

Sala I -39852-M., C. M.

Procesamiento

Juzgado de Instrucción N° 36/ Secretaría N°123

///nos Aires, 28 de marzo de 2011.-

Y VISTOS:

Tras celebrarse la audiencia oral y pública prevista por el art. 454 del CPPN (ley 26.374) en razón de la concesión del recurso de apelación interpuesto por la defensa oficial de C. M. A. a 360/2, contra la resolución obrante a fs. 327/34 por cuanto allí se decretó el procesamiento de su asistido como autor del delito de sustracción de menores, art. 146 del CPN, se dispuso un intervalo a los efectos de continuar con la deliberación y resolver.

Cumplida la deliberación de rigor, el tribunal se encuentra en condiciones de resolver el presente asunto.

Y CONSIDERANDO:

I- Hecho atribuido:

A fs. 55bis/56 se atribuyó a C. M. M. haber sustraído a su hija, la menor A. R. M., de dos años, del poder de su progenitora, N. C. C., ello aún cuando se encontraba vigente la prohibición de acercamiento por el plazo de 90 días a un radio no inferior a 200 metros de la denunciante, del domicilio de aquella y/o sus hijas y establecimientos escolares, dictada con fecha 14/9/2009 por el Juzgado Civil (...), en el expte. Nro. (...) "C. N. C. y otro c/M. C. M. s/denuncia de violencia familiar". En efecto, el 8 de octubre de 2009, a las 17.20hs. aproximadamente y en momentos en que la menor se encontraba en los brazos de su tía, D. D. C., persona ésta última que se hallaba caminando en la vía pública, con intenciones de regresar a su domicilio que comparte con la denunciante y la menor sustraída, ubicado en (...) de esta ciudad, fue

interceptada por el imputado, quien tomó a la niña y juntos se dirigieron al domicilio citado, lugar donde le manifestó a la denunciante “*me voy*”, retirándose del lugar con la menor. Posteriormente el imputado habría llamado a C. a su celular y le habría manifestado que “*si llegaba a recibir un nuevo papel de denuncia se llevaría la nena fuera del país*” para luego cortar la comunicación. Que con fecha 16 de octubre de 2009, cerca de las 13:30hs. el imputado fue aprehendido por personal de la División delitos contra menores de la PFA, cuando junto con la menor se presentó ante el Cuerpo Médico Forense, en virtud de una citación que le fuera cursado por la justicia civil.

II- Su análisis:

En el marco de la audiencia, la defensa oficial, representada en el acto por la Dra. Karin Codern Molina, resaltó dos aspectos para dar solución al caso, a favor de su asistido. En primer lugar, sostuvo la ajenidad del imputado M. al destacar que no tuvo la intención de sustraer a la menor, por contar en todo momento con el consentimiento de la madre para llevarla con él. El segundo argumento desplegado por la letrada consistió en sostener la atipicidad del hecho reprochado a su pupilo, por entender que **el progenitor no puede ser sujeto activo del delito previsto en el art. 146 del CPN.**

Planteadas así las cosas, en la deliberación surgió la necesidad de tratar en primer lugar la tipicidad cuestionada, momento en el cual se advirtió la inexistencia de un criterio unánime sobre el punto.

El juez Alfredo Barbarosch dijo:

Como lo he sostenido como integrante de la Sala IV, e incluso en este tribunal, no incurre en el delito de sustracción de menor el padre legítimo que, sin haber sido despojado de la patria potestad, sustrae a su hijo del poder de la madre. **No encuadra en el artículo 146 del CP la conducta del padre que sustrae a su hijo del poder de la madre, con quien se hallaba desde la**

separación de hecho de ambos cónyuges (cfr. causa nro. 36200, “Pérez Carro” rta.21/5/2009).

Así, en doctrina puede citarse lo siguiente: “*Para Moras Mom y Damianovich –con cuya opinión conducimos- ni el padre ni la madre pueden ser autores de este delito ni del que está previsto en el art. 148, Cod. Penal, por cuanto, ni en un caso ni en el otro, pueden sacar del ‘poder’ sino que lo conservan dentro de él y esto no es sino un derecho natural reconocido por el derecho civil*” (Jorge E. Buompadre, Derecho Penal Parte Especial, Tomo 1, Mave, 2003, pág. 580).

Por ello, conforme surge de la partida de nacimiento que en copia obra a fs. 22, A. R. M. se encuentra registrada como hija del imputado M., razón por la cual no encontrándose controvertido el punto, es que corresponde aplicar a su respecto lo previsto por el art. 336 inc. 3 del CPPN.

El juez Luis María R. M. Bunge Campos dijo:

Por vez primera ingreso al examen de la presente causa, en virtud de integrar actualmente la Sala interviniente. De allí que debo adelantar que ya he tenido oportunidad de expedirme con anterioridad en otras intervenciones como miembro de la Sala VI del tribunal, sobre la cuestión aquí planteada.

A mi juicio no es posible que el progenitor sea sujeto activo del injusto de sustracción de menor. La única excepción a este principio es cuando ha sido privado de la patria potestad mediante sentencia judicial, pues entonces quien sustrae ya no tiene derecho de custodia, extremo que no se ha acreditado en estos actuados (cfr. causa nro. 27512 “Zamudio” rta. 8/7/05).

En esa línea, se ha dicho que el bien jurídico que de manera prevaeciente se afecta es el derecho de tenencia y custodia del niño, que nace del vinculo familiar o bien de la situación de hecho o de derecho existente. Sobre esa base, la antijuridicidad presupone que quien sustrae no tenga

derecho de custodia. *“En consecuencia para que pueda ser considerado sujeto activo el padre o la madre, es necesario que este excluido del ejercicio de la patria potestad (privación o suspensión) ya que justamente uno de los derechos inherentes a ella es la custodia de los hijos menores de edad.”* (María C. Maiza en Delitos contra la libertad, Ad-hoc, Buenos Aires, 2003, pág. 238 y 241). De allí que la conducta atribuida a M. resulta atípica a la luz del art. 146 del CP. Por ello voto por que se dicte el sobreseimiento del imputado en los términos previstos por el art. 336 inc. 3 del CPPN.

El juez Jorge Luis Rimondi dijo:

A diferencia de mis colegas preopinantes, he sostenido en otras intervenciones en las que se analizaba similar interrogante, que sujeto activo de este delito sí puede ser uno de los progenitores (cfr. causa nro. 25614 **“Parada”** rta. 24/5/2005, causa nro. 36200 **“Perez Carro”** rta. 21/5/2009, entre otras). En el caso el que sustrae es el padre, esto es, se ha apoderado del menor, sacándolo de la esfera de custodia a la que este estaba sometido. Adviértase que, con las salvedades del caso, se trata analógicamente de un “robo de menor”, por lo cual se debe dar un despojo, que en caso, las probanzas acumuladas así lo indicarían (cfr. causa n° 19.786 **“Balanovsky”** del 6/12/03, entre otras). Así se ha dicho que *“se trata de un delito común sin exigencia de calificación alguna para el autor. En segundo término, porque si hemos afirmado que el derecho a la tutela es uno de los intereses protegidos por la figura, la acción del progenitor que sustrae al niño contra la voluntad del otro, sin duda afecta concretamente el ejercicio de aquella potestad por el otro cónyuge”* (David Baigún-Eugenio Zaffaroni, Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, T.5, Hammurabi, 2008, pág. 495).

Esa ha sido en principio la hipótesis de trabajo expuesta en la intervención anterior de esta Sala (cfr. fs. 304/306), más allá de las distintas posiciones que sobre el punto tenían en aquella oportunidad los integrantes del tribunal, cuya composición actual es diversa.

Por lo expuesto, a mi juicio C. M. M. puede ser sujeto activo del art. 146 del CPN, más en consideraciones a lo esgrimido en los votos precedentes, resulta un dispendio jurisdiccional innecesario avanzar en el análisis de las probanzas existentes en autos en torno a la imputación que pesa sobre M., en razón a que mi posición quedará en franca minoría.

En mérito al acuerdo que surge de los votos que anteceden, el tribunal **RESUELVE**:

I-REVOCAR la resolución obrante a fs. 327/334 en cuanto fuera materia de recurso, art. 454 *contrario sensu* del CPPN.

II-DECRETAR el SOBRESEIMIENTO de C. M. M., de las demás condiciones personales obrantes en autos, por el hecho por el cual fuera indagado a fs. 55bis/56, con la expresa mención que la formación del sumario en ese sentido no afecta el buen nombre y honor que gozare el nombrado, art. 336 inc. 3 e *in fine* del CPPN.

Devuélvase, y practíquense las notificaciones de rigor en la instancia de origen. Sirva la presente de muy atenta nota de envío.

JORGE LUIS RIMONDI
(en disidencia)

ALFREDO BARBAROSCH LUIS MARIA R. M. BUNGE CAMPOS

(por sus fundamentos) (por sus fundamentos)
Ante mí:

Silvia Alejandra Biuso
Secretaria de Cámara

www.afamse.org.ar