

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 28157/2014/TO1/CNC1

Reg. n° 383/2016

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 19 días del mes de mayo de 2016, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Mario Magariños, Horacio Días y Pablo Jantus, asistidos por la secretaria actuante, Paola Dropulich, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 332/340 en este proceso n° CCC 28157/2014/TO1/CNC1, caratulado “S., M. E. s/ sustracción de menor”, del que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal n° 16 de esta ciudad, por sentencia del 26 de marzo de 2015, cuyos fundamentos fueron dados a conocer el día 31 de marzo siguiente, resolvió absolver a M. E. S. en lo que respecta al delito de sustracción de un menor de 10 años de edad, sin costas; condenarlo a la pena de diez meses de prisión y costas por considerarlo autor penalmente responsable del delito de amenazas simples; y condenarlo a la pena única de tres años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la impuesta en este proceso y de la de tres años de prisión en suspenso y costas impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 15 en la causa n° 4323, el 5 de mayo de 2014 (artículos 5, 12, 29 inc. 3°, 45, 50, 55, 89, 142 inc. 1°, 149 bis, primer párrafo, 1° supuesto, 166 inc. 2° párrafo 3°, 167 inc. 2° y 167 inc. 4° en función del inc. 5° del 163 del Código Penal de la Nación, 402, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

II. Contra esa resolución, el representante del Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de casación, sólo en lo atinente a la absolución del nombrado S., como autor del delito de sustracción de un menor de 10 años (fs. 332/340). La impugnación fue concedida a fs. 341/342 y mantenida a fs. 346.

III. Con fecha 12 de mayo de 2015 se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, cuyos integrantes decidieron otorgarle

al recurso el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 348).

IV. En la oportunidad prevista en los artículos 465, 4º párrafo, y 466 del cuerpo legal citado, la defensa del señor S. presentó el escrito obrante a fs. 356/362.

V. Superada la etapa prevista en el artículo 465, 5º párrafo, la defensa presentó breves notas, que se encuentran glosadas a fs. 386, quedando las actuaciones en estado de ser resueltas.

VI. Tras la deliberación realizada, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO:

El juez Mario Magariños dijo:

I

Contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal n° 16 de esta ciudad, de fecha 26 de marzo de 2015, cuyos fundamentos fueron dados a conocer el día 31 de marzo siguiente, mediante la cual se resolvió absolver a M. E. S. respecto del delito de sustracción de un menor de diez años, el representante del Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de casación.

Como agravios centrales planteó, en primer lugar, que el tribunal oral había tenido por acreditada la paternidad del señor S. respecto de la menor S. N. R. solamente en función de los dichos de la madre de la nombrada, sin que mediase en la causa prueba alguna a este respecto. En este sentido, el señor fiscal sostuvo que S. no reconoció a la niña como suya, ni el vínculo fue probado por presunciones legales ni pruebas científicas, por lo que la afirmación del tribunal en punto a la paternidad del nombrado, debe ser anulada.

En segundo lugar planteó que, a diferencia de lo expresado por el *a quo* en su resolución, la conducta desplegada por el señor S. resultaba típica. Para sostener esto, argumentó que el artículo 146 no considera al niño/niña como mero objeto, sino que es el principal sujeto pasivo de sustracción, retención u ocultamiento, y que ello, además, se compadece con la inclusión de la figura en el título de los delitos que

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 28157/2014/TO1/CNC1

afectan la libertad de las personas. En función de ello, a su criterio, nada impediría que el padre biológico sea autor del delito, en tanto es el menor el principal protegido por la norma, y su libertad ejercida a través de su guardador.

Asimismo, sostuvo que desde una perspectiva teleológica, la figura penal en cuestión se encuentra también dirigida a la protección de las relaciones de familia, y que, con su accionar, el señor S. lesionó no sólo la libertad de la menor, sino también la tranquilidad familiar y el razonable ejercicio de la guarda y tutela que se encontraban en cabeza de la señora C. R. M.

Argumentó también que la acción llevada adelante por S. sucedió en el marco de actos lesivos de la libertad individual, pues el tribunal sí condenó al nombrado por el delito de amenazas, que fueron proferidas en el mismo contexto en que sucedió la sustracción de la menor. Esto, a criterio del recurrente, demuestra también el desacierto del *a quo* al resolver como lo hizo, en tanto, entiende, el despliegue violento impidió a la madre de la menor, recuperar a su hija en forma inmediata.

Finalmente, entendió el recurrente que los argumentos del tribunal, relativos a cuestiones de política criminal y adecuada proporcionalidad entre penas y delitos, abordados en la sentencia para fundamentar la atipicidad de la conducta desplegada por S., no resultan atendibles, pues, a su criterio, no es desproporcionada la escala penal prevista en el artículo 146 del Código Penal, ni absurda su aplicación a sucesos como el aquí juzgado.

Por su parte, la defensa del señor S. se presentó en el término de oficina, ocasión en la que postuló la inadmisibilidad del recurso de casación fiscal.

II

Respecto al primero de los agravios planteados por el representante del Ministerio Público Fiscal, esto es, aquel relativo a la prueba de la paternidad del señor S., el recurso resulta inadmisibile.

Ello pues por la vía del recurso de casación, y bajo la alegación de arbitrariedad, los agravios del acusador público sólo trasuntan una mera discrepancia con el pronunciamiento en punto a la valoración de la prueba y el resultado de esa valoración, sin demostrar un vicio grave en los fundamentos de la sentencia. Esto remite, por lo tanto, a cuestiones no comprendidas en los motivos de casación del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación.

Cabe destacar que el límite objetivo que impone la norma legal citada no puede ser superado con la invocación de la doctrina establecida por la Corte Suprema en el caso de Fallos: 328:3399 (“Casal, Matías Eduardo s/ recurso de casación”), pues esta decisión se refiere exclusivamente al alcance del derecho del condenado a recurrir la sentencia, establecido en el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y ningún órgano público del estado se encuentra habilitado para invocar derechos que una convención internacional sólo reconoce a las personas, en tanto seres humanos (art. 1 CADH). Por lo demás, una pretensión de esta índole también debe descartarse con base en la doctrina de la Corte Suprema de Fallos: 320:2145 (“Arce, José Daniel”), según la cual “las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los estados contratantes”, de modo tal que “en tanto el Ministerio Público es un órgano del Estado y no es el sujeto destinatario del beneficio, no se encuentra amparado por la norma con rango constitucional”.

Por ello, dado que el recurso que la ley procesal concede al Ministerio Público, en lo relativo al aspecto aquí considerado, posee el alcance establecido en el artículo 456, inciso 2° del Código Procesal Penal de la Nación, se concluye que la impugnación casatoria interpuesta, en este punto, debe ser considerada inadmisibile (artículos 444, 2° párrafo y 456, inciso 2° *a contrario sensu*, del Código Procesal Penal de la Nación).

Como consecuencia de ello, lo observado por la defensa del señor S. en el escrito presentado en la oportunidad prevista en los

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 28157/2014/TO1/CNC1

artículos 465, 4º párrafo, y 466 del Código Procesal Penal, en lo relativo a la inadmisibilidad del recurso fiscal, deviene, en lo que hace a lo hasta aquí considerado, abstracto.

Ahora bien, la objeción formulada por la defensa se encuentra orientada, en términos genéricos, a las consecuencias derivadas de uno de los posibles motivos casatorios previstos por la ley procesal, esto es, de aquel contemplado en el citado artículo 456, inciso 2º del rito, cuya derivación, en los supuestos en que se constate, es la establecida en el artículo 471 del Código Procesal Penal de la Nación.

Pues la posibilidad del juicio de reenvío, que según la defensa, al producirse en virtud de un recurso del acusador, pondría en juego a la prohibición de doble juzgamiento, no se presenta ante el supuesto de inobservancia o errónea aplicación de la ley penal, cuya consecuencia es la establecida en el artículo 470 del mencionado código, dado que, en esa hipótesis, corresponde al tribunal de casación, de modo directo, casar y resolver “el caso con arreglo a la ley y a la doctrina cuya aplicación declare”.

En consecuencia, el planteo de la defensa, así como la cita de precedentes jurisprudenciales y opiniones doctrinarias en que pretende sustentarlo, no resulta atinente en punto a la motivación del recurso de casación fiscal (artículo 456, inciso 1º de la ley procesal nacional) que a continuación se examina.

III

Pues bien, en lo referente al segundo motivo de agravio planteado por el representante del Ministerio Público Fiscal, esto es, aquel que se dirige a cuestionar la interpretación que el *a quo* realizó del artículo 146 del Código Penal, que reprime a “el que sustrajere a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare”, cabe señalar que, si se realiza una interpretación gramatical del texto de la norma, los jueces de juicio llevan razón al haber entendido que, de acuerdo a la forma en que se encuentra redactada la regla, los padres no pueden ser sujetos activos de

la sustracción, pues es clara su formulación al establecer que cometerá ese delito quien sustrajere al menor del poder de *sus padres*.

Asimismo, desde la perspectiva de la voluntad del legislador, es dable observar que, al discutirse el proyecto de ley que luego fue sancionado bajo el n° 24.410, mediante la cual se elevó la escala penal prevista para el delito de sustracción de menores, en su mínimo, de tres a cinco años, y en su máximo, de diez a quince años de prisión, el senador Laferriere sostuvo: “No es un tema minúsculo sustraer un menor. Existen dos clases de objetivos que motivan a quienes están embarcados en esta clase de delitos: sustraer niños recién nacidos para entregarlos en falsa adopción a familias que no quieren o no pueden llevar a cabo este procedimiento legal dentro del país o fuera de él, o utilizar esos cuerpos -este es el caso más tenebroso y patético- de los menores *sustraídos a sus guardas, sus padres o los responsables legales*, como proveedores de órganos para trasplantes, efectuados las mayorías de las veces en clínicas de alto nivel de los países más desarrollados.” (Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Sesiones del 5 de mayo de 1993, 3° Reunión, 1° Sesión ordinaria. Sin cursiva en el original).

Por su parte, el senador Alasino manifestó que, “Hasta hoy el Código Penal tenía previsto el caso de la sustracción de menores, del *robo de menores*. Al respecto, hemos agravado la pena. Consideramos que las nuevas conductas que aparentemente surgían no estaban captadas y que por allí había una especie de filtración con respecto a la sanción penal de todas estas actividades, a veces asociativas y la mayoría de ellas ilícitas, que es lo que se conoce como banda, asociación ilícita, que de pronto promovía o facilitaba el tráfico de menores, no sólo nacional, sino también internacional” (Cámara de Senadores, Diario de Sesiones del 30 de junio de 1993, 23° Reunión, 10° Sesión ordinaria. Sin cursiva en el original).

De las citas transcriptas se observa que el fin de la norma legal en examen es el de prevenir el robo de niños, llevado adelante, como en el debate que precedió a la sanción de la ley se manifestó, en mayor medida por organizaciones criminales, o individuos ajenos al

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 28157/2014/TO1/CNC1

ámbito familiar, lo que implica que la norma no se encuentra dirigida los padres del menor, como posibles autores de ese delito. De modo tal que, también desde la perspectiva de la voluntad del legislador, cabe afirmar el acierto en la hermenéutica llevada a cabo por el *a quo*, en tanto la finalidad legislativa no se orientó a comprender como sujetos activos de la figura a los padres de la víctima.

Inclusive, si se analiza la norma legal a través del método histórico, la conclusión no varía. En efecto, enseña Sebastián Soler que la figura de sustracción de menores fue tomada de las leyes españolas, la cual tenía por objeto “castigar esos *robos* de niños que se cometen desgraciadamente aún con harta frecuencia”. Agrega el autor que, a diferencia de lo que sucede en los códigos italiano y alemán, en que la sustracción de menores está concebida como una ofensa a los deberes familiares, en nuestra legislación se encuentra ubicada dentro del título de privación de la libertad, constituyendo un delito mucho más grave, y que consiste en hacer desaparecer al menor, en robarlo a los padres. Ello, a su vez implica que “no podrá aplicarse esta norma legal al padre que sustrae y retiene para sí a un menor, arrebatándosele al cónyuge que ya lo tenía” (*Derecho Penal Argentino*, Tomo IV, pag. 68, ed. TEA, Buenos Aires, 1988. Destacado en el original). Por esta razón, también desde una perspectiva sistemática de la ley, se colige que los padres no pueden ser sujetos activos de la prohibición.

En síntesis, todos los métodos de interpretación legal conducen a un mismo resultado, que es el afirmado en la sentencia impugnada.

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por el fiscal a fs. 332/362 y, en consecuencia, confirmar la sentencia del 26 de marzo de 2015, con sus fundamentos del día 31 de marzo siguiente, en cuanto resolvió, en su parte pertinente, absolver a M. E. S. en lo que respecta al delito de sustracción de un menor de 10 años de edad, sin costas (artículos 444, 2º párrafo, 456, 470, los dos últimos *a contrario sensu*, 530 y 531, todos ellos del Código Procesal Penal de la Nación).

El juez Pablo Jantus dijo:

Adhiero en lo sustancial al voto del juez Magariños.

El juez Horacio Días dijo:

Adhiero al voto que lidera el acuerdo.

En virtud del acuerdo que antecede, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal,

RESUELVE:

RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal a fs. 332/340 y, en consecuencia, **CONFIRMAR** el punto dispositivo I de la resolución de fs. 307, cuyos fundamentos obran a fs. 308/326; sin costas (artículos 444, 2º párrafo, 456, 470, los dos últimos *a contrario sensu*, 530 y 531, todos ellos del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100) y devuélvase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

MARIO MAGARIÑOS

PABLO JANTUS

HORACIO L. DÍAS

Ante mí:

PAOLA DROPULICH
SECRETARIA DE CÁMARA