

Fallo: 37 As: 250/254

Libro: 2022 – 01 S

Fecha: 15/03/2022

Tribunal de Impugnación Sala III

_____Salta, 15 de  marzo de 2022. _____

_____Y VISTO: Estos autos caratulados: «N. S., A. M. por impedimento de contacto de menores con sus padres no convivientes agravado por tratarse de un menor de diez años en perjuicio de R., D.- recurso de casación sin preso», expte. n° 154673/19 del Tribunal de Juicio Sala VII, del Distrito Judicial Centro, causa n° JUI 154673/19 de la Sala III del Tribunal de Impugnación y,

_____CONSIDERANDO _____

_____Pablo Mariño, a cargo de la Vocalía n° 3 dijo: _____

_____Vienen las actuaciones a este tribunal a fin de resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de A. M. N. S. en contra del veredicto que la condenó a cumplir la pena de 6 (seis) meses de prisión de ejecución condicional por ser autora del delito de impedimento de contacto de hijos/as menores con padre/madre no conviviente, agravado por tratarse de una menor de diez años, hecho previsto y reprimido por el artículo 1, párrafo segundo de la Ley n° 24270 (fs. 197 y vta., 198/246 y 241/255 y vta.). _____

_____El sentenciante detalló las actuaciones judiciales que ambas partes iniciaron tanto en el fuero penal como en el de familia, lo que sin dudas es revelador de la conflictividad que los conecta y lo que, a su vez, provoca dilaciones y dificultades en la toma de decisiones tanto en el órgano jurisdiccional como en los ministerios de la acusación, tutelar y de defensa porque por un lado se insta a restablecer el contacto del padre con su hija y por el otro se lo restringe. _____

_____Luego de ello, aseguró que en fecha 28/12/18 el señor D. R. se presentó en el domicilio de la acusada con el fin de estar con la hija de ambos, en ese entonces de 5 (cinco) años de edad. Cuando fue atendido se lo invitó a ingresar, respondió negativamente y, desde la puerta vio que adentro estaban familiares de su expareja y una escribana que apuntaba las reacciones adversas que mostraba la niña (como llanto). Como los términos del convenio de visitas no contemplaban el encuentro en la casa de la madre, el denunciante se retiró puesto que le fue negado el trato con la nena si no se acataban las condiciones que unilateralmente la imputada establecía –en incumplimiento del régimen

vigente-. _____

_____Entendió el *a quo* que la señora N. S. ha impedido el contacto entre su hija y el padre, con el dolo directo que exige la norma, obstaculizando voluntariamente el ejercicio del derecho que en cabeza de ambos existe, situación que provoca un daño irreparable básicamente para V.R. a más del causado al señor R.._____

_____Los agravios plasmados por la defensa giran en derredor de la denuncia que por abuso sexual simple agravado por el vínculo le hiciera la aquí recurrente, el 16/12/16, al padre de su hija, supuesta damnificada de aquél hecho. Tal acto motivó que la magistratura en fecha 7/11/19 ordene la prohibición de acercamiento y el mantenimiento de contacto por cualquier medio. Así las cosas, la condena se apartó de elementos de juicio objetivos, impidiendo el ingreso de prueba dirimente y con ello –según lo manifiesta- se violaron las reglas de la sana crítica racional. _____

_____Por consiguiente, es un yerro el responsabilizar penalmente a una madre de un delito cuando lo único que hizo fue proteger a su hija de corta edad de ser una vez más sometida por su padre. Acorde con la evidencia, en su opinión, corresponde revocar la sentencia en crisis y emitir el resolutivo de absolución que expresamente peticiona. Hizo reserva de recurrir ante la Corte federal y la Corte Interamericana de Justicia. _____

_____ Por su parte, el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta alzada consideró a fojas 277/278 y vta. que debe rechazarse el recurso articulado por la defensa técnica, debido a que fueron respetados todos los principios que regulan el proceso y la convicción de la jurisdicción se basó en prueba producida válidamente y adecuadamente valorada. _____

_____El Ministerio Público Pupilar se manifestó a fojas 281/283 y vta. en representación de la niña V.R. En sintonía con la acusación, aseguró que la impugnación no debe prosperar porque la sentencia cuestionada se motivó correctamente en los elementos de convicción incorporados al debate e hizo prevalecer el interés superior de la menor. _____

_____Continuó afirmando que la conducta obstructora en realidad no está

vinculada a la denuncia por agresión sexual ni a la intención protectoria alegada dado que ya en una causa anterior iniciada también por D. R., N. fue absuelta por aplicación del beneficio de la duda (al igual que en este proceso, puesto que venía investigada por dos hechos, ver punto I) del veredicto en revisión). Además, el régimen de comunicación ordenado por la magistratura del fuero de familia en expte. n° 469200/14 ha sido ratificado en su vigencia, tal es lo que motivó la presencia del padre en la casa de la madre.

_____En el mismo orden de ideas, la señora Asesora General de Incapaces destacó que en expte. n° 601886/17 que tramitó ante el Juzgado de Personas y Familia n° 1, se negó a N. la medida de suspensión de contacto paterno filial que había solicitado y dispuso la revinculación. _____

_____Todo ese marco procesal da cuenta de que la ahora condenada no explicitó que las evitaciones de contacto que llevó adelante tuvieran su raíz en preservar a la niña de ataques a su integridad sexual, inclusive ante el reestablecimiento que mandó el juez penal en fecha 14/12/18, la impugnante guardó silencio respecto de aquello que hoy invoca para justificar la toma de vías de hecho. _____

_____Patentizó que su asistida ha sufrido el grave conflicto que subyace entre su madre y su padre desde antes de nacer, a ella debe garantizársele el goce del derecho de crecer disfrutando de los cuidados y presencia de ambos progenitores. _____

_____Por último, la querella contestó a fojas 285/288. Adhirió a las conclusiones tanto de la Fiscalía de Impugnación como de la Asesoría General y agregó que del debate no ha quedado dudas de que la última vez que el denunciante vio a su niña, esta contaba con 5 (cinco) años de edad, actualmente tiene 8 (ocho), manteniéndose la vulneración de sus derechos. ____

_____Respecto de la investigación sobre abuso sexual empleada por la defensa para avalar el impedimento de que padre e hija se relacionen dijo que el estado de inocencia lejos de haberse quebrado, a la fecha no se ha concretado ni siquiera el requerimiento a juicio y, en su criterio, es una herramienta al servicio de la constante obstrucción que comenzó incluso

mientras N. S. cursaba el embarazo. Por otro lado, la señora sometida a proceso no se presentó a cumplir la orden de efectuarse una pericia psicológica. _____

_____Subrayó que tampoco se habilitó a generar un vínculo a través no de visitas sino de otros medios, al igual que la madre de V. no informa a qué establecimiento educativo concurre, cómo se encuentra de salud, dónde reside, nada de nada. En lo resumido, sustentó su solicitud de rechazo a la concesión de la impugnación intentada. _____

_____Otorgada la correspondiente intervención a todos los interesados, en tanto el recurso fue oportunamente concedido (v. fs. 268 y vta.), previo a expedirse sobre los motivos invocados por la recurrente incumbe a este tribunal en la presente instancia efectuar un control de los recaudos de orden formal a los que la ley subordina su admisibilidad (art. 546 del C.P.P.). _____

_____A ese respecto, se observa que ha sido presentado en término y por parte legitimada (v. fs. 238, 241/265 y vta. y 267); además, la resolución resulta objetivamente impugnable y los motivos expuestos encuentran adecuación legal (art. 539 de la ley adjetiva). Razón por la cual, cabe ingresar al examen de la cuestión planteada. _____

_____Llegado el momento de resolver, ingresando en la cuestión planteada por la defensa técnica corresponde en primer lugar realizar una breve descripción acerca de qué resguarda la norma penal. _____

_____Autores como Gómez y Cueto consideran que el bien jurídico protegido es el interés superior del niño, plasmado en el mantenimiento y continuidad de las relaciones paterno- filiales, postura que se comparte, más aún, al considerar el texto de la Convención de los Derechos del Niño –art. 9.1 entre otros- (Gómez, C. J., «Cuando la especialidad del fuero se impone: la ley 24.270 y el Código Civil y Comercial», cita online: AR/DOC/1835/2017, 12/9/20. Cueto, M., «El delito de impedimento o de obstrucción de contacto. La Convención sobre los derechos del Niño y la ley 26.061», cita online: AR/DOC/2956/2011, 12/9/20). _____

_____De la mano a lo expuesto en el anterior párrafo, debe aclararse que son sujetos pasivos de este delito el menor y su progenitor no conviviente. (ob. cit.,

cita online: AR/DOC/2956/2011, 3/10/20).

____Con estas palabras se aspira sugerir a papá y mamá que focalicen en la hija que los vinculará durante toda sus vidas; la víctima es ella, quien se está desarrollando con una carencia insalvable, en un ambiente hostil y conflictivo, produciéndose efectos que permanecerán en su mente y emociones también, a lo largo de toda su vida. Estamos frente a una situación muy deteriorada – perdura de esta manera atravesando los mismos años que V. tiene en este mundo- y, posiblemente esta intervención estatal, la perjudique aun más. ____

____En el fallo de la Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario, «M.L.E. s/Impedimento de Contacto», rta. en 2018 se dijo: «...no podemos dejar de advertir que la naturaleza de este proceso además en orden a la proyección que determina una aplicación de pena se encuentra severamente cuestionada como “solución” en el marco de una crisis familiar». En igual sentido, el Tribunal Unipersonal del Colegio de Jueces de Segunda Instancia de Rosario, en el fallo «Capisano, María Eugenia s/Leyes especiales», también de 2018, CUIJ: 21- 7013827- 9, destacó que: «...la sede penal no resulta la adecuada para dirimir conflictos de familia, máxime en casos como en el presente, en el que...ya se encuentra interviniendo la justicia de familia» (<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/04/doctrina89057.pdf>

Consultado el 4/3/22).

____No obstante, forzosamente debemos acatar la norma penal que, dentro de su catálogo, incluye al delito en cuestión (igualmente lo hizo el proyecto de reforma al C.P. <http://www.saij.gob.ar/proyecto-reforma-codigo-penal-proyecto-reforma-codigo-penal-nv21339-2019-03-26/123456789-0abc-933-12ti-lpssedadevon>). ____

____Sobre el Código Civil y Comercial vale destacar que la nueva redacción reemplazó al denominado derecho de visita que correspondía al progenitor que no ejercía la guarda del menor, considerado insuficiente, por el «derecho de comunicación» (art. 555) y estableció: «Los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de estos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes

por afinidad en primer grado. Si se deduce oposición fundada en posibles perjuicios a la salud mental o física de los interesados, el juez debe resolver lo que corresponda por el procedimiento más breve que prevea la ley local y establecer, en su caso, el régimen de comunicación más conveniente de acuerdo a las circunstancias». Es decir que el impedimento u obstrucción del contacto no es sólo un impedimento de «visitas», sino que incluye todo tipo de contacto visual, personal, afectivo, el cual puede darse también por otras vías, como ser, telefónicos, por redes sociales, correo electrónico, etc. _____

_____El impedimento de contacto ocurre –usualmente- en el marco de un conflicto ya judicializado en el fuero civil, con disputas previas. La magistratura específica es la que posee amplias facultades (más eficientes que la jurisdicción penal), pudiendo ordenar la intervención de equipos interdisciplinarios en procesos de revinculación entre niños y niñas y padres y madres. La pena debería operar como última respuesta y solo para aquellos casos en los que es imposible conseguir soluciones por otros mecanismos menos lesivos, ya que el Derecho Penal no repara ni restituye, sino que sanciona. La imposición y ejecución de una pena no va a resolver tamaño conflicto, responsable de haber generado el delito en cuestión. _____

_____Expuesto lo anterior, volviendo a las constancias de autos vemos que las presentes actuaciones iniciaron porque el día 28/12/18 D. R. se presentó en la casa de su hija V.R. y la madre de la niña, con familiares y una escribana presente, se negó a cumplir el régimen de visitas vigente, judicialmente establecido, del que tenía pleno conocimiento (ver fojas 35, 38/39 y vta., 45 y vta., 75/76 y vta. del Legajo de Investigación Fiscal nº 141/18. _____

_____Del indicado documento fiscal surge asimismo que el 7/9/18 la ahora recurrente fue absuelta por aplicación del beneficio de la duda por varios hechos idénticos a los que aquí se revisan, denunciados como cometidos en fechas: 25/3/16, 26/3/16, 27/5/16, 28/7/16, 19/7/16 y 28/10/16 (ver fojas 82/89). _____

_____Un dato se reputa de inusitada importancia en la difícil tarea de encontrar luz en la oscuridad en la que la magistratura se encuentra, de cara –

precisamente- a dilucidar un conflicto. La partida de nacimiento de V.R. consta a fojas 40 del L.I., en ella se verifica la palabra del padre en lo tocante a que su expareja la inscribió con sus dos apellidos. La niña nació el 3/5/13 y, su papá la reconoció el 22/5/13 después de buscar por los cinco Registros Civiles que existen en Córdoba hasta dar con el que recibió la inscripción de V. (fs. 173 vta.). En principio, de tal actitud surge válidamente la inferencia de que desde muy temprano, la voluntad materna fue la de evitar que la nena mantuviera trato con su progenitor. Cuestión en la lamentablemente que ha sido exitosa hasta el día de hoy. _____

_____Las audiencias de debate han dejado evidente que la acusada no permite que el denunciante se vincule con la nena de ambos. Basta leer el relato de uno de los sujetos pasivos de este tipo penal (el otro es la menor de edad) que luce a fojas 173/175 y vta); sumado a la deposición del escribano Facundo Puló Rauch, quien certificó que en una ocasión (hecho que desembocó en absolución) R. fue a ver a su hija y nadie atendió a la puerta (fs. 175 vta.), testimonio de R. L. T., pareja del denunciante (fs. 176 y vta.), declaraciones de C. I. D. R. L. (fs. 177 y vta.), D. A. R. (fs. 177 vta./178 y vta.), M. R. (fs. 178 vta./179), N. M. L. (fs. 179 vta./180) –abuelo, tíos y abuela de la niña-. _____

_____La escribana Virginia Viviana Ola prestó servicios el día de la obstrucción por la cual recayó la condena aquí bajo reexamen (fs. 181 y vta.); los testimonios de N. L. B. S. (fs. 181 vta./183), J. A. C. (fs. 183 y vta.) y M. A. G. (fs. 183 vta./184) han participado de los fundamentos de la absolución despachada en el punto I) del fallo cuestionado. _____

_____Finalmente, se agregó la declaración de la sometida a proceso (fs. 185/186). _____

_____De manera análoga, se corroboró que la explicación que la acusada sostiene a modo de justificación es la denuncia de abuso sexual que realizó contra el padre de su hija. Al respecto, es dable destacar que N. S. formuló la mentada denuncia el 16/12/16 –más de cinco años atrás-, investigación que no avanzó. Entre tanto, muchas acciones penales instó R. con miras a relacionarse

con V.R., todas fueron resueltas en juicio en expte. n° 135573/18 ya mencionado como sentencia agregada al L.I. Sin embargo, adquieren validez como evidencia de que el querellante no pudo conseguir contactarse con la niña ninguno de los siguientes días: 25/3/16, 26/3/16, 27/5/16, 28/7/16, 19/7/16 y 28/10/16 y que, en los intentos de revinculación posteriores al año 2016 no fueron frustrados por aquélla causa sino porque N. se descompensó al donar sangre o porque R. no ingresó a la casa porque había una escribana y no eran los términos del acuerdo que permanece vigente desde 2014._____

_____Nadie de la familia paterna mantiene trato con la niña, ella, que cuenta con tíos, primos, abuelo y abuela se ve impedida –sin saberlo- de esta desunión de sus redes de contención, amor y protección. _____

_____La Cámara de la Acusación de Córdoba, en la causa «Gómez, Moisés» (2010), luego de reafirmar la aplicación de los principios de legalidad, necesidad y lesividad, sostiene que, por imperio de esos mismos principios constitucionales, «...se exige una afectación efectiva y grave de un derecho de ejercicio permanente, considerándose que los meros incumplimientos aislados u ocasionales de acuerdos o regímenes preexistentes de visitas o encuentros no son suficientes para conformar la tipicidad penal de este delito. Por el contrario, tomándose siempre como referencia un lapso considerable en virtud de la permanencia en el tiempo que caracteriza al derecho que se protege penalmente, deberá constatarse una reiteración de tales incumplimientos suficientemente llamativa, tanto por su cantidad como por su modalidad, como para que, en virtud de los motivos aquí dados, pueda afirmarse la existencia de motivos bastantes que autoricen sostener que el conflicto en cuestión encuadra en alguno de los tipos penales del art. 1 , ley 24.270». Y más adelante, profundiza con la necesidad de que se configure una afectación grave del bien jurídico, que justifique el recurso a la vía penal, sosteniendo que «...si el tipo penal a través del cual se intenta proteger al bien jurídico en cuestión fuera entendido de manera tal que meros incumplimientos aislados a, por ejemplo, un régimen de visitas formal o informalmente acordado, constituyen ya sendas violaciones al bien jurídico en cuestión y, por ello, acciones jurídico-

penalmente típicas en función de lo dispuesto por cualquiera de los párrafos del art. 1 , ley 24.270, estaría claro que el derecho penal no sería ni necesario, ni eficaz ni eficiente para, con su intervención, proteger ese interés tutelado. No sería necesario porque es obvio que el derecho de familia cuenta con herramientas más que suficientes para impedir incumplimientos aislados u ocasionales a un régimen de contacto paterno-filial, como ciertas amenazas que, por sus efectos, cabe reputar más eficaces que otras de índole penal». Concluye el tribunal expresando que «...sólo habrá un impedimento de contacto penalmente relevante si resulta efectiva y gravemente afectado el ejercicio regular del derecho a una adecuada comunicación y a la supervisión de la educación del hijo por parte del padre no conviviente» (el subrayado es añadido); <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/04/doctrina89057.pdf> Consultado el 3/3/22. _____

_____ El juez en el transcurso del plenario ha valorado las declaraciones testimoniales en conjunto con los demás elementos probatorios ofrecidos y los interpretó siguiendo el sistema de la sana crítica racional, determinando la desvinculación por un hecho y la responsabilidad por otro. A partir de lo señalado, puede decirse que a través de razonamientos correctos y apreciaciones razonables que son compatibles con la evidencia rendida, la sentencia se presenta debidamente fundada respecto al delito imputado. _____

_____ Como consecuencia de lo expuesto hasta aquí y de las circunstancias que se han tenido por acreditadas en la sentencia recurrida, corresponde confirmar la decisión puesta en crisis, en tanto ostenta una ajustada aplicación de la norma penal escogida para calificar al comportamiento de la autora. La impugnación no se sustenta en elementos objetivos que autoricen la modificación de lo razonablemente resuelto. Las pruebas directas colectadas en la causa, conforman un plexo contundente, idóneo y eficaz que valorado conforme la sana crítica racional, patentiza con grado de certeza, que la sometida a proceso actualizó la conducta reprochada. _____

_____ Por ello, no se hace lugar al recurso de casación en examen. Así se vota. _____

_____Rubén Arias Nallar, a cargo de la Vocalía nº 1 dijo: _____

_____Que se adhiere al voto del Vocal preopinante por sus fundamentos y conclusiones. _____

_____En mérito a ello y el acuerdo que antecede, _____

_____La Sala III del Tribunal de Impugnación, _____

_____RESUELVE: _____

_____No hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de A. M. N. S. a fs. 241/265 y vta. y confirmar el veredicto condenatorio de 197 y vta., punto II) y fundamentos de fs. 198/216. _____

_____Tener presente la reserva de federal del caso efectuado por la defensa técnica. _____

_____ Regístrese, protocolícese, notifíquese y oportunamente bajen los autos al tribunal de origen. _____

Ante mí: