

## ***Poder Judicial de la Nación***

Causa Nro. 42.468 "S. G. N. s/ competencia"

Interlocutoria Sala VI

Juzgado en lo Correccional N° 12, Sec. N° 77/Juzgado de Instrucción Nro. 30.-

////nos Aires, 19 de octubre de 2011.-

### Y VISTOS; Y CONSIDERANDO:

I.- Vienen las actuaciones a estudio del Tribunal en virtud de la contienda suscitada entre el titular del Juzgado en lo Correccional n° 12 y su par del Juzgado de Instrucción n° 30.-

II.- F. G., denunció que G. N. S., madre de sus hijos, habría retirado de su domicilio al menor de ellos, F. E., desconociendo su paradero desde el 28 de diciembre de 2010.-

En febrero de 2009 había finalizado la relación entre ambos y debido a un episodio de violencia que tuvo S. con G. F. de 14 años de edad, el Juzgado de Familia Nro. .... le otorgó la tenencia provisoria de los menores a su padre -ver fs. 32/46-.

III.- Corrida la vista de rigor, el Sr. Fiscal general (fs. 52/53) entendió que el juzgado de instrucción debía continuar con el trámite ya que es prematuro descartar la configuración del delito de sustracción de menor, habida cuenta que el extremo que distingue a esta figura es la efectiva desaparición del niño, circunstancia que por el momento esta configurada en el legajo.

IV.- Compartimos la solución arribada por la vendicta publicae ya que esta Sala con una integración parcialmente diferente ha sostenido que: "*... si bien quien ejerce la patria potestad o tiene el derecho de custodia (art. 265 y cctes. del C.C.) no puede ser autor del delito previsto por el artículo 146 del Código sustantivo, cuando sustrae o retiene al menor, respecto del cónyuge que lo tenía, ello no es así cuando se lo ha hecho desaparecer...*" (ver causa nro. 38.793 "P. Q. J. L.", rta. el 16/02/2010 donde se citó entre otras 37.319 "R. J. M.", rta. el 4/06/2009 y D'Alessio, Andrés José "Código Penal comentado y anotado", pág. 327 notas 755 y 756, La Ley, Buenos Aires, 2006).-

Además, surge de la lectura del legajo que la Sra. S. se hallaba privada de la tenencia de su primogénito, y por ende limitada en el ejercicio de la patria potestad a su respecto.

Así las cosas, la doctrina tiene dicho que: “...*si el delito previsto por el art. 146 consiste en la privación de aquel vínculo de custodia o de tutela que emana de la situación de tenencia legítima reconocida con exclusividad a uno de los progenitores, no hay ninguna razón para negar aptitud usurpadora a la conducta del otro padre que, excluido de la tenencia y, por ende, impedido de la guarda del niño, desapodera al primero y sustrae al hijo.... No obstante, para que pueda afirmarse la sustracción en este supuesto, debe estarse frente a un despojo que muestre cierta entidad y duración; como dice Soler, que se trate de una verdadera desaparición del niño [20, t.IV, p.69]”.* (David Baigún, Eugenio Raúl Zaffaroni, “Código Penal, y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, tomo 5, pág. 495 y ss.)-

En consecuencia, será la Justicia de Instrucción la que deberá continuar con el trámite, lo que así se **RESUELVE:**

Notifíquese al Sr. Fiscal general. Oportunamente devuélvase, y sirva lo proveído de muy atenta nota.-

Julio Marcelo Lucini

Mario Filozof

Ricardo Matías Pinto

Ante mí:

Carlos E.G. Williams

Sec. Let. C.S.J.N.