

SUSTRACCIÓN PARENTAL DE MENORES. ASPECTOS PENALES *

Estudio desde el pensamiento de autores denominados clásicos en el Derecho Penal

Concurrencia de delitos. Sucesión de leyes penales

Mario Eduardo Corigliano *

Sumario: Introducción. Caracteres de la figura típica. Antecedentes codificados. El tipo objetivo del injusto. Condición objetiva de punibilidad. La acción de retención. La acción de ocultación. El tipo subjetivo. Relación con el delito previsto en el art. 139 inc. 2° del Código Penal. Sustracción de menores por uno de los padres. Críticas a la ley 24.270. Prescripción de la conducta típica del artículo 146 C.P. Algunas consideraciones finales. Propuesta legislativa y conclusiones. Bibliografía.

Introducción

Estamos asistiendo en los últimos años a un replanteo del tema en estudio, por ello en el presente artículo no se aspira a una exposición minuciosa de la sustracción de menores por uno de sus padres, tan solo poner de manifiesto como ha tratado el tema la doctrina y la jurisprudencia actualizada en los últimos años, y al mismo tiempo aportar una visión general del problema a partir del pensamiento penal de autores denominados clásicos que pueda servir de orientación a quienes se acercan al estudio del tema.

El problema de la obstrucción del ejercicio de los derechos del padre o la madre de un menor; originado en la sustracción del mismo por parte de alguno de éstos, también denominado secuestros parentales; son de discutible aceptación como acto delictivo en la legislación de nuestro país. Por su parte, la Convención sobre Derechos del Niño ha logrado transformar al niño en actor, no más como sujeto pasivo, concurriendo de significativa trascendencia que ahora implícitamente se le reconocen derechos (art. 3, inciso 2ª). Los Estados parte tomaron el compromiso de asegurar al niño la protección y el cuidado necesarios para su bienestar teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres y, básicamente, la prohibición de que pueda ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada... (art. 16).

Tengamos en cuenta que el número de matrimonios binacionales crece constantemente. Cuando uno de esos matrimonios fracasa, los miembros de la pareja deciden con frecuencia volver a su país de origen y si la pareja tiene un hijo común la situación puede resultar sumamente complicada. Con reiteración una vez que los padres se han separado, el progenitor que no tiene la custodia del o de los menores los sustrae o se niega a devolverlos después de una visita. Hay otro caso aún más frecuente, el progenitor encargado de la custodia sustrae o retiene a los menores sin permiso del otro progenitor, esta violación de los derechos del otro progenitor da lugar a prolongados procesos judiciales.

Tratando de determinar si el actual Derecho penal está en condiciones de afrontar el desafío que presenta el objeto central del debate, planteados desde los postulados más tradicionales en la materia, diremos que en el terreno dogmático se presentan algunos problemas que tienen que ver con la taxatividad de la ley penal, la responsabilidad penal de los autores, el concepto de autor en la figura, entre otros, y al tiempo, plantear una postura que exprese, como necesidad, respeto por la revinculación familiar y los intereses y derechos del niño víctima. Toda una quimera a la hora de explicar la posible atipicidad de las conductas referidas a la sustracción y/o retención de los hijos por parte de uno de los cónyuges.

Caracteres de la figura típica

En los umbrales de la estudio adelanto mi opinión, el tipo especial del artículo 146 del Código Penal constituye un injusto más gravoso que la privación ilegítima de la libertad, de esta percepción me extenderé en la explicación del tema.

Como referencia, el artículo 146 del Código Penal, de acuerdo con lo previsto por la ley 24.410 establece: “Será reprimido con prisión o reclusión de 5 a 15 años, el que sustrajere a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare”.

Este artículo enuncia tres acciones distintas: sustraer, retener y ocultar. Para la mayoría de la doctrina, retención y ocultación están referidas a la acción de sustraer, que según Ricardo Núñez, entre otros autores, es la acción en la que reside la esencia del delito y así lo dogmatiza: “el núcleo de la figura del art. 146 no reside ni en la acción de retener al menor ni en la de ocultarlo. Estas acciones presuponen la sustracción

del menor por otra persona y exige siempre que el menor haya sido sustraído del poder de una de las personas que menciona, vale decir, según la idea tradicional a que obedece el precepto, que el niño haya sido robado”.

Al respecto Eusebio Gómez considera: “la expresión genérica sustracción cuadra, perfectamente, tanto a la retención como a la ocultación porque, en realidad, por defecto de la una y de la otra, el menor queda sustraído a la potestad de las personas expresadas aunque no medie traslación que es lo que caracteriza a la sustracción propiamente dicha”¹.

Observaremos que la doctrina no es pacífica en la determinación del bien jurídico tutelado, sobre esta contingencia pueden mencionarse distintos criterios. El seguido por Núñez parece indicar que los ofendidos son los padres y el poder de decisión legítimo que éstos tienen sobre el menor, entonces la falta de consentimiento de alguno de ellos será necesaria para configurar el ilícito.

Gómez y Florián postulan que la norma busca resguardar la libertad individual del menor sustraído. También encontramos un tercer criterio que considera que el bien jurídico afectado son tanto la libertad individual del menor como el derecho de los familiares².

Por su parte Manuel Cobo dice: “es fácil observar que las conductas descriptas en los artículos 484, 485 y 486 del Código Penal español, hacen imposible la verificación de los derechos y deberes de vigilancia, custodia y educación, por aquellas personas o instituciones a las que legalmente se les atribuye. Todos los supuestos que quepa imaginar, a la vista del texto legal, comportan inexorablemente, la ruptura de las relaciones, en toda su dimensión, del menor con las personas encargadas de su tutela y cuidado. Dicha ruptura es en consecuencia, la que nos da el quid de lo que hemos de entender por bien jurídico protegido en el capítulo de la sustracción de menores. Es independiente, y para nada afecta a la anterior afirmación, que exista o no un ataque a la seguridad del menor, y de hecho, puede suceder lo contrario. Ahora bien, es irrefutable que siempre hay un quebrantamiento de la relación antes aludida”³.

¹ “Tratado de Derecho Penal”, T. III, 1940, Ed. Cía. Argentina de Editores, 1940, pág. 358.

² Gómez, Eusebio “Leyes Penal Anotadas”, Tomo II, 1953, Ed. Ediar, pág. 405.

³ Cobo Manuel, “Consideraciones técnico-jurídicas sobre la sustracción de menores objetos ...”, Anuario de Derecho Penal, T. XIV, 1958, Madrid, págs. 226/7.

Podría considerarse esta postura como la de mayor sustento jurídico si tenemos en cuenta los orígenes históricos de este delito puesto que dicha infracción, tal como adelantamos, constituye un tipo especial más grave que la privación ilegítima de la libertad del art. 141 CP.

Carrara consideraba a este delito como una afectación de los derechos familiares pronunciándose respecto del plagio de niños del siguiente modo: “entre los distintos fines en que puede instigarse el plagio de un hombre libre, hay una que merece ser especialmente indicado, para advertir una vez más el influjo que la diversidad del fin del agente ejerce sobre la noción de este delito; y es el caso del niño que es sacado de su propia casa y entregado a un extraño, para que lo tenga ‘loco filii’ (como hijo), con el fin de despojarlo de su herencia, u otra cosa semejante”⁴.

Si bien esta figura típicamente dolosa exige dolo directo, se confunde con la desaparición de personas, delito de lesa humanidad no prescriptible, tratándose de un delito instantáneo de conducta continuada que provoca serios problemas en la dosimetría de la pena cuando la conducta prohibida es realizada por uno de los padres, salvo que éste haga desaparecer al menor.

Antecedentes codificados

El antecedente nacional que mejor se adecua a la figura legal que nos ocupa es el que se preveía en los artículos 283 y 284 del Código Penal de la provincia de Buenos Aires, sancionado en 1867 también conocido como “Código Tejedor”.

En el art. 283 establecía: “El que sustrajere un menor de 9 años del poder de sus padres, sufrirá tres meses de arresto. La pena será de 2 meses de arresto si el menor sustraído estaba en poder de su guardador o de cualquiera otra persona encargada de su custodia”. Mientras que el art. 284 reglaba: “Si la sustracción se hiciese con el objeto de privar al menor de algún derecho civil, o de aprovecharse de sus servicios o de sus bienes, la pena será de un año de prisión, y multa de 20 y 5 a 500 fuertes”.

Carlos Tejedor menciona como antecedente al art. 408 del Código Penal español, mediante el cual se castigaba con cadena temporal si el hecho se verificaba en un menor de siete años. Citando a Pacheco Tejedor dice: “De lo que aquí se trata, (...) es del robo, de la sustracción de un niño, para quedarse con él, o para hacerle perder las

nociones de su origen, la posesión de su real y efectiva existencia. De lo que aquí se trata es lo que hacían los gitanos vagabundos, de lo que puede hacer una persona que quiera suprimir derechos existentes delante de sí, y para ello arrebató, sustrae, y hace desaparecer menores que poseyéndolos le estorban. Y véase aquí por qué la ley habla de sustracción de niños y nada más. Cuando es una persona instruida, cuando es de quién ya tiene noticia de sí mismo, el objeto de tal sustracción entonces ésta no se verifica porque no puede verificarse. Habrá detención arbitraria y no otra cosa. Es menester que recaiga en menores de siete años o en quienes sean tan inocentes como ellos, simples o mentecatos, para que pueda aplicarse al acto en cuestión el artículo de que nos ocupamos”⁵.

Este autor también acotaba que este delito era llamado entre los romanos ‘plagio’ y que estaba castigado con la pena de muerte. En la época, con el objeto de detener al accionar de bandas armadas que asolaban los caminos, se sancionó durante el tiempo de la República Romana (primer siglo antes de Cristo) la ‘Lex Fabia’ mediante la cual se penaba como plagiarlo “a quién sabiendo y con dolo malo vende o dona a un ciudadano romano independiente contra su voluntad; a los que persuaden a un esclavo a huir, o bien los apresan, ocultan, venden o donan contra la voluntad y en perjuicio de sus dueños, mermando de tal manera a éstos en su patrimonio”⁶.

Si bien el delito en estudio está contemplado en el capítulo Delitos contra la libertad individual del Código Penal, debe incidirse que el bien jurídico tutelado por el ordenamiento no se limita a la libertad por sí misma sino que se extiende al conjunto de los derechos de los que se ve privada la persona sustraída durante el tiempo que dura la permanencia de la conducta ilícita.

Es importante destacar que el autor del delito de sustracción, retención y ocultación de personas, que han sido sustraídas cuando eran menores de diez años, interfiere en la asignación de los roles y derechos del grupo familiar al que pertenecía el sustraído y del que la persona sustraída desarrolla su vida. La acción de sustraer reasigna posiciones familiares por sobre el control estatal. El autor se arroga de este modo potestades que sólo le corresponden al Estado que es el único sujeto legitimado por la ley para reconocer, asignar y reasignar derechos de familia.

⁴ Carrara Francesco, “Programa de Derecho Criminal Parte Especial”, Vol. II, 4, 1958, Ed. Tenis, pág. 498.

⁵ Zaffaroni /Arnedo, “Digesto de Codificación Penal Argentina” T. I, 1996, AZ Editora, Madrid, pág. 397.

El tipo objetivo del injusto

La ley requiere para que se configure la sustracción que el autor o autores de la misma aparten al menor de la esfera de custodia en que se encuentra, custodia ésta otorgada por ley a los padres, tutores o demás encargados. No se considera impedimento a los efectos de configurar el tipo el consentimiento del menor. La tenencia del niño es propia de quién lo tiene de hecho y no requiere que sea de derecho. La acción de sustraer se ve consumada al momento que ese poder de custodia es interrumpido sin justificación legal alguna.

“El delito de sustraer se concibe como el simple traslado del menor a un lugar distinto de aquél donde se encuentra bajo el amparo de las personas a quienes el precepto legal se refiere”⁷.

Coincide Sebastián Soler al decir: “la acción queda consumada cuando, de hecho, se ha logrado la sustracción, aunque el raptor no haya efectivamente consolidado su dominio sobre el menor, el cual puede eventualmente continuar actos de resistencia, o quedar en poder de terceros desconocidos por el autor”⁸.

Como vemos la ley no especifica nada sobre cómo esa sustracción debe ser llevada a cabo. No requiere de ningún acto en especial como el uso de violencia, amenazas o algún tipo de ardid. El consentimiento del menor resulta totalmente ineficaz o, en palabras de Soler, “no hace desaparecer la delictuosidad del hecho”, pues se desprende que los menores de diez años carecen del juicio suficiente para manejar libremente sus acciones.

Lo dicho precedentemente permite considerar para que el tipo objetivo del delito se encuentre satisfecho es que el menor sustraído tenga menos de diez años de edad.

“El delito de sustracción de menores debe entenderse consumado con cualquier acto que tienda a remover el menor de la custodia de sus padres contra su voluntad expresa o presunta”⁹.

⁶ Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XXII, 1964, Ed. Bibliográfica Omeba, págs. 343/4.

⁷ Núñez, Ricardo, “Derecho Penal Argentino. Parte Especial V”.

⁸ Soler, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, pág. 63/5.

⁹ CSJN. Fallos: 317:492. Competencia 92.XXVI, 10/5/94, “M, S y otras. Suposición de estado civil, falsificación de documento público y sustracción de menores”.

Condición objetiva de punibilidad

La limitación a diez años establecida por el legislador no es caprichosa puesto que encuentra fundamento normativo en el ordenamiento jurídico.

El Código Tejedor establecía el límite de nueve años de edad teniendo como referencia el artículo 410 del Código español.

El Derecho Romano, según cuenta Vélez Sarsfield en la nota al artículo 921 del C. Civil, estipulaba la edad de siete años como límite a partir del cual se presumía que una persona podía actuar con discernimiento.

La idea sobre la que se apoya esa decisión de política criminal de castigar la sustracción de menores de diez años es concordante con el límite mínimo de edad establecido por los artículos 921 y 2.392 del Código Civil. El artículo 921 establece que: “Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años (...)”. A partir de los diez años los menores pueden adquirir la posesión de cosas: “Son incapaces de adquirir la posesión por sí mismos los que no tienen uso completo de su razón, como los dementes, fatuos y menores de diez años; pero pueden adquirirla por medio de sus tutores o curadores” (art. 2.392 C. Civil).

Por otra parte en la “Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, aprobada por ley 23.857, se establece la edad de dieciséis años para que dicha Convención sea aplicable. A partir de esa edad se entiende que un joven “ya posee una voluntad propia, que difícilmente pueda ser ignorada por padres, parientes o autoridades administrativas o judiciales”. Puede observarse la diferencia de los parámetros seguidos para evaluar cuándo un menor de edad no alcanza el discernimiento adecuado para llevar adelante determinados actos.

Una persona menor de diez años, para el ordenamiento jurídico, no tiene la capacidad necesaria para poder distinguir lo lícito de lo ilícito, y en el caso del tipo penal que nos ocupa, debemos asumir que antes de dicha edad es total el sometimiento de la voluntad del menor. El bien jurídico aquí tutelado es el de la libertad, en aquel sentido genérico del plagio, no porque sea necesario la reducción del menor a un estado de servidumbre sino porque el menor de diez años efectivamente se encuentra en una situación de dependencia casi total de otra voluntad y la ley castiga al que usurpa esa otra voluntad.

La acción de retención

Además de la sustracción, el artículo 146 C.P., describe la acción de retención para la que se requiere que el autor, por un cierto lapso, impida que los padres o responsables legales del menor ejerzan sus facultades de tutela, y ello debe llevarse a cabo privando de la libertad a la víctima, impidiendo por cualquier medio que vuelva a la custodia de sus padres. La retención se refiere a actos de los autores con relación al menor, puesto que ésta debe recaer sobre él, evitando por cualquier medio (acción u omisión) el contacto con los padres o tutores, quedando el menor bajo el dominio de los autores.

La circunstancia de que la retención de menores afecte el derecho de familia no permite descartar que el tipo penal no lesione, además, la libertad en el sentido estricto de libertad ambulatoria que es protegida por las figuras de privación ilegal de la libertad. Esta conducta, una vez que la víctima fue colocada fuera del área de guarda legítima, constituye una valla que le impide al menor retornar a la misma. En este contexto la circunstancia de que el menor, mayor de 10 años pero sustraído de sus padres antes de cumplir esta edad, "consintiera" su nuevo emplazamiento (ilegítimo) de familia, es irrelevante para la existencia de un consentimiento excluyente del tipo pues dicho menor, por sí solo, carece de la facultad de disponer del bien jurídico protegido con un alcance tal que lleve a excluir el ejercicio de la patria potestad por parte de quienes tienen derecho a ella.

La acción de ocultación

Cabe todavía analizar en el tipo de la figura, en qué consiste la acción de ocultación la que podría presentar una mayor dificultad en su interpretación. En el caso del recurso deducido por la defensa en la causa seguida a los ex militares Jorge R. Videla y Emilio E. Massera¹⁰ se ha sostenido que la ocultación del menor cesa al momento en que el mismo cumple los diez años porque la comisión continua o permanente de todas las figuras tratadas cesa necesariamente cuando el niño alcanza dicha edad.

Esta concepción no es aceptada pacíficamente por la jurisprudencia teniendo en cuenta que en determinados supuestos puede llegarse a consecuencias absurdas, puesto que si se aceptase dicha propuesta, el ordenamiento estaría alentando a quienes

¹⁰ J.Fed. San Isidro. Causa 1.285/85, "Videla, Jorge Rafael y otros s/ presunta infracción a los arts. 146, 293 y 139, inc. 2do. CP", sentencia del 13 de julio de 1998. Es uno de los casos conocidos como "robo de bebés", una de las tantas prácticas abusivas ocurridas durante la última dictadura militar argentina (1976-1983) fue la sustracción, retención y ocultación de menores nacidos durante el cautiverio de sus madres.

secuestran menores a que los oculten más allá de los diez años para lograr la impunidad de su conducta debido al comienzo del plazo desde el cual comienza a computarse el término de la prescripción de la acción penal. Esto concluiría que la norma por el solo paso del tiempo; una mayor edad de la víctima sin que el autor del hecho ni la víctima, ni un tercero interrumpen la situación antijurídica; pase a considerar a ésta como adecuada a derecho.

Tal interpretación resulta incongruente con la afirmación de que la naturaleza del delito consiste, como dice Soler, en la usurpación de la voluntad de la víctima, porque pasados los diez años de edad esa voluntad sigue siendo usurpada mediante la ocultación de la persona sustraída cuando poseía menos de diez años de edad.

Al respecto se debe considerar que es posible calificar este delito como permanente, tal como lo sostienen autores clásicos como Gómez, Soler y Fontán Balestra, entre otros¹¹, teniendo en cuenta que por imperio legal la acción antijurídica cesa a los diez años. Por su parte autores contemporáneos, entre ellos Roxin¹², opinan que delitos permanentes son aquellos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo

El eje central del delito permanente consiste en el sostenimiento del estado consumativo, de forma tal que éste se agota en el momento que cesa la conducta ilícita. Estas circunstancias son propias de los delitos de privación ilegítima de la libertad, donde el mantenimiento del estado antijurídico creado por la acción punible depende de la voluntad del autor, de modo tal que el hecho se renueva constantemente hasta el momento en el cual la persona privada de su libertad recupera su status anterior.

Zaffaroni sostiene que en el caso de los delitos permanentes el delito ya consumado sigue cometiéndose, por lo cual se hace necesario distinguir entre el momento de la comisión y el de la consumación, como así también establecer concretamente cuál es el tiempo de realización de la conducta -tiempo de comisión- ya que la misma en

¹¹ A fines de 1876 se sostuvo el criterio clásico en autores como Tejedor, Roque Pérez, Ugarte, etc. Luego al comenzar a difundirse el positivismo, ya Siglo XX, desaparece el enfrentamiento entre clásicos y positivistas dando lugar a nuevas ideas que toman lo mejor de cada una de aquellas escuelas. No obstante ello hay autores que suelen contemplarse dentro de los clásicos como Soler y dentro de los positivistas a Núñez, Eusebio Gómez, entre otros. En el trabajo se ha reflejado la idea de estos autores que marcaron un trascendental rumbo en el Derecho Penal argentino.

¹² Roxin Claus (funcionalismo moderado), "Derecho Penal. Parte General", Tomo I, 1997, Ed. Civitas, Madrid, pág. 329.

este tipo de delito tiene un momento inicial y uno final de ejecución que pueden hallarse distanciados en el tiempo.¹³

El artículo 3° de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (aprobada por nuestro país por Ley 24.556), establece que la desaparición forzada de personas debe ser tipificada como delito y que éste debe ser considerado como permanente hasta tanto no se establezca el destino o paradero de la víctima.

La necesidad de adoptar a la mencionada Convención como guía de interpretación de los tipos penales contenidos en el artículo 146 del Código Penal ha sido afirmada, entre otros Tribunales de Alzada, por la Sala I de la Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal (9/9/2004) en causa seguida a Enrique Berthier por sustracción, ocultación y retención de un menor de diez años¹⁴. Este criterio ha sido sostenido en precedentes de la misma Sala en causa 30.514, “Massera”, reg. 742 del 9/9/1999, y de la Sala 2 en causa 17.592, “Gómez”, reg. 18.634 del 3/5/2001.

De este modo el tipo objetivo de la conducta de ocultación quedaría construido de la siguiente manera: ‘el que ocultare a quién ha sido sustraído de sus padres, tutores o guardadores, contando con menos de diez años de edad’.

En este orden de ideas, el autor de este ilícito debe realizar la conducta de ocultar, y a su vez verificarse la circunstancia objetiva de que el ocultado, o sea, la víctima, haya sido secuestrada cuando no poseía el discernimiento mínimo establecido por el ordenamiento penal.

El tipo subjetivo

En el aspecto subjetivo el autor debe conocer que realiza la acción de ocultar tanto como la circunstancia de que la persona ocultada haya sido sustraída de sus padres, tutor o persona encargada, cuando contaba con menos de diez años de edad.

Esta interpretación respeta la pauta brindada por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, es coincidente con los orígenes históricos de la figura como una derivación del delito de plagio de niños y es contemplativa de los distintos bienes jurídicos que se afectan con la comisión del delito. Además es concordante con lo que sostienen autores como Núñez quién para afirmar la trascendencia

¹³ Zaffaroni, Eugenio R. “Tratado de Derecho Penal”, /T. I, 1987, Ed. Ediar, pág. 476 y ss.

de la acción de sustraer refiere: “El núcleo de la figura del artículo 146 no reside ni en la acción de retener al menor, ni en la de ocultarlo. Estas acciones presuponen la sustracción del menor por otra persona. El tipo del artículo 146 exige siempre que el menor haya sido sustraído del poder de unas de las personas que menciona, vale decir, según la idea tradicional a que obedece el precepto, que el niño haya sido robado”¹⁵.

Sobre el punto Donna sostiene que: “Viene a colación lo afirmado por Creus acerca de que el pensamiento de que se trata de tres acciones distintas, totalmente autónomas entre sí, que tantos problemas interpretativos ha traído a nuestra doctrina, está completamente superado: la retención u ocultación tiene que referirse a un menor que haya sido sustraído para que tales conductas resulten típicas. De manera que la esencia del delito está en la sustracción del menor y no en las otras dos conductas que requieren como presupuesto, que se haya dado ésta. Para que el delito concorra se requiere que el hecho se produzca mediante la sustracción, que la persona sustraída sea un menor de diez años y que la sustracción se produzca del poder de las personas encargadas del cuidado del niño”¹⁶.

Queda claro entonces que para llevar a cabo una acción de ocultación no es necesario que el autor retenga a la persona afectando sólo su libertad ambulatoria, pues el elemento que distingue esta acción es impedir el restablecimiento del vínculo, sea o no mediante la acción de retener. Resumiendo en este acápite, puede afirmarse que la acción de ocultar una persona sustraída no cesa cuando la víctima cumple los diez años de edad sino cuando se restablece el vínculo familiar interferido.

Esta interpretación es coincidente con la jurisprudencia seguida por la Sala 2 de la Cámara Nacional Federal en las causas: “Simón Julio s/ prescripción de la acción penal”, 29/5/2001; reg. 18.693; “Miara, Samuel y otra”, 19/12/95 y “Lavallén Rubén”, 18/4/1989, reg. 6.440; también por el Tribunal Oral Federal 5 en la causa 530, seguida contra Ceferino Landa y Mercedes B. Moreira, sentencia del 5/7/2001 y por el Procurador General de la Nación en el caso “Videla” del 23/8/2001.

Dice la jurisprudencia dominante de la Cámara Federal:

“La retención y la ocultación que el Código Penal, artículo 146 tiene en cuenta son las vinculadas a una sustracción o robo cometido por un tercero, cuya acción de despojo y

¹⁴ Art. 146 CP. Supresión de identidad de un menor de diez años (art. 139 inc. 2° CP) y falsedad ideológica de documento público (art. 293 CP).

¹⁵ Núñez R. “Derecho Penal Argentino. Parte Especial V”, pág. 60.

¹⁶ Donna, Edgardo A. “Derecho Penal. Parte Especial”, Tomo II-A, 2001, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 217.

ocultación continúa el que retiene y oculta al menor. Retiene el que guarda al menor sustraído, y oculta el que además de retenerlo, esconde su ubicación a la vista y conocimiento del titular de la tenencia. Ambos deben obrar con la conciencia y voluntad de hacerlo respecto de un menor sustraído. Pero aquí vale incluso el dolo eventual. El acto de sustracción adquiere entidad típica si revela el ánimo de permanencia, de poner de manera duradera al menor fuera de la custodia familiar o tutelar que le corresponde. Por ello la retención y/u ocultamiento posteriores al acto material de apartamiento de la esfera de aquella custodia forman parte de la misma acción de sustraer, sin perjuicio de que puedan cometer retención u ocultamiento otras personas distintas que los iniciales captores cuya acción complementan. La acción inicial de sustraer es abaricante de las fases posteriores de retención y ocultamiento. A su vez, el que no interviene inicialmente en la sustracción puede participar en ella si contribuye a complementar la acción originaria dándole durabilidad mediante la retención u ocultamiento de la menor”¹⁷.

Relación con el delito previsto en el art. 139 inc. 2° del Código Penal

Supresión y suposición del estado civil y de la identidad de menores

Si bien la nueva ley no modificó la parte sustancial relacionada con la descripción de la acción prohibida, agravó el monto de la pena. La redacción original del Código Penal sancionaba con 1 a 4 años de prisión “al que por medio de exposición, de ocultación o de otro acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil de un menor de diez años” (art. 139 inc. 2° CP).

La Ley 24.410, vigente desde el 2/1/1995, conmina con pena de prisión de 2 a 6 años “al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere la identidad de un menor de diez años, y el que lo retuviere u ocultare”.

Por su parte el Código Penal preveía originalmente una pena de 3 a 10 años de prisión para el delito previsto por el artículo 146, y la mencionada ley 24.410 elevó el monto de la misma de 5 a 15 años. Esta sucesión de leyes penales no implica una afectación al principio de irretroactividad de la ley penal derivado del principio de legalidad consagrado por el artículo 18 de la Carta Magna.

Sobre el punto la jurisprudencia de la Sala 2 de la Cámara Nacional Federal ha sostenido:

¹⁷ CFed. La Plata, Sala Penal III, 9/123/88, “C., O. s. Infr. CP arts. 139 inc. 2° y 293”, expediente 08.787.

“La sustracción, retención y ocultación de un menor de diez años es de carácter permanente por lo que, de ningún modo existe óbice para que se aplique una ley que incremente el monto de la escala penal aplicable, manteniendo la redacción anterior, puesto que la acción típica de los delitos de que se trata cesó en la fecha en que pudo descubrirse la verdadera identidad de la víctima”¹⁸. “La afectación al registro de un determinado estado civil constituye un atentado al asiento registral de ese estado, y por su naturaleza importa un delito contra la fe pública y no contra el estado civil mismo. El artículo 139, inciso 2° del Código Penal sólo es aplicable ante la afectación de la posesión de estado civil y no ante un atentado contra el registro civil. Por ello, comete el delito de retención y ocultamiento de menores de 10 años en concurso real con falsedad ideológica reiterada en dos oportunidades -partida de nacimiento y documento de identidad- quién oculta o retiene a un menor de diez años y confecciona los formularios necesarios para obtener una partida de nacimiento y, con ella, el documento de identidad.

La sustracción y ocultamiento de un menor (art. 146 CP) en modo alguno se halla absorbida en el de alteración o supresión de estado civil de un menor de diez años, establecida en el artículo 139 inc. 2° del Código sustantivo en tanto que ambos tipos penales se remiten a supuestos diversos y bienes jurídicos protegidos diferentes -libertad individual uno y estado civil el otro-“¹⁹.

En tal sentido estimo que ante la concurrencia de ambos delitos la solución pasible de adoptar es la aplicación de los artículos 139 inc. 2° y 146 del Código Penal, según la redacción de la citada ley 24.410.

Sustracción de menores por uno de los padres

Doctrina y jurisprudencia dominante

Resulta notable que la sustracción de menores producida entre padres ha aumentado notablemente en los últimos años. Ante el fenómeno de la ruptura de parejas surge la preocupación por las decisiones de sus progenitores debido a las consecuencias que tienen para los hijos menores. El incremento de relaciones y matrimonios mixtos, los movimientos migratorios, los avances en las comunicaciones, el desarrollo

¹⁸ Causa 17.592, “Gómez, Francisco s/ prisión preventiva” 3/5/2001, reg. 18.634.

¹⁹ CFed. CCorr., Sala 2, “R., E.”, BI 1993, pág. 262.

económico y la liberalización de la institución familiar clásica, han ampliado el abanico de patrones familiares que favorecen la posibilidad de que se produzca la sustracción de menores por parte de uno de los progenitores. Así nuestra sociedad venía contemplando la impunidad del progenitor que, por decisión unilateral, trasladaba a un hijo menor a un país extranjero separándolo del otro progenitor.

A nivel nacional, cuando la localización del menor se desconoce y es necesaria su búsqueda, la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Cancillería da intervención al Departamento Interpol de la Policía Federal Argentina por intermedio de un oficial de enlace con autoridades internacionales para que actúe.

En orden regional, la Comisión Parlamentaria del Mercosur adoptó un “Programa Nacional sobre Prevención, Sustracción y Restitución de Menores” con los siguientes objetivos:

Crear una red para proteger a los menores y prevenir la sustracción de los mismos por parte de alguno de sus padres, tutores, guardadores y/o familiares directos. Investigar el estado de la cuestión en cada país y realizar actividades de promoción de sus actividades y objetivos. Denunciar toda sustracción de menores por alguno de sus progenitores. Brindar asistencia jurídica con equipos legales expertos en la materia y apoyo psicológico y / o terapéutico a las personas afectadas. Capacitar y asesorar a los jueces, asesores de menores, consejeros de familia, personal interdisciplinario interviniente en estos casos, entre otras asistencias para ayudar a la revinculación social y la reconstrucción de lazos familiares de los menores restituidos.

Asimismo, la Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores, dada en Montevideo el 15 de julio de 1989, ratificada por Argentina el 15 de febrero del 2001, tiene por finalidad: “(...) asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares estableciendo como competentes para conocer de la solicitud de restitución de menores (art. 6 a); “(...) las autoridades judiciales o administrativas del Estado parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención”.

En un estándar supra-nacional, las “Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (22/28 de marzo de 2001), entre otras resoluciones, determinó que:

“La Autoridad central requirente debería asegurarse de que cada solicitud venga acompañada de una indicación suficiente del fundamento jurídico y de los hechos en los que se basa, en especial en cuanto a las cuestiones de residencia habitual del niño, derecho de custodia y ejercicio de ese derecho, así como información detallada sobre la localización del niño.

Para asegurar la restitución voluntaria del menor ordena el Convenio: “Los Estados contratantes deberían fomentar la restitución voluntaria del menor cuando sea posible. Se propuso que las Autoridades centrales deberían intentar siempre la restitución voluntaria del niño tal como lo prevé el artículo 7.c del Convenio, en la medida de lo posible y cuando sea apropiado, dando instrucciones a los juristas implicados, ya sean el Ministerio fiscal o abogados ejercientes, o dirigiendo a las partes a un organismo especializado que proporcione un adecuado servicio de mediación. Al respecto, el papel de los tribunales es igualmente importante” (art. 1.10). Asimismo “Las medidas utilizadas para ayudar a asegurar la restitución voluntaria del niño o para lograr una solución amistosa no deben suponer retrasos indebidos en el procedimiento de restitución” (art. 1.11)²⁰.

Como es sabido, en la conducta que nos ocupa, sujeto activo puede ser cualquiera y el sujeto pasivo debe ser un menor de diez años sin distinción de sexo. Parte de la doctrina piensa que la sustracción cometida por los padres constituye este delito mientras que Soler cree, que no podrá aplicarse la disposición del artículo 146 al padre que sustrae y retiene para sí a un menor, arrebatándose al cónyuge que legalmente lo tenía, siempre que no pueda afirmarse que se ha hecho desaparecer al menor. Decide a Soler el pensar de este modo que es algo muy distinto a la pura ofensa de derechos familiares, que en sí consiste en hacer desaparecer al menor, en robarlo a los padres.

La disposición de la ley argentina está inspirada en la figura del robo de niños tan severamente penada por las antiguas leyes españolas. Consiste en el ro-

²⁰ Resulta importante que partir del denominado Derecho penal de la globalización, se concentre su accionar en este tipo de delitos y sus modalidades conexas, entre otros. Ello ha producido un cambio significativo a la hora de enfrentar las derivaciones del ilícito a partir de la constatación de su efectiva gravedad y sus consecuencias jurídico-penales.

bo, en la sustracción del niño para quedarse con él o para hacerle perder las acciones de su origen, la posesión de su real y efectiva existencia. En pocas palabras, como se mencionó, es hacer desaparecer al menor. La amenaza de pena del artículo 146 en el Código Penal es un índice significativo de la señalada trascendencia legislativa. Este criterio que parece ser el correcto en la interpretación de nuestro texto legal ha sido seguido por la Cámara del Crimen nacional al entender que el padre que sustrae a su hijo del poder de la madre con quien éste se hallaba desde la separación de hecho de ambos cónyuges, no comete el delito de sustracción de menores; sin perjuicio de que el incumplimiento de resoluciones del juez civil pueda constituir otro delito; como no lo configura tampoco el hecho de sustraer a un menor de la tenencia del padre para entregarlo a la madre de quién está separado.

La gravedad de la pena prevista -en abstracto- en el art. 146 del C.P. responde a la gravedad del delito, pero la posibilidad de punición de la conducta de uno de los padres debe ser analizada conforme las particulares características del caso concreto, tras la evaluación del accionar del progenitor imputado en los términos del tipo objetivo, la comprobación de la tipicidad subjetiva requerida y el contenido de injusto evidenciado. En ocasiones el incumplimiento del acuerdo suscripto con el cónyuge (separado o divorciado), así como la revocación del poder para permitir que uno de ellos egrese del país junto con el menor, tampoco demuestra intención de excluir el contacto de éste con la parte denunciante en los términos del delito analizado, por cuanto no pueden reputarse cometidas las conductas típicas de sustraer, retener u ocultar.

La retención u ocultación sólo tendrá relevancia típica cuando se efectúen sobre un niño ya sustraído, puesto que tal es el verbo central de la figura, que importa la acción de sacar al menor del ámbito de custodia al que se hallaba legalmente sometido. También debe excluirse la finalidad de privar la tenencia de quien la ejercía si el imputado colocó al menor a disposición del juzgado civil, e inició el correspondiente expediente a fin de obtener la tenencia de su hijo.

Por otra parte, ha sido incesante motivo de debate si la sustracción llevada a cabo por los propios padres que han sido legítimamente privados de la patria potestad o de su ejercicio constituye este delito. La sustracción puede ser llevada a cabo mediante violencia o valiéndose de fraude o engaño y aun con el aparente asentimiento del menor puesto que en su caso, tratándose de un menor de diez años, el consentimiento carece de efectos jurídicos.

En tanto en España, Quintano Ripollés considera que la regla debe ser la negativa, pero que, cuando median móviles bastardos tales como de venganza o codicia, nada impediría acudir a la ordinaria calificación de sustracción por vulnerarse ya no un simple mandato de la autoridad sino la libertad ajena, del menor, del titular o de ambos a la vez²¹.

En el año 2002 se introdujo en el Código Penal español el art. 225bis para castigar la sustracción de menores cometida por parientes más próximos. Desde entonces en la mayoría de las sentencias en las que se ha planteado la aplicación de esta figura los acusados han sido absueltos: son casos en los que alguno de los cónyuges pone fin a la convivencia, llevándose consigo a los hijos sin que todavía haya recaído resolución judicial alguna sobre la custodia de éstos. Tras llegar a la conclusión de que el delito tiene un carácter combinado, ya que afecta tanto al bienestar personal de los menores como al funcionamiento de la administración de justicia, se abordan los diversos aspectos del tipo, especialmente el problema de los sujetos y las dos modalidades de conducta contempladas en el delito. Para el autor, pese a no exigirse en la modalidad activa la previa existencia de una decisión judicial sobre la tenencia, es convincente el planteamiento de nuestros tribunales cuando requieren que haya recaído ya una resolución judicial sobre la custodia.

En esta dirección señala Muñoz Conde: “que no se trata de unas «detenciones ilegales», que fuera de los casos previstos en el art. 225bis del CP, siguen siendo punibles en base a los arts. 163 y ss. (...) sino más bien de un delito de desobediencia a la decisión judicial respecto a la custodia y guardia de los hijos menores en caso de separación o divorcio de sus progenitores”. Como vemos la protección de los intereses del menor ha definido una línea de actuación primordial a la hora de legislar en España.

Otra jurisprudencia nacional consultada ha señalado que:

“La ley 24.270²² fue sancionada a efectos de lograr una mejor unión de los lazos familiares a través de la interpretación de distintas disciplinas, en beneficio de la relación paterno-filial, partiendo sus fundamentos de la Convención de los Derechos del Niño, especialmente en su artículo 9º que dice: “Los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos (...) respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener

²¹ Quintano Ripollés, Antonio, “Tratado...”, T. I, págs. 814 y ss.

²² Ley 24.270, Publicación: B.O. 26/XI/1993. Impedimento del contacto de los hijos menores con sus padres.

relaciones personales y contacto directo con ambos de un modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño (...)"²³.

“El artículo 1° de esta ley reprime al padre o tercero que ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes. El sujeto-objeto del delito es un menor de edad, según la regla general del Código Civil y los sujetos pasivos son los padres no convivientes entendiéndose la no convivencia como situación de hecho, que no requiere la mediación de un procedimiento judicial. Autor puede ser uno de los padres respecto del otro o un tercero; la característica típica de los sujetos pasivos es la “no convivencia, si se impidiere u obstaculizare el contacto del menor con uno o ambos padres convivientes, el hecho tendrá que ser examinado a la luz de los delitos referidos a la sustracción de menores, pero no podrá encuadrarse en la ley 24.270”²⁴.

Críticas a la Ley 24.270

Impedimento de Contacto

La sanción de esta ley ha supuesto la creación de un nuevo tipo penal que tipifica el impedimento de contacto de los padres no convivientes con sus hijos²⁵. Avanzar en su abordaje a partir del pensamiento de un derecho penal superador de conflictos, en términos de reparación y con sentido amplio pero sustitutivo de la pena, implica además, que permita la solución del conflicto como factor de mérito para negar, en algunos casos, la necesidad social de la misma [la pena] pudiendo, únicamente, acudirse a ella cuando no es posible hallar otra respuesta alternativa.

En este sentido, aparece necesario señalar la función mínima o reductora del derecho penal entendido por algunos autores -posición dominante- como de última ratio. Esta concepción parte del presupuesto del fenómeno represivo como elemento no prescindible, así el derecho penal mínimo o el derecho penal subsidiario apuntan a poner un límite, no punir sino en los casos indispensables y respecto de los cuales otros me-

²³ .CNCCorr. Sala 7ª, 13/9/2001, “B., N. s. Sustracción...”, c. 16.869.

²⁴ CNCCorr. Sala VII, 18/7/2002; “S., T.”, c. 18.767, BCNCYC, n° 3/02.

²⁵ “Configúrase delito al padre o tercero que impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes”. Ley sancionada en noviembre 3 de 1993 y promulgada de hecho en noviembre 25 de 1993.

dios de control social sean insuficientes. Ello es, a mi entender, desde luego positivo como rechazo del potenciador elemento de la expansión de las reacciones punitivas.

Trasladando estos conceptos al delito que nos ocupa, no cabe duda que el orden jurídico cuenta en el ámbito del Derecho Civil de Familia con medidas civiles preventivas, compulsivas y también sancionatorias para dar respuesta al conflicto generado para lograr el restablecimiento del contacto del menor con su progenitor no conviviente: astreintes por incumplimiento régimen de visitas, resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el padre que entorpece la relación del menor con su progenitor no conviviente, suspensión del ejercicio de la autoridad paterna, modificación del régimen de tenencia, etc.), aportando también instrumentos punitivos a la autoridad judicial civil en caso de desobediencia (art. 239 C. Penal).

En este ámbito, el derecho de visita es irrenunciable y los convenios en que se establezca resultarán revisables siempre que se modifiquen las circunstancias del momento en que se llevó a cabo el acuerdo. Sobradamente se ha establecido que el derecho de visita es un derecho muy amplio, que facilita el vínculo afectivo y favorece la comunicación espontánea y privada con los hijos. Además este derecho asegura al progenitor no conviviente la posibilidad de poder ejercer un control sobre la educación, la asistencia material y moral de los hijos (art. 264 del C.C.).

El tipo del delito previsto y reprimido por la ley 24.270 requiere que el autor del impedimento del contacto obre de manera arbitraria, abusiva y dolosa, pero a la hora de cuestionar su aplicación, si bien es cierto que objetivamente la norma parece proteger los derechos de mantener el contacto de los padres no convivientes con sus hijos, también el derecho de familia favorece una adecuada comunicación filial y más eficaz de los vínculos familiares.

Para finalizar en el punto, si bien la norma penal de orden nacional, objetivamente parece proteger los derechos de mantener el contacto de los padres no convivientes con sus hijos, no se puede dejar de lado que el fin último es el de afianzar una adecuada comunicación filial, ya que lo importante es la consolidación de los sentimientos de los menores con su padre o madre y de esta forma lograr la cohesión afectiva y eficaz de los vínculos familiares y lograr el desarrollo de una estructura sólida y equilibrada del psiquismo de los menores.

Prescripción de la conducta típica del artículo 146 C.P.

En cuanto a este punto estimo aplicables al caso las reglas de prescripción propias de los delitos de privación ilegal de libertad respecto de los cuales la subsistencia de la afectación de la libertad impide que comience a correr la prescripción hasta tanto no cese la situación antijurídica.

Apoyando tal interpretación cito la posición de Sebastián Soler ya que para este autor, “la retención de menores está concebida en nuestro Código Penal como una figura calificada de la privación ilegal de la libertad, cuya gravedad es casi pareja a la del plagio, no porque el menor sea sometido a servidumbre sino porque es colocado en una situación de dependencia casi total de otra voluntad”²⁶. En este punto se debe considerar el carácter permanente del delito imputado debido a que los bienes jurídico tutelados -la libertad y la patria potestad- continúan siendo afectados en idéntica medida. Además la similitud de la figura del art. 146, C.P., con la de la forma básica del delito de plagio, vocablo utilizado por Carrara que no está presente en nuestro ordenamiento penal, el bien jurídico tutelado es el de la libertad en aquel sentido genérico de esta figura, no porque sea necesaria la reducción del menor a un estado de servidumbre sino porque el menor de diez años, efectivamente, se encuentra en una situación de dependencia casi total de otra voluntad y la ley castiga al que usurpa esa otra voluntad.

En síntesis el consentimiento del menor resulta irrelevante para excluir la tipicidad de la conducta, en tanto el único consentimiento válido es el de los padres (o tutores), de tal modo que, una vez ejecutado el delito la ofensa inferida al derecho de familia subsiste con independencia de que el menor cumpla la edad prevista en el tipo legal.

“Como el delito previsto en el artículo 146, Código Penal, es de carácter permanente, la conducta típica había continuado ejecutándose desde el acto inicial de sustracción del bebé hasta que cumplió diez años, fecha a partir de la cual comienza a correr el plazo de prescripción.”²⁷

²⁶ Acerca de la sustracción de menores como forma agravada de la detención ilegal en la doctrina española, Quintano Ripollés / García Martín, "Delitos contra bienes jurídicos fundamentales", Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, págs. 64 y 372.

²⁷ CNCCorr. Sala VII, 13-2-2002. “G., H.A.”, c. 17.449, BCNCyC, N° 1/02, p. 54.

Estas consideraciones se ven reforzadas e inclusive hasta desplazadas, sin que haya margen para la duda, por el examen prevalente de la normativa internacional de aplicación a estos delitos.

De acuerdo con el Derecho internacional público, los hechos imputados además de ostentar per se el carácter de permanentes mientras tanto la suerte y el paradero de la persona desaparecida se ignoren, resultan imprescriptibles por tratarse de delitos contra la humanidad, cualquiera sea la fecha de su comisión.

Oportunamente ha señalado el Tribunal de Nüremberg²⁸ que:

"(...) el derecho internacional no es el producto de una ley. Su contenido no es estático. La ausencia en el mundo de un cuerpo gubernamental autorizado para erigir reglas sustantivas de derecho internacional no ha impedido el desarrollo progresivo de ese derecho (...); asimismo que "la circunstancia que dota a los principios de conducta internacional con la dignidad y autoridad de la ley es su aceptación general, como tal por las naciones civilizadas, las cuales manifiestan esta aceptación por medio de tratados internacionales, convenciones, textos doctrinarios de autoridad, las prácticas y las decisiones judiciales".

Algunas consideraciones finales

Propuesta legislativa. Conclusiones

Pese a que se ha sostenido que el mundo judicial es frío, solemne y apartado de la vida cotidiana y que las partes están alejadas del juez, este espacio vacío lo ha llenado la globalización y apertura de fronteras. La multiplicación de matrimonios y parejas interculturales²⁹, la dificultad en las tramitaciones judiciales y la existencia de menores retenidos en sistemas jurídicos de diferentes Estados que no comparten principios legales ni acuerdos internacionales, hace que la función protectora del Estado asuma un compromiso para garantizar los derechos de los afectados por este delito creando instrumentos de prevención para la restitución de los mismos y a la par, brindar asesoramiento jurídico, psicológico, de orientación y contención familiar.

El ejercicio de la patria potestad por uno de los padres no puede autorizar la salida del país con la intención de ocultar a un chico sin el consentimiento del

²⁸ Nüremberg, tribunal en que se juzgaron los crímenes del nazismo y se sentó la doctrina internacional de lesa humanidad y contra la tortura.

otro padre que no sabe dónde se encuentra. Teniendo en cuenta que la patria potestad es entendida no como un poder sino como una función, que es un derecho natural, su ejercicio no puede implicar un abuso de ese derecho. Entonces el bien jurídico que se pretende proteger en este delito es, por un lado la libertad del niño y su derecho a la identidad, y por otro, su derecho a ser criado por ambos padres. La ley protege la integridad del grupo familiar y en función de ello es que el Código Penal agrava determinados delitos cuando sobrevienen entre familiares directos.

En el plano penal, las acciones de sustraer, retener u ocultar que determina la figura del artículo 146 no son independientes, pues es innegable que aluden a autores que continúan, mediante la retención y ocultamiento del menor, con la acción de despojo. Retener y ocultar giran alrededor de la sustracción, que es donde reside la esencia del delito, por tanto caerá en éste, quien sustrae y lo prolongue mediante la retención y el ocultamiento, como aquéllos que retienen y ocultan con conciencia y voluntad de hacerlo respecto de un menor sustraído.

Éstas no se plantean como acciones idénticas, ni se remiten a una misma hipótesis criminal, se introducen como características diferentes que asume la conducta, aunque puedan constituir etapas por las que atravesase la misma. Si bien la sustracción comienza con el desapoderamiento del titular de la tenencia del menor, se prolonga tornando permanente el delito con la retención u ocultación, y justamente con esta última el delito se agota, más allá de su anterior consumación, pues en dicha etapa el autor ha logrado la finalidad, cual es usurpar la voluntad del tenedor.

Los bienes jurídicos tutelados de esta figura están siendo contemplados penalmente por el legislador cuando aparecen como delitos de alto contenido de derecho natural por sobre las conductas de derecho positivo, por ello es que estos últimos parecen ceder en el orden de preferencia en el Código Penal por un reconocimiento de inferioridad de valores frente a delitos de mayor trascendencia mediática que ocupan un lugar de preeminencia ante la sociedad.

Conjeturo que el legislador al tipificar este delito no tuvo en cuenta la cantidad de casos donde uno de los padres resulta sujeto activo de la conducta en cuestión. Aquí surgen dificultades muy relevantes ya que se privilegió la protección del bien jurídico, despersonalizándolo para motivar la intervención estatal, ocasionando con ello la

²⁹ También se dan en familias convencionales aunque en mucha menor medida.

consiguiente generación de problemas de atipicidad y especialmente en la dosimetría de la pena.

Se ha podido observar a lo largo del presente trabajo, que el Derecho nacional e internacional, disponen de diversos instrumentos creados para paliar los efectos nocivos de la figura en estudio. Éstos introducen el sistema convencional general de protección de los derechos humanos para prevenir, evitar y sancionar, a veces con eficacia, las sustracciones de menores mediante el fortalecimiento de los mecanismos de restitución inmediata, partiendo de la base del concepto del ‘interés del menor’ que siempre va a ser el interés superior a proteger por dichos instrumentos. Tengamos en cuenta que la evolución del derecho que es naturalmente dinámico, particularmente el derecho internacional, ha de implicar una sensible modificación del panorama jurídico en base al cual debe decidirse acerca de esta problemática.

En este punto tampoco parece que la referencia a la persona del menor sea suficiente para identificarlo como el bien jurídicamente protegido puesto que son numerosas las pautas del Código Penal que también se ocupan de la persona del menor.

Este vacío legal generó múltiples interpretaciones y resoluciones judiciales de las más diversas al momento de tener que dar respuesta a conflictos de esta naturaleza. La posible atipicidad de las conductas referidas a la sustracción y/o retención de los hijos por parte de uno de los cónyuges, en los casos supuestos en este trabajo, debe abrir el debate acerca de que resulta necesaria y oportuna la inserción al Código Penal de este ilícito como tipo delictivo específico y con una escala penal en ámbito de la justicia penal correccional para el padre no conviviente que no restituyere al menor de edad, a su debido tiempo, a su residencia habitual.

Asimismo, se prevea una atenuación de la pena para la hipótesis en la que el autor del hecho efectúe la restitución del menor dentro de los diez días siguientes a la sustracción. En este supuesto la pena puede ser de prisión de seis meses a dos años. Para el caso, en mi opinión, no hace falta que se haya radicado la denuncia a los efectos del cómputo del tiempo para que se pueda aplicar la atenuante.

Como sabemos el artículo 146 del C.P. reprime la conducta señalada con pena de prisión de cinco a diez años, lo que hace presumir que en caso de recaer condena ésta fuere de cumplimiento efectivo. Todo lo cual conspira contra los princi-

pios y valores contenidos por el derecho y en especial por la ley 24.270, pese a que una de las principales falencias de esta ley consiste en la falta de previsión de aquellos supuestos en los que el padre no conviviente es quien no reintegra al niño a su hogar habitual, sin perjuicio de las críticas realizadas en punto precedente.

En este camino, considero se debe tutelar especialmente el bienestar personal de los menores, siquiera sea provisionalmente, por una resolución judicial que determine claramente las cuestiones de custodia, tenencia y régimen de visitas del otro cónyuge. Es obvio que el padre no conviviente no es una visita en la vida de su hijo, sino que su función es supervisar su educación, crianza, y cumplir con su rol adecuadamente.

En definitiva, si el castigo implica una condena de cumplimiento efectivo, esto atentará contra la revinculación familiar y los intereses y derechos del niño que merece y necesita crecer en pleno contacto con sus progenitores. Considero que la punición que aquí se propicia, dentro de una escala penal correccional, permitiría la solución del conflicto y su cumplimiento a través de realización de trabajos comunitarios o procesos abreviados que aspiren la búsqueda de una respuesta efectiva y menos lesiva por la intervención estatal.

* Wikipedia: “Es una clase particular de secuestro, en donde un niño es separado abruptamente de su sitio habitual de vida por uno de los padres, alejándolo en forma permanente del otro padre, sin ánimo de restituirlo a la situación primitiva. La figura legal del secuestro parental está tomada dentro de lo que se tipifica como Sustracción de menores. Es múltiple la variedad de tipologías en que se puede configurar el secuestro parental, pudiendo ocurrir dentro de las fronteras de un mismo país, o ser llevado el niño a un país distinto al de su residencia habitual, lo que configura un secuestro parental internacional”.

Emails: mec@mariocorigliano.com.ar / mario_cori@yahoo.com.ar

BIBLIOGRAFIA

Carrara Francesco, “Programa de Derecho Criminal Parte Especial”, Vol. II, 4, 1958, Ed. Tenis.

Cobo Manuel, “Consideraciones técnico-jurídicas sobre la sustracción de menores objetos ...”, Anuario de Derecho Penal, T. XIV, 1958, Madrid.

Donna, Edgardo A., “Derecho Penal. Parte Especial”, Tomo II-A, 2001, Ed. R. Culzoni.

Gómez, Eusebio “Leyes Penal Anotadas”, Tomo II, Ed. Ediar, 1953. Madrid.

Núñez, Ricardo, “Derecho Penal Argentino. Parte Especial V.

Quintano Ripollés, Antonio, “Tratado...”, T. I. Valencia, España.

Roxin Claus, “Derecho Penal. Parte General”, Tomo I, 1997, Ed. Civitas, Madrid.

Soler, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, pág. 63/5.

Zaffaroni Eugenio R., “Tratado de Derecho Penal”, /T. I, 1987, Ed. Ediar.

Zaffaroni/Arnedo, “Digesto de Codificación Penal Argentina” T. I, 1996, AZ Editora

- "Delitos contra bienes jurídicos fundamentales", Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993.

“Tratado de Derecho Penal”, T. III, 1940, Ed. Cía. Argentina de Editores.

Código Penal de la Provincia de Buenos Aires, sancionado en 1867, conocido como “Código Tejedor”.

Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XXII, 1964.
