

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

///nos Aires, 1 de junio de 2018.

### Y VISTOS:

I. Las defensas de L. A. B. y V. R. Z. (fs. 1330/1341); D. E. y A. E. B. (fs. 1345/1361); Raúl A. Del Valle (fs. 1313/1318); Marcelo Santiago Balbi (fs. 1324/1325); S. F. E. y Julio Ramón Francisco Guaita (fs. 1362/1365 y 1366/1372); Daniela Kairuz (fs. 1326/1329) y N. P. R. (fs. 1319/1323) recurrieron la decisión extendida a fs. 1221/1297, mediante la que se dispuso el procesamiento de todos los nombrados en orden al delito previsto en el art. 146 del Código Penal, en calidad de coautores, a excepción de B., a quien se consideró partícipe secundario.

Además, las de Balbi, Kairuz, B., Z. y Guaita, se agraviaron en torno al monto del embargo fijado en dos millones doscientos mil pesos (\$ 2.200.000).

Durante la audiencia oral tomaron la palabra, en el siguiente orden, los Dres. Francisco D'Albora y Guillermo Leguizamón –por la defensa de B. y Z.-; el Dr. Juan Seco Pon –por la de E. y B.-; el Dr. Néstor J. Tenca –por la de Del Valle-; el Dr. Ernesto Nahijhian –por la de Balbi-; el Dr. Luis Felipe Ricca –por la de E. y Guaita-; los Dres. Horacio Carrazza y Arturo César Goldstraj –por la de Kairuz- y la Dra. Paula Cortea –por la de R.-.

Luego de las exposiciones de los recurrentes, tomó la palabra por el querellante L. F. –presente en el acto-, el Dr. Santiago Gabriel Bertinat Gonnet, que compareció junto a la Dra. Susana Terenzi y también lo hizo en representación de la niña involucrada, la Sra. Defensora Pública de Menores, Dra. María Luz de Fazio.

Se dejó constancia en la audiencia de que el Sr. Fiscal General a cargo de la Fiscalía General nº 2, Dr. Ricardo Sáenz, no compareció.

### **II. Los agravios expuestos en la audiencia.**

a. Por la defensa técnica de L. A. B. y V. R. Z., informó el Dr. Francisco D'Albora, acompañado por el Dr. Guillermo Leguizamón.

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

Formuló críticas en torno a las tres decisiones que recurrió –el rechazo tanto de la excepción de falta de acción como del planteo de nulidad; y los procesamientos y embargos- en conjunto, por entender que encuentran matices en común.

En tal sentido, expresó que se trata un conflicto humano, en el que se distorsionó el alcance de un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incurriéndose en una interpretación errónea. Consideró que en el caso se pretende afectar una adopción simple pasada en autoridad de cosa juzgada material y formal y que debe existir estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, en la medida en que es presupuesto de la seguridad jurídica.

Recordó que se trata de un trámite de guarda y adopción de una niña que se inició hace dieciocho años -edad próxima a cumplir por la menor-, en la provincia de Entre Ríos, en el que intervinieron todas las instancias judiciales, incluido el Tribunal Superior de Justicia, y del Ministerio Público y resultan coimputados algunos de sus integrantes, seleccionados de forma arbitraria y -a su vez- la madre biológica, vecinos y otras personas, de la sustracción y retención de la menor (art. 146 del Código Penal).

Por otro lado, destacó la mala actuación de la representación del Estado Nacional ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al dejar vencer términos y ofrecimientos de prueba; y luego el apuro por cumplir el mandato supranacional, reeditando cuestiones perimidas. A su vez, destacó que quien resolvió los procesamientos ahora cuestionados no tuvo contacto con los imputados, pues las indagatorias se llevaron a cabo durante la subrogancia de otra magistrada.

En cuanto al procesamiento estimó el recurrente que se halla carente de motivación, pues se sustenta únicamente en la postura del querellante y en una declaración -de O. A.- obtenida por el fiscal actuante

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

en la provincia de Entre Ríos. Por otra parte, aclaró que sería una testigo de oídas, que ofrece opiniones y no refiere hechos percibidos. Resaltó el defensor que sus asistidos siempre estuvieron a derecho, no sustrajeron ni retuvieron a la niña, cuya entrega nunca les fue ordenada. Por otro lado, señaló que el juez invocó el artículo 146 del Código Penal, pero sin precisar los extremos que permitirían subsumir en él la conducta de los imputados.

Agregó la defensa que cuando el juez volvió a delegar la causa a la Fiscalía, el fiscal subrogante violó la unidad de actuación al ignorar la posición previa de ese mismo Ministerio. Así seleccionó la prueba que le permitía avalar la imputación y desechó la que no servía, razón por la que postula que su intervención es nula al igual que las pruebas traídas de ese modo.

Señaló, que ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se planteó la sustracción de la menor, sino el hecho de no haberse permitido ejercer sus derechos al padre, desconociendo así los de la niña.

Por último se agravió respecto del embargo, manifestando que el querellante ya fue indemnizado por el Estado y no hay reclamos civiles, por lo que pidió que se reduzca el monto fijado.

**b.** Por la defensa oficial de E. y B. el Dr. Juan Carlos Seco Pon solicitó el sobreseimiento de sus asistidos.

Sus agravios respecto de la imputación contra E. se fundaron en la falta de tipicidad, pues no sabía quién era el padre de la niña al darla en adopción y, por su parte, F. desconocía lo que ocurría.

Señaló que E. en su declaración indagatoria aseguró que durante el embarazo F. jamás manifestó inquietud por saber si era el padre. Por tal circunstancia entendió que no había padre en sentido jurídico.

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

Por otro lado, alegó un posible estado de necesidad, pues el mismo F. reconoció que la nombrada a veces "no tenía para comer", extremo que denotaba su situación de vulnerabilidad. Ello, sumado a su experiencia con su otra hija de tres años, a la que cuidaba sola, podía persuadirla acerca de que era mejor para su hija por nacer que la adoptase un matrimonio en mejor situación que ella.

Asimismo, reconoció la irregularidad del acta de entrega y que la imputada les pidió a los padres adoptantes que le alquilaran un departamento en la ciudad de Paraná, Entre Ríos, aunque esto fue por la vergüenza que le provocaba regresar a Rosario del Tala, sin perjuicio de que volvió a la semana.

Agregó que E. no decidió dar a luz en Victoria, sino que fue llevada hasta allí, donde el médico le dijo que estaba anémica y debía realizarse la cesárea en ese momento, confiando aquélla en lo que le decía el profesional.

Aunque F. hubiera podido reconocer a la niña antes -de haber nacido en Rosario del Tala-, estimó la defensa que la realidad biológica de la menor era incierta, pues fue necesario concretar un estudio genético para determinar si aquél era el padre, práctica con la que E. estuvo de acuerdo, lo que pone en evidencia la duda que ella también tenía al respecto.

Señaló el defensor que la testigo A. sostuvo que E. presentaba dificultades económicas y que le faltaba "de todo", extremo que corrobora el informe ambiental confeccionado, al referir que percibía 80 pesos por mes y a veces "no tenía para comer", situación que llevó a la imputada a dar en adopción a su hija para que -según dijo- tuviera un futuro mejor.

Por otro lado manifestó que si bien el Dr. Guaita aseguró que E. se encontraba lúcida a 15 horas de haberse practicado la cesárea, ello

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

no implica que tuviera capacidad plena para decidir, extremo que no se consignó en el acta labrada en tal oportunidad.

Destacó que se está revictimizando a una madre que no tenía poder real sobre el desarrollo de los acontecimientos.

Sostuvo que E. no vendió a la niña y solamente se pagaron los gastos de la clínica y el alquiler de una habitación en la ciudad de Paraná, Entre Ríos.

Respecto de la imputación dirigida a B. -por haberle prestado su automóvil a R. a fin que llevara a E. a la ciudad de Victoria para dar a luz-, manifestó la defensa que se trata de un hombre que, por su profesión de peluquero, prestaba siempre su vehículo, que aquella vez no consultó a R. para qué lo quería pues se trataba de un conocido, y que jamás supo el destino dado, por lo que su conducta no importaría una participación típica.

Si bien A. aseguró que alguien la había visitado para que vendiera a su hija y luego fueron a ver a E., nunca mencionó a B.

Por último, destacó que en la resolución del más alto Tribunal en esta causa, B. y E. no fueron citados.

c. Por la defensa de Raúl Del Valle, informó el Dr. Néstor Tenca y solicitó el sobreseimiento de su asistido ante la prueba insuficiente, así como que se reduzca el monto del embargo trabado.

Expuso que Del Valle -juez que intervino en los procesos de guarda y adopción- otorgó la adopción simple de la niña, protegiendo los derechos del padre.

Indicó que -según declaró ese magistrado- no había en un principio pruebas de la paternidad de F.

Respecto a la entrega y guarda, legalmente no había impedimento, sobre todo porque intervenía un defensor oficial y se contaba con la conformidad de la madre.

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

Dijo también que su asistido siempre tuvo como objetivo el interés superior de la menor, la cual tenía una madre que quería darla en adopción y un padre inexistente.

Respecto de la manipulación de los plazos procesales, indicó que en la resolución no se ha explicado en qué consistió, ni se hizo referencia a las leyes procesales de la provincia.

Por otra parte, apuntó que las circunstancias personales de F. no garantizaban el bienestar de la menor y sí lo aseguraban las del matrimonio guardador.

Agregó que la decisión referida a la guarda fue avalada en instancias posteriores, pues si bien la Cámara de Apelaciones la revocó, el Superior Tribunal de Entre Ríos homologó lo resuelto en primera instancia, motivo por el cual la demora en todo caso se habría verificado en órganos superiores, en tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos tardó siete años en dictar sentencia.

Alegó que la intervención del imputado se circunscribió a la guarda, el primer encuentro de F. con la niña y el otorgamiento de la adopción simple y luego, en el año 2006, comenzó a intervenir una jueza que tardó otros cuatro años para resolver sobre el derecho de visitas y seis para proveer la segunda reunión entre F. y M.

En cuanto a la amistad o conocimiento con el Dr. E., patrocinante del matrimonio adoptante, adujo que Victoria es una ciudad chica, con pocos abogados y se conocen todos.

A su vez recordó que a Del Valle se le atribuye haber orquestado un plan criminal, para que Balbi dictaminara sobre la conveniencia de contar con un informe psicológico que recomendara otorgar la guarda de la menor al matrimonio imputado; y haber manipulado la lista de peritos para designar a Kairuz y excluir del trámite a la asistente social, también de apellido Balbi. Empero, según se estableció

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

veinte años después, en la ciudad de Victoria sólo hay dos peritos psicólogas.

Alegó que Del Valle nunca habría puesto en riesgo su carrera para torcer un procedimiento en favor de un matrimonio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Sostuvo la defensa que no hubo manipulación de pruebas, que todas las decisiones fueron homologadas y se resolvió ajustado a derecho. Explicó que aquí se plantea una controversia de paradigmas, convicciones personales o religiosas que hacen que para un juez sea mejor respetar la consanguinidad a rajatabla y para otro -como pasó en este caso- priorizar otras seguridades: sanitarias, ambientales, etc.

En torno al monto de embargo, se agravió por resultar exorbitante, señalando que ya hubo una reparación económica respecto de F.

**d.** Por la defensa de Marcelo Santiago Balbi el Dr. Ernesto Nahijhian solicitó su sobreseimiento, destacando que la niña fue entregada voluntariamente por la madre, única representante de la menor a esa fecha.

Indicó que no puede decirse que Balbi participó en la retención, porque los adoptantes no estaban reteniendo a la niña; fueron guardadores a los que nunca se les exigió la entrega ni la devolución, de modo que jamás la sustrajeron. Dijo que Balbi solo emitió dictámenes a pedido del juez natural, basados en su personalísimo criterio en torno a lo que en ese momento entendía como interés superior del niño.

Postuló que el imputado en todo caso habría obrado por error, por lo que no se le puede atribuir un accionar doloso y que el dictamen de Balbi no era vinculante para el juez, y que aquél obró de buena fe.

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

Al embargo lo consideró excesivo, por haber recibido F. una reparación de doscientos mil dólares de parte de la provincia de Entre Ríos.

e. Por la defensa de S. F. E. y Julio Ramón Francisco Guaita el Dr. Luis Felipe Ricca solicitó el sobreseimiento de sus asistidos basado en que hay un desconocimiento de las normas civiles, que también provocó el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, destacando que el acta de entrega no es un acto administrativo.

En cuanto a Guaita -defensor oficial- indicó que al momento de la entrega de la guarda no se tenía conocimiento de la identidad del padre y la madre nada manifestó en torno a ello y su actuación fue avalada por el fiscal de Rosario del Tala que investigó la supresión de identidad, con motivo de que inicialmente se pensaba que la beba había sido entregada sin dar intervención a la justicia.

Por último, adujo que fue sobreseído en un sumario disciplinario.

Sobre la imputación dirigida a E., destacó que éste actuó en su rol de abogado apoderado, pero nada resolvió y las demoras se debieron, según dijo el propio letrado de F., a que esperaban que el Tribunal Superior decidiera.

f. Por la defensa de Daniela Kairuz el Dr. Horacio Carraza, acompañado por el Dr. Arturo César Goldstraj, solicitaron su sobreseimiento y la reducción del monto del embargo.

Ante todo, adhirieron a los planteos de *ne bis in idem* y de cosa juzgada y agregaron que cuando fue imputada Kairuz propusieron que intervenga la justicia de la provincia de Entre Ríos, donde todo sucedió, pero ello aún no fue resuelto.

Explicaron que el defensor oficial Balbi requirió el informe de fs. 91 para conocer el daño potencial a la niña si se llegara a cualquier



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

decisión y aclararon que no consistió en una pericia, pues se trató de abordar cuestiones psicológicas teóricas sin constatación sobre la realidad.

Destacaron que Kairuz era la siguiente perito por orden de lista, que aceptó el cargo el 6 de abril de 2000 y pidió un anticipo de gastos de ciento cincuenta pesos que el juez le denegó. Agregaron que el juez había otorgado un plazo de diez días hábiles que vencía el 25 de ese mes, motivo por el que pidió una prórroga el 24, y el 5 de mayo -fecha del próximo vencimiento- presentó su informe.

Por último, manifestaron que Kairuz no podía ir más allá de su cometido, pues se le encomendó dictaminar en torno a un tema científico, sin tener posibilidades de preguntar al juez qué iba a resolver.

**g.** Por la defensa oficial de N. P. R. informó la Dra. Paula Cortea, solicitando el sobreseimiento de su asistido.

Sostuvo que se trató de una imputación forzada, basada solamente en lo que introdujo la testigo A., que no fue admitido por su defendido al prestar declaración indagatoria.

A su vez, destacó que E. manifestó no haber recibido ayuda de nadie, siquiera de F.

Alegó que la imputación dirigida a R. se contrasta con el hecho de que si E. hubiera recibido ayuda y mercadería habría llegado en mejores condiciones al parto, mas se decidió que debía practicarse una cesárea por su bajo peso y deficiente estado nutricional.

En punto al supuesto contacto entre el imputado y el matrimonio adoptante, si bien R. lo reconoció, recordó que éste es un militante de la Unión Cívica Radical al que B. y Z. llegaron por intermedio del senador L. y que cuando se enteró del embarazo de E., se acercó a ésta, quien le aseguró la intención de dar al bebé en adopción.

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

Destacó que E. dijo que realizó todos los trámites sola, que incluso viajó "haciendo dedo", por lo que no es posible que R. haya ido al juzgado como dijo A.

Asimismo, que no puede considerarse objetivamente típica la conducta ya que ello supondría la oposición de un progenitor y en este caso, no había uno conocido.

Desde la faz subjetiva, afirmó que tampoco sabía R. de la existencia del padre, ya que el propio F. no lo sabía con certeza. Además, conocía de la intervención judicial en el proceso de guarda, por lo que mal podía creer que se estaba actuando irregularmente.

Tampoco puede afirmarse la coautoría de su asistido, pues no tenía vínculo con los funcionarios judiciales.

**h.** En representación del querellante L. F. informó el Dr. Santiago Gabriel Bertinat Gonnet, junto a la Dra. Susana Terenzi.

En el incidente de nulidad solicitó que se confirme lo resuelto, pues el fiscal que intervino inicialmente nada mencionó respecto al fondo de la cuestión ni a los efectos de la causa de la provincia de Entre Ríos; solamente pidió la litispendencia y éste fue el motivo del archivo.

Tampoco hubo desde la fiscalía manifestación expresa de no impulsar la acción y la Procuración General de la Nación lo hizo en la presente.

Respecto al incidente de falta de acción requirió su rechazo, pues consideró que no se verifica la identidad de personas, al no haber imputaciones dirigidas a Z. y B. en las causas tramitadas en la provincia de Entre Ríos, destacando que se trató de pedidos de informes y en particular que en la causa N° 537/2000 -a fs. 18- consta que su objetivo era incorporar mayores datos para que F. pudiera ejercer acciones en el fuero civil, mientras que en la N° 7197/2005 el fiscal pidió la desestimación y el

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

archivo, porque en el expediente civil no se advertía la comisión de delito alguno.

Asimismo, manifestó que la complejidad de este legajo no fue abarcada por el de Entre Ríos, por lo que no coinciden los objetos procesales, siendo la primera vez que se trata este caso en las presentes actuaciones.

Sobre los procesamientos planteó que todos los imputados participaron en calidad de coautores, tomando parte en la sustracción y retención de la menor, que fue sustraída de su padre, afectando sus derechos.

En cuanto a la etapa de la sustracción, además de la intervención de E., B. y Z., destacó que Guaita, al confeccionar el acta, vulneró el artículo 318 del antiguo Código Civil que prohibía la entrega de niños mediante acto administrativo, más allá de los cuestionamientos que hacen las partes respecto a su naturaleza, mientras que R. participó contactando a E. y B. facilitó su automóvil para el traslado.

La retención se efectuó, a su juicio, cuando F. tomó conocimiento del nacimiento y se reconoció como padre de M., privándosele de ejercer la patria potestad y afectando tanto sus derechos como los de la niña, con la intervención –además de E., B. y Z.- del juez - Del Valle-, el abogado de Z. y B. -Espona-, la perito –Kairuz- y el defensor - Balbi- que intentaron cristalizar y convalidar una entrega inicial ilícita, demorando el juez la incorporación del examen de ADN -once días después de recibidos sus resultados-, para luego seguir con dilaciones a pesar de que F. había solicitado la restitución de su hija.

Kairuz tardó aproximadamente dos meses en realizar un informe –de menos de tres carillas- del que surgen meras citas y una conclusión tajante de que se afectaría a la niña, que -si bien no tenía carácter vinculante-, fue funcional al plan criminal.

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

Destacó así que a F. nunca se lo entrevistó con asistentes sociales para evaluar si se encontraba en condiciones materiales y funcionales de criar a la niña.

Agregó que también se dilató el juicio de visitas promovido por F., siendo que Del Valle se negó a dictar sentencia y permitió sólo un encuentro breve en un lugar inapropiado -un hotel con casino-, de modo que hubo únicamente tres encuentros en doce años, circunstancia que claramente dañó a la menor.

Por ello, sostuvo la querrela que los nombrados permitieron que la retención continúe.

En cuanto a E., invocó la doctrina y jurisprudencia según la cual la madre puede actuar, en los términos del artículo 146 del Código Penal, y que la opinión contraria no es aplicable a quien –como E.- nunca ejerció la tenencia porque entregó a la niña a las quince horas de nacida, motivo por el cual considera que debe confirmarse su procesamiento.

Respecto al embargo, sostuvo que el juez debe ponderar el daño producido, hace casi dieciocho años, por un delito continuado. Informó que no hay aún reclamo civil iniciado y que corresponde contemplar los honorarios de los abogados, casi todos con defensa particular.

i. Por la Defensoría Pública de Menores e Incapaces ante los Tribunales Orales en lo Criminal N° 1, informó la Dra. María Luz de Fazio, quien argumentó que la víctima nació, vivió y se encuentra actualmente en conflicto, siendo vulnerado su derecho a que se resuelva su situación en tiempo oportuno.

Al respecto, señaló que más allá de que el daño hecho no tiene reparación, es importante llegar a una solución definitiva.

Resaltó que la niña está próxima a cumplir los dieciocho años, por lo que cuando adquiriera la mayoría de edad podrá ejercer todos sus

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

derechos, participar en el proceso y disponer de la indemnización para ella.

Concluyó que en beneficio de la niña el caso no debe seguir dilatándose.

**III.** Iniciado el examen de las actuaciones, se produjo el apartamiento del juez Scotto -cuya excusación fue aceptada-. En función de ello, más allá de que en su reemplazo resultó sorteado el juez Bunge Campos, la deliberación continuó entre los jueces Lucini y Divito, que arribaron por unanimidad a una decisión, de acuerdo con los votos que se transcriben a continuación.

### **IV. El juez Mauro A. Divito dijo:**

#### **a. Reseña de las imputaciones.**

Tal como se desprende de la resolución apelada, el señor juez de la instancia anterior estimó acreditado -con los alcances que establece el art. 306 del CPPN- que los aquí imputados incurrieron -todos ellos como coautores, salvo B., quien fue considerado un partícipe secundario- en el delito previsto en el art. 146 del Código Penal, al haber intervenido en la sustracción a L. F. de su hija M. -inscripta, cuando él la reconoció, como M. F. y, finalmente, bajo el apellido B. Z.- desde el nacimiento de la niña, ocurrido el día 16 de junio de 2000, en la ciudad de Victoria, Provincia de Entre Ríos y hasta la actualidad, ya que ella fue trasladada a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde se la retuvo.

En prieta síntesis, las imputaciones respectivas se formularon sobre la base de las siguientes conductas:

1.- D. E., pese a estar embarazada de L. F. -ambos oriundos de Rosario del Tala, provincia de Entre Ríos-, le negó que él fuera el padre y, poco después de nacer la niña, la entregó sin el consentimiento de aquél a un matrimonio que pretendía adoptarla, luego de lo cual se mudó a la ciudad de Paraná; tras regresar a su pueblo, inicialmente le mintió tanto a

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

F. como a una funcionaria de la Defensoría de Pobres y Menores acerca del paradero de la niña, mas posteriormente admitió que la había entregado en guarda, aunque siguió sosteniendo que F. no era el padre; y finalmente, una vez que se verificó la paternidad de éste mediante un examen de ADN, manifestó ante el juez interviniente su oposición a que la niña le fuera entregada al progenitor.

2.- P. R. habría contactado a D. E., ofreciéndole que entregara a la criatura por nacer en adopción y luego la vinculó con el matrimonio B.-Z.; promediando los ocho meses de embarazo, comenzó a visitar a la nombrada y, en distintas oportunidades, se acercó a entregarle alimentos y otros productos que diferían notablemente de los que comúnmente entregan las dependencias estatales para personas necesitadas en el marco de planes de ayuda social, hasta que una madrugada, en fecha cercana al parto, se hizo presente en el domicilio de D. E. con un vehículo marca Peugeot 504, y la trasladó hacia la ciudad de Victoria -ubicada aproximadamente a 100 kilómetros de allí-, lugar en donde iba a dar a luz a M. Además, posteriormente trasladó a E. a declarar a la ciudad de Victoria e incluso acompañó a B. y su letrado -Espona- a un encuentro que mantuvieron con L. F. y su abogado.

3.- A. B., vecino de Rosario del Tala, proporcionó el mencionado automóvil para que D. E. fuera llevada a la ciudad de Victoria.

4.- L. A. B. y V. R. Z., ambos residentes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, previo acuerdo con los funcionarios judiciales locales que luego otorgarían una suerte de velo legal a la conducta, recibieron de manos de D. E. -sin el consentimiento de su padre L. F.-, el sábado 17 de junio de 2000, a M. -nacida el día anterior, en el Sanatorio ..... de la ciudad de Victoria, del que solventaron todos los gastos, al igual que los de la estadía en Paraná de la madre-, a quien luego trajeron a esta ciudad, donde la retuvieron hasta la actualidad.

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

5.- Julio R. F. Guaita, Defensor de Pobres y Menores suplente de la jurisdicción, tras ser convocado para ese exclusivo fin por el propio L. A. B., se constituyó -un día inhábil- en el sanatorio y, a sabiendas de su ilegalidad y para dar apariencia legítima a la maniobra, redactó un acta que instrumentaba la "entrega en guarda provisoria" de la niña, en la que consignó que D. E. *"dejó expresa constancia de su voluntad de entregar a su hijo (...) en guarda provisoria con fines de futura adopción"* al matrimonio B.-Z. y que *"la manifestante expresa que la presente entrega se realiza de plena conformidad con la finalidad de que los señores B.-Z. tramiten la adopción plena de la menor cuya guarda se otorga por la presente dejando expuesta su expresa voluntad de no ser citada en todo trámite judicial de guarda y/o adopción plena que a los efectos se pudieran realizar"*, lo que posibilitó que la niña fuera trasladada a esta ciudad.

Además, según se extrae del expediente N° 944 caratulado "E., M. s/ guarda judicial", pese a haber tomado conocimiento el 11 de julio de 2000 acerca del reconocimiento efectuado por L. F., recién el 28 de agosto de ese año, es decir, más de un mes y medio después, Guaita informó al juez Del Valle respecto de dicha circunstancia, propiciando por primera vez su citación en los términos de la normativa civil vigente.

Y finalmente, con fecha 13 de octubre del mismo año 2005, siendo entonces fiscal provisorio de la ciudad de Victoria, recibió a D. E., quien denunció que *"estaba siendo acosada en Rosario del Tala en virtud de las repercusiones del ya conocido caso F."*, describiendo allí antiguas conductas de L. F. que hasta el momento no habían sido ventiladas y que lo colocaban en una posición desventajosa en el proceso, algo que resultó funcional a la decisión que el juez Del Valle adoptaría unas semanas después en el expediente N° 4707, otorgando -el 23 de diciembre de 2005- la adopción simple de M. al matrimonio B.-Z., pese a la expresa oposición de L. F.

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

6.- S. F. E., abogado de los pretensos adoptantes, logró que la situación descrita fuera convalidada por la justicia civil, al propiciar el otorgamiento de la guarda judicial de la niña, para lo cual se valió de las influencias que tenía -a raíz de su amistad- con el juez interviniente en los distintos procesos que se originaron -guarda, adopción y derecho de visitas-. Además, participó con L. A. B. de una reunión que mantuvieron con L. F. con el fin de persuadirlo para que desistiera de sus reclamos; empleó artificios dilatorios, como haber manifestado la imposibilidad de contactar al damnificado para notificarlo de la audiencia que se ordenara en el expediente de guarda; y, junto con quien dijo ser el padre de V. R. Z., le manifestó al Dr. G. F. B. -abogado de L. F.- que tenía "suficiente poder" como para solucionar la situación.

7.- Raúl Alberto Del Valle, el juez que intervino en los expedientes civiles sobre guarda, adopción y régimen de visitas, convalidó la violación de los derechos de L. F. en su condición de padre y de M. en su calidad de niña sustraída de su familia biológica.

En particular, se le atribuyeron las siguientes conductas:

-en el trámite del expediente N° 944, caratulado "E., M. s/ guarda judicial" -iniciado el 1° de Agosto de 2000-, convalidó la entrega inicial de la niña y dictó luego una resolución que permitió el mantenimiento de su retención;

-pese a haber sido informado el 28 de agosto de 2000 del reconocimiento efectuado por L. F., recién un mes después -el 27 de septiembre de 2000- Del Valle "ordenó" la citación, aunque sin consignar el modo en que su notificación debía efectivizarse, lo que en los hechos se tradujo en la incomparecencia de L. F. y el transcurso del tiempo;

-el 9 de noviembre de 2000 realizó una primera audiencia con las partes a la que asistieron el matrimonio B.-Z., el abogado E., E., Guaita, F. y B., en la que, en primer término, se ofreció al aquí querellante la



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

articulación de un régimen de visitas; y ante la negativa de F. y la insistencia del matrimonio B.-Z., "a fin de comenzar con una posible solución de este conflicto", el juez dispuso la práctica de un peritaje genético, comprometiéndose verbalmente con F. a disponer la restitución de la niña en caso de que el análisis resultase positivo;

-el referido estudio pericial fue llevado a cabo y el 30 de noviembre de 2000 el juez tenía a su disposición el resultado del examen que demostraba que la probabilidad de la paternidad de F. era del 99,9992%; sin embargo, el informe fue incorporado formalmente al expediente recién el día 11 de diciembre, mediante una simple providencia sin pronunciamientos sobre el fondo;

-a pesar del resultado del ADN y del compromiso que había asumido con anterioridad, Del Valle estimó imprescindible la realización de un informe psicológico que permitiera dar cuenta de los "posibles daños que podría sufrir la [niña] en caso de ordenarse la entrega [...] al padre biológico", de conformidad con lo que había solicitado, el 14 de marzo de 2001, el Defensor de Pobres y Menores Dr. Balbi;

-el 17 de mayo de 2001, en consonancia con la opinión previamente emitida por el defensor Balbi, en conocimiento del resultado del ADN y a contrario de la expresión de voluntad de L. F., otorgó la guarda judicial de la niña al matrimonio B.-Z. por el plazo de un año; y para fundar la decisión, el juez invocó que: a) la inexistencia de un "noviazgo formal de 12 meses" entre F. y E., el hecho de que la niña "no fue resultado del amor" ni "del deseo de formar una familia", y la existencia de una fuerte oposición de la madre biológica a la posible entrega de la niña a su padre, son circunstancias que "acreditan un real conflicto" entre los progenitores de la niña y "la ausencia de una familia biológica"; b) F. no había demostrado ningún tipo de interés ni colaboración con la madre antes del nacimiento de la niña, ni realizó ninguna presentación judicial para

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

resguardar el vínculo con la niña; c) resulta excesivo el plazo desde el nacimiento de la niña o del reconocimiento de la misma hasta la fecha de presentación en autos para reclamar su entrega; d) de entregarse la niña al padre biológico, no contaría con la familia biológica, faltándole la presencia materna; y e) sin dejar de evaluar los derechos del padre, prima el interés superior de la niña quien, a criterio de la perito, sufriría un daño irreparable si fuese entregada a F.;

-tras la promoción de un juicio reclamando su derecho de visitas ante el Juzgado Civil y Comercial de Rosario del Tala, cuyo magistrado a cargo, con fecha 13 de marzo de 2002, se declaró incompetente y remitió las actuaciones al Juzgado Civil y Comercial de Victoria, a más de un año de la presentación y frente a un reclamo del Dr. B., recién el 25 de noviembre de 2003 el juez Del Valle emitió un proveído en ese expediente y corrió vista al Ministerio Público para que se expida respecto de la competencia;

-recién el 8 de abril de 2005, dos días después de tomar conocimiento en el marco de los autos 4707/04 caratulados "F. M. s/ Adopción Plena", del registro de su mismo juzgado, respecto de la denuncia formulada por L. F. ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dispuso la concreción de una audiencia que tuvo lugar el 29 de abril de 2005 en la que se hicieron presentes L. F. y el matrimonio B.-Z. pero sin la niña, pese a que el juez había ordenado su convocatoria conjunta;

-después de otras dilaciones procesales, el segundo encuentro que L. F. tuvo con su hija se produjo, finalmente, el 21 de octubre de 2005, cuando M. ya contaba con cinco años y cuatro meses de edad, en el Hotel ..... de esa localidad de Entre Ríos, en presencia de una psicóloga propuesta por el matrimonio B.-Z. y un observador del Juzgado de Primera Instancia. El encuentro tuvo una duración de cuarenta minutos, lapso

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

temporal inferior al que había sido dispuesto en el expediente, ello con motivo de que en primera instancia, L. F. y su abogado habían concurrido al juzgado a cargo de Del Valle y allí, recién pasada la hora pactada para el inicio de la audiencia, un empleado de esa dependencia les comunicó que la entrevista se llevaría a cabo en el hotel indicado;

-el juez se pronunció rápidamente en el expediente N° 4707, otorgándole el 23 de diciembre de 2005, la adopción simple de M. al matrimonio B.-Z., solicitada por aquéllos pocos meses antes, pese a la expresa oposición que L. F. mantuvo a lo largo de la tramitación de ese expediente;

-con posterioridad, L. F. solicitó en varias ocasiones al juez que dictara sentencia sobre el régimen de visitas, pero obtuvo siempre respuestas evasivas; y el encuentro siguiente tuvo lugar en el año 2012 -siete años después- luego de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que declaró la responsabilidad del Estado argentino por la violación de los derechos de L. F. y los de la niña M.;

-el proceso de régimen de visitas continuó tramitando durante años siempre en sentido adverso a la pretensión de L. F. hasta que el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los términos ya indicados, instó a las autoridades del Estado, entre otras cosas, a velar por la reparación del daño causado por los acontecimientos recientemente señalados, para lo cual destacó la necesidad de llevar a cabo un proceso de revinculación paulatino.

8.- Marcelo Santiago Balbi impidió que cesara la retención pues no promovió la inmediata entrega de la niña a su padre biológico.

Concretamente, en su condición de Defensor de Pobres y Menores de la jurisdicción, el 12 de marzo de 2001, solicitó al juez interviniente la realización de un informe psicológico que permitiera dar

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

cuenta de los *"posibles daños que podría sufrir la [niña] en caso de ordenarse la entrega [...] al padre biológico"* y, posteriormente, sobre la base de aquél, emitió un dictamen negativo respecto de la guarda de la menor que solicitó L. F. –el 11 de mayo del año 2001-.

9.- Daniela Kairuz, perito psicóloga, realizó una presentación, pautada de antemano, en la que aconsejó mantener a la niña fuera del ámbito de tutela de su padre biológico. En concreto, demoró dos meses en presentar un breve informe que entregó el 9 de mayo de 2001, en el que, a través de la mera transcripción de citas bibliográficas, en menos de tres carillas y sin haber mantenido una sola entrevista o contacto con alguna de las partes, concluyó que *"sería sumamente dañino psicológicamente para la niña el traspaso de [la] familia a la que reconoce [...] a otra que desconoce, [y que] el alejamiento de la niña de sus afectos y de su ambiente sería sumamente traumático pudiéndole ocasionar daños emocionales graves e irreversibles, más aún [si] atravesó ya por una primera situación de abandono"*.

Sobre la base de las conductas apuntadas, en la instancia anterior los hechos fueron distinguidos en dos grandes etapas: la primera, consistente en la sustracción de M. del ámbito de custodia de su padre - que se concretó con la entrega de la recién nacida-, en la que tomaron parte R., B., E., B., Z. y Guaita; y la segunda, caracterizada por la retención de M. en esta ciudad -que se configuró cuando L. F. supo del nacimiento de la niña y reclamó su paternidad, sin obtener respuesta satisfactoria de los funcionarios actuantes- en la que intervinieron E., R., Guaita, B., Z., E., Balbi, Kairuz y Del Valle.

### **b. Sobre la relevancia penal de las conductas.**

A partir de la reseña efectuada precedentemente, estimo que resulta imprescindible -ante todo- realizar una minuciosa evaluación acerca de la relevancia penal asignada a los hechos en la instancia anterior.

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

En función de las particularidades del asunto, estimo conveniente en principio examinar la situación de E., B. y Z., para posteriormente referirme a los demás particulares que se hallan imputados y, finalmente, a quienes desempeñaban funciones públicas.

### **b) 1. Situación de E., B. y Z.**

Al respecto, debo señalar que no comparto la línea argumental seguida por el señor juez de grado -y avalada en la audiencia por la parte querellante-, para concluir en que los hechos investigados se adecuan a la figura penal prevista en el art. 146 del Código Penal, que amenaza con penas privativas de la libertad al 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"*.

En torno a esta figura, en una oportunidad anterior (cfr. mi voto en la causa 36.991/2017, de esta sala VII, "L.", del 9 de abril de 2018) he seguido las enseñanzas de Sebastián Soler para recordar 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), razón por la que el profesor español negaba decididamente que los progenitores 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"*.

Esa mención, según entiendo, desdibuja lo sostenido en el auto apelado, en el sentido de que la madre -que entregó a la niña- podría

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

ser considerada coautora de la infracción, en tanto la habría sustraído al padre, pues -decía Soler- *"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).

Esta interpretación se apuntalaba con base en 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). Desde esa perspectiva, cabe recordar 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, en la que -según los términos de la imputación- la niña fue entregada por su propia madre biológica, es decir, alguien que -de acuerdo con cuanto vengo diciendo- no reúne los requisitos típicos para ser sujeto activo de este delito.

El criterio que estoy sosteniendo -en cuanto excluye a la madre de la persona menor de edad como sujeto activo del delito del artículo 146 del Código Penal- ha sido avalado, además, 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) y, según entiendo, no se ciñe exclusivamente a los supuestos en los que un progenitor retiene al niño consigo -como lo ha pretendido la parte querellante- sino que abarca, asimismo, las hipótesis como la del *sub examine*.

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

Dicha apreciación se robustece en el caso al recordar que, al momento en que D. E. concretó la entrega en guarda de su beba recién nacida, ella era la persona legitimada por la ley para tomar una decisión semejante, en tanto ejercía la -por entonces- denominada "patria potestad", en los términos previstos por el art. 264, inc. 4º, del Código Civil vigente en aquella época, que establecía su ejercicio unilateral y exclusivo por parte del reconocedor (Código Civil comentado y anotado, tomo I, Santos Cifuentes -director-, La Ley, 2003, p. 235).

Es decir que, de acuerdo con la legislación civil, si bien L. F. resultó ser el padre biológico de la criatura, al tiempo del nacimiento no le correspondían los deberes y derechos derivados de la patria potestad, en tanto no había reconocido a la niña ni anticipado su intención de hacerlo. Aquí debe recordarse, en particular, que el propio F., pese a lo que declarara en esta causa (cfr. fs. 458/464), ha admitido que, antes del nacimiento, "no le había manifestado que me iba a hacer cargo" de la criatura a D. E. (cfr. la declaración que prestara a fs. 116/120 de la causa nº 537/2000 del Juzgado de Instrucción de Rosario del Tala) y que, por lo demás, en aquellos días no existía certeza alguna en torno de su condición de progenitor (ver actas de fs. 1 y 2 de la causa anteriormente mencionada).

Por otra parte, parece claro -a estas alturas- que en dicha ocasión la señora D. E. obró de manera voluntaria, extremo que se encuentra nítidamente acreditado mediante distintos elementos de convicción y, principalmente, por las actitudes que aquella asumió luego de la entrega inicial de la niña. En particular, destaco que su expresa manifestación en tal sentido en el acta labrada -el día 17 de junio de 2000- por el imputado Guaita se ha visto ratificada con el comportamiento posterior de E., sobre todo, con cuanto expuso más de cuatro años después -el 28 de octubre de 2004- en el juzgado interviniente, donde

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

prestó *"su total conformidad a la adopción plena de su hija"* (fs. 104 del expediente "F., M. s/adopción plena").

Bajo tales premisas, aunque el padre biológico de la niña se vio privado de criarla, ya que ésta fue inmediatamente traída a la ciudad de Buenos Aires, según la interpretación aquí esbozada dicha entrega no importó la sustracción "del poder de los padres" que requiere la fórmula legal (CP, art. 146), desde que la concretó -precisamente- la progenitora de la recién nacida, de manera voluntaria. Por lo demás, aquella entrega de la niña en modo alguno cerraba la posibilidad de que, en caso de existir un reclamo por parte de quien alegara ser el padre biológico -que, reitero, en esos primeros momentos no estaba identificado ni ejercía legalmente la patria potestad-, pudiera hacer valer sus derechos ante la justicia civil, pues -de acuerdo con la legislación vigente en la época- los progenitores debían ser convocados -como efectivamente se hizo- durante el proceso de guarda judicial (ver art. 317, inc. "a", del Código Civil citado), en el que debía *"permitirse el planteamiento del padre que se opone"* aunque *"el juez resolverá la cuestión a la luz de los antecedentes y los intereses superiores del niño"* (Código Civil comentado y anotado, op. cit., p. 269).

Consecuentemente, sobre la base de la apuntada entrega voluntaria, entiendo que las personas que en la ocasión recibieron a M. porque pretendían adoptarla -como finalmente lo hicieron, luego de la tramitación del proceso civil correspondiente-, tampoco la sustrajeron ni participaron en una sustracción típica. En este punto debe señalarse que la acción que el art. 146 del C.P. describe con el verbo "sustraer" supone una conducta que, por definición, ha de ser contraria a la voluntad de la persona adulta -en este caso, la madre- a cuyo cuidado se halla la víctima menor de edad -el texto alude a la sustracción "del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él"- y, por dicha razón, no puede



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

considerarse verificada cuando, como en el *sub examine*, ha mediado el consentimiento de aquélla.

Estas consideraciones se ajustan a las enseñanzas de la doctrina, en cuanto ha afirmado que los medios comisivos del delito aquí tratado son indiferentes pero "*con referencia a la persona a quien se despoja de la tenencia, esos medios tienen que implicar la ausencia de su consentimiento*" (Carlos Creus, Derecho Penal -parte especial-, tomo I, Ed. Astrea, Bs.As., 1998, p. 318).

A mayor abundamiento, ningún elemento avala la posibilidad de que en aquel momento los imputados B. y Z. supieran que el progenitor de la criatura era conocido, ya que -de acuerdo con las consideraciones antes efectuadas- la condición de tal de L. F. no había sido invocada ni resultaba cierta incluso para él mismo.

No desconozco que el acta labrada en la ocasión por el imputado Guaita ha sido objeto de cuestionamientos, por no haberse ajustado a las prescripciones de la Ley Nº 8.490 de la Provincia de Entre Ríos -que regía por entonces- (cfr. dictamen del Defensor de Menores ante la Cámara de fs. 133/135 del expediente de guarda). Sin embargo, más allá de cuanto se dirá al tratar la situación de los funcionarios, parece claro que las eventuales irregularidades en la confección del documento no pueden ser atribuidas a los particulares cuya situación se está examinando ahora, con mayor razón al ponderar que aquél no ha consignado falsedad alguna, e incluso el acta ha conservado su validez en las distintas instancias judiciales que el caso hubo de recorrer. En este punto, resulta particularmente ilustrativo el hecho de que el Defensor de Pobres y Menores Mario Casildo Enrique Gómez del Río, quien fue el que con más énfasis había criticado el acta, finalmente dictaminó, en función de los intereses de la niña M., que la guarda judicial de ésta no debía modificarse, e incluso recurrió ante el tribunal superior de la provincia la

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

sentencia que se apartó de dicha opinión (ver fs. 262/265 y 313/321 del expediente mencionado). En definitiva, entiendo que las observaciones que recayeron sobre el documento no modifican las conclusiones hasta aquí alcanzadas.

Tampoco paso por alto el hecho de que D. E. mintió -el día 3/7/2000- acerca del paradero de la niña ante una funcionaria de la Defensoría de Pobres y Menores, frente a la cual dos días después admitió que -en realidad- la había entregado en guarda. Si bien aquella inicial manifestación, evidentemente, fue mendaz, a estas alturas puede sostenerse su irrelevancia desde el punto de vista penal, en tanto, como se extrae del acta respectiva, no se trató de una declaración prestada como testigo, ni bajo juramento de decir la verdad, ya que -en rigor- la funcionaria que la recabó siquiera estaba sustanciando un proceso. A ello se añade que -a todo evento- a la fecha en que se efectuó, E., como ya se dijo, era quien -a diferencia de F.- ejercía la patria potestad en relación con M.

Descartada, por las razones expuestas, la hipótesis de una sustracción de la niña en los términos del art. 146 del Código Penal, no resulta posible sostener una posterior retención típica, ya que -como es sabido- esta última depende de aquélla. En tal sentido, se ha entendido que *"El pensamiento de que se trata de tres acciones distintas, totalmente autónomas entre sí, que tantos problemas interpretativos ha traído a nuestra doctrina, está completamente superado: la retención u ocultación tiene que referirse a un menor que haya sido sustraído para que tales conductas resulten típicas"* (Creus, op. cit., p. 318); y más sintéticamente que *"la esencia del delito está en la sustracción del menor, y no en las otras dos conductas que requieren, como presupuesto, que se haya dado ésta"* (Donna, Edgardo A., Derecho Penal – parte especial, tomo II-A, Rubinzal–Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 14). De ese modo, procede desestimar la

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

adecuación típica -respecto de dicha figura- del accionar aquí atribuido a los imputados B. y Z.

En rigor, la única posibilidad de una "retención" típica sin necesidad de que hubiera existido una previa sustracción del menor de edad, es la que se contempla en el art. 147 del CP, que fija la misma pena de la figura anterior para *"el que, hallándose encargado de la persona de un menor de diez años, no lo presentara a los padres o guardadores que lo solicitaren o no diere razón satisfactoria de su desaparición"*, ilícito que - como puede verse- supone un previo reclamo, dirigido al sujeto activo, que hubiera sido desatendido por éste. Desde esa perspectiva, pondero que Z. y B., luego de recibir la niña de manos de D. E., se sometieron a distintas instancias judiciales -promovieron una acción para obtener la guarda, que finalmente les fue otorgada, y un juicio de adopción plena, en el que se resolvió acordarles la adopción simple; y además intervinieron en el proceso iniciado por F. para el reconocimiento del derecho de visitas- en las que cumplieron las decisiones allí recaídas, que nunca incluyeron la orden de devolver a M., de modo que -a todo evento- su accionar tampoco podría ser considerado como una "retención" en los términos recién apuntados. En este punto, en particular, advierto que en el expediente referido al derecho de visitas, los imputados B. y Z. llevaron a la niña regularmente a los distintos encuentros que se realizaron con su padre biológico -en la sede de Abuelas de Plaza de Mayo, el centro Ulloa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia- desde comienzos del año 2013 hasta el 2016 (ver informe de fs. 1267/1272 de la causa en cuestión), mas fue M. la que evidenció resistencia al proceso de vinculación -"su actitud se mantuvo en cuanto a su hostilidad y rechazo", fs. 1268 del mencionado informe-.

Puntualmente, cabe destacar que tras la realización de reiteradas reuniones (fs. 813/814, 819, 820, 823, 824, 854, 861, 863, 864 y

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

902/904) la menor manifestó *"no me siento cómoda", "siento que no se me escucha por las psicólogas", "me hace sufrir", "mis padres no me dicen nada, ellos me dicen que haga lo que quiera, lo que mejor me haga sentir a mí", "me enoja el hecho de que tenga que seguir yendo por más que diga que no quiero ir", "estoy diciendo que no y siento que nadie se puede poner en mi lugar", "todas las cosas que yo viví me convencen que no quiero hacerlo"* (fs. 1012), asistiendo a los encuentros que le siguieron con una *"actitud cerrada"* (fs. 1166/1168).

Las consideraciones recién efectuadas permiten, asimismo, descartar la eventual aplicación al caso de las figuras penales previstas en la ley 24.270, en cuyo art. 1 se establece que *"Será reprimido con prisión de un mes a un año el padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes. Si se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado, la pena será de seis meses a tres años de prisión"*. En efecto, en tanto -según se ha visto- los imputados B. y Z. se ajustaron a las directivas impartidas por la autoridad judicial en relación con el contacto entre M. y su padre biológico -F.-, de ningún modo puede estimarse que se comportaron *"ilegalmente"*.

Así, concluyo en que ninguno de los dos tramos en los que se han subdividido los hechos aquí tratados -el primero, centrado en la entrega de la niña por parte de D. E. al matrimonio Z.-B., en la provincia de Entre Ríos, y el segundo, en el que los guardadores mantuvieron a la criatura bajo su cuidado en esta ciudad- puede ser encuadrado, como se hizo en la resolución apelada, en las previsiones del art. 146 del ordenamiento sustantivo; y que aquéllos tampoco se ajustan a las figuras tipificadas en el artículo siguiente ni en la ley 24.270.

Por otra parte, más allá de que en la instancia anterior no se ha considerado acreditado un acuerdo con contenido económico, no puede ignorarse aquí que tanto los gastos derivados de la internación de E.

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

-para el nacimiento de M.- como los de su posterior estadía en la ciudad de Paraná (cfr. las constancias agregadas a fs. 152/156, 158/159 y 171/172 del expediente nº 537/2000 del Juzgado de Instrucción de Rosario del Tala) habrían sido solventados por B. y Z. -extremo que no ha sido objeto de controversias-. De todos modos, incluso bajo la hipótesis de que ello constituyó una forma de retribución, es menester señalar que no existe en la legislación vigente figura alguna que permita asignar relevancia penal a los hechos así atribuidos.

En ese sentido, corresponde destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al dictar sentencia en relación con este asunto, concluyó que el Estado Argentino *"incumplió la obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno al no impedir por todos los medios, incluyendo la vía penal, la "venta" de un niño o niña, cualquiera sea su forma o fin, conforme a la obligación establecida en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 19, 8.1 y 25.1 y 1.1 del mismo instrumento en perjuicio del señor F. y de su hija M"* (sentencia del 27 de abril de 2012, parágrafo 176) y, en consecuencia, debe *"adoptar las medidas que sean necesarias para tipificar la "venta" de niños y niñas, de manera que el acto de entregar un niño o niña a cambio de una remuneración o cualquier otra retribución, cualquiera que sea su forma o fin, constituya una infracción penal, de conformidad con los estándares internacionales y lo establecido en la presente Sentencia..."*, aclarándose que *"Esta obligación vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto"* (íd., parágrafo 177).

Dichas consideraciones, evaluadas en el marco que ofrece el exhaustivo análisis de los aspectos fácticos y jurídicos del presente caso que efectuó el tribunal internacional, dejan en claro, a mi juicio, que el citado organismo no detectó en nuestra legislación figura penal alguna que abarque las conductas aquí ventiladas.

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

Ello, por lo demás, puede inferirse del texto del párrafo 143, en el que se sostuvo que *"...varios Estados de la región han tipificado la venta de niños, niñas y adolescentes"* -se hace allí una cita al pie, en la que se repasan los textos vigentes en Brasil, Costa Rica y otros países- y que *"la consideración de la venta de una persona como un crimen es, incluso, conforme con el derecho interno argentino. En efecto, el artículo 15 de la Constitución Nacional argentina, entre otras disposiciones, establece que: [t]odo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice"*.

Como puede verse, el fallo ha acudido a la transcripción de un párrafo del art. 15 de la CN -mediante el que ésta prohíbe claramente la esclavitud-, pero en este punto carece de toda alusión a una ley en sentido formal, que -en rigor- es la única vía habilitada para la tipificación de un delito en nuestro sistema, por imperio del art. 18 de aquella misma norma fundamental, en cuanto consagra el principio de legalidad. Desde esta perspectiva, parecería un contrasentido el pretender reparar la afectación de los derechos constitucionales de L. F. y la niña M. -señalada por la CIDH- nada menos que mediante un nuevo desconocimiento de garantías de esa jerarquía, esta vez, al aplicar la ley penal a quienes resultan sospechosos de haber estado implicados en aquélla.

A partir de lo expuesto, para completar la evaluación que compete al tribunal, restaría examinar si el Código Penal contiene alguna disposición que, de todos modos, pudiera considerarse comprensiva de la hipótesis planteada precedentemente, más allá de que la CIDH no la hubiera advertido o, en su caso, por alguna razón se hubiera inclinado por no señalarla de manera expresa en su sentencia.

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

Este análisis, cuanto menos en relación con el tramo de los hechos transcurridos en Entre Ríos, ya ha sido efectuado -oportunamente- por la justicia penal de esa provincia.

Efectivamente, en la causa nro. 537/2000, el juez de instrucción Daniel Olarte, de la ciudad de Rosario del Tala, provincia de Entre Ríos, inicialmente dispuso el archivo de las actuaciones afirmando que *"los hechos imputados a D. E. E. no encuadran en figura penal alguna"*, (fs. 27/29). Dicha resolución fue apelada por el agente fiscal y revocada por la cámara de apelaciones, que entendió que restaba *"agotar la producción de cierta prueba ofrecida por el Ministerio Fiscal"* (fs. 32/36 y 43). Posteriormente, el magistrado ordenó nuevamente el archivo de ese expediente por inexistencia de delito, en los siguientes términos: *"que la conducta de D. E. E. (...) entregando a su hija recién nacida inscripta con su apellido, al matrimonio conformado por L. A. B. y V. R. Z. con todas las formalidades que la ley requiere, con los controles y garantías que ha menester brindar, al manifestar su voluntad ante funcionario judicial de entregar la criatura en guarda preadoptiva, no constituye conducta delictiva alguna de las previstas en el Título IV, Capítulo II –arts. 138, 139 y 139 bis del Código Penal-, como así tampoco de ninguna de las del catálogo del Código Penal"* (fs. 183/189).

Esta última resolución fue apelada por el agente fiscal (fs. 190/193) y la cámara de apelaciones respectiva la confirmó (fs. 207/209).

Sin perjuicio de ello, la cita -antes mencionada- del art. 15 de la CN impone examinar, en particular, la posible aplicación del art. 140 del CP, que en nuestra legislación de fondo contempla la denominada "reducción a la servidumbre", el cual -para la época de los hechos- establecía: *"Serán reprimidos con reclusión o prisión de tres a quince años, el que redujere a una persona a servidumbre o a otra condición análoga y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella"*.

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

Si bien se ha aclarado que el art. 15 de la Constitución Nacional *"describe una tipicidad distinta de la del art. 140"*, pues la esclavitud *"es una situación jurídica que aún podría existir aunque no se diera entre el dueño y el esclavo una situación de servidumbre... (p. ej., que se le permitiera al esclavo una libertad personal incompatible con la servidumbre)"* (Creus, op. cit., pág. 274), parece innegable la existencia de cierta vinculación entre una y otra figura.

La disposición legal del art. 140 del CP, empero, tampoco se ajusta al caso, en tanto presupone que la víctima fuera reducida a *"la condición de una cosa"* (Soler, op. cit., p. 27), lo que -según entiendo- de ningún modo puede decirse que sea lo que aquí ha pasado, a la luz de la inicial entrega voluntaria de la niña -frente a un funcionario público- concretada por la propia madre, su formal inscripción en el registro civil pertinente y los trámites judiciales realizados por quienes pretendían adoptarla, en distintas instancias, hasta que en definitiva se les otorgó la adopción simple de M. Es cierto que se ha planteado -a título de hipótesis- que podría haber existido una *"venta"* de la niña y, entre los ejemplos que suelen citarse en torno del art. 140, la doctrina incluye el comercio con seres humanos (íd., p. 27). Sin embargo, el propio Soler descarta la tipicidad en el supuesto tratado, al afirmar que *"La madre pobre que reciba un precio por un hijo pequeño, pagado por la mujer rica que quiere tener al niño como si fuera hijo, no comete este delito"* (íd., ps. 27/28).

Por lo demás, debo decir que no he podido localizar precedente alguno en el que se haya hecho aplicación del art. 140 -o algún otro- del CP para encuadrar hechos como los aquí tratados o similares.

Incluso, en estudios más recientes -y específicamente dedicados a la temática aquí tratada- se ha afirmado que *"El tráfico de niños no se encuentra comprendido en nuestro Código Penal como delito autónomo"* y que al respecto existe un *"vacío legal"*, pues las figuras de



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

*"sustracción de menores, supresión de identidad y privación ilegítima de la libertad no resultan suficientes para procesar a los inculcados" y "los tipos penales mencionados, no son comprensivos de las acciones que realizan quienes se dedican al tráfico..."* (Zulita Fellini, "Delito de tráfico de niños", Hammurabi, Bs. As., 2000, p. 98), razón por la que se consideró menester *"la inclusión dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal de una norma que precise entonces los elementos constitutivos de la acción típica"* (id., p. 99).

En idéntico sentido, con cita -precisamente- de la sentencia dictada por la Corte Interamericana en relación con este caso, la doctrina ha destacado un proyecto legislativo para la reforma del art. 139 *bis* del CP, que propone penalizar tanto *"al que entregare a otro un menor de edad mediando precio, promesa remuneratoria o cualquier otro tipo de contraprestación"* como al que lo recibiere en las mismas condiciones, que se orientaría a *"reparar una cuenta pendiente en el campo internacional"* (*"El Código Civil y Comercial y su incidencia en el Derecho penal"*, Eugenio Raúl Zaffaroni y Marisa Herrera -dirección-, Hammurabi, Bs. As., 2016, p. 297), aunque -según se aclara en dicha obra- pese a todo, *"a más de cuatro años de la sentencia emitida en el caso 'F.' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado argentino sigue incumpliendo su deber de adoptar disposiciones de derecho interno que permitan prevenir y sancionar la venta de niñas y niños..."* (op. cit., p. 350).

En esa misma línea, advierto que el Anteproyecto de Código Penal elaborado en 2014 por la comisión de juristas (convocada por decreto 678/2012) que presidía E. R. Zaffaroni, en el título VI -delitos contra las relaciones de familia y el estado civil- incorporaba, dentro del capítulo II (supresión y suposición del estado civil y de la identidad), una figura mediante la que se sancionaría con prisión de dos a seis años *"al que*

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

*diere un hijo para ser adoptado y quien lo recibiere con ese objeto, cuando mediare precio o promesa remuneratoria" (art. 137, inc. I, apartado "c").*

En rigor, bajo la legislación vigente, las hipótesis como la recién señalada sólo presentan relevancia penal si se verifican alteraciones de la identidad o del estado civil, que -en el caso- no se han producido.

La ponderación efectuada, vale la pena reiterarlo, refiere a la situación de los imputados E., B. y Z., e incide sobre la de los demás particulares, mas no agota -por las razones que habrán de exponerse más adelante- las posibilidades de asignar relevancia penal al accionar de los distintos servidores públicos contra los que se han formulado imputaciones, cuya situación será examinada a continuación.

En síntesis, más allá de las violaciones de los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial y a la protección de la familia que, según lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han padecido L. F. y su hija M., la inexistencia de una figura penal que tipifique las conductas atribuidas, por un lado, a D. E. -que entregó a su hija recién nacida- y, por otro, a Z. y B. -que la recibieron-, impide homologar la resolución apelada, mediante la que se decretaron sus procesamientos en orden al delito previsto en el art. 146 del CP.

En función de ello, en definitiva me inclino por revocar el auto apelado y decretar el sobreseimiento, en los términos del art. 336, inc. 3°, del CPPN, de los imputados D. E., L. A. B. y V. R. Z.

### **b) 2. Situación de R., B. y E.**

En función de lo expuesto en el acápite anterior, respecto de los nombrados R., B. y E. corresponde adoptar idéntico temperamento, en tanto se les atribuyó haber tomado parte -B. prestando una colaboración no indispensable- en los hechos que, según se ha explicado precedentemente, no se adecuan a la figura del art. 146 del CP ni a alguna otra del ordenamiento sustantivo.

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

De ese modo, descartada la relevancia penal de los hechos que aquí se imputaron a E., B. y Z., tampoco pueden tenerla los aportes de R. -al contactar a E., llevarle mercadería y trasladarla hasta la ciudad de Victoria para que diera a luz-, B. -que facilitó su automóvil para ese viaje- y E. -al representar, en su carácter de abogado, los intereses del matrimonio conformado por B. y Z.-.

Por ello, dado que las conductas apuntadas carecen de adecuación a figura penal alguna, propongo revocar el auto apelado y decretar el sobreseimiento, en los términos del art. 336, inc. 3º, del CPPN, de los imputados R., B. y E.

### **b) 3. Situación de los funcionarios públicos.**

Sin perjuicio de cuanto se expuso en los párrafos precedentes en orden a descartar la comisión de delitos por parte de las personas allí mencionadas, correspondería efectuar un examen por separado en torno de la eventual responsabilidad, a la luz de las previsiones legales del título XI del libro segundo del Código Penal, de los funcionarios procesados en la instancia anterior, según las tareas que incumbían a cada uno y las características del aporte que habrían realizado.

Las imputaciones antes reseñadas, como puede verse, remiten a conductas íntegramente realizadas por los nombrados en el desempeño de sus funciones en la provincia de Entre Ríos, cuyo juzgamiento en este fuero solamente podría ser viable, en su caso, si se admitiera que algún tramo de los hechos considerados delictivos se desarrolló en la ciudad de Buenos Aires.

Desde esa perspectiva, habiendo sido descartada la tipicidad de la supuesta retención de la niña M. y, por ende, la coautoría que se asignara a los funcionarios provinciales en el delito previsto en el art. 146 del CP, la investigación en torno de la eventual responsabilidad penal de éstos debe encomendarse a sus jueces naturales.

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

Por lo expuesto hasta aquí, estimo que la resolución apelada debe ser revocada respecto de Guaita, Balbi, Kairuz y Del Valle, disponiendo que no existe mérito suficiente para procesarlos ni para sobreseerlos (CPP, art. 309) y que corresponde declarar la incompetencia de este fuero nacional en lo criminal y correccional para seguir entendiendo en el asunto.

En definitiva, por las razones explicitadas, voto por:

a) revocar el auto de fs. 1221/1297 en cuanto fue materia de recurso;

b) decretar el sobreseimiento de los imputados R., B., E., B., Z. y E. (art. 336, inc. 3º, del CPPN);

c) declarar que no existe mérito para procesar ni para sobreseer a los imputados Guaita, Balbi, Kairuz y Del Valle (CPP, art. 309); y

d) declarar la incompetencia de este fuero nacional en lo criminal y correccional para seguir entendiendo en el asunto.

### **V. El juez Julio Marcelo Lucini dijo:**

El Dr. Mauro Divito en su voto ha efectuado una exhaustiva reseña de las constancias de la causa y coincido plenamente con sus conclusiones. Sólo me permitiré algunas precisiones, particularmente en cuanto a la subsunción típica que pudo tener la conducta de D. E.

En el precedente "I., V. s/ procesamiento", del 14 de febrero de 2013, me aparté de mi postura inicial de considerar que un progenitor no puede ser sujeto activo del delito de sustracción de un menor en los términos del art. 146 del Código Penal, por cuanto es necesario estudiar cada caso -y con sumo detenimiento-, porque varias son las situaciones que pueden suscitarse.

Máxime si al momento de la denuncia se desconoce su paradero y ello impide saber siquiera cuál será exactamente el delito a investigar. Pensemos las posibilidades que pueden abarcar esa sustracción,

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

pueden incluir desde la sustitución de su identidad hasta un homicidio. Sólo una investigación determinaría la responsabilidad del progenitor en la esfera penal. En palabras de Soler: *"que se trate de una verdadera desaparición del niño"*.

El cambio de criterio también obedeció a una interpretación armónica con los Tratados Internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional, particularmente con los lineamientos que surgen de la Convención de los Derechos del Niño.

Atendiendo los pormenores de este legajo: D. E. mantuvo una relación con L. F. a la que no atribuyó particular interés, a punto tal que no pretendió que se haga cargo de su hija, antes o después de su nacimiento y cuando aquél -padre biológico- ignoraba tal situación y debido a la precariedad de medios con la que aparentemente contaba, decidió la entrega de M. en guarda y con miras a una adopción al matrimonio de L. A. B. y V. R. Z. en la provincia de Entre Ríos.

Su estado de vulnerabilidad en aquél momento parece evidente -ver declaración de A. de fs. 608/610 que aseguró que en ocasiones "no tenía ni para comer"-; y tal vez se incrementaría porque ya debía solventar los gastos de crianza de otra hija.

En ese contexto, ampliamente descripto ya en esta resolución, no es posible hablar de sustracción de la menor ya que la única que ejercía la custodia era su madre. F. carecía de todo derecho vinculado al ejercicio de la patria potestad ya que habría tomado conocimiento de su posible paternidad casualmente, de modo que reconoció a la niña tiempo después, y recién a partir de allí los pretendió hacer valer en sede judicial; y por cierto de manera firme.

Reitero que la acción de sustraer *"consiste en sacar al niño de la esfera de custodia en que se encuentra, sea que ese ámbito derive de una situación de derecho (padres) o de hecho (persona encargada,*

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

*maestros, niñeras)" -"Código Penal y Normas Complementarias. Análisis de doctrina y jurisprudencia", Baigún – Zaffaroni, tomo V, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pag. 487-.*

*O también "apartar al menor de donde se ejercía su tenencia... impidiendo que el legítimo tenedor vuelva a la tenencia del menor cuando aquella se ha interrumpido por cualquier causa" -Arce Aggeo, Miguel A., Báez, Julio C. y Asturias, Miguel A., "Código Penal ordenado y comentado", editorial Cathedra, Buenos Aires, 2018, pag. 698-.*

Evidentemente es un precepto para sancionar a quien se apropia de un niño, pero en este episodio ningún tercero generaba ruptura de un lazo filial con sus padres biológicos.

Por esa razón postulo que la acción de E. no se proyecta en la órbita penal.

Así, tampoco la del matrimonio que se hizo cargo de la niña, aun cuando de alguna manera haya solventado gastos de internación u otro tipo de asistencia a la madre. Simplemente porque no participaron en ninguna sustracción y todo lo que posteriormente realizaron fue ante autoridades provinciales que pudieron haber puesto límite a cualquiera de sus pretensiones.

Desde un inicio se intentó instalar este episodio dentro de las denominadas "venta de bebés" y, más allá de la sorpresa que aún causa que esa modalidad no esté expresamente prevista en nuestro ordenamiento legal -y ese es uno de los reclamos no atendidos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia del 27 de abril de 2012 al decir "*el Estado debe adoptar las medidas necesarias para tipificar la venta de niños y niñas, de manera que el acto de entregar un niño o niña a cambio de una retribución o cualquier otra compensación, cualquiera que sea su forma o fin, constituya una infracción penal de conformidad con los estándares internacionales y lo establecido en los párrafos 176 y 177 de la*

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

*presente sentencia*"- o de todo reproche moral que pueda dirigirse, ningún dato objetivo sugiere en el legajo que la madre entregó a su hija a cambio de dinero.

Se habló del pago del alquiler de un departamento en la Ciudad de Paraná, pero ella retornó a Rosario del Tala pocos días después del alumbramiento y sus primeras explicaciones sobre el paradero de la niña -que habría dejado al cuidado de una tía en Baradero- parecen ser razonables en el marco de pudor o vergüenza que su acción pudo causarle.

N. P. R. y A. E. B. cumplieron una confusa intervención que incidió en incrementar la presunción de que todo podía tratarse de un acto ilícito, al facilitar el acercamiento entre E. y el matrimonio B.-Z., colaborar en el traslado al centro hospitalario en que ocurrió el parto y muy probablemente en darle acceso a algún tipo de beneficio o alimentación especial previa al alumbramiento. Aunque este punto parece debilitarse si aceptamos que en ese momento E. tenía bajo peso, deficiente estado nutricional y un cuadro anémico que llevó a los profesionales a decidir una cesárea.

Pero tampoco se ha verificado conducta con asignación jurídica autónoma que exceda la vinculación con las ya mencionadas. Y conocían un dato que es relevante: que el niño por nacer no tenía padre presente.

Recordemos que la doctrina de manera pacífica requiere la existencia previa de una sustracción del menor para que pueda avanzarse en la investigación de una posible retención u ocultamiento: *"hay consenso en cuanto a que la retención típica del art. 146, lo es de un niño que ha sido previamente sustraído..."* –"Código Penal..." , Baigún - Zaffaroni, op. cit. tomo V, pag. 489-.

No podemos desconocer el tratamiento que ya tuvo este evento en Tribunales penales y la labilidad que alcanzó la calificación.

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

Incluso el Ministerio Público Fiscal, al inicio, sostuvo la atipicidad de la conducta en estudio.

En cuanto al letrado S. F. E., descartada la tipicidad de las conductas atribuidas a sus clientes (el matrimonio B. – Z.), entiendo que su situación debe correr la misma suerte.

Por eso, remitiéndome al sólido voto de mi colega, coincido en que no es posible atribuir responsabilidad penal a la madre que, voluntariamente y cuando el padre biológico no contaba aún con derecho alguno vinculado al ejercicio de su patria potestad, entregó a su hija en guarda, ni a quienes hubiesen de alguna manera contribuido a que la reciba un matrimonio, con interés legítimo y aptitud para su posterior adopción.

No podemos dejar de atender el carácter pluriofensivo de este delito y que tal circunstancia no se verifica en el sumario.

Finalmente, comparto el criterio del colega en torno a la actuación del magistrado Raúl Del Valle, los funcionarios Julio Ramón Francisco Guaita y Marcelo Santiago Balbi y la sicóloga Daniela Kairuz en el desarrollo de los expedientes tramitados en el Juzgado de Victoria, Provincia de Entre Ríos, a cargo del primero, en los que se han verificado particulares irregularidades e inexplicables dilaciones en su trámite, con llamativa demora en todo lo atinente a permitir, fomentar o establecer un vínculo entre F. y su hija M.

Todo ello derivó en los llamados de atención y sanciones impuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos según se desprende de las mismas actuaciones.

Pero descartada la comisión de un delito en esta jurisdicción por parte del matrimonio adoptante, la suerte de los nombrados precedentemente en este proceso deberá ser decidida por el Sr. Juez con jurisdicción en esa localidad provincial.



## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

No puedo dejar de recordar y destacar como en la audiencia la Dra. Maria Luz de Fazio puntualizó que M. está próxima a cumplir los dieciocho años de edad y que -a partir de ese instante- podrá ejercer todos sus derechos y tomar decisiones; o sea elegir más allá de toda imposición legal cuál será su familia.

Ni de mencionar cómo esta causa nos enfrenta una vez más a la dificultad que tiene el Poder Judicial y todos los organismos que de alguna manera lo complementan en tratar investigaciones, con alto contenido afectivo, sin que experimenten demoras.

Sus protagonistas son victimizados una y otra vez en el camino de dar la sanción que corresponda a quienes resulten autores de un delito.

En este caso vimos a una niña sometida a estudios, evaluaciones, encuentros pautados con su padre biológico y a un arsenal de medidas que, más allá de las buenas intenciones que pudieran tener las partes, no han contemplado justamente su interés superior; mucho menos sus tiempos y genuinos deseos.

Transcurrieron casi dieciocho años y prácticamente nada se logró.

Por eso aplaudo la manifestación de la Defensora de Menores al advertirnos sobre la libertad que obtiene M. con la conclusión de este proceso o con su mayoría de edad.

En síntesis, entiendo que la querrela en la audiencia no ha logrado mostrar la existencia de un plan criminal mediante el cual los procesados se hayan apoderado de M. en los términos del art. 146 del Código Penal, con clara indicación de la participación que cada uno haya tenido en su diseño.

Por eso deberán quedar desvinculados del proceso E., Bassi, Z., R., B. y E.; y remitirse al Tribunal pertinente el legajo para que evalúe la

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.

responsabilidad del resto a lo largo del trámite de los expedientes civiles vinculados con la adopción de M.

**VI.** En mérito a cuanto se desprende del acuerdo que antecede, de conformidad con lo establecido por el art. 24 bis del CPP, la Sala **RESUELVE**:

I. **REVOCAR** el auto documentado a fs. 1221/1297 en cuanto fue materia de recurso;

II. **DECRETAR EL SOBRESEIMIENTO** de los imputados D. E., L. A. B., V. R. Z., N. P. R., A. E. B. y S. F. E. (art. 336, inc. 3º, del CPPN);

III. **DECLARAR** que no existe mérito para procesar ni para sobreseer a los imputados Julio Ramón Francisco Guaita, Marcelo Santiago Balbi, Daniela Kairuz y Raúl A. Del Valle (CPP, art. 309); y

IV. **DECLARAR LA INCOMPETENCIA** de este fuero nacional en lo criminal y correccional para seguir entendiendo en el asunto.

Notifíquese, devuélvase y sirva lo aquí proveído de atenta nota de remisión.

El juez Julio Marcelo Lucini integra el Tribunal por disposición del Acuerdo General del 1 de diciembre pasado, en tanto el juez Mariano A. Scotto no suscribe por haberse aceptado su inhibición y el juez Luis María Bunge Campos no suscribe de conformidad con el artículo 24 *bis* del Código Procesal Penal.

Mauro A. Divito

Julio Marcelo Lucini

Ante mí: María Verónica Franco

## Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 45132/2009/CA4 -

"Z., V. R.". Procesamiento. Embargo. Sustracción de menor. JCC nº 21.