

////nos Aires, 9 de abril de 2018.

Y VISTOS:

I. Las defensas apelaron los autos documentados a fs. 1947/1963 y 2237/2266, en cuanto se dispusieron los procesamientos de M. S. L. y J. G. L. respectivamente.

En la audiencia oral, el letrado defensor de la imputada, E. G., sostuvo que ella era ajena al hecho investigado, pues su actividad consistió en colaborar con el padre para la adquisición de un pasaje aéreo al Estado Plurinacional de Bolivia, sin intención de realizar algún tipo de aporte a la actividad que materializó J. G. L.

A su turno, el letrado M. Á. A. A. cuestionó la calificación jurídica del hecho atribuido a su defendido, el que –a su criterio- se subordina típicamente -por el principio de especialidad- en el artículo segundo, párrafo segundo, de la ley 24.270.

Por su parte, en representación de la querellante M. E. Á. - presente en la audiencia-, el doctor D. P. C. solicitó que se homologue el auto apelado; en tanto por el Ministerio Público Fiscal, la doctora A. P. indicó los motivos por los que -a su entender- debía mantenerse la significación discernida por el señor juez de grado y confirmarse el temperamento adoptado respecto de la imputada L., quien –según expuso- habría realizado un aporte secundario al hecho.

II. El juez Mauro A. Divito dijo:

Respecto de la situación de J. G. L.

Luego de escuchar a las partes y examinar las actuaciones, estimo que los agravios expuestos por la defensa de J. G. L. -ceñidos a la calificación legal aplicada- deben ser tratados por la Sala ya que son susceptibles de ocasionar un gravamen irreparable, particularmente por la situación de detención preventiva que padece aquél.

Al respecto, en cuanto aquí interesa, no se halla controvertido que -en junio del año pasado- el nombrado se llevó al extranjero a su hija A., sin contar con la necesaria autorización de la madre de la niña, y que

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7
CCC 36991/2017/CA3 – “L., J.”. Procesamiento. Sustracción de menores. Juzg. Nac. Crim. y Corr. N° 32.

viajó por distintos países -eludiendo la búsqueda emprendida por las autoridades- hasta que fueron localizados, en febrero del corriente, en Indonesia.

Aunque el señor juez de la instancia anterior consideró dicha conducta como constitutiva del delito de sustracción de menor (art. 146 del CP), entiendo que el encuadre legal debe modificarse, pues esa figura -según se verá- fue acuñada para penalizar hipótesis diferentes a la del *sub examine* y, además, su aplicación al caso dejaría carente de contenido al tipo previsto en el art. 2, párrafo segundo, de la ley 24.270.

En ese sentido, si bien existen opiniones encontradas sobre el punto, debo decir que comparto -en lo sustancial- el criterio del profesor Sebastián Soler, quien recordaba que el origen de la fórmula que contempla el art. 146 remite al llamado “robo de niños”, es decir, a la hipótesis de quien se lo sustrae “a los padres” (*Derecho Penal Argentino*, tomo IV, TEA, Bs. As., 1992, p. 63), tradicionalmente considerada -claro está- como particularmente grave. Sobre esa base, negaba -decididamente- que los padres pudieran ser sujetos activos de este ilícito y explicaba que los códigos extranjeros que admitían tal posibilidad concebían el delito como una “*ofensa exclusiva a los derechos tutelares*” (id., p. 67).

Añadía que, en relación con la legislación italiana, para excluir a los padres como sujetos activos de este delito, se acudía al “*empleo de la palabra ‘genitori’, en plural, hecho por la ley*” (id., p. 68), que -como puede verse- es una fórmula muy similar a la que contiene nuestro art. 146, que alude textualmente a la sustracción del menor “*del poder de sus padres*”. Esta mención, precisamente, desdibuja la interpretación sostenida en el auto apelado, en el sentido de que el progenitor -que no ha sido privado de su responsabilidad parental- podría ser autor de la infracción.

A partir del estudio efectuado, el maestro Soler deducía, con criterio que suscribo, que “*la figura, para nuestra ley, es algo muy distinto*

de la pura ofensa a derechos familiares, y consiste en hacer desaparecer al menor, en robarlo a los padres” (id., p. 68).

En la misma dirección reflexionaba en función de la severidad de la pena, destacando que si bien *“la amenaza penal no forma parte del tipo... es un poderoso elemento para descubrir el sentido de la figura sobre todo por comparación con las penas que merecen otras figuras correlativas” (id., p. 69).* Tales consideraciones me parecen adecuadas para juzgar el presente caso, particularmente al ponderar que el art. 146 del CP establece una escala penal de cinco a quince años de reclusión o prisión, es decir, la misma que para la figura básica del secuestro extorsivo (CP, art. 170, primer párrafo, primera parte), comparación que -a mi juicio- no hace más que reforzar la idea de que la conducta allí tipificada es la de quien sustrae un niño a sus padres -como se extrae del tenor literal de la fórmula típica- mas no abarca una hipótesis como la aquí tratada.

Por lo demás, el criterio que aquí sostengo –en cuanto excluye a los padres de la persona menor de edad como sujetos activos del delito del artículo 146 del Código Penal- ha sido seguido por la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional (Sala III, causa N° 28157/2014, caratulada *“S., M. E. s/sustracción de menor”*, del 19 de mayo de 2016).

Avala estas ideas la circunstancia de que, a diferencia de la época en que Soler escribió su obra, la legislación actual expresamente contempla como delito -con una pena de seis meses a tres años de prisión- el acto del *“padre o tercero que para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente, lo mudare de domicilio sin autorización judicial”* y establece una sanción mayor si *“con la misma finalidad lo mudare al extranjero, sin autorización judicial o excediendo los límites de esta autorización”*, supuesto en el que las penas *“se elevarán al doble del mínimo y a la mitad del máximo”* (ley 24.270, art. 2). Dicha fórmula -a la que correspondería una escala penal de un año a cuatro años y seis meses de prisión- abarca, según entiendo, los hechos acreditados de esta causa, en tanto importaron, en principio, el traslado -no autorizado- de la niña a

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7
CCC 36991/2017/CA3 – “L., J.”. Procesamiento. Sustracción de menores. Juzg. Nac. Crim. y Corr. N° 32.

países lejanos, presumiblemente con el propósito de dificultar el contacto con su madre.

En ese sentido, si el hecho de llevarse ilegítimamente un hijo al extranjero -que es lo ocurrido en este caso- se considera constitutivo de una sustracción de menores en los términos del art. 146 del Código Penal, resulta verdaderamente difícil entender cuáles serían los supuestos alcanzados por el art. 2, segunda parte, de la ley 24.270, que -precisamente- describe dicho comportamiento como ilícito.

En particular, dado que la figura recién mencionada incluye la ultraintención de impedir el vínculo con el otro progenitor, resulta razonable entender que abarca tanto las hipótesis en las que éste conoce el lugar en el que se encuentra su hijo como aquéllas en las que lo ignora, con mayor razón al ponderar que la fórmula legal no contiene aclaraciones que conduzcan a inferir que el último supuesto ha quedado excluido de manera tácita.

En conclusión, por las razones expresadas hasta aquí, me inclino por confirmar el punto I de la resolución de fs. 2237/2266, pero modificando la calificación legal asignada al hecho atribuido a J. G. L., que se ajusta a la figura prevista en el art. 2, segunda parte, de la ley 24.270.

Respecto de la situación de M. S. L.

No se encuentra controvertido que la imputada –el día 19 de junio de 2017, a las 19:00- acompañó a sus padres J. G. e I. B. G. a la entrevista que éstos mantuvieron con el abogado de J. G. L., F. M. B., en el local “E. D.”, sito en la intersección de las avenidas y, de este medio.

Del mismo modo, con las constancias lucientes a fs. 1138 y 1154, se ha corroborado que el 19 de junio de 2017 –después de la aludida reunión (conf. fs. 1740 vta.)- M. S. L. adquirió los pasajes utilizados –el día siguiente- por su padre para viajar al Estado Plurinacional de Bolivia, donde entregó a su hijo J. G. –acorde surge de fs. 1222 vta.- una carpa y un chaleco salvavidas de A. –entre otros enseres- y presumiblemente dinero,

ya que los días 16 y 19 de junio de 2017 J. G. L. concurrió –junto a su cónyuge- a la caja de seguridad que poseen en el Banco (fs. 43 del Anexo 3).

Tales elementos de juicio y la coincidencia temporal de la reunión mantenida con el abogado, donde éste comunicó que el objetivo de J. G. L. era “seguir viajando” (fs. 1740 vta.), y la adquisición de pasajes por parte de la imputada, valiéndose de las facilidades con que contaba por ser empleada de “A. A. S. A.”, alcanzan a estas alturas para agravar la situación procesal de la imputada en los términos del auto apelado.

Ello, debido a que las probanzas evaluadas permiten inferir que aquélla, impuesta del plan de su hermano y el fin asistencial del viaje de su padre, decidió aportar los boletos aéreos que pagó y obtuvo en virtud de su condición de azafata de la empresa aérea utilizada, logrando así que su padre viajara con premura a Bolivia, donde él habría asistido a su hijo J. G. para que continúe el itinerario por el extranjero con la menor A.

En tales condiciones, voto por homologar lo decidido respecto de M. S. L.

III. El juez Mariano A. Scotto dijo:

En torno al agravio desarrollado por la defensa de J. G. L., la evaluación de las singularidades del caso del *sub examine*, conducen a compartir la calificación legal discernida en el auto recurrido.

En ese sentido, se repara en que el causante -valiéndose del régimen de visitas acordado con la querellante- primero ocultó a su hija A. L. Á. en un domicilio del barrio cerrado "L. M." y luego, tras sucesivas paradas en la provincia de Jujuy y en el Estado Plurinacional de Bolivia –al que ingresó sin autorización vigente-, la condujo -junto con la imputada R.- con destino final a Malasia, donde se identificaron con otros nombres y llamaron a la menor con el nombre de "C."

Esta situación se extendió desde el 5 de junio de 2017 hasta la primer semana del mes febrero pasado (fs. 1972/1974), ocasión en la que se detuvo a L. y a R. en la República de Indonesia, y durante ese período la

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7
CCC 36991/2017/CA3 – “L., J.”. Procesamiento. Sustracción de menores. Juzg. Nac. Crim. y Corr. N° 32.

niña fue impedida de tener algún tipo de contacto con su madre, a quien no se le aportó ningún dato que le permitiera conocer el paradero de aquélla.

Tales circunstancias –a mi criterio-, lejos de configurar una retención que priva a uno de los progenitores de vincularse –de hecho- con su hijo, cuyo paradero es sabido en razón de que -precisamente- se encuentra con el otro padre en un lugar de residencia conocido, relevan la desaparición de la menor despojada a su madre, y la subordinación típica de tal suceso en la figura del artículo 146 del Código Penal (conf. en ese sentido, Núñez, Ricardo C., “Tratado de Derecho Penal”, Tomo IV, Lerner, Buenos Aires, 1978, p. 62; y Creus, Carlos, “Derecho Penal Parte Especial”, Tomo I, 4ª edición actualizada, Astrea, Buenos Aires, 1993, pág. 343).

La controversia que se origina tanto en la doctrina y la jurisprudencia en lo que respecta al delito denominado sustracción de menores de 10 años, versa en torno a saber si los progenitores pueden ser sujetos activos de la figura penal que prevé el artículo 146 del Código Penal; no obstante, en mi opinión, la descripción del tipo plasmada en el digesto de fondo no excluye esa posibilidad.

Así, los progenitores pueden ser sujetos activos del delito de sustracción de menores, porque si el padre, como en el caso de autos, frustró el régimen de visitas fijado en la justicia civil e impidió por el lapso de ocho meses que la niña vea a su madre, y para ello la sacó del país con destino desconocido, ocultó la identidad mientras escondía a la menor en distintos países, tal actitud permite incluirlo dentro de la figura penal que prevé el artículo 146 del Código Penal (ver en similar sentido C.C.C., causa N° 20.244 “O., B. J.”, Sala I del 15/07/03).

Por otra parte, cabe recordar que tal figura no requiere ninguna característica especial en el sujeto activo, lo que lleva a inferir que puede ser cualquier persona, incluso el progenitor que no ha sido privado de la responsabilidad parental. Al respecto, se sostuvo que *“lo que se pretende tutelar primordial y directamente es la libertad del infante*

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7
CCC 36991/2017/CA3 – "L., J.". Procesamiento. Sustracción de menores. Juzg. Nac. Crim. y Corr. N° 32.

(representada por ambos padres, por razones de edad) que puede afectar indirectamente a la familia, por lo cual el proceder de uno de los progenitores que, unilateralmente aparte al niño de [la] custodia del otro padre, incurre en la comisión del delito analizado (sustracción de menores)...[en tanto] el niño es el hijo de ambos padres y, salvo resolución judicial en contrario, los dos tienen derecho razonable a convivir con su hijo. El propio tipo penal no hace salvedad alguna, y entender lo contrario sería liberar al [imputado] por la simple razón de no haber sido desposeído de la patria potestad" (Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, Causa N° 5105, "P., L. A. s/recurso de casación", del 26 de febrero de 2007).

Desde otra perspectiva, adviértase que la figura legal en cuestión, tiende también a resguardar el libre ejercicio de las potestades sobre los menores, que surgen de las relaciones de familia, y que, originariamente o por delegación, corresponden a determinadas personas, pero en el supuesto de autos, J. G. L. no sólo se llevó a su hija de la escuela y no la devolvió, sino que, por el contrario, la ocultó de la madre en el extranjero, haciéndola desaparecer.

Vemos en consecuencia, conforme las pruebas reunidas hasta el momento que, en lo que respecta a la esfera subjetiva de la estructura del delito tratado, emergen circunstancias que permiten convenir en que el objetivo del imputado estuvo destinado a afectar la libertad individual de su hija al privarla del contacto con su madre sin respetar su centro de vida, y asimismo, privar a ésta del ámbito de custodia que tenía de la misma.

Todas estas consideraciones hacen conjugar concurrentemente los elementos típicos de la figura que describe el artículo 146 del Código Penal, al evidenciarse que el acusado tuvo el conocimiento y voluntad de expoliar a la niña de la esfera de resguardo de su progenitora.

Finalmente, en cuanto atañe a la situación de M. S. L., adhiero a la valoración desarrollada por el juez Divito.

Así voto.

IV. El juez Julio Marcelo Lucini dijo:

Tras haber oído la grabación de la audiencia celebrada, sin preguntas que formular a las partes y luego de haber deliberado, por compartir sus fundamentos, adhiero a la solución propuesta por el doctor Mariano A. Scotto.

Al respecto, la cuestión en la que debo intervenir fue y es materia de discusión con distinta proyección en doctrina y jurisprudencia, para formalmente encontrar adecuación típica en el artículo 146 del Código Penal o en los supuestos previstos por la ley 24.270.

A partir de lo resuelto por la Sala VI en la causa N° 1947, “I., V. s/procesamiento”, del 14 de febrero de 2013, -en que revertí mi postura-, atendiendo particularmente la incidencia de los Tratados Internacionales hoy incorporados a nuestra Constitución Nacional en materia de menores (Convención de los Derechos del Niño) es que considero que debe atenderse puntualmente cada uno de los casos en examen.

En el presente estaría verificada la conducta del progenitor a sacar del país al menor, trasladarlo por otro hasta finalmente radicarse en Indonesia, utilizando otras identidades y evitando en todo momento que el otro progenitor conozca su paradero.

El doctor Cristian Cúneo Libarona en el artículo publicado por la revista “La Ley” el 17 de agosto de 2004 destaca que *“quien sustrae al menor, si o si impide el contacto pero no todo el que impide sustrae”*, lo que trae a colación una figura residual que recepta la acción en estudio y así la necesidad entonces de un eventual debate para que se precise el alcance.

Por tal razón más allá de lo que en el marco del artículo 401 del Código de Procedimiento en lo Criminal se establezca, llamado a intervenir en la disidencia planteada comparto la postura de mi colega, el doctor Mariano Scotto.

Así voto.

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7
CCC 36991/2017/CA3 – “L., J.”. Procesamiento. Sustracción de menores. Juzg. Nac. Crim. y Corr. N° 32.

En consecuencia, el Tribunal RESUELVE:

CONFIRMAR los autos documentados a fs. 1947/1963 y 2237/2266, en cuanto fueron materia de recurso.

Notifíquese, devuélvase y sirva el presente de respetuosa nota.

El juez Julio Marcelo Lucini integra el Tribunal en virtud del Acuerdo General celebrado el 1 de diciembre de 2017, pero no intervino en la audiencia oral con motivo de su actuación simultánea en la Sala VI.

Mauro A. Divito

(en disidencia parcial)

Mariano A. Scotto

Julio Marcelo Lucini

Ante mí: Marcelo A. Sánchez