



UNIVERSIDAD  
**SIGLO 21**  
La Educación Evoluciona



**UNIVERSIDAD SIGLO 21**  
**TRABAJO FINAL DE GRADO**  
**ABOGACIA**

**LA OCULTACION Y/O RETENCION  
INDEBIDA DE MENORES EN EJERCICIO DE LA  
RESPONSABILIDAD PARENTAL**

¿PROCEDE LA SUSPENSIÓN DE SU EJERCICIO Y/O DETERMINA QUE  
EL/LOS PROGENITORES SEAN SUJETOS ACTIVOS DEL  
DELITO?

**SANDRA MARCELA CLAUDIA INTINO**  
**AÑO 2017**

### **Resumen:**

Las separaciones y divorcios constituyen una realidad jurídica inobjetable dentro de las relaciones familiares. En muchos casos surgen conflictos entre los que hasta entonces conformaban una pareja. Ante determinadas circunstancias, en estos procesos de desvinculación sentimental, se realizan actos con el único fin de dañar, lastimar, enfadar al otro, querer demostrar quien tiene o ejerce más poder; pero cuando se involucran los hijos, estos vienen a resultar los más perjudicados.

Dentro de la amplia gama de situaciones que se pueden generar y considerar, la sustracción, ocultación y/o retención indebida del/los menor/es por parte de uno de los progenitores constituye un hecho de graves consecuencias, tanto físicas como psicológicas. El presente Trabajo Final de Graduación se ocupa de desentrañar si éste constituye un hecho que tendría como corolario la suspensión de la responsabilidad parental al progenitor que utiliza al menor como medio para alcanzar el objetivo de dañar a su expareja o si, mediante el análisis de la labor judicial, es considerado sujeto activo de un delito claramente tipificado en el derecho sustantivo.

Palabras Clave: Responsabilidad Parental – Conflicto – Menor – Delito Sustracción, Ocultación y Retención indebida-

**Abstract:**

*The separations and divorces are a juridical unquestionable legal reality within family relationships. In many cases, arise conflicts among wich until then consisted of a couple. To certain circumstances, in these processes of decoupling sentimental, is performed acts with the only end of damage, hurt, angry to the other, wanting to demonstrate who has or exerts more power; but when children are involved, these come to be the hardest.*

*Within the wide range of situations which can generate or consider, child abduction, concealment or wrongful retention of the minor/s by one of the parents constitutes a fact of serious consequences, both physical and psychological. The present Final graduation work deals unravel if this is a fact that would have as a corollary the suspension of parental responsibility to the parent who uses a child as a means to achieve the goal of harming his ex-partner, or if, through the analysis of the judicial work, is considered active subject of a clear offence under the substantive law.*

*Key words: Parental Responsability – Conflict – Menor – Crime Child abduction,*

*Mis agradecimientos:*

*A Dios, por iluminar y guiarme siempre, y alcanzar esta meta tan ansiada;*

*A mis padres, por los valores humanos, éticos y morales inculcados forjando el ser humano que soy, por confiar y alentarme siempre;*

*A mi familia, Milton, Bruno, Malcom, Ayrton, Cintia, Florencia, Moira, Kevin, Valentina y Olivia, por el tiempo restado, su apoyo y aliento a cumplir finalmente con mi vocación;*

*A Marina Lemos, por incentivarme a retomar esta maravillosa carrera;*

*Al Dr. Sergio Tomás Martín Romero, por la confianza depositada en mí.*

*“No puedo pensar en ninguna necesidad de la infancia tan fuerte como la necesidad de protección de un padre”*

*Sigmund Freud (1856-1939)*

# INDICE

|  |    |
|--|----|
| Introducción   | 9  |
| <br>   |    |
| <b>CAPITULO I: La Responsabilidad Parental</b>             |    |
| 1.1.– La responsabilidad parental: Concepto                | 12 |
| 1.2.– Fin de la responsabilidad parental                   | 14 |
| 1.3.– Principios rectores de la responsabilidad parental   | 15 |
| 1.4.– El régimen de parentalidad                           | 16 |
| 1.5.– Privación-Suspensión de la responsabilidad parental: |    |
| 1.5.1 – Privación  | 19 |
| 1.5.2 – Suspensión   | 21 |
| 1.6.- El Síndrome de Alienación Parental (SAP)             |    |
| 1.6.1 – Mi hijo no quiere verme                            | 22 |
| 1.6.2 – Estadios de la enfermedad                          | 25 |
| 1.6.3 – Medios legales y terapéuticos para su tratamiento  | 27 |
| 1.6.4 – Las sanciones                                      | 29 |
| <br>   |    |
| <b>CAPITULO II: Violencia en el seno familiar</b>          |    |
| 2.1.- La violencia familiar                                | 30 |
| 2.2.- La violencia hacia los niños                         | 32 |
| 2.2.1 – El maltrato infantil                               | 34 |
| 2.2.2 – El maltrato infantil – Categorías                  | 37 |
| <br>   |    |
| <b>CAPITULO III: El interés superior del niño</b>          |    |
| 3.1.- Introducción   | 38 |

|  |    |
|--|----|
| 3.2.- ¿Qué es el interés superior del niño?  | 39 |
| 3.3.- Las dimensiones del principio  | 41 |
| 3.4.- Aplicación: evaluación y determinación del interés superior del niño             |    |
| 3.4.1- Evaluación y determinación del interés superior                                 | 43 |
| La opinión del niño  | 45 |
| Cuidado, protección y seguridad del niño   | 45 |
| 3.4.2- Buscando el equilibrio  | 46 |
| 3.5.- Garantías procesales para velar por la observancia del interés superior del niño | 47 |
| El derecho del niño a expresar su propia opinión                                       | 47 |
| La determinación de los hechos   | 48 |
| La percepción del tiempo   | 48 |
| Los profesionales cualificados   | 48 |
| La representación letrada  | 49 |
| La argumentación jurídica  | 49 |
| Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones                                  | 49 |
| La evaluación del impacto en los derechos de los niños                                 | 50 |
| 3.6.- El interés superior del niño en las sentencias                                   | 51 |
| <br>   |    |
| <b>CAPITULO IV: La sustracción de menor en la óptica del derecho penal</b>             |    |
| 4.1.- Bien jurídico protegido  | 55 |
| 4.2.- El tipo objetivo   | 57 |
| 4.3.- Sujeto pasivo  | 59 |
| 4.4.- Sujeto activo  | 59 |
| 4.5.- Artículo 146 Código Penal vs. Ley 24.270   | 62 |
| 4.6.- Análisis de Jurisprudencia   | 65 |

|                     |           |
|---------------------|-----------|
| <b>Conclusión</b>   | <b>72</b> |
| <b>Bibliografía</b> | <b>73</b> |

## **INTRODUCCION**

Las relaciones humanas constituyen un complejo entramado de situaciones interpersonales. Particularmente en las de familia, en ciertas ocasiones surgen conflictos que desembocan en hechos graves y con consecuencias devastadoras para quienes son sus protagonistas. Las causas que provocan las disputas durante la convivencia de la pareja y que dan lugar a la ruptura no deberían repercutir en los hijos - el problema por ellos creado debe ser por ellos resuelto - no inmiscuirlos ni utilizarlos como un medio para resolver sus diferencias personales.

Una situación muy cercana a mi entorno familiar fue el disparador. Una niña de siete años ha sido la protagonista de la retención: su padre prometió llevarla de vacaciones, hecho que nunca sucedió; su madre no tuvo ningún tipo de contacto con la menor durante aproximadamente un mes. A pesar de haber transcurrido cierto tiempo desde el hecho, escuchar sus planteos y presenciar su temor a estar con el progenitor, motivó que me planteara e involucrara en el desarrollo de este tema de investigación.

En forma abierta o encubierta, descalificar, utilizar argumentos destructivos tienen como único objetivo alejar o alienar al hijo/s del otro progenitor. La obstrucción al régimen de contacto del progenitor no conviviente, es una de las formas típicas en estas circunstancias, la justificación se sustenta generalmente en la protección respecto del mismo. Tampoco desconocer que, en determinados casos, estos impedimentos son el resultado de hechos reales y graves derivados de maltratos físicos y/o psicológicos. Asimismo, advertir las secuelas que pueden dejar en el menor este tipo de situaciones.

¿Qué sucede cuando se oculta y/o se retiene indebidamente a un menor y el hecho lo lleva a cabo uno de los progenitores? La temática constituye el eje central del presente trabajo, que de hecho se ha convertido en una práctica cada vez más usual. Ahondar la problemática a la luz del derecho de familia. Plantear y analizar el marco legal protectorio de los menores cuando el/la progenitor/a haciendo uso de la responsabilidad parental procede a su sustracción, retención u ocultación. Es a través de la investigación poder lograr responder a los interrogantes planteados: en estos supuestos, ¿se procede

a suspender la responsabilidad parental al progenitor que la lleva adelante?, ¿se configura la acción típica del art. 146 del Código Penal? que prescribe: “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”.

Siendo el objetivo general de este trabajo el análisis de la retención indebida o sustracción de un menor en ejercicio de la responsabilidad parental y bajo qué condiciones procede su suspensión. Mi hipótesis de trabajo consiste en comprobar o refutar el siguiente argumento: *“La sustracción de un menor por parte de uno de los progenitores se inicia como una causa vinculada al derecho de familia, que dispone la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental al padre/madre que incurre en su práctica, y simultáneamente deriva en una causa vinculada al derecho penal”*.

El encuadre metodológico seleccionado para la elaboración del TFG reúne tanto el tipo exploratorio -por ser un tema poco estudiado- con el fin obtener información para realizar una investigación más completa del tema en particular (Hernández Sampieri, Fernández Collado & Baptista Lucio, 2006); como el de tipo descriptivo cuya finalidad es la de especificar las propiedades importantes de cualquier fenómeno que sea sometido a análisis. Ello en virtud de que existen escasos datos acerca de, si la sustracción de un menor o su retención indebida en el ejercicio de la responsabilidad parental puede configurarse en el delito tipificado en el art. 146 Código Penal.

En cuanto a la estrategia metodológica, la utilizada es de tipo cualitativo: su propósito es la descripción de los objetos que estudia, su interpretación y comprensión, precisar la cualidad, lo que es, que lo distingue y que lo caracteriza. De este modo arribar al conocimiento y comprensión del fenómeno propuesto en la dimensión más amplia.

A fin de la consecución del objetivo propuesto en la presente aportación teórica, desarrollaré mi trabajo en cinco capítulos realizando en principio un análisis de la responsabilidad parental a la luz del nuevo Código Civil y Comercial, el marco legal protectorio de los menores en estas circunstancias, la procedencia del instituto de la

suspensión responsabilidad parental, el interés superior del niño, el análisis del delito tipificado como sustracción del menor en la perspectiva del derecho penal.

Finalizado el desarrollo del trabajo de investigación, y de no confirmarse la hipótesis enunciada, sugerir una propuesta para que la actitud parental sea sancionada con el peso que la gravedad de estos casos amerita. A lo largo de su desarrollo no dejo de tener como eje sustancial de la investigación y que guía la misma al interés superior del niño, derecho constitucionalmente amparado por la Convención de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el que ha sido incorporado en el art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna con la reforma del año 1994.

## **CAPITULO I: LA RESPONSABILIDAD PARENTAL**

### **1.1- La responsabilidad parental – Concepto:**

El art. 638 del Código Civil y Comercial<sup>1</sup> conceptualiza la responsabilidad parental como *el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral, mientras sea menor de edad y no se haya emancipado*. María Victoria Pellegrini en su comentario a la citada norma indica que en ella se destacan tres elementos distintivos:

- 1- *La responsabilidad*, como eje fundante del conjunto de deberes y derechos de ambos progenitores;
- 2- *el reconocimiento del principio de coparentalidad* en un pie de igualdad, sin preferencias de un género sobre el otro, sean del mismo o de diferente sexo y;
- 3- *la protección, desarrollo y formación integral* de los niños, niñas y adolescentes, receptando el principio de autonomía progresiva. (Herrera, Caramelo & Picasso, 2015, p.469)

A decir de Del Mazo con la reforma del Código Civil se advierte con claridad lo que se ha dado en llamar la “democratización” de las relaciones familiares, donde a partir de un reconocimiento pleno de los derechos de los grupos más postergados dentro de la familia (las mujeres y los niños), se reformulan los roles familiares y se da valor a formas familiares basadas sobre todo en el afecto y el compromiso personal. (Del Mazo, 2012)

En la nueva redacción, se observa el cambio terminológico en el instituto respecto al Código de Vélez Sarsfield, “el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico; por esta razón, se considera necesario reemplazar la expresión “*patria potestad*” por

---

<sup>1</sup> Ley 26.994 – Código Civil y Comercial – B.O.: 08/10/2014 Vigencia a partir de 01 de agosto de 2015 (según Ley 27.077 – B.O.: 19/12/2014).

la de “*responsabilidad parental*”, que denotan los cambios producidos en la relación entre padres e hijos” (Fundamentos del Anteproyecto Código Civil y Comercial de la Nación, 2012, p.106). “Este reemplazo obedece a que el viejo concepto de *patria potestad* lleva ínsita la idea de los hijos como *objetos de protección* y no como *sujetos de derecho* en desarrollo” (Notrica & Rodriguez Iturburu, 2015, p.137).

En su Preámbulo, la Convención de los Derechos del Niño<sup>2</sup> adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, entiende a la responsabilidad parental como un instituto previsto para la formación integral, protección y preparación del niño para el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad” y para estar “plenamente preparado para una vida independiente en sociedad”.

Esta visión se constituye en una noción amplia, abarcativa de la responsabilidad parental:

No solo incluye las funciones nutricias (alimento, sostén y vivienda), sino también las funciones normativas, esto es, aquellas tendientes a la educación, diferenciación y socialización.

Esta noción permite visualizar a dicha figura como una función de colaboración, orientación, acompañamiento e, incluso contención, instaurada en beneficio de la persona menor de edad en desarrollo para su formación y protección integral (Notrica & Rodriguez Iturburu, 2015, p.136).

En relación a la noción de patria potestad, hoy con su novedosa denominación de responsabilidad parental, jurisprudencialmente existen algunos fallos que así se refieren al instituto en cuestión:

La misma Corte Suprema de la Nación reconoce que modernamente la noción de patria potestad se define más allá de los derechos de los padres. (...) La patria potestad es una verdadera función social que los padres deben desempeñar en orden a la humanización de los hijos, con la pertinente garantía del Estado. En esa línea, no sólo se condiciona el

---

<sup>2</sup> Convención Internacional de los Derechos del niño – Ley 23849 – B.O. 22/10/90

modo en que debe desplegarse el *officium paterno*. También obliga al intérprete -urgido por esta directiva jurídica de particular peso axiológico en el derecho contemporáneo- a dar, en cada caso individual, respuestas realmente coherentes con una acción proteccional bien entendida. Y, por lo mismo, lo conmina a prestar especial atención a los niños como personas, enteramente revestidas de la dignidad de tales; titulares -ahora mismo- de unos derechos, cuyo ejercicio actual se proyectará ineludiblemente en la calidad de su futuro. (C.S.J.N., “M.D.H. c/ M.B.M.F”, Fallo331-I:941 (2008)

La patria potestad no es un mero derecho subjetivo, sino un complejo indisoluble de deberes y derechos, siendo las normas a que ella se refieren de orden público. (CNCiv., Sala C, 3/06/1980, Rep. ED, 19-954, sum .12).

Los derechos de la patria potestad están conferidos exclusivamente para que los padres puedan cumplir con sus deberes. (SCBA, 23/03/1982, Rep. ED, 19-953, sum. 1).

Si a los padres se les confieren derechos, ellos lo son no en mira de su particular beneficio, sino del cumplimiento de sus obligaciones como el medio más adecuado para ejercer eficazmente el poder de protección de los menores. La patria potestad no es un mero derecho subjetivo, sino una función. (CNCiv., Sala F, 21/06/1977, ED, 75-353). (Rivera & Medina, 2014, pp. 484-485)

En este contexto, la reforma adaptó la institución a las exigencias sociales y a la tendencia dominante en el derecho comparado: reemplazo del sistema vertical por un sistema que plantea, en términos horizontales, la relación entre todos los miembros de la familia, fundado en principios de libertad, igualdad y solidaridad, afianzando la “democratización de las relaciones de familia”, siendo esencialmente la que involucra el lazo entre padres e hijos. Los niños y adolescentes son sujetos de derecho, diferentes a sus padres; participan de manera activa, e interactúan con los adultos de un modo democrático y no autoritario, fundado en el miedo y la sanción (Notrica & Rodriguez Iturburu, 2015, p.137).

## **1.2– Fin de la responsabilidad parental:**

Uno de los puntos a tener en cuenta respecto de los progenitores o encargados de llevar en su cabeza la responsabilidad parental, es fijar con claridad cuál es la finalidad del instituto a la luz de los nuevos lineamientos impuestos luego de la reforma. Partiendo de la base de las disposiciones impuestas por la CIDN y por las leyes nacionales y provinciales de Protección Integral de los niños, niñas y adolescentes, el fin es el desarrollo integral del niño en todos los aspectos.

En el art. 18.1 de la Convención<sup>3</sup> se establece que: *Los Estados Parte pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.*

En este sentido, se complementa con el art. 27 inc.1<sup>4</sup>: *Los Estados Parte reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.*

La tarea primordial se orienta en brindarles las herramientas para que, en la medida de su desarrollo, puedan ir ejerciendo de manera progresiva los derechos de los cuales son verdaderos titulares, guiarlos en este camino, desde una total dependencia a una total autonomía. La Corte Interamericana de Derechos Humanos destaca que “los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos -menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado” (Opinión Consultiva N° 17, parr.54)<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Convención Internacional de los Derechos del niño – Ley 23849 – B.O. 22/10/90

<sup>4</sup> Convención Internacional de los Derechos del niño – Ley 23849 – B.O. 22/10/90

<sup>5</sup> Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño* - Opinión Consultiva 17 OC-17/2002, 28/08/2002

### **1.3- Principios rectores de la responsabilidad parental:**

En el Capítulo 1 del Título VII C.C.C. se establecen los tres grandes principios rectores de la institución “responsabilidad parental”. En el art. 639 Código Civil y Comercial<sup>6</sup>. se hace su enumeración, a saber:

- a) *El interés superior del niño,*
- b) *La autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos;*
- c) *El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.*

Estos principios generales constituyen pautas interpretativas que enfatizan y precisan el sentido y funcionalidad de la responsabilidad parental. Su enumeración inmediatamente después de establecer el concepto de responsabilidad parental refuerza el sentido y funcionalidad de la misma, transformándose en líneas rectoras de aplicación obligatoria en la interpretación de los alcances de cada uno de los artículos referidos a este instituto jurídico (Herrera et al., 2015).

Del Mazo advierte en su análisis del Proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que:

Este artículo recoge algunos de los ejes centrales de la Convención, que fueran incorporados a la Ley 26.061 y a las restantes leyes locales de protección integral. Recordar que el efecto principal de la CDN ha sido desplazar a las niñas, niños y adolescentes de desde el lugar de objetos de protección y preocupación al de sujetos de derechos y que este cambio de paradigma desde la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral, se concreta mediante la promoción del *interés superior del niño*, como principio rector guía de todas las medidas relativas a las personas menores de edad (DEL MAZO,2012).

---

<sup>6</sup> Ley 26.994 – Código Civil y Comercial – B.O.: 08/10/2014 Vigencia a partir de 01 de agosto de 2015 (según Ley 27.077 – B.O.: 19/12/2014).

#### **1.4- El régimen de parentalidad:**

Con el fin de evitar que la ruptura de la relación de la pareja - hubiera convivido o no alguna vez - incida negativamente en el ejercicio del rol parental y posibilite no solo mantener, sino además fortalecer, el vínculo parental a pesar de la ausencia de vida en común, automáticamente el ejercicio de la responsabilidad parental corresponderá a ambos progenitores, salvo que, por acuerdo de partes o decisión judicial, se establezca la unilateralidad o las modalidades recogidas en la norma sustantiva. Se recepta así el contenido del principio de coparentalidad impuesto por los arts. 5 y 18 CIDN<sup>7</sup>, y receptado por los arts. 3 y 11 de la ley 26.061<sup>8</sup>.

En lo atinente, es el art. 641 inc. b Código Civil y Comercial<sup>9</sup> el que reviste relevancia y estipula:

*el ejercicio de la responsabilidad parental en los casos de cese de la convivencia, divorcio o nulidad del matrimonio corresponde a ambos progenitores. (...) Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a uno solo de ellos, o establecerse distintas modalidades.*

El establecimiento de un régimen de parentalidad conforme las modalidades dispuestas en el art. 655 Código Civil y Comercial<sup>10</sup> se constituye en la norma que desarrolla con más profundidad el aspecto del cuidado de los hijos. El convenio regulador deviene obligatorio en caso de divorcio.

La apreciación de las circunstancias del caso para determinar la tenencia de los menores en función del interés de los mismos y de la idoneidad de los progenitores es una cuestión de hecho, privativa de las instancias ordinarias. La atención primordial al “interés superior del niño” al que alude el art. 3º de la Convención de los Derechos del Niño, apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de

---

<sup>7</sup> Convención Internacional de los Derechos del niño – Ley 23849 – B.O. 22/10/90

<sup>8</sup> Ley 26.061 – B.O. 26/10/2005 de Protección Integral de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes.

<sup>9</sup> Ley 26.994 – B.O. 08/10/2014

<sup>10</sup> Ley 26.994 – B.O. 08/10/2014

intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger el niño; este principio proporciona así un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos del menor con los adultos que lo tienen bajo su cuidado, y la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para el menor, de modo que, frente a un presunto interés del adulto, se priorice el del niño (SCBA, 26/10/2010) (Medina & Rivera, 2014, p.534).

Asimismo, se contempla el caso de inexistencia de plan de parentalidad -art.656 Código Civil y Comercial-<sup>11</sup>: “*si no existe o el mismo no ha sido homologado, el juez resolverá dando prioridad a la modalidad compartida indistinta, excepto que por razones fundadas resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado (...)*”.

La última parte de la norma contiene una previsión que surge de la legislación en su conjunto y de los tratados internacionales en materia de derechos humanos con jerarquía constitucional:

*(...) cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición.*

Sea cual fuere el régimen que se adopte, el mismo debe fundarse “en la idoneidad de quien pretende ejercerlo sin consideraciones de otros factores que puedan resultar discriminatorios”. (Medina & Rivera, 2014, p.534). Es de importancia resaltar que esta norma se asocia con lo resuelto por la CIDH en el caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile” que Del Mazo cita en su análisis en el sentido de que:

la determinación en el interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. (Del Mazo, 2012)

---

<sup>11</sup> Ley 26.994 – B.O. 08/10/2014

Considerar esta prescripción legal a lo largo del desarrollo del presente trabajo de investigación permitirá dar cuenta de que la misma no se basa en aquellas actitudes desarrolladas por alguno de los responsables parentales que induzcan a poner en duda sobre el hecho de si el mismo se sustenta en comportamientos especulativos o imaginarios.

## **1.5- Privación – Suspensión de la responsabilidad parental:**

### **1.5.1- Privación:**

El art. 700 Código Civil y Comercial<sup>12</sup> prescribe que cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por:

- 1. Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o lo bienes del hijo de que se trata; (...) – (Se excluyen el delito culposo y el preterintencional y debe existir condena penal). (...)*
- 2. Poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo (...)*

En estos supuestos la privación requiere de una sentencia que expresamente la declare y sus efectos operan a partir de su dictado. La enumeración es taxativa, en virtud de la gravedad de las consecuencias de la privación.

El primer supuesto refiere a una conducta del progenitor cuya gravedad en perjuicio del hijo justifica la procedencia de la sanción. Son conductas delictivas del progenitor respecto al hijo o sus bienes, no en los casos en que el progenitor hubiere delinquirido con el hijo. Este supuesto se configura cuando:

- a) Se dicte una sentencia condenatoria al progenitor
- b) Que la víctima del delito cometido por el progenitor sea el hijo menor de edad o sobre sus bienes;
- c) Que el progenitor hubiere actuado en alguno de los roles previstos en la norma;

---

<sup>12</sup> Ley 26.994 – BO. 08/10/14

- d) Que se trate de un delito doloso, es decir, se sanciona la voluntad de delinquir en contra del hijo menor de edad

El otro supuesto es el más amplio y puede comprender varias conductas. Se debe constatar la existencia de un perjuicio real o eventual que afecte al hijo, no ser meras especulaciones. Puede derivar de un solo hecho, no requiere la repetición de la conducta. Debe ser de tal naturaleza que provoque o pueda provocar un peligro cierto para el hijo, sin importar si el progenitor actuó con esa intención o no. El fundamento radica en el peligro al que fue expuesto el hijo no en los motivos.

#### CONSECUENCIAS:

- No se extingue la responsabilidad parental, la sentencia que dispone la privación puede ser dejada sin efecto, es decir, se produce la rehabilitación. Se debe tener en cuenta que sólo se justifica si es en beneficio e interés del hijo (art. 701 Código Civil y Comercial.)<sup>13</sup>
- Afecta la titularidad, por ende, su ejercicio: el art. 703 Código Civil y Comercial<sup>14</sup>. dispone que ante su dictado el otro progenitor continúa en el ejercicio unilateral de la misma. O se deberá recurrir a la tutela o adopción en caso de ausencia del mismo.
- No altera ni interrumpe la obligación alimentaria, subsiste (art. 704 Código Civil y Comercial)<sup>15</sup>

En el comentario al art. del Código, Silvina Cerra trae a colación las reflexiones realizadas por la Dra. Kemelmajer de Carlucci, quien ha explicado que,

La privación de la responsabilidad parental constituye una medida de extrema gravedad, que debe interpretarse de manera restrictiva y decretarse de manera excepcional, aclarando que para algunos la mirada está centrada en la tipificación de las conductas de los progenitores reñidas con los fines de la responsabilidad parental

---

<sup>13</sup> Ley 26.994 – B.O. 08/10/2014

<sup>14</sup> Ley 26.994 – B.O. 08/10/2014

<sup>15</sup> Ley 26.994 – B.O. 08/10/2014

(carácter punitivo) y para otros, la medida tiende especialmente a la protección del hijo (carácter protector) (...)

Es un recurso extremo que: a) supone la existencia de hechos graves, b) implica que el sancionado ha incumplido los deberes a su cargo (...); c) las causas deben interpretarse restrictivamente”, con fundamento en el art. 9.1 de la CDN y d) se mantiene a pesar de su reversibilidad, exigiendo la mayor certeza posible en la prueba producida.

En estos casos el juez puede dejarla sin efecto y proceder a su rehabilitación si el/los progenitores demuestran que la restitución se justifica en beneficio e interés superior del hijo (art. 3 CIDN<sup>16</sup> y art. 3 Ley 26.061), en consonancia con las disposiciones de los arts. 638 y 639 del Código Civil y Comercial. Se destaca la importancia de la participación del niño en el proceso para que pueda ejercer su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta a la hora de sentenciar (art. 12 CIDN y 3, 27 de la ley 26.061<sup>17</sup>) y que estando en juego el desarrollo de su personalidad, resulta de aplicación lo dispuesto por el art. 3 de la CIDN, pues el beneficio del niño, niña o adolescente ha de ser siempre el fundamento de toda intervención en la esfera familiar, siendo este el principio rector o pauta axial para resolver estas contiendas (...). (Medina & Rivera, 2014, p.620)

### **1.5.2- Suspensión:**

En tanto, el art. 702 inc. b Código Civil y Comercial<sup>18</sup>., es el que interesa al presente desarrollo, establece que *“el ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres años”*.

La suspensión es una limitación al ejercicio de la responsabilidad parental. Sus causas no son subjetivas y no constituyen un juicio de reproche respecto a las conductas

---

<sup>16</sup> Convención Internacional de los Derechos del niño – Ley 23849 – B.O. 22/10/900

<sup>17</sup> Ley 26.061 – B.O. 26/10/2005 de Protección Integral de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes.

<sup>18</sup> Ley 26.994 – B.O. 08/10/2014

desplegadas por los progenitores. Es una figura legal diseñada para resolver el impacto que ciertas situaciones fácticas provocan en el ejercicio de la responsabilidad parental.

“A diferencia de la privación, que entraña una sanción para los progenitores por conductas incompatibles o los fines que la imponen, ésta se refiere a hechos o situaciones concretas que han sido comprobadas judicialmente y que impiden por diversas circunstancias su ejercicio, pudiendo eventualmente, recuperarse y volver a asumirla” (Medina & Rivera, 2014, p.624), es decir, que la limitación al ejercicio de la responsabilidad parental perdura en tanto y en cuanto se mantengan dichas situaciones fácticas que dieron lugar a su suspensión..

## **1.6- El Síndrome de Alienación Parental (SAP):**

### **1.6.1- Mi hijo no quiere verme:**

El Diccionario de la Real Academia Española<sup>19</sup> define *MENTIRA* como “expresión o manifestación contraria a lo que se sabe, se piensa o se siente” “cosa que no es verdad” y *MENTIR* como: “decir o manifestar lo contrario de lo que se sabe, cree o piensa”. Paul Ekman considera que,

existen dos formas fundamentales de mentir: ocultar y falsear. El mentiroso que oculta retiene cierta información sin decir en realidad nada que falte a la verdad. El que falsea da un paso adicional: no solo retiene información verdadera, sino que presenta información falsa como si fuera cierta. (Ekman, 2005, p. 27)

Para Aguilar Cuenca (2005) “existe una preocupación por discriminar lo real, verosímil y, por tanto, creíble, de aquello que es ocultado, y en ocasiones además falseado. Tarea que para los psicólogos que trabajan en juzgados y tribunales se está convirtiendo en un tema cada vez más controvertido”.

---

<sup>19</sup> Fuente: Recuperado el 15/01/2017 de <http://www.rae.es>

En 1985, el Dr. Richard Gardner definió el Síndrome de Alienación Parental (Parental Alienation Syndrom – PAS) como “un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor”

Maida, Herskovic y Prado (2011, Apartado IV) describen los síntomas detallados originalmente por Gardner a través de los cuales se manifiesta el SAP:

- ✓ Existencia de una campaña de denigración y rechazo de un padre previamente querido por el niño. Esta campaña es iniciada inicialmente por el progenitor alienante pero luego es secundada por el niño (...)
- ✓ Racionalizaciones débiles, frívolas o absurdas para esta descalificación (...).
- ✓ El niño manifiesta un rechazo completo hacia el padre alienado (...).
- ✓ El niño adopta como propias las descalificaciones hacia el padre alienado y niega la influencia de otros en sus creencias. Este fenómeno se ha denominado “pensador independiente”.
- ✓ El niño apoya incondicionalmente al padre alienante, sin cuestionar la validez de sus juicios hacia el padre rechazado.
- ✓ El niño manifiesta ausencia de culpa por la crueldad esgrimida hacia el padre alienado, comportamiento que no sería permitido en otras circunstancias.
- ✓ Presencia de argumentos “prestados” o adultizados. Ej.: un juez de la República determinó que no tenga más visitas con mi papá.
- ✓ La animosidad hacia el padre alienado se extiende hacia amigos o parientes de la familia.

La Lic. Patricia Martínez Llenas (2007) cita al psicólogo Julio Bronchal Cambra, quien define que el S.A.P como “una forma muy grave de maltrato y abuso infantil, concretamente es una forma de abuso emocional y participa también de las características del maltrato por negligencia sobre los menores”.

En relación a los comportamientos de los responsables parentales, el mismo se caracteriza por la presencia de una campaña de denigración hacia un progenitor previamente querido por el niño, la que se inicia instigando temor y animadversión

injustificadas, generalmente desarrollada en un proceso de divorcio. En esta campaña habitualmente participa un progenitor que instiga el resentimiento y que culmina cuando el niño rechaza abiertamente al progenitor acusado, haciendo suyas las descalificaciones esgrimidas en su contra. El síndrome se produce en ausencia de maltrato físico o abuso, en cuyo caso el rechazo del niño es justificado (...). (Maida et al., 2011, Apartado I)

A continuación, y a fin de dar una descripción del Síndrome de Alienación Parental, se transcriben algunas de las conductas manipulatorias desplegadas que tienen por objeto atentar en contra del vínculo de los hijos con el padre no custodio:

- ✓ Desvalorizar e insultar al otro progenitor en presencia de los niños y en ausencia del mismo.
- ✓ Ejercer e implicar al entorno familiar propio (...) en el lavado de cerebro de los hijos.
- ✓ Premiar las conductas despectivas y de rechazo hacia el otro padre.
- ✓ Aterrorizar a los niños con mentiras respecto del progenitor ausente insinuando o diciendo abiertamente que pretende dañarlos o, incluso, matarlos.
- ✓ Impedir que el otro progenitor ejerza el derecho de convivencia con sus hijos.
- ✓ Presentar en los tribunales falsas alegaciones de abuso -físico y/o sexual- para separar a los niños del otro progenitor.
- ✓ Cambiar de domicilio con el fin de destruir la relación padre/madre ausente con sus hijos. (Martinez Llenas, 2007, p.1)

Estas manipulaciones van generando en el niño la falsa creencia de que todo lo que relata el/la progenitor/a alienador/a es efectivamente cierto, por lo que se va creando un sistema de creencias subjetivas que se las denomina co-constructor, producto de una inculcación maliciosa sostenida en contra del progenitor alienado. En el progenitor alienador se vislumbran severos trastornos de personalidad: paranoides, borderlines, psicopáticas, hasta psicosis paranoicas con delirios persecutorios en red que se harán extensibles a toda la familia (abuelos, tíos, etc.), lo que provoca una retracción en los vínculos afectivos familiares de los niños pudiendo llegar a aislarlos y convertirlos en rehenes del accionar enfermizo. También busca alianzas alienadoras con los profesionales que actuarán durante el proceso judicial. (Martinez Llenas, 2007)

Esta modalidad querellante que reviste el SAP, aparece dentro de un contexto familiar conflictivo que deriva de separaciones y divorcios controvertidos: la venganza conyugal será el sentimiento de base que conformará y retroalimentará el accionar del progenitor alienador. Los niños alienados se comportan en consecuencia con los mandatos del progenitor alienador, repitiendo la reprogramación de la que fueron objeto. (Martinez Llenas, 2007)

### **1.6.2- Estadios de la enfermedad:**

El SAP presenta tres estadios diferentes:

- 1) **ESTADIO I LIGERO/LEVE:** las visitas son calmas, con algunas dificultades en el momento del cambio de progenitor. En cuanto el hijo está con el progenitor alienado, las manifestaciones de denigración desaparecen o se hacen discretas y raras. El hijo muestra un pensamiento independiente. La inmersión judicial de los menores se encuentra en grado mínimo. Aún tienen vínculos emocionales fuertes con su progenitor y rasgos patológicos mínimos. En este estadio, habitualmente los progenitores reconocen que los conflictos afectan a sus hijos. Los menores manifiestan el deseo de que los problemas se resuelvan. Una resolución judicial en esta etapa puede resolver el problema, si éste sólo viene determinado por la lucha por su cuidado. (Martinez Llenas, 2007; Aguilar Cuenca, 2005)
  
- 2) **ESTADIO II MEDIO/MODERADO:** las visitas comienzan a ser conflictivas. El alienador utiliza distintas tácticas para excluir al otro progenitor. En el momento del cambio de progenitor, los hijos intensifican su campaña de denigración ya que saben lo que el progenitor alienador quiere escuchar. Los argumentos son más en cantidad y son más frívolos y absurdos. El progenitor alienado es malo y el alienador bueno. A pesar de ello, los hijos aceptan irse con el progenitor alienado; una vez aislados del alienador, son más

cooperativos. El hijo muestra un pensamiento dependiente. Aparecen los escenarios prestados. La animosidad se extiende más allá del progenitor. La inmersión judicial de los menores es frecuente. Comienzan las interferencias en las visitas: denuncias o excusas coincidentes con el régimen de visitas del progenitor alienado (ej.: enfermedades, exámenes, actividades escolares, etc.). Los vínculos afectivos se deterioran. En este estadio, el alienador no reconoce el problema de relación, habitualmente esgrime razones relacionadas con la falta de habilidades de relación y cuidado del otro progenitor con sus hijos. Para los menores expresar su deseo de regresar con el progenitor alienador es un modo de solucionar los problemas. (Martinez Llenas, 2007; Aguilar Cuenca, 2005).

- 3) ESTADIO III GRAVE/SEVERO:** la campaña de denigración es extrema. Los hijos están perturbados, tienen los mismos fantasmas paranoicos que el alienador. Pueden entrar en pánico con la sola idea de tener que visitar al otro progenitor, lo que visitarlo puede llegar a ser imposible. Si a pesar de ello van con el progenitor alienado, pueden huir, paralizarse por un miedo mórbido, o adoptar una actitud continua tan provocadora y destructora, que puede llegar a ser necesario llevarlos de vuelta con el otro progenitor. Estos síntomas refuerzan el lazo patológico que tienen con el progenitor alienador. Los vínculos afectivos con el progenitor se quiebran y la relación con la familia extensa se vuelve aversiva. El progenitor es valorado como un sujeto *peligroso*. En este estadio el alienador reconoce el problema de relación de sus hijos con el otro progenitor, pero considera que no pueda hacer nada (son los deseos de sus hijos). Tienen una visión obsesiva del conflicto: sólo desean preservar a sus hijos del mal que el otro progenitor les acarrea. Se ven y consideran víctimas, su delirio es la *protección*.
- Si la justicia, en la que inicialmente buscaron apoyo no responde a sus expectativas, aumentan sus acusaciones por sentirse incomprendidos, víctimas de un sistema *injusto*. (Martinez Llenas, 2007; Aguilar Cuenca, 2005)

### 1.6.3- Medios legales y terapéuticos para su tratamiento:

Tomando los conceptos de François Podevyn, la autora del artículo transcribe el siguiente cuadro para enfrentar un tratamiento de este síndrome: (Martinez Llenas, 2007, p.8-9)<sup>20</sup>

| ESTADIO          | ENFOQUE LEGAL   | ENFOQUE TERAPEUTICO   |
|------------------|---|---|
| <b>I- Ligero</b> | Ninguno   | Ninguno   |
| <b>II- Medio</b> | <p>1-Dejar el ejercicio de la responsabilidad parental en el progenitor alienador.</p> <p>2-Dar un mandato a un terapeuta para servir de transición durante las visitas y para notificar al tribunal de las irregularidades</p> <p>3-Castigar el rehúso del derecho de visitas con sanciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Sanción financiera (reducción de la cuota alimentaria)</li> <li>• Una asignación de residencia (el tiempo de la visita)</li> <li>• Una breve estancia en la cárcel.</li> </ul> <p>4-En caso de desobediencia grave y de reincidencia a pesar de la cárcel, dar la guarda al otro progenitor.</p> | <p>1-El terapeuta a cargo de controlar las visitas debe familiarizarse con el SAP</p> <p>2-Debe aplicar un programa terapéutico preciso</p> <p>3-Debe poder relatar las irregularidades directamente a los jueces.</p> <p>4-El tribunal debe hacer que se ejecuten absolutamente las sanciones previstas.</p> |

<sup>20</sup> Ob.cit. - Martinez Llenas P. (marzo 2007)

|                   |   |   |
|-------------------|---|---|
| <b>III- Grave</b> | 1-Trasladar la responsabilidad parental al progenitor alienado.<br>2-Dar un mandato a un psicoterapeuta para ejercer un programa de transición<br>3-Ordenar eventualmente un sitio de transición. | Idéntico enfoque que para el estadio medio. |
|-------------------|---|---|

Analizado el enfoque legal dado desde la óptica de la psicología, considero que las propuestas no tienden a ofrecer una solución al SAP. La imposición de algunas de las mencionadas, no mejorarían ni recuperarían la relación entre el hijo y el progenitor alienado, aún más, se agudizaría la visión que el alienador efectúa sobre el comportamiento del alienado como padre/madre NO protector/a de sus hijos.

Reducir la cuota alimentaria estaría afectando un derecho humano básico de los niños, niñas y adolescentes, a quienes se les reconoce un plus de protección dada su situación de vulnerabilidad. La cuota tiene por fin el goce de una vida digna y el pleno desarrollo de su personalidad. La cárcel tampoco se transformaría en una sanción que tienda a modificar el esquema mental del alienador, a diferencia de la imposición de un tratamiento adecuado a la patología que presente. ¿Restringir las visitas con el progenitor rechazado mejoraría la relación? No, en el menor se profundizaría aún más el rechazo a estar en contacto y se exacerbaría la visión dada por el alienador.

Diagnosticado el SAP en cualquiera de sus estadios, lo fundamental radicaría que las decisiones que se tomen desde lo legal impliquen un cambio sustancial de la realidad contemplada: según la investigación realizada por Clawar y Rivlin, incrementar el contacto con el progenitor alienado produjo un cambio positivo en el 80% de las relaciones entre los hijos y aquellos. Otro estudio mostró que la decisión de tribunal del cambio de custodia o la limitación del contacto con el progenitor alienador tuvo como resultado la eliminación del SAP. Según la psicología evolutiva, lo que se debe

considerar como elemento más relevante es la reducción del conflicto si lo que realmente se quiere es asistir al interés superior del niño (Aguilar Cuenca, 2004)

#### **1.6.4- Las sanciones:**

Todas las sanciones deben estar previstas y desarrolladas en una sentencia. El terapeuta, con mandato del tribunal, debe conocer exactamente, desde el enfoque legal, que medidas podrá utilizar durante el tratamiento. Estas deben ser aplicables sin dificultades para preservar su credibilidad. (Gardner2, §7)<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Ob.cit. - Martínez Llenas P. (marzo 2007)

## **CAPITULO II: VIOLENCIA EN EL SENO FAMILIAR**

### **2.1- La Violencia Familiar:**

La violencia constituye un fenómeno complejo, multifacético y extendido, cuyas manifestaciones más frecuentes pueden traducirse en violencia conyugal, maltrato infantil, abuso sexual intrafamiliar, maltrato a ancianos y discapacitados; dentro de las formas que adopta podemos mencionar el maltrato físico, el maltrato psicológico, el abuso sexual, el abandono y la negligencia.

No puedo dejar de poner en duda que la situación objeto del presente desarrollo, a saber, la retención indebida u ocultación de un menor en el ejercicio de la responsabilidad parental, constituye una forma de violencia de las tantas que pueden generarse en el seno intrafamiliar. La familia, como grupo humano, es un medio propicio para la emergencia de conflictos entre sus miembros, a pesar de que a lo largo del tiempo se forjó una imagen idealizada de familia como un lugar de armonía y equilibrio, de realización afectiva, comprensión recíproca y seguridad.

Jorge Corsi al conceptualizar a la familia como entorno propicio para las interacciones violentas, analiza dos variables en torno a las cuales se organiza el funcionamiento familiar: el poder y el género. Dichas categorías aluden a una particular organización jerárquica de la familia, donde la estructura del poder tiende a ser vertical, según criterios de género y edad. Algunos de los fundamentos base para regular las relaciones intrafamiliares son: verticalidad, disciplina, obediencia jerarquía, respeto, castigo. Su aceptación legitima diversas formas de abuso intrafamiliar. En una estructura vertical, se suele poner acento en las obligaciones, más que en los derechos de los miembros. El uso de las distintas formas de violencia intrafamiliar – abuso físico, emocional o sexual – supone el empleo de la fuerza para controlar la relación y se ejerce de los más fuertes hacia los más débiles, de allí que la violencia sea entendida como un emergente de las relaciones de poder dentro de una familia. (Corsi, 1994)

**Violencia familiar:** “término utilizado para denotar todas las formas de abuso que se dan en las relaciones entre los miembros de una familia”. (Corsi, 1994, p.30)

**Relación de abuso:** “es la forma de interacción que, enmarcada en un contexto de desequilibrio de poder, incluye conductas de una de las partes que, por acción u omisión, ocasionan daño físico y/o psicológico a otro miembro de la relación”. (Corsi, 1994, p.30)

Para definir una situación familiar como un caso de violencia familiar es necesario que la relación de abuso sea *CRÓNICA, PERMANENTE O PERIÓDICA*. La familia moderna, desde sus orígenes, se constituyó como el espacio de lo íntimo y de los afectos, por esta razón se replegó sobre sí misma, siendo infranqueable el acceso a su seno para el debate público. Se debe abandonar la creencia de que lo que ocurre dentro del ámbito de la familia es una cuestión absolutamente privada y comenzar a comprenderlo como un problema social. Algunas de las razones para dejar de considerarlo un “problema privado” son:

- 1.- Las personas sometidas a situaciones crónicas de violencia en el hogar presentan una debilitación gradual de sus defensas físicas y psicológicas (enfermedades psicosomáticas, depresión, etc.)
- 2.- Disminución en el rendimiento laboral (ausentismo, problemas de concentración, etc.)
- 3.- Los niños y adolescentes pueden presentar trastornos de conducta, problemas de aprendizaje.
- 4.- Los niños tienden a reproducir el modelo violento en sus futuras relaciones, perpetuando así el problema.
- 5.- Un alto porcentaje de menores con conductas delictivas provienen de hogares donde han sido víctimas o testigos de violencia crónica.
- 6.- Un alto porcentaje de los asesinatos y lesiones graves ocurridos entre miembros de una familia son el corolario de situaciones crónicas de violencia doméstica. (Corsi, 1994, p.30-32)

El SIPI (Sistema de Información sobre la primera infancia en América Latina), en relación a la violencia familiar reflexiona que en nuestras sociedades la familia es el espacio donde se espera que las personas crezcan y se desarrollen, el lugar dónde se forman, en alianza con otras instituciones de la sociedad, sujetos capaces de integrarse a la vida social. En este orden de ideas la CIDN<sup>22</sup> reconoce a la familia *“como la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños”*. El derecho del niño a la vida familiar está amparado por el art. 16 de la CIDN que prescribe: *“Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación (...)”*. (D’Alessandre, Roger, Hernández, y Sánchez, 2014; CRC C GC 14 párr. 59, 2013 y CIDN art.16)<sup>23 24</sup>

## **2.2- La Violencia hacia los niños:**

La CIDN en el artículo 19 párrafo 1<sup>25</sup> prescribe que:

*“Los Estados Parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentra bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”*

Asimismo, el cuerpo legal ordena a los Estados parte en el artículo 9<sup>26</sup>: *“a velar porque el niño no sea separado de sus padres”*, estableciendo como excepción *“que tal*

---

<sup>22</sup> Convención Internacional de los Derechos del niño – Ley 23849 – B.O. 22/10/90

<sup>23</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párr. 1)*, Observación General N° 14 – CRC C GC 14, mayo/2013

<sup>24</sup> Convención Internacional de los Derechos del niño – Ley 23849 – B.O. 22/10/90

<sup>25</sup> Convención Internacional de los Derechos del niño – Ley 23849 – B.O. 22/10/90

<sup>26</sup> Convención Internacional de los Derechos del niño – Ley 23849 – B.O. 22/10/90

*determinación pueda ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres (...)*

El SIPI y en relación a la violencia infantil asevera que:

La violencia hacia niños, niñas y adolescentes se convierte en una de las formas más literales de desprotección si el maltrato se circunscribe al ámbito de la familia (...). Sin desconocer que hay niños que nacen en familias que encuentran dificultades para producir vínculos de cuidado, y algunas constituyen en sí mismas una fuente de vulneración constante de los derechos más elementales de sus dependientes. Otras, muchas, estructuran su funcionamiento de tal forma que limitan y dificultan el desarrollo del potencial de los niños y ponen en riesgo el cumplimiento de su derecho a crecer en un entorno protector y sin violencia. Tan expuestos a la violencia están los niños de nuestra región que el Comité Internacional de los Derechos de los Niños señaló en su Observación General N° 13 que *“ante la alarmante magnitud e intensidad de la violencia ejercida contra los niños”* si bien *“la familia es el ámbito privilegiado en la atención, protección del niño y la prevención de la violencia”* cierto es también que *“la mayor parte de los actos de violencia se producen en el ámbito familiar”* (CR OG N° 13 párr. 2 y 3, 2011)<sup>27</sup>. Esta situación en los casos más extremos se traduce en la separación de su núcleo familiar (CIDN Art. 9). (D’Alessandre et al., 2014)

No se puede afirmar que hoy la violencia contra los niños en el seno familiar sea más frecuente que lo que históricamente se conoce, lo que si puede decirse es que hoy es más intolerante. Esto como resultado de concebir a los niños como sujetos de derecho, lo que se traduce en contar siempre y en todo momento con la protección y amparo del Estado, lo que implica redefinir los límites entre el espacio público y el privado.

Además, se debe destacar que el Comité siempre mantuvo la posición de que toda forma de violencia contra los niños es inaceptable, por leve que sea. La expresión "toda forma de perjuicio o abuso físico o mental" no deja espacio para ningún grado de violencia legalizada contra los niños. La frecuencia, la gravedad del daño y la intención de causar daño no son requisitos previos de las definiciones de violencia. Los Estados partes

---

<sup>27</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, Observación General N° 13 – CRC C GC 13 – abril/2011

pueden referirse a estos factores en sus estrategias de intervención para dar respuestas proporcionales que tengan en cuenta el interés superior del niño, pero las definiciones no deben en modo alguno menoscabar el derecho absoluto del niño a la dignidad humana y la integridad física y psicológica, calificando algunos tipos de violencia de legal y/o socialmente aceptables (CRC OG N° 13 párr. 17,2011)<sup>28</sup>

### **2.2.1- El maltrato infantil:**

El maltrato infantil es un atentado a los derechos más básicos de los niños, niñas y adolescentes, consagrados a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Todos los menores de edad tienen derecho a la integridad física y psicológica y a la protección contra todas las formas de violencia.

(...) Sin embargo, por razones sociales y culturales de distinta índole, es sabido que los niños, niñas y adolescentes sufren violencia en el hogar, en la escuela, en los sistemas de protección y de justicia, en el trabajo y en la comunidad. Es así que los menores de edad son agredidos precisamente en aquellos espacios y lugares que debieran ser de protección, de afecto, de estímulo a su desarrollo integral y de resguardo y promoción de sus derechos. Uno de los factores que les confiere gran vulnerabilidad es la falta de autonomía derivada de su corta edad y los consecuentes altos niveles de dependencia emocional, económica y social respecto de los adultos o de las instituciones (Pinheiro, 2006), lo que les dificulta poner freno a la situación que padecen, pedir ayuda o denunciar los hechos. (Larraín y Bascuñan, 2009).

Diferentes definiciones podemos encontrar para conceptualizarlo:

Jorge Corsi lo define como: *“cualquier acción u omisión, no accidental, que provoque daño físico o psicológico a un niño, por parte de sus padres o cuidadores”*. (Corsi J., 1994, p.33)

---

<sup>28</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, Observación General N° 13 – CRC C GC 13, abril/2011

*Son las acciones u omisiones con la intención de hacer un daño inmediato a la persona agredida. La persona agresora concibe el daño como el fin principal de su agresión. Crea un síndrome en la víctima que sobrevive, conocido como Síndrome de Maltrato Infantil. Se conocen tres formas de maltrato infantil: físico, emocional o psicológico y por negligencia o abandono. Estas formas producen lesiones físicas y emocionales indelebles, muerte o cualquier daño severo” (Secretaría Regional para América Latina del Estudio de Violencia contra Niños, Niñas y adolescentes, 2006:16)<sup>29</sup>*

Mónica Atucha de Ares (1999) cita la definición esbozada por Aurora Pérez en su trabajo “El maltrato y la violencia infanto-juvenil” (Unicef, 1986, p.53):

*Un niño y se considera como tal a toda persona menor de 18 años- es maltratado o abusado cuando su salud física o mental o su seguridad están en peligro, ya sea por acciones o por omisiones llevadas a cabo por el padre o la madre u otras personas responsables de su cuidado; o sea, que el maltrato se produce por acción, o por descuido o negligencia.*

El abuso infantil es un fenómeno milenario, sólo recientemente ha recibido un nombre y una definición. A lo largo de la historia se puede ver que el tema de los malos tratos ha sido concebido como algo natural, común, normal, en distintas culturas:

- ✓ Aristóteles, por ejemplo, conceptualizaba al niño igual que al esclavo, como una “propiedad” del padre. Así las cosas, “nada de lo que se haga con la propiedad” puede ser considerado como injusto.
- ✓ En la antigua Grecia o en época de los Romanos, el niño era considerado como un instrumento eficaz para el apaciguamiento divino.

---

<sup>29</sup> Fuente: Secretaría Regional para América Latina del Estudio de Violencia contra Niños, Niñas y Adolescentes (2006) “La violencia contra los niños, niñas y adolescentes. Informe de América Latina en el Marco del Estudio Mundial de las Naciones Unidas 2006”, Recuperado el 15/01/2017 de [http://www.unicef.org/republicadominicana/Estudio\\_violencia\(4\).pdf](http://www.unicef.org/republicadominicana/Estudio_violencia(4).pdf)

- ✓ En América, dentro de las culturas prehispánicas mexicanas, se acostumbraba atar a los jóvenes de pies y manos, ante situaciones de rebeldía, para luego ser recostados sobre la tierra mojada.
- ✓ Dentro del grupo de los Mazahuas, se obligaba a los niños a inclinar su cabeza sobre el humo despedido por los ajíes quemados o se los colgaba del cabello de sus sienes y se les daban golpes con una vara o se los obligaba a sostener enormes piedras sobre sus cabezas mientras estaban arrodillados sobre grava.

Todos estos tormentos no aplicaban como castigos, sino que revestían el carácter de “medidas disciplinarias o correctivo-educativas”.

El reconocimiento de este problema por parte de la ciencia médica data de 1868, el Dr. Ambroise Tardieu presentó en la cátedra de medicina legal de París, un informe sobre autopsias de niños que habían sido quemados o golpeados y comprobaba que habían muerto a causa del maltrato físico recibido. En el informe además de los resultados de las autopsias, incluía la descripción del ambiente familiar. (Atucha de Ares, 1999, p.1-2)

Caracterizando este flagelo Jorge Corsi señala que:

A partir de su definición como problema social, se ha generado una creciente demanda de legislación para proteger al niño, como también programas de entrenamiento para profesionales y de tratamiento para perpetradores y víctimas.

El factor común que subyace en todas las formas de maltrato es el abuso de poder o autoridad. El abuso ocurre cuando una persona más fuerte o poderosa (padres-adultos) aprovecha la ventaja que tiene sobre otro menos fuerte o poderoso (niño).

El maltrato infantil es un problema muy complejo, ya que algunas formas de abuso son más difíciles de detectar que otras. Por ejemplo, el descuido o negligencia (ya sea físico o psicológico) o las diversas formas de abuso emocional, muchas veces no resultan fáciles de tipificar y detectar. (Corsi J., 1994, p.39)

### 2.2.2- El maltrato infantil – Categorías:

- ✓ **ABUSO FISICO:** cualquier acción, no accidental, por parte de los padres o cuidadores, que provoque daño físico o enfermedad en el niño. La intensidad del daño puede variar desde una contusión leve hasta una lesión mortal.
- ✓ **ABUSO SEXUAL:** cualquier clase contacto sexual con un niño por parte de un familiar/tutor adulto, con el objeto de obtener la excitación y/o gratificación sexual del adulto. Puede variar desde la exhibición hasta la violación.
- ✓ **ABUSO EMOCIONAL:** típicamente se presenta como la forma de hostilidad verbal crónica y constante bloqueo de las iniciativas infantiles por parte de cualquier miembro adulto del grupo familiar.
- ✓ **ABANDONO FISICO:** ocurre cuando las necesidades físicas (alimentación, abrigo, higiene, protección y vigilancia) no son atendidas, temporaria o permanentemente, por ningún miembro del grupo que convive con el niño.
- ✓ **ABANDONO EMOCIONAL:** es la falta de respuesta a las necesidades de contacto afectivo e indiferencia frente a los estados anímicos del niño.
- ✓ **NIÑOS TESTIGOS DE VIOLENCIA:** cuando los niños presencian situaciones crónicas de violencia entre sus padres. Los estudios muestran que éstos presentan trastornos muy similares a los que son víctimas de abuso. (Corsi, J, 1994, p.33-34)

### **CAPITULO III: EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO**

El art 3 párr. 1 de la Convención de los Derechos del Niño<sup>30</sup> establece 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, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.*

#### **3.1- Introducción:**

La Convención Internacional de los Derechos del Niño ha sido adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Aprobada por nuestro país por medio de la Ley 23849, que fuera sancionada el 27 de septiembre de 1990 y promulgada el 16 de octubre de 1990.

Con la reforma de nuestra Carta Magna en 1994, ha sido incorporada al plexo normativo fundamental en el art. 75. Inc. 22.

La Convención viene a configurar una síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia, cuyas disposiciones deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente; lo que será de particular importancia para interpretar los principios recogidos del anterior derecho de familia o de menores como lo es este principio. (Cillero Bruñol, 1999, p.46)

El “interés superior del niño” no es un concepto nuevo. En el Preámbulo de la CIDN<sup>31</sup>, se enumeran sus antecedentes: la Declaración de Ginebra de 1924 sobre Los Derechos del Niño, que en su párrafo introductorio reconoce que “la humanidad debe dar al niño

---

<sup>30</sup> Convención Internacional de los Derechos del niño – Ley 23849 – B.O. 22/10/1990

<sup>31</sup> Convención Internacional de los Derechos del niño – Ley 23849 – B.O. 22/10/1990

lo mejor de sí misma” y la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959 – aunque no posee carácter vinculante- en ella se afirma que “el interés superior del niño debe ser consideración determinante”. Otros instrumentos internacionales también hacen mención al principio, tal como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25)<sup>32</sup> o como en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 5 CEDAW,1979)<sup>33</sup>. Asimismo, ha sido consagrado en distintos instrumentos regionales y en numerosas normas jurídicas nacionales e internacionales.

A decir de Cillero Bruñol, los derechos del niño son derechos humanos. Un principio básico de los mismos es que tanto los instrumentos nacionales como los internacionales, son aplicables a todas las personas con independencia de cualquier particularidad. Al segmento de personas a los que se denomina NIÑOS, la Convención les reafirma su reconocimiento como personas humanas y por eso se constituye en un instrumento contra la discriminación y a favor de igual respeto y protección. Los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual. Es un conjunto de *derechos-garantía* frente a la acción del Estado y un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los *derechos-prestación* que contempla. (Cillero Bruñol, p.50)

Lo sustancial radica en que la CIDN se constituyó en el instrumento que provocó un cambio radical en la manera de pensar al niño: lo reconoce como sujeto pleno de derechos. Adoptar el tratado implica aceptar que las decisiones y acciones sean regidas por el interés superior del niño. (Alegre et al., 2014)

### **3.2- ¿Qué es el interés superior del niño?:**

---

<sup>32</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10/12/1948.

<sup>33</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, 18/12/1979

Es el principio más enigmático de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), tanto en su conceptualización como en sus implicancias prácticas. Con su adopción, el interés superior del niño se constituyó en un elemento determinante para la protección de la infancia.

Se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico. Diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica. (Cillero Bruñol, 1999, p.46)

Desde la vigencia de la Convención, el interés superior del niño deja de ser un objetivo social deseable – realizado por una autoridad progresista o benevolente- y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad. Armonizarlo con una concepción de los derechos humanos como facultades que permitan oponerse a los abusos de poder y superar el paternalismo que reguló los temas referidos a la infancia. (Cillero Bruñol, 1999, p.55).

El objetivo de este concepto es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño, en el sentido de abarcar el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño (CRC/C/GC/14, párr. 4)<sup>34</sup>.

En la Convención no hay una jerarquía de derechos, todos los previstos responden al “interés superior del niño” y ninguno de ellos debería verse perjudicado por una interpretación negativa de este concepto

La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas y orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de

---

<sup>34</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párr. 1)*, Observación General N° 14 – CRC C GC 14, mayo/2013

los derechos de todas las personas. El Comité llega a considerarlo como un principio “rector-guía” de la Convención. Que cualquier análisis de la misma no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero a la vez, quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el “interés superior del niño” deberá regirse por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la Convención. (Cillero Bruñol, 1999, p.47)

### **3.3- Las dimensiones del principio:**

En la Observación General N° 14, párrafo 6:<sup>35</sup>

“El Comité indica que el interés superior del niño es un concepto triple:

- a) **UN DERECHO SUSTANTIVO:** el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El art. 3 párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.
- b) **UN PRINCIPIO JURIDICO INTERPRETATIVO FUNDAMENTAL:** si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.
- c) **UNA NORMA DE PROCEDIMIENTO:** siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o en o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren

---

<sup>35</sup>Comité de los Derechos del Niño, *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párr. 1)*, Observación General N° 14 – CRC C GC 14, mayo/2013

garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado ese derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”.

La Convención introduce tres elementos fundamentales:

- 1- El interés superior del niño se define como un *principio garantista*, de modo que toda decisión que concierna a los menores de edad debe ser prioritaria para garantizar la satisfacción integral de sus derechos. (Alegre et al, 2014)

La plena aplicación de este principio exige adoptar un enfoque basado en derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana. (CRC/C/GC/14, párr. 5)<sup>36</sup>

- 2- **Amplitud:** este principio trasciende los ámbitos legislativos o judiciales, se extiende a todas las autoridades e instituciones públicas o privadas, además del entorno familiar del niño. En este aspecto, los roles parentales no otorgan derechos absolutos, sino que están limitados por los derechos de los niños en cumplimiento de su interés superior. (Alegre et al., 2014)

Es **norma de interpretación o de resolución de conflictos:** este principio es una regla fundamental para la interpretación total de la CIDN, actúa además como pauta para dar solución a las controversias que pudieran presentarse con relación a otros derechos o sujetos de derecho. Sólo el reconocimiento de los derechos “en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, a la supervivencia y al desarrollo del niño”. Lo que implica que la protección de los derechos no puede limitarse o ser parcial. (Alegre et al., 2014)

---

<sup>36</sup>Comité de los Derechos del Niño, *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párr. 1)*, Observación General N° 14 – CRC C GC 14, mayo/2013

- 3- **Se erige en orientación o directriz política:** el art. 3 de la Convención refiere al interés superior como una “consideración primordial” para la toma de decisiones que afecten a los niños. La progresividad de la CIDN radica en la elevación del concepto al rango de principio, como pauta de interpretación que debe guiar toda intervención relacionada con la infancia, aquí la radicalidad del cambio. (Alegre et al., 2014)

### **3.4- Aplicación: evaluación y determinación del interés superior del niño:**

La Observación General N° 14 dispone cuales son los pasos a seguir al evaluar y determinar el interés superior del niño para tomar una decisión sobre una medida concreta:

#### **3.4.1-Evaluación y determinación del interés superior:**

Evaluación y determinación son dos pasos que deben seguirse cuando haya que tomar una decisión. La “evaluación del interés superior” consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un determinado grupo de niños en concreto. Es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general, es decir, a las características específicas (ej. Edad, sexo, existencia de una discapacidad, contexto social y cultural, presencia o ausencia de los padres, etc.) que hacen que sea único. (CRC/C/GC14, párr. 47, 48, 49)<sup>37</sup>

Ello conlleva la utilización de algunos elementos y no de otros, y la forma en que los mismos se ponderarán. El Comité considera útil confeccionar una lista no exhaustiva, o sea no limitarse sólo a ellos y poder considerar otros factores pertinentes en las circunstancias específicas de cada niño o grupo de niños en concreto. Todos los

---

<sup>37</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párr. 1)*, Observación General N° 14 – CRC C GC 14, mayo/2013

elementos que la conforman deben ser tenidos en cuenta y ponderados en relación a cada situación, además debe ser flexible. (CRC/C/GC14, párr. 49-50)<sup>38</sup>

Esta lista orientaría a los Estados o a los responsables de toma de decisiones al regular esferas específicas que afectan a los niños como serían la legislación en materia de familia, adopción y justicia juvenil, y de ser necesario, poder añadir otros elementos que se considerasen apropiados considerando su tradición jurídica. El Comité señala que, al agregar nuevos elementos a la lista, el fin último del interés superior del niño debería ser garantizar su disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la CIDN y su desarrollo holístico. (CRC/C/GC14, párr. 51)<sup>39</sup>

Sobre estas consideraciones el Comité estima que los elementos que deben tenerse en cuenta para evaluar y determinar el interés superior, sin obviar su pertinencia para la situación que se trate son: (CRC/C/GC 14, párr. 52)<sup>40</sup>

- La opinión del niño
- La identidad del niño
- La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones
- Cuidado, protección y seguridad del niño
- Situación de vulnerabilidad
- El derecho del niño a la salud
- El derecho del niño a la educación

A fin de la consecución de la hipótesis planteada en el presente trabajo de investigación, de los elementos detallados anteriormente, los relevantes y a tener en cuenta para la evaluación del interés superior del niño son:

---

<sup>38</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párr. 1)*, Observación General N° 14 – CRC C GC 14, mayo/2013

<sup>39</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párr. 1)*, Observación General N° 14 – CRC C GC 14, mayo/2013

<sup>40</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párr. 1)*, Observación General N° 14 – CRC C GC 14, mayo/2013

**La opinión del niño:** el art. 12 de la Convención establece el derecho del niño a expresar su opinión en todas las decisiones que le afectan. El hecho de que el niño sea muy pequeño o se encuentre en una situación vulnerable no lo priva del derecho a expresar su opinión, ni reduce la importancia que se le deben conceder a sus opiniones al momento de determinar su interés superior. Si la decisión no considera el punto de vista del niño o no se le da a su opinión la debida importancia conforme su edad y madurez, no se estaría respetando la posibilidad de que el niño o niños participen en la determinación de su interés superior. (CRC/C/GC 14, párr. 53-54)<sup>41</sup>

**Cuidado, protección y seguridad del niño:** debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar (art. 3 párr. 2 CIDN). La interpretación que debe asignársele a los términos “protección” y “cuidado” debe ser amplia a efectos del ideal de garantizar el “bienestar” que, en un sentido extensivo, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas tales como su necesidad de afecto y seguridad; desarrollo. Una necesidad básica de los niños es su cuidado emocional, si los padres o tutores no satisfacen sus necesidades emocionales, se deben tomar medidas para que cree lazos afectivos seguros. (CRC/C/GC 14, párr. 71-72)<sup>42</sup>

En la evaluación del interés superior, otro de los aspectos inescindibles es su seguridad, o sea, la protección contra toda forma de perjuicio o de abuso físico o mental (art. 19 CIDN)<sup>43</sup>. Aplicar este enfoque en la toma de decisiones significa tener en cuenta la seguridad y la integridad del niño en ese preciso momento; aunque por aplicación del principio de precaución se exige valorar la posibilidad de riesgos y daños futuros y otras consecuencias de la decisión. (CRC/C/GC 14, párr.74)<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párr. 1)*, Observación General N° 14 – CRC C GC 14, mayo/2013

<sup>42</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párr. 1)*, Observación General N° 14 – CRC C GC 14, mayo/2013

<sup>43</sup> Convención Internacional de los Derechos del niño – Ley 23849 – B.O. 22/10/1990

<sup>44</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párr. 1)*, Observación General N° 14 – CRC C GC 14, mayo/2013

### 3.4.2-Buscando el equilibrio:

La evaluación básica es una valoración general de todos los elementos que guarden relación con el interés superior del niño, en la que la importancia de cada elemento se pondera en función de los demás. Evidentemente no todos los elementos serán pertinentes en todos los casos, su contenido variará de un niño a otro y de un caso a otro, también dependerá el tipo de decisión y las circunstancias concretas. (CRC/C/GC 14, párr. 80)<sup>45</sup>

Los elementos de la evaluación pueden entrar en conflicto en un caso concreto y en sus circunstancias, por ejemplo, la preservación del entorno familiar puede entrar en conflicto con la necesidad de proteger al niño contra el riesgo de violencia o de malos tratos por parte de los padres. Por ende, se deberán ponderar los elementos entre sí para determinar la solución que mejor responda al interés superior del niño o niños. (CRC/C/CG 14, párr. 81)<sup>46</sup>

Otras de las cuestiones que deben tenerse presente, es que sus capacidades evolucionan, en este orden de ideas los responsables de la toma de decisiones deben considerar medidas que puedan revisarse o ajustarse en consecuencia y evitar aquellas definitivas e irreversibles, el análisis de las necesidades se evaluará en el momento concreto de la decisión, pero teniendo en consideración su impacto en el corto y largo plazo, es decir, la situación presente y futura del niño. (CRC/C/GC 14, párr. 84)<sup>47</sup>

Finalmente, resaltar que *el propósito de la evaluación y la determinación del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos*

---

<sup>45</sup>Comité de los Derechos del Niño, *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párr. 1)*, Observación General N° 14 – CRC C GC 14, mayo/2013

<sup>46</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párr. 1)*, Observación General N° 14 – CRC C GC 14, mayo/2013

<sup>47</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párr. 1)*, Observación General N° 14 – CRC C GC 14, mayo/2013

*en la Convención y sus Protocolos Facultativos, y el desarrollo holístico del mismo. (CRC/C/GC 14, párr. 82)<sup>48</sup>*

### **3.5-Garantías Procesales para velar por la observancia del interés superior del niño:**

El concepto de interés superior del niño es en sí mismo una norma de procedimiento. Para garantizar que el principio constituya una consideración especial a la que se atiende se deben establecer y aplicar algunas salvaguardias procesales que estén adaptadas a las necesidades del niño o niños. Los Estados deben ofrecer procesos oficiales transparentes y objetivos, con garantías procesales estrictas, concebidos para evaluar y determinar el interés superior del niño. Las salvaguardias y garantías a las que alude la Observación General N° 14 son (CRC/C/GC 14, párr. 85 y 87)<sup>49</sup>:

- El derecho del niño a expresar su propia opinión
- La determinación de los hechos
- La percepción del tiempo
- Los profesionales cualificados
- La representación letrada
- La argumentación jurídica
- Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones
- La evaluación del impacto en los derechos del niño

#### **El derecho del niño a expresar su propia opinión:**

---

<sup>48</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párr. 1)*, Observación General N° 14 – CRC C GC 14, mayo/2013

<sup>49</sup>Comité de los Derechos del Niño, *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párr. 1)*, Observación General N° 14 – CRC C GC 14, mayo/2013

La comunicación con los niños constituye un elemento fundamental del proceso. El objetivo es su participación de manera provechosa y determinar su interés superior. En este marco debería informársele al niño o niños acerca del proceso y los posibles servicios y soluciones duraderas como también reunir la información proporcionada por ellos y que emitan su opinión. (CRC/C/GC 14, párr. 89)<sup>50</sup>

### **La determinación de los hechos:**

Profesionales capacitados son los responsables de reunir los elementos necesarios - hechos e información – para la evaluación del interés superior del niño. Todos los datos recabados deberán ser verificados y analizados previamente. (CRC/C/GC 14, párr. 92)<sup>51</sup>

### **La percepción del tiempo:**

Es conveniente priorizar los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños, ya que los procesos de toma de decisiones que se demoran tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños. Asimismo, las decisiones deben examinarse a intervalos razonables, a medida que el niño se desarrolla y evoluciona su capacidad para expresar su opinión. (CRC/C/GC 14 párr. 93)<sup>52</sup>

### **Los profesionales cualificados:**

En la evaluación del interés superior debería participar un equipo multidisciplinario de profesionales atento a que los niños conforman un grupo heterogéneo, cada uno con

---

<sup>50</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párr. 1)*, Observación General N° 14 – CRC C GC 14, mayo/2013

<sup>51</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párr. 1)*, Observación General N° 14 – CRC C GC 14, mayo/2013

<sup>52</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párr. 1)*, Observación General N° 14 – CRC C GC 14, mayo/2013

sus características y necesidades que sólo puede ser evaluadas adecuadamente por profesionales especializados en cuestiones relacionadas con el desarrollo del niño y el adolescente. (CRC/C/GC 14, párr. 94)<sup>53</sup>

### **La representación letrada:**

Será necesaria cuando los tribunales y órganos equivalentes tengan que evaluar y determinar oficialmente su interés superior. En particular, cuando un niño sea sometido a un procedimiento judicial o administrativo que conlleve la determinación de su interés superior. (CRC/C/GC 14, párr. 96)<sup>54</sup>

### **La argumentación jurídica:**

Cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar *motivada, justificada y explicada*, a fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial. En la motivación se deben señalar todas las circunstancias de hecho, los elementos pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los mismos para ese caso concreto y la manera en que fueron ponderados para determinar el interés superior. Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer claramente la razón de la decisión tomada. Si la solución no atiende al interés superior del niño, se deberá demostrar que el interés superior del niño sí fue una consideración primordial a pesar del resultado. En la fundamentación se explicará por qué el interés superior no era suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones. (CRC/C/GC 14, párr. 97)<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párr. 1)*, Observación General N° 14 – CRC C GC 14, mayo/2013

<sup>54</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párr. 1)*, Observación General N° 14 – CRC C GC 14, mayo/2013

<sup>55</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párr. 1)*, Observación General N° 14 – CRC C GC 14, mayo/2013

### **Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones:**

Los Estados, en el marco de sus ordenamientos jurídicos, deben establecer mecanismos para revisar o recurrir las decisiones concernientes a los niños cuando alguna parezca no ajustarse al procedimiento de evaluación y determinación del interés superior del niño o niños. (CRC/C/GC 14, párr. 98)<sup>56</sup>

### **La evaluación del impacto en los derechos del niño:**

La evaluación del impacto en los derechos del niño puede prever las repercusiones de cualquier proyecto de política, legislación, reglamentación, presupuesto o cualquier otra decisión administrativa que afecte a los niños y al disfrute de sus derechos, y debería complementar el seguimiento y la evaluación permanentes del impacto de las medidas en los derechos de los niños.<sup>57</sup>

La evaluación de impacto debe incorporarse a todos los niveles y lo antes posible en los procesos gubernamentales de formulación de políticas y otras medidas generales para garantizar la buena gobernanza en los derechos del niño. Se pueden aplicar diferentes metodologías y prácticas al llevar a cabo la evaluación del impacto. Como mínimo se deben utilizar la Convención y sus Protocolos Facultativos, en particular para garantizar que las evaluaciones se basen en principios generales y tengan especialmente en cuenta los efectos diferenciados que tendrán en los niños la medidas o medidas que se examinen. (...) El análisis debería culminar en la formulación de recomendaciones de modificaciones, alternativas y mejoras y ponerse a disposición del público. (CRC/C/GC 14, párr. 99)<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup>Comité de los Derechos del Niño, *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párr. 1)*, Observación General N° 14 – CRC C GC 14, mayo/2013

<sup>57</sup> Idem Ob.cit: Observación general N° 16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, párr. 78 a 81

<sup>58</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párr. 1)*, Observación General N° 14 – CRC C GC 14, mayo/2013

### **3.6- El interés superior del niño en las sentencias:**

A fin de verificar como este principio “rector-guía” es considerado por los jueces en distintas sentencias, reproduzco algunos fallos de interés para la comprensión acerca de su utilización en pos de la propuesto en este instrumento internacional de rango constitucional como lo es la CIDN:

En fallo por recurso de casación el Dr. Abel Cornejo argumentó su voto realizando las siguientes consideraciones respecto a interés superior del niño:

(...) debe tenerse en cuenta la importancia de la protección integral de los menores de edad y su inclusión en los textos constitucionales, tales como la Convención de los Derechos del Niño (arts. 3, 4 y 27), debiendo destacarse lo dispuesto en el art. 3 inc. 1 de la referida Convención 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, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

En efecto, el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derecho se identifican.

Por su parte la jurisprudencia tiene dicho que “el interés superior del niño” aludido en el art. 3 de la Convención sobre sus derechos, tiende a dos finalidades básicas que son la de ser pauta de decisión de un conflicto de intereses y criterio para la intervención institucional para protegerlo. Se trata de un parámetro objetivo para la resolución de conflictos entre un menor y un adulto, debiendo definirse la antinomia por lo que resulte de mayor beneficio para el menor. En controversia el interés del niño y el del adulto, de esta manera se prioriza el de aquél. (CNCiv., sala H, 30-6-95, cit. por Dutto, en ob.cit., entonces inédito, y Derecho de Familia 11-173).

El niño tiene derecho a una especial protección y, considerando sus derechos, la tutela de los mismos debe prevalecer como factor primordial en toda relación judicial. “De modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre otra cualquier circunstancia que pueda ocurrir en cada caso y, por lo tanto, toda decisión sobre el tema debe estar inspirada en lo que

resulte más conveniente para su protección. (CNCiv, sala A, 28-5-96, D.J. 1997-I-228, cit. D'Antonio, ob. aquí cit. texto y nota 22, pág. 48).

Tal actuación en defensa de los derechos del niño damnificado, sin acciones concretas, pasa a ser meramente figurativa, lo que no es el cometido de la ley; el fallo de la Suprema Corte de Mendoza que en el Exte. N° 92.793, de fecha 22/08/2008, donde se ameritó que, si bien el Código Procesal Penal no contempla expresamente el supuesto del Ministerio Pupilar, su legitimidad procesal para garantizar el interés superior de la menor, deviene del orden constitucional, de las leyes específicas en materia de menores del orden nacional y provincial y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, destacando en particular los principios de prioridad (art.5°) y de efectividad de la tutela (art. 29) de la ley 26.061. De esta manera el interés superior del niño se constituye en una pauta de decisión ante un conflicto de intereses propiciando un parámetro objetivo que permite resolverlo, en el sentido de consagrar siempre la prioridad del interés del menor por sobre el interés del adulto.

Por su parte el art. 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos llamada también Pacto de San José de Costa Rica, expresa que: “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de la familia, la sociedad y el Estado”. (...)

### Protección integral para los menores<sup>59</sup>: Sumario

Con resguardo en el interés superior del niño consagrado en los tratados internacionales, la Justicia neuquina ordenó al municipio de Chos Malal a garantizar la protección integral de un menor de 15 años abandonado por sus padres. Las autoridades debieron proveerle una casa, alimentos y dos cuidadores diarios para que lo asistan. Además, tuvieron que escolarizarlo y someterlo a un tratamiento médico y psicológico:

(...) En forma genérica podemos decir que *es deber del Estado, ante un menor necesitado brindarle protección*; y es de esa forma como honra los compromisos internacionales hoy constitucionalizados en el art. 75 inc.22.

---

<sup>59</sup> Juzg. 1° Inst. Civ, Com, Laboral y de Minería V Circuncs. Jud. Neuquén “T.B.A. y Otros s/situación Ley 2302” – Exte. 4595 (1996) consid.3

En ese orden de ideas cabe recordar que la Convención de los Derechos del Niño en su art. 3º.2. establece que, “Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar... y con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas...”. Asimismo, en su art. 19.1 dice: “...Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.” Es por ello que a los fines de resolver en la situación de autos corresponde tener como principio rector el “interés superior del niño”, receptado en la Convención de los Derechos del Niño que en su art 3 reza: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” y por la particular escala jerárquica normativa vigente en la República Argentina, este mandato de amplio alcance -abarca a órganos legislativos, judiciales, administrativos y privados- tiene preeminencia sobre cualquier disposición contraria contenida en cuerpos normativos infraconstitucionales, y ello comporta un criterio insoslayable para quien deba tomar una decisión concerniente a un niño. Se trata de un principio que aparece en instrumentos de derechos humanos de la segunda mitad del siglo XX. Lo encontramos, por ejemplo, en el art. 7 Declaración de los Derechos del Niño de 1959, párr. 2º: "El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a los padres". Hace muchos años Carbonnier apoyaba la presencia de este principio en la legislación, pero advertía sobre los riesgos de abusar de su invocación de manera de desplazar y volver superfluas las instituciones del derecho de familia. De esta manera la solución, como en todo conflicto que involucra a menores, debe estar presidida por el propósito de asegurar, en la mayor medida posible, el bienestar de los menores. (...)

Tratando de dilucidar este concepto de tanta importancia y a veces de tan difícil conceptualización práctica, Lora Laura en entrevistas realizadas a diferentes jueces de

familia cuestionó: ¿Qué entiende por condiciones más beneficiosas para el niño o interés del niño o interés del menor?

*Juez 1- “Esto es dificilísimo de contestar. Porque cada caso en concreto hay que evaluar cuál es el mejor interés. (...). Esto es terriblemente difícil porque tiene que ver con la racionalidad jurídica. La racionalidad jurídica de los legisladores y de los jueces. Porque cada juez en relación a esto va a decir una cosa distinta. ¿Por qué? Porque para cada juez el mejor interés del niño va a tener que ver con su ideología, con su historia, con su historia familiar. Ahí se pone la subjetividad pura, porque son las normas abiertas del derecho de familia, donde lo que cada uno vuelca va a tener que ver absolutamente con uno...”*

*Juez 2 – “Yo creo que eso es una evaluación que hay que hacer en cada caso en concreto que es lo mejor para el chico. Creo que no existen reglas fijas, cada niño es distinto, cada necesidad de un chico es distinta y habrá que ver en cada caso que es mejor”*

*Juez 3- “Es un término muy abstracto. El interés del niño se ve en el caso en concreto. Porque el niño es un individuo con su personalidad, con su formación, con sus necesidades, depende del niño cuáles van a ser esas necesidades o esa protección o ese interés”.*

*Juez 4- “El interés superior del niño es el interés en primer lugar por los derechos de un niño aquí y ahora, no se trata ni de la protección física, ni económica, ni material es en primer lugar la protección de la mayor cantidad de derechos posibles en una circunstancia temporal determinada para un niño en particular”. (Lora,2006)*

## **CAPITULO IV: La sustracción de menor en la óptica del derecho penal**

El Código Penal<sup>60</sup> en su artículo 146 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”.*

### **4.1- El Bien jurídico protegido:**

El presente artículo se encuentra sistematizado en el Código Penal dentro del capítulo destinado a los delitos contra la libertad. Y por supuesto, hay dentro de la doctrina, distintos criterios en relación al bien jurídico tutelado, la discusión se centra si lo es el derecho a la libertad del menor, a los derechos de los progenitores sobre el menor, al estado familiar o al derecho de identidad de los menores.

Para Núñez, los ofendidos son los padres y el poder de decisión legítimo que tienen sobre el menor, en ese orden de ideas afirma:

El Código Penal incluye entre los delitos contra la libertad, hechos que se caracterizan porque su sujeto pasivo es un menor, pero que, en realidad más que un atentado contra la libertad personal de la víctima, constituyen ofensas a la familia de ella. En efecto, la incolumidad de la tenencia y gobierno del menor (...) es algo que atañe a la integridad del grupo familiar y a la autoridad del jefe o de su sustituto (Núñez, 1976, pp. 188,189).

Para Donna, “es el derecho básico a tener su estado de familia, es más, a saber quiénes son sus padres y a estar junto a ellos. Desde esta perspectiva, el bien jurídico pasa por esta idea, y es desde esta idea que debe entenderse”. (Donna, 2001, p. 215)

Creus sostiene que:

---

<sup>60</sup> Ley 11.179 – Código Penal

(...) El ataque no está directamente dirigido contra la libertad del menor, sino contra la tenencia de él por parte de quienes la ejercen legítimamente (padres, tutores, guardadores, etc.), y es por eso se dice que, en verdad se trata de ofensas a la familia del menor. (...) lo que la ley toma en cuenta es el libre ejercicio de las potestades que surgen de las relaciones de familia, que ciertos sujetos, originariamente o por delegación, tienen sobre el menor. (Creus, 1983, p. 317)

El Dr. Mario Corigliano, respecto del bien jurídico protegido, cita los criterios de Gómez y Florián para quienes “lo que se busca resguardar es la libertad individual del menor sustraído” (Corigliano, 2006, p.2). Asimismo, también trae a colación a Manuel Cobo, a la que considera la postura de mayor sustento jurídico en relación al bien jurídico protegido, por el origen histórico del delito. Así Cobo dice:

(...) 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 (...), 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. (Corigliano, 2006, p.2)

En opinión de Pérez Lance:

La figura del art. 146 tutela algo más que la libertad del niño, o incluso algo distinto del plagio, pues (...) el sometimiento de la voluntad del menor no es condición para este delito y, si se presenta junto con la sustracción, podrá darse entre ambos un concurso ideal (...) en definitiva, ninguno de los dos intereses -ni éste de la libertad ni aquel del derecho de tutela- bastan por si solos para explicar acabadamente la conformación de este delito, y tanto uno como otro muestran estar presentes en él, será entonces que se trata de un delito pluriofensivo que los tiene a ambos como objeto de amparo. (Recalde & Biglieri, 2013, p.4)

#### 4.2- El tipo objetivo:

En primer lugar, es pertinente recurrir a la etimología de cada uno de los términos que se mencionan en el artículo 146. ¿Tienen una connotación similar? El diccionario de La Real Academia Española<sup>61</sup> brinda las siguientes definiciones:

##### “SUSTRAER”

1. tr. Apartar, separar, extraer.
2. prnl. Separarse de lo que es de obligación, de lo que se tenía proyectado o de alguna otra cosa.

##### “RETENER”:

- 1.tr. Impedir que algo salga, se mueva, se elimine o desaparezca.

##### “OCULTAR”:

tr. Esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista

En el artículo se mencionan las tres acciones referidas precedentemente. No puede pensarse que las mismas operan autónomamente. “Para la mayoría de la doctrina *retención* y *ocultación* hacen referencia a la acción de *sustraer*”. (Corigliano, 2006, p.1)

El Dr. Mario E. Corigliano cita a Núñez, quien afirma que:

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. El tipo exige siempre que el menor haya sido sustraído del poder de una de las personas que se menciona, (...) que haya sido robado (Corigliano, 2006, p. 1)

Asimismo, Núñez al analizar la conceptualización de la figura del artículo en cuestión, afirma que: “*SUSTRAE*, quien para apoderarse del menor, despoja de su tenencia al poseedor. *RETIENE*, el que detiene o guarda al menor sustraído y *OCULTA*, el que lo esconde a la vista y conocimiento del tenedor o de terceros” (Núñez, 1976, p. 189).

---

<sup>61</sup> Fuente: <http://www.rae.es>

Para Donna, “la esencia del delito está en la sustracción, no en las otras conductas, por lo que la sustracción es el presupuesto para que concurren las otras dos acciones” (Donna, 2001, p.217).

A la inteligencia de Fontan Balestra:

*Sustraer* es sacar al niño de la esfera de custodia en que se encuentra, la que puede emanar de una situación de hecho o de derecho, sin importar que sea permanente o transitoria. La acción queda cumplida por el solo hecho de sustraer al menor, y carecen de significado los hechos posteriores, siempre que no constituyan otro delito. El hecho no se modifica para el autor de la sustracción porque luego retenga o no al menor. Tampoco cambia por el tiempo que esa situación haya durado, mientras no se trate de una duración *fugaz*, inapta para configurar el delito. (Fontan Balestra, 2008, p.363-364)

Carecen de relevancia los medios utilizados para llevar a cabo la sustracción (violencia, amenazas, etc.) ni tampoco es relevante el consentimiento ya que, siendo un menor de 10 años, éste carece de efectos jurídicos. (Fontan Balestra, 2008). En relación al consentimiento Buompadre coincide con la apreciación de Fontan Balestra, aunque aclara que, si el consentimiento lo prestaron los padres o los representantes del menor, éste si tiene relevancia penal. (Buompadre, 2000)

Respecto de la *ACCIÓN DE RETENER*, que según Soler “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” (Corigliano, 2006, p.6).<sup>62</sup> El hecho que la retención afecte el derecho de familia, no significa que no lesione la libertad -ambulatoria-, que es protegida por la figura de privación ilegal de la libertad. (Corigliano, 2006)

Finalmente, y para conceptualizar la acción de *OCULTAR*, se corresponde con esconder, impedir el conocimiento de su ubicación por parte del legítimo tenedor, no

---

<sup>62</sup> Corigliano ob. cit

se trata de impedir el restablecimiento del vínculo de tenencia, sino de impedirlo por el particular medio de ocultar al menor (Creus, 1983)

#### **4.3- Sujeto Pasivo:**

Inicialmente, conceptualizaré al sujeto pasivo del delito en virtud que la determinación de la calidad de sujeto activo constituye un eje central en torno al cual se asienta la finalidad de este trabajo de investigación.

Conforme con lo dispuesto por la norma, el sujeto pasivo debe ser un menor de 10 años. La doctrina mayoritaria es coincidente en determinar que, ofendidos son quienes legítimamente detentan la tenencia del menor de la que se es despojado. Esta legitimidad puede estar fundada en un derecho reconocido legalmente (patria potestad) (responsabilidad parental), en un acto voluntario por quien tiene potestad para producirlo (tutela dativa), en una sentencia que lo haya conferido (entrega de la guarda) o en un hecho no contrario a la ley (por ej. Institución que se hace cargo de un expósito), también puede en el caso de adopción. Y faltando un sujeto pasivo que ejerza esa especie de tenencia, no se puede dar el tipo (Creus, 1983; Donna, 2001)

#### **4.4- Sujeto Activo:**

Inicialmente, sujeto activo, puede ser cualquier persona, dado que la norma no exige ninguna característica especial en el autor.

La discusión se centra en determinar si los padres pueden ser autores o partícipes del delito. La mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia niegan esa posibilidad.

Buompadre, nos dice que se discute si los padres pueden ser sujetos activos del delito cuando fueran privados de la patria potestad o de su ejercicio - hoy según la nueva redacción de nuestro código civil y comercial, responsabilidad parental – citando a Moras Mom y Diaminovich, con quienes coincide en su justificación:

ni el padre ni la madre pueden ser autores de este delito (...) por cuanto en este caso pueden sacar del “poder” sino que lo conservan y esto no es sino un derecho reconocido por el derecho civil. Los padres legítimos, aun cuando hayan sido privados de los derechos que derivan de la patria potestad, siguen siendo “los padres” del menor (...). El bien jurídico tutelado en esta hipótesis no se relaciona con los derechos de los progenitores sobre sus hijos, sino esencialmente con la propia libertad individual del menor, aun cuando ella deba ser objeto de control por parte de estos. El delito no atenta contra las relaciones o los derechos de familia, sino contra la libertad individual del menor. De manera que ninguna importancia tiene distinguir las diversas situaciones que podrían darse entre quienes viven en pareja en una condición irregular o entre cónyuges que se encuentran frente a una situación de separación personal, divorcio, nulidad matrimonial, etc. En estas hipótesis, la sustracción del propio hijo no configura el delito. Distinta habrá de ser la situación si se tratara del hijo de uno solo de los miembros de la pareja. En este caso, puede ser el autor del delito de sustracción de menores porque “no” es el padre, aun cuando puede ejercer alguna ascendencia o poder sobre el mismo. (Buompadre, 2001, pp. 577-578)

Donna al igual que Fontan Balestra acotan la opinión de Soler, que continuando con una sentencia negativa al presupuesto asevera: “No puede aplicarse la disposición del art. 146 al padre que sustraer 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” (Donna, 2001, p.220)

Creus, con una óptica diferente en relación a este interrogante responde que:

la doctrina y la jurisprudencia argentina han negado que el padre o la madre del menor que lo sustrae de la tenencia que legítimamente ejercía el otro cónyuge o un tercero por él puedan ser responsables del delito; se trata de una ofensa a los derechos familiares de patria potestad o a los nacidos de la tutela o la guarda, aunque constituyan otros delitos (como desobediencia). Aunque reflexiona diciendo que la actitud del padre que procede así vulnera la libertad del ejercicio de esos derechos; solución no es del todo coherente con la inclusión del tipo en los delitos contra la libertad (Creus, 1983, p.319)

Laje Anaya y Núñez, cuya opinión es traída a la palestra por Buompadre en nota 92 del análisis del artículo de marras, sostiene: “hay que tener en cuenta la legitimidad del poder: si por ley o por sentencia judicial los poderes de guarda material de la patria potestad han sido acordados a uno de los cónyuges, autor del delito puede ser el otro cónyuge” (Buompadre, 2000, p. 577)<sup>63</sup>

En *Delitos contra la familia*, Laje Anaya dice que

ninguno de los padres puede sustraer jurídicamente a un hijo que se halla bajo el poder del restante, aunque de hecho lo sustraiga. No obstante, si uno de los padres ha sido privado de la patria potestad, no habrá obstáculo alguno para que no pueda ser considerado autor, porque la pérdida de la autoridad por uno de los progenitores, o suspendido uno de ellos en el ejercicio, continua en su ejercicio el otro. (Buompadre, 2000, p. 577)<sup>64</sup>

María C. Maiza afirma que autor del delito puede ser cualquiera incluidos los progenitores del menor:

para que pueda ser considerado sujeto activo el padre o la madre, es necesario que esté excluido del ejercicio de la patria potestad (privación o suspensión) (...) en estos supuestos, por regla, debe mediar una sentencia judicial que haya privado o haya suspendido a uno o a ambos progenitores de su derecho de custodia, siendo en este aspecto insuficiente que se hayan celebrado acuerdos judiciales o extrajudiciales en supuestos de separación o divorcio, por el cual uno de los padres asume la tenencia. (Recalde & Biglieri, 2013, p. 6)<sup>65</sup>

Para Adrián Pérez Lance, quien se refiere a la cuestión diciendo:

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

---

<sup>63</sup> Buompadre, ob.cit. nota al pie 92 pág. 577

<sup>64</sup> Buompadre, ob.cit. nota al pie 92 pág. 577

<sup>65</sup> Recalde y Biglieri, ob. cit pág. 6

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 (...). No hay razón para desechar la autoría de la sustracción incluso por el padre en ejercicio de la patria potestad, siempre que, claro está, lo aparte del otro cónyuge con quien la comparte, dejando en cuenta que ello debe hacerse con una mirada restrictiva teniendo en cuenta la intensidad y duración del despojo para que pueda ser tenida como verdaderamente típica. (Recalde & Biglieri, 2013, p. 6)<sup>66</sup>

La postura de Orgeira es pronunciarse afirmativamente respecto de la autoría del delito por parte de alguno de los padres y resalta que la Comisión Parlamentaria del MERCOSUR se ocupó del tema adoptando un “Programa Nacional sobre Prevención, Sustracción y Restitución de menores”, siendo uno de sus objetivos la creación de una red para proteger a los menores y prevenir la sustracción de los mismos por parte de alguno de sus padres. (Nager, 2014)<sup>67</sup>

D’Alessio sostiene que: “...no puede adoptarse un temperamento absoluto, debiendo analizarse cada caso en particular” (Nager, 2014, p. 38). Pérez Lance adhiere a este recaudo, aclarando que no se puede desechar la autoría de la sustracción por el padre en ejercicio de la patria potestad, siempre que lo aparte de la potestad del otro cónyuge. Posibilidad que debe evaluarse, considerando la intensidad y duración, para que pueda ser tenida por típica. (Nager, 2014)<sup>68</sup>

#### **4.5-Artículo 146 Código Penal vs. Ley 24270:**

Debido al incremento en la ruptura de las relaciones de pareja, devienen preocupantes las decisiones que se toman y cuáles son las consecuencias que afectan a los hijos si estos son menores. El hecho de la sustracción se ha naturalizado, en muchos casos es el medio idóneo para dirimir las diferencias personales entre los progenitores, sin

---

<sup>66</sup>Recalde J. y Biglieri M., Código Penal Comentado pág. 6 ob. cit.

<sup>67</sup> Nager ob. cit p.38

<sup>68</sup> Nager ob.cit. p 38

consideración alguna por el daño que puedan provocar estas acciones sobre el propio hijo/a/s.

Una discusión histórica en doctrina y jurisprudencia de nuestro país se ha dado en considerar si es típica, en los términos del art. 146, la conducta del progenitor que sustrae a su hijo menor de diez años de edad del poder o custodia del otro, que no ha sido resuelta con la sanción de la Ley 24270 (B.O. 25/11/1993)<sup>69</sup>, que incorporó en sus arts. 1 y 2 el delito de impedimento de contacto de un menor con su padre no conviviente. Muy por el contrario, la incorporación de esta figura legal, avivó la discusión. (Nager, 2014)

*La Ley 24.270 art. 1 estipula: “Será reprimido con prisión de un mes a un año el padre o tercero que, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes.*

*Si se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado, la pena será de seis meses a tres años de prisión.”*

Este artículo define la figura básica del delito de impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes. Asimismo, contempla un agravante en su segundo párrafo: cuando “se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado”, en cuyo caso la pena será mayor, de seis meses a tres años de prisión.

El impedimento y la obstrucción se refieren al “contacto”, palabra cuyo empleo ha sido cuestionado atento su vaguedad. Donna expresa:

(...) en tren de hacer este tipo penal algo lógico y racional se puede entender que fijado un régimen de visitas o de días en que un padre puede ver a su hijo, se le impide u obstruye, en este caso, molestándole y haciendo que lo que debe ser un momento de relación afectiva se convierta en una serie de obstáculos que en definitiva terminan con el fin de ese régimen. (Nager, 2014, p.34)<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> Ley 24270 – De impedimento de contacto de menores de edad con sus padres no convivientes, B.O.: 25/11/1993

<sup>70</sup> Nager, ob. Cit p.34

En este orden de ideas Cuneo Libarona afirma que “el simple impedimento u obstrucción difiere sustancialmente de la sustracción del menor y que quien sustrae al menor, sí o sí impide el contacto, pero no todo lo que impide sustrae”. (Nager, 2014)<sup>71</sup>

Donna, haciendo su análisis de la presente Ley dice que se incorporan dos nuevos tipos penales y parafraseando a Creus, éstos protegen los mismos bienes jurídicos comprendidos en el art. 146 C.P., aunque con las características del art. 72 inc. 3 C.P., esto es, delitos de instancia privada. (Donna, 2001)

Lo que este mismo autor hace un planteamiento acerca de la penalización de este tipo de conductas, y lo refiere reflexionando:

(...) era necesario penalizar este tipo de conductas que, normalmente se refieren a conflictos entre padres divorciados y separados, y entre los cuales es claro que la ley penal no los va a resolver, sino que va a profundizar los problemas, tal como hace siempre el Derecho Penal. Es más, la norma puede servir como norma extorsiva frente a conflictos que son, a veces, manifestación de serios problemas psicológicos. (...) Es quizás la visión actual de política criminal. Se cree que los graves problemas sociales y psicológicos se solucionan con la pena. Es la vieja visión restauracionista e integrista que, frente a nuevos problemas, acude a la idea de viejos valores, que pretende imponer mediante la pena sin un análisis serio de la cuestión. (Donna, 2001, p. 236)

En las conclusiones que hace Eugenio Nager asevera que:

Impedir u obstruir el contacto no es cualitativamente lo mismo que sustraer, al tiempo que los bienes jurídicos en juego y las finalidades político-criminales también difieren, lo que consecuentemente justifica un *quantum* de pena distinto. Debe prestar especial atención en la materia los estándares internacionales derivados de los arts. 3º, 7º, 8º y 9º de la Convención sobre los Derechos del Niño. (Nager, 2014, p. 43)

---

<sup>71</sup> Nager, ob.cit. pág. 35.

#### 4.6- ANALISIS DE JURISPRUDENCIA:

##### **La sustracción en nuestra jurisprudencia**

Tal como doctrinariamente no son coincidentes las opiniones acerca del sujeto activo ni del bien jurídico protegido por el tipo penal de sustracción de menores (art. 146 C.P), tampoco la jurisprudencia se ha mantenido pacífica en relación a la calificación legal.

A través de los fallos consultados, se puede inferir que los argumentos fundantes de los mismos hacen vislumbrar la no existencia de una línea jurisprudencial única:

- **P.L.A. s/Recurso de Casación<sup>72</sup>:**

**Sumario:** *Si el delito que se pretende cometido supone "sustraer" a un menor de 10 años del poder de sus padres (o de quién esté encargado de él), mal podría decirse que el imputado -más allá de haber irrespetado el acuerdo celebrado con la madre de su hijo en el fuero civil-, lo haya privado de su libertad, ni que resulte sujeto activo del ilícito en las condiciones de autos. Es que "sustraer" al menor implica, para el aprehensor, sustituir a los padres en el ejercicio de los derechos que, como tales, le confiere la ley civil. Los padres no pueden ser sujetos activos del delito tipificado por el art. 146 C.P. respecto de sus hijos, cuya filiación está determinada. (Dra. Berraz de Vidal, en disidencia)*

El delito de sustracción de menor sanciona al 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" (art. 146 del C.P.).

Lo que intenta proteger la norma penal es inmediatamente la libertad individual del menor, lo que no es óbice para pretender tutelar mediatamente el ejercicio regular de los derechos naturales y el cumplimiento de los deberes que les corresponden a los padres legítimos reconocidos por el derecho positivo, tanto en su relación conyugal como en la filial respecto al menor. Ello dado que entiendo que dentro de la "sociedad"

---

<sup>72</sup> C.N.C.P.- Sala IV "Pyrih, Luis Aníbal s/recurso de casación", Registro N° 8276.4 (2007)

familiar conviven dos sociedades superpuestas, a veces en forma complementaria y otras no tanto: como señalé, la conyugal y la filial.

Algunos consideran que, por tutelarse el derecho a la patria potestad, la conducta sería atípica cuando el autor no se encuentre desposeído de aquélla (liberando por ende al progenitor que sustrae al hijo). Así lo entiende Maiza en su trabajo "Sustracción de menores" en la obra "Delitos contra la libertad" Coordinadores L. Nino - Stella M. Martínez, Ed. Ad Hoc. Expone que "partiendo del bien jurídico protegido, el problema del sujeto activo se vincula a la antijuridicidad, pues es evidente que ella presupone que quién sustrae no tenga derecho de custodia. En consecuencia, para que pueda ser considerado sujeto activo el padre o la madre, es necesario que esté 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 (art. 265 Código Civil). Por ello, en estos supuestos, por regla, debe mediar una sentencia judicial que haya privado o haya suspendido a uno o a ambos progenitores de su derecho a custodia, siendo en este aspecto insuficiente que se hayan celebrado acuerdos judiciales o extrajudiciales en supuestos de separación o divorcio, por el cual uno de los padres asume la tenencia (art. 264, inc. 2º, Código Civil) ya que éstos no importan renuncia ni pérdida de la patria potestad.

Permítaseme disentir con esta teoría respecto de que, como una cuestión de prejudicialidad o condición de procedibilidad (no estipulada legalmente), en cuanto a que siempre es necesario al momento de los hechos o llevarse a cabo la acción, que el padre que sustrae al menor del ámbito de custodia de la madre o viceversa, con quien se halle desde la separación de hecho, haya sido privado o suspendido de la patria potestad para poder encuadrar su conducta en la norma penal.

*Antes bien, entiendo que no es posible establecer reglas fijas, aplicables indistintamente a todos los casos, toda vez que en el propio texto abstracto de la ley (art. 146 del C.P.) ninguna característica especial establece para su autor. Por el contrario, la norma admite cualquier sujeto activo, dentro de los cuales se hallan, obviamente, los padres -sean titulares o no, ejerzan o no la patria potestad del menor.*

En consecuencia, *la cuestión a examinar, en cada caso concreto, debe radicar en el tenor de la acción llevada adelante, teniendo especialmente en cuenta la situación previa fáctica y jurídico-familiar.*

Así, 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 daría lugar a la aplicación de la figura sub examen, 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; sería entonces la prudencia jurisdiccional la que deba medir la procedencia de la denuncia.

El hecho de "ser padre" no legitima, ni autoriza, ni puede justificar por sí la realización de cualquier acto unilateral y de trascendencia en la relación filial, propias de las facultades de la patria potestad, dado que aquel si bien es su "representante" natural también lo es el otro progenitor, con lo cual la presunta voluntad del niño no puede ser llevada a cabo por uno solo omitiendo los derechos que al otro se lo reconocen. A mi juicio, el que actúa de esta forma excede el marco de su derecho, la "sustracción" de los hijos (efectivamente concretada) es ajena al ejercicio legítimo de un derecho derivado de aquella relación paterno-filial, por ende, puede cometer una ilicitud y su obrar es susceptible de encuadrarse en el tipo penal sub examen.

En definitiva, *y en mi opinión, cualquiera de los padres, cuenten o no con la patria potestad o con la tenencia legítima del hijo, pueden ser sujetos activos del delito dado que la norma reprime la sustracción de la custodia de sus padres, independientemente del título que ellos ostenten para con el menor.* Recordemos nuevamente que el niño es el hijo de ambos padres y, salvo resolución judicial en contrario, los dos tienen derecho razonable a convivir con su hijo. El propio tipo penal no hace salvedad alguna, y entender lo contrario sería liberar al padre -en el caso a P.- por la simple razón de no haber sido desposeído de la patria potestad.

Insisto, lo que se pretende tutelar primordial y directamente es la libertad individual infante (representada por ambos padres, por razones de edad) que puede afectar indirectamente a la familia, *por lo cual el proceder de uno de los progenitores que, unilateralmente aparte al niño del ámbito de custodia del otro padre, incurre en la comisión del delito analizado.* (Del voto en mayoría del Dr. Hornos)

- **N.D., M.A.J y D.E. de P.S, M. s/recurso de casación<sup>73</sup>:**

**SUMARIO:** (...) *En el tipo del art. 146 CP se protege secundariamente a la integridad del grupo familiar, a la incolumidad de la tenencia ejercida por los padres del menor. Cualquiera de los padres, cuenten o no con la patria potestad o con la tenencia legítima del hijo, pueden ser sujetos activos del delito dado que la norma reprime la sustracción de la custodia de sus padres, independientemente del título que ellos ostenten para el menor.* Dado que el niño es hijo de ambos padres y, salvo resolución judicial en contrario, los dos tienen derecho razonable a convivir con su hijo, el tipo penal no hace salvedad alguna, y entender lo contrario sería liberar al padre por la simple razón de no haber sido desposeído de la patria potestad. El accionar desplegado por el imputado con la participación de su prima, habría excedido notablemente el marco de un mero conflicto familiar y configuraría el delito de sustracción de menores -en el caso, de su hija- respecto de su mamá, generando de esta forma una extensa y gravísima ruptura del lazo materno filial, en evidente detrimento, no sólo de la libertad del menor e indirectamente del derecho familiar, sino también del interés superior del niño, reconocido convencionalmente. El *voto concurrente* agregó que, *para poder responsabilizar a uno de los padres por la conducta tipificada en el art. 146 CP, en relación a la "sustracción" de su hijo menor de diez años, habrá de analizarse en cada caso concreto, si el accionar desplegado por dicho progenitor, reviste la entidad suficiente como para poner en juego aquellos intereses protegidos por la norma que son, no sólo la libertad individual del menor -de la cual uno de sus padres opera como representante-, sino también el libre ejercicio de los deberes/derechos emanados de la*

---

<sup>73</sup> C.N.C.P. – Sala IV, “Namoc Díaz, Manuel A. J. y Díaz Escalante de Pow Sang, Martha s/recurso de casación”, Registro N° 331.12.4, Causa: 14350 (2012)

*patria potestad por parte del progenitor "afectado" por la sustracción, así como también la subsistencia de los lazos y vínculos filiales afectivos que todo niño necesita mantener y entrelazar con ambos padres, en aras de proteger su interés superior.*

- **I., V. s/recurso de casación<sup>74</sup>:**

**SUMARIO:** *Cualquiera de los padres, cuenten o no con la patria potestad o con la tenencia legítima del hijo, pueden ser sujetos activos del delito previsto por el art. 146 del CP dado que la norma reprime la sustracción de la custodia de sus padres, independientemente del título que ellos ostenten para con el menor. Recordemos que el niño es el hijo de ambos padres y, salvo resolución judicial en contrario, los dos tienen derecho razonable a convivir con su hijo. El propio tipo penal no hace salvedad alguna, y entender lo contrario sería liberar al padre por la simple razón de no haber sido desposeído de la patria potestad. Por lo tanto, la conducta desplegada por el imputado encuadra dentro del delito de sustracción de menores, de su hija respecto de su mamá, generando de esta forma una extensa y gravísima ruptura del lazo materno filial durante aproximadamente siete años en evidente detrimento de la libertad de la menor y del interés superior del niño. (Dres. Germignani, Hornos y Borinsky)*

- **M., C. M. s/procesamiento<sup>75</sup>:**

(...) El juez Alfredo Babarosch dijo:

Como le he sostenido como integrante de la Sala VI, 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 su hijo del poder la madre. No encuadra en el art. 146 C. P. la conducta del padre que sustrae a su hijo del poder la madre, con quien se hallaba desde la separación de hecho de ambos cónyuges (cfr. Causa N° 36200, “PEREZ CARRO” rta. 21/05/2009).

---

<sup>74</sup> C.N.C.P. – Sala IV, “Ivanov, Valery s/recurso de casación”, Registro N° 1474.15.4 (2015)

<sup>75</sup> Juzgado de Instrucción N° 36 – Secretaría N° 123, Sala I, 39852 (2011)

Así, en doctrina puede citarse lo siguiente: *“para Moras Mom y Diamianovich – 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, Cód. Penal, por cuanto, ni en un caso ni en el otro, pueden sacar del “poder” si no 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 I, Mave, 2003, p. 580)

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

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 N° 27512 **“ZAMUDIO”** rta. 08/07/2005)

En esa línea, se ha dicho que el bien jurídico que de manera prevaleciente se afecta es el derecho de tenencia y custodia del niño, que nace del vínculo familiar o bien de la situación de hecho o de derecho existente. Sobre esa base, la antijuricidad 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 esté 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, Bs.As., 2003, pág. 238 y 241). De allí que la conducta atribuida a M. resulta atípica a la luz del art. 146 del C. P. Por ello voto por que se dicte el sobreseimiento (...)

**El juez Jorge Luis Rimoldi 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 N° 25614 **“PARADA”** rta. 24/05/2005, causa 36200 **“PEREZ CARRO”** rta. 21/05/2009, 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 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 acumuladas así lo indicarían (cfr. Causa N° 19786 “**BALANOVSKY**” del 06/12/2003, 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 se 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). (...)

Por lo expuesto, a mi juicio C.M. M. puede ser sujeto activo del art. 146 del C. P. (...).

## **CONCLUSION:**

La hipótesis planteada no ha sido confirmada. A través de la investigación he podido concluir que, el delito de sustraer, retener y ocultar a un menor tiene un tratamiento doctrinario rayano a una breve referencia. Que el encuadre del delito se encuentra dentro de aquellos que corresponden a atentados contra la libertad y, a través de la jurisprudencia contrastada, pareciera que el bien jurídico protegido es la patria potestad – hoy responsabilidad parental-.

No hay compatibilización entre los conceptos que maneja el derecho civil con el derecho penal en el mismo ámbito de evaluación. En nuestro sistema, el derecho de familia, que se encuentra revestido de la calidad de Orden Público, amparando derechos indisponibles, y con el objeto de dar cumplimiento a la manda constitucional que reconoce los derechos de los niños, niñas y adolescentes, los jueces deberían investigar profundamente cada situación planteada, con el fin último de encontrar en estos casos la verdad jurídica material y actuar en consecuencia. En contraposición, para el derecho penal el delito de marras es de instancia privada.

Considero la necesidad de crear una figura delictiva que encuadre específicamente en la conducta desarrollada por los responsables parentales, en el caso concreto de sustracción o retención indebida, en la cual – teniendo siempre en el centro de atención el interés superior del niño, éste sea el considerado como sujeto pasivo, el verdadero damnificado de la conducta desplegada, garantizándole un desarrollo psicológico libre de toda manifestación de violencia y que se encuentre claramente conceptualizada como delitos contra la familia.

Asimismo, considero la necesidad, que tanto en este supuesto como en otros donde se encuentren vinculados niños, niñas o adolescentes, todo el proceso se encuentre dotado de la oficiosidad que los casos de violencia ameritan. Que tanto los equipos interdisciplinarios de las Asesorías como los de los Ministerios Públicos Fiscales puedan solicitar a los magistrados el impulso de oficio este tipo de procesos.

## **BIBLIOGRAFIA:**

### **I-Doctrina:**

#### **a) Libros:**

1. Aguilar Cuenca, J. M. (2004). *SAP, Síndrome de Alienación Parental*. (5º Edic.)  
España: Ed. Almuzara

2. Buompadre, J. E. (2000). *Derecho Penal Parte Especial Tomo I*. Bs. As.: Ed. MAVE
3. Corsi, J. (1994). Una mirada abarcativa sobre el problema de la violencia familiar. En J. Corsi (Compilador), *Violencia familiar: una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social* (pp. 15-63)- Bs. As: Ed. Paidós
4. Creus, C. (1983). *Derecho Penal Parte Especial Tomo I* (6° Ed. Actualizada y ampliada – 1° reimpresión). Bs. As.: Editorial Astrea
5. Donna, E. A. (2001). *Derecho Penal Parte Especial Tomo II A*. Bs. As: Rubinzal-Culzoni Editores
6. Ekman, P. (2005). *Cómo detectar mentiras*. (2° reimp.). Barcelona, España: Ed. Paidós
7. Fontan Balestra, C. (2008). *Derecho Penal Parte Especial*. (17° Ed.). Bs. As.: Ed. Abeledo Perrot
8. Herrera M., Caramelo G. y Picasso S. (2015), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado - Tomo II Libro Segundo Artículos 401 a 723*, Buenos Aires: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación
9. Hernández Sampieri, R., Fernández Callado, C. y Baptista Lucio, P. (1991), *Metodología de la investigación*, (4° Edic.) México D.F.: Mc. Graw Hill Interamericana.
10. Lorenzetti, R. L., Highton de Nolasco, E. y Kemelmajer de Carlucci, A. (2012), *Fundamentos del anteproyecto de reforma de código civil y comercial de la Nación*.
11. Notrica, F. P. y Rodríguez Iturburu M. I. (2014). Responsabilidad Parental - Algunos aspectos trascendentales a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación. Saldando viejas deudas. En M. Graham y M. Herrera (Directoras) *Derechos de las familias, infancia y adolescencia – Una mirada crítica y contemporánea* (pp.133-155)) – Buenos Aires: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación
12. Núñez, Ricardo C. (1976). *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. (3° Ed.) Córdoba – Argentina: Lerner Editora S.R.L

**b) Publicaciones periódicas y Revistas especializadas consultadas en internet:**

1. Alegre, S., Hernández, X. y Roger, C. (2014). El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas. *Cuaderno 05. Sistema de información sobre la primera infancia en América Latina*. Recuperado el 14/06/2016 disponible en:  
[http://www.sipi.siteal.org/sites/default/files/sipi\\_publicacion/sipi\\_cuaderno\\_05\\_interes\\_superior\\_nino.pdf](http://www.sipi.siteal.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf)
2. Atucha de Ares, M. (1999). La niñez maltratada. *Revista Verba Iustitiae – Revista de la Facultad de derecho de Morón (9). Sistema Argentino de Información Jurídica* Recuperado el 11/12/2016 Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/monica-atucha-ares-ninez-maltratada-dacf000110-1999/123456789-0abc-defg0110-00fcanirtcod?q=moreLikeThis%28id>
3. Cillero Bruñol, M. (1999). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los derechos del niño. *Justicia y derechos del niño. (1). Unicef Argentina*. Recuperado el 14/06/2016. Disponible en:  
[https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar\\_insumos\\_PEJusticiayderechos1.pdf](https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf)
4. D'Alessandre, V., Roger, C., Hernández, X. y Sánchez, Y., (2014). Avances en la prevención y atención de los niños víctimas de violencia en el entorno familiar. *Cuaderno 07. Sistema de información sobre la primera infancia en América Latina*. Recuperado el 14/06/2016. Disponible en:  
<http://www.sipi.siteal.org/publicaciones/745/avances-en-la-prevencion-y-atencion-de-los-ninos-victimas-de-violencia-en-el>
5. Del Mazo, C. G. (2012). La responsabilidad parental en el proyecto del nuevo código civil y comercial de la Nación. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Ed. La Ley, Julio/2012, 206-226. *Derecho.sociales.uba.ar*. Recuperado el 10/05/2016. Disponible en: <http://derecho.sociales.uba.ar/files/2014/03/Bibliografía-Complementaria-Art.-DEL-MAZO-La-Responsabilidad-Parental-en-el-proyecto-de-nuevo-CCyC.pdf>

6. Larraín S. y Bascuñan C., (2009). Maltrato infantil: una dolorosa realidad puertas adentro. *Desafíos – Boletín de la infancia y adolescencia sobre el avance de los objetivos de desarrollo del Milenio* (9). Repositorio digital Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Recuperado el 14/06/2016. Disponible en: <http://repositorio.cepal.org/handle/11362/35986>

7. Maida S., A., Herskovic M., V., Prado A., B. (2011). Síndrome de Alienación Parental. *Revista chilena de pediatría*. 82 (6) Santiago, 485-492. *Scientific Electronic Library Online*. Recuperado el 14/01/2017. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0370-41062011000600002>

8. Nager H. S. (2014). El delito de sustracción de menor y su relación con la obstrucción o impedimento de contacto. *Revista de Derecho Penal – SAIJ- Año 3* (8), 31-43. *Sistema Argentino de Información Jurídica*. Recuperado el 19/05/2016. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/horacio-santiago-nager-delito-sustraccion-menores-su-relacion-obstruccion-impedimento-contacto-dacf140854-2014-10/123456789-0abc-defg4580-41fcanirtcod?q=moreLikeThis%28id-infojus%2C%20numero-norma%5E4%2C%20tipo-documento%5E4%2C%20titulo%5E4%2C%20jurisdiccion%2C%20tesauro%2C%20provincia%2C%20tribunal%2C%20organismo%2C%20autor%2C%20texto%5E0.5%29%3Anager&o=0&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20penal%5B3%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%E1tica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=5>

c) **Artículos:**

1. Aguilar Cuenca, J. M. (2005). Uso de los hijos en procesos de separación. *Revista Lex Nova* (octubre-diciembre/2005). *Asociación de familiares separados*. Recuperado el 15/01/2017. Disponible en: [http://www.afamse.org.ar/el\\_uso\\_de\\_los\\_hijos.html](http://www.afamse.org.ar/el_uso_de_los_hijos.html)

2. Corigliano, M. E. (2006). Delitos de sustracción, retención y ocultación de menores. Hacia una definición político-criminal. *Revista Pensamiento Penal*.

Recuperado el 10/06/2016 Disponible en:

<http://www.pensamientopenal.com/doctrina/31024-delitos-sustraccion-retencion-y-ocultacion-menores-hacia-definicion-politico-criminal>

3. Martínez Llenas P. (marzo 2007). “*Qué es el síndrome de alienación parental o S.A.P*” - Recuperado en:

<http://www.afamse.org.ar/files/Que es el Síndrome de Alienación Parental.pdf>

4. Recalde J. y Biglieri, M. M. (2013). Artículo 146 Sustracción de Menores. *Revista Pensamiento Penal*. Recuperado el 18/01/2017 de:

<http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37760-art-146-sustraccion-menores>

d) **Ponencias:**

1. LORA, L. N. (septiembre, 2006) *Discurso Jurídico sobre El Interés superior del niño*. En: Avances de investigación en derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios. Ediciones Suarez, Mar del Plata, 2006, pp.479-488

**II- Legislación:**

a) **Internacional:**

1. Convención Internacional sobre los derechos del niño

2. C.I.D.H., Opinión Consultiva N° 17 OC-17/2002

3. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 13 – CRC C GC 13 – Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia - abril 2011

4. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 – CRC C GC 14 – Derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), mayo 2013

**b) Nacional:**

1.Ley 11.179 – Código Penal – B.O. 03/11/1921

1. Ley 23.849 – Aprueba la Convención sobre los derechos del niño – B.O. 22/10/1990

2.Ley 26.061 – Ley de Protección Integral de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes – B.O. 26/10/2005

2. Ley 26.994 – Código Civil y Comercial – B.O.: 08/10/2014 Vigencia a partir de 01 de agosto de 2015 (según Ley 27.077 – B.O.: 19/12/2014)

**III- Jurisprudencia:**

**a) Nacional:**

1. CSJ de Salta, “C/C O.C.R -incidente de suspensión de juicio a prueba – Recurso de Casación” (Exte. N° CJS 34.315-11) (2012)

2. Juzg. 1° Inst. Civ, Com, Laboral y de Minería V Circunsc. Jud. Neuquén “T.B.A. y Otros s/situación Ley 2302” – Exte. 4595 (1996) consid. 3

3. C.N.C.P.- Sala IV Pyrih, Luis Aníbal s/recurso de casación – Registro N° 8276.4 (2007)

4. C.N.C.P. – Sala IV-Namoc Diaz, Manuel A.J. y Diaz Escalante de Pow Sang, Martha – Registro N° 331.12.4. Causa: 14350 (2012)

5. C.N.C.P. – Sala IV – Ivanov, Valery s/recurso de casación – Registro N° 1474.15.4 (2015)

6. Juzgado de Instrucción N° 36/Secretaría N° 123 – Sala I- 39852 (2011)

**b) Internacional:**

1. CIDH, caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile” – 24 de febrero de 2010, cons. 109

**IV- Otros:**

a) Páginas web consultadas:

1.Asociación Argentina de prevención del maltrato infanto-juvenil:

<http://www.asapmi.org.ar/>

**2.** Asociación de familiares separados:

<http://www.afamse.org.ar/>

**3.**Comité de los derechos del niño

<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/index.htm>

**4.** Corte Suprema de Justicia de la Nación

<http://www.csjn.gov.ar/>

**4.**Diccionario de la Real Academia Española:

<http://www.rae.es>

**5.** Cámara Nacional de Casación Penal

<http://www.pjn.gov.ar>

**6.**Información legislativa y documental:

<http://www.infoleg.gob.ar/>

**7.**Instituto Interamericano del niño, la niña y adolescentes.

<http://www.iin.oea.org/>

**8.**Sistema Argentino de información jurídica:

<http://www.saij.gob.ar/>

**9.**Sistema de información sobre la primera infancia en América Latina:

<http://www.sipi.siteal.org/>

**10.**UNICEF:

<https://www.unicef.org/>