

Poder Judicial de la Nación

37.335 "M., V. E. s/inf. ley 24.270"

competencia Corr1/Sec51 – Sala V/26

///nos Aires, 7 de agosto de 2009.

Autos, y vistos; y considerando:

Viene la presente causa a estudio del tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa de M. V. E. , contra el auto de fs. 82/83 en cuanto resolvió declarar la incompetencia del Juzgado Nacional en lo Correccional nº 1.

Celebrada la audiencia prevista en el art. 454 del Código Procesal Penal de la Nación, en donde fueron oídos los agravios expuestos por el Dr. Federico Maiulini, y oído que fuera el defensor público de menores, Dr. Atilio Álvarez, la sala se encuentra en condiciones de resolver la cuestión traída a estudio.

Es criterio de la más reconocida doctrina nacional, aquél que sostiene que la disposición inserta en el artículo 146 del Código Penal no puede ser aplicada al padre que sustrae y retiene para sí a un menor, arrebatándoselo al cónyuge que legalmente lo tenía (Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1967, t. IV, pág. 65; en idéntico sentido, ver Fontán Balestra, Carlos, Tratado de Derecho Penal, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1969, t. V, pág. 303).

Ello, claro está, siempre que aquel que sustrae tenga el derecho de custodia en plena vigencia (art. 265 del Código Civil); si el padre o madre se halla privado del ejercicio de la patria potestad al momento de llevar adelante la acción, sí puede ser sujeto activo del delito analizado, mas no es este el caso bajo estudio.

El señalado, ha sido el criterio sostenido por esta sala en anteriores intervenciones, aunque con distinta integración que la actual (causa nº 25.270

“Pyrih, Luis Aníbal” rta:21/10/04 y causa n° 33.146 “Roza, Faustino” rta: 8/10/07, ambas con disidencia del Dr. Pociello Argerich).

La atipicidad del sujeto activo –madre con patria potestad compartida a los efectos del delito de sustracción de menores, hacen procedente mantener la competencia en el fuero correccional.

Por otra parte, y a la luz de lo expuesto por el Defensor de Menores en representación de D. F. R. (art. 12 Convención de Derechos del Niño), cabe hacer algunas consideraciones, también valoradas al momento de determinar la competencia jurisdiccional.

De los expedientes que tramitan ante el Juzgado Nacional en lo Civil, n° [...] /05, [...] /05 y [...] /09, surge que los hechos denunciados han sido recíprocos entre los padres del niño, iniciando las actuaciones civiles a raíz de una conducta simétrica perpetrada por F. G. R. .

En efecto, en el informe elaborado por la psicóloga de la Oficina de Violencia Doméstica, advirtió en relación al aquí denunciante, “una significativa naturalización y minimización de los hechos presuntivos de violencia que hubieren dado lugar a la denuncia de su ex pareja”. Por otra parte, la profesional expresó, “esta evaluación toma en consideración la alta conflictividad, con antecedentes de violencia que mediará en la relación parental del niño. Asimismo se considera su situación de vulnerabilidad habida cuenta de la presunta historia de maltrato padecida, así como el impacto por efecto de su experiencia de institucionalización” (fs. 67).

Ante la complejidad de la relación parental, en donde no puede dejar de ponderarse que se encuentra el niño como víctima de los actos realizados por los progenitores, la respuesta punitiva prevista en el art. 146 del Código Penal se presenta como desproporcionada y distorsionadora del conflicto, pudiendo causar daños de difícil reparación en la psiquis de D. F. R..

En virtud de lo expuesto, las suscriptas sostienen que restan realizar las medidas conducentes en la investigación del fuero correccional, presentándose ésta como la intervención penal menos gravosa que corresponde al presente caso.

En mérito de lo expuesto, el tribunal resuelve:

Revocar el auto de fs. 82/83, en cuanto fue materia del recurso.

Devuélvase al juzgado de origen, en donde deberán realizarse las notificaciones a las todas las partes, inclusive al Defensor de Menores interviniente en este recurso. Sirva la providencia de atenta nota de envío.

Rodolfo Pociello Argerich

(en disidencia)

Si//

//guen las firmas

María Laura Garrigós de Rébori

Mirta L. López González

Ante mí: Fernando Collados Storni Secretario de Cámara

El Juez Rodolfo Pociello Argerich dijo:

En oportunidad de expedirme como fiscal, tuve la ocasión de sostener que a mi juicio no es posible en este tema establecer reglas fijas, aplicables indistintamente a todos los casos, criterio que sostuve como vocal de esta Sala V en los precedentes citados por mis colegas preopinantes.

Ciertamente, como pauta que fundamenta mi afirmación, cumple reparar en el propio texto de la ley (art. 146 del C.P.): ninguna característica especial es

establecida para su autor. Así, pues, la norma admite cualquier sujeto activo, dentro de los cuales se hallan, obviamente, los padres ejerzan o no la patria potestad sobre el menor.

Creo que la cuestión a analizar, en el caso concreto, debe radicar en el tenor de la acción llevada adelante y, dentro de ese marco, luce como dato no menora los fines de su interpretación a la luz del precepto, el monto de pena previsto.

Así, pues, un simple altercado entre los padres, que pueda derivar en que uno de ellos, por ejemplo, retire al niño del colegio antes de que el otro lo haga, o fuera de los días especialmente estipulados, o que lo devuelva fuera del horario fijado, no va a dar lugar a la figura analizada, más allá de cierta coincidencia con alguna de las acciones que el artículo 146 del código de fondo pune y sin perjuicio de la desobediencia que ello podría constituir. Es que, al confrontar dichas acciones con la pena prevista, esta última sin dudas luce irrazonable, por desproporcionada.

Este tipo de cuestiones es lo que ha llevado a Soler a sostener que si bien la ley no reprime la pura ofensa a los derechos familiares vgr., el ejemplo que acabo de dar, sino el hecho de hacer desaparecer al menor, esto es, robarlo a los padres, no podrá aplicarse la figura al padre que sustrae y retiene para sí a un menor, arrebatándoselo al cónyuge que legalmente lo tenía, siempre que no pueda afirmarse que se ha hecho desaparecer al menor (Soler, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", 4ta. edición actualizada por Manuel A. Bayala Basombrio, t. IV, Tea, Buenos Aires, 1988, pág. 67 y ss).

Coincidentemente, el criterio sostenido ha tenido acogida favorable tanto en reconocida doctrina (Molinario, Núñez, Creus), como en alguna jurisprudencia (C.C.C., Sala III, c. n° 31.041, "Martínez, Agustín", rta. 27/5/92, donde se cita otro precedente: C.C.C., Sala II, c. n° 33.259, "Flores, A.", rta. 3/12/87; ver, además, C.C.C., Sala I, c. n° 43.400, "Idachkim, Jorge O.", rta. 28/6/94, C.C.C., Sala I, c. n° 19.341, "White, Michael A.", rta. 7/10/02).

Voto entonces, en minoría, por la confirmación del auto apelado, en cuanto fue materia de recurso.

Rodolfo Pociello Argerich

Ante mí:

Fernando Collados Storni Secretario de Cámara