

///nos Aires, 17 de diciembre de 2018.

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

I. Intervengo en la apelación interpuesta a fs. 167/170 por la parte querellante Dres. F. M. Q. y H. D. A., en representación del ciudadano francés D. T., contra el auto de fs. 160 que declinó competencia, en razón de la materia, a favor de la Justicia Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Se atribuye a M. L. Y. haber incumplido lo acordado el 2 de julio de 2018 en la audiencia celebrada en el Juzgado Nacional en lo Civil N° por el cual el 4 de septiembre viajaría con sus hijos a Francia para restituirlos al padre, D. T. (ver fs. 14).

Por ese motivo y desconociendo su paradero y el de los menores, la jueza civil extrajo testimonios y dio intervención a la justicia penal, por la posible comisión de delitos de acción pública (fs. 24).

II.-En lo sustancial, los recurrentes cuestionaron que el *a quo* haya descartado que la conducta desplegada por M. Y. pueda encuadrar en el delito previsto en el artículo 146 del Código Penal. Expresaron que en la decisión se consideró desacertadamente -según su criterio- que ese suceso estaba siendo investigado por la justicia francesa y que continuar una investigación a este respecto en la Argentina podía afectar la garantía de *ne bis in idem*.

Alegaron que, como consecuencia de esa equivocada interpretación, el magistrado declinó la competencia por el delito remanente, la desobediencia (art. 239 del CP), a la justicia de la ciudad.

III. Desde ya adelanto que habré de revocar la decisión apelada.

Luego de haber oído los distintos argumentos expuestos por las partes en la audiencia oral celebrada en esta instancia, considero que hasta tanto los menores M. Q. y M. A. T. Y. sean hallados y pueda cumplirse de modo efectivo la restitución dispuesta el 10 de julio de 2017 en el marco del expediente causa n° “T., D. P. y otros c/Y., M. L.

s/restitución internacional de niños” tramitado ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° (cfr. copias de fs. 1/5, y confirmación del 30/11/0217 de la Cámara Civil, ver copias de fs. 6/11), resulta imposible circunscribir la imputación que se dirige exclusivamente al delito de desobediencia. Ello así, pues contrariamente a cuanto se sostiene en la decisión apelada, nada impide que se continúe con la investigación por la presunta sustracción de los menores que la querrela le imputa a la señora Y., u otro delito de acción pública.

De la confrontación de la prueba documental acompañada al legajo, se desprende sin dificultad que los sucesos por los cuales Y. fuera condenada en F. ocurrieron en un período distinto. De modo que mal podía entenderse -como se hizo- que podía afectarse el principio constitucional de *ne bis in idem* (art. 1 CPPN).

En rigor de verdad, los episodios aquí investigados constituyen uno nuevo, ocurrido a partir del 4 de septiembre 2018 (fecha en la cual la nombrada debía presentarse en el aeropuerto de Ezeiza junto a sus dos hijos menores con el objeto de que embarquen en el vuelo AF (...) de A. F. a los fines de retornar a su residencia habitual) mientras que aquél por el cual Y. fue condenada en el país galo, por la no presentación de menores a la persona con derecho a reclamarlo y retención de menores fuera de F., comprendió el período del 8 de mayo 2016 al 9 de mayo de 2017 (cfr. sentencia del 15/06/2018, fs. 164/166 y traducción de fs. 270/275).

En este sentido considero que el telegráfico informe del Departamento INTERPOL de la Policía Federal Argentina (fs. 157) que reveló la existencia de una presunta pesquisa penal en su contra por “*NO PRESENTACIÓN DE MENOR A LOS QUE TIENEN EL DERECHO DE RECLAMAR AL MISMO Y RETENCIÓN FUERA DE F.: EN EL 2016*”, en virtud del cual el juez de instrucción justificó la afectación al principio de *ne bis in idem* y la imposibilidad de investigar la hipótesis delictiva prescripta en el art. 146 del Código Penal u otra similar, no guarda identidad con el que aquí se le atribuye a la imputada. En el caso no se

presenta la coexistencia de las identidades necesarias entre ambos objetos procesales a los fines de tener por configurada la violación a la garantía examinada: **1) doble persecución penal y 2) que ella tenga por objeto el mismo hecho (triple identidad: *eadem persona, eadem res y eadem causa petendi*)** (cfr. Núñez, Ricardo C. “*La garantía del non bis in idem en el Código de Procedimiento Penal de Córdoba*” en Revista de Derecho Procesal, año IV, 4 trimestre 1946, pág. 317/323; De la Rúa, Fernando “Proceso y Justicia”, pág. 310, Buenos Aires 1980; Clariá Olmedo, ob. cit. T. I, pág. 251; Beling, Ernest, “Derecho Procesal Penal”, pág. 203 y 201 respectivamente, Ed. Labor, Barcelona 1943; Maier, Julio B. J. “Derecho Procesal Penal”, Tomo I. Fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires 1999, pág. 606).

Por ello, descartada la posible afectación a la garantía invocada, nada impide que el sumario continúe tramitando ante la jurisdicción de más amplia competencia, cual es la justicia nacional en lo criminal y correccional.

IV. Sobre el particular no puedo dejar de señalar que en casos como el aquí ventilado, cobra especialísima trascendencia que todos los protagonistas involucrados actuemos con la mayor diligencia posible, con especial consideración de los principios imperantes en materia de restitución internacional de menores (Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores, adoptado el 25 de octubre de 1980 por la 14a. sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado -Ley 23.857) y las máximas establecidas en la Convención de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes (Ley 23.849), así como en la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de la Niñas, Niños y Adolescentes que establece la aplicación obligatoria de la Convención.

En concreto, el artículo 3.1 de la Convención dispone que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se dará una

consideración primordial al interés superior del niño. El Comité de los Derechos del Niño lo ha denominado el “*principio del interés superior del niño*” y le concede el valor de principio general orientador de la interpretación y aplicación de todas las disposiciones de la CDN (cfr. Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 5 párrafo 12, Observación General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 1 y Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17).

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

Estos lineamientos ha sido recientemente reafirmados por nuestro Máximo Tribunal quien ha señalado que “*la consideración del interés de los menores de edad debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo a esta Corte Suprema (Fallos: 318:1269, especialmente considerando 10), a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar -en la medida de su jurisdicción- los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución les otorga (art. 75, inc. 22, Ley Fundamental). El niño tiene*

pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los niños debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto (conf. doctrina de Fallos: 328:2870; 331:2047).” (CSJN CSJ 004387/2015/CS001 “S. M. A. s/Art. 19 de la C. I. D. N.” rta. el 27/11/2018).

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

Partiendo de estos parámetros, no puedo soslayar que el especial estado de vulnerabilidad en que se hallan los niños M. Q. y M. A. T. Y., el que se ha generado desde el 9 de septiembre de 2018. No tengo dudas que la clandestinidad en que se encuentran genera un entorno peligroso y revictimizante para ellos. Repárese que poseen una prohibición de salida del país, no tienen pasaporte, las autoridades consulares se encuentra notificadas y dadas las circunstancias, es altamente probable que no estén asistiendo a una institución educativa, tampoco se sabe cuáles son sus condiciones de vivienda y alimentación, y, frente a alguna contingencia, están reducidas sus posibilidades de asistencia médica.

No tengo dudas del duro trance que configura la situación actual de los menores, y el sufrimiento que implica para ellos haberlos alejado repentinamente de su medio, de sus amigos, de sus objetos afectivos y personales, y de todo contacto con otras personas, sumado a la carga de tener que permanecer ocultos y aislados con

consecuencias en su salud psicofísica, y seguramente con restricciones económicas.

La conducta de la progenitora, al margen de no coincidir con la actitud “colaboradora” que asumió en sede civil, dista de favorecer al pleno desarrollo psíquico, físico y espiritual de los menores, y por ende, de la preocupación fundamental que para los padres debe constituir el “interés superior del niño” (cfr. CSJN *mutatis mutandi*, Fallos: 334:913).

Todos estos extremos demuestran, sin dudas, que la situación de clandestinidad en la que se encuentran, limita en forma exponencial los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales y nacionales mencionados.

El factor tiempo juega un papel decisivo en el éxito del retorno seguro de los menores. Por ello, es necesario que todos los operadores involucrados (autoridades centrales, Poder Judicial, Ministerios Públicos, asesores de menores, abogados, miembros de las fuerzas de seguridad, etc.) actúen con la mayor diligencia posible para evitar que pueda consolidarse una situación irregular por el mero transcurso del tiempo. En este sentido resulta fundamental extremar la realización de todas las medidas conducentes que de forma urgente permitan localizar a los menores y a su madre a efectos de hacer cesar el estado de vulnerabilidad en que se encuentran, y minimizando una posible revictimización de los niños (cfr. Italiani, María Inés “Algunas consideraciones en torno a los procesos de ‘restitución internacional de niños’”, Cuaderno Jurídico Familia, octubre 2012 - número n° 33, Universidad Católica Argentina, págs. 16/21).

Por todo lo expuesto, **RESUELVO:**

REVOCAR el auto de fs. 160, en cuanto fuera materia de recurso, y **DECLARAR LA COMPETENCIA** del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 50, debiéndose devolver las actuaciones al tribunal *a quo* para que continúe con la sustanciación de la presente

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6

CCC 51350/2018/CA1

Y., M. L. s/ desobediencia

Juzgado Criminal y Correccional N° 50

Incompetencia

investigación con especial consideración de la doctrina aquí invocada y con la celeridad que el caso amerita.

Regístrese, notifíquese y devuélvase las presentes actuaciones al juzgado de origen acompañando copia de grabación de la audiencia celebrada en esta instancia, sirviendo lo proveído de atenta nota de envío.

MAGDALENA LAÍÑO
JUEZA DE CAMARA

Ante mí:

RAMIRO ARIEL MARIÑO
SECRETARIO DE CAMARA