

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA FERIA A

CCC 77680/2016/CA1

G. L., S.

Procesamiento

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 21

///nos Aires, 15 de enero de 2019.

AUTOS Y VISTOS:

I. El juez de la instancia anterior procesó, con prisión preventiva, a S. G. L. como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal en tres oportunidades, en concurso real con sustracción y retención de un menor de diez años de edad (punto dispositivo I del auto de fs. 517/533), lo cual fue apelado por su defensa (fs. 541/546vta.).

Celebrada la audiencia prevista en el artículo 454 del CPPN, expuso agravios la defensora pública oficial *ad hoc* María Luisa Montes de Oca y replicó el representante del Ministerio Público Fiscal José Manuel Piombo.

Luego de deliberar, nos encontramos en condiciones de resolver.

De la imputación

A G. L. se le imputa *“haber abusado sexualmente de su pareja M. M. A. en, al menos tres ocasiones, al accederla carnalmente mediante el uso de violencia y de amenazas. El primero de los episodios habría ocurrido cuando la damnificada cursaba los 6 meses y medio del embarazo de su hijo M., es decir, hacia mediados de abril de 2016, siendo las 4 o 5 de la madrugada, cuando ésta se encontraba en el monoambiente en el que convivían, ubicado en la calle G. N. x, PB, x°, ocasión en que el imputado regresó de trabajar bajo los efectos del alcohol y comenzó a insultarla delante de su hija M., a ese entonces de 3 años de edad. Con el fin de preservar a la niña, la damnificada pidió ayuda a unos vecinos para que se la llevaran, lo que así sucedió, y, una vez que se encontró sola con G. L., éste empezó a agredirla con golpes de puño y con un palo de fierro de alrededor de un metro y medio o dos de color dorado usado para colgar la cortina, en la zona de la panza, al tiempo que le decía que ‘el hijo no era de él, que ella era una puta barata, que se acostaba con todos...’.* Ante esta situación, A. intentó conducir a la ducha al imputado, pero no lo logró debido a la resistencia que aquél opuso y fue así que, en un momento dado, la tomó de los brazos y tras arrojarla sobre la cama, la desnudó y, pese a que la damnificada se oponía a tener relaciones diciéndole ‘que no...’, éste hizo caso omiso y la penetró hasta eyacular y quedarse dormido. El

segundo evento habría sucedido el 29 de mayo de 2016, cuando aún vivían en el monoambiente de la calle G. N., ocasión en que, nuevamente bajo los efectos del alcohol, G. L. tomó del cuello a la damnificada apretándola hasta soltarla luego de que ella lo golpeará en la cabeza con el control remoto. Seguidamente, luego de que unos vecinos se llevaran a su hija M., la damnificada tomó el celular y, cuando intentaba desbloquearlo, el imputado la tomó por la fuerza de los brazos, la arrojó sobre la cama y comenzó a desvestirla pese a que ella le decía que 'no, que no quería' y forcejeaba para soltarse. Finalmente, el imputado, pese a la negativa de M. M. A., la penetró hasta eyacular. El tercer suceso habría tenido lugar el 7 de diciembre de 2016, siendo las 20.30 y/o 21.00 horas, en momentos en que la damnificada se encontraba con dolor de cabeza en la habitación de la vivienda de L. x, dpto. x, de esta ciudad junto a sus hijos y el imputado se presentó bajo los efectos del alcohol. Así, tras insultarla y decirle que a ella le gustaba acostarse 'con todos los hombres que pasan', le pegó una cachetada en el pómulo derecho. Como consecuencia de ello, M. A. comenzó a gritar pidiendo ayuda, lo que motivó que una de sus vecinas se llevara a sus hijos. Al quedarse sola con su pareja, A. tomó el celular para llamar al 911, pero no pudo hacerlo ya que G. L. le sacó el aparato de las manos, la tomó de los brazos y tras arrojarla sobre la cama, comenzó a bajarse el pantalón. Mientras ello sucedía, la damnificada repetía que 'no quería tener relaciones, que no en ese estado', sin perjuicio de lo cual el imputado la penetró al tiempo que le tapaba la boca para que no gritara y le pegaba cachetadas en el rostro y le decía 'que si yo no le daba lo que él quería la iba a matar' (sic), hasta que finalmente eyaculó y se quedó dormido. Por su parte, también se atribuye a S. G. L. el haber sustraído a su hija M. J. G. A., por entonces de 5 años de edad, del poder de su madre -M. M. A.- al trasladarla hacia la República de Paraguay, de la que es oriundo, sin contar con la debida autorización de la madre de la menor. En efecto, el 2 de diciembre de 2017, siendo alrededor de las 13.00 horas, el imputado se presentó en el domicilio donde residía la niña junto a su madre M. M. A. (sito en la calle L. x, Dpto. x° de esta ciudad) y la retiró

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA FERIA A

CCC 77680/2016/CA1

G. L., S.

Procesamiento

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 21

con la promesa de restituirla a las 16.00 horas de ese mismo día. Sin embargo, ello no ocurrió en tanto, conforme se estableció, G. L. y la niña abandonaron el territorio nacional por vías que hasta el momento se desconocen, dirigiéndose hacia el domicilio de su madre y hermana, sito en la calle M. J. T. y D. M. d. I., ciudad de Caaguazú, Barrio Empalado Ari, República del Paraguay. El imputado, para evitar ser descubierto, en el horario en el cual tenía que restituir a la niña a su madre, es decir, a las 16 hs. aproximadamente, le envió un mensaje de texto desde su abonado de telefonía (tel:x) informándole que se retrasaría y que dicho celular no tenía batería. La retención de la menor se verificó sucedida hasta el día 30 de junio de 2018 en que fue reintegrada a su madre por las autoridades del Consulado General de la República Argentina en Asunción, República del Paraguay” (acta de declaración indagatoria documentada a fs. 461/464).

Valoración probatoria

Los agravios de la defensa vinculados a la entidad convictiva de las pruebas de cargo de los abusos sexuales con acceso carnal atribuidos a G. L. en perjuicio de M. M. A., correctamente refutados por la Fiscalía durante la audiencia oral, no logran conmover los fundamentos de la decisión apelada.

En efecto, a nuestro entender, el consentimiento alegado se ve desvirtuado, al menos en esta etapa preliminar, por distintos elementos.

Primero, corresponde recordar que el estudio de la prueba debe ser analizado bajo la directriz que establece la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en conjunción con las pautas establecidas en la Ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres, que ha reconocido como garantía la amplitud probatoria en este tipo de sucesos, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las cuales se desarrollan (cfr. Sala VI, causa N° 37945/17 “P., N.” del 11/10/18).

En ese sentido se impone tanto el respeto a la garantía de las víctimas a la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados como la obligación de que en las resoluciones que se adopten se consideren las presunciones que contribuyan a la demostración de los

sucesos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes (artículos 16, inciso “i”, y 31 de la ley citada).

Además, este tipo de eventos suelen transcurrir en un ámbito de intimidad o en el que sólo se encuentran presentes la víctima y el agresor, generalmente en ausencia de testigos, por lo que cobra especial relevancia la declaración de la víctima, que es analizada por los especialistas para establecer su veracidad.

En este caso concreto, el detallado relato que M. M. A. efectuó en distintas oportunidades a lo largo de estos más de dos años de investigación no varió y la nombrada en todo momento exhibió sentimientos de temor y angustia al narrar los eventos, es decir que, a pesar del tiempo transcurrido, las consecuencias emocionales negativas persisten en ella (9/13vta., 14, 30/32 y 474).

A su vez, la médica psiquiátrica y la psicóloga del Cuerpo Médico Forense que la entrevistaron concluyeron, entre otras cuestiones, en lo siguiente: sus facultades mentales se encuentran compensadas, sin indicadores de patología psiquiátrica que revista carácter alienatorio; sus características de la personalidad pueden tornarla vulnerable al accionar abusivo de terceros; no presenta incremento patológico de la imaginación, tendencias fabuladoras o de inducción; su discurso es coherente y organizado conforme a parámetros lógicos y cronológicos, sin actividad delirante y/o ideación bizarra; sus relatos coinciden, en términos generales, con las constancias de las piezas de interés remitidas a la sede pericial y, si bien presenta una organización psíquica de base inmadura, precaria, con sentimientos de inadecuación y ansiedad persecutoria exacerbada, sus facultades psíquicas se encuentran conservadas (fs. 499/501 y 502/509).

Otro dato relevante que refuerza la versión de A. es que, de acuerdo a las constancias remitidas por el Hospital Santojanni, en noviembre de 2016 se sometió a la interrupción legal de un embarazo indicado como producto de una violación por parte de G. L., contexto en el que también se inició un proceso de trabajo por violencia basada en cuestiones de género (fs. 61/80vta.).

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA FERIA A

CCC 77680/2016/CA1

G. L., S.

Procesamiento

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 21

Es inconcebible pensar que una persona elucubre acusaciones del gravísimo tenor como las aquí ventiladas y, a tal fin, se exponga a situaciones que atentan contra su salud e intimidad con el solo propósito de perjudicar infundadamente a otra.

Dada su concordancia con las evidencias mencionadas, el relato de la víctima luce verosímil en los términos del artículo 241 del CPPN.

En síntesis, el grado de probabilidad requerido para fundar la hipótesis de cargo en los términos del artículo 306 del CPPN es razonable.

Sobre la tipicidad de la figura de sustracción y retención de menores

El apelante sostuvo en la audiencia oral que la conducta que se le imputa a su asistido S. G. L. como autor del delito previsto en el art. 146 del CP resulta atípica, pues éste no puede ser sujeto activo del mismo por ser el progenitor de la niña M. J. G. A., quien al momento del hecho contaba con 5 años de edad.

Este tribunal comparte los argumentos del Sr. juez de grado por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque el art. 146 del CP contempla en su tipicidad sistemática un sujeto activo común, así dice “*será reprimido con prisión o reclusión de 5 a 15 años, el que sustraje a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare*”. Como se puede ver, la norma no excluye como posibles autores a los progenitores del menor.

Tampoco se puede entender que estemos ante un caso de sujeto activo especial impropio, por el cual el vínculo con el sujeto pasivo del delito configurase un supuesto especial de autoría como ocurre, a manera de ejemplo, en el caso del homicidio agravado por el vínculo (art. 80, inc. 1º). Con esto se quiere decir que la circunstancia de que el menor pueda ser hijo del sujeto activo no excluye la tipicidad del art. 146 del CP y no existe ninguna norma penal o extrapenal que haga sostener ello.

En segundo lugar, el ejercicio de la responsabilidad parental compartida, como se verifica en este caso al momento del hecho, no puede justificar la exclusión de la tipicidad del art. 146 del CP. La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que

corresponden a los padres sobre las personas y los bienes de sus hijos para su protección y formación integral que, en caso de ser compartida, no autoriza a uno de los progenitores a excluir al otro del ejercicio de ella mediante el despojo del menor (cfr. arts. 648 y ss. del CCyCN).

Es que la conducta de un progenitor que sustrae al niño contra la voluntad del otro que ejerce la “tenencia” legítima (actualmente denominado “cuidado personal”) no se encuentra amparada por el instituto de la responsabilidad parental, sino que constituye un ataque al mismo al afectarse su libre ejercicio por el otro progenitor.

El padre que no posee la “tenencia” de sus hijos y los sustrae de quien sí la tiene no está ejerciendo legítimamente sus derechos, sino que, con su accionar, impide el libre ejercicio de esos derechos-deberes por parte de quien la detenta.

Sobre esa misma directriz, no podemos dejar de señalar que en casos como el aquí ventilado, cobra especialísima trascendencia que todos los protagonistas involucrados actuemos con la mayor diligencia posible, con especial consideración de los principios imperantes en materia de las máximas establecidas en la Convención de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes (Ley 23.849), así como en la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de la Niñas, Niños y Adolescentes que establece la aplicación obligatoria de la Convención, todo lo cual exige una visión que supere una perspectiva exclusivamente paternalista y tome en cuenta el interés superior del niño, que, por conductas como las aquí tratadas, se pueden ver expuestos a interrumpir el vínculo con el otro progenitor.

En concreto, el artículo 3.1 de la Convención dispone que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se dará una consideración primordial al interés superior del niño. El Comité de los Derechos del Niño lo ha denominado el “*principio del interés superior del niño*” y le concede el valor de principio general orientador de la interpretación y aplicación de todas las disposiciones de la CDN (cfr. Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 5 párrafo 12, Observación

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA FERIA A

CCC 77680/2016/CA1

G. L., S.

Procesamiento

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 21

General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 1 y Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17).

A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación de los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos efectuó consideraciones destinadas a asignar contenido sustantivo al concepto de ‘interés superior del niño’, al afirmar que *“Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención de sobre los Derechos del Niño”* (Opinión Consultiva OC-17 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Cap VII, punto 56).

Estos lineamientos ha sido recientemente reafirmados por nuestro Máximo Tribunal quien ha señalado que *“la consideración del interés de los menores de edad debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo a esta Corte Suprema (Fallos: 318:1269, especialmente considerando 10), a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar -en la medida de su jurisdicción- los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución les otorga (art. 75, inc. 22, Ley Fundamental). El niño tiene pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los niños debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto (conf. doctrina de Fallos: 328:2870; 331:2047).”*

(CSJN CSJ 004387/2015/CS001 “S.M.A. s/Art. 19 de la C.I.D.N.” rta. el 27/11/2018).

Dicho principio también ha sido contemplado en el art. 706, inc. c, del Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto dispone que la decisión que se dicte en los procesos en que estén involucrados niños, niñas o adolescentes debe tener en cuenta su interés superior. A su vez, la ya citada Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en su art. 3°, entiende por interés superior de los niños la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en ella.

El art. 146 del CP es un tipo penal pluriofensivo que protege, por un lado, los derechos del niño como sujeto pasivo que ve afectado su libertad y, por otra parte, al otro progenitor, a quien se lo despoja de la tutela con su hijo (David Baigún, Eugenio Zaffaroni, Código Penal Comentado, art. 146 a 149 del C.P., comentario del Dr. Adrián Pérez Lance, pág. 418, Ed. Hammurabi, año 2008).

En estos casos, hay más de un bien jurídico tutelado, que ellos deben armonizarse, teniendo en cuenta la evolución civilizada y el instituto bajo estudio que permitió y permite, por su preciso realismo originario, abarcar un abanico de posibilidades y situaciones de hecho que habrían acontecido en nuestra historia más reciente y que, lamentablemente, se dan hoy en día en nuestra sociedad (ahora entre ex parejas) pese a los dramas que todo ello provoca. Por un lado la libertad individual del menor (especialmente cuando es un tercero el que lo sustrae) y su derecho a la identidad; por otro el derecho de éste a ser criado (toda la actividad formativa y conductiva) por ambos padres; por otro el del padre o madre natural a gozar del hijo que han traído al mundo. Recordemos que el niño es el hijo de ambos padres y, salvo resolución judicial en contrario, los dos tienen derecho a contactarse con su hijo y la representación que puedan ejercer a su respecto no es autónoma ni exclusiva sino compartida con el otro progenitor, especialmente a partir de la sanción de la ley 23.264. En consecuencia, no es errado postular que en el tipo del art. 146 del C.P. *"se protege primordialmente a la integridad del grupo familiar, a la incolumidad*

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA FERIA A

CCC 77680/2016/CA1

G. L., S.

Procesamiento

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 21

de la tenencia ejercida por los padres del menor" (cfr. CFCP Sala IV, causa 5105 "P., L. A. s/recurso de casación", Reg n° 8276.4 del 26/02/07).

A su vez, tal como sostiene la doctrina, en estos casos no puede adoptarse un temperamento absoluto, debiendo atenerse a un análisis casuístico particular, que no puede definirse anticipadamente (D' Alessio, Andrés J. et. at. Código Penal de la Nación, comentado y anotado, Segunda Edición, Tomo II, parte especial, Ed. La Ley, Bs.As. 2014 pág. 478), ya que para que el supuesto típico se verifique, "*se debe estar frente a un despojo que muestre cierta entidad y duración, como dice Soler, que se trate de una verdadera desaparición del niño*" (Baigún-Zaffaroni, ob. citada, pág. 496).

Esto es lo que ha ocurrido en este caso, en que se sustrajo a la menor por un tiempo prolongado (entre el 2/12/17 y 30/6/18), con el traslado de la misma a un país vecino, lográndose recién restituirla a la madre por la intervención del Consulado General de la República Argentina en Asunción, República del Paraguay.

En consecuencia, se **RESUELVE**:

I.-CONFIRMAR el auto de fs. 517/533 en cuanto fue materia de recurso (art. 455 del CPPN).

II.-ENCOMENDAR magistrado interviniente a que se dé cumplimiento con las prescripciones del Código Civil y Comercial de la Nación (Titulo VII, Capítulo 9).

Regístrese, notifíquese y devuélvase. Sirva lo proveído de atenta nota de envío.

Hernán Martín López

Magdalena Laíño

Pablo Guillermo Lucero

Ante mí:

Sebastián Castrillón
Prosecretario de Cámara

El _____ se notificó. Conste.

El _____ se devolvió. Conste.