, se hallaba prescripta.-

La Defensa Oficial comenzó por admitir que el delito de retención y ocultamiento de un menor es un delito permanente, y que por ende, la prescripción comienza a correr a partir de la medianoche del día en que cesó de cometerse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 del Código de fondo.-

Amén de analizar lo resuelto por este Tribunal -con disímil integración- en el incidente de prescripción de la causa “Landa” (registro n° 25/01) y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Jofré”, afirma que la fecha de cese de la consumación del delito debe fijarse en el día 13 de marzo de 1.989, fecha en la cual la procesada María Cristina Gómez Pinto lleva a María Eugenia Sampallo Barragán al Hospital Durand para que se le extraiga sangre y se efectúa una prueba tendiente a determinar su verdadera identidad.-

La Defensa hizo especial hincapié en la circunstancia de que sus asistidos recibieron una “invitación” para concurrir al citado nosocomio, que no contenía ninguna clase de apercibimiento para el caso de incomparecencia, ni ninguna otra fórmula que denotara algún grado de coacción; y pese a ello se presentaron en forma voluntaria, permitiendo que se llevara a cabo la prueba.-

Poder Judicial de la Nación

Agregó que de ninguna forma dificultaron la medida, ni la demoraron, ni se fugaron del país, ni se mudaron de domicilio, incluso comentaron la cuestión con sus vecinos.-

En la dependencia pública dejaron asentados sus datos, incluyendo el domicilio, por lo que, a partir de este momento, la menor dejó de estar oculta dado que el Estado contaba con todos los elementos para identificar a la menor y el delito cesó de cometerse.-

Comparó la situación con la resuelta en el citado caso “Landa” donde se determinó que la fecha de cese de comisión del delito era aquella en que el juez interviniente le hizo saber a la víctima su verdadera identidad, sosteniendo que eso era así en la inteligencia que el matrimonio Landa conocía la verdadera identidad de la niña, los datos de los padres y se habían negado a proporcionarlos. En base a ello afirmó que no era el caso de Rivas y Gómez Pinto, dado que no sabían esos datos y que nunca ocultaron que María Eugenia no era su hija biológica.-

Siendo así, la ley aplicable al caso es la vigente en la fecha indicada, anterior a la sanción de la ley 24.410, la cual establecía en el artículo 146, una pena máxima de 10 años de prisión, que transcurrieron holgadamente antes del 28 de noviembre de 2.001 y 3 de marzo de 2.002, fechas en que fueron convocados Rivas y Gómez Pinto a prestar declaración indagatoria, y que constituyen el primer acto interruptivo del curso de la prescripción.-

Entienden entonces que la acción penal se encuentra extinguida y sus pupilos deben ser absueltos.-

Solicitan que tal absolución alcance a los restantes delitos que les fueran imputados (alteración del estado civil, falsedad ideológica en instrumento público -dos hechos- y falsedad ideológica en instrumento público destinado a acreditar la identidad de las personas), toda vez que por aplicación de la teoría del paralelismo, también tales conductas resultan alcanzadas por el instituto de la prescripción.-

La defensa del encausado Berthier, a su turno también plantea la prescripción de la acción penal, agregando a los argumentos vertidos por los

asistentes técnicos oficiales, que el delito habría cesado de cometerse cuando la víctima cumplió diez años, dado que el tipo penal enrostrado así lo indica.-

También, para el caso de no aceptarse tal postura, afirmó que dado que el delito dejó de cometerse el día 1° de marzo de 1.989, fecha en la cual María Cristina Gómez Pinto lleva a María Eugenia al Hospital Durand para que se le extraiga sangre y se proceda a analizarla para determinar su identidad.-

Sostiene asimismo que, aún cuando no se admitiera lo aquí planteado, debería aplicarse la doctrina que emana del voto minoritario de la causa “Jofré” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que afirma que en los delitos permanentes, cuando se hayan verificado bajo más de una ley, no deberá aplicarse la vigente al momento de cesar la conducta ilícita, sino la ley más benigna que hubiera regido durante el tiempo en que el injusto se ejecutó.-

De tal suerte entiende que la ley más benigna es la del texto originario del Código Penal (ley 11.719), excluyéndose la aplicación de la 24.410 que lo modificara, por ser más gravosa. Entiende que de no resolverse así se estarían violando las disposiciones del art. 18 de la Constitución Nacional, 15, apartado 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.-

Ambas Defensas argumentaron además, que los delitos que aquí se juzgan no podían ser considerados crímenes de lesa humanidad, y por tanto, no resultaban imprescriptibles.-

Avocados al tratamiento de las cuestiones antes reseñadas, cabe señalar “*ab initio*” que la prescripción de la acción penal con referencia a los delitos investigados en autos ya ha sido planteada en dos oportunidades durante el curso de la instrucción.-

La primera de ellas a fs. 1.532/1.547 (12 de agosto de 2.003) con fotocopias de la cual se dispuso la formación del incidente respectivo que corre por cuerda a la presente (fs. 1.550, punto III). Dicho planteo contó con la adhesión de quien entonces ejercía el patrocinio letrado de los coprocesados Rivas y Gómez Pinto (ver fs. 29 del incidente de prescripción).-

Poder Judicial de la Nación

En dicha incidencia, previo dictamen Fiscal (fs. 21/24), la juez actuante en la investigación preliminar, con fecha 26 de septiembre de 2.003, no hizo lugar a la extinción de la acción peticionada (fs. 33/40).-

Elevados los autos a la Cámara de Apelaciones del Fuero, en virtud de la impugnación efectuada por la entonces Defensa particular de los coprocesados Rivas y Gómez Pinto, el citado tribunal declaró, con fecha 1° de julio de 2.004, mal concedido el recurso de apelación (fs. 90).-

La entonces representación técnica del imputado Berthier no impugnó la decisión de la jueza de instrucción.-

Con posterioridad, el 17 de febrero de 2.005, el doctor Alejandro María Macedo en su condición de letrado defensor de Enrique José Berthier, planteó nuevamente la excepción de prescripción (fs. 105/106 del incidente), sustentado en idénticas razones a las que aquí se han esgrimido (ver escrito mencionado).-

Previo escuchar a las partes acusadoras (fs. 110/114 y 116), el juez que se hallaba a cargo de la investigación, con fecha 16 de marzo de 2.005, no hizo lugar a la excepción de prescripción (fs. 117/128).-

El citado letrado interpuso recurso de apelación (fs. 130) el cual fue concedido (fs. 133) y elevados los autos a la Alzada.-

Previo los trámites de rigor, la Cámara Federal de esta ciudad resolvió -con fecha 18 de agosto de 2.005- confirmar el auto apelado en cuanto no hacía lugar a la prescripción pretendida (fs. 164/170).-

Contra dicha decisión el incidentista interpuso recurso de casación (fs. 197/223), cuyo rechazo (fs. 225), motivó la pertinente queja (ver fs. 76/83 del incidente formado al respecto que corre por cuerda).-

El 17 de febrero de 2.006 la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal rechazó la queja (fs. 90/92).-

Interpuesto recurso extraordinario por el letrado (fs. 102/110) la Sala interviniente lo declaró inadmisibile (fs. 127/128).-

Como se advierte, esta es la tercera oportunidad en que se introduce la misma cuestión en este juicio, lo que resultaría argumento

bastante como para desestimar el planteo atento a que, ya ha sido adecuadamente tratado en estos autos.-

Mas, toda vez que la prescripción ha sido introducida como defensa de fondo por los asistentes técnicos de los encausados, habremos de expedirnos sobre el punto.-

Este Tribunal ha dicho con anterioridad que “existe coincidencia en la doctrina acerca de que la retención y el ocultamiento de un menor de diez años, constituye un *delito permanente* (ver Núñez, Ricardo C., “Derecho Penal Argentino”, T° V, pág.62; Levene (h), Ricardo (Director), “Manual de Derecho Penal - Parte Especial”, pág. 268; Solsona, Enrique F., “Delitos contra la libertad”, pág. 57, entre otros).-

“Tampoco se advierten trascendentes diferencias entre los autores con relación a las características de los delitos permanentes, dado que han sostenido que:

““Puede hablarse de delito permanente, sólo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que *se la pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del derecho en cada uno de sus momentos*” (Soler, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, T° I, pág. 155).-

“También “que el delito *permanente* exige una prolongación de la acción ... contenida en la figura legal. Lo dicho hasta aquí señala con toda claridad que la permanencia ... del delito exige una consumación ininterrumpida.

““Tiene importancia el problema de la cesación de la permanencia. Esta termina, en primer lugar, cuando concluye el estado que la constituye, cualquiera sea su causa” (Núñez, Ricardo C., op. cit. T° I, págs 253 y 257).-

““...hay también hechos punibles permanentes, que se caracterizan porque la continuidad temporal de un estado antijurídico o de un comportamiento de la misma especie constituye lo ilícito adecuado al supuesto de hecho típico... La consumación se produce aquí con la (primera) realización de todos los elementos del supuesto de hecho típico,... *la terminación tiene*

Poder Judicial de la Nación

lugar con la eliminación del estado antijurídico ... o la finalización del comportamiento prohibido...” (Stratenwerth, Günter, “Derecho Penal, Parte General, I, El hecho punible”, Edic. Edersa, Madrid, pág. 262/263).-

““La expresión verbal con que la ley describe el delito, ha de permitir que *la consumación sea continua e invariablemente típica, antijurídica y culpable, durante un tiempo que puede prolongarse*” (Fontán Balestra, Carlos, “Tratado de Derecho Penal”, Tº I, pág. 482; en términos muy similares Creus, Carlos, “Derecho Penal, Parte General, pág. 189).-

““En el delito permanente ... se da también una unidad de acción semejante, en el cual pertenece a la acción típica no sólo la fundamentación, sino también *el mantenimiento de una situación antijurídica permanente*” (Welzel, Hans, “Derecho Penal Alemán”, Editorial Jurídica de Chile, pág. 267).-

““El delito permanente supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración *por la voluntad del autor ...* dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica” (Mir Puig, Santiago, “Derecho Penal, Parte General”, Barcelona, 5ª edic., pág. 202).-

““Delitos permanentes son aquellos hechos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo” (Roxin, Claus, “Derecho Penal, Parte General, Tº I, Fundamentos, La estructura de la Teoría del delito”, Ed. Civitas, 329).-

“De todo lo transcripto surge un común denominador que permite afirmar que en los delitos permanentes, la comisión se perpetúa en el tiempo tanto como perdura la situación antijurídica creada, y por tanto, relacionado con la norma del artículo 63, la prescripción de la acción penal, en estos casos, comienza a correr a partir de la medianoche del día en que la conducta ilícita cesa, agotándose de esta manera el injusto penal.-

“Si una de las conductas que se imputa a los encausados es la de ocultar, ella implica tanto el evitar que las personas legítimamente autorizadas a ejercer la tenencia o guarda del menor puedan conocer su destino; como así

también que éste pueda tener acceso al conocimiento de su identidad biológica.-

“Esta última conducta no cesa –como pretende la defensa- al cumplir la víctima los diez años, sino en el momento en que cesa el ocultamiento y la persona pasa a conocer su identidad, y esto habría acaecido, como bien sostiene la Querella, el día 10 de febrero de 2000, fecha en la cual el señor magistrado instructor hizo saber a ... sus datos filiatorios.-

“Este es el momento en que comienza a correr el plazo de la prescripción tanto, en relación al delito de sustracción de menor, cuanto en referencia a la supresión de estado civil en concurso ideal con uso de documento público falso.-

“Para llegar a tal conclusión se tiene presente que, si bien el delito previsto en el artículo 146 del código de fondo, habría comenzado a ejecutarse con anterioridad al antes mencionado, al tratarse de un delito permanente, se sigue cometiendo segundo a segundo hasta que se agota, lo que como se viera recién habría ocurrido en la fecha ut-supra indicada.-

“Hasta ese instante, el curso de la prescripción ha quedado interrumpido por “la comisión de otro delito” (artículo 67 del Código Penal), comenzando ella a correr desde la misma fecha, con referencia a ambos ilícitos.-

“Este criterio, por otra parte, es el que sentara el voto de la mayoría de la Sala II, de la Cámara de este fuero en la causa n° 11.000, “Miara, Samuel y otra s/ suposición de estado civil, etc.” (sentencia del 19 de diciembre de 1.995, reg. n° 12.661), y que correctamente ha citado la Fiscalía en su dictamen” (30-3-2.001, in re: “Landa, Ceferino y otra s/ incidente de prescripción en causa n° 530”).-

En las mismas actuaciones, al momento de dictarse sentencia, se afirmó también que “corresponde determinar cuál es la ley aplicable, toda vez que la vigente en buena parte del desarrollo de la acción típica conminaba con una pena sensiblemente inferior a la incorporada por la ley 24.410, que regía cuando el injusto cesara de cometerse.-

Poder Judicial de la Nación

“Si bien parte de la doctrina ha interpretado que cuando la acción ejecutiva de un delito permanente transcurre durante la vigencia de más de una norma debe aplicarse la más benigna, atendiendo al mandato del artículo 2 del código de fondo; hoy resulta mayoritaria la tendencia a señalar que resulta menester remitirse a la norma vigente al momento en que cesa de cometerse.-

“En este sentido se ha sostenido que “En el caso de delitos permanentes... puede ocurrir que se modifique la ley durante el tiempo de su comisión, p. ej. que se agrave la pena para determinadas formas de detención prolongada; en tal caso “se aplicará la ley que esté vigente en el momento de terminación del hecho”...” (Roxin, Claus, “Derecho Penal, Parte General”, Tº I, pág 162; ver en idéntico sentido Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz, “Derecho Penal, Parte General”, Tº 1, pág. 200; Jakobs, Günther, “Derecho Penal, Parte General”, pág. 116; De la Rúa, Jorge, “Código Penal Argentino, Parte General”, 2da. edición, pág. 75, n° 80, entre otros).-

“Es por esta razón que entendemos que la norma aplicable al caso es la que contempla las reformas introducidas por la ley 24.410, desde que los autores, aun conociendo las modificaciones legislativas continuaron en su obrar delictivo, por lo que su accionar doloso, cae también bajo el alcance de la nueva disposición, quedando por tanto fuera de los alcances del artículo 2 del Código Penal” (sentencia del 5-7-01).-

Con posterioridad el Procurador General de la Nación al dictaminar en el caso “Jofré, Teodora” (23-2-02) afirmó que “la permanencia de la consumación en la retención u ocultación de un menor de diez años, es un lapso que va ... desde la posible fecha de nacimiento del menor ... hasta la del estudio genético ... que, en principio, haría cesar la situación de ocultamiento” (Fallos 327:3279).-

A dicho dictamen se remite la mayoría de la Corte para declarar improcedente el recurso extraordinario (24-8-04).-

Debe resaltarse aquí que el voto minoritario de los doctores Zaffaroni, Belluscio y Vázquez, no discrepa en lo atinente a la fecha en que cesa de cometerse el delito, puesto que en el considerando 4º afirma “Que según se desprende de las constancias de la causa, la sustracción, retención y

posterior ocultación del menor se habría consumado a fines del año 1.978 y se habría extendido hasta el 20 de agosto de 2.000, fecha en la que se determinó su verdadera identidad, mediante un examen genético”.

La discrepancia en el fallo se refirió sólo a la ley aplicable, puesto que la mayoría entendió que era la vigente al momento en que el delito cesó de cometerse y estos últimos que era la más benigna que hubiera regido durante el período.-

Por su parte, el citado Tribunal al desestimar el recurso interpuesto por la defensa de Ceferino Landa y su cónyuge contra la sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, que a su vez había convalidado el pronunciamiento dictado en esta sede (28-7-05), rechazó la defensa de prescripción, admitiendo así el criterio sostenido con referencia al tiempo de comisión del suceso.-

La disidencia de los doctores Belluscio y Zaffaroni se refirió a la aplicación de la ley penal más benigna (Fallos 328:2702).-

En síntesis, puede afirmarse que existe una corriente jurisprudencial aceptada por nuestro más alto Tribunal que establece que el delito de ocultamiento de un menor cesa de cometerse en el momento en que la víctima recupera su identidad biológica.-

De contrario a lo hasta aquí dicho, la Defensa Oficial sostuvo que a su entender, “la fecha en que habría cesado de cometerse este delito se debe situar en el día 13 de marzo de 1.989, fecha en que la señora Gómez lleva a María Eugenia Sampallo al Hospital Durand para que se le extraiga sangre, recordando... el oficio de fs. 1.551. Allí, se la invita para que concurra al centro de datos con el objeto de dejar debidamente aclarada la filiación de María Eugenia. Hace un especial hincapié en que se cursó una invitación y que la nota no contiene ningún ... término compulsivo, ni apercibimiento alguno para el caso de que no cumpla con lo solicitado. Lo concreto es que la invitación fue aceptada y su asistida Gómez llevó voluntariamente a María Eugenia a cumplir con la diligencia, no intentó demorar la misma, no se fugó del país, no se mudó del domicilio, incluso hasta lo comentó con sus vecinos... Entonces, como un ejercicio de razonamiento ... al menos a partir de ese

Poder Judicial de la Nación

momento dejó de estar oculta. Los organismos de derechos humanos, pero por sobre todo el Estado ya contaba con todos los datos para identificar a la menor, con su domicilio, con su número de documento, e incluso contaba con una muestra de sangre, por lo que no puede pretenderse, entonces, que la niña haya permanecido oculta. Si se entendiese que Gómez y Rivas fueron autores de la retención y ocultación, no hay dudas que a partir de esa fecha cesó el delito, pues la voluntad de los nombrados fue llevarla, justamente, a un organismo estatal especializado en dejar debidamente aclarada la filiación de las personas, tal como dice el oficio.”.-

Siguió diciendo la Defensa que “Es obvio que el cese de la comisión de un delito no puede ser supeditado al resultado de un análisis de histocompatibilidad. El cese o la permanencia de un delito siempre va a estar vinculado con la voluntad de los autores, independientemente de la mejor o de la peor suerte que pueda tener un estudio científico, o de la mejor o peor o más arcaica tecnología. Estos avatares, desde luego, no le son imputables a sus pupilos. Entonces, si el delito cesó de cometerse en marzo de 1.989, no hay duda alguna que la ley aplicable al caso es la que brinda la redacción anterior del artículo 146, que preveía una pena de tres a diez años de prisión. Señala ... que los llamados a indagatoria de Rivas y de Gómez Pinto ocurrieron el 28 de noviembre de 2.001 y el 3 de mayo de 2.002, por lo que había transcurrido, en exceso, el plazo al que se refiere el inciso 2° del artículo 62 del Código Penal, encontrándose entonces extinguida la acción penal por prescripción, por lo que debe adoptarse un temperamento liberatorio a su respecto” (textual, acta de debate fs. 3759/3877).-

A dicho planteo adhirió en lo sustancial la asistencia técnica del coprocesado Berthier.-

Pese al empeño puesto por la Defensa Oficial en su exposición, la misma no puede tener éxito.-

En principio, porque María Eugenia Sampallo Barragán recién recuperó su identidad el día 25 de julio de 2.001, fecha en la cual se le hiciera entrega del resultado del estudio de ADN que determinaba que ella era hija

biológica de Mirta Mabel Barragán (ver al respecto la constancia que en fotocopia obra a fs. 112).-

Es en esta fecha en que cesa el delito de ocultamiento de menor y en consecuencia, sólo a partir de esa fecha habría comenzado a correr el plazo para que se extinguiera la acción penal (siempre que se considerara que es prescriptible).-

En la data indicada se hallaba vigente la ley 24.410 que es la que habrá de regir en este ilícito, a nuestro modo de ver. Mas, aún cuando se compartiera la postura minoritaria esbozada en los precedentes “Jofré” y “Landa” de la Corte Suprema (a los cuales ya nos refiriéramos *in extenso*), en atención a las fechas en que fueran llamados a indagatoria los encausados, la acción penal se encuentra plenamente vigente.-

Con referencia al argumento de que al llevar María Cristina Gómez Pinto, el día 13 de marzo de 1.989, a la entonces menor al Hospital Durand a que le extrajeran sangre, por “invitación” de la Procuración General de la Nación, habría culminado el ocultamiento, tampoco el Tribunal comparte el argumento.-

En principio, cabe consignar que el testimonio brindado por Olga Norma González demuestra que la encausada Gómez Pinto se resistió cuanto pudo al examen de sangre, y que “tuvo” que hacerlo agobiada por las circunstancias.-

Especialmente debe mencionarse la presencia de personas que trabajaban con Abuelas de Plaza de Mayo que habían concurrido en varias oportunidades al edificio donde vivía y que ejercían una importante presión psicológica sobre ella (véanse las fotocopias acompañadas a fs. 2.966/2.983).-

Pero, además, tanto no cesó el ocultamiento que María Cristina Gómez Pinto no brindó información alguna a quien decía su hija adoptiva sobre el resultado y tampoco le brindó datos que le permitieran desentrañar la verdad acerca de su identidad biológica; sino que, por el contrario, aumentó su incertidumbre agregando nuevas y mendaces historias, que lo único que hacían era aumentar la confusión.-

Poder Judicial de la Nación

Aún después de haberse ido a vivir sola María Eugenia, siguió negándose a decirle aquello que ella conocía sobre sus orígenes, diciéndole que si deseaba buscar a su familia de sangre que concurriera a un programa televisivo que se dedicaba a la ubicación de personas (así surge del testimonio rendido por la víctima durante el debate).-

Reiteramos entonces que no puede considerarse que el delito de ocultamiento de menor cesó de cometerse el día 13 de marzo de 1.989 -como pretenden las defensas- toda vez que los imputados continuaron escondiendo aquello que sabían y hubiera permitido a la víctima desentrañar su origen biológico.-

Tan es así que María Eugenia Sampallo Barragán recién pudo develar la incógnita cuando emprendió su propia búsqueda y lo logró más de doce años después, conforme se indicara más arriba, cuando fue anoticiada del estudio de histocompatibilidad inmunogenética que se le practicara a su pedido cuando se presentara ante la CONADI.-

Como consecuencia de lo hasta aquí expresado habrá de rechazarse el planteo de prescripción articulado por las defensas.-

Artículos 59, inciso 3º, 62, inciso 2º, 63 y 67 del Código Penal; 339 y sigs. del Código Procesal Penal.-

PRIMERO: MATERIALIDAD ILÍCITA

En primer lugar, resulta necesario precisar que en este proceso no fueron materia de juzgamiento la desaparición forzada de Mirta Mabel Barragán y Leonardo Rubén Sampallo, ni el trato que se les dispensara mientras permanecieron en cautiverio en un centro clandestino de detención.-

Aclarado ello, cabe afirmar que con los testimonios rendidos en el debate y las demás constancias incorporadas al mismo por lectura, analizados a la luz de la sana crítica, ha quedado legalmente acreditado que, en la madrugada del 6 de diciembre de 1.977, personal de civil y de uniforme secuestró en el domicilio de Viamonte 2.565, piso 3º, departamento “B” de Capital Federal a Mirta Mabel Barragán y a su compañero Leonardo Rubén

Sampallo, junto a una pareja amiga conformada por Ana María Bonatto y Eduardo Emilio Azurmendi.-

También en dicha oportunidad fue secuestrado el hijo de la nombrada Barragán, Gustavo Hernán Rojas, quien fue llevado a la Comisaría 7ª de la Policía Federal Argentina, donde permaneció durante varios días, pernoctando en el domicilio del subcomisario Medina, quien revistaba en esa dependencia, hasta que fue entregado por personal de la misma a su padre, Marcos Alberto Rojas.-

Al momento de su secuestro, Mirta Mabel Barragán cursaba un embarazo de seis meses de gestación aproximadamente, dando a luz a una niña, en una fecha y lugar no determinados, mientras estaba privada de su libertad.-

Posteriormente, en el mes de mayo de 1.978, la menor es entregada por una persona de sexo masculino, que entonces ostentaba el cargo de capitán del Ejército Argentino, a un individuo de idéntico sexo, junto a un certificado de parto suscripto por el entonces Teniente Coronel Médico Julio César Cáceres Monié, a la sazón Jefe de la División Sanidad del Comando del Cuerpo de Ejército I, que daba cuenta de haber asistido al nacimiento de una criatura de sexo femenino a las 16 horas del 7 de mayo de 1.978 en el domicilio de la calle Rómulo S. Naón 3.730 de Capital Federal.-

Dicho certificado resultó falso en su contenido, tanto en cuanto a la fecha como al lugar de nacimiento.

A su vez, la persona que recibió a la menor junto con el referido instrumento, insertó falsedades en la parte inferior de ese formulario, en el sector reservado para los datos necesarios para su inscripción registral, a saber, sus datos personales y los de su pareja como si fueran los progenitores de la criatura a la que nominó como María Eugenia Violeta y lo suscribió.-

Luego, con el referido instrumento, el sujeto en cuestión se presentó ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas, e hizo insertar los mismos datos falsos en la partida de nacimiento inscripta el 12 de mayo de 1.978 en la Circunscripción 4, Tomo 1A, número 781, año 1.978.

Poder Judicial de la Nación

Dicha partida de nacimiento resultó ideológicamente falsa, al distorsionarse no sólo el lugar y fecha de alumbramiento, que ya surgían del certificado expedido por Cáceres Monié, sino también los datos de los padres biológicos, consignándosela como nacida el 7 de mayo de 1.978 e hija del matrimonio que la recibía.-

El mismo proceder efectuó dicho individuo ante el Registro Nacional de las Personas para que expidiera el documento nacional de identidad n° 26.577.145, a nombre de María Eugenia Violeta Rivas.-

La beba permaneció retenida y oculta en poder de ese matrimonio, que simuló detentar el carácter de padres biológicos, hasta el 25 de julio de 2.001, ocasión en que la víctima de autos fue notificada por las autoridades de la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad del resultado del estudio de histocompatibilidad genética realizado a su pedido y suscripto por la doctora Ana María Di Lonardo, en su carácter de directora del Banco Nacional de Datos Genéticos, que concluye en que Mirta Mabel Barragán tiene una probabilidad del 99,9999999 % de ser la madre de María Eugenia Violeta Rivas y que, por lo tanto, no es posible excluir dicho vínculo biológico.-

Dicho estudio fue remitido al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 1 de esta Ciudad, el cual lo recibió el día 14 de agosto del mismo año.-

Más tarde y mediante una nueva peritación, el 29 de agosto de 2.002 se conoció que también era hija biológica de Leonardo Rubén Sampallo y, en consecuencia, quiénes conforman esa parte de su familia biológica sobreviviente.-

Ello ha quedado acreditado, con el grado de certeza requerido para un pronunciamiento de certeza, a partir de valorar los siguientes elementos de opinión:

a) Los dichos vertidos en el debate por Gustavo Hernán Rojas, quien, resultara una de las víctimas del operativo que culminara con el secuestro de su madre y su pareja. Pese a su corta edad al momento del episodio, pudo relatar en forma detallada lo vivenciado en la ocasión,

precisando la vestimenta y el armamento de sus captores. También pudo recordar con claridad que su madre se encontraba embarazada, indicando que su panza era grande y que sintió las patadas del bebé. Además, corroboró que mientras permaneció en la Comisaría 7ª de la Policía Federal, los días los pasaba en dicha dependencia y las noches en la casa del subcomisario.

b) El testimonio prestado el día 31 de octubre de 1.983 por Marcos Alberto Rojas (quien había estado casado con Mirta Mabel Barragán y era padre de Gustavo Hernán) ante el juzgado instructor, en el cual relató que tomó conocimiento por medio de los padres de Mirta Mabel Barragán, que habían recibido un anónimo que daba cuenta que ésta habría sido detenida, junto con su hijo, en cercanías de la intersección de las calles Paso y Viamonte. Ante ello se constituyó en el lugar y logró ubicar el domicilio de donde habían sacado a Barragán contándole el encargado del edificio que a su hijo lo habían llevado a la Comisaría ubicada en Lavalle y Pueyrredón.-

Dijo también que al no tener noticias de su hijo realizó una búsqueda concurriendo incluso a la Subsecretaría del Menor y la Familia sin obtener resultados. El día 27 de diciembre de 1.978, sus suegros reciben el anónimo, al día siguiente él logra ubicar el lugar y posteriormente se constituye en la Comisaría donde se enteró que su hijo estaba al cuidado de un oficial policial de alta graduación de apellido Medina.-

Refiere que solicitó la entrega de su hijo, diligencia que se concretó al día siguiente. Sostuvo asimismo que tomó conocimiento que su ex mujer había sido detenida el día 6 de diciembre de 1.978.-

Dicho testimonio fue incorporado por lectura al debate con base en las disposiciones del artículo 391, inciso 3º del Código de rito, al haberse acreditado el fallecimiento del deponente (ver fotocopia certificada de la partida de defunción de fs. 3.188).-

c) El contenido de los legajos CONADEP número 843 y 844 de Ana María Bonatto y Eduardo Emilio Azurmendi, en donde se hace referencia a que fueron secuestrados del domicilio de la calle Viamonte 2.565, 3º piso, departamento “D” de la Capital junto a Leonardo Sampallo y Mirta Barragán.

Poder Judicial de la Nación

También de allí surge que en ese momento se encontraban los hijos del matrimonio Azurmendi y el hijo de Mirta Barragán, Gustavo Rojas.-

d) Los legajos CONADEP número 862 y 863, correspondientes a Mirta Mabel Barragán y Leonardo Rubén Sampallo, respectivamente, que detallan las circunstancias que caracterizaron sus privaciones ilegales de la libertad en términos sustancialmente análogos a los expuestos en el punto precedente.-

Fotocopia certificada de los cuatro legajos mencionados en los puntos precedentes se encuentran reservados en Secretaría y fueron incorporados como prueba documental en estos autos.-

e) El testimonio brindado en la audiencia por Eduardo Casimiro Elizondo, quien, luego de indicar que conocía a Mirta Mabel Barragán y a su compañero Leonardo Rubén Sampallo por haber trabajado con aquella en la fábrica S.I.A.P., corroboró que a la fecha de su secuestro se encontraba embarazada, precisando que ello era visible porque era muy delgada, todo lo cual le consta por tener un trato frecuente al momento de los sucesos.-

f) La declaración prestada durante el debate por Emirledes Sampallo en cuanto manifestó que se enteró por su hermano Leonardo, que con Mirta iban a ser padres.-

g) Las atestaciones de Azucena Flora Martín de Barragán y Blanca Barragán, en la medida que supieron del secuestro de su hija y hermana, respectivamente, por medio de un anónimo. Todo ello, les fue corroborado por el padre de Gustavo Hernán Rojas, una vez que éste fue recuperado de la Comisaría, quien también los anotició del embarazo que cursaba Mirta Mabel Barragán.

h) El legajo CONADEP 1835, del que surge que a Mirta Barragán la habían llevado a tener familia al Hospital Militar en febrero de 1.978.

i) El documento denominado “Niños desaparecidos en la República Argentina desde 1.976”, del que surge que en febrero de 1.978 debió producirse el nacimiento del hijo de Mirta Mabel Barragán y de Edgardo Sampallo que fueron detenidos el 6 de diciembre de 1.977.-

j) El testimonio prestado durante el debate por Olga González en cuanto afirma que cuando María Eugenia llegó a la casa del matrimonio integrado por Rivas y Gómez Pinto, no era una beba recién nacida. Señaló que ello lo extrajo como conclusión por su tamaño y la forma en que lloraba, dado que había visto muchos recién nacidos acompañando a una amiga suya que era neonatóloga.-

También sostuvo que supo por comentarios que le hicieran que la niña había sido entregada por un militar.-

Este testimonio ha sido cuestionado por las defensas, cuestión de la que nos ocuparemos en otra parte de este pronunciamiento.-

k) Lo dicho en la audiencia de vista de causa por María del Carmen Seoane, quien vivía en el departamento “B” del cuarto piso de Luis Sáenz Peña 1.010 de esta ciudad y manifestó que supo, por una vecina de nombre Juanita que se domiciliaba en el primer piso del mismo inmueble, que a la niña la había entregado un militar.-

l) El informe de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo del 5 de enero de 1.989 que refiere que a partir de las averiguaciones que efectuaran en el inmueble de la calle Luis Sáenz Peña 1.010, se enteraron que la menor fue traída a los 2 o 3 meses, en 1.978 por un militar; y que “Dicen q’ es hija de una psicóloga, subversiva q’ la mataron y la niña fue anotada como hija propia, con certificado firmado x un médico militar en una clínica de Belgrano” (textual fs. 2.983).-

ll) El peritaje realizado por el Banco Nacional de Datos Genéticos de fecha 20 de julio de 2.001, obrante a fojas 2.228/2.241 en cuanto concluye que Mirta Mabel Barragán tiene una probabilidad del 99,9999999 % de ser la madre biológica de la señorita María Eugenia Violeta Rivas comparada con otra mujer tomada de la población general en forma no seleccionada.

m) La peritación agregada a fojas 2.242/2.251 del 12 de agosto de 2.002 que concluyó que la señora Dolly Cora Sampallo tiene una probabilidad de 99,96 % de ser la tía paterna de María Eugenia Violeta Rivas. Estas dos últimas peritaciones permiten dar sustento científico a la identidad de la

Poder Judicial de la Nación

Querellante y, por ende, demuestran la falsedad de la que le fuera asignada por los apropiadores.-

n) El estudio realizado por el Banco Nacional de Datos Genéticos como una medida de instrucción suplementaria, arrojó resultados semejantes a los anteriormente practicados. En definitiva, concluyeron que Leonardo Sampallo y Mirta Mabel Barragán tenían una posibilidad del 99,999 % de ser los padres biológicos de María Eugenia, comparados con otro hombre y otra mujer tomados de la población general en forma no seleccionada.-

ñ) El testimonio prestado durante la audiencia por la Dra. Ana María Di Lonardo, a la sazón Directora del Banco Nacional de Datos Genéticos, que ratificó los informes periciales reseñados en los puntos “ll” y “m” que anteceden, complementándolos a partir de las explicaciones brindadas sobre la forma de su realización y, particularmente, respecto al grado de exactitud de los resultados.

o) Las afirmaciones prestadas por la Querellante María Eugenia, por Claudia Carlotto y la documentación obrante a fojas 81/82, 84/85, 91 y 112/113, que corroboran el derrotero que efectuó la primera por averiguar su identidad. En tal sentido, debe considerarse su presentación ante la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad (CO.NA.D.I.), la conformidad prestada para la realización de análisis inmunogenéticos en el Banco Nacional de Datos Genéticos y la notificación del resultado de los mismos.-

p) Los informes de fojas 3.084 y 2.961, dan cuenta de que una menor bajo la filiación de María Eugenia Violeta Rivas, titular del D.N.I. 26.577.145, ha concurrido, respectivamente, a la Escuela n° 5 del Distrito Escolar 3° de la Capital Federal entre los años 1.984 y 1.990 y a la Escuela Normal Superior n° 8; con lo que se corrobora que los apropiadores han hecho uso de la falsa identidad que le atribuyeron a María Eugenia.

q) El certificado de parto (ver fs. 3.151), la fotocopia certificada de la partida de nacimiento glosada a fojas 42 y el Documento Nacional de Identidad n° 26.577.145, todos ellos a nombre de María Eugenia Violeta Rivas, reservado en Secretaría, documentan las falsedades sobre ellos practicadas.

Como ya se ha sostenido, el plexo cargoso brevemente reseñado faculta afirmar que la materialidad infraccionaria deviene sobradamente demostrada.-

Queda de tal forma evidenciada la existencia del cuerpo del delito.-

Artículos 398 y 399 del Código Procesal Penal.-

SEGUNDO: AUTORÍA Y CULPABILIDAD

Acreditada materialmente la existencia de los sucesos que motivaran este proceso, corresponde ahora determinar la responsabilidad que, con referencia, a ellos le cupiera a Osvaldo Arturo Rivas, María Cristina Gómez Pinto y Enrique José Berthier.-

Con relación al hecho que perjudicara en forma directa a María Eugenia Sampallo Barragán, entendemos que con las probanzas valoradas en el considerando que antecede debe tenerse por acabadamente demostrada la participación que en él le cupo a Osvaldo Arturo Rivas, María Cristina Gómez Pinto y Enrique José Berthier; debiendo responder los dos primeros como coautores de la retención y el ocultamiento de María Eugenia Sampallo Barragán y el último de ellos como coautor de dicho ocultamiento.-

En efecto, quedó demostrado en el contradictorio que tanto Rivas como Gómez Pinto, conociendo el origen de María Eugenia Sampallo Barragán, la retuvieron y ocultaron, entre principios de mayo de 1.978 y el 25 de julio de 2.001, impidiendo que conociera su verdadera identidad; la cual recobró gracias a las búsquedas emprendidas por ella; y como consecuencia del resultado de los análisis de ADN practicados, a su solicitud, luego que se presentara ante las autoridades de la CO.NA.D.I..-

Asimismo, pudo probarse que fue Berthier quien la entregó -en fecha no determinada, a principios de mayo de 1.978- junto con un certificado de nacimiento ideológicamente falso, al matrimonio por entonces conformado por Rivas y Gómez Pinto; como así también que participó en su ocultamiento,

Poder Judicial de la Nación

habiendo tenido la posibilidad de revelarle a aquélla, en varias ocasiones, su verdadera identidad.-

María Cristina Gómez Pinto al prestar declaración a fs. 57/9 (incorporada por lectura al debate) reconoció que Osvaldo Arturo Rivas, su por entonces marido, el 7 de mayo de 1.978 trajo “con los papeles” a María Eugenia, quien tenía menos de quince días. Al respecto, declaró que fue aquél quien la inscribió en el Registro y admitió que el trámite de adopción era distinto del legalmente previsto. Adujo que en ese momento tenía 23 años y “no sabía nada de la vida” y que actuó de buena fe.-

Si bien en una parte de la declaración explicó que ella siempre sospechó que una persona de apellido “Berdier” o Berthier, amigo de la infancia de su ex marido y vinculado con los militares, trajo a la “criatura”, adoptando una postura dubitativa; antes de concluir el acto afirmó “*Y fue Berdier o Berthier quien entregó la criatura a mi ex-esposo*” (sic, fs. 58vta./59, el resaltado nos pertenece).-

Seis meses después, en el careo practicado con el citado Berthier se retractó (fs. 262). En ese acto, señaló, además, que la única vez que aquél visitó su casa, fue en una ocasión en que ella se encontraba muy enferma, que no lo recordaba y que desconocía a qué se dedicaba.-

Asimismo, relató que le dijeron a María Eugenia que era adoptada a los 6 o 7 años, aproximadamente; explicándoles que ella era la mamá del corazón, que la habían traído allí y que no tenía mamá. Manifestó que aquélla nunca le preguntó nada ni habló más del tema, que era una chica muy especial y que no se llevaban bien. Alegó que comenzó a tener problemas con ésta a sus 17 años, puesto que quería libertad y ella pretendía que respetara los horarios de la casa; criándola “a la antigua”.-

Recordó, además, que en una oportunidad integrantes de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo se presentaron en su casa y ella llevó a María Eugenia al Banco Nacional de Datos Genéticos para que le realizaran un análisis, no sabiendo nunca más nada.-

Por su parte, el procesado Rivas en ocasión de prestar declaración indagatoria a fs. 223 y 247/51 (incorporadas al debate por lectura), reconoció

que María Eugenia no era su hija biológica ni de María Cristina Gómez Pinto y que había sido entregada por un militar, al que, luego de no recordar su apellido ni jerarquía, identificó como el mayor García. Al respecto, relató que para mayo de 1.978 trabajaba como jefe de ventas de “Terrabusi”, teniendo a su cargo la atención de quienes pretendían realizar contrataciones directas o compras, ya sea para entes privados o nacionales del Estado.-

Señaló que en una ocasión, el militar retirado Aníbal Reyes Roa, por entonces gerente general de dicha empresa, le presentó al mayor García, un integrante del Ejército, quien, adujo, estaba interesado en hacer una compra de productos para el Hospital Militar Central. Indicó que con esta persona tuvo varias entrevistas, en una de las cuales le hizo saber que con su esposa no podían tener hijos. Que, en otra conversación que mantuvieran, éste le preguntó si no se animaba a adoptar una criatura, toda vez que en la nursery del hospital solía haber niños. Refirió que en ese momento no le contestó, pero que al volver a hablar con él le manifestó su deseo de adoptar.-

Manifestó que esa decisión se la reservó para él y que no le hizo comentario alguno a su señora, aunque aclaró que el deseo de adoptar era común a ambos.-

Continuo relatando que con posterioridad este sujeto lo llamó para informarle que podía pasar a retirar una criatura por el Hospital Militar Central y que al preguntarle él por los papeles de la adopción, acordaron conversarlo en dicho nosocomio. Indicó que cuando fue a buscar a María Eugenia lo interrogó acerca de cómo debía hacer para anotarla, a qué juez debía concurrir por el trámite de adopción y la documentación que recibiría para tal cometido; manifestándole dicha persona, con fastidio, que se lleve la criatura y que en pocos días le facilitaría todos los papeles para su inscripción.-

Explicó que en ese momento se llevó a la niña y, posteriormente, recibió un llamado de aquel sujeto, quien le hizo entrega de un certificado de nacimiento firmado por un médico y le indicó que con eso debía inscribirla. Relató que tal circunstancia lo sorprendió porque esa no era ninguna constancia para concurrir a un juez, señalando que “ya estaba medio loquito,

Poder Judicial de la Nación

porque tenía una criatura y no podía anotarla”. Sin embargo, alegó que supuso que, como en esos tiempos todo estaba en poder de las fuerzas armadas, le darían una constancia de que tomaba a la niña para ser presentada ante un juez. Que entonces, otra persona (cree era el Dr. Cáceres Monié) también incómodo por su insistencia, le dijo que “ahí tenía el certificado, que la anotara como propia”.-

Con relación a Enrique José Berthier, el imputado señaló que lo conoció a los siete años, aproximadamente y que sabía que pertenecía a las Fuerzas Armadas. Manifestó que la madre de aquél era muy amiga de sus tías paternas, quienes le impartían clases a Berthier. Refirió, además, que jugaban a la pelota en la cuadra, que éste luego se mudó al barrio de San Telmo y que él, por su trabajo en “Terrabusi”, comenzó a frecuentar dicho lugar y un día, cuando tenía 28 años, la madre de Berthier lo reconoció, razón por la cual fue a buscar a su hijo y se vieron.-

Indicó que para el año 1.984 Berthier fue a visitarlo a su casa, no volviéndolo a ver desde entonces; como también que se enteró por su esposa que, hace aproximadamente veinte años, mientras él no se encontraba en su domicilio, aquél lo visitó porque creía que estaba gravemente enfermo.-

Señaló que Berthier no le entregó a María Eugenia y que ésta no lo conocía.-

Agregó que la pequeña a los seis años supo que no era hija de María Cristina ni suya y que en ese momento se encontraban presentes, además de él, Cristina y una psicóloga amiga. Recordó que la profesional le dijo a la niña que sus padres biológicos habían tenido un accidente de auto, admitiendo, además, haberle contado en otra ocasión que era hija de una empleada doméstica de sus padres, que no la podían tener por cuestiones económicas y que, por su conocimiento acerca de que ellos querían tener hijos, se la habían entregado.-

Antes de concluir su declaración, y al serle preguntado por la juez instructora si le habían dicho que abandonaban chicos en el Hospital Militar Central, contestó “No se si fue precisamente así, es decir que fueran chicos

abandonados. Me dijo el mayor García que tenían chicos en Hospital Militar Central” (textual fs. 250vta.).-

La Defensa Oficial al formular su alegato realizó diversos cuestionamientos a los actos que contienen las afirmaciones de los imputados antes mencionados.-

Dijo el doctor Víctor Valle que su asistida María Cristina Gómez Pinto había prestado declaración informativa conforme la disposición del artículo 236, párrafo segundo del Código Procesal anterior (ley 2.372); y que en dicho acto si bien se le hizo saber su derecho a negarse a declarar y a designar un letrado de su confianza, no lo hizo, ni fue asistida por el defensor oficial. Añadió que no fue anoticiada detalladamente de las pruebas de cargo existentes, ni tuvo la entrevista previa que establece la ley procesal vigente.-

Siguió argumentando que ante su oposición a la lectura de dicha pieza en el debate, el Tribunal resolvió de contrario con cita del artículo 279 del Código Procesal actual que se refiere a la declaración espontánea que valdrá como indagatoria si fue tomada con todos los recaudos de este acto. Recordó que el Tribunal al resolver una incidencia en la causa “Febrés”, sustentado en jurisprudencia de la Corte afirmó que los actos procesales deben ser juzgados a la luz de la ley vigente al momento de su producción.-

Señaló que el artículo 197 del Código Procesal vigente establece bajo pena de nulidad el derecho del imputado a entrevistarse con su defensor antes de prestar declaración y que esto no se cumplió en autos.-

Reseñó que los mismos reparos merece la declaración indagatoria prestada por Osvaldo Arturo Rivas.-

Finalmente, dijo que no plantearía la nulidad de dichos actos, pero que “no tendría inconveniente en que el Tribunal la declarara de oficio” (sic).-

Cabe recordar aquí que esta causa se inicia cuando, con fecha 9 de diciembre de 1.982, se ordena instruir sumario (fs.1/2). En la fecha indicada, en materia procesal, se encontraba vigente la ley 2.372.-

Al sancionarse la ley 24.121 de implementación del actual Código ritual (ley 23.984) se estableció en el artículo 12 de la misma que las

Poder Judicial de la Nación

causas que a la fecha de su entrada en vigencia estuvieran radicadas en los juzgados federales, continuarían su trámite por el procedimiento escrito salvo que el “procesado o acusado” optare por el nuevo ordenamiento dentro de los quince días de intimado a ello. Se agregaba que en caso de ser varios los procesados, la opción solo valía si era unánime.-

Por otra parte, de acuerdo al procedimiento escrito anterior sólo se revestía el carácter de procesado cuando se citaba a prestar declaración indagatoria.-

Esto es lo que ha sucedido en autos y las declaraciones de los encausados Rivas y Gómez Pinto se han adecuado a los parámetros de la vieja ley.-

Ésta, en los artículos 236 y sigs. establecía los requisitos de validez, tanto de la indagatoria como de la declaración informativa. Así se entendía que la persona que comparecía debía ser interrogada acerca de sus datos personales, informada acerca de cuáles eran los hechos que se le imputaban, puesta en conocimiento del derecho a negarse a declarar sin que ello pudiera constituir presunción en su contra.-

También se prohibía cualquier clase de coacción y la formulación de preguntas capciosas o sugestivas (Véase al respecto Rubianes, Carlos J., “Manual de Derecho Procesal Penal”, Edic. Depalma, Buenos Aires, 1.985, T° III, págs. 69 y sigs.).-

Todos estos extremos fueron debidamente cumplidos en autos, incluso, en la indagatoria de Rivas de fs. 223 donde incluso se lo intima para que formule la opción referida supra.-

En cuanto a la ampliación de fs. 247/251, no sólo cumplía con todos los extremos del régimen aplicable sino que, además, Rivas estuvo asistido por su entonces letrada de confianza.-

Por su parte, a María Cristina Gómez Pinto cuando prestó declaración informativa a fs. 57/59 también se la anotició de todos los extremos antedichos, más allá de que la fórmula empleada pueda ser tildada de escueta.-

En consecuencia, no se advierte que se haya incurrido en irregularidad alguna en las diligencias reseñadas.-

Con referencia a la incorporación al debate de la declaración informativa prestada por Gómez Pinto, más allá de que el punto fue resuelto en la audiencia de debate, reiteraremos aquí que no se advierte el motivo para no incorporarla, desde que el artículo 378 del rito (ley 23.984) dice que si los imputados se negaren a declarar se procederá a dar lectura de las que hubieran prestado en el curso de la instrucción.-

En ningún caso se habla de indagatoria, sino de declaraciones, por lo que deben considerarse todas aquellas en que hubiera depuesto el encartado con las garantías de aquella, que es lo que sucede en autos.-

Por tales motivos es que no puede acogerse la pretensión de la defensa.-

Despejado el punto, y volviendo a lo verificado en el juicio, es menester recordar que Enrique José Berthier negó en el debate haber participado en los hechos que se le imputan. Adujo que no conoció al Dr. Cáceres Monié y que la primera vez que escuchó su nombre fue en ocasión de declarar en la etapa instructoria, al serle exhibido el certificado de nacimiento firmado por aquél.-

Asimismo, recalcó que nunca estuvo en el Hospital Militar Central, con excepción de alguna internación que soportó como consecuencia de una dolencia física, como tampoco en un lugar de detenidos.-

Refirió que el Ejército Argentino, después de los copamientos de Villa María, Monte Chingolo, Comando Sanidad y de la Unidad San Lorenzo, entre otras, creó en cada regimiento una sección o compañía de retén, que recibió diferentes nombres de acuerdo a la Brigada, denominándose de Retén, Recuperación, Contra Guerrilla, Contra Subversión y Grupo Empleo Inmediato. Al respecto, señaló que todas las unidades del Ejército tenían personas en alerta diaria y, entre los años 1.976 y 1.977, una Sección denominada Contra Subversión.-

Poder Judicial de la Nación

Asimismo, declaró que con posterioridad a la Compañía de Policía Militar 101, después de 1.979, fue destinado al Regimiento de Infantería 3, debiendo, en mayo de 1.980, desplazarse al Sur.-

Por otro lado, manifestó que a los 5 o 6 años tomó clases particulares con las tías paternas de Rivas y que con éste, quien para ese entonces tenía 9 o 10 años, jugaba a la pelota a pesar de la diferencia de edad; explicando, al respecto, que él era un chico grandote. Agregó que volvió a encontrarse con aquél, después de 20 o 25 años, en virtud de la intervención de su madre.-

Relató que conoció a Gómez Pinto a los 16 años, toda vez que él salió con chicas del colegio “Jesús María”, al que ella concurría. Asimismo, adujo que sus padres eran amigos de los Ricart, quienes tenían un parentesco con la familia de aquélla y que era probable que su madre haya concurrido en alguna ocasión a su domicilio y se haya sacado una foto con María Eugenia.-

También refirió que no conocía a Olga González, quien manifestó recordarlo de pequeño; arguyendo Berthier que para la época en que ella lo memoraba tenía 12 años y que su fisonomía era muy distinta en ese entonces.-

Reconoció que a María Eugenia la vio por única vez en el año 1.994, en ocasión de haber ido a visitar a Rivas porque su madre le dijo que estaba muy enfermo. Agregó que ese día aquella lo acompañó hasta la puerta de calle, impetrándole acerca de su origen y que jamás le ofreció nada ni volvió a verla.-

No obstante el desconocimiento de los hechos por parte de Berthier como también el esforzado interés de Rivas y Gómez Pinto de desvincularlo de ellos, uno al negar que éste haya sido el militar que le entregó a María Eugenia en el Hospital Militar Central, y la otra al retractarse en el careo practicado a fs. 262, el resto de las probanzas colectadas a lo largo del debate permiten tener por probado que los encausados actuaron con pleno conocimiento, actual y cierto, de cada una de las circunstancias objetivas del tipo penal aplicable y con voluntad incondicionada de realizarlo.-

Asimismo, debe señalarse que a pesar de la retractación efectuada por Gómez Pinto, el Tribunal dará por cierta la primigenia declaración de la

imputada, por entender que la circunstancia de que Berthier haya sido el militar que entregó a María Eugenia Sampallo Barragán encuentra principal sustento en lo manifestado por ésta, por Olga González y María del Carmen Seoane en el debate y en la estrecha relación, también acreditada, que los encausados poseían entre sí y que continuó aún con posterioridad a dicha entrega.-

Aclarado ello, especial relevancia probatoria cobra lo relatado por María Eugenia Sampallo Barragán, quien manifestó que en 1.985 o 1.986 supo que no era hija de Osvaldo Arturo Rivas y de María Cristina Gómez Pinto, a través de una psicóloga amiga de esta última, quien a solas le relató que sus padres biológicos habían fallecido en un accidente automovilístico del que ella era la única sobreviviente, sin brindarle ninguna otra explicación acerca de cómo había llegado a la casa de aquéllos. Señaló que al finalizar la charla con dicha profesional le pidió a Rivas y a Gómez Pintos que le contaran pormenores de la historia que acababa de escuchar, no pudiendo ellos darle respuesta alguna.-

Declaró que a partir de ese momento comenzó a recibir por parte de Rivas y Gómez Pintos distintas versiones acerca de su origen. Al respecto, recordó que en una ocasión le manifestaron que una empleada doméstica que trabajaba en la casa de los padres de Rivas se las había entregado ya que por cuestiones económicas no podía tener más hijos. Expresó que, además, le dijeron que era hija de una azafata que residía en Europa, que había venido a nuestro país y que como no quería tener más hijos, por una cuestión económica, se la había entregado a ellos; también, que dicha azafata había venido a la Argentina y que, por quedar embarazada de una relación extramatrimonial, no podía tenerla con ella.-

Agregó que otra de las versiones narradas por Rivas y Gómez Pinto consistía en que Berthier se las había entregado porque sabía de sus problemas para concebir y que, telefónicamente, se comunicó con ellos para hacerles saber que había un bebé abandonado en el Hospital Militar Central. Sostuvo que de todas las versiones recibidas ésta tenía una referencia a alguien conocido, con nombre y apellido.-

Poder Judicial de la Nación

Explicó que también le refirieron que era hija de Berthier. Sin embargo, aclaró que todo lo que le decían le parecían mentiras o fabulaciones.-

La testigo relató que Berthier era un amigo de Gómez Pinto de la adolescencia, no de Rivas; señalando que conservaba imágenes mentales del nombrado y de su esposa como asistentes en sus cumpleaños. Indicó que la madre de aquél era amiga de la madre de Gómez Pinto, quien frecuentaba más el domicilio de ésta, asistiendo a tomar el té o a pasar un rato.-

Asimismo, memoró que en una ocasión, luego de la separación del matrimonio, Gómez Pinto se puso nerviosa por la presencia de “unas viejas”, indicándole exaltada que se fuera a la casa de una vecina. Al regresar, dijo, ésta hizo referencia a “unas viejas” que habían ido y que la querían apartar de ella, insultándolas y manifestando que se iba a matar si la separaban de su lado. Indicó que esta situación se repitió y que posteriormente supo que se trataba de miembros de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo.-

María Eugenia Sampallo Barragán adujo que luego de esa situación, en 1.989, concurrió con Gómez Pinto y “Coco”, pareja de ésta, al Hospital Durand a fin de someterse a un análisis de sangre.-

Por otra parte, recordó que una tarde de 1.992 Berthier se presentó en el domicilio con el objeto de visitar a Gómez Pinto y que, como ésta no se encontraba, le dijo que volviera en otra ocasión, sin siquiera invitarlo a pasar. Al respecto, declaró que ese encuentro tuvo alguna significación en su persona, porque ya tenía en mente que aquél sabía algo o podía aportar algún dato acerca de lo que había sucedido con ella, es decir, con relación a “cómo había llegado a la casa de Gómez Pinto y de Rivas”. Por tal motivo, expuso, estaba decidida, en caso de volver a encontrar a Berthier, a indagarlo acerca de lo que pudiera saber sobre el tema.-

Continuó relatando que finalmente en 1.994 se produjo otro encuentro con aquél, que la tomó por sorpresa y fue bastante difícil de sobrellevar. Que dicho encuentro se llevó a cabo una noche en que éste fue a visitar a Gómez Pinto a su domicilio y que, como ella tenía intención de hablar con él a solas acerca de su origen, decidió permanecer en la reunión. Al

respecto, memoró que estuvieron sentados en el comedor y que Berthier, al enterarse por Gómez Pinto de que ella estaba estudiando alemán, comentó “que lo debía llevar en la sangre”.-

La testigo adujo que estaba pendiente de cualquier comentario que tuviera que ver con ella, a pesar de no comprender su significado; comentario que, además, la convenció de que Berthier sabía algo acerca de su origen.-

Explicó que al finalizar el encuentro insistió en acompañar a aquél a la puerta de calle. Que una vez en el hall del edificio, Berthier se hizo el gracioso y se puso contra la pared, como si lo estuvieran apuntando con un arma y le preguntó qué era lo que quería. Que ella, explicó, le manifestó que lo único que deseaba era hacerle unas preguntas con respecto a lo que sabía acerca de cómo había llegado a la casa de Gómez Pinto y de Rivas, a lo que aquél le contestó que no sabía nada, que lo único que podía decirle era que a él le habían avisado que en el Hospital Militar había un bebé abandonado y que, como sabía que aquéllos no podían tener hijos, les comunicó esta noticia; negando cualquier tipo de participación.-

La testigo manifestó que luego Berthier la comenzó a interrogar acerca de por qué quería saber sobre eso, si tenía una mala relación con Cristina o si le faltaba algo, haciéndole una serie de ofrecimientos económicos, como que podía comprarle ropa o alquilarle un departamento. Asimismo, señaló que le refirió que cuando cumpliera 21 años la iba a ayudar a averiguar quiénes eran sus padres y que después de esta charla, le solicitó que llamara a Cristina que necesitaba hablar con ella. Al respecto, adujo que si bien desconocía el contenido de la conversación, Cristina, a partir de ese momento, cambió durante un tiempo el trato que tenía con ella; ofreciéndole, incluso, si no quería ir a pasar las vacaciones a la casa de Berthier.-

Por otro lado, expuso que a fines de 1.997 decidió ir a vivir a la casa de unas amigas y que del domicilio de Gómez Pinto no se fue en buenos términos. Sin embargo, indicó que bastante tiempo después, se encontró con Gómez Pinto, quien le repitió que Berthier era quien la había llevado a la casa y que no sabía nada más.-

Poder Judicial de la Nación

Ante esta respuesta, recordó la testigo que le increpó a aquella cómo era posible que no hubiera sentido curiosidad por sus orígenes, a lo que Gómez Pinto le refirió que para quedarse con ella habían aceptado no preguntar nada y que lo único que les importaba en ese momento era tener un hijo. Indicó que el encuentro terminó en malos términos y que al final de la charla Gómez Pinto le recomendó ir al programa televisivo de Franco Bagnato que tenía como fin el hallazgo de personas.-

Narró que con posterioridad decidió buscar a sus padres por su cuenta, razón por la cual, por consejo de un amigo, se dirigió a la CONADI, donde fue entrevistada por Claudia Carlotto. Que en el 2000, le asignaron un turno para extraerse sangre en el Hospital Durand y a mediados de 2001 recibió en la CONADI el resultado que establecía su parentesco con la familia Barragán. Que al otro día o día por medio se encontró con ellos en la sede de la Asociación de Abuelas de Plaza de Mayo.-

Adujo que a mediados de 2002 pudo establecer su vínculo biológico paterno y conocer más circunstancias acerca del secuestro y desaparición de sus padres.-

Asimismo, señaló que el matrimonio le refirió que le pusieron el nombre de Violeta por la ex esposa de Berthier, Violeta Apa.-

Por último, relató el maltrato a la que la sometieron Rivas y, por sobre todo, Gómez Pinto, quien constantemente le reprochaba que no era agradecida, haciéndole saber que si no hubiera sido por ellos estaría “tirada en una zanja”.-

Por su parte, Olga Norma González narró en el debate que conoció a Gómez Pinto cuando era muy chica porque sus padres tenían una relación de amistad con los padres de ella y que en 1.961 comenzó a vivir en el edificio donde aquella se domiciliaba.-

Memoró que para esa época el matrimonio no tenía hijos ni escuchó comentarios de que tal situación los angustiara. Indicó que a Gómez Pinto nunca la vio embarazada y que se enteró, cree que en 1.978, de la llegada de María Eugenia a través de Juanita y Beatriz Ghibaudi, ambas vecinas del edificio.-

Señaló que a la pequeña se la mostró Elba, mamá de Cristina, a la semana de su llegada; llamándole la atención que, por su tamaño, no aparentaba, como le había manifestado aquella, ser recién nacida.-

Relató que Gómez Pinto le brindó varias versiones acerca del origen de la niña, refiriéndole, en una primera oportunidad, que era hija de una azafata que había fallecido y, posteriormente, que era hija extramatrimonial de Berthier y una azafata y que, como la esposa de éste no la aceptaba, se la había entregado a ellos.-

También recordó que en una ocasión, en la época en que María Eugenia cursaba la primaria, Gómez Pinto la abordó en el palier del edificio y le dijo desesperada que tenía un problema muy serio y que no sabía que hacer, comentándole lo siguiente: “vinieron las viejas de Plaza de Mayo a robarme a la nena, que tengo que hacerle un análisis”. Que, ante tal comentario, la testigo explicó que increpó a Gómez Pinto acerca del verdadero origen de la niña, a lo que aquella le manifestó que eso era un error; confirmándole tal aserción al enterarse del resultado negativo de la prueba de ADN practicada.-

Sin embargo, indicó González que con posterioridad Gómez Pinto le confesó que a María Eugenia se la había entregado Berthier porque su esposa no la quería, y a aquél el Dr. Cáceres Monié; agregando que a la nena la habían traído del Hospital Militar.-

Por otra parte, señaló que mientras Elba y Osvaldo Rivas vivían con Gómez Pinto y María Eugenia era pequeña, el trato dispensado a la niña era normal. Sin embargo, recordó, en particular, que una madrugada, cuando se disponían a salir a Mar del Plata de vacaciones, pudo escuchar desde su baño que María Cristina, quien también se estaba preparando para partir con rumbo a esa ciudad, levantó a María Eugenia para que hiciera pis. Explicó que, como la nena no se quería levantar, aquella le gritó “*mocosa maleducada, caprichosa, tenías que ser hija de guerrillera para ser rebelde*” (textual). Al respecto, adujo que como los baños poseen ventanales y dan a un hueco que llega hasta el segundo piso puede escuchar las conversaciones que sus vecinos de abajo mantienen en su baño. Relató que lo mismo sucede en las cocinas “que dan al fondo”.-

Poder Judicial de la Nación

Asimismo, narró que los gritos eran permanentes, que las peleas entre Rivas y Gómez Pinto asustaban a la pequeña, quien iba a buscar ayuda al departamento de Beatriz y Liliana Ghibaudi y que Gómez Pinto increpaba a María Eugenia acerca de todos los sacrificios que había hecho para su manutención, como por ejemplo, la venta de unas joyas.-

Por otro lado, la testigo declaró que su relación con la niña fue acrecentándose poco a poco y que ésta con el tiempo se fue apegando a ella. Memoró que a los 10 u 11 años fue a visitarla llorando amargamente y le solicitó que la acompañe a la Seccional 18ª a buscar a sus padres, toda vez que una psicóloga le había revelado que ella era adoptada, explicándole que era hija de una azafata que había fallecido.-

Con relación a Berthier indicó que lo conoció cuando era joven, en la playa, no manteniendo nunca trato con él. Señaló que la madre de Gómez Pinto hablaba con la madre de aquél y que a ésta la vio cuando era joven y en el contexto mencionado precedentemente. En una oportunidad, manifestó que Elba le comentó que la madre de Berthier había ido al cumpleaños de María Eugenia.-

Asimismo, relató que en otra ocasión vio a Berthier de espaldas en la entrada del edificio dialogando con Eugenia; enterándose de quien era porque se lo hizo saber ella. Indicó que, en otro momento, Gómez Pinto le hizo saber que aquél estaba y la invitó a ir “para que le explique”, a lo que ella se negó, por no interesarle en ese momento y no imaginarse de lo que se trataba.-

Por otra parte, la testigo memoró que cuando fue citada a declarar en la etapa instructoria, se lo comentó a Gómez Pinto, haciéndole saber que iba a testimoniar a favor de María Eugenia, es decir, que iba a decir todo lo que sabía acerca de los tratos dispensados a la nena y respecto del pedido de ésta de buscar a sus padres. Ante esto, relató que aquella le manifestó lo siguiente: “hacé lo que quieras, te va a pagar como me pagó a mí, esa basura”. Indicó que posteriormente le dijo “tu amiguita nos metió en un gran lío y ella es la única que nos puede sacar. Así que por favor andá y decíselo, porque si no le voy a romper la cara tan bonita que tiene”.-

Por último, González explicó que el matrimonio Rivas –Gómez Pinto jamás le manifestó que estuvieran haciendo trámites de adopción, como tampoco, ante la llegada de María Eugenia, le dijeron que se trataba de una adopción legal; cuestión sobre la que ella no indagó. Sin embargo, recordó que a Juanita y Beatriz Ghibaudi, Elba le comentó que a la pareja le habían ofrecido un bebé.-

La mayoría de los esfuerzos defensoristas han estado encaminados a lo largo del curso de todo este proceso a intentar desacreditar el testimonio de Olga González.-

Incluso el procesado Berthier junto con su defensor la denunciaron aduciendo que había incurrido en el delito de falso testimonio, dando lugar a la formación de la causa n° 18.930 del registro del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 1, Secretaría n° 1, que concluyó con un sobreseimiento a su respecto que fuera posteriormente confirmado por la Cámara del fuero (ver fs. 1.108/1.113 y 1.153/1.154 de las citadas actuaciones).-

Fundamentó la Alzada su decisión en que no había advertido que el testimonio contuviera contradicciones o falsedades, más allá de la interpretación que del mismo pudiera realizar cada parte en juicio.-

Resulta oportuno recordar que en nuestro sistema procesal el Tribunal debe analizar la prueba a la luz de las reglas de la sana crítica (artículo 398 C.P.P.); y que éstas no son otra cosa que lineamientos de lógica y experiencia.-

Olga González prestó testimonio en esta sede y la inmediación propia de este juicio permitió al Tribunal advertir que sus afirmaciones son merecedoras de pleno crédito.-

Los cuestionamientos han estado mayormente dirigidos a señalar que no pudo haber escuchado desde su baño lo dicho por Gómez Pinto a María Eugenia y que reseñáramos supra. Incluso se dijo que parte de la conversación debía haberse verificado en un ambiente distinto y por ende, inalcanzable para los sentidos de la testigo.-

Poder Judicial de la Nación

Contrariamente a lo sostenido y tal como se adelantara, no se advierte el motivo por el cual no pudo escuchar aquello que dijera. Como bien sostuvo González, el diálogo se verificó bien temprano en la mañana, razón por la cual es posible concluir en que un edificio a esa hora en general, está en silencio por cuanto la mayoría duerme.-

Bajo tales condiciones, escuchar lo que dice alguien que está gritando no parece para nada irrazonable.

Por otra parte, de lo dicho por González, interpretado en contexto surge claro que todo lo escuchado por ésta ocurrió en el baño del departamento de Gómez Pinto, contrariamente a lo sostenido por la defensa oficial.-

En consecuencia, las afirmaciones resultan perfectamente computables.-

María del Carmen Seoane declaró en el debate que se domicilia, hace cuarenta y cinco años, en el piso 4º, departamento “B”, del edificio donde residía el matrimonio Rivas- Gómez Pinto y que con ellos mantenía una relación de vecinos.-

Recordó que en una oportunidad María Cristina se presentó muy contenta en su casa con una nena en brazos, manifestándole que la había adoptado. Explicó que la noticia no le sorprendió porque aquella en varias ocasiones le refirió su deseo de adoptar un bebé. Al respecto, relató que por Juanita, una vecina, supo que a la nena se la había dado un militar, aunque no le dijo de quién se trataba.-

Por otra parte, manifestó que desde la ventana de su baño y desde su cocina puede oír las conversaciones mantenidas en otros departamentos; señalando que desde este último lugar escucha las discusiones de sus vecinos del quinto piso. Sin embargo, aclaró que no entiende lo que dicen.-

Asimismo, no puede soslayarse el testimonio brindado por Eloy Rafael García Sordelli, único militar que, con el grado de mayor laboró, por lo menos entre enero y junio de 1.978, como jefe del Servicio de Otorrinolaringología en el Hospital Militar Central (conf. fs. 2958), quien en el debate afirmó desconocer a los imputados en autos y a Aníbal Reyes Roa,

como así también reconoció haber compartido destino, entre 1.966 y 1.980, con el Dr. Julio César Cáceres Monié en dicho nosocomio.-

Avalan cuanto aquí se viene diciendo las constancias remitidas por la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo y glosadas en fotocopias a fs. 2.967/2.983.-

En las mismas se consigna que a raíz de una denuncia anónima que ellas recibieran, se constituyeron en el inmueble de la calle Luis Sáenz Peña 1.010 y pudieron averiguar respecto de la víctima de autos que “La tienen desde que la nena tenía dos meses y se las entregó un sub-teniente llamado Enrique Vertier y por lo que se decía la nena habría nacido en un Sanatorio de Belgrano o en el Hospital Militar. A los padres los mataron y la mamá sería sicóloga” (sic fs. 2.973).-

También en tales copias se consigna que “La mujer [se refiere a la imputada] le comentó a la vecina que había recibido un telegrama de las Abuelas de Plaza de Mayo y que entonces ella fue a ver al militar que le había dado la nena y éste le contestó que no quería saber nada, que se arreglara sola. La mamá verdadera era psiquiatra y fue muerta. Se la entregaron a la nena a los dos meses” (fs. 2.975).-

Finalmente a fs. 2.983 se reitera que “La niña fue traída de + ó - 2 ó 3 meses, en el 78 por el sub teniente Enrique Bertier, Dicen q’ es hija de una psicóloga, subversiva q’ la mataron y la niña fue anotada como hija propia, con certificado firmado x un médico militar en una clínica de Belgrano” (sic).-

La Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, al elevar tales fotocopias hizo saber además que las informaciones a las que nos hemos referido fueron el producto de la investigación llevada a cabo por las Sras. Mirta Baravalle y Elsa Pavón (fs. 2.984).-

Todo lo transcripto constituye un elemento de juicio que no puede ser dejado de lado, más aún cuando coincide con los restantes elementos de opinión incorporados al juicio.-

También habrán de ponderarse los dichos de Claudia Susana Carlotto, directora ejecutiva de la Unidad Especial de Investigaciones de la CONADI y coordinadora de los equipos técnicos de trabajo de esa comisión,

Poder Judicial de la Nación

quien recordó en el debate que María Eugenia Sampallo Barragán se presentó en esa comisión como María Eugenia Violeta Rivas, con la certeza de que no era hija biológica de sus padres de crianza y con una serie de explicaciones disímiles acerca de su origen que, por su vaguedad, no la satisfacían y la hacían suponer que podía ser hija de personas desaparecidas.-

Señaló que fue ella quien le tomó su primera entrevista; oportunidad en que aquella relató ampliamente su historia, manifestando, entre otras cosas, que el trato dispensado por sus padres era malo, que había sido entregada por un amigo de la familia de nombre Berthier y que con anterioridad se había sometido a una prueba de sangre en el Hospital Durand. Explicó que ese encuentro se asentó en un acta, en la que María Eugenia plasmó su solicitud de intervención y su conformidad para ser sometida, en caso necesario, a alguna extracción de sangre; acta que firmó acompañando copia del documento nacional de identidad y de la partida de nacimiento.-

Continuó expresando que con los datos recabados se inició la investigación y que como primera medida se indagó en los archivos de la CONADEP acerca de la existencia de algún antecedente que pudiera estar vinculado; explicando que se halló un testimonio de Chiappe que mencionaba a un Berthier como actor en grupos represivos durante el último gobierno de facto.-

Precisó que a los pocos días de la entrevista se fundó la petición de la prueba de ADN, entre otras razones, por hallarse el Dr. Cáceres Monié, implicado en otro caso de apropiación de bebés, quien había suscripto el certificado de nacimiento de María Eugenia. Al respecto, señaló que confeccionó la solicitud de extracción y la llevó al Banco Nacional de Datos Genéticos y que al cabo de un año dicho banco les informó el resultado del estudio practicado; citando la comisión, el 25 de julio de 2.001, a María Eugenia para que lo retire.-

Expresó que cuando se presenta en la comisión se le hace conocer a ésta el resultado del estudio y se le brindan copias del legajo de búsqueda existente y de las carpetas de búsquedas de Abuelas de Plaza de Mayo. Refirió

que con posterioridad se dio intervención al juzgado de la Dra. Servini de Cubría.-

A dicho cuadro cargoso cabe adunar la fotografía que luce glosada a fs. 1.008, en donde puede observarse a la pequeña María Eugenia en brazos de la madre de Berthier; extremo que no puede considerarse menor desde que pone de resalto una familiaridad de trato que supera holgadamente aquella que han admitido los encartados en autos.-

De todo cuanto fuera expuesto, contrariamente a lo sostenido por la Defensa Oficial, está por demás probado que tanto Rivas como Gómez Pinto conocían el verdadero origen de María Eugenia. Quizás no conocieran datos precisos acerca de los padres de la niña, ni tampoco las circunstancias concretas del despojo, pero lo que si conocían era que María Eugenia había sido sustraída.-

La Defensa Oficial con su acostumbrado esmero ha intentado demostrar el desconocimiento de sus ahijados procesales acerca del origen de la menor que les fuera entregada por Berthier y Cáceres Monié.-

Al respecto, resulta poco creíble que aquéllos desconocieran la procedencia de la pequeña, cuando el propio Rivas reconoce que la recibió en el Hospital Militar Central de manos de un militar, quien le indicó que la única manera de inscribirla en el Registro Civil era mediante el espurio certificado de nacimiento por él entregado. Asimismo es el encausado quien refiere en su indagatoria que no se trataba de una bebé abandonada.-

Por otra parte no puede ser dejada de lado la circunstancia de que a la fecha de inicio de los hechos que se juzgan los militares ejercían un poder omnímodo en el país, y que el Hospital Militar no es una maternidad pública en la que eventualmente pudiera ser abandonada una beba. En dicho lugar sólo eran atendidos los militares o aquellos a quienes estos llevaban a esos efectos.-

También resulta demostrativo del dolo requerido por la figura el mote de “hija de guerrillera” que Gómez Pinto le adjudicó a María Eugenia o el estado de desesperación en que recayó ante la presencia de integrantes de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo y de la solicitud de extracción de sangre para un estudio de ADN.-

Poder Judicial de la Nación

Coadyuvan a acreditar tal extremo, además, las diversas versiones que sobre el “origen real” de María Eugenia, y ante la permanente demanda de ésta por conocer la verdad, elaboró el matrimonio, las cuales permitieron afianzar la retención y el ocultamiento a través de los años. Debe también recordarse que varias de ellas involucraban al procesado Berthier.-

No obstante ello, igualmente la inscribieron en el Registro Civil como hija propia, sustituyéndole sus datos filiatorios; impidiendo de esta forma el conocimiento de su verdadera identidad e intentando así eliminar cualquier rastro que pudiera quedar acerca de sus verdaderos vínculos.-

Tampoco puede soslayarse el hecho de que Rivas y Gómez Pinto renovaron su voluntad de no perder a María Eugenia cuando, ante el requerimiento de la Procuración General de la Nación, en marzo de 1.989, para que ésta sea sometida a una prueba de ADN en el Hospital Durand y ante el resultado negativo de tal examen, decidieron continuar con su accionar delictivo. En esta oportunidad apareció evidenciada, en su verdadera magnitud, la recalcitrante actitud de retener y ocultar a la niña como si fuera propia, puesto que, lejos de deponerla, continuaron actuando como si fuesen sus verdaderos padres.-

Asimismo, Berthier teniendo la posibilidad de revelar a María Eugenia su verdadero origen, ante el requerimiento expreso de ella, prefirió callar la verdad y continuar con su actividad delictiva.-

Debe resaltarse aquí que la intervención de éste en el ilícito que nos ocupa era tan conocida que no sólo lo supo González sino que, cuando Abuelas de Plaza de Mayo concurrió a la finca y realizó averiguaciones surgió rápidamente su nombre como el de la persona que entregara a la niña a sus apropiadores.-

Por lo demás, Berthier aparece como la única persona vinculada a las fuerzas armadas que conocían éste y Gómez Pinto.-

Llegados aquí, resulta oportuno recordar que “Cuando el delito está constituido por las acciones de retener u ocultar al menor sustraído por otro, el agente tiene que conocer esta circunstancia; en este caso la duda

equivale al saber” (Creus, Carlos, “Derecho Penal - Parte Especial”, 4a. edic., Astrea, 1.993, T° I, pág. 343).-

Conceptos similares se extraen de la jurisprudencia en cuanto sostuvo que “La admisión del dolo eventual de la presente figura es casi unánime en la doctrina. En ese orden de ideas, la imputada no puede ampararse en la simple afirmación de haber recibido de buena fe a un menor de manos de quien no representaba a ninguna institución de bien público, ni era pariente consanguíneo, con la única manifestación de que él no tenía a nadie en el mundo, con el agravante de adoptar luego una forma ilegal para incorporarlo a su familia. El hecho de recoger a un niño de un desconocido y seguir una acción irregular para tal incorporación, hacen presumir que la encausada debió, mínimamente, sospechar que podían existir familiares del niño que ellos estaban amparando y que al incorporarlo de la forma en que se hizo se estaba impidiendo el ejercicio de la tutela por parte de ellos. La circunstancia de que los trámites de adopción legal fueran complicados o largos, no justifican la elección de medios ilegales, y el hecho de que la encausada hubiera elegido ése es un indicio, reitero, de que debió figurarse que alguien podía reclamar al niño y, por tanto, que sospechaba sobre la vigencia del vínculo de consanguinidad” (C.F.San Martín, sala I, Secr. Penal N° 1, 4-12-2000, “M., T. s/ Inf. Art. 146 C.P.”, c. 1726, reg. 884; incluido en Donna, Edgardo; De La Fuente, Javier; Maiza, María Cecilia; Piña, Roxana, “El Código Penal y su interpretación jurisprudencial”, edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2.003, T° II, pág. 735).-

Por lo expuesto, no cabe duda alguna de que Osvaldo Arturo Rivas y María Cristina Gómez Pinto deben responder como coautores de la retención y ocultación de María Eugenia Sampallo Barragán y Enrique José Berthier como coautor de dicha ocultación.-

También han sido acusados los tres procesados con relación a las falsedades documentales del certificado de nacimiento (parto), la partida de nacimiento y el documento nacional de identidad.-

Al respecto, la Querella en su alegato expresó que Osvaldo Rivas y Cristina Gómez Pinto debían responder en calidad de coautores de la

Poder Judicial de la Nación

falsedad ideológica del certificado de nacimiento suscripto por Julio César Cáceres Monié, de la falsedad ideológica de la partida de nacimiento a nombre de María Eugenia Violeta Rivas y del Documento Nacional de Identidad n° 26.577.145.-

Dijo también que la modalidad típica imputada era la de hacer insertar datos falsos, agregando que en el primero de los documentos los imputados aportaron los datos personales que figuran en él, haciéndolos insertar en el certificado de nacimiento. Con relación a los otros dos instrumentos, ellos realizaron los trámites legales y, mediante la utilización del Certificado de Nacimiento apócrifo, hicieron insertar en la Partida de Nacimiento y en el Documento Nacional de Identidad una fecha de nacimiento, un lugar, un nombre y una relación parental falsa en relación a María Eugenia Sampallo Barragán.-

Entiende que nos encontramos frente a una coautoría por dominio funcional del hecho. Ambos han querido insertar datos falsos en los documentos sin que resulte necesario que cada uno de los que toman parte de la ejecución lleve adelante la totalidad de la conducta típica.-

Asienta su conclusión en que tuvieron en su poder a María Eugenia pasaron varios días hasta que ejecutaran los hechos aquí imputados. Ambos sabían y querían la no tramitación de una adopción legal de la menor, por lo que ambos tenían el codominio del hecho.-

En cuanto a la responsabilidad de Berthier, sostienen que deberá responder como partícipe necesario de las tres falsedades, dado que es él quien hace entrega del certificado de nacimiento falso al matrimonio Rivas-Gómez Pinto.-

Con referencia a la falsedad ideológica de la Partida de Nacimiento y del Documento Nacional de Identidad nro. 26.577.145, entiende que sin el aporte esencial y necesario del certificado de nacimiento falso, no se hubiera podido cometer ninguna de estas dos falsedades y que, este certificado de nacimiento fue entregado con el fin exclusivo de llevar adelante los otros dos trámites registrales. Enrique Berthier realizó una cooperación necesaria a

los autores. Esa cooperación era dolosa y ese aporte resultó imprescindible en la ejecución de los ilícitos.-

Por su parte, en su alegato, la Fiscalía afirmó que con relación a las falsificaciones, no afecta la responsabilidad compartida de Rivas y Gómez Pinto, el hecho de que las manifestaciones falsas y las inserciones de puño y letra en los certificados hayan sido efectuadas sólo por Rivas. Sostiene que los actos materiales de la falsificación están condicionados por las características del documento, en donde se requiere un denunciante; y además, porque al momento de consumarse este delito la patria potestad era ejercida por el “padre” siendo hasta entonces imperativo que la denuncia del nacimiento de un hijo de “padre conocido” fuera realizada por éste.-

Concluye en que, a su entender, no se afecta ningún principio del derecho penal de acto al responsabilizar por este delito a Gómez Pinto en carácter de coautora.-

En lo tocante a Berthier su intermediación para que Rivas y Gómez Pinto aporten los datos con los que el militar médico Cáceres Monié confeccionó el certificado de parto falso y la entrega del certificado de parto al matrimonio para que inscriban falsamente a la niña como hija propia en los registros estatales, alterando así su estado civil, constituye una contribución esencial a las conductas ejecutadas por los autores, puesto que sin su intervención éstas no hubieran podido ejecutarse.-

Por tales razones entiende que debe responder con referencia a los tres hechos en calidad de partícipe necesario.-

Al momento de las réplicas la Querella insistió con que Gómez Pinto conocía lo que se iba a hacer y quería realizarlo, para lo cual aportó sus datos personales. Agregó que ella sabía cuáles eran los trámites de adopción y decidió esta vía ilegal para sortearlo, además de ello, tuvo a la niña una semana antes de ejecutar las infracciones.-

Adentrándonos a la cuestión, cabe comenzar por afirmar que no puede caber duda alguna acerca de que Osvaldo Arturo Rivas es coautor de la falsedad ideológica del certificado médico (constancia de parto) y autor de la

Poder Judicial de la Nación

de la partida de nacimiento y del documento nacional de identidad n° 26.577.145, todos ellos a nombre de María Eugenia Violeta Rivas.-

Así lo ha admitido en sus declaraciones indagatorias prestadas en el curso de la instrucción, las que se han incorporado al debate de conformidad con lo dispuesto en el artículo 378, segundo párrafo, del Código de rito; las cuales han sido debidamente referenciadas *supra*.-

Cabe agregar que también reconoció su firma en la partida de nacimiento que en fotocopia obra a fs. 42; rúbrica cuya autenticidad ha quedado reafirmada a partir de las conclusiones de la pericia caligráfica obrante a fs. 3.060/3.063.-

Por lo demás, su Defensa Oficial principió su alegato reconociendo la intervención personal de Rivas en la inserción de los falsos datos en tales instrumentos.-

Distinta resulta la situación de los coprocesados Gómez Pinto y Berthier, por lo que con carácter preliminar resulta menester realizar algunas precisiones acerca de los conceptos de coautoría y participación; como así también respecto de características específicas del tipo penal enrostrado.-

Así se ha dicho que “Pueden concurrir varios autores en un delito. Si cada uno de ellos realiza la totalidad de la conducta típica, habrá una autoría concomitante, pues cada uno tendrá el dominio del hecho. Pero también pueden desarrollarse los hechos de otra manera, donde haya una división de las tareas, lo cual puede provocar confusiones entre coautoría y participación...

“Estos casos de reparto de tareas se resuelven por el llamado dominio funcional del hecho, que tiene lugar cuando el aporte que cada uno realiza al hecho es de tal naturaleza que, conforme al plan concreto, sin ese aporte el hecho no podría haberse llevado a cabo según dicho plan....

“... ¿Y quiénes son los que toman parte en la ejecución?. No pueden ser otros que los coautores. Por ende, la figura del ejecutor del art. 45 abarca tanto a quien ejecuta como a quien toma parte en la ejecución, es decir, al autor y al coautor....

“El CP se refiere a los que prestaren al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, es decir que si ese

auxilio o cooperación debe prestarse al autor o autores, esto significa que quienes lo prestan no son los autores. ¿Quiénes son los que prestan un auxilio indispensable a los autores sin serlo? Pues sólo quienes pese a hacer un aporte indispensable, no pueden ser autores por tratarse de delitos propios o de delitos de propia mano...

“4. La autoría directa puede asumir la forma de coautoría por reparto funcional de las tareas, cuando entre los concurrentes se reparten el trabajo criminal, haciendo cada uno un aporte sin el cual el plan concreto del hecho no podría realizarse: uno apunta a la víctima para intimidarla, mientras el otro la despoja...

“6. No hay coautoría funcional en los delitos de propia mano...

“7. No hay coautoría funcional cuando el aporte necesario se hace en la etapa preparatoria sin que el agente participe en la ejecución del hecho. Se trata de un cómplice primario o necesario. (Zaffaroni, Eugenio Raúl y otros; “Manual de Derecho Penal. Parte General”; Ediar; Buenos Aires; 2.005; pgs. 612/620, el resaltado y subrayado nos pertenece).-

En similares términos se afirma que “... Lo acertado es, pues, considerar coautores no sólo a los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, sino a todos quienes aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva” (el resaltado es original y el subrayado nos pertenece). (Mir Puig, Santiago; “Derecho Penal. Parte General”; 5ª. Edición; Barcelona; 1.998; pg. 389).-

Por su parte, y con referencia al delito de falsedad ideológica se ha afirmado que “... sólo el fedatario (funcionario público o quien tenga a su cargo conformar y autenticar el documento) puede ser autor de la acción típica de *insertar* declaraciones falsas y que sólo el otorgante puede serlo de la de *hacer insertar*. (el resaltado es original y el subrayado, propio)...

“Esta doctrina –común entre nosotros- indica claramente que se trata de un delito propio, que no admite autoría en quienes no tengan las calidades implícitamente requeridas por el tipo. La coautoría sólo puede darse dentro de cada uno de los sectores de autores posibles, pero, como hemos visto, no es caso de coautoría la conjunción de ambas conductas respecto del

Poder Judicial de la Nación

mismo documento.” (Creus, Carlos; “Falsificación de documentos en general”; Astrea; Buenos Aires; 1.986; pgs. 145/6, el subrayado es propio).

En idéntico sentido se afirmó que “... Estamos, entonces, frente a un delito especial propio, en el que el círculo de autores está limitado a un número de personas que reúne una determinada cualidad: hacer fe pública con la realización de su actividad o declaración” (Buompadre, Jorge E.; “Derecho Penal. Parte Especial”; T. III; Mave Editor; Buenos Aires; 2.003; pg. 606, el resaltado y subrayado nos pertenece; véase en sentido similar, Soler, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, edic. TEA, Buenos Aires, 1.978, t° V, págs. 348 y sigs.; Nuñez, Ricardo C., “Derecho Penal Argentino”, edic. Lerner, 1.974, T° VII, pág. 216; Laje Anaya, Justo, “Comentarios al Código Penal – Parte Especial”, edic. Depalma, Buenos Aires 1.982, T° IV, págs. 254 y sigs. y Sandro, Jorge Alberto, “La calidad de autor en la falsedad ideológica” en “Doctrina Penal”, 1.982, págs. 146 y sigs.; entre otros).-

Determinados entonces los parámetros teóricos a la luz de los cuales habrá de analizarse la conducta de los mencionados encausados debe señalarse que no se advierte cuál ha sido la intervención de Gómez Pinto en la *fase ejecutiva* de las falsificaciones que nos ocupan.-

Anticipamos que la única respuesta posible es: ninguna.-

La encausada no *hizo insertar* dato alguno, ni en el certificado de nacimiento (parto), ni en la partida de nacimiento de quien apareciera inscripta bajo el nombre de María Eugenia Violeta Rivas, ni tampoco en el documento nacional de identidad que se expidiera como consecuencia de ello.-

Esta actividad la llevó a cabo Osvaldo Arturo Rivas, como se viera *supra* y por ser personal, no resulta factible de ser compartida. En síntesis no resulta factible la coautoría que se le enrostra.-

Las partes acusadoras han pretendido fundar su pretensión –como se viera- en cuestiones que nada tienen que ver con el concepto de coautoría que se describiera y que, por otra parte, resulta –hasta donde llega nuestro conocimiento- pacíficamente aceptado.-

Reiteramos que fue Rivas quien hizo insertar las atestaciones falsas.-

Que Gómez Pinto aprobara, con carácter previo a su ejecución, la ilícita conducta de su entonces cónyuge no la convierte en coautora de la misma; tampoco en partícipe puesto que no se advierte cuál habría sido el aporte y la trascendencia del mismo.-

Se ha pretendido que su contribución consistiría en haber aportado sus datos, pero esto no resiste el análisis a la luz de la sana crítica (lógica y experiencia). Se trataba de un matrimonio, y debe considerarse que, salvo prueba en contrario, ambos cónyuges conocen los datos personales del otro. Esto es una cuestión de sentido común.-

Pero si se dijera que el sentido que se utiliza no es tan común, basta leer la fotocopia certificada del formulario 01 remitida por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y obrante a fs. 3.151 para darse cuenta que los datos fueron tomados de: la libreta de matrimonio.-

Con referencia a que la división de funciones estuvo determinada por las prescripciones acerca del ejercicio de la patria potestad que, a la fecha de los sucesos que nos ocupan (mayo de 1.978) la ley civil ponía en cabeza del padre, por lo que obligatoriamente debía ser éste quien realizara la documentación; basta para descartar el argumento la lectura del artículo 27 de la ley 14.586 que dice que “Si se tratase de hijos matrimoniales, el padre, y en su ausencia o falta de él, la madre y en su defecto, el pariente más cercano que exista en el lugar, estarán obligados a hacer por sí o por medio de otra persona la declaración del nacimiento ante la oficina del Registro” (el subrayado es nuestro).-

A esta altura de la cuestión vuelve a tornarse imperativo el interrogante: ¿Qué dominio funcional del hecho tuvo Gómez Pinto? Y la respuesta es exactamente la misma: ninguno.-

Ella en su indagatoria fue clara al sostener que a María Eugenia la recibió “con los papeles” (sic) y Rivas a su vez admitió haber sido él quien ejecutó la acción que finalmente concluyera con los ilícitos de falsificación de la documentación de la niña que había recibido.-

En cuanto a que conocía que se estaba realizando una adopción ilegal mediante las falsificaciones, y al tiempo en que tuvo a la menor antes de

Poder Judicial de la Nación

ejecutar los actos, el Tribunal no logra advertir cómo ello puede ser tomado como integrante de la faz ejecutiva, que como se vio resulta indispensable para poder hablar de coautoría.-

La Querella no ha aportado argumento alguno para sustentar su dogmática afirmación.-

A fin de cubrir todas las posibilidades habremos de afirmar aquí que ni las partes lo dijeron, ni el Tribunal lo advierte, que Gómez Pinto haya determinado a Rivas a ejecutar las conductas delictivas que se le enrostran, ni tampoco que haya efectuado alguna otra clase de aporte trascendente para la ejecución del injusto.-

En consecuencia corresponde adoptar un temperamento liberatorio para con María Cristina Gómez Pinto, con relación a las falsificaciones que las partes acusadoras le enrostrarán.-

Con referencia a Enrique José Berthier, como se viera, la Querella le enrostra el ser partícipe necesario en las tres falsificaciones investigadas.-

La totalidad de la prueba rendida en este debate, y que ha sido analizada *supra* demuestra que Berthier realizó un aporte trascendente para la concreción de la falsedad ideológica del formulario 01, certificado de nacimiento de la entonces menor apropiada.-

Fue él quien lo entregó suscripto por el médico Cáceres Monié para que fuera utilizado por Rivas.-

Así surge de la prueba evaluada en el considerando precedente al referirnos al cuerpo del delito y de la indagatoria de María Cristina Gómez Pinto quien fue clara y asertiva al afirmar que María Eugenia había sido entregada “con los papeles” y que dicha entrega la había efectuado Berthier.-

Por otra parte, ello resulta coherente con la circunstancia de que el único contacto militar con el cual contaban Rivas y Gómez Pinto era el coencausado, dado que Cáceres Monié no era conocido.-

En consecuencia, a la luz de tales constancias y siguiendo principios de lógica, Berthier, que entregara la criatura, era el único que podía facilitar un certificado firmado por un médico militar entonces en actividad.-

Distinta resulta la situación con referencia a la falsificación de la partida de nacimiento y del documento nacional de identidad.-

La Querella sostuvo su acusación en una suerte de carácter transitivo, que podría sintetizarse así: dado que él realizó un aporte esencial para la falsedad del formulario 01 y que en base a éste se confeccionaron los otros dos, entonces debe considerarse que realizó una cooperación sustancial a éstos.-

La Fiscalía no ha aportado demasiados argumentos al respecto limitándose a realizar una descripción genérica similar a la de la Querella.-

El argumento resulta a nuestro entender más efectista que efectivo.-

La intervención a título de cómplice necesario en el primer ilícito no trae aparejada las otras dos.-

El Tribunal no advierte que ello configure un aporte esencial a la falsificación de la partida ejecutada por Rivas, como acto propio; y mucho menos que tenga alguna incidencia en la obtención del documento nacional de identidad ideológicamente apócrifo.-

Las partes no han traído otros argumentos, razón por la cual nada más corresponde decir al respecto.-

Como corolario de lo hasta aquí expresado, habrá de disponerse la libre absolución de Berthier con referencia a las falsedades ideológicas de la partida de nacimiento y del documento nacional de identidad, ambos confeccionados a nombre de María Eugenia Violeta Rivas.-

Tal conclusión exime al Tribunal de efectuar cualquier otra consideración.-

Artículos 398 y 399 del Código Procesal Penal.

TERCERO: CALIFICACIÓN LEGAL

En los considerandos precedentes ha quedado determinado que el delito que damnificara a María Eugenia Sampallo Barragán se consumó a principios de mayo de 1.978 y cesó de ejecutarse el 25 de julio de 2.001, fecha

Poder Judicial de la Nación

en la que la víctima recuperó su identidad al serle comunicado el resultado del estudio inmunogenético llevado a cabo a su respecto en el Banco Nacional de Datos Genéticos.-

Tal conducta debe ser definitivamente calificada como constitutiva de retención y ocultamiento de un menor de diez años, acorde lo prescripto en el artículo 146 del Código Penal, texto según ley 24.410.-

Respecto de la aplicación al *sub causa* de esta última norma, damos por reproducidas aquí las argumentaciones vertidas al tratar el planteo de prescripción.-

Con referencia al tipo penal escogido es menester señalar que “La *retención* y la *ocultación* de que habla el artículo 146 no son aquellas que en sí mismas implican el robo del menor, como son la retención o la ocultación de un niño tomado por el autor fuera de la esfera física de su guarda legítima. La *retención* y la *ocultación* que el artículo 146 tiene en cuenta son las vinculadas a una sustracción o robo cometido por un tercero, cuya acción de despojo y ocultación continúa el que retiene u oculta al menor. *Retiene* el que tiene o guarda al menor sustraído, y *oculta* el que, además de detenerlo, esconde su ubicación a la vista y conocimiento del titular de la tenencia. Ambos deben obrar con la conciencia y voluntad de hacerlo respecto de un menor sustraído. Pero aquí vale incluso el dolo eventual” (Nuñez, Ricardo; op. cit. T° V, págs. 60/61).-

Esta es la conducta que han desplegado los acusados, Rivas y Gómez Pinto no participaron de la sustracción de la menor, pero la recibieron con conocimiento de ello y la retuvieron y ocultaron para evitar que quienes tenían derecho a solicitar la tutela de ella conocieran su existencia, y de esta forma pudiera recuperar su identidad.-

A su vez, Berthier que fue quien trajo a María Eugenia al hogar de sus apropiadores, ocultó la verdadera identidad de la niña y se mantuvo en esta tesitura en todo momento, aún después de ser requerido por la víctima a develar el secreto que celosamente guardó.-

Los tres deben responder en calidad de coautores, desde que participaron de la faz ejecutiva del delito, con pleno dominio del hecho.-

En cuanto a las tres falsedades documentales que han sido acreditadas en la causa también resulta menester realizar algunas precisiones para determinar cuál es la normativa aplicable desde que la ley 24.410 equipara a los documentos nacionales de identidad, los “certificados de parto y de nacimiento”.-

Plantease entonces, un problema de validez temporal de la ley, aún cuando, de características diferentes al resuelto anteriormente.-

La totalidad de la doctrina aparece conteste en que las falsedades documentales como las que nos ocupan, son delitos instantáneos que se consuman en el mismo momento en que el instrumento conteniendo las declaraciones falaces se perfecciona con sus firmas y sellos (ver al respecto, Creus, op. cit. pág.141; Soler, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, T° V, pág. 367; Núñez, Ricardo C., “Derecho Penal Argentino”, T° VII, pág. 216 y Fontán Balestra, Carlos, “Tratado de Derecho Penal”, T° VII, pág. 503).-

Establecido este extremo, y toda vez que los delitos de falsedad ideológica en instrumento público que se imputan a Rivas y a Berthier (un caso) se consumaron entre el 7 y el 12 de mayo de 1.978, por aplicación del principio del artículo 2 del Código Penal, deben ser subsumidos en las previsiones del Código Penal según leyes 20.642 y 21.766, por resultar más benignas que las vigentes en el período intermedio y en la actualidad.-

En consecuencia, las falsedades que recayeran sobre el certificado de nacimiento (parto, formulario 01) y la partida de nacimiento, resultan constitutivas de los delitos de falsedad ideológica en instrumento público (dos hechos) conforme las disposiciones del artículo 293, primera parte del código sustantivo; mientras que la que recayera sobre el documento nacional de identidad n° 26.577.145 debe ser tipificada como falsedad ideológica en instrumento público destinado a acreditar la identidad de las personas en los términos de los artículos 293, segundo párrafo, en función del 292, segundo párrafo del citado cuerpo legal; disposiciones, todas ellas en su versión según las leyes 20.642 y 21.766.-

Poder Judicial de la Nación

Resta tratar la cuestión referida al delito de alteración del estado civil que, tanto la Querella como la Fiscalía hacen concurrir idealmente con las falsedades de las que nos ocupáramos precedentemente.-

Al respecto, el Tribunal tiene dicho con anterioridad que “No cabe duda, a nuestro entender, que el ilícito mencionado es también instantáneo. Por otra parte, la ley 24.410 modificó las figuras de los artículos 138 y 139 del Código Penal, tornándolas sin duda más gravosas desde que, además de aumentar las penas conminadas, le quitó una forma especial de designio requerida con anterioridad.-

“En base a tales elementos cabe analizar si le es imputable a Landa la figura de supresión del estado civil, acorde con la redacción que la misma tenía en la versión original del Código Penal; acorde con la normativa del artículo 2° del citado cuerpo legal.-

“La supresión de estado civil requería que fuera ejecutada con el propósito de perjudicar y al respecto, se ha sostenido que “El propósito de causar perjuicio es un dolo específico, cuya objetividad puede ser cualquier interés del ofendido o de un tercero... Pero el perjuicio querido por el autor no puede consistir en la ofensa del estado civil en sí, pues esta ofensa debe ser utilizada por el autor como un medio para lograr otro efecto trascendente” (Núñez, op. cit. T° IV, págs. 428/429; Fontán Balestra, op. cit., T° V, págs. 234/235; ver en igual sentido, Cám.Crim. y Correcc. Fed. Cap., Sala II, causas: n° 5.452 “Lavallén, Rubén s/ inf. art. 139, inc. 2°, 292 y 293 C.P.”, sent. del 18-4-89, reg. 6440; n° 8.507 “Ruffo, Eduardo y otro s/ art. 293, 138 y 139 C.P.”, sent. del 16-2-93, reg. 9.626; n° 11.000, “Miara, Samuel y otra s/ suposición de estado civil, etc.”, sent. del 19-12-95, reg. 12.661; y n° 11.187 “Siciliano, Susana s/ inf. art. 139, inc. 2°, 146 y 293, en función del 292 del Código Penal”, sent. del 6-5-97, reg. 14.168, entre otros)” (causa 530, “Landa, Ceferino y otra”, sentencia del 5-7-01).-

Tanto la Querella como la Fiscalía han realizado una serie de planteos, intentando demostrar por un lado, que la figura del artículo 139, inciso 2° del Código Penal, en su versión anterior a la ley 24.410, que entienden aplicable por vía del artículo 2 de la referida norma; es autónoma y

no representa una forma agravada del 138; y por otro que, aunque así no se considerase, existen una serie de perjuicios que no pueden ser soslayados y que constituirían el dolo requerido.-

Ambos consideran que se trata de un delito instantáneo y que concurre idealmente (art. 54 C.P.) con las falsificaciones.-

También la Fiscalía ha dicho que han cambiado las épocas y que en consecuencia, a los fines de evaluar la confluencia del perjuicio deberán tenerse en cuenta criterios actuales, y no aquellos propios de épocas pretéritas.-

Con referencia a esta última afirmación viene al caso recordar que “Toda ley es un discurso que se genera en un contexto cultural y civilizatorio. En ciertos casos el cambio muy profundo del contexto puede dejar atípica una conducta.... Pero hay otros casos en que un cambio civilizatorio... puede conferir a un tipo penal un ámbito de prohibición inusitado respecto del imaginado por la agencia política que criminalizó la conducta...

“Se impone de alguna manera que el juez y el intérprete mantengan el ámbito de lo prohibido dentro de lo abarcado originariamente. La criminalización sólo puede ser obra de legislaturas... por acción de éstos, pero nunca por omisión de las mismas; si los parlamentos quedaran impávidos frente a un cambio que produce una desmesura prohibitiva, estarían criminalizando por omisión” (Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro; “Manual de Derecho Penal – Parte General”, edit. Ediar, Buenos Aires, 2.005, págs. 108/109; ver también de los mismos autores “Derecho Penal –Parte General”, edit. Ediar, Buenos Aires 2.000, pág.113).-

Despejada la cuestión habrá de ahondarse en algunas cuestiones que surgen de la doctrina y jurisprudencia citadas.-

Con referencia a si la figura del artículo 139, inciso 2° del C.P., texto original, es una forma agravada del artículo 138, se sostuvo que “... La tesis de que el artículo 139, inciso 2°, contiene sólo un agravamiento del delito previsto por el art. 138, decisiva para exigir para la consumación de aquel delito, el propósito de causar perjuicio, omitido por la letra de la ley, tiene un efecto histórico importante, pues al referirse a ofendidos menores de diez

Poder Judicial de la Nación

años, el inciso 2° contempla, precisamente, la situación de los adoptantes de niños ajenos cuya impunidad quiso resguardar la exigencia de ese dolo específico. Resultaría incongruente que el legislador hubiese prescindido del propósito dañino que le proporciona la criminalidad al hecho, nada menos que en la situación que tuvo presente para requerirlo.” (Nuñez; R.C.; “Derecho Penal Argentino. Parte Especial”; T. IV; Editorial Bibliográfica Argentina; Buenos Aires; 1.964; pgs. 430/1).-

También se ha afirmado “Es pues, el caso de preguntarse si la exigencia de que se haya obrado con el propósito de causar perjuicio sólo es válida para la figura de alteración o supresión del estado civil prevista en el artículo 138 o alcanza, también, a los demás hechos punibles agrupados en el capítulo. Razones de carácter dogmático e histórico importantes deciden a pronunciarse a favor de la tesis más amplia, que requiere ese elemento subjetivo en todos los casos. Es ésta la opinión defendida por nuestra mejor doctrina...

“2. Desde el punto de vista dogmático, siempre hemos entendido que la norma del artículo 138 se constituye en la figura básica, de las que resultan modalidades agravadas las del artículo 139 (*Derecho penal*, Parte especial, p. 350), opinión que es compartida por Núñez (*D. p. argentino, cit.*, T. IV, p. 430), por Gómez (*Tratado, cit.*, T. III, n° 735, p. 298) y por Molinario (*Derecho penal, cit.*, p. 335)” (Fontán Balestra, Carlos; “Tratado de Derecho Penal”; T. V. Parte Especial; Abeledo Perrot; 2ª edición; Buenos Aires; 1.992; pgs. 242/4).-

Es claro así que la doctrina ha entendido que la figura del artículo 139, inciso 2° no es otra cosa que la forma agravada del 138.-

Con referencia al perjuicio requerido también la doctrina afirmó que “De tal manera, la criminalidad de la supresión del estado civil es esencialmente subjetiva, pues reside en el propósito de perjudicar a otro, que puede ser la víctima o un tercero. Según la ley, basta ese propósito, aunque su realización sea imposible... deja así impunes tanto los atentados al estado civil realizados para beneficiar a la víctima o a un tercero, como los subjetivamente indiferentes, aunque se estableciera la posibilidad o efectividad del perjuicio.

El propósito de causar perjuicio es un dolo específico, cuya objetividad puede ser cualquier interés del ofendido o de un tercero. Puede tratarse de un interés material o moral, privado o público, de familia, pecuniario o de cualquier otra índole. Pero el perjuicio querido por el autor no puede consistir en la ofensa del estado civil en sí, pues esta ofensa debe ser utilizada por el autor como un medio para lograr otro efecto trascendente.” (Núñez, op. cit, T. IV, págs. 428/9).-

De igual manera Molinario afirma que “Este propósito no se refiere al estado civil, que necesariamente resultará dañado con las acciones enunciadas. Es el propósito de perjudicar a otro bien, que podría ser por ejemplo el honor, la honestidad o el patrimonio de alguien.” (Molinario, Alfredo J.; “Los Delitos”; Tipográfica Editora Argentina; Buenos Aires; 1996; pág. 537).-

Similar camino ha seguido la jurisprudencia, especialmente la de la Cámara del fuero a partir del fallo “Lavallén”. En el mismo se afirmó que “Otras de las figuras que disputa el encuadramiento es la conducta prevista por el art. 139, inc. 2º del Código Penal.

“Se trata de una figura que se interesa por la protección penal de las mismas acciones de incertidumbre, supresión o alteración del estado civil previstas por el art. 138 agravado por la edad, inferior a 10 años (diez años) del ofendido, atendiendo evidentemente a los insuficientes medios defensivos que posee respecto a las personas mayores de esa edad.

“En este ilícito la conducta reprochada es aquella que afecta la incolumidad de la posesión del estado civil. En cualquiera de sus formas, el delito atenta contra el estado civil de otro.

“Se ha debatido si la figura en estudio requiere el propósito de causar perjuicio, sea entendido como un dolo específico o como un elemento subjetivo de lo injusto, como expresamente lo exige el tipo registrado en el art. 138 del código de fondo.

“Al respecto la jurisprudencia y la doctrina nacional, mayoritariamente, entiende que el propósito de causar perjuicio, aún cuando haya sido omitido por la letra de la ley constituye un requisito de la figura,

Poder Judicial de la Nación

toda vez que la definición del delito en sus elementos básicos lo da el art. 138 del Código Penal, y tratándose el caso contemplado por el art. 139, inc. 2° de una figura agravada por la edad de la víctima, parece innegable que ese agregado subjetivo debe presentarse. (L.L. 104-81; fallos 5-551, C.C.C. 2-10-43 in re “Bolchisis”, C.C.C. 2-11-934, Fallos T. 1°, pág. 450; C. Criminal Concepción del Uruguay, 19-10-953; L.L. , T. 72, pág. 485; Cámara Primera en lo Criminal y Correccional de Córdoba, rta. 1-10-953; Ricardo Nuñez T. IV pág. 27 y Fontán Balestra, T. 5°, pág. 236; Creus T 1° pág. 581).

“A mayor abundamiento cabe señalar que resulta dudoso que el legislador haya prescindido del propósito dañino que le proporciona la criminalidad al hecho, nada menos que cuando se trata de un menor de 10 años.

“Es innegable que la ocultación de un menor se logra haciendo incierto el estado civil, es decir creando una situación que no permita establecer cuál es el verdadero estado o alterando el estado civil de otro, cambiando su esencia o atribuyendo a la víctima un estado civil distinto al verdadero.

“Podrá cuestionarse que no es la única forma de desplegar la acción de ocultar un menor, hacer incierto o alterar su estado civil, sin embargo, si la ocultación se prolonga en el tiempo, cualquier otra forma de comisión que no se opera sobre la identidad, se aproximará más a constituir un delito contra la libertad individual, con el menor como víctima –tal la reducción a servidumbre o condición análoga-, que a un delito que ampare a los derechos de familia, donde el objeto precisamente es el infante, pero la víctima su familia, pues repárese que la sustracción, retención y ocultamiento no se encuentra guiado por designio alguno –como podría ser en el caso del secuestro extorsivo, donde prevalece el móvil patrimonial- sino que consiste en usurpar la tenencia del menor para constituirla en cabeza del autor del ilícito.

“Huelga resaltar, que la supresión del estado civil descripta en el inc. 2° del art. 139 del Código penal eventualmente, constituye una figura subsidiaria a la prevista por el art. 146, toda vez que aquella, en determinados

supuestos podría formar parte de esta, no como delito tipo sino como un elemento constitutivo de la acción descrita, con lo cual la justificación de un hecho o la insuficiencia probatoria respecto a la principal figura, no significa necesariamente decir la impunidad referente a la conducta residual.” (Cám. Crim.Corr.Fed.Cap., Sala II, causa n° 5.452, “Lavallén, Rubén s/ inf. art. 139 inc.2°, 292 y 293 C.P.” sent. del 18-4-89, reg. 6.440).-

Tal jurisprudencia -que compartimos- ha sido mantenida hasta el presente.-

Las partes acusadoras han abundado en argumentaciones tendientes a demostrar la existencia de un perjuicio distinto de aquel propio de la figura, pero en realidad, lo único que han hecho es cambiar de rótulo, pero no de contenido.-

Lo cierto es que no ha quedado demostrado de manera alguna que los encausados al obrar como lo hicieran persiguieran una finalidad distinta a la afectación del estado civil; por lo que la conducta debe considerarse atípica.-

Empero, desechada la confluencia de la alteración de estado civil, no corresponderá que el Tribunal se expida expresamente al respecto, más allá de lo dicho hasta aquí, puesto que las acusaciones consideraron que se trataba de un concurso ideal con las falsificaciones que, en consecuencia, por referirse a un hecho único, transforma el tópico en una cuestión de encuadramiento legal de una conducta por la que sí deberán responder dos de los encausados.-

Artículo 399, párrafo primero del Código Procesal Penal.-

CUARTO: PAUTAS MESURATIVAS DE LA SANCIÓN

A fin de establecer las sanciones penales que finalmente se les impondrá a los acusados María Cristina Gómez Pinto, Osvaldo Arturo Rivas y Enrique José Berthier, el Tribunal tendrá en cuenta que dichas penas garanticen su función compensadora en lo referente al contenido del injusto y de la culpabilidad, y que, al mismo tiempo, cumplan con los pertinentes fines constitucionales.-

Poder Judicial de la Nación

En otras palabras, se habrá de considerar la importancia que tienen los delitos imputados para el orden jurídico vulnerado (contenido del injusto), como así también la gravedad del reproche que a cada uno de los acusados corresponde hacerse por la comisión de dichos delitos (contenido de la culpabilidad).-

En ese sentido, y en principio, se debe valorar como causal de agravamiento de la pena, para todos los inculados, la magnitud y cualidad del daño causado.-

En relación a los procesados María Cristina Gómez Pinto y Osvaldo Arturo Rivas, dadas las especiales características del delito previsto y reprimido por el artículo 146 del Código Penal, debe considerarse el más que evidente daño psicológico causado a la víctima a través del ocultamiento y situación de mentira generada para ocupar un rol que, a los sujetos activos, obviamente, no les incumbía. Además del daño ocasionado a sus familiares legítimos, a quienes se despojó de su descendencia sin que éstos renunciaran a ella.-

En idéntico sentido debe evaluarse que los acriminados mantuvieron la retención y el ocultamiento de la víctima, María Eugenia Sampallo Barragán, desde -por lo menos-, el 7 de mayo de 1978 hasta el 25 de julio de 2001, renovando todas las veces que fue necesario las conductas ilícitas destinadas a tal fin. Al prolongado tiempo que duró tal ocultamiento, hay que sumarle la reubicación de afectos que tuvo que asumir la víctima cuando, al fin, logró encontrarse con su familia de origen.-

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, a María Eugenia Sampallo Barragán, sus apropiadores le dieron diferentes versiones sobre su verdadera identidad, siendo todas falsas con expresa mención a un abandono por parte de sus padres, lo que produjo, sin lugar a dudas, un estado de incertidumbre y angustia en la víctima acerca de su persona; sobre quién era en realidad, y, nuevamente, un gran dolor psíquico.-

Otra cuestión que no debe soslayarse, es la concerniente al trato que recibió la víctima en forma posterior a la separación de los encausados Gómez Pinto y Rivas, oportunidad en la que, a fin de evitar las continuas

peleas y discusiones que mantenía con Gómez Pinto, se mudó a la casa que Rivas compartía con otra mujer. Ello, luego que éste inicialmente se negara a recibirla. Además, durante los seis o siete meses que permaneció allí, nunca le permitieron desempacar toda su ropa, salvo la necesaria, la que quedó dentro de unas bolsas de residuos tiradas en el lavadero de la terraza.-

Ahora bien, en lo atinente exclusivamente a Osvaldo Rivas, opera como causal de agravación, además de lo ya dicho, la mayor cantidad de delitos reprochados, al ser responsable de las tres falsedades endilgadas.-

Respecto de Gómez Pinto, analizando su caso en particular, debe considerarse también como agravante, el maltrato continuo que infligió a la víctima durante su niñez y adolescencia, tal como lo expresara María Eugenia Sampallo Barragán a lo largo de todo el proceso.-

Por otra parte, al considerar la conducta del inculcado Enrique José Berthier, deben evaluarse los argumentos ya expresados en cuanto al delito previsto y reprimido en el art. 146 del Código Penal, ya que habiendo sido él quien entregó a la niña al ex matrimonio conformado por Gómez Pinto y Rivas y, entonces, conociendo el origen de la menor Sampallo Barragán, nada hizo para hacer cesar la situación de retención y ocultamiento, lo que derivó, como ya se dijo, en el daño psicológico causado a la víctima y en el perjuicio ocasionado a sus legítimos familiares.-

Asimismo, debe meritarse respecto de este último su grado de Teniente del Ejército, quien lejos de ajustar su conducta a las pautas formativas de esa institución, precisamente, se valió de tal condición, para recibir en la forma ya apuntada a una criatura despojada a sus padres, quienes se hallaban en un centro clandestino de detención y aún permanecen desaparecidos, y se la entregó a un matrimonio para que la inscribiera como propia, facilitándoles un certificado de nacimiento falso, por cuanto, sin su participación, el ilícito podría no haberse cometido.-

Del mismo modo, también deben ser valorados los testimonios vertidos a lo largo de la causa por quienes fueron vecinos del ex matrimonio conformado por Gómez Pinto y Rivas, quienes fueron contestes en afirmar

Poder Judicial de la Nación

que todo el edificio sabía de sus gritos y peleas, respecto de los cuales se expresara la víctima.-

A continuación habremos de analizar las singularidades de los argumentos ofrecidos por las partes en torno a la sanción a imponer.-

Así, el representante de la querella planteó: 1) “Que la crianza de quienes apropiaron no encarna en forma alguna y bajo ningún punto de vista el hacer una acción de bien”, este argumento finca en un concepto obvio, en tanto se considera a la apropiación de menores constitutivo de conducta ilícita, y así, tal aspecto del conocimiento exigido por la norma, integrado al tipo subjetivo en cuestión; 2) La trascendencia normativa internacional, en lo atinente al derecho a la identidad y otros derechos correlativos, por más que evidencian un interés por el mismo bien jurídico más allá de los límites locales, no imponen, por ello, penas diferentes que resulten más gravosas. De manera tal que la ofensa local a un bien jurídico, a la par local e internacional, no tiene por correlato un incremento sancionador. En definitiva, el derecho a la identidad integra el tipo objetivo; 3) La consideración de la apropiación de menores como delito de lesa humanidad, tampoco influye en la pena, sólo evidencia la trascendencia internacional de dicha conducta; 4) La permanente ocultación de la verdad y la manipulación de la conciencia de la víctima, así como el maltrato físico y psíquico a cual la misma fue sometida, en efecto, constituye una agravante en tanto evidencia la extensión del daño; 5) La falta total de arrepentimiento, de ninguna manera puede ser considerado como una agravante, pues los sujetos imputados no están obligados a arrepentirse, ni a asumir su responsabilidad, en todo caso si así lo hacen, tal actitud podrá considerarse una circunstancia atenuante, pero, reiteramos, no a la inversa. Por lo demás, debe recordarse, que es a la acusación a quien le compete demostrar la responsabilidad del endilgado. Esta es una básica aplicación del derecho de defensa; 6) El eludir la acción de la justicia, en este caso de parte del acusado Berthier, tampoco puede admitirse como agravante, porque, como dijimos es responsabilidad de la acusación demostrar la endilgación y asegurar la comparencia del imputado. De tal modo, el sólo eludir el enjuiciamiento, sin que concurra la ocultación o destrucción de pruebas, no constituye una

agravante. En todo caso, aquella falta de colaboración tornará viable la aplicación de una medida cautelar en su contra; 7) Los dichos que el acusado Berthier pronunció en el debate, ejerciendo su defensa material, no pueden constituir una agravante, porque no hacen a la comisión del delito. Por demás, adviértase que el imputado no está obligado a pronunciarse con la verdad, motivo por el cual tales sujetos quedan exentos de prestar juramento al tiempo de su deposición; 8) El argumento de que los motivos de Rivas y Gómez al tiempo de cometer su conducta delictiva, era alcanzar su propia satisfacción personal, en nada contribuye a la determinación de la sanción, ya que, por un lado, los elementos objetivos del tipo penal, no requieren ninguna finalidad específica y, por otro, como afirmamos en relación a cuestiones anteriores, si los acusados hubieran acreditado la evidencia de un fin noble, eventualmente, ello podría ser considerado como una atenuante, más no a la inversa; 9) Que la motivación del acusado Berthier resulte evidente dada la índole de su función en el Terrorismo de Estado, debe afirmarse que tal aludida función en modo alguno fue demostrada por las partes acusadoras (vgr: no demostró la acusación que Berthier hubiera cumplido funciones en un Centro Clandestino de Detención); 10) Que la intervención de varias personas es un agravante, tampoco puede prosperar, desde que el delito en análisis no es, por ejemplo, contra la propiedad, donde entonces sí, un mayor número de sujetos activos incrementa el riesgo para dicho bien jurídico. Además, analizando el caso concreto, dicha hipótesis en nada incide. Es decir, que un sujeto fuera el entregador de la menor y dos, ambos miembros de un, por entonces matrimonio, quienes la recibieron, de ninguna manera representa un mayor peligro, como en todo caso podría llegar a considerarse si los apropiadores fueran integrantes de una secta o grupo social cerrado; 11) Cuando la querella sostiene que “el legislador ha aumentado las penas en una amplia gama de delitos en general y los jueces han aumentado las penas en las condenas en particular”, no deja de ser una afirmación carente de demostración y, en todo caso, las penas se habrán incrementado en otras figuras penales, no en esta, y el criterio de los tribunales de imponer penas más gravosas, reiteramos, no

Poder Judicial de la Nación

pasa de ser una afirmación carente de sustento fáctico e indemostrada durante el debate.-

Por su parte, el representante del Ministerio Público Fiscal, aseveró: 1) Que la desaparición forzada de personas es un delito de lesa humanidad y que en relación a ellos no puede encontrar una regla que le permita cuantificar el disvalor entre tales ilícitos, por cuanto, continúa, superado cierto umbral de agresión a los bienes jurídicos, es difícil pensar en magnitudes. Precisamente, las escalas penales predisuestas, tienen por finalidad que el juzgador pueda evaluar y así decidir una sanción acorde a la resolución del caso en cuestión, atendiendo, claro está a los diversos fines que implican la determinación de una sanción; 2) La condición militar de Berthier es un agravante, ya que al ser un funcionario público le cabe la exigencia de un plus de responsabilidad frente al mero ciudadano que carece de aquella impronta; 3) De igual manera, el sufrimiento de la víctima evidenciado por el maltrato físico y psíquico a que fue sometida durante el tiempo en que convivió con sus apropiadores, es condición agravante que así debe ser considerada y reflejarse en la elección punitiva.-

En relación a la respuesta a los afanes punitivos de las partes acusadoras, la defensa oficial de los encartados sostuvo: 1) Que le llama poderosamente la atención el incremento sancionador en las actuales pretensiones, habida cuenta que al estar el proceso encuadrado en las normas del Código de Procedimientos en Materia Penal (Ley 2372), las mismas solicitaron: A) Acusación privada, quince (15) años de prisión para Rivas y Gómez; B) Acusación pública, ocho (8) años para Rivas y siete (7) años para Gómez. En consecuencia, se sorprende la defensa oficial por el viraje en las pretensiones acusadoras, que no encuentran correlato con la base fáctica, la cual no se vio conmovida por ningún aporte disímil con respecto al momento en que aquellas acusaciones se produjeron. Este argumento es compartido por el Tribunal en los precisos límites en que el mismo ha sido planteado, aún cuando no implique, necesariamente, que las primeras pretensiones establezcan un marco a la punición; 2) Las edades de Rivas, sesenta y cuatro años, y Gómez, sesenta, postula su defensa, constituye una atenuante. Esta

idea no se comparte. Adviértase que la edad no ha interferido en el conocimiento de su accionar disvalioso; 3) La carencia de antecedentes, en este caso, de todos los acusados (Rivas, Gómez y Berthier), en efecto, habrá de meritarse como atenuante; 4) Las condiciones socio-económicas de Rivas y Gómez, y la baja escolaridad de Gómez, nada tienen que ver con el delito de apropiación de un menor; 5) Los serios trastornos de la personalidad de Gómez, en tanto sí fueron acreditados ya que se incorporaron por lectura a conocimiento del Colegiado y que en la causa obran a fs. 400/401, habrán de reflejarse en una disminución de su reprochabilidad, sin que ello implique hacerla ingresar en una eximente de responsabilidad (art. 34.1 CP); 6) Que el pretendido reproche punitivo o él mismo, llegue –según la defensa-, treinta años desde que se habrían cometido, por ejemplo, las falsedades documentales y, de acuerdo a su criterio, veinte desde que cesara el delito del art. 146 CP, es determinante para admitir una atenuación. Al respecto cabe precisar que en el acápite destinado a la calificación jurídica a otorgar, ya explicitamos nuestro criterio de considerar a la sustracción de menor (art. 146 CP), como un delito permanente que, en el caso que nos ocupa cesó el 25 de julio del año 2001. De manera tal que, a diferencia de los llamados delitos instantáneos, respecto de los delitos permanentes, el paso del tiempo resulta neutro; 7) En cuanto a considerar que no pueden valorarse conductas pretéritas con criterios actuales, cabe precisar, como ya dijimos, que el ilícito cesó, prácticamente, en la contemporaneidad, en el año 2.001 y, que en todo caso, en efecto habría que considerar la sanción desde una perspectiva histórica, es decir al tiempo de comisión de la conducta endilgada.-

Además de las respuestas brindadas a los argumentos de las partes, de manera singular debe considerarse el pretendido e infundado incremento punitivo propiciado por quienes acusan. Y en ello, convoca la atención la petición fiscal, que –expresamente- hace suyos los planteos de la acusación particular.-

Desde ya que el Ministerio Público Fiscal puede compartir los argumentos de la querella, sin embargo, no debe hacerlo de manera acrítica,

Poder Judicial de la Nación

desconociendo por completo la pretensión de quien lo precedió en el ejercicio de la acción procesal penal, ya que, ni siquiera mencionó la misma.-

Debe recordarse que la fiscalía, si bien parte, lo es sólo en sentido formal y no sustancial como sí lo es la acusación particular, y ello implica, ya se sabe, que al fiscal se le exige el desarrollo del principio de objetividad, en cuyo homenaje modernos digestos procesales le atribuyen a sus peticiones el formularlas conforme un criterio objetivo y, aún a favor del imputado (cfr. Art. 56 CPP Bs. As. –entre otros códigos procesales de la República).-

Por demás, que el Código Procesal Penal de la Nación (Ley Nro. 23984) no lo mencione expresamente, no quiere decir que no lo considere, desde que le impone a los fiscales, formular motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones y, si bien les impide remitirse a las decisiones del juez, ello no significa que sí puedan remitirse, sin más, a los argumentos de la acusación particular (ver art. 69 CPPN).-

De todas formas, el art. 120 de la Constitución Nacional y el art. 25 h de la Ley Orgánica del Ministerio Público (Ley Nro. 24.946), le imponen velar por la legalidad y los intereses generales de la sociedad.-

En definitiva, como ya expresamos, se trata del llamado principio de objetividad, que rige no sólo la actividad de los jueces, sino, también, la tarea del ministerio público, entre nosotros. Tal afirmación implica, necesariamente, el rechazo de toda idea relativa al desarrollo de un interés subjetivo o de utilidad política –no contenido en la ley- como meta de la actividad desarrollada por la fiscalía en el cumplimiento de su misión; y tal implicación desemboca, precisamente, en la advertencia de que la construcción de la verdad por los jueces, para fundar sus decisiones, es gobernada por las mismas reglas que rigen para la fiscalía (cfr: Julio B. J. Maier, *“Derecho procesal Penal. II. Parte General. Sujetos procesales”*, Ed. Del Puerto, Bs. As., 2.003, pág. 323).-

En suma, el Ministerio Público Fiscal, al ser parte estatal, de alguna manera integra el Tribunal y, el soslayar el adecuado ejercicio de su predispuesto rol, conlleva a afectar el equilibrio que debe existir entre las partes en conflicto.-

Ahora bien, en punto a precedentes jurisprudenciales que avalen una pretensión punitiva de similar factura a la encarada por la acusación, queda claro que ello no es así y, por el contrario nos encontraremos con casos en los cuales ello fue sustancialmente inferior.-

Uno de ellos, sin duda, fue el caso “Ruffo” de la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, del 16 de febrero de 1993, en el cual el voto del juez Catani, al cual adhirieron, parcialmente el juez Mitchell y en su totalidad el juez Mario Gustavo Costa, decidió la cuestión. En ese caso se sostuvo: ASi bien resulta cierto que el procesado no registraba antecedentes al momento de cometer los ilícitos de autos, la imposición de tan elevada pena Bseis años de prisión-, no deja por ello de adecuarse al grado de reproche del que se ha hecho merecedor, a poco que se advierte la naturaleza y entidad de los injustos en que incurriera.-

“El recrear con precisión sus circunstancias y características exigirá repasar, necesariamente, un momento histórico hoy superado.-

“En lo inmediato, corresponderá una vez más pronunciarse acerca de un fenómeno tan generalizado como infamante, tal como lo ha sido la retención y ocultamiento de hijos de personas desaparecidas forzadamente.-

“Si bien en la denominada Causa 13, fallada por este Tribunal en oportunidad del juzgamiento de los máximos responsables del denominado proceso de reorganización nacional, no se acreditó como parte del plan criminal allí analizado, la retención y ocultamiento de los menores hijos de desaparecidos, sí pudo comprobarse en cambio, con los innumerables testimonios prestados por los testigos que declararon en aquel momento, que dicho fenómeno existió como tal, por sus características comunes y por el elevado número de casos.-

“Las circunstancias de esta causa demuestran que los sucesos de autos vienen a ser dos más de aquellos que con horror conoció la sociedad recién instaurada la democracia.-

“La ubicación de los hechos de autos en este contexto, la actitud asumida en su transcurso por parte del procesado, y las consecuencias irreparables que su conducta provocó en los menores y en los familiares que

Poder Judicial de la Nación

tenían el derecho y la obligación de cuidar de ellos, informarán con mucho mayor detalle el grado de reprochabilidad y la medida de la sanción que cabe aplicar por tales delitos.-

“Al momento de los sucesos investigados, Eduardo A. Ruffo se desempeñaba como agente de la Secretaría de Informaciones del Estado, lo que permite concluir sin esfuerzo alguno que conocía sobradamente el destino que por aquellos años de le daba a muchos de los hijos de desaparecidos.-

“Sin perjuicio de que no se acreditó su responsabilidad en la sustracción directa de los menores, paradójicamente adoptó la misma conducta que se observó en muchos otros casos de similares características.-

“Fraguó sus documentos personales, pretendió presentarlos a la sociedad como propios, y les transmitió una educación y valores que necesariamente le pertenecían, todo lo cual entraña en sí mismo la más grave violación a los derechos humanos y la única que logra sus peores consecuencias; la pérdida de la identidad.-

“En ese orden de ideas, ha sostenido nuestro más alto Tribunal que AY todo padre y toda madre tiene el deber y el derecho de velar por sus hijos menores, no obstante los defectos que puedan tener y que son propios de la condición humana, Y Desconocerlo podría introducir un gravísimo factor de perturbación, tanto en lo moral como en lo social, y aún comportar el riesgo de que una eventual concepción utópica y totalitaria atribuyera al Estado la función que la propia naturaleza ha conferido a los padres Y a juicio de esta Corte el punto guarda relación directa e inmediata con el derecho natural de los padres de sangre para decidir sobre la crianza y educación de sus hijos, ejerciendo a ese fin los derechos de guarda y vigilancia; derecho éste que en un régimen republicano de gobierno, que excluye por esencia toda pauta totalitaria de organización social y estatal, puede considerarse reconocido en forma implícita en los términos del art. 33 de nuestra ley SupremaY@, (Fallos 285:279), cita que con acierto hiciera suya mi colega de Sala, Dr. W. Gustavo Mitchell, en su artículo AEntrega de menor y vínculo de sangre@ BRevista Doctrina Penal. Año 6. Abril. Junio 1983, n° 22, pag. 309/310.-

“Sin embargo, lo expuesto supone sólo el antecedente de lo que ha configurado el más grave componente del caso de autos.-

“En todo momento Eduardo Ruffo ocultó a los menores sus verdaderos orígenes impidiéndoles acceder a lo que él conocía con certeza, esto es, sus falsas identidades, lo que por sus propias características le resultó imposible de transmitir a los menores, con lo cual quedó estampado en un contexto de mentira y en igual situación colocó a los niños.-

“La existencia a partir de ahí de un riesgo cierto en la salud psíquica de los menores al ser expuestos a una situación de incertidumbre respecto de sus orígenes, con total desconocimiento acerca de la suerte seguida por sus padres de sangre, constituye un fenómeno que por su naturaleza, impide efectuar predicciones ciertas en cuanto a sus alcances, y sus consecuencias últimas se develarán con el tiempo.-

“En lo inmediato, no puede dejar de mensurarse el necesario daño psicológico sufrido por los menores al tomar conocimiento sobre el trágico secuestro de sus padres, el ocultamiento que les fue impuesto por largos años sobre sus verdaderos orígenes, y las vicisitudes a que se vieron expuestos a partir del momento en que, merced el reclamo de la justicia, quienes creían sus progenitores debieron ocultarse y ocultarlos a ellos mismos para evitar ser detenidos y esclarecidos los hechos, como finalmente ocurrió.-

“Como se ve, han sido conculcados en el caso todos los derechos y garantías de las víctimas, desde que el despojo de su singularidad como personas los inhabilitó para conocer sus propias historias, posibilidad ya irremediablemente perdida para quien fue individualizado como Alejandro Ruffo.-

“Tan desoladores y devastadores han sido los efectos de casos como el que nos ocupa que su generalización ha llevado a la Asamblea General de las Naciones Unidas a incluir en la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, incorporada a nuestra legislación interna mediante la ley 23.849, diversas normas que establecen entre otros supuestos que El niño tendrá derecho desde que nace a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. (Art. 7) y a preservar su identidad, incluidos el nombre y

Poder Judicial de la Nación

las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas. (Art. 8) Y Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada Y (Art. 16).-

“Nuestra jurisprudencia ha dicho por su parte que A Y nadie puede apropiarse de la historia personal, familiar y social de un ser humano, compuesta de valores, pautas, creencias y normas de los padres que eligen y deciden como proyecto vital darle la vida a ese ser humano, y que conforman su identidad Y una relación de padres- hijos que no se basa en el amor fundado en el respeto de la persona a quien se ama Y sino en falsedades y ocultamientos, resulta sumamente perjudicial para la salud y desarrollo psicosocial Y@ (Causa n° 6681 B Juzgado Federal de Morón- rta. 19/1/88).-

“La Corte Suprema de Justicia ha sostenido a su vez que A Y la necesidad del niño de ir configurando su propia historia sostenido por los adultos, es sustituida por la necesidad de los adultos, que los lleva a imponer al niño una construcción mentirosa de su identidad Y La Escuela de Palo Alto estudió en forma especial la comunicación paradójica que se establece cuando la mentira y el secreto impregnan la relación entre el adulto y el niño. Señalan que en estos casos el niño recibe mensajes contradictorios; verbalmente se le da una determinada información, pero por otra vía (lenguaje preverbal o normas de conducta implícitas en la crianza) se le impone el mensaje contradictorio. Es de destacar que estas otras vías, al no ser verbales y ser asimiladas en forma inconsciente, son mucho más efectivas. Intervienen en la constitución de una instancia psíquica que contiene normas y mandatos interiorizados. Estos dobles mensajes dejan al niño entrampado Y@ (C.S.J. BS.706- L.XXI- A Scaccheri de López, María s/denuncia@- 29/10/87 B voto del Dr. Petracchi).-

“El procesado ha privilegiado en su conducta, y de aquí la similitud que observara y mencionara en párrafos anteriores, la concepción que se entronizó en el país por largos años. La creencia de que todo aquello que eventualmente pudiera resultar de la lucha armada le correspondía a quien lo tuviere como le pertenecen las cosas al vencedor.-

“En una actitud omnipotente y al amparo de un tiempo sin ley ni verdad, creyó poder ocupar un rol que no le pertenecía, privilegiando la satisfacción de sus propios deseos e intereses por encima de los derechos inalienables de los menores.-

“La simple circunstancia de que los niños fueran rodeados de atenciones, educación, e incluso afecto, no desplaza aquella concepción de propiedad a que hiciera referencia, cuya naturaleza impide ejercer por sí mismo el derecho indeclinable de todo ser humano a crecer en libertad.-

“Antes bien, una relación familiar de padres e hijos basada en la mentira del progenitor sobre cuestiones tan esenciales como las que nos ocupa, sólo puede dar lugar a una relación de sometimiento, la forma más violenta de vulnerar el bien jurídico protegido por la norma de aplicación al caso.-

“Considero entonces que la pena de seis años de prisión impuesta al procesado debe ser confirmada, por guardar total correspondencia con la conducta que llevara a cabo, satisfaciendo por otra parte las exigencias de una prevención tanto general como especial.® (Del voto del Dr. Catani).-

De igual manera, no puede soslayarse que en casos de una similar base fáctica, respecto del que nos ocupa, y con independencia de los argumentos que sustentaron aquellas decisiones, lo cierto es que la definitiva sanción adoptada resultó de una manera sustancialmente inferior a la aquí impetrada. En tal sentido, cabe remitirse a los fallos “Lavallén”, “Miara” y “Ruffo” citados en este pronunciamiento; C.C.C.F., Sala II, “Magnacco, Jorge Luís y otro”, rta.: 14/12/05 y C.C.C. La Plata, Sala I, “Silva, Rodolfo Oscar”, rta.: 08/07/87.-

Asimismo, el precedente de la Corte Federal invocado por la Fiscalía, caso “Juan Nechledil y Catalina Speit de Gerber s/homicidio”, del 17 de marzo de 1948, Fallos, CSJN, 210:414, en relación a la prueba en material criminal, donde se sostuvo que la falsa relación de los hechos por el acusado, constituye presunción de cargo, pocos párrafos más abajo dice, en relación a la pena, que procede reducir la pena aplicable si el autor del delito es un

Poder Judicial de la Nación

delincuente primario, lo cual es, precisamente, lo que sucede en el caso en juzgamiento respecto de los tres imputados, Gómez, Pinto y Berthier.-

Desde ya que desde la perspectiva de la acusación ninguna sanción habrá de ser suficiente, pues, ya se sabe: ¿Cuánta pena compensa el sufrimiento padecido por la víctima?, ¿Cuántas las horas privadas de compartir junto a su verdadera familia, sus verdaderos afectos, la identidad abandonada sin sentido que ocasiona una tremenda inseguridad? Entonces, a partir de ello, sólo cabría aferrarse a la ilusión de una pura retribución, un pretendido mal supremo.-

Se podrá pensar, que retribuir mal por mal, y de esta manera socializando aquél, se hará justicia. Pero, claro está, el Estado no debe constituirse en viabilizador de venganzas, sino que, y antes bien habrá de procurar, con sus decisiones, al menos intentar alcanzar una cierta recomposición del conflicto, una disminución de la herida del tejido social. Para ello, sin duda, los postulados de la llamada teoría de la retribución punitiva, no serán los adecuados.-

Si en el sentido corriente en que suele decirse que pena es retribución, se quiere expresar con ello un juicio fáctico, la pena no es en la realidad retribución, al menos del delito: el delito lo protagoniza un número muy grande de personas, pero el poder punitivo sólo selecciona a los torpes, de modo que si algo retribuye es la torpeza y no el delito. Si, por el contrario, quiere expresarse un juicio de normatividad (la pena debe ser retribución), se plantean varios problemas. En primer lugar, la estructura del poder punitivo no lo permite, de modo que se estaría pretendiendo que algo sea lo que nunca puede llegar a ser. Además, queda en pie la pregunta de fondo, pues si no se comparte todo el planteo deductivo kantiano, no se explica la razón que fundamenta la necesidad de esa retribución. Por último, tampoco se explica que el mal lo sufra una persona y la retribución la cobre el estado.-

Mucho menos explicable es la pretensión de que la pena tiene función retributiva, ya que no puede comprenderse de tal modo, fuera del marco de una reparación, porque la retribución no es un fin en sí mismo –ni siquiera para Kant-, sino un medio que cobra sentido cuando se lo explica

asociado a una finalidad diferente, como puede ser la reparación o la venganza. Pero ninguna de ambas corresponde a un ente diferente del propio ofendido, como sucede con la pena.-

Con frecuencia la idea retributiva se emplea en un sentido formalmente oscuro, pero políticamente menos irracional que otros: la retribución es el límite de la pena o su medida. En esta variante, la retribución no es una teoría de la pena, sino un criterio de límite o de cuantificación, que suele morigerar las consecuencias ilimitadas de cualquiera de las teorías de la pena. En general, suele ser enunciado como criterio cuantificador por los partidarios de la prevención general y como límite máximo por los de la prevención especial. Pese a ser políticamente menos irracional, este retribucionismo limitativo sufre otra grave tribulación cuando se pregunta por el ente que se retribuye, o sea, por su objeto o contenido, que puede ser el acto, el resultado, la voluntad, la lesión, el animus, la personalidad, el carácter, la conducción de vida, etc..-

Más allá de toda esta confusión argumental, la constante referencia a la retribución es indicativa de que en ella se busca algo semejante a un principio regulativo, y pareciera ser, en definitiva, que esto es lo rescatable del concepto: si con la criminalización primaria el estado confisca un conflicto, su intervención, por excluir a la víctima y ser de altísima selectividad y de gran violencia, no puede presentarse como racional, pero su irracionalidad reconoce grados y llegaría al límite intolerable cuando no equivalga (o no guarde cierta relación) con la magnitud de la lesión que el conflicto provoque, pues en ese caso el conflicto no sería más que el pretexto para que el poder opere en la medida de su voluntad omnímoda.-

En otras palabras: el resultado rescatable de la supuesta retribución entendida como principio regulativo, es preferible llamarlo principio de mínima proporcionalidad de la intervención punitiva, considerándolo uno de los límites que debe observar el ejercicio del poder punitivo, y que no se deriva de ninguna naturaleza ni función retributiva de la pena, sino de la necesidad de contener la irracionalidad del poder (cfr:

Poder Judicial de la Nación

Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, “Derecho penal. Parte General”, Ed. Ediar, Bs. As., 2000, págs. 69/70).-

En la misma senda de objeciones se afirma que es irracional fundamentar el ius puniendi estatal en la existencia de una culpabilidad basada en el libre albedrío, pues ese dato no es empíricamente demostrable. Las críticas también apuntaron a las pautas para individualizar la pena, por lo vulnerable que es la idea de retribución compensadora, pues la pena no borra el mal causado por el delito, sino que en realidad añade un segundo mal. En realidad, el criterio talionario no permite recuperar el ojo de la víctima quitando un ojo al autor (cfr: Esteban Righi, “Derecho Penal. Parte General”, Ed. LexisNexis, Bs. As., 2007, pág. 29).-

Contra las teorías absolutas, o de la retribución, básicamente se argumenta que: carecen de un fundamento empírico y son, por lo tanto, irracionales; que la supresión del mal causado por el delito mediante la aplicación de una pena es puramente ficticia porque, en realidad, el mal de la pena se suma al mal del delito (cfr: Enrique Bacigalupo, “Derecho penal. Parte general”, 2da. edición, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1999, pág. 32).-

Aún cuando se pueden encontrar sostenedores de la tesis de la retribución, con el argumento de su sentido limitador, la necesidad de ejecución de la pena sin ninguna consideración de sus consecuencias sociales, va a contrario del sentimiento jurídico moderno (Ver, en igual sentido: E. Bacigalupo, “op. cit.”, pág. 32).-

Respecto de la magnitud del injusto como objeto del reproche, con precisión señala Zaffaroni que el conflicto no se agota en el momento de la realización de la acción típica ni en el de la producción del resultado, sino que continúa su dinámica envuelto en la interacción humana. La magnitud del conflicto continúa evolucionando y, por ende, es absurdo que el juez no tome en cuenta esta realidad en el momento de cuantificar la pena, a fin de caer en escándalos, tales como que la pena sea productora de un nuevo conflicto o que se erija en un obstáculo para resolver los conflictos (cfr: E. Zaffaroni, A. Alagia, A. Slokar, “op. cit.”, pág. 1002).-

Por tales motivos, no es admisible que la imposición de un mal ocasione otro mal, ejecutando de tal modo un pensamiento circular y, así, sin siquiera intentar una mínima solución al conflicto traído a juzgamiento.-

En esa inteligencia, se ha dicho que “La justicia penal es, en gran medida, la institución social encargada de mediatizar los conflictos, es decir, de absorberlos y *transformarlos en nuevos conflictos con menor contenido de violencia*. Así se debería cumplir la misión pacificadora por excelencia de la justicia penal, que en la práctica normalmente no se cumple.” (cfr: Alberto M. Binder, “*Introducción al Derecho Procesal Penal*”, Ed. Ad-Hoc, 2ª edición, Bs.As., 1999, págs. 103/104).-

Sin lugar a dudas, esa es la tarea funcional que nos concierne y en su cumplimiento corresponde tener presente que “debe haber un juez independiente para tutelar los derechos del individuo, aunque la mayoría o incluso los demás en su totalidad se unieran contra él; dispuesto a absolver por falta de prueba aún cuando la opinión general quisiera la condena, o a condenar, si existen pruebas, aún cuando esa opinión demandase la absolución” (cfr: Luigi Ferrajoli, “*Derechos y Garantías*”, El derecho como sistema de garantías, Ed. Trotta, Madrid, 1999, págs. 26/27.-

Artículos 40 y 41 del Código Penal y 399, párrafo primero, del Código Procesal Penal.-

La Fiscalía en su alegato solicitó se extrajeran testimonios de la declaración de Eduardo José María De Casas, y se dispusiera la pertinente investigación por entender que habría incurrido en el delito de falso testimonio.-

Analizada la misma, el Tribunal no advierte una conducta falsaria que resulte alcanzada por el artículo 275 del Código de fondo, razón por la cual no se acogerá la petición.-

Poder Judicial de la Nación

En base a las consideraciones expuestas precedentemente, el Tribunal,

FALLA:

I.- **DESESTIMANDO** el planteo de prescripción de la acción penal efectuado por las Defensas de los procesados de autos (artículos 59, inciso 3°, 62, inciso 2°, 63 y 67 del Código Penal; 339 y sigs. del Código Procesal Penal).-

II.- **CONDENANDO** a **OSVALDO ARTURO RIVAS**, argentino, divorciado, instruido, desempleado, nacido en la Ciudad de Buenos Aires, el 15 de diciembre de 1.943, hijo de Arturo José y de Ana María Monteneri, domiciliado en Juan B. Justo 4.434, Habitación "7", de esta ciudad, D.N.I. n° 4.424.895, con Prontuario Policial C.I. n° 4.847.042; a la pena de **OCHO AÑOS DE PRISIÓN, INHABILITACIÓN ABSOLUTA POR EL TIEMPO DE LA CONDENA, DEMÁS ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS**, por ser coautor penalmente responsable de los delitos de **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN INSTRUMENTO PÚBLICO, Y RETENCIÓN Y OCULTAMIENTO DE UNA MENOR DE DIEZ AÑOS** y autor de **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN INSTRUMENTO PÚBLICO y FALSEDAD IDEOLÓGICA EN INSTRUMENTO PÚBLICO DESTINADO A ACREDITAR LA IDENTIDAD DE LAS PERSONAS, TODOS EN CONCURSO MATERIAL ENTRE SÍ** (artículos 12, 19, 29 inciso 3°, 40, 41, 45, 55, 146 -texto conforme ley 24.410-293, primer y segundo párrafo, este último en función del 292, segundo párrafo -textos según leyes 20.642 y 21.766-, todos del Código Penal; 403 y 531 del Código Procesal Penal).-

III.- **CONDENANDO** a **MARÍA CRISTINA GÓMEZ PINTO**, argentina, divorciada, instruida, ama de casa, nacida en la Ciudad de Buenos Aires, el 11 de febrero de 1.948, hija de Antonio y de Rosa Elba

Pucheta, domiciliada en Presidente Luis Sáenz Peña 1.010, piso 2°, departamento “B”, de esta ciudad, D.N.I. n° 5.785.361, con Prontuario Policial C.I. n° 5.164.440; a la pena de **SIETE AÑOS DE PRISIÓN, INHABILITACIÓN ABSOLUTA POR EL TIEMPO DE LA CONDENA, DEMÁS ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS**, por ser coautora penalmente responsable del delito de **RETENCIÓN Y OCULTAMIENTO DE UNA MENOR DE DIEZ AÑOS** (artículos 12, 19, 29 inciso 3°, 40, 41, 45 y 146 -texto conforme ley 24.410- del Código Penal; 403 y 531 del Código Procesal Penal).-

IV.- **CONDENANDO** a **ENRIQUE JOSÉ BERTHIER** o **ENRIQUE JOSÉ NICOLÁS BERTHIER**, argentino, divorciado, instruido, militar retirado, nacido en la Ciudad de Buenos Aires, el 17 de marzo de 1.948, hijo de José y de Laura Margarita Torti, domiciliado en Carlos Calvo 625, 2° piso, departamento “C”, de esta ciudad, L.E. n° 4.706.319, con Prontuario Policial serie D.E. n° 258.769; a la pena de **DIEZ AÑOS DE PRISIÓN, INHABILITACIÓN ABSOLUTA POR EL TIEMPO DE LA CONDENA, DEMÁS ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS**, por ser cómplice necesario penalmente responsable en el delito de **FALSEDADE IDEOLÓGICA EN INSTRUMENTO PÚBLICO**, y coautor de **OCULTAMIENTO DE UNA MENOR DE DIEZ AÑOS, EN CONCURSO MATERIAL ENTRE SÍ** (artículos 12, 19, 29 inciso 3°, 40, 41, 45, 55, 146 -texto conforme ley 24.410- 293, primer párrafo -textos según leyes 20.642 y 21.766-, todos del Código Penal; 403 y 531 del Código Procesal Penal).-

V.- **ABSOLVIENDO LIBREMENTE Y SIN COSTAS** a **MARÍA CRISTINA GÓMEZ PINTO**, de las demás condiciones personales consignadas precedentemente; en orden a los delitos de **FALSEDADE IDEOLÓGICA EN INSTRUMENTO PÚBLICO (DOS HECHOS) Y FALSEDADE IDEOLÓGICA EN INSTRUMENTO PÚBLICO DESTINADO A ACREDITAR LA IDENTIDAD DE LAS PERSONAS**,

Poder Judicial de la Nación

por los cuales fuera formalmente acusada (artículos 45, 55 y 293, primer y segundo párrafo, este último en función del 292, segundo párrafo, del Código Penal, textos según leyes 20.642 y 21.766; 399 y 531 a "contrario sensu" del Código Procesal Penal).-

VI.- ABSOLVIENDO LIBREMENTE Y SIN COSTAS a ENRIQUE JOSÉ BERTHIER o ENRIQUE JOSÉ NICOLÁS BERTHIER, de las demás condiciones personales consignadas precedentemente; en orden a los delitos de FALSEDAD IDEOLÓGICA EN INSTRUMENTO PÚBLICO Y FALSEDAD IDEOLÓGICA EN INSTRUMENTO PÚBLICO DESTINADO A ACREDITAR LA IDENTIDAD DE LAS PERSONAS, por los cuales fuera formalmente acusado en calidad de cómplice primario (artículos 45, 55 y 293, primer y segundo párrafo, este último en función del 292, segundo párrafo, del Código Penal, textos según leyes 20.642 y 21.766; 399 y 531 a "contrario sensu" del Código Procesal Penal).-

VII.- Encomendando a la Actuaría que oportunamente proceda a efectuar el cómputo de las penas y de la caducidad registral de esta sentencia (artículos 24 y 51 del Código Penal).-

VIII.- Ordenando que, una vez firme la presente, se proceda a la destrucción del documento nacional de identidad n° 26.577.145 a nombre de María Eugenia Violeta Rivas (artículos 23 del Código Penal y 526 del Código de Procedimiento Penal).-

IX.- Disponiendo se remita copia de este pronunciamiento al Ministerio de Defensa de la Nación.-

X.- Difiriendo la regulación de los honorarios profesionales de los letrados intervinientes en autos, para cuando los mismos den adecuado

cumplimiento a las previsiones de los artículos 2º, inciso “b” de la ley 17.250 y 51, inciso “d” de la ley 23.187.-

XI.- Disponiendo la oportuna devolución de la causa n° 18.930/02 caratulada “Rivas, María Eugenia o Sampallo Barragán, María Eugenia y otros s/ falso testimonio” al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 1, Secretaría n° 1; y los exptes. n° 11.154/90 caratulado “Gómez de Rivas, María c/ Rivas, Osvaldo Arturo s/ Divorcio” y n° 16.822/90 caratulado “Rivas, Osvaldo Arturo c/ Gómez de Rivas, María Cristina s/ Divorcio”, al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 83, Secretaría n° 18.-

XII.- Mandando devolver -oportunamente- el legajo personal de Enrique José Berthier a la Unidad Fiscal de Investigaciones A.M.I.A..-

Regístrese y hágase saber.-

Ante mí:

Poder Judicial de la Nación