



Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

REGISTRO N° 303/17

//la ciudad de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 19 días del mes de abril de 2017, se reúne la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por la doctora Ana María Figueroa como Presidenta, y los doctores Mariano Hernán Borinsky y Gustavo M. Hornos como Vocales, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto por la querrela en este expediente nro. CCC 45132/2009/2/CFC1, caratulados: "Z., V. R. y otros s/ recurso de casación", de cuyas constancias

RESULTA:

1°) Que la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, en la causa n° 39.182 de su registro, resolvió confirmar con costas de alzada la resolución de primera instancia por la que se hizo lugar a la excepción de falta de acción deducida por el fiscal, declarando la existencia de cosa juzgada en el caso y, en consecuencia, archivar la causa sin más trámite.

Contra esa decisión interpuso recurso de casación la querrela, el que fue rechazado por la cámara "a quo", lo que motivó la interposición de una queja ante esta Cámara a la que se hizo lugar a fs. 128/129.

2°) Que el 5 de diciembre de 2011 esta Sala, con otra integración y por mayoría, resolvió no hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la querrela, con costas (arts. 530, 531 del C.P.P.N.) - (fs. 267/280 vta.).



Contra esa decisión interpuso recurso extraordinario federal la letrada representante de L. F., Dra. Susana Terenzi (fs. 282), el que denegado por la mayoría de esta Sala (con integración parcialmente diversa) - (fs. 295/296) motivó a la querrela a interponer un recurso de queja por recurso extraordinario denegado ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fs. 298/302 vta.).

3°) Que la Corte, el 16 de febrero de 2016 dictó sentencia en la que declaró procedente el recurso extraordinario, dejó sin efecto el pronunciamiento apelado y devolvió los autos para que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado en dicho fallo (fs. 326/329).

4°) Que devueltas las actuaciones a esta Cámara, se dio cumplimiento a lo dispuesto por los arts. 465, párrafo cuarto y 466 del C.P.P.N. Durante el término de oficina se presentó el Sr. Fiscal General ante esta Cámara, doctor Raúl Omar Pleé y requirió que se haga lugar al recurso de casación deducido por la querrela, se revoque la resolución dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y se disponga, con la premura del caso, que se dicte un nuevo pronunciamiento (fs. 345/345 vta.).

5°) Que en la oportunidad prevista por los arts. 465, último párrafo, y 468 del C.P.P.N., presentaron breves notas la querrela (fs. 360/362 vta.) y la defensa (fs. 363/363 vta.).

Superada dicha etapa procesal, de lo que se dejó constancia en autos (fs. 364), quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Realizado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

el siguiente orden sucesivo: doctores Mariano Hernán Borinsky, Ana María Figueroa y Gustavo M. Hornos.

El señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky dijo:

I. En el recurso de casación planteó el recurrente -en lo sustancial- que la resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal que confirmó la de primera instancia que hizo lugar a la excepción de falta de acción deducida por el Fiscal y que declaró la existencia de cosa juzgada en el presente caso, ha sido arbitraria por carecer de debida fundamentación.

Indicó que la investigación llevada adelante por la Justicia Penal de la provincia de Entre Ríos no se dirigió contra los imputados Z. y B., por lo que el sobreseimiento allí dictado no puede beneficiarlos pues se limitó a analizar la conducta de la madre de la niña entregada en adopción -Sra. D. E. E.-. Dicha circunstancia demostraría la ausencia de uno de los requisitos para que proceda el "ne bis in ídem", cual es que exista identidad de persona. Además destacó que la conducta que se les endilga a los padres adoptivos (Z. y B.) consiste en la retención de una niña en contra de la voluntad de su padre y se encontraría expresamente tipificada en el Código Penal; y que mediante esa conducta ilícita se le impidió al Sr. L. F. ejercer plenamente su derecho a la familia.

II. Este tribunal de casación, con una integración diferente, consideró, por mayoría de fundamentos, que no correspondía hacer lugar al recurso de



casación de la querrela, sobre la base del agravio expresamente planteado por las defensas durante el trámite del recurso. En ese sentido se sostuvo -en lo sustancial- que al no haber impulsado el titular de la acción penal pública la acción en autos, por considerar que el hecho ya había sido juzgado previamente en sede provincial -postura que fue acompañada en los diversos estadios del proceso por sus superiores jerárquicos-, la querrela no podía ejercerla en solitario cuando, como en el caso, se trata de una imputación de delitos de acción pública.

III. En el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que origina el presente reenvío y que revocó la sentencia de casación se sostuvo -en síntesis- que el recurso por el que se impugnó la declaración de cosa juzgada fue rechazado por esta Sala con base en un fundamento meramente aparente que no se condecía con los agravios planteados por la querrela y que habrían quedado sin tratamiento y sin rebatir, los argumentos conducentes planteados ante la instancia casatoria. En este punto destacó la Corte que en el recurso de casación se había efectuado una crítica que en forma pormenorizada cuestionaba la procedencia de la aplicación del instituto de cosa juzgada por cuanto no se verificaría la identidad de sujeto (*eadem persona*) que debe estar presente para justificar su aplicación (cfr. considerando 7° del fallo).

Sobre la base de lo decidido por el Superior corresponde ingresar ahora al análisis de los agravios del recurso de casación originario.

IV. La presente causa se inició por denuncia presentada por L. F. (fs. 1/13 vta.), en la que detalló que habría mediado una maniobra de tráfico de niños de la que habría sido víctima su hija biológica M. F.. En ese sentido





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

indicó que un grupo de intermediarios integrado por P. R., A. B. y A. R., entre otros, contactó a una mujer embarazada de escasos recursos de la ciudad de Rosario del Tala, provincia de Entre Ríos, de nombre D. E. E., para luego vincularla con un matrimonio de buena posición económica de la ciudad de Buenos Aires y que deseaban tener una hija -V. R. Z. y L. A. B.-.

Narró que el matrimonio mencionado pagó los gastos del parto de la Sra. D. E. E. en una clínica privada y le entregó dinero a cambio de la entrega de la recién nacida para, luego, tramitar su guarda y, posteriormente, su adopción. Sostuvo que para concretar el otorgamiento de la guarda preadoptiva y legitimar la situación de la víctima se habría contado con la colaboración del Poder Judicial de la Provincia de Entre Ríos; que todo ello habría ocurrido en contra de la voluntad del padre de la menor, L. F., quien al tomar noticia del nacimiento efectuó el correspondiente reconocimiento, e intentó en forma permanente mantener el contacto con la niña en miras de lograr su restitución. También denunció que el matrimonio Z.-B. le habrían ofrecido dinero para evitar que luchara por la restitución de su hija.

El señor juez de instrucción, el 2 de noviembre 2009 delegó la instrucción del sumario en virtud de lo normado en el art. 196 del C.P.P.N. en la Fiscalía Nacional en lo Criminal de Instrucción nro. 35. El fiscal de Instrucción Rodolfo J. M. Cudicio solicitó la ratificación de la denuncia a fs. 15. Con posterioridad dictaminó que debía declararse la existencia de



litispendencia por considerar que "los hechos traídos a estudio resultan ser idénticos a los ventilados en el marco del expediente "Agente Fiscal solicita medidas previas-posible comisión de supresión del estado civil" (n° 537, F° 64...). En efecto la propia denunciante sostuvo que los acontecimientos que constituían el objeto procesal de esta encuesta hubieron de ser anoticiados al Magistrado de instrucción de la provincia de Entre Ríos, quien luego de llevar a cabo la pesquisa, concluyó que los mismos no revestían ilícito penal...Sin embargo la pretensa querellante, bajo la tipificación de sustracción de menores (art. 146 del C.P.N.), que vale decir resulta distinta de la escogida para subsumir los hechos en el expediente penal de aquella provincia (supresión de identidad), intenta impulsar nuevamente la investigación de los mismos acontecimientos en esta jurisdicción, apoyándose en la sola circunstancia de que el matrimonio denunciado posee su domicilio real en Capital Federal; situación que, analizada a la luz de la categoría de delito permanente que revestiría la figura del art. 146 del digesto de fondo, permitiría su prosecución en este fuero por imperio del art. 37 párrafo segundo del código adjetivo. No obstante lo señalado, y sin adentrarme en los cuestionamientos que podrían formularse en torno a la falta de concurrencia de alguno de los elementos objetivos del tipo bajo análisis, lo cierto es que el intento de reeditar la pesquisa en este ámbito territorial no solo resulta a todas luces inconveniente desde el punto de vista de la economía procesal, sino que además implicaría pasar por alto que el objeto procesal ya ha sido materia de juzgamiento en extraña jurisdicción, extremo que, de





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

reeditarse podría dar lugar a sentencia contradictorias con el consecuente escándalo jurídico...".

Frente a dicho dictamen, el juzgado consideró que era necesario requerir fotocopias certificadas de los expedientes y/o resoluciones adoptadas por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Victoria, la Cámara de Apelaciones de Paraná y el Juzgado de Instrucción de Rosario del Tala y el Superior Tribunal, todos ellos de la Provincia de Entre Ríos.

El 4 de enero de 2010 el fiscal solicitó dicha prueba (fs. 31) y, luego de haber recibido lo oportunamente requerido, el señor representante del Ministerio Público Fiscal consideró que existía litispendencia (art. 339, inc. 2° del C.P.P.N.) - (fs. 42/43 vta.). El juez de instrucción hizo lugar a la excepción de falta de acción (fs. 16/22), declaró la existencia de cosa juzgada en el presente caso y ordenó archivar la causa sin más trámite; decisión que fue confirmada por la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. Por su parte la Sala I de esta C.F.C.P. rechazó el recurso de casación de la querrela contra la decisión de la Cámara de Apelaciones.

V. En cuanto al fondo del asunto planteado por la querrela, cabe recordar que he sostenido con anterioridad (Sala III, Causa N° CFP 2645/1998/22/CFC1, "STEFFEN, Herbert Hans s/recurso de casación", reg. Nro. 725/15, rta. el 4/5/15) que la garantía del *ne bis in idem*



es una garantía individual que prohíbe una doble persecución judicial por un mismo hecho; que encuentra su fundamento en el artículo 18 de la Constitución Nacional y tiene consagración legal en la parte final del artículo 1° del Código Procesal Penal de la Nación que prescribe que nadie podrá ser '...perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho'. Esta fórmula legal impide la realización de cualquier acto en el proceso que implique imputarle a una persona hechos que ya fueron objeto de una investigación judicial y que culminaron con el dictado de una condena, una absolución o un sobreseimiento definitivo; como así también una múltiple persecución simultánea por un único suceso.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, además de reconocerle rango constitucional al principio en análisis, afirma que el mismo no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra, mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho, agravio no redimible ni aún con el dictado de una ulterior sentencia absolutoria (conf. T.61.XXIII. Taussing, Jorge F s/ arts. 109 y 110 del CP", rta. 30/4/91; y P. 25. XXVII, Pelufo, Diego Pedro s/ denuncia por desacato", rta. 6/2/96).

Ahora bien, tiene dicho la doctrina y la jurisprudencia, casi sin controversia, que para que exista identidad de hecho será necesario que haya: 1) identidad de persona (eadem persona), 2) identidad de objeto procesal (eadem res), y 3) identidad de causa de persecución (eadem causa petendi). 'El principio protege sólo a la persona del imputado sometido a proceso, de suerte que el sobreseimiento dictado a su favor o la sentencia





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

absolutoria o condenatoria que se refiere a él, sólo hace cosa juzgada a su respecto, y carecen de valor con relación a otras personas (coautores o cómplices sometidos a segundo proceso)...'. 'Para que funcione la garantía, la identidad ha de referirse al objeto o material del proceso, sin que interesen las modificaciones (posibles) de calificación jurídica del mismo. 'La confrontación tiene que hacerse -como expresa Ricardo Núñez (en 'La garantía del non bis in idem en el C. P. Penal de Córdoba', en Revista de Derecho Procesal, IV (1946), 1a. parte, p. 311 y ss)- entre los dos supuestos de hechos mirados en su materialidad y en su significación jurídica; ...el mismo hecho material no puede generar doble proceso bajo doble título delictivo; ni corresponde perseguir nuevamente el mismo hecho por un grado delictuoso más grave del mismo título: el perseguido como cómplice no lo puede ser como autor ...'. 'Además la identidad debe referirse al hecho principal ...'. 'Por último, ha de existir identidad de pretensiones represivas, en el sentido de que coincidan, además de los objetos procesales, las acciones dirigidas a obtener el pronunciamiento jurisdiccional. Es necesario, pues, que el tribunal del primer proceso, en virtud del contenido que asumió la acusación, haya estado en posibilidad de examinar el objeto procesal ampliamente, incluso por su jurisdicción y su competencia. Esa posibilidad, debida al ámbito de la pretensión ejercida, excluye la posibilidad de un nuevo examen, de un nuevo juicio, aunque el primero hubiese omitido considerar algún aspecto del hecho que motivó la acusación' (confr. Causa "Stefen" y sus citas).



Sentado ello, considero que asiste razón a la querrela en cuanto a que la investigación llevada a cabo en sede provincial no subsume las conductas de V. R. Z. y L. A. B., toda vez que en aquella jurisdicción se investigó a D. E. E. (madre biológica de la menor) y a quien ofició como intermediario en la supuesta entrega de la recién nacida a los padres adoptivos (N. P. R.).

En este orden de ideas se ha de evocar que a fs. 23/26, el agente fiscal solicitó entre otras medidas la declaración indagatoria de D. E. E., madre biológica de la menor; a fs. 27/29 vta. se dictó el primer archivo por parte del juez de primera instancia con fundamento en que *"los hechos imputados a D. E. E. no encuadran en figura penal alguna"* (resolución que fue revocada por el superior a fs. 43/43 vta.); a fs. 183/189 se volvió a disponer el archivo de la causa y la denegatoria de recibir la declaración indagatoria de D. E. E. y N. P. R. En este último auto se dijo que *"...la conducta de D. E. E., de estado civil soltera, viajando a la ciudad de Victoria, E. R. internándose en un establecimiento de salud privado, dar a luz a una criatura del sexo femenino, inscribirla como propia en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de dicha localidad, entregando 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 un funcionario judicial de entrega de 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*





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

Penal; en igual sentido, la gestión que habría efectuado N. P. R., trasladando a la mencionada D. E. E. a la ciudad de Victoria para dar a luz, donde la estaban esperando los prenombrados B. y Z. a los que previamente había contactado, con el objeto de relacionarlos con la parturienta, tampoco configura ni encuadra en delito alguno de los previstos en el Código Penal de la República Argentina...". Más adelante se concluyó que "Ni E. ni R., cruzaron el umbral mínimo que separan los actos preparatorios de aquellos que representan comienzo de ejecución del delito. Entender lo contrario, sería forzar la interpretación de conductas que resultan a todas luces atípicas y por ende insusceptible de reproche penal". Tal resolución fue confirmada por la Cámara en lo Criminal de Gualeguay (fs. 207/209).

De tal suerte, y teniendo en cuenta que lo que la querrela pretende que se investigue ahora es la supuesta retención de la menor M. por sus padres adoptivos en el ámbito de esta ciudad tras haber sido sustraída de su padre biológico (art. 146 del C.P.), se advierte que no se configura en el caso uno de los requisitos del doble juzgamiento prohibido; a saber: la identidad de persona juzgada.

Ello por cuanto, como se reseñó más arriba, los integrantes del matrimonio adoptante no fueron abarcados por la investigación llevada adelante en la provincia de Entre Ríos; amén de que el período en el que la menor habría sido retenida es posterior al dictado de la



resolución provincial invocada como activadora de la cosa juzgada a su respecto.

Quedan excluidos de la garantía que el *ne bis in idem* tutela los casos en que deben ser juzgados posibles partícipes aún no perseguidos y los imputados cuya persecución haya concluido por pronunciamiento no definitivo: desestimación, archivo, etc.

VI. Por último debo señalar que, en atención a lo dispuesto en los considerandos 9°) y 10°) del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, corresponde que el tribunal de origen de cumplimiento -por dónde correspondiera lo allí ordenado en razón de lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el fallo "F. e hija vs. Argentina" (sentencia del 27 de abril de 2012, Serie C N° 242), citado en lo pertinente por la C.S.J.N. (obligación del Estado Argentino de verificar, de acuerdo con la normativa disciplinaria pertinente, la conformidad a derecho de la conducta de los funcionarios que intervinieron en los distintos procesos internos relacionados con el presente caso y, eventualmente, las responsabilidades que correspondan de acuerdo con lo dispuesto en el punto 172 de la sentencia de la CIDH).

VII. En orden a lo expuesto, voto por hacer lugar al recurso de casación de la querrela, casar la resolución de la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de fs. 82, a la que deberá devolverse estos actuados para que tome nota de lo aquí decidido, cumpla con lo ordenado en el punto V y remita la causa al juzgado de origen para que continúe con la investigación de los hechos denunciados.

La señora Jueza doctora Ana María Figueroa dijo:





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

1º) En primer lugar, y a modo aclaratorio, corresponde señalar que si bien tengo dicho en numerosos precedentes que el querellante puede impulsar la acción penal incluso en forma autónoma cuando no existe promoción de la acción por parte del Ministerio Público, el eje de la cuestión a resolver planteado en estos actuados, no se vincula con dicha temática.

En esa línea, debe tenerse presente que no ha mediado en estas actuaciones una opinión desestimatoria en los términos que prevén los arts. 180 y 188 del CPPN y una voluntad expresa del representante del Ministerio Público Fiscal de no instar la acción penal denunciada en esta causa, sino que sólo emitió su opinión respecto a la existencia de una excepción de falta de acción para poder proceder.

Tal como ha sido sostenido por el querellante y tomado en consideración en el Dictamen de la Procuradora General y el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el planteo formulado no se vincula con dicho aspecto (cfr. fs. 307/314 y 326/329), sino que exige el análisis en el caso de si se verifica la triple identidad (persona, objeto y causa) que impida llevar adelante la investigación en observancia de la garantía constitucional de *ne bis in idem*.

En tales condiciones, no se trata de determinar si el querellante puede impulsar autónomamente una investigación penal, sino si entre la presente denuncia y la ya realizada y archivada en sede provincial, se



comparten los tres elementos elaborados para identificar una efectiva protección de la garantía *ne bis in ídem*.

En esa línea, el Alto Tribunal ha devuelto las actuaciones a esta Sala I en atención a considerar que la decisión anteriormente adoptada por este Tribunal en la presente causa carece de la debida fundamentación ya que *"el agravio que esta había formulado ante el a quo por medio del recurso de su especialidad que fuera rechazado no contenía la pretensión de impulsar con carácter autónomo la acción penal sobre la que el fallo se expidió en sentido negativo sino, antes bien, comprendía la crítica a la premisa por la que, a partir de considerar que resultaba aplicable el instituto de la cosa juzgada, se había concluido que dicha acción no podía ser ejercida en el presente caso"* (Considerando 7°).

2°) Al aspecto señalado, corresponde adicionar en el análisis de estas actuaciones lo resuelto en relación a los hechos denunciados en esta causa por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fecha 27/4/2012 en el caso *"F. e Hija vs. Argentina"*.

Transcurridos más de dos años de efectuada la denuncia que diera origen a esta causa, el alto tribunal internacional dispuso la responsabilidad de la República Argentina por violación de derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos.

En sus puntos resolutivos declaró que:

"1. El Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 17.1 de la misma, en perjuicio del señor F. y de su hija M, así como en relación con el artículo 19 del mismo





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

instrumento en perjuicio de esta última, de conformidad con lo establecido en los párrafos 44 a 57 y 65 a 111 de esta Sentencia.

2. El Estado es responsable por la violación del derecho a la protección a la familia reconocido en el artículo 17.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 8.1 y 25.1 de la misma, en perjuicio del señor F. y de su hija M, así como en relación con el artículo 19 del mismo instrumento en perjuicio de esta última, de conformidad con lo establecido en los párrafos 44 a 57 y 116 a 124 de esta Sentencia.

3. El Estado incumplió su obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno, establecida en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 19, 8.1, 25.1 y 1.1 de la misma, en perjuicio de la niña M y del señor F., de conformidad con lo establecido en los párrafos 129 a 144 de esta Sentencia".

Asimismo, dispuso -entre otras medidas de decisiva relevancia entre las que debo resaltar el establecimiento de un procedimiento orientado a la efectiva vinculación entre el señor F. y su hija M.- que:

"3. El Estado debe verificar, de acuerdo con la normativa disciplinaria pertinente, a partir de la notificación de la presente Sentencia y en un plazo razonable, la conformidad a derecho de la conducta de los funcionarios que intervinieron en los distintos procesos internos relacionados con el presente caso y, en su caso, establecer las responsabilidades que correspondan, de



conformidad con lo establecido en el párrafo 172 de la presente Sentencia".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que "la ausencia de una investigación penal tuvo un rol fundamental en la falta de determinación de lo ocurrido con la niña" (Consid. 129), consideración que corresponde sea tomada en cuenta al momento de resolver la presente causa.

3º) Frente a dicha decisión adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a los hechos que se ventilan en esta causa, y ante la reciente decisión adoptada el 14 de febrero del corriente año por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "CSJ 368/1998 (34-M)/CS1 Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", corresponde efectuar una breve introducción respecto al impacto en estas actuaciones de la decisión recaída en el caso "F. e hija Vs. Argentina".

Habré de recordar que respecto a las consecuencias de las decisiones adoptadas por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, he tenido oportunidad de fijar mi posición al respecto en los precedentes FSM 2680/2009/1/CFC1 "Arrillaga, Alfredo Manuel s/recurso de casación" (registro nº 2005, resuelta el 27/10/16) y CCC 13754/2004/7/CFC1 "Zelaya, Luis Alberto" (registro nº 2289/2016, resuelta el 25/11/16).

En tales ocasiones resalté la oponibilidad de las decisiones dimanantes de los órganos internacionales de los instrumentos en materia de derechos humanos a los que nuestro país ha sometido su jurisdicción.





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

La primera cuestión a abordar en esa dirección es la que dispone que la República Argentina dio su aprobación a normas convencionales, por lo que se obliga internacionalmente, aceptando la competencia y jurisdicción de tribunales internacionales y sus decisiones, las que no pueden ser revisadas por tribunales internos, incluso la CSJN resolvió, que debe subordinar el contenido de sus decisiones a las interpretaciones de la Corte IDH (cfr. Fallos: 321:555, considerando 9 del voto de mayoría y Fallos: 327:5668).

Consecuencia necesaria de ello es que de tolerar prácticas contrarias a tales preceptos, se estarían desconociendo los compromisos asumidos por el Estado Argentino en la materia, lo que acarrearía su responsabilidad internacional.

La segunda cuestión es la referida a que los tratados del segundo párrafo del art. 75 inciso 22, se aplican en las "condiciones de su vigencia", es decir, tienen rango constitucional, rigen y se interpretan en nuestro país conforme la jurisprudencia internacional de dichos organismos de control y monitoreo de cada instrumento. Esta interpretación mayoritaria en la convención constituyente, tuvo recepción jurisprudencial in re "Girolodi" (Fallos: 318:514), cuando la CSJN señaló, con posterioridad a la reforma constitucional, que la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales, en la medida que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte IDH para conocer en



todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la CADH (arts. 75 CN; 62 y 64 CADH y 2 ley n° 23.054). Doctrina que posteriormente nuestra Corte Suprema sostuvo como jurisprudencia reiterada (entre ellas, Fallos: 329:518).

En lo que hace a la complementariedad “de los derechos y garantías”, reconocidos por la Constitución Nacional y los tratados internacionales, cabe destacar que dicha cuestión fue explicitada por el convencional constituyente Barcesat -uno de quienes expuso la postura mayoritaria-, quien sostuviera lo que a su criterio constituye una interpretación errónea realizada por el convencional Barra, señalando que el término “complementario” debe entenderse en el sentido de ampliar, perfeccionar, integrar; no hay relaciones de supraordenación o subordinación en aquello que es complementario. Hay nivelación, igualdad de jerarquía, igualdad en el rango jerárquico normativo y agregó que esta interpretación es la que se corresponde con el sentido que le dan los “preámbulos de los pactos internacionales de Naciones Unidas a esa unidad inescindible de derechos civiles y políticos, y de derechos económicos, sociales y culturales” y agregó que “eso es política de derechos humanos y no meramente la aprobación jerarquizada de tratados sobre ellos” (cfr. 23 reunión, 3° Sesión Ordinaria, 3 de agosto de 1994, Convención Nacional Constituyente). En consecuencia, cualquier interpretación que se haga de ella debe ser la que resulte más favorable a la persona, sin restringir derechos reconocidos y compromisos asumidos por el Estado Nacional (CSJN, causa G.783.XLVI, REX. “Gerard”).





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

Tal como lo ha referido en varias oportunidades la Corte IDH, el objeto y fin de un tratado, en materia de derechos humanos, *"...son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción..."* (Corte IDH, "Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia", Sentencia del 28/11/2003, Serie e Nº 104, párr. 99; "Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago. Excepciones preliminares", Sentencia del 1/9/2001, Serie C Nº 82, párrs. 86 y 87). Así que receptado en jurisprudencia reiterada de la CSJN (Fallos: 320:2145, 320:2155, 2156 y 2157, entre otros).

La Corte IDH también ha expresado que la CADH debe interpretarse de manera de darle su pleno sentido y permitir que *"...el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte, adquiera todo `su efecto útil´..."* (Caso "Godínez Cruz vs. Honduras. Excepciones preliminares", Sentencia del 26/06/1987, parágrafo 33). La exégesis, en consecuencia, ha de ser hecha de forma tal que no conduzca *"...de manera alguna a debilitar el sistema de protección consagrado en la Convención y siempre teniendo en cuenta que el objeto y fin de la misma son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos..."* (Corte IDH,



"Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización", Opinión Consultiva OC-4/84 del 19/01/1984, Serie A N° 4, parágrafo 24 y su cita), lo cual constituye, en síntesis, el *"fin último del sistema"* (Corte IDH, Caso "Cayara vs. Perú. Excepciones preliminares", Sentencia del 03/02/1993, Serie C N° 14, parágrafo 63).

No debemos desconocer que unas de las características del derecho internacional de los derechos humanos, es que fija estándares mínimos a los Estados que son parte de la convención, habiendo en el caso recaído una decisión *"ejecutable"* a partir de los fallos contenciosos resueltos por la Corte IDH.

En la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (Corte IDH, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", OC-18/03, del 17/09/2003, parágrafo 76). Dicho ejercicio, a su vez, demuestra que ha primado sobre el Estado la decisión de reforzar la tutela interna de los derechos humanos por la vía internacional ("*complementaria*"/"*coadyuvante*") aún a riesgo, desde luego, de tales desenlaces.

La obligación del Estado es pretérita al dictado de cualquier Sentencia, Opinión Consultiva, Informes, Conclusiones o Recomendaciones, y es en esa órbita bajo la cual debe circunscribirse el análisis en la presente causa donde se ha denunciado la comisión de delitos que han conducido a violaciones a los derechos humanos de un padre y una hija.

En tal sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que *"la obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un*





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (pacta sunt servanda) y, como [...] dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969; aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. Las obligaciones convencionales de los Estados Partes vinculan a todos los poderes y órganos del Estado" ("Caso Bulacio vs. Argentina", supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución del 17 de noviembre de 2004, considerando nº 5).

Tal como ha sido citado por la Procuradora General de la Nación en su dictamen de fs. 307/314, el Máximo Tribunal ya ha reconocido la obligatoriedad de las sentencias del tribunal interamericano (Fallos: 327:5668, considerando 6º, "Espósito") e incluso ha dejado sin efecto su propio fallo "con el objeto de dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana Derechos Humanos" (Fallos: 334:1504, "Derecho, René").

Ahora bien, sin perjuicio de los criterios expuestos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos y anteriores precedentes al dictado recientemente en "Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina" -antes citado-, y a mi posición coincidente con la anterior jurisprudencia del Alto Tribunal, habré de señalar que la situación que aquí se plantea difiere del supuesto verificado en "Fontevecchia".



Ello en tanto el dictado del fallo "F. e hija vs. Argentina" no ha dispuesto modificación alguna a decisiones jurisdiccionales ya adoptadas por nuestro país.

Además, tampoco la denuncia que aquí se somete a análisis por parte de la querrela, ha reunido en ningún momento autoridad de cosa juzgada. A partir de ello, no se verifica la circunstancia relevada en el Considerando 16) del precedente "Fontevicchia" en punto a que *"dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada es uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios fundamentales del derecho público argentino"*.

Frente a ello, este Tribunal se encuentra habilitado a resolver respecto al recurso interpuesto por la parte querellante, atendiendo a los lineamientos emitidos tanto por el tribunal internacional en el caso, como por la Corte Suprema de Justicia de nuestro país.

4º) A la intervención que respecto de los sucesos aquí denunciados tuviera la Corte IDH debe adicionarse lo resuelto por el Alto Tribunal con fecha 16 de febrero de 2016, ocasión en la que se dejó sin efecto la decisión adoptada por la Sala I de esta Cámara -en integración diferente a la actual- y devolvió las actuaciones para un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado en dicha sentencia.

5º) Ahora bien, establecido el alcance que corresponde otorgar a la intervención de esta Cámara a la luz del fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en "F. e hija Vs. Argentina" y a consecuencia del reenvío dispuesto por el Alto Tribunal a fs. 326/329, y previo ingresar en los planteos de la





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

querella formulados contra la decisión que confirmó el archivo de la denuncia efectuada por esa parte, habré de recordar sucintamente los hechos denunciados en esta causa por el señor L.A.J.F. y el trámite procesal y temperamentos adoptados en esta.

El 9/11/2009 (fs. 1/13vta.) los representantes de L.F. denunciaron la comisión del delito previsto en el art. 146 del CP -sustracción de menores- y sostuvieron que *"la niña M.F. fue sustraída de la esfera de custodia de su padre, L.F., al ser entregada al matrimonio de V.R.Z. y L.A.B. Esta entrega se hizo con la intervención de la madre de la niña, una red de tráfico de niños y la actuación judicial que negligente o dolosamente ha legitimado la apropiación de la niña contra la voluntad de su padre frente a una continua, persistente e ineludible oposición de L.F. manifestada ante diversas instancias institucionales. Debe agregarse que la intervención judicial de L.F. y la calificación de este acto como tráfico de niños provoca que no existan dudas en relación con el conocimiento e intencionalidad de los guardadores respecto de la sustracción y retención de la niña de la esfera de custodia de su padre en contra de su consentimiento"*.

Dicha denuncia concluyó en la decisión adoptada el 11/6/2010 (fs. 62/68) en la que a instancias de la opinión volcada por el Fiscal de Instrucción en dos oportunidades (fs. 24/28 y 42/43), el Juez de Instrucción resolvió hacer lugar a la excepción de falta de acción instada por el representante del Ministerio Público Fiscal,



declarar la existencia de cosa juzgada y archivar esta causa.

Dicho temperamento se sustentó en que *"se ha determinado en autos la triple identidad entre los procesos cotejados"*, en referencia a la causa n° 537 del Juzgado de Instrucción de Rosario del Tala caratulada *"Agente Fiscal solicita medidas previas - posible comisión de supresión de estado civil"*, iniciada el 11/7/2000.

En lo sustancial entendió que *"la justicia provincial, al disponer el archivo de las actuaciones por inexistencia de delito no sólo se expidió respecto al accionar de E. sino también al de Z., B., R. y las restantes personas que intervinieron en la entrega en guarda de la menor. Así, no sólo Z. y B. estuvieron imputados en la investigación que tramitó en sede provincial sino muchas otras personas que en el presente incidente no fueron mencionadas por la querellante pero cuyas conductas fueron evidentemente analizadas por el magistrado entrerriano (entre ellas, P. R.) y mencionadas por la querellante al efectuar la denuncia ante este Fuero Nacional"*.

Dicho temperamento fue confirmado por la cámara de apelaciones, y por este tribunal de casación (fs. 82 y 175/190, respectivamente).

6°) A fin de ingresar en el análisis del agravio planteado por la querella, he de recordar cuanto tuve ocasión de desarrollar al integrar Sala II de esta Cámara en la causa N° 12.328 bis *"Golenderoff, Alejandro Daniel s/recurso de casación"* (reg. n° 20.679, rta. el 17/9/2012), en punto al alcance de la garantía que prohíbe el doble juzgamiento y la doble persecución penal (*ne bis in ídem*).





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

Señalé en dicha ocasión que "El principio aludido ha tenido recepción desde antaño en nuestra Carta Magna como garantía no enumerada o implícita (artículo 28 CN). Luego de la reforma constitucional de 1994, la prohibición de *ne bis in idem* está expresamente consagrada por imperio del artículo 75 inciso 22 CN, a través de los artículos 8.4 de la CADH y 14.7 del PIDCyP. De esta forma, ya no existe discusión acerca de su plena vigencia en nuestro país, aunque deviene imperioso precisar su alcance a la luz del caso sub examine".

"La prohibición de *ne bis in idem* a su vez, detenta carácter universal y puede encontrarse en varios antecedentes en el derecho comparado moderno, debiendo mencionar por su valor histórico, la V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, norma suprema que fue la base de la Constitución Nacional de 1853".

"Sin embargo, puede remontarse a sus orígenes griegos, donde la doctrina sitúa en el tratamiento que tuvo en la Constitución de Atenas. Posteriormente, fue receptado sucesivamente en el *Corpus Iuris Civilis*, *Codex 9.2.9*, a instancia de Justiniano; la Ley XII, Título I, de la VII Partida del Rey Alfonso X, el Sabio -que recogió la primitiva formulación griega en la doble consideración de prohibir la duplicidad de enjuiciamientos por un mismo hecho e igualmente, de ulterior tratamiento de cualquier asunto previamente fallado-; la formulación genérica y limitada a los supuestos de doble detención por los mismos hechos, en el *Habeas Corpus Amendment Act* de 1679; (véase López Barja de Quiroga, Jacobo, "El principio: *non bis in*



ídem", Ed. Dykinson, Madrid, 2004; Muñoz Clares, José. "Ne bis in idem y Derecho Penal. Definición, patología y contrarios", Ed. Librero-Editor, Murcia, 2006)".

"Cabe citar además, su recepción contemporánea en el ámbito europeo en cuanto prevén los artículos 4.1 del Protocolo 7 adicional al Convenio de Derechos Humanos, 54 a 58 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, y el 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

"Corresponde resaltar los dos aspectos que implican el *ne bis in idem*, y que la doctrina nacional e internacional clasificara en su faz material y procesal. Así el principio incluye tanto a la prohibición de doble sanción, como a la de doble proceso o juzgamiento. Aunque de hecho, parte de la doctrina sostiene que el aforismo se remonta en sus orígenes a una institución del derecho procesal civil, que expresaba la imposibilidad de accionar dos veces en reclamación de una misma cosa, como contenido material de una demanda".

"Sobre el fundamento de la llamada faz procesal del principio se ha establecido que: "Con base en el principio de seguridad jurídica, el *non bis in idem* impide que pueda existir un doble enjuiciamiento (*bis de eadem re ne si actio*) sobre el mismo hecho respecto de la misma persona. Se trata de evitar el riesgo de que ocurra la doble sanción y se anticipa la norma evitando el peligro de un nuevo juicio. De ahí que el principio actúe antes de que el proceso llegue a sentencia" (López Barja de Quiroga, Jacobo. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Ed. Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 2010, página 163)".

"Tiene dicho la doctrina que: "El *non bis in idem* es, según algunos autores, uno de los efectos de la





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada y ésta -se dice- 'significa decisión inmutable e irrevocable; significa la inmutabilidad del mandato que nace de la sentencia'" (Domingo E. Acevedo, "La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre enjuiciamiento penal múltiple (non bis in idem) en el caso Loayza Tamayo, San José, Costa Rica, 1998, página 287. Liber Amicorum. Héctor Fix-Zamudio. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)".

"Por tanto, corresponde advertir que el dictado de una sentencia firme o con calidad de cosa juzgada, implica un obstáculo insoslayable dentro de un Estado Democrático de Derecho, que impide la reapertura de un nuevo juicio. El artículo 14.7 del PIDCyP prevé: "Nadie puede ser procesado o penado de nuevo por una infracción por la cual ya ha sido definitivamente absuelto o condenado de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país". Por su parte, el artículo 8.4 de CADH establece: "El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos".

"El fundamento genérico del ne bis in idem procesal reside en la seguridad jurídica. De ahí que desde un doble enfoque, se trate de preservar la aplicación del Derecho de modo que éste se pronuncie de manera única, otorgando la estabilidad y permanencia de la solución legal arribada al caso en concreto, constituyendo ello una garantía individual desde la óptica del imputado. De lo contrario se llegaría a la consecuencia perturbadora, que



un doble juzgamiento conduzca a que en el marco de un segundo proceso, se arribe a una conclusión diversa”.

“Por su parte, esta garantía no sólo resguarda la posibilidad de una reapertura posterior en un nuevo juicio, sino también, la posibilidad que un imputado se vea simultáneamente enjuiciado ante la misma pretensión punitiva, por los mismos hechos. La protección alcanza en el primer supuesto al caso de un segundo proceso con objeto igual que otro ya terminado (cosa juzgada); en el segundo, también abarca para casos de múltiple e idéntica persecución –aunque en este caso de pendencia simultánea (litispendencia), obviamente no requiere sentencia firme-.

“La prohibición de doble proceso, también se vincula, además de con la cosa juzgada, con el derecho a una tutela judicial efectiva y el debido proceso. Es que dicha imposibilidad obsta al inicio de una nueva persecución en manos del Estado, porque de lo contrario se menoscabaría la libertad de la persona frente al poder punitivo, al poder ser sometido nuevamente a proceso por los mismos hechos. La prohibición de doble enjuiciamiento constituye una garantía que su vulneración implicaría una indefensión del imputado, donde luego que se haya dictado una sentencia firme que alcance eficacia de cosa juzgada, se permita reproducir cuanto ha sido objeto de un proceso anterior que terminó finalmente, con una decisión jurisdiccional oponible erga omnes”.

“Cabe recalcar entonces, uno de los requisitos fundamentales a efectos que rija la protección constitucional de prohibición de doble enjuiciamiento, cual es la resolución judicial firme que pone fin a un proceso, que impediría la posibilidad del Estado de reabrir un nuevo proceso, contra el mismo imputado y por





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

los mismos hechos. El derecho a no ser sometido a un doble procedimiento, así se conecta con la potestad jurisdiccional, con su propia esencia, y a través de ella con el derecho a la tutela judicial efectiva (Pérez Manzano, Mercedes. La prohibición constitucional de bis in idem, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, página 69)".

"Al respecto, tiene dicho la doctrina internacional que: "otro requisito que exige la Convención Americana es que la sentencia absolutoria sea 'firme'. La sentencia absolutoria 'firme' tiene, de acuerdo con el artículo 8.4 de la Convención Americana, efecto vinculante erga omnes contra cualquier persecución que intente el Estado 'por los mismos hechos'. Ello es así porque se trata de una obligación que deriva de una garantía 'fundamental de la persona humana' respecto de la cual todos los Estados partes en la Convención Americana tienen un interés jurídico en su protección... El non bis in idem es, según algunos autores, uno de los efectos de la sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada y ésta -se dice- 'significa decisión inmutable e irrevocable; significa la inmutabilidad del mandato que nace de la sentencia'" (Acevedo, Domingo E., oportunamente citado, páginas 287 y siguientes)".

"Por su parte, también se estableció que: "Ejercer la potestad jurisdiccional es 'decir el Derecho' - iurisdictio-, esto es, expresar la ley del caso concreto. De manera que si es consustancial a la idea misma de Derecho que éste se exprese de forma única e inequívoca, también es un rasgo de la propia iurisdictio que se ejerza



una sola vez respecto de un mismo hecho. Desde esta perspectiva, la exigencia de que la ley del caso sea una, de que la expresión del Derecho sea única e inequívoca, se ha de traducir en la prohibición de existencia de un doble proceso. El derecho a la tutela judicial efectiva se conecta entonces con el ejercicio de la potestad jurisdiccional, puesto que la tutela se dispensa 'en el ejercicio de la potestad jurisdiccional'..., juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. No puede haber tutela judicial ni ésta puede ser efectiva si la iurisdictio se ejerce de forma múltiple, si no hay garantía de que la ley del caso sea una, y de que, una vez expresada, se vaya a consolidar con carácter definitivo. La prohibición de doble proceso constituye así manifestación de la esencia misma de la potestad jurisdiccional (Pérez Manzano, Mercedes, oportunamente citada, página 70)".

"La doctrina nacional e internacional convienen en que para que opere la prohibición de doble sanción y de doble proceso, se requiere una triple identidad: de persona, objeto de persecución y fundamento. Ahora bien, respecto a la tercera identidad, la misma ha advertido y puesto ciertos reparos. Se sostiene que la conjunción de estos tres elementos a efectos de ser alcanzados por la protección del ne bis in idem, constituye una necesidad analítica a la hora de interpretar el principio, pero se admite que la realidad de los hechos, ha presentado hipótesis fácticas que han cuestionado la plena vigencia del tercer requisito".

"Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reafirma los tres elementos de identidad, sosteniendo que no se vulnera el ne bis in idem cuando en los procesos nos encontramos frente al fraude procesal, o





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

cualquier modalidad legal para obtener la impunidad, o ante la cosa juzgada aparente -conforme casos "La Cantuta vs. Perú", fallo del 29/11/06 y "Almonacid Orellano vs. Chile" del 29/09/06-".

La validez para nuestro país de la jurisprudencia internacional citada en el precedente "Golenderoff", impone en el análisis del caso el cotejo estricto de los tres elementos de cuya existencia depende la operatividad en un caso de la garantía que prohíbe el doble juzgamiento o doble persecución penal.

La interpretación fáctica y normativa que implique ese análisis debe ser efectuado con rigurosidad y prudencia, para que no sea el órgano jurisdiccional quien tergiversando valoraciones acerca del citado principio, sea el que asegure la impunidad del imputado.

7º) Fijados los lineamientos desarrollados, y en atención a cuanto surge del estudio de la presente causa, habré de votar hacer lugar al recurso interpuesto por la parte querellante, y anular la decisión de hacer lugar a la excepción de falta de acción respecto de V.R.Z. y L.A.B., ya que observo le asiste razón a dicha parte al sostener que en las actuaciones que tramitaran ante la justicia de Entre Ríos *"nunca se investigó el obrar de Z, ni B. En ningún momento se dictó alguna medida de prueba respecto de ellos, ni se los citó a prestar declaración indagatoria. Si bien el magistrado de grado señala que la investigación de la Justicia de Entre Ríos se dirigió contra Z. y B., no se identifica una medida de prueba en concreto"*.



Es que no se verifica en esta causa la triple identidad que acciona la excepción de falta de acción que ha sido dispuesta en esta investigación, conculcando así el debido proceso y el derecho del querellante a que sean atendidos los reclamos jurisdiccionales que ha efectuado ante las autoridades correspondientes, en los términos elaborados por nuestro Alto Tribunal en el precedente "Santillán", en el sentido de que *"todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma"* (Fallos: 321:2021).

En tal sentido, en la causa que tramitó ante la justicia provincial de Entre Ríos, se investigaron las conductas de la madre biológica de la niña (D.E.E.) y quien habría operado como intermediario en la entrega al matrimonio Z.- B. (N. P. R.).

V.R.Z. y L.A.B., matrimonio que adoptó a la niña M.F, nunca habían sido denunciados anteriormente, ni tampoco integraron el marco de análisis de la investigación llevada a cabo en sede provincial.

Frente a dicha circunstancia, mal puede operar la triple identidad que protege a imputados que jamás fueron sometidos a un proceso penal, que no fueron mencionados en dicha calidad en la denuncia anterior tramitada en sede provincial, y respecto de una maniobra que tampoco integró el objeto procesal.

La identidad de persona, como uno de los tres elementos necesarios para tornar operativa la garantía *ne bis in ídem*, se encuentra así ausente: las decisiones que





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

se adoptaron en la causa de la justicia de la provincia de Entre Ríos, fueron respecto de D.E.E. y N. P. R. y jamás vinculadas con el matrimonio Z.-B..

De ese modo, Maier ha sostenido que *"la identidad de la persona perseguida penalmente en varios procesos es, pues, una condición esencial para el efecto negativo del principio, es decir, para evitar una persecución nueva, cuando la anterior ya ha terminado o se inicia otra a un mismo tiempo. Debe tratarse, entonces, del mismo imputado en una y otra persecución penal, comprendiéndose como imputado, según lo definen los códigos modernos, la persona que es indicada como autora del hecho o participe en él ante cualquiera de las autoridades establecidas por la ley para la persecución penal (...). Conforme a ello, los métodos para identificar al imputado (nominal, antropométrico, dactiloscópico, etc) mandan en la solución: se debe tratar de la misma persona física (o jurídica, cuando se permite su persecución penal). La garantía no se extiende a otra persona, que no ha sido perseguida penalmente, cualquiera que sea la solución del caso"* (autor citado en "Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos", Ed. Del Puerto, año 2004, 2da. Edición, págs. 604 y 605).

No se trata de los mismos imputados, ya que B. y Z. no fueron alcanzados por el archivo dispuesto en la justicia provincial, sin que quepa hacer ningún distingo respecto al temperamento y razón del archivo adoptado. Así no ampara a los aquí denunciados el archivo dispuesto por inexistencia de delito, *"aunque la base del cual se arribó*



a una solución determinada sea común (por ejemplo, la falta de comprobación del hecho imputado o de adecuación típica del verificado) o se trate de un caso de participación criminal conjunta", ya que "el principio rige individualmente y no posee efecto extensivo; ello porque la garantía torna inviable una persecución penal ya ejercidas, concluida o en ejercicio, evitando los intentos repetidos para condenar a un mismo imputado, pero carece de eficacia para transformar en lícito lo que es antijurídico y punible" (Maier, obra citada, págs. 605/606).

A ello, debe adicionarse que lo denunciado en esta causa es de tiempo posterior a las decisiones adoptadas en sede provincial, por lo que difícilmente podría verificarse la identidad de objeto procesal: en la justicia de Entre Ríos se investigó lo ocurrido en torno a la entrega de la niña M. al matrimonio Z.-B., pero no integró la plataforma fáctica de lo denunciado -ni tampoco de lo investigado- la sustracción de dicha niña en los términos dispuestos en el art. 146 del Código Penal, ocurrida en tiempo posterior a la denuncia y el archivo ocurridos en sede provincial.

Para que la regla funcione e impida la persecución la imputación tiene que ser "idéntica", y lo es cuando "tiene por objeto el mismo comportamiento atribuido a la misma persona (identidad de objeto : eadem res)" (Maier, ob. cit. Pág. 606).

La identidad de comportamientos y de imputados se encuentra ausente entre la causa tramitada en sede provincial y la denuncia aquí realizada, por lo que corresponde anular la decisión recurrida, y reenviar las actuaciones a su origen para que continúe con su trámite,





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

conforme el estadio procesal y con la celeridad que el caso impone atento a haber transcurrido ya más de siete años desde la fecha de la denuncia originaria.

8º) A lo expuesto en el punto precedente, habré de agregar que en el presente caso se ha denunciado la sustracción de un niño -cfr. art. 146 CP-, por parte de los imputados.

Frente a ello, la solución que aquí propugno resulta acorde al compromiso asumido por el Estado Nacional al suscribir los tratados en materia de DH ante la comunidad internacional y por las normas del derecho interno -conforme el artículo 75 inciso 22-, y la ley 26.061. En particular el compromiso de que el Estado Argentino actúe con el respeto de los derechos enunciados en la **"Convención sobre los Derechos del Niño"**, sentando sus bases desde el Preámbulo al afirmar: *"Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales"*, sosteniendo la obligación de los Estados en el cumplimiento de la norma convencional, con la adopción de normas y políticas públicas en el orden interno para su efectivo cumplimiento, reconociendo que los niños por su falta de madurez física y mental, necesitan protección integral y cuidados especiales, correspondiendo la debida actuación de los tribunales y autoridades administrativas, la modificación del derecho interno de ser necesario, atendiendo al 'interés superior del niño'.



La solución que aquí adopto concuerda con lo establecido por la CSJN en la causa 7537 "García Méndez, Emilio y otra" -02/12/2008-, en la que se precisó que los jueces deben dictar *"...las decisiones que en el caso concreto sean requeridas para la salvaguarda de los derechos y libertades del menor y para la protección especial a que éste es acreedor, con arreglo a la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia..."*, en consonancia con la OC 17 de la Corte IDH donde analiza la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención de los Derechos del Niño, afirmando el principio que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho pleno, merecedores de la aplicación de las normas convencionales y acreedores de protecciones especiales por su posición de desventaja, vulnerabilidad y por tener necesidades específicas en razón de la edad.

Así, en la presente causa corresponde el análisis constitucional y convencional, al afirmar que las niñas, niños y adolescentes tienen todos los derechos convencionales y constitucionales existentes en nuestro sistema jurídico correspondiente a cualquier sujeto de derecho, y que además disponen de un plus por su situación de vulnerabilidad en razón de la edad, por lo que deben ser sometidos a jurisdicción y trato especial, siempre se debe respetar el debido proceso y resolver a favor del "interés superior del niño".

Ha sostenido también la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN M.1022.XXXIX Recurso de hecho - Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado, causa N° 1174C, considerando 11) que: *"si algún efecto ha de asignársele a la Convención del Niño es, sin lugar a*





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

duda, que a ellos les alcanza el amparo de las garantías básicas del proceso penal".

Con la misma doctrina y construcción teórica, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 17 -OC 17- del 28/08/2002 al someter la Comisión IDH a su interpretación los artículos 8 y 25, para establecer si las medidas especiales del artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos -CADH-, constituyen límites al arbitrio del Estado, en relación a los niños y su solicitud de determinación de criterios generales, ha resuelto sobre la definición de niño, en su considerando 38 en los siguientes términos *"El artículo 19 de la Convención Americana, que ordena adoptar medidas especiales de protección a favor de los niños, no define este concepto. El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño indica que "niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad"*.

La Corte IDH entiende por "niño" a toda persona que no ha cumplido los 18 años de edad, por lo que comprende el caso de autos.

Resolvió que las garantías de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana deben aplicarse a la luz de la especialidad que la misma ha reconocido a los niños, en el sentido de *"proteger reforzadamente los derechos de niños"*, tal como sucede con otras situaciones especiales como son las consagradas en sus artículos 5.5 y 27 de la Convención, utilizando criterios amplios de interpretación.



La aplicación de dichos artículos debe considerar los principios de interés superior de los niños, protección integral, justicia especializada, presunción de minoridad, principio de lesividad, confidencialidad y privacidad, formación integral y reinserción en la familia y la sociedad, así como la precisión acerca de la manera y condiciones en que los niños pueden acceder a esos recursos judiciales, tomando en cuenta que su capacidad de actuar no es plena, *"sino que está vinculada al ejercicio de la autoridad parental, y determinada por su grado de madurez emocional y capacidad de discernimiento"*.

El artículo 19 de la Convención Americana obliga a los Estados Parte a adoptar la normativa para garantizar las medidas de protección que los niños requieran en su condición de tales, de manera que cualquier desarrollo legislativo que los Estados elaboren en torno a las medidas de protección para los niños, deben reconocer que los mismos son sujetos de derecho plenos, que deben realizarse dentro del concepto de protección integral.

La Convención sobre los Derechos del Niño ha sido adoptada por casi todos los Estados miembros de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, el gran número de ratificaciones pone de manifiesto un amplio consenso internacional que conforman la *"opinio iuris communis"* favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento, que reflejan el desarrollo actual de esta materia.

El 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





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone: 1. 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, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. El mismo principio se reitera en los artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40, para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. 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.

En el considerando 61 de la OC 17 citada, afirma que *"...es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño"*. En el 64: *"la puntual observancia de obligaciones establecidas en el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención"*. En el 95: *"Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que*



estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño".

De acuerdo a los fallos de la CSJN y de la CIDH precedentemente analizados, se desprenden los principios generales y rectores que deben utilizarse cuando se encuentran en debate los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes, por lo cual constituye una obligación de todos los órganos del Estado -Ejecutivo, Legislativo y Judicial- adecuarse a su cumplimiento, como lo he sostenido en mi voto en el fallo "Mendoza, César Alberto y otros s/ recurso de revisión" -causa 14.087, resuelta el 21/8/2012, registro nº 20.349, de la Sala II de esta Cámara-.

En punto a la causa penal que tramitó en la justicia de provincia, la guarda, el régimen de visitas, la adopción, y el reconocimiento de la paternidad del señor F. de su hija menor, ya ha sido determinada la responsabilidad internacional de nuestro país en el ya citado caso "F. e hija Vs. Argentina", precisándose la gravedad de lo ocurrido al considerar que *"teniendo en cuenta los derechos e intereses en juego, el retraso de las decisiones judiciales generó afectaciones significativas, irreversibles e irremediables a los derechos del señor F. y de su hija"* (Par. 76) y que *"no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales"* (Par. 105).

9º) A lo dicho, también corresponde adicionar que el derecho a la identidad se encuentra expresamente reconocido dentro de la *"Convención sobre los Derechos del Niño"*, como uno de los compromisos asumidos por sus Estados Partes.





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

El derecho a la identidad constituye el conjunto de atributos y características que permiten identificar a una persona como sujeto único abarcando el derecho a la nacionalidad, al nombre, a ser reconocida su personalidad jurídica y con ello a poseer y preservar las relaciones con su familia biológica y a conocer la verdad sobre su origen. Afirma la CIDH, como todo Derecho Humano, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, por ello le pertenece a todas las personas sin discriminación, estando obligado el Estado a garantizarlo, utilizando todos los medios a su alcance para su consecución. Por ello el derecho a la identidad es un Derecho Humano oponible *erga omnes*, dado que además de constituir un derecho personalísimo, también constituye un derecho de interés colectivo de la comunidad internacional, que no admite derogación ni suspensión alguna, por ello no puede ser conculcado, reglamentado o reconocido de manera parcial. Por ello siempre toda persona tiene derecho a conocer la verdad de su identidad, lo cual hace que cada persona sea única, singular e identificable.

En consecuencia el derecho a la identidad corresponde a todo ser humano. Constituye el derecho a saber quién es, cuál es su origen biológico, a qué familia pertenece y a mantener los vínculos con ésta, a saber cuál es su nacionalidad para conservar su cultura, lugar de origen e idiosincrasia, reivindicando el derecho a la verdad como derecho individual y colectivo, porque en ambos parámetros importa el derecho del sujeto y de la sociedad de la que forma parte. Su desconocimiento implica una



violación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, siendo éste un derecho convencional reconocido con jerarquía constitucional, conforme el art. 75 inciso 22 CN; al adoptar la Convención sobre los Derechos del Niño, con dicho rango, incluyendo ésta en su art. 8 el derecho a la identidad.

En síntesis, debe destacarse la obligación asumida por el Estado Argentino de *"respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas"* (art. 8.1) y el derecho del niño a ser *"inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos"* (art. 7.1).

Conforme lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la identidad *"puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. Es así que la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social"* (párrafo 113 "Caso Contreras y otros vs. El Salvador", sentencia del 31 de agosto de 2011).

En tal oportunidad también se fijó que *"la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas*





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

condiciones, una violación de su derecho a la familia reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana" y que "el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. Por otra parte, en virtud del artículo 11.2 de la Convención, toda persona tiene derecho a recibir protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en su familia, y en especial los niños y niñas, dado que la familia tiene un rol esencial en su desarrollo" (párrafo 106).

Es respecto de las circunstancias que son aquí denunciadas que la CIDH ha sostenido que "el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño. De allí, que a la familia que todo niño y niña tiene derecho, es principalmente, a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos, la que debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. En consecuencia, a falta de uno de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre o madre u otros familiares biológicos" (párrafo 119, "Caso F. e hija vs. Argentina", ya citado).

Finalmente, en este precedente también precisó la citada Corte que "la sanción penal es una de las vías idóneas para proteger determinados bienes jurídicos. La



entrega de un niño o niña a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución afecta claramente bienes jurídicos fundamentales tales como su libertad, su integridad personal y su dignidad, resultando uno de los ataques más graves contra un niño o niña, respecto de los cuales los adultos aprovechan su condición de vulnerabilidad" (párrafo 140).

En vista a las consideraciones efectuadas, se desprende la importancia de los intereses en juego en estas actuaciones, entre los que se encuentran el derecho a la identidad, el derecho a la protección de la familia, y el interés superior del niño, por lo que habrá de tener el magistrado instructor especialmente en cuenta las indicaciones que efectuara la Corte IDH en el Párrafo 172 del fallo "F. e hija Vs. Argentina", reiterado por nuestro Alto Tribunal en el Considerando 10.

En tales oportunidades se sostuvo que debe verificarse *"la conformidad a derecho de la conducta de los servidores públicos que intervinieron en los distintos procesos internos señalados por las representantes (supra párr. 169) y, en su caso, establezca las responsabilidades que correspondan conforme a derecho, remitiendo al Tribunal información detallada e individualizadas de los resultados de las investigaciones realizadas, así como documentación de respaldo" (fallo CIDH).*

Mientras nuestro Alto Tribunal dispuso que *"atendiendo a que en la denuncia efectuada por el apelante se realizó una referencia a la presunta colaboración de los funcionarios judiciales con la que habrían contado las personas a quienes les imputa la comisión de delito de sustracción y retención de menores y ponderando que resulta imperativo que esta Corte, como uno de los poderes*





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

del Estado argentino y conforme a lo previsto en el art. 68.1 de la misma Convención, asegure el pleno cumplimiento de dicha sentencia del tribunal internacional, corresponde precisar que el a quo, al dictar un nuevo fallo conforme a derecho, deberá adoptar por sí o por su intermedio las medidas pertinentes para garantizar la observancia de lo allí dispuesto".

10º) En conclusión, por los fundamentos expuestos, propicio al Acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el querellante, casar el decisorio impugnado y remitir las actuaciones a la cámara *a quo* a fin de que recepcionada por el juzgado de origen continúe con el trámite de autos, con la celeridad que corresponda y conforme la particularidad del caso, sin imposición de costas -arts. 456, inc. 2º, 471, 530 y 531 del C.P.P.N.-.

Tal es mi voto.

El señor juez **Gustavo M. Hornos** dijo:

I. Sentencia dictada por la Corte IDH en el caso "F e hija vs. Argentina":

En el marco de los presentes hechos, el 27 de abril de 2012, dictó sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esta resolución, se tuvo por probada la siguiente plataforma fáctica: "El 16 de junio de 2000, en el Sanatorio Policlínico de la ciudad de Victoria, nació M, hija de D.E.E. y del señor F. Ambos tuvieron una relación que culminó antes de que naciera la niña. El señor F desconocía la existencia del embarazo de la señora E hasta aproximadamente el quinto mes del mismo, cuando una amiga en común le informó sobre ello. Con posterioridad a



conocer sobre el embarazo, el señor F preguntó varias veces a la señora E si él era el padre, y ella lo negó en toda ocasión. El nacimiento de M fue inscripto por la madre el 20 de junio de 2000. Tanto el señor F como la madre de la niña eran residentes en la época de los hechos en Rosario del Tala, ciudad que se encuentra aproximadamente a 100 kilómetros de distancia de Victoria.

Al día siguiente del nacimiento la señora E entregó a su hija al matrimonio B-Z, residentes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con la intervención del Defensor de Pobres y Menores Suplente de la ciudad de Victoria, quien mediante un acta formal dejó constancia de lo sucedido. En el acta de entrega elaborada por dicho funcionario se lee que la madre 'dejó expresa constancia de su voluntad de entregar a su hija en guarda provisoria con fines de futura adopción' al referido matrimonio y 'expresó su voluntad de no ser citada en todo trámite judicial de guarda y/o adopción plena que a los efectos se pudiera realizar'. Posteriormente, la señora E regresó a Rosario del Tala, y ahí el señor F, quien había tenido conocimiento del nacimiento de la niña a través de la referida amiga en común, consultó de nuevo a la madre si él era el padre de la niña y le indicó que, si así era, podrían ir ambos a buscarla y él se encargaría de su cuidado. La señora E confirmó que él era el padre, pero le indicó que no quería que él fuera a buscarla.

En razón de lo anterior, el 3 de julio de 2000, 17 días después del nacimiento de M. el señor F y la señora E comparecieron ante la Defensoría de Pobres y Menores de Rosario del Tala. Allí el señor F se interesó por el reconocimiento de paternidad respecto de M e indicó que, pese a que no tenía certeza de ser el padre, si





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

correspondía, deseaba hacerse cargo de la niña. Ante la Defensoría de Pobres y Menores, la señora E manifestó que el señor F no era el padre de la niña e informó que ésta se encontraba en la ciudad de Baradero, en casa de una tía. El 4 de julio de 2000 el señor F comunicó a la Defensoría de Menores su preocupación por el paradero de la niña, así como por su estado de salud, y manifestó sospechas con respecto al relato de la señora E. Al día siguiente la señora E compareció nuevamente ante la misma Defensoría y le indicó que había entregado a la niña en guarda para futura adopción a un matrimonio conocido, debido a la escasez de recursos que sufría, y aseguró nuevamente que el señor F no era el padre de la niña.

El 18 de julio de 2000, un mes y dos días después del nacimiento de M y 15 días después de haber acudido a la Defensoría de Menores, el señor F se presentó en el Registro Civil y reconoció legalmente a su hija" (ver considerandos 21, 22, 23 y 24).

Seguidamente, la CIDH analizó las causas que se habían formado a raíz de los hechos anteriormente descriptos.

En lo que respecta a los hechos tramitados en sede civil en el expediente N° 994 caratulado "M s/ Guarda Judicial", expediente N° 3768 caratulado "F L A J s/ derecho de visitas" y expediente N° 4707 caratulado "F M. s/adopción plena", la Corte consideró que el Estado Argentino era responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención



Americana, en relación con los artículos 1.1 y 17.1 de la misma, en perjuicio del señor F y de su hija M. Asimismo, que el Estado era responsable por la violación del derecho a la protección a la familia reconocido en el artículo 17.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 8.1 y 25.1 de la misma, en perjuicio del señor F y de su hija M, así como en relación con el artículo 19 del mismo instrumento (ver puntos resolutivos 1 y 2).

Al respecto, sostuvo que "...pese a que el señor F es el padre biológico de la niña, -y así lo reconoció ante las autoridades desde poco después de su nacimiento-, no ha podido ejercer sus derechos ni cumplir con sus deberes de padre, ni M ha podido disfrutar de los derechos que le corresponden como niña respecto de su familia biológica. Adicionalmente, la ausencia de una decisión y establecimiento de un régimen de visitas ha impedido que padre e hija se conozcan y que se establezca un vínculo entre ambos, ello en los primeros 12 años de vida de la niña, etapa fundamental en su desarrollo. Consecuentemente, teniendo en cuenta los derechos e intereses en juego, el retraso en las decisiones judiciales generó afectaciones significativas, irreversibles e irremediables a los derechos del señor F y de su hija" (considerando 76) y que "En el presente caso no se cumplió con el requisito de excepcionalidad de la separación. El juez que otorgó la guardia judicial y posterior adopción no tuvo en cuenta la voluntad del señor F de cuidar y de no continuar separado de su hija" (considerando 121).

En lo que resulta de interés para la resolución del presente recurso, cabe señalar que la Corte Interamericana analizó las actuaciones tramitadas en sede penal, expediente N° 537 caratulado "Agente Fiscal solicita





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

medidas previas-posible comisión de supresión de estado civil".

En lo que a esta causa concierne, la Corte indicó que "...si bien existen diversos e importantes indicios, señalados incluso por las autoridades internas..., que avalan la posibilidad de que M haya sido entregada por su madre a cambio de dinero, los mismos no resultan suficientes para que este Tribunal llegue a una conclusión sobre ese hecho" y que "En el presente caso, el fiscal y el juez a cargo de la investigación establecieron la existencia de indicios de que M habría sido entregada por su madre a cambio de dinero. El fiscal indicó que 'habría existido presuntamente una maniobra de compra-venta de bebé', describió los hechos a ser investigados y señaló que detrás de la madre de la niña 'se mueven otras personas con mayores influencias, con mayor poderío económico, personas que tal vez estén organizadas para captar embarazadas jóvenes, solteras y humildes y contactarlas con matrimonios de solvencia material que pagan para hacerse de los hijos de estas mujeres".

Por lo expuesto, concluyó que "La ausencia de una investigación penal tuvo un rol fundamental en la falta de determinación de lo ocurrido con la niña" y que "El Estado no investigó la alegada 'venta' de M al matrimonio B-Z, dado que, como ha sido expresado entre otras autoridades por el Juez de Instrucción y por la Cámara de Apelaciones que intervinieron en la causa iniciada, tal hecho no configuraba una infracción penal. Ello a pesar de que existía la obligación del Estado de



adoptar todas las medidas, entre otras penales, para impedir la venta de niños y niñas cualquiera sea su forma o fin. Con base a lo anterior, la Corte concluye que el Estado incumplió su obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno establecidas en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con los artículos 19, 8.1, 25.1 y 1.1. del mismo instrumento en perjuicio de la niña M y del señor F" (considerandos 129 y 144).

En virtud de todas las transgresiones efectuadas por el Estado Argentino a los derechos consagrados en la Convención Americana que fueron comprobados en la resolución, el Tribunal, entre otros, dispuso que "...El Estado debe verificar, de acuerdo con la normativa disciplinaria pertinente, a partir de la notificación de la presente sentencia y en un plazo razonable, la conformidad a derecho de la conducta de los funcionarios que intervinieron en los distintos procesos internos relacionados con el presente caso, y, en su caso, establecer la responsabilidades que correspondan..." (considerando 3 de la parte dispositiva).

II. El trámite y objeto de las presentes actuaciones:

El 2 de noviembre de 2009 (con anterioridad al dictado de la sentencia de la Corte Interamericana), se presentó la querrela representada por LF y formuló denuncia penal (cfr. fs. 1/13).

En este escrito, la querrela solicitó que se investigue el supuesto de tráfico de niños, individualizando a P. R., A. B. y A. R. como quienes hicieron de intermediarios para la compra de la recién nacida, y al matrimonio B-Z como





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

quienes entregaron una suma de dinero a cambio de la menor. La denunciante agregó que en todo este procedimiento habría intervenido el Poder Judicial de la Provincia de Entre Ríos convalidando todas las conductas irregulares. En esta pieza procesal, se sostuvo que "...puede colegirse que la niña M fue sustraída de la esfera de custodia de su padre, L F, al ser entregada al matrimonio de VRZ y LAB. Esta entrega se hizo con la intervención de la madre de la niña, una red de tráfico de niños y la actuación judicial negligente o dolosamente ha legitimado la apropiación de la niña contra la voluntad de su padre frente a una continua, persistente e inculdicable oposición de LF manifestada ante diversas instancias institucionales. Debe agregarse que la intervención judicial de LF y la calificación de este acto como tráfico de niños provoca que no existan dudas en relación con el conocimiento e intencionalidad de los guardadores respecto de la sustracción y retención de la niña de la esfera de custodia de su padre en contra de su consentimiento" (cfr. fs. 5/vta.).

El 18 de noviembre de 2009 el Fiscal afirmó que los hechos denunciados por la querellante resultaban idénticos a los ventilados en el marco del expediente "Agente Fiscal solicita medidas previas-posible comisión de supresión del estado civil" (anteriormente reseñada) y que, además, existía identidad en los sujetos procesales, por lo que solicitó que se "...declare la existencia de 'litispendencia' (art. 339 inc. 2º de C.P.P.N. y consecuentemente, tratándose de una excepción dilatoria, disponga el archivo de las actuaciones" (cfr. fs. 47/51).



Por su parte, el magistrado afirmó que, de proseguir con la denuncia de la parte querellante se afectaría la garantía constitucional del *ne bis in ídem*. En tal sentido, indicó que “Entiendo que la justicia provincial, al disponer el archivo de las actuaciones por inexistencia de delito no sólo se expidió respecto al accionar de DEE sino también al de Z, B, R. y las restantes personas que intervinieron en la entrega de la guarda de la menor” y que “Entiendo que el archivo de las actuaciones por inexistencia de delito dispuesto por el Juzgado Provincial, que se encuentra en autoridad de cosa juzgada, impide la prosecución de todo juicio de reproche en relación a los accionares allí investigados”; por ello, archivó la causa (cfr. fs. 62/68).

Esta resolución fue confirmada por la Cámara (fs. 82) y por esta Sala de la Cámara Federal de Casación Penal -con otra integración-, mediante argumentos que no se correspondían con los agravios introducidos en el recurso de casación (fs. 175/190), razón por la cual, la Corte Suprema hizo lugar al recurso extraordinario y dejó sin efecto dicho pronunciamiento (fs. 326/329).

III. Ausencia de la triple identidad requerida por la garantía del *ne bis in ídem*:

Primeramente debe señalarse que en la causa “Agente Fiscal solicita medidas previas-posible comisión de supresión de estado civil” no se dictó el sobreseimiento de ninguna persona, sino que se dispuso el archivo de las actuaciones porque los hechos denunciados no encuadraban en ninguna figura legal (cfr. expediente que corre por cuerda fs. 1838 y fs.207).

De una atenta lectura a este expediente surge que, y como bien sostuvo la Corte Interamericana, se





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

solicitaba la investigación de la posible venta de la menor y el posible delito de supresión de estado civil. Con las pruebas que se habían colectado hasta aquél momento en la causa, el Fiscal solicitó la declaración indagatoria de la madre de la menor, D.E.E. y de P. R. como el encargado de intermediar para la venta, es decir, de reclutar mujeres jóvenes vulnerables para ofrecerles la venta de sus hijos (cfr. fs.173). Nótese que, como bien afirmó la madre, fue precisamente la carencia de recursos económicos lo que motivó directamente la entrega de la menor (fs. 2 del referido expediente).

En la resolución que dispuso el archivo de la causa, el magistrado analizó dichas conductas, es decir, exclusivamente, la de la madre y el intermediario y rechazó la medida propuesta por el Fiscal.

En efecto, el magistrado sostuvo que "...la conducta de D.E.E. de estado civil soltera, viajando a la ciudad de Victoria... no constituye conducta delictiva alguna...la gestión que habría efectuado N. P. R., trasladando a la mencionada D.E.E. a la ciudad de Victoria para dar a luz, donde la estaban esperando los prenombrados B y Z a los que previamente había contactado, con el objeto de relacionarlos con la parturienta, tampoco configura ni encuadra en delito alguno..." y que "Ni E ni R, cruzaron el umbral mínimo que separan los actos preparatorios de aquellos que representan el comienzo de ejecución del delito...".

Las conductas así descriptas no se compadecen en su totalidad con los hechos denunciados en



las presentes actuaciones, por lo que no media afectación a la garantía que prohíbe la múltiple persecución penal.

En efecto, en lo que respecta a la identidad de persona, cabe referir que en el escrito de fs. 1/13 se denunció a la pareja que supuestamente habría pagado por la entrega de la recién nacida y, en tal sentido, habría lucrado con la vulnerabilidad y necesidad ajena. Dicha conducta no fue individualizada en los considerandos de la resolución de la justicia provincial ni tampoco, a aquélla altura del proceso, valorada como delictiva por el Fiscal quien optó por solicitar la declaración indagatoria de la madre de M. y de R..

Tampoco fue alcanzado por los hechos investigados en sede provincial -por lo que tampoco puede decirse estrictamente que exista identidad de persona-, el resto de los intermediarios denunciados por la querrela.

Finalmente, también se denuncia a todos los funcionarios que intervinieron en el proceso de adopción que, ya sea por acción u omisión, dolosa o culposa, legitimaron una situación contraria a las leyes. Estos hechos no fueron abarcados por el archivo dispuesto en sede provincial.

En tal sentido, sostuvo la Corte Suprema en las presentes actuaciones y con remisión a lo expuesto por la Corte Interamericana en cuanto al deber de investigar la conducta de los funcionarios públicos que intervinieron en los procesos internos del presente caso, que "...atendiendo que en la denuncia efectuada por el apelante se realizó una referencia a la presunta colaboración de los funcionarios judiciales con la que habrían contado las personas a quienes les imputa la comisión de delito de sustracción y retención de menores y ponderando que resulta imperativo





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

que esta Corte, como uno de los poderes del Estado argentino y conforme a lo previsto en el art. 68.1 de la misma Convención, asegure el pleno cumplimiento de dicha sentencia del tribunal internacional, corresponde precisar que el *a quo*, al dictar un nuevo fallo conforme a derecho, deberá adoptar por si o por su intermedio las medidas pertinentes para garantizar la observancia de lo allí dispuesto"; es decir, y conforme solicitó la apelante, deberá investigarse la intervención de los funcionarios en las maniobras denunciadas (cfr. fs. 326/329).

En lo que respecta la identidad de objeto, cabe precisar que en la presente denuncia no sólo se hizo referencia a la sustracción del menor sino también a su retención, como conducta escindible de la primera conforme el artículo 146 del Código Penal.

En efecto, el hecho que se denuncia ante esta sede es posterior al investigado en Entre Ríos pues abarca la retención de la niña, por lo menos, desde su nacimiento en el año 2000 hasta el año en que se presentó la denuncia (2009), período y conducta que no fueron investigados en sede provincial dado que la causa se archivó en el año 2001.

En esta dirección, la Procuradora General de la Nación, en el dictamen de fs. 307/314vta. sostuvo que "La pertinencia del planteo que el querellante pretendió someter a revisión, en el sentido de que la actuación de los funcionarios que intervinieron en los procedimientos de guarda y adopción de su hija no fue objeto de análisis y pronunciamiento en la causa nº 537 de la justicia de la



mencionada provincia, se advierte con la lectura de las consideraciones formuladas en estas mismas actuaciones -que el juez de instrucción de esta ciudad reprodujo en su decisión; fs. 7/8- y al constatar que algunas de las irregularidades y demás circunstancias detectadas en aquellos procedimientos ocurrieron luego del inicio de aquella causa penal, y en algunos casos, inclusive, fueron posteriores a las decisiones por las que se dispuso su archivo”.

Finalmente, debe destacarse especialmente, -tal como lo precisó la colega que me precede en la instancia-, que en las presentes actuaciones se investigará la sustracción y retención de un menor de edad, con la consiguiente afectación a los derechos de familia (artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos) y a los derechos del niño (Convención de los Derechos del Niño y los artículos 17 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos). En tal sentido, en la resolución de la Corte Interamericana anteriormente citada se sostuvo que “... el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño. De allí, que a la familia de todo niño y niña tiene derecho es, principalmente a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos, la que debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado” y que “Las circunstancias del presente caso implicaron que M crecería desde su nacimiento con la familia B-Z. Este hecho generó que el desarrollo personal, familiar y social de M se





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

llevara a cabo en el seno de una familia distinta a su familia biológica..." transgrediendo, en consecuencia, el derecho a la identidad del menor, previsto en el artículo 8.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En tal sentido, he tenido oportunidad de sostener in re "PYRIH s/ recurso de casación", Reg. Nro. 8276.4, rto. el 26/02/07 y "NAMOC DIAZ, Manuel A.J. y DIAZ ESCALANTE de Pow Sang, Martha s/recurso de casación", Registro nº 331.12.4, rta. el 16/03/12 que el delito de sustracción de menores previsto en el artículo 146 tutela "...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".

Sobre el aludido derecho a la identidad, el artículo 11 de la ley 26.061 de "Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (B.O. 26/10/2005), específicamente establece que: "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones



familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil. Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley. En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contraríe el interés superior del niño. Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley”.

IV. Con estas consideraciones, adhiero a la solución propiciada en los votos precedentes.

Por ello, el Tribunal, **RESUELVE:**

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la querella, **CASAR** la resolución de la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de fs. 82; devolver la causa al mencionado tribunal para que tome nota de lo aquí decidido y remita la causa al juzgado de origen para que continúe con la





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

investigación de los hechos denunciados, con la celeridad que corresponde y conforme la particularidad del caso, sin costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordadas C.S.J.N. N° 15/13, 24/13 y 42/15). Remítase la causa a su procedencia, y sirva la presente de muy atenta nota de envío.-

1

