



TRABAJO FINAL DE GRADUACION PIA

Tema: Los progenitores como sujetos activos del delito de sustracción de menores

Alumno: Lencina Walter O.

D.N.I.:21.901.192

Carrera: Abogacía

Legajo : VAGB36598

2019

Resumen

En la presente trabajo se investiga la eventualidad de que el progenitor de un menor de diez años pueda ser sujeto activo del delito de sustracción de menores, previsto por el art 146 del CP, consignándose las posiciones judiciales y doctrinarias que condicionan esa posibilidad, a que aquél se encuentre o no en ejercicio de la guarda y responsabilidad parental del niño sustraído.

Asimismo se realiza la comparación con el tipo penal de impedimento de contacto regulado por la ley 24.270/1993 y la posibilidad de subsumir la sustracción por uno de los padres, en las disposiciones del art. 2 de la mencionada ley.

Se analiza la regulación de este delito en el derecho interno de varios países, algunos de los cuales expresamente han reconocido la responsabilidad penal del progenitor, por el delito de sustracción de sus hijos menores, como también la interpretación que de la ley hace la jurisprudencia de esos Estados.

Finalmente se analizan fallos jurisprudenciales recientes de nuestro país, sentando la posición predominante al respecto.

Palabras claves: Delito de sustracción de menores, Delito de impedimento de contacto, Sujeto activo, Responsabilidad parental, Derecho comparado. Interpretación Jurisprudencial

Abstract

In this present work, the case studied is that of an eventual case in which a parent of a 10 year old minor might be active subject of child abduction offense, provided by Article 146 of the Penal Code, setting the judicial and dogmatic positions that condition the possibility of the former being exercising or not the guard and responsibility of the abducted child.

Likewise, the comparison with the penal type of contact impediment regulated by Act 24270/1993 is carried out, and the possibility of subsuming the abduction by one of the parents, in accordance with dispositions of Article 2 of the above mentioned Act.

The regulation of this offense is analyzed in Internal Law of several countries, some of which have expressly recognized the penal responsibility of the parent for the offense of

abduction of their under-age children, as well as the interpretation of the Law made by the jurisprudence of those States.

Finally, recent jurisprudence verdicts of our country are analyzed, setting the predominant position with respect to them.

Key Words: Child Abduction Offense, Contact Impediment Offense, Active Subject, Parental Responsibility, Comparative Law of Jurisprudence, Jurisprudence Interpretation.

Índice	pág.
Introducción.....	6
Capítulo I. Delito de sustracción de menores.....	13
Introducción.....	13
1.1. Antecedentes históricos.....	13
1.2. Tratados internacionales sobre desaparición forzada de personas.....	14
1.2.1. Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. 2006.....	14
1.2.2. Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas. 1994....	15
1.3. Relación entre la figura de la desaparición forzada y el tipo penal del art. 146 C.P.....	16
1.4.El bien jurídico tutelado.....	17
1.5. La sustracción internacional de menores. Consecuencias penales y aspectos civiles	
1.5.1. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.....	21
1.5.2. La Convención de La Haya.....	23
Conclusiones Parciales.....	26
Capítulo II. Regulación del delito de sustracción de menores en Argentina.....	29
Introducción.....	29
2.1. Tipicidad de la conducta de sustracción de menores.....	29
2.2. Ley aplicable durante la comisión del delito de sustracción de menores.....	30
2.3. El cambio de leyes durante la comisión de los delitos continuados.....	32
2.4. Tipificación de la conducta sustractiva del progenitor como delito especial...	34

Conclusiones parciales.....	36
Capítulo III. Delito de Impedimento de contacto.....	40
Introducción.....	40
3.1. El delito de impedimento de contacto. Ley 24.270/93.....	40
3.2. Evolución jurisprudencial.....	42
Conclusiones parciales.....	47
.Capítulo IV. El delito de sustracción de menores en la jurisprudencia argentina del siglo XXI	50
Introducción.....	50
4.1. Fallo 1: Cámara Nacional de Casación Penal, año 2007: "P. L. A. s/recurso de casación".....	50
4.2. Fallo 2: Cámara del Crimen de la Nación, Sala I, año 2012. "B.A.V s/ Contienda 12-110".....	53
4.3 Fallo 3: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de C.F. Sala VII, año 2018. "L.J,G s/ procesamiento- sustracción de menores	54
Conclusiones parciales.....	56
Conclusiones Finales.....	58
Bibliografía.....	63

Introducción

La sustracción de menores ha constituido, en la dictadura que transcurrió entre 1976/1983 en nuestro país, el aberrante delito instrumentado a través de un plan deliberado de robo de niños y sustitución de su identidad, mediante adopciones ilegales, como una de las políticas de Estado de las juntas militares- lo que justifica la intensidad de las penas que se adjudican al tipo penal (5 a 15 años de prisión).

Mas no sólo estas conductas se producen debido a la violencia institucional, sino que suelen ocurrir desde situaciones particulares y familiares, en los numerosos casos en los que el progenitor privado de la guarda - pero no necesariamente de la responsabilidad parental- decide llevarse a su hijo a paradero generalmente desconocido por el otro progenitor y sin su consentimiento, privando tanto a éste como al niño, de mantener entre ellos el fluido trato que los instrumentos internacionales y la normativa nacional prescriben..

En el presente trabajo se investiga si las disposiciones del art.146 del CP, permiten responsabilizar penalmente por el delito de sustracción de menores de 10 años al progenitor que sustraiga, retenga u oculte a su hijo, cuando éste se encuentre bajo el cuidado personal del otro padre o bajo la guarda detentada por terceros o por un establecimiento autorizado.

La disposición normativa que regula la tipicidad de este delito permite condenar con elevadas penas de privación de la libertad a quien sustraiga, retenga u oculte a un menor de 10 años, cualesquiera sean los fines perseguidos, ya que conforme se desarrolla en el texto del presente, son diversos los bienes jurídicos protegidos por la norma, aun cuando ésta se encuentra inserta en el capítulo que regula los delitos contra la Libertad Individual.

Conforme lo expuesto, la investigación se ha orientado a dilucidar si la norma en examen permite perseguir y sancionar penalmente al progenitor que sustrae a su propio hijo, para detentar de hecho su guarda o cuidado personal, apartándolo del otro progenitor con el que el menor convivía en su morada habitual o centro de vida, cambiándolo de ciudad, de provincia o trasladándolo a un país extranjero, para retenerlo y ocultarlo.

En la descripción y análisis de los hechos y las conductas se utilizó la teoría analítica del delito, para examinar las características del tipo penal de la sustracción de menores, desde el bien jurídico tutelado en la norma del 146 del CP y sus elementos objetivos y subjetivos,

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han adoptado soluciones disímiles al aplicar el artículo citado. En efecto, algunos fallos y opiniones doctrinarias se han aglutinado en torno a una solución, para el caso, de carácter estrictamente penal, estableciendo que quien sustraiga a un menor de 10 años de la guarda o custodia del progenitor que la tenga asignada, será considerado sujeto activo del tipo penal previsto en el art. 146 del CP, aun cuando quien cometa el ilícito sea el propio padre o madre.

En oposición a esta postura, otros fallos y doctrina, sostienen que si quien sustrae el menor es uno de sus progenitores, no cabe aplicar el tipo penal establecido en la norma, en tanto el mismo no pone en peligro la libertad del menor.

Consideran que el comportamiento del autor sería atípico, dado que el ordenamiento jurídico, en especial en la rama civil, ampara la conducta del progenitor/a que sustrae a su hijo o hija menor de 10 años, actuando en ejercicio de los derechos que confiere la responsabilidad parental, por lo que su acción dejaría de ser antijurídica ante la existencia de esa causa de justificación.

Otras posiciones promueven la conveniencia de incorporar a la ley penal disposiciones que tipifiquen las conductas de los progenitores que vulneren o pongan en peligro las relaciones familiares, como bien jurídico protegido y, en consecuencia, proponen que se establezcan sanciones adecuadas- con una obvia disminución del mínimo y máximo de la pena- a los padres que incurran en tales conductas.

Pese a lo expuesto se advierte que, en el ordenamiento jurídico vigente en nuestro país, no existe otra respuesta diferente a la penal para hechos suscitados por conflictos en la pareja, los que, lejos de demostrar que la sustracción fue realizada con la intención de apoderarse del menor de 10 años o alejarlo definitivamente del otro progenitor, lo que ponen de relieve es la existencia de problemas familiares, por lo que condenar al progenitor encontrado culpable con una pena de entre 5 y 15 años, puede provocar resultados no deseables.

Conforme a los planteos efectuados, la pregunta de investigación resulta: ¿Es jurídicamente procedente que el progenitor que sustrae, retiene u oculta a su hijo menor de 10 años, sea sujeto activo del delito tipificado por el art, 146 del C.P?

Consecuentemente, se plantea como hipótesis la siguiente: la conducta del progenitor que sustrae, retiene u oculta a su hijo menor de diez años, de la guarda o cuidado personal que ejerce el otro progenitor (el conviviente) , puede ser encuadrada en el delito tipificado por el art 146 del Código Penal.

En cuanto al marco teórico utilizado, este estudio requiere de la exposición y análisis de documentos legales, enfoques doctrinarios y decisiones jurisprudenciales, relacionados con el tema en estudio, como asimismo profundizar en la teoría del delito como herramienta de investigación, en tanto ello contribuyó a una mejor comprensión del problema

Entre los antecedentes legislativos utilizados, se exponen las disposiciones del Código Tejedor de la Provincia de Buenos Aires, la ley 24.410/1995 que modifica la pena y establece para este tipo penal la prisión de 5 a 15 años, y la modificación de 2004 que ubica a este delito- en el Código Penal-, en el Título V que corresponde a los Delitos contra la Libertad, Capítulo I, Delitos contra la Libertad Individual.

En lo que a antecedentes doctrinarios refiere, las posiciones de los estudiosos en la materia son diversas, ya que Soler (1999) rechaza de plano la posibilidad de que los padres puedan ser considerados autores del delito previsto en el Art. 146 del CP, en tanto otros, como Molinario (1996) considera que el progenitor que sustrae a su hijo menor de 10 años, no comete el hecho para privar al menor de su libertad individual, sino que su comportamiento afecta, en mayor o menor grado, el ejercicio de la patria potestad (hoy responsabilidad parental) por parte del otro progenitor, quien se encontraba a cargo del menor.

Una tercera postura plantea que el progenitor que sustrae al menor, lo hace en el legítimo ejercicio de la responsabilidad parental, según las disposiciones de la ley nacional en materia civil (Ley 26.994. Código Civil, 2014). En consecuencia, sólo podría ser sujeto activo de ese delito, el progenitor privado o suspendido de los derechos derivados de la responsabilidad parental o de la custodia, por sentencia judicial.

Otros tratadistas agregan que en el caso del progenitor que sustrae al hijo, estando en ejercicio de la responsabilidad parental, cuando la duración e intensidad del despojo sea suficiente para ser considerada típica, deja librada la aplicación del art.146 y sus

consecuencias jurídicas a la prudencia judicial, ya que el artículo citado no establece condiciones.

Se ha acudido al Derecho Comparado, analizado la legislación española que considera que la sustracción de menores perpetrada por uno de los progenitores, sin autorización del otro o de la persona o institución a quien se le hubiere confiado legalmente la guarda y custodia del menor, o la indebida y grave retención en contravención de los deberes impuestos mediante alguna providencia judicial o administrativa, lesiona el bien jurídico que protege los derechos y deberes familiares.

En cuanto a los antecedentes jurisprudenciales, se han dictado sentencias que consideran que 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 de la situación en la que se encuentren con relación al menor.

Otras resoluciones, en cambio, han considerado que el progenitor que no ha sido privado por resolución judicial de la responsabilidad parental, podrá ser alcanzado por el art. 2 de la ley 24.279 (delito de impedimento de contacto) pero no puede ser sujeto activo del delito tipificado en art. 146 CP. Los fallos recientes más relevantes, serán expuestos y analizados en el capítulo V del presente trabajo.

La estrategia metodológica empleada es de tipo cualitativo, pues se estudió el tema específico, interpretando la información colectada, para llegar a conclusiones de carácter general, explicando y analizando conceptos, naturaleza jurídica y bienes jurídicos protegidos por el tipo, lo que ha permitido interpretar las corrientes doctrinarias y jurisprudenciales a fin de poder dilucidar en qué situaciones el progenitor que sustrae a su hijo menor de diez, puede ser castigado- o no-, como autor del delito previsto en el art 146 del CP

La investigación responde el modelo descriptivo, ya que se seleccionó la información, detallando sus particularidades, se precisaron los elementos objetivos y subjetivos de la norma penal sometida a análisis, así como la naturaleza jurídica de la responsabilidad parental, con el objetivo de verificar si el propósito del legislador fue castigar y condenar con prisión al padre o madre que, siendo titular de la patria potestad, sin haber sido privado o suspendido de tal ejercicio, sustrae a su hijo. Se ha utilizado información a partir de la legislación vigente, la doctrinaria y jurisprudencia.

Asimismo, esta investigación es explicativa, porque no solamente se describe a la sustracción de menores como tipo penal y la relación que existe entre el tenor de la norma y el comportamiento del progenitor acusado de haber cometido este delito, sino que también está dirigida a explicar por qué la aplicación de esa norma ha generado tantas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales diferentes y contradictorias.

Los tipos de fuentes utilizadas son tanto primarias como secundarias y terciarias.

Las fuentes primarias (directas) consistieron en el análisis de la regulación legal argentina vinculada al tema planteado: el Código Penal Argentino y leyes complementarias, los fallos judiciales relevantes y la doctrina especializada.

Como fuentes secundarias, se utilizaron compilaciones de importantes estudios de la problemática referidos a la teoría analítica del delito y al análisis de los tipos penales, como asimismo fallos de la Cámara de Casación Penal.

En cuanto a las fuentes terciarias se han expuesto conceptos vertidos en revistas jurídicas y publicaciones especializadas en diversos sitios web.

Se han empleado técnicas de recolección y análisis de datos de carácter documental, lo que permitió contextualizar el tema estudiado, y permitió tanto una mirada retrospectiva, como actual y prospectiva de la realidad que es objeto de indagación.

En cuanto a la determinación temporal y nivel de análisis, fue a partir del Siglo XIX que se incorpora al sistema normativo penal de Argentina el delito de sustracción de menores, siguiendo la tendencia de los países europeos, donde se castigaba con penas leves tales conductas. Los primeros Códigos Penales argentinos también sancionaban con penas menores la ocurrencia de tales hechos, mas a partir de los códigos penales del siglo XX, esas conductas adquieren relevancia y en consecuencia las penas se tornan más severas.

El desarrollo de este trabajo se ha distribuido en cuatro capítulos, cuyos contenidos respectivos son los que a continuación se exponen.

El capítulo primero refiere al delito de sustracción de menores, sus antecedentes históricos, la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de 2006, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, de 1994, la relación entre la figura de la desaparición forzada y el tipo penal del art. 146 C.P., cuál es el bien jurídico tutelado, la sustracción internacional de menores,

consecuencias penales y aspectos civiles, Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, la Convención de La Haya y las conclusiones parciales.

El capítulo segundo contiene la regulación del delito de sustracción de menores en Argentina, la tipicidad de la conducta en el delito de sustracción de menores; la clasificación de esta conducta como delito continuo y ley aplicable mientras dure la misma; la tipificación que de la sustracción de menores por el progenitor como delito especial, en el derecho comparado.

En el capítulo cuarto se desarrollan y analizan los fallos recientes en la Jurisprudencia argentina del siglo XXI y las conclusiones parciales.

Se exponen las conclusiones finales y se cita la bibliografía utilizada.

CAPITULO I

EL DELITO DE SUSTRACCION DE MENORES

CAPITULO I

EL DELITO DE SUSTRACCION DE MENORES

Introducción

La sustracción de menores de la tutela de sus progenitores o guardadores ha sido considerada- en tiempo y espacio- un delito grave, ya que desde épocas remotas las diversas sociedades han penado severamente su ejecución.

Se destaca en el presente capítulo que no sólo la legislación interna de los Estados Nacionales ha tipificado la sustracción de menores como delito, sino que varios tratados internacionales lo han catalogado como una de las formas de ejecución de la desaparición forzada de personas, estableciendo la imprescriptibilidad del tipo.

Dado que no toda la doctrina coincide con la determinación de cuál es el bien jurídico protegido al tipificarse este injusto penal, se exponen y analizan en el presente capítulo las diversas posturas doctrinarias y las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), que aporta los principios de su interés superior, su derecho al estado de familia y al contacto fluido con ambos progenitores, lo que contribuye a que se considere la existencia de la pluriofensividad de bienes jurídicos, en caso de cometerse las conductas tipificadas.

1.1. Antecedentes históricos.

Desde antiguo, el robo de niños- así llamado tanto en el derecho español como en el germánico-, preveía duras penas para este delito, y el Fuero Juzgo establecía que, si los hijos de los hombres libres fueran sustraídos de la casa de sus padres, la sanción que se aplicaba al autor era quedar como siervo del hijo robado, o pagar una pena pecuniaria. (Cuello Calón, 1949, pág. 690)

Entre los romanos la figura de la sustracción de niños se denominaba plagio, y fue construida para castigar el accionar de grupos que atacaban los caminos, penándose esa conducta con la muerte

El antecedente nacional correspondiente al delito de sustracción de menores fue previsto en los artículos 283 y 284 del Código Penal de la provincia de Buenos Aires o Código Tejedor, sancionado en 1877 (Corigliano, 2008).

El art. 283 establecía:

...El que sustrajere un menor de 9 años del poder de sus padres, sufrirá tres meses de arresto. La pena será de 2 meses de arresto si el menor sustraído estaba en poder de su guardador o de cualquiera otra persona encargada de su custodia.

El art. 284 agravaba la figura en tanto expresaba:

Si la sustracción se hiciese con el objeto de privar al menor de algún derecho civil, o de aprovecharse de sus servicios o de sus bienes, la pena será de un año de prisión, y multa de 20 y 5 a 500 fuertes .

El código penal de 1921 reguló la acción punible en el art. 146, que en su redacción originaria establecía la pena de reclusión o prisión de tres a diez años, para quien sustrajere a un menor de diez años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y al que lo retuviera u ocultare. Esta figura se mantuvo hasta la sanción de la ley 24.410 en el año 1995, que elevó el monto de la pena, fijándola entre cinco a quince años de prisión o reclusión y es la que rige en la actualidad (Corigliano,2008)

1.2. Tratados internacionales sobre desaparición forzada de personas

La sustracción de menores de la guarda o custodia de sus padres, ha sido regulada internacionalmente a través de Convenciones cuyas principales disposiciones se explicitan a continuación.

1.2.1 Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. 2006

La Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 61/177, de 20 diciembre de 2006, establece en su art. 2, que se entenderá por "desaparición forzada" el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o realizadas por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la

persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley. Dispone que, cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para que la desaparición forzada sea tipificada como delito en su legislación penal y califica a la práctica generalizada o sistemática como un crimen de lesa humanidad (art 5)

En cuanto a la prescripción del delito de desaparición forzada, provee que cada Estado Parte tome las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción sea prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito, y comience a contarse desde el momento en que cesa la desaparición forzada, dado el carácter continuo del mismo.

Cabe destacar lo previsto por el art. 25, en cuanto sostiene que los Estados Partes deben tomar las medidas necesarias para prevenir y sancionar penalmente: *a*) La apropiación de niños sometidos a desaparición forzada, o de niños cuyo padre, madre o representante legal son sometidos a una desaparición forzada, o de niños nacidos durante el cautiverio de su madre sometida a una desaparición forzada; *b*) La falsificación, el ocultamiento o la destrucción de documentos que prueben la verdadera identidad de los niños mencionados en el inciso *a*) *supra*.

Agrega, en su inc. 4), que para preservar el interés superior de los niños mencionados y su derecho a recuperar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares reconocidas por la ley, deberán existir en los Estados Partes que reconocen el sistema de adopción u otra forma de colocación o guarda, procedimientos legales encaminados a revisarlos y, si procede, a anular toda adopción o colocación o guarda cuyo origen sea una desaparición forzada.

El inc.5 destaca que el interés superior del niño constituirá una consideración primordial y que el menor con capacidad de discernimiento, tendrá derecho a expresar libremente su opinión, la que será debidamente valorada en función de su edad y madurez¹.

1.2.2. Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas. 1994

La Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, aprobada en la ciudad de Belem, Brasil, en 1994 establece que, para los efectos de esta Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que

¹ Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas Obtenida de <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2014/10/newCoreTreatiessp-1-nuevos.53-76.pdf>. Consultada el 28/1/2019

actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

En su artículo IV determina que los hechos constitutivos de la desaparición forzada de personas serán considerados delitos en cualquier Estado Parte, y agrega que éste debe adoptar las medidas para establecer su jurisdicción sobre la causa cuando la desaparición forzada, o cualquiera de sus hechos constitutivos, se hayan cometido: en el ámbito de su jurisdicción, cuando el imputado sea nacional de ese Estado y/o cuando la víctima lo sea.

La desaparición forzada de personas no será considerada delito político para los efectos de extradición (Art. V). La acción penal derivada de este delito y la pena que se imponga judicialmente al responsable del mismo, no estarán sujetas a prescripción, mas si existiera una norma que impidiera la aplicación de lo estipulado, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave previsto en la legislación interna del respectivo Estado Parte (art. VII).

El art. VIII dispone la no admisión de la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada y que toda persona que reciba tales órdenes tiene el derecho y el deber de no obedecerlas².

Si bien sólo se hace referencia en el presente a dos disposiciones convencionales, fue largo el camino para acordarlas y plasmarlas, ante las aberrantes conductas desarrolladas en varios países, de las cuales no estuvo exento el nuestro.

1.3. Relación entre la figura de la desaparición forzada y el tipo penal del art. 146 C.P.

Surge el interrogante referido a qué relación tienen estas normas del *ius cogens* con el delito previsto en el art. 146 CP. Sabido es que durante la dictadura de 1978-1983 se produjo en nuestro país, reiteradamente, el robo de niños- la mayoría recién nacidos-, los que fueron

²Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. 1994.<http://ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D12.pdf>

sustraídos por agentes del gobierno, por médicos y parteras y luego retenidos y ocultados por quienes realizaban adopciones ilegales, o simplemente los anotaban como sus hijos, privando a los niños de criarse y a sus padres, abuelos y demás parientes biológicos a compartir con él, en el ámbito de su familia y falseando su identidad.

Por ello la respuesta adecuada al interrogante planteado, es lo concluido por el fallo de la CSJN, en el caso” Massera s/ Excarcelación” pues en esta resolución expresamente se afirma que algunos casos de desaparición forzada de personas se encuentran tipificados en distintos artículos de nuestra legislación penal interna, pero cuando esa desaparición refiere a menores de 10 años, sustraídos a sus padres, se trataría de un caso específico del delito -más genérico- previsto por el artículo 146 del Código Penal.

1.4. El bien jurídico tutelado

Existen, desde lo doctrinario, diversas posiciones en relación a cuál es el bien jurídico tutelado, sosteniendo algunos autores que lo que se pretende resguardar es el derecho a la libertad del menor. Otros afirman que lo que se protege son los derechos referidos al ejercicio de la patria potestad de los progenitores, el estado de familia o el derecho de los menores a su identidad.

Así hay quienes sostienen que es la libertad del menor el objeto de tutela, por lo que para que el delito se configure no es necesario que el niño sea reducido a un estado de servidumbre, sino que al contar con diez años o menos, está en dependencia prácticamente total de otra voluntad, y que el castigo de la ley es para quien usurpa esa voluntad. Un delito contra la libertad comprende una acción de retener duradera en el tiempo, lo que provoca que los padres se vean privados del ejercicio de la “facultad genérica de tutela”. (Soler 1999/2000, pág.1-67).

Distinta es la postura de quienes afirman que el bien jurídico protegido es el de tener un estado de familia, que el niño sepa quiénes son sus padres y que pueda criarse junto a ellos. (Donna 2001), o de aquellos que consideran que el bien jurídico tutelado es el derecho del niño, su interés superior, y no el de quien detenta su tenencia, aún cuando aceptan que puedan afectarse ambos. (Fontán Balestra 2008, pág 362),

Existen quienes consideran que el delito previsto por el art 146 del CP, por tratarse de “un robo del menor por sustracción a la familia”, constituye una ofensa a la integridad del

grupo familiar, por lo que deducen que el bien jurídico protegido es la familia del menor. (Nuñez 1989, pág. 58-59)

La doctrina que considera la existencia de una pluriofensividad de bienes que el delito en análisis provoca, considera que lo que se protege es tanto la libertad del niño como el derecho a tutela por parte de la familia, por lo que de consumarse el delito de sustracción de menores ambos bienes jurídicos se ofenden. (Pérez Lance, 2008)

A los fines de dilucidar- entre las diversas posiciones arriba apuntadas, cuál es realmente el bien jurídico protegido, resulta propicio analizar las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), a la que nuestro país ha ratificado por ley 23.849/1990, y tiene carácter vinculante para los Estados que a ella han adherido.

La CDN representa un cambio de paradigma, en la medida en la que reconoce al menor ya no como mero objeto de tutela sino como sujeto de derecho, e introduce el principio del interés superior del niño.

Tal como en el párrafo precedente se expresó, al consagrar al niño como sujeto de derecho, todas las decisiones que se tomen a su respecto deben estar fundadas en su interés superior, por lo que le quita la condición de objeto de protección sea de la autoridad parental, de la sociedad o del Estado.

Este tratado se sustentó en cuatro principios básicos: a) el interés superior de la infancia, b) la no discriminación, c) su supervivencia y desarrollo y d) el de participación.

El principio del interés superior del niño es el punto de partida para asegurar la efectiva realización de todos los demás derechos. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que la expresión “interés superior del niño” implica que, el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos, deban ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas, en todos los órdenes relativos a la vida del menor (García Campos, 2011).

El interés superior del niño no se encuentra definido en la CDN. Se ha considerado que su contenido es indeterminado y que se encuentra sujeto a la comprensión y extensión de cada sociedad y de cada momento histórico. Por ello lo que hoy se estima beneficia al niño, más adelante puede perjudicarlo. Es un concepto que funciona como un instrumento técnico para que los jueces puedan interpretarlo en el caso concreto, y da una pauta objetiva que

permite resolver los conflictos del niño con los adultos que lo tienen bajo su cuidado, ya que es la decisión que se tome la que debe definir si resulta de mayor beneficio para el menor, priorizándose su interés (Grosman, 1993).

La CDN asimismo consagra el derecho a la participación, debiendo escucharse la opinión del niño y tenerla en cuenta al momento de decidir, tal como lo establece el art. 12. Reconoce además el papel de los padres y encargados, quienes deben brindarle atención primaria y protección, considerando a la familia como el espacio apropiado para que se desarrolle y adquiera responsabilidad para el ejercicio de sus derechos.

También otorga a los niños el acceso a la justicia y los autoriza a denunciar una acción cometida en su perjuicio. Por ello consagra el derecho de los menores de contar con un abogado en todo proceso judicial, tanto si es actor, demandado o denunciante.

En su preámbulo, la Convención reconoce que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”, y en el art. 9.1, establece que “los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos”.

El artículo 5° regula las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres hacia el niño, que son dobles: por una parte han de permitirle ejercer los derechos reconocidos en el tratado, y por la otra, han de proporcionarle la dirección y orientación apropiadas para su ejercicio. Ambas funciones,- una que es permisiva y la otra orientadora-, deben tener relación con la evolución de las facultades del menor.

La obligación principal del Estado, de acuerdo con este artículo, es la de respetar esta dinámica entre los padres y los hijos, y ayudar a los primeros en el cumplimiento de sus responsabilidades.

El art. 11 de la Convención, refiere en forma expresa, a la obligación de los Estados de adoptar medidas para luchar contra los traslados y la retención ilícita de niños en el extranjero. Sostiene que los Estados deben celebrar acuerdos bi o multilaterales sobre restitución internacional de menores, con la finalidad de otorgar protección al progenitor que fue vulnerado en el ejercicio de sus derechos en relación a sus hijos, pero, fundamentalmente, apunta al cese de los efectos del daño en los propios hijos menores de edad.

Considera que las consecuencias de la sustracción sobre el niño víctima, son perturbadoras del normal desarrollo de su personalidad, y tienden a prolongarse sobre su vida adulta. Afirma que el desplazamiento del niño desde el Estado de su residencia habitual a otro, viola el derecho reconocido al progenitor que, mediante este accionar, es privado del ejercicio de la responsabilidad parental, configurándose la “retención ilícita”(Herrera, 2015)

En cuanto al proceso de restitución internacional, que no tiene por objeto dilucidar la aptitud de los progenitores para ejercer la guarda o custodia, sino brindar una solución urgente, centrada en determinar si medió traslado o retención ilícita y, de ser así, restituir al niño, pues interpreta que el objeto de la disposición de la CDN es que el menor regrese a su país, debiendo el juez natural determinar a quién corresponde la custodia. Por ello, la restitución internacional requiere de un proceso autónomo, urgente y diferenciado, que tiene por objeto la remoción del ilícito (Herrera, 2015).

En definitiva, de las disposiciones convencionales y doctrinarias, aplicadas a los casos concretos en que el niño es sustraído de la guarda o cuidado de sus progenitores o guardadores, surge como la posición más acertada la que sostiene la pluriofensividad de bienes jurídicos que la comisión del delito provoca, ya que violenta la libertad del niño, desconoce su interés superior al privárselo de permanecer en el lugar en el que se encuentra su centro de vida, se le impide perdurar en el estado de familia existente previo al hecho delictivo y se priva al/los progenitores, del ejercicio de la responsabilidad parental respecto del hijo.

Esa violación de un conjunto de bienes jurídicos trascendentales justifica la importancia de la pena asignada a este delito en nuestra legislación, sumado a que la sustracción de menores ha constituido una manifestación de violencia institucional durante la dictadura militar de 1976 a 1983, siendo la función de la norma prevenir -mediante la imposición de un grave castigo-, la reiteración de este injusto.

Sentados los conceptos vertidos en el presente, se desarrolla en los capítulos siguientes cuál es la normativa vigente en nuestro país y cómo la jurisprudencia ha interpretado las conductas desarrolladas por quienes sustraen, retienen y ocultan a los menores de diez años, de sus padres o guardadores.

1.5. La sustracción internacional de menores. Consecuencias penales y aspectos civiles

Cabe en este punto establecer cuándo se produce la sustracción internacional de niños y las disposiciones obrantes en los tratados internacionales que a ella refieren, como la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y el Convenio de la Haya.

Si bien estos tratados contemplan los efectos civiles de la restitución, son siempre complementarios a la comisión del delito típico, en cuanto los diversos ordenamientos jurídicos no sólo deben penar el ilícito sino proveer a que sus efectos cesen a través de la restitución del niño a su domicilio y centro de vida, lo que es contemplado en numerosos fallos en los que la justicia penal resuelve la conducta delictiva en la sustracción de menores.

1.5.1. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

La Ley 25.358 /2000 ratifica esta Convención, acordada en Montevideo el 15 de julio de 1989.

Los objetivos perseguidos por este tratado, son: a) asegurar la pronta restitución de menores que tengan su residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte, o que habiendo sido trasladados legalmente, hubieren sido retenidos ilegalmente; b) hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.(art.1)

A los efectos de la convención, se considera menor a todo aquel que cuente con menos de 16 años, definiendo el derecho de custodia o guarda como aquel que otorga el cuidado del menor, y en especial el de decidir su lugar de residencia. También refiere al derecho de visita, indicando que comprende la facultad de llevar al menor, por un período limitado, a un lugar diferente al de su residencia.(Art.2)

Define cuándo el traslado o la retención de un menor es ilegal, e indica que ello ocurre cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores, guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor. (art.4)

Establece quiénes se encuentran legitimados activamente para instaurar el procedimiento de restitución, determinando que son aquellos que estaban en el ejercicio de la custodia al momento de producirse la sustracción.(art.5)

En cuanto a los órganos competentes para solicitar la restitución, corresponde intervenir a las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviera su residencia habitual, antes de su traslado o de su retención. No obstante ello, cuando existieran razones de urgencia, puede presentarse la solicitud de restitución ante las autoridades del Estado Parte en cuyo territorio se encontrare - o se supone se encontrare- el menor ilegalmente trasladado o retenido, al momento de efectuarse dicha solicitud e, igualmente, ante las autoridades del Estado parte donde se hubiere producido el hecho ilícito que dio motivo a la reclamación.

Establece esta convención que cada Estado Parte designará una autoridad central, encargada del cumplimiento de las obligaciones contraídas, debiendo colaborar con los actores y con las autoridades de los Estados respectivos para localizar y restituir al menor, incluso proveer el rápido regreso y recepción del niño.

En cuanto al procedimiento para la restitución, los arts 8 y 9 establecen los requisitos que debe reunir la demanda y la documental a acompañarse para acreditar la verosimilitud del hecho, entre ellos copia íntegra y auténtica de cualquier resolución judicial o administrativa si existiera, o del acuerdo que lo motive; la comprobación sumaria de la situación fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable, como asimismo los exhortos, las solicitudes y los documentos que los acompañaren.

Prevé que el juez exhortado del país en que se encuentre el menor, adopte las medidas adecuadas para la devolución y si ésta es voluntaria debe tomar conocimiento personal del niño y asegurar su custodia, y- si fuera procedente- disponer sin demora la restitución. Pero podrán rechazar la restitución del menor en los casos que establece el art. 11, a saber: a). si quienes promuevan la demanda de restitución no hayan ejercido efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención, o b) que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico. También podrán rechazar la restitución si el menor se opone a regresar, siempre que la autoridad evalúe que la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión.

La caducidad de la medida que ordena la restitución, prevista en el art. 13, se produce si dentro del plazo de cuarenta y cinco días calendario, desde que fuere recibida por la

autoridad requirente la resolución por la cual se dispone la entrega, no se hubieren tomado las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor.

La prescripción de la acción se produce si los procedimientos para solicitar la restitución no se instauraran dentro del plazo de un año calendario, contado a partir de la fecha en que el menor hubiere sido trasladado o retenido ilegalmente.

Respecto de menores cuyo paradero se desconozca, el plazo se computará a partir del momento en que fueren precisa y efectivamente localizados. Por excepción, el vencimiento del plazo del año no impide que se acceda a la solicitud de restitución si a criterio de la autoridad requerida lo justifican las circunstancias del caso, a menos que se demostrare que el menor se ha integrado a su nuevo entorno.

Finalmente el art. 26 determina que la Convención no será obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del menor, cuando el traslado o retención del mismo constituya delito.

1.5.2. La Convención de La Haya

Se aprobó en 1980 para brindar protección a los menores que son víctimas de un traslado o una retención ilícita internacional, y establece los procedimientos que garantizan la restitución infantil de manera inmediata, tendiendo a respetar el interés superior del menor ante la pérdida de su estabilidad familiar, a lo que se suma la separación del progenitor con quien ha convivido. Fue ratificada por nuestro país en 1990 por ley 23857.

De conformidad con el artículo 3° del tratado, la separación se torna ilícita cuando quebranta el derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o cualquier otro organismo, de acuerdo al derecho vigente en el Estado en el que el infante tenía su residencia habitual; o cuando esta prerrogativa se ejercía en el momento del traslado o retención.

De acuerdo al Convenio de La Haya, el derecho de custodia comprende el derecho al cuidado de la persona menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia.

Las personas que trasladan o retienen ilícitamente a los menores, buscan que los Estados en los que se refugian legitimen su actuar, por ello en el artículo 1° del Convenio se prevé el restablecimiento del *statu quo* mediante la restitución inmediata de los menores. Es

decir: que regresen a su entorno habitual donde se deberá decidir sobre la custodia, conforme lo señalado en el art. 8.

Los países que suscribieron el Convenio, se comprometieron a designar una Autoridad Central, para que todas trabajen colaborando entre sí y procedan a tomar las medidas necesarias para lograr una restitución inmediata, pudiendo requerir el auxilio de autoridades judiciales o administrativas para que inicien los procedimientos de urgencia disponibles. Se deberá actuar con la mayor celeridad posible, para evitar el arraigo del menor en el Estado al que fue trasladado, por lo que si hubiera demora por parte de los órganos judiciales o administrativos, tendrán la obligación de declarar y explicar las razones de la dilación (art.7)

En el artículo 12 se prevé que, cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, a la fecha de la iniciación del procedimiento, ante la autoridad judicial o administrativa del Estado donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

Asimismo establece que la autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que ha quedado integrado a su nuevo ambiente.

El convenio reconoce excepciones extraordinarias, que deben interpretarse por los operadores jurídicos de la forma más restringida posible, para garantizar la correcta aplicación del ordenamiento internacional.

Una de las excepciones, se encuentra prevista en el artículo 12, y es la que refiere a la integración del niño a su nuevo ambiente. En el artículo 13, también se regulan diversas excepciones: a) cuando la persona que se opone a la restitución, demuestra que quien se hizo cargo del menor no ejerció de manera efectiva el derecho de custodia o posteriormente aceptó el traslado o retención; b) si demuestra que existe un grave riesgo de que la restitución lo exponga a un peligro físico o psíquico o bien, lo lleve a una situación intolerable; c) que se compruebe que el niño se resiste a regresar.

El objetivo perseguido por el Convenio de La Haya es evitar las dilaciones indebidas, muy perjudiciales para el menor sustraído, mediante un mandato de restitución inmediata.

A los fines de ilustrar la aplicación de esta convención, se cita lo resuelto en 2009, por la Suprema Corte de Buenos Aires.

En el caso, un niño había sido desplazado en forma ilegal por su madre desde su residencia habitual en la ciudad de Barcelona, España (lugar donde el niño tenía su centro de vida), a la Provincia de Buenos Aires, República Argentina. El padre requirió la restitución de su hijo de nueve años a su residencia habitual en España, con fundamento en el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (ley 23.857). El tribunal de familia hizo lugar a la efectiva restitución del niño con sustento en su traslado ilícito.

Fundó la resolución, luego de recordar que su ámbito de decisión quedaba limitado a dirimir si medió traslado o retención ilegal, en que la residencia habitual del niño era Barcelona y en que, existiendo una sentencia que prohibía su salida de España, el traslado dispuesto había sido ilegal.

La progenitora interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley denunciando infracción de los arts. 10, 11 y 12 de la ley 25.358 y 13 del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, pero la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, rechazó el recurso, por lo que ratificó lo dispuesto por el Tribunal *a quo*³.

Si bien los convenios analizados no regulan al delito de sustracción de menores, sí establecen las consecuencias civiles de una acción “ilícita”- así la definen los dos tratados- para que proceda la restitución de los menores sustraídos del Estado en el que- previo a ese ilícito-, residían.

Será entonces el país de origen el que juzgará la conducta para determinar si el traslado ha configurado delito, pero además de la aplicación de las penas correspondientes, resulta fundamental el debido amparo de los bienes jurídicos protegidos al establecerse el

³SCBA “C., C y L, ME. Exwqatur” 2/9/2009 Causa C. 107.623, Obtenido en <http://www.villaverde.com.ar/es/investigacion/materiales-sobre-restituci-n-internacional-de-menores-traslados-y-retenciones-il-c-tos/>. Consultado el 2/3/2019

tipo, y estos convenios- conjuntamente con lo previsto por el art. 11 de la CDN-, coadyuvan a esa protección.

Conclusiones parciales

Se ha desarrollado en este capítulo el concepto del delito de sustracción de menores como conducta equivalente al robo del niño, de aquél que tiene su guarda y custodia, considerando asimismo las diversas posturas doctrinarias respecto de cuál es el bien jurídico que tutelan las normas que lo tipifican.

Dada la diversidad de criterios expuesta, en tanto hay quienes sostienen que lo que se tutela es la libertad del menor sustraído y otros que consideran que lo es su derecho al estado de familia, hay terceras posiciones que estiman que la protección tiende a asegurar el derecho de tutela efectiva por quien tiene asignado el cuidado personal y, criterios más amplios, consideran que la conducta delictiva- en lo que a sustracción de menores refiere-, ofende a todos esos bienes.

Habiéndose analizado la Convención sobre los Derechos del Niño, resulta evidente que la sustracción de menores provoca una pluriofensividad de bienes jurídicos, dado que este convenio- vinculante para todos los países que lo han ratificado-, al consagrar al niño como sujeto de derecho y establecer como principio fundamental el respeto a su interés superior , reconoce también el de los padres de velar por su correcto desarrollo, el del menor a desenvolverse en el ámbito de su familia y la obligación del Estado de asegurar que no sea separado de sus progenitores, evitando la retención o traslado ilícitos.

Al producirse la sustracción de un menor, especialmente cuando por su corta edad carece del discernimiento necesario, se vulneran todos los bienes jurídicos explicitados, por lo que la conducta de quien comete este delito reviste una gravedad que no se manifiesta sólo durante el período en que el niño es retenido u ocultado, sino que interfiere en su debido desarrollo y afecta toda su vida.

Esta gravedad ha sido reconocida por convenios internacionales, tales como la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, del 2006, y la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas de 1994, en cuanto ambas proponen la imprescriptibilidad de este delito, o la fijación del plazo más largo de prescripción que el Estado parte regule en su derecho interno.

En nuestro país, la jurisprudencia de la Suprema Corte ha establecido que la desaparición forzada de personas, cuando la víctima fuera menor de 10 años, se encuentra tipificado en el art. 146 del CP, caso específico de un delito más genérico.

Si bien esta investigación tiene por objeto determinar si el progenitor puede ser sujeto activo del delito de sustracción de su propio hijo y las consecuencias penales de su conducta, existen aspectos civiles relacionados con la restitución del menor cuando, como consecuencia de esa sustracción, haya sido el niño trasladado al extranjero.

La regulación de los aspectos civiles que permiten evitar una mayor lesión a los bienes jurídicos protegidos, procurando la restitución al país en el que el niño residía con su progenitor conviviente, se ha regulado- en el orden jurídico internacional-, a través de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y el Convenio de la Haya, que requieren para la procedencia de las acciones que regula, que el traslado haya sido ilegal, ordenando que la restitución sea inmediata cuando ese traslado o retención constituya delito.

Si bien la sustracción de menores de la custodia de sus padres es un delito que históricamente se ha repetido, lo que cabe dilucidar ahora es si esa conducta puede ser atribuida al progenitor cuando el objeto de la sustracción sea su propio hijo. Ello es lo que se ha intentado esclarecer en los capítulos siguientes, mediante el estudio de la tipicidad de la conducta regulada tanto en nuestro ordenamiento jurídico, disposiciones al respecto en el derecho comparado, y las decisiones en la materia de la jurisprudencia nacional.

CAPITULO II

Regulación del delito de sustracción de menores en Argentina

CAPITULO II

Regulación del delito de sustracción de menores en Argentina

Introducción

En nuestro país se ha tipificado al delito de sustracción de menores en el art. 146 del Código Penal, de cuyo texto surge que el sujeto activo puede ser cualquier persona que incurra en las conductas en él establecidas.

A diferencia de otras legislaciones no designa como posibles infractores de la norma a los progenitores del niño, lo que ha determinado que la jurisprudencia-al aplicarlo-, haya tenido posiciones disímiles en cuanto a que aquellos puedan o no ser sujetos activos de la sustracción, retención u ocultamiento de su propio hijo.

En el presente se exponen esas posturas diversas, sus fundamentos y su evolución en el tiempo, reservando la posición actual de los tribunales para ser expuesta en el capítulo IV.

Se destaca asimismo que, cuando se sustrae, retiene u oculta a un menor de 10 años, de quien tiene la custodia o guarda del mismo, se está en presencia de un delito continuado, lo que admite la aplicación de las leyes dictadas durante el período que dura la comisión del ilícito, aún cuando sus penas fueran más gravosas.

2.1. Tipicidad de la conducta de sustracción de menores

El artículo 146 del Código Penal, reformado por la ley 24.410/1995, 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.

Tal como lo indica Corigliano (2008), el artículo enuncia tres acciones distintas, cuales son: sustraer, retener y ocultar.

En la acción de sustraer es en la que reside la esencia de este delito, pues las restantes- retener y ocultar- presuponen que haya habido previamente una acción de sustracción, realizada por la misma que retiene u oculta o por otras personas. (Nuñez, 1989)

En cuanto al tipo objetivo del delito, la acción de sustraer se concibe como el simple traslado del menor a un lugar distinto de aquél donde se encontraba bajo el amparo de sus padres o guardadores. Ahora bien, para que ese tipo objetivo del delito se encuentre satisfecho, el menor sustraído debe tener menos de diez años de edad. (Nuñez, 1989), considerándose que el consentimiento del menor resulta totalmente ineficaz ya que no hace desaparecer la delictuosidad del hecho, debido a que los menores de diez años carecen del juicio suficiente para manejar libremente sus acciones. (Soler 1999/2000)

La condición objetiva de punibilidad de la norma,- fijando el límite de 10 años para que se configure el delito -, concuerda con las disposiciones del entonces vigente Código de Vélez, en tanto el art. 921 consideraba que los actos lícitos practicados por menores impúberes y los ilícitos por menores de diez años, serían reputados hechos sin discernimiento (Corigliano, 2008).

En definitiva, el menor de diez años carece- para nuestro derecho vigente- de la capacidad de distinguir lo lícito de lo ilícito, por lo que antes de dicha edad es total el sometimiento de su voluntad.

Si bien se ha expresado *supra* que el núcleo o esencia del delito previsto en el art. 146 del CP es la sustracción, también refiere el mismo a las acciones de retención y ocultamiento.

La acción de retención requiere que el autor impida que los padres o responsables del menor ejerzan la tutela durante un cierto lapso, para lo cual priva de libertad al niño víctima e impide que vuelva a la custodia de aquellos. El retenido es el menor y así se evita el contacto con los padres o tutores, quedando bajo el dominio del autor o autores de la sustracción primero, y de la retención luego. (Soler, 1992, pág. 58 a 64)

En cuanto a la acción de ocultamiento, ésta presenta una más dificultosa interpretación, lo que puede advertirse en los argumentos vertidos por la defensa de Jorge R.Videla y Emilio Massera, en 1999, en cuanto aquella sostuvo que la ocultación del menor termina cuando éste cumple diez años, dado que la comisión continua o permanente de las figuras tratadas en el art 146 del CP, cesa cuando el niño alcanza esa edad.

Esa interpretación es incongruente con la naturaleza del delito, ya que éste consiste en la usurpación de la voluntad de la víctima y, aunque sobrepase los 10 años de edad, esa voluntad sigue siendo usurpada mediante la ocultación de la persona sustraída cuando poseía menos de diez años de edad (Soler, 1992).

Conforme los conceptos arriba apuntados, se ha sostenido que la sustracción, con la consiguiente retención y ocultamiento del menor de diez años, es un delito permanente o continuado.

2.2. Ley aplicable durante la comisión del delito de sustracción de menores

Para dilucidar cuál es temporalmente la ley aplicable durante la comisión del delito de sustracción de menores, resulta necesario previamente determinar la diferencia entre delitos instantáneos y continuos.

Los instantáneos son aquellos en los que hay “un momento consumativo” y nada más, en cambio en los continuos existe un “estado consumativo” que se prolonga en el tiempo, como sucede con el secuestro, pues el delito se sigue cometiendo mientras dure la privación de la libertad de la víctima (Zaffaroni, 2017).

En los delitos continuos, -mientras se sigue cometiendo el delito- pueden sucederse leyes penales más benignas o más gravosas, y se plantea el interrogante referido a cuál es la ley que debe aplicarse, es decir si la que rige al comienzo o la que se sanciona luego, pero antes de que cese la privación de la libertad del niño, debiendo tenerse presente que el hecho se comete durante la vigencia de todas ellas.

No debe confundirse la situación planteada, con las leyes sucesivas dictadas durante el proceso, pues una vez terminada la comisión del hecho, si durante el proceso se sanciona una ley más gravosa no puede aplicarse, dada la vigencia del principio de irretroactividad de la ley penal.

Esta es una situación diferente, ya que el delito continuo sólo termina de cometerse cuando se extingue el resultado permanente, por lo que de sancionarse leyes sucesivas durante la comisión, podrá aplicarse una ley que sea más gravosa, ya que es el propio autor del ilícito quien opta por continuar en su accionar delictivo (Zaffaroni, 2017).

La diferencia entre el delito instantáneo y el permanente tiene importancia por sus disímiles consecuencias, ya que quien colabora mientras el sustraído está privado de la libertad, puede ser cómplice o coautor del hecho, pero quien lo hace después de cometido un delito instantáneo sólo puede ser encubridor.

Otro importante aspecto es que en el delito instantáneo la prescripción comienza a correr desde el momento de comisión del hecho, pero en el delito permanente o continuado empieza a contarse desde que cesa el resultado (Zaffaroni, 2017).

Plantea Corigliano (2008) el interrogante de si el delito previsto en el art. 146 del CP corresponde a los delitos permanentes, en cuanto ellos han sido definidos como:

...aquellos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene, por la voluntad delictiva del autor, durante todo el tiempo en que subsiste el estado antijurídico creado por el mismo. (Roxín, 1997, pág.329)

La jurisprudencia nacional ha utilizado el art. 3 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, a la que nuestro país adhiere por ley 24.556, como guía de interpretación de los tipos penales contenidos en el artículo 146 del Código Penal, ya que el mencionado artículo 3 establece que la desaparición forzada de personas debe ser tipificada como delito, y que éste debe ser considerado como permanente hasta tanto no se establezca el destino o paradero de la víctima (Corigliano, 2008).

El tipo objetivo de la conducta de ocultación quedaría así construido:” el que ocultare a quién ha sido sustraído de sus padres, tutores o guardadores, contando el niño con menos de diez años de edad”. Es decir que el autor de este ilícito debe realizar la conducta de ocultar y retener pero- además- la víctima debió haber sido sustraída cuando no poseía el discernimiento mínimo establecido por el ordenamiento penal (Corigliano, 2008).

En consecuencia, para que se configure el tipo subjetivo, el autor debe conocer que realiza la acción de ocultar, tanto como la circunstancia de que la persona ocultada haya sido sustraída de sus padres, tutor o persona encargada, cuando contaba con menos de diez años de edad, es decir: debe saber que el niño fue robado (Corigliano 2008).

En definitiva, para llevar a cabo una acción de ocultación no es necesario que el autor afecte sólo la libertad ambulatoria del menor, pues el elemento que distingue esta acción es impedir el restablecimiento del vínculo con sus progenitores, sea o no mediante la acción de retener. Por ello, la acción de ocultar no cesa cuando la víctima cumple los diez años de edad, sino cuando se restablece el vínculo familiar interferido (Corigliano, 2008).

Las acciones descriptas por el art. 146 del CP requieren de dolo directo, pues quien sustrae, oculta o retiene debe obrar con la conciencia y voluntad de hacerlo, destacándose que la acción de sustracción revela ánimo de permanencia de esa conducta, por lo que tanto la retención como el ocultamiento posteriores forman parte de la misma acción de sustraer. Las dos últimas acciones normadas pueden ser realizadas por personas que no sean los captores, sino por terceros, quienes complementan la acción (Corigliano, 2008).

2.3. El cambio de leyes durante la comisión de los delitos continuados.

En los delitos permanentes, cuya efectividad se prolonga un cierto tiempo, el mantenimiento de la acción punible depende de la voluntad del autor, por lo que en éstos el hecho se renueva constantemente. El delito permanente supone el mantenimiento voluntario de una situación típica de cierta duración, lapso durante el cual se sigue realizando el tipo, por lo que éste continúa consumándose hasta que cesa la situación antijurídica.

En el caso de la sustracción, cuya consumación principia con el desapoderamiento del tenedor del menor o con el impedimento de la reanudación de su tenencia, se prolonga volviendo permanente el delito-, con la retención u ocultamiento del menor fuera del ámbito legítimo de su tenencia⁴.

El delito continuo es indivisible jurídicamente, y si durante el lapso de consumación rigieron dos leyes distintas, es decir cuando se dé un supuesto de coexistencia, se está ante un concurso aparente de tipos penales, por lo que uno debe desplazar al otro, pudiéndose aplicar la vigente en el último tramo de la conducta delictiva, aunque la pena que impone sea más grave, pues la conducta delictiva continuó ejecutándose durante la vigencia de la ley nueva, la que siendo posterior deroga la anterior.

En cuanto a la prescripción de este tipo de delitos, el artículo 63 del Código Penal argentino prevé que si el delito fuere continuo, la prescripción comenzará a contarse a partir del día en que cesó de cometerse, norma que está señalando la relevancia típica del momento en que se agota el hecho delictivo.

Si el imputado hubiera consumado el delito con anterioridad, le habría correspondido la pena más benigna, más como lo siguió cometiendo después de la vigencia de la ley nueva más gravosa, le corresponde una pena mayor, agravamiento basado en su voluntad de seguir delinquiriendo al prolongar la consumación del hecho ilícito.

Esta posición resulta acorde con el principio de culpabilidad y no hiere el de igualdad, previsto por el artículo 16 de la Constitución Nacional, dado que no puede equipararse la situación de quien cesó de cometer el delito, una vez que la conminación penal se tornó más severa, con la de quien lo continuó cometiendo a pesar de ello.

⁴ CSJN. - "Massera, Emilio Eduardo s/ incidente de excarcelación" M 960. XXXVII - 15/04/2004

Si bien algunos casos de desaparición forzada de personas se encuentran tipificados en distintos artículos de nuestra legislación penal interna, cuando refiere a la desaparición forzada de menores de 10 años sustraídos a sus padres, se trata de un caso específico del delito -más genérico- tipificado en el artículo 146 del Código Penal.⁵

Como se advierte, la CSJ califica a la sustracción, retención y ocultamiento de menores de diez años como un delito continuado, cesando su ejecución cuando quien fue sustraído, retenido y ocultado antes de los diez años, recupera su libertad y su identidad, por lo que la prescripción recién empieza a correr cuando la retención y el ocultamiento cesan.

Por ello destaca que durante el período en que se continúa la ejecución del delito, nada obsta a que se aplique la ley penal que establece penas más duras ya que nada tiene que ver con la sanción de leyes durante el proceso, caso en el que sí rige la irretroactividad y la aplicación de la más benigna.

2.4. Tipificación de la conducta sustractiva del progenitor como delito especial

Entrando en esta etapa a evaluar la procedencia de la hipótesis expuesta cabe destacar que al definir las conductas que conforman el tipo del art. 146 del CP, aún cuando numerosos fallos – y la doctrina que los sustentan- , han admitido que el sujeto activo de este delito puede ser el progenitor que sustrae, retiene u oculta a su propio hijo, es también importante el número que considera que ella debe subsumirse en la norma que regula el impedimento de contacto.

Esta última postura, tal como se verificará en el capítulo siguiente, tampoco se corresponde con lo establecido en la ley 24.270 en lo que refiere al sujeto activo, por lo que para encuadrar la conducta sustractiva del progenitor respecto de su propio hijo se hace necesaria la inclusión en nuestro Código Penal de una norma que contemple específicamente

⁵ CSJN. - "Massera, Emilio Eduardo s/ incidente de excarcelación" M 960. XXXVII - 15/04/2004

la situación del padre que sustrae, teniendo en cuenta que- como se advirtió- es un caso especial del delito más general que es el de la desaparición forzada de personas.

Si así se procediere, no sólo se individualizaría debidamente al sujeto activo en la figura del progenitor, sino que permitiría atenuar la gravedad de las penas dado que, en numerosas situaciones, no es el fin de la conducta hacer desaparecer al niño, alterar su identidad, o solicitar un rescate, sino que suele producirse como consecuencia de la desavenencia con el padre que ejercía la guarda y pretende sustituirlo por vías de hecho.

En ese entendimiento, varias legislaciones, entre ellas la española, la italiana y el Distrito Federal de Méjico, han legislado la sustracción de menores como un delito especial, en el que las conductas las desarrolla un particular sujeto activo: el progenitor.

Se citan a continuación sus principales disposiciones, las que pueden orientar las modificaciones a introducir en nuestro Código Penal para sacar de la órbita del art.146 CP la conducta del padre que sustrae a su hijo.

En el Código Penal español, su arts 225bis regula la sustracción por el progenitor quien, sin causa justificada para ello, sustrajere a su hijo menor de quien tuviere la guarda o custodia, estableciendo para esa conducta tanto pena de privación de libertad como la de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad. Introduce el concepto legal de la sustracción, considerando que la misma se produce tanto por el traslado de un menor de su lugar de residencia, sin consentimiento del progenitor con quien conviva, como por la retención, violando una resolución administrativa o judicial.

Respecto de la naturaleza del delito previsto en el art. 225bis, se lo considera un delito especial, en cuanto el ámbito de los sujetos activos está restringido, ya que sólo puede ser cometido por los especificados en el tipo.

Contempla un subtipo agravado, el que se configura cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución, pero también introduce una excusa absolutoria, en cuanto prevé que el sustractor que haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción, con el compromiso de devolución inmediata, que efectivamente se lleve a cabo, o cuando la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena.

También establece un atenuante específico: si la restitución se hiciera dentro de los quince días siguientes a la sustracción. Asimismo exime de pena al sustractor si la conducta responde a una causa justificada o un motivo razonable, como lo es evitar agresiones sobre el niño.

A su vez, el Código Penal italiano, en su art. 574bis, regula el delito de sustracción y la retención de menores en el extranjero. Dispone que, salvo que el hecho cometido constituya un delito más grave, quien sustrae un menor al progenitor que ejerce la responsabilidad parental o al tutor, conduciéndolo al extranjero contra la voluntad del mismo progenitor o tutor, impidiendo total o parcialmente al mismo el ejercicio de la responsabilidad parental, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años.

Agrega que si los hechos son cometidos por un progenitor en daño de un hijo menor de edad, la condena tendrá como consecuencia la suspensión de la responsabilidad parental.

De estas disposiciones surge que el delito tipificado en el art. 574bis del CP, reconoce expresamente que un progenitor del menor sustraído, puede ser sujeto activo del delito de sustracción de menores.

Finalmente, la Asamblea legislativa del Distrito Federal aprobó en 2010 la tipificación de este delito, como el que se configura cuando la conducta realizada por un ascendiente, cónyuge, o pariente colateral hasta el cuarto grado, quien retenga, sustraiga u oculte a un menor o incapaz, cuando no ejerza la patria potestad, tutela, o la guarda y custodia ordenada ella por resolución judicial. Condena esas conductas con pena de uno a cinco años de prisión y de 100 a 500 días de multa.

Prevé la norma que, en el caso de que se devuelva espontáneamente al menor dentro de las 24 horas siguientes, se impondrá una tercera parte de las sanciones señaladas. Sin embargo, al padre o madre que sustraiga, retenga u oculte al menor, del que no tengan la guarda y custodia, fuera del Distrito Federal o del territorio nacional se le aumentará en una mitad las penas previstas.

Considerando estas disposiciones del derecho comparado, si a la fecha se modificara el CP argentino, regulándose un delito especial dentro del general previsto por el art. 146, que estableciera no sólo que el progenitor no conviviente pudiera ser sujeto activo de la sustracción de su propio hijo, sino que además adecuara el monto de las penas a la finalidad perseguida con ese accionar, ¿cuál sería la ley aplicable si aún no hubiera cesado el resultado, es decir si continuara la retención y el ocultamiento del niño?

Aquí radica la importancia de establecer las diferencias entre el delito instantáneo y el continuado y la ley aplicable en uno u otro caso. En el supuesto de una sustracción cometida con anterioridad a la modificación arriba propuesta, conforme al art. 18 del CP debería aplicarse la ley vigente en esa fecha (es decir la vigente en el momento hecho), mas dado el concurso aparente de tipos penales, debiera resolverse aplicando el principio de que la ley posterior deroga a la anterior, por lo que sería aplicable al caso la calificación legal del delito especial, que expresamente contemplara la posibilidad de que el autor del delito fuera el progenitor no conviviente.

Conclusiones parciales.

Se parte en el presente de las conductas tipificadas en el art. 146 del CP, que consisten en la sustracción, retención y ocultamiento de un menor de diez años, delito continuo o permanente, cuya comisión se inicia con la sustracción y se continúa con las dos acciones restantes, hasta el efectivo retorno del menor a su estado de familia, previo al delito contra él perpetuado.

El tipo objetivo no se configura por la sólo sustracción, sino que requiere la concurrencia de las otras dos acciones- retención y ocultamiento- produciéndose, como consecuencia de esas conductas, la privación de la libertad del niño y la imposibilidad del ejercicio de la guarda o custodia legítimamente otorgada, durante un determinado período de tiempo.

Pero como lo que interesa en el presente es quién puede ser el sujeto activo de este delito se destacó que, si bien no existe en la regulación penal norma alguna que exprese que los padres del menor puedan ser autores de su sustracción, tampoco existe limitación normativa en lo que al sujeto activo refiere.

En consecuencia, si todo el que sustrae, retiene y oculta incurre en la comisión de las conductas tipificadas por la norma, el sujeto activo puede ser el padre que sustrae a su hijo menor de diez años de la guarda o cuidado personal del progenitor conviviente.

Mas la cuestión no es tan simple, ya que es numerosa la doctrina y la jurisprudencia que sostiene lo contrario, por lo general fundada en que esa conducta se subsume en las disposiciones de la ley 24.270, que regula el delito de impedimento de contacto.

Para dilucidar la validez o no de ambas posiciones, resulta imprescindible entonces exponer y analizar cuáles son las disposiciones de la mencionada ley, lo que se desarrolla en el capítulo siguiente.

Existe otro aspecto importante a considerar. En efecto, la pretensión de incluir esas conductas como impedimento de contacto-equivocadamente como luego se demostrará-por lo general se funda en que las penas atribuidas a este delito son notoriamente inferiores a las previstas en el art. 146 del CP.

Este artículo tuvo una modificación, en 1995, que agravó las penas para prevenir la desaparición forzada de personas como consecuencia de un período de violencia institucional ocurrido en nuestro país, por lo que las conductas en el ámbito privado de las relaciones familiares, en las que un progenitor sustrae a su hijo, debería ser encuadrada como delito especial, con determinación del sujeto activo y penas adecuadas, dado que la finalidad perseguida por el progenitor que sustrae a su hijo, generalmente dista de perseguir la desaparición o el cambio de identidad del menor.

Por esa razón se ha incluido someramente la legislación vigente en otros países, que regulan la sustracción del menor por su progenitor como un delito especial, distinto por su finalidad y sus consecuencias al previsto en nuestro art. 146 del CP, como guía orientativa de una reforma a nuestro ordenamiento penal.

CAPITULO III

DELITO DE IMPEDIMENTO DE CONTACTO

CAPITULO III

DELITO DE IMPEDIMENTO DE CONTACTO

Introducción

Si bien el delito que se aborda en este capítulo tiene su tipicidad propia,- dado que requiere la conducta obstructiva del progenitor que convive con su hijo menor de edad, del contacto de éste con el otro progenitor, la discusión doctrinaria y jurisprudencial referida a si los padres pueden o no ser sujetos activos del delito previsto por el art 146 del CP, hace necesario que se expongan los elementos que permitan o no la aplicación de ese tipo objetivo al caso concreto, según quién sea el autor del hecho.

Se destaca que son numerosos los fallos que han resuelto que, en la sustracción de menores de diez años, el progenitor no puede ser sujeto activo del delito tipificado en el art. 146 del CP, sino que la conducta antijurídica debe encuadrarse en el tipo descrito por la ley 24.270.

Dado que en esta etapa resulta necesario comenzar con el abordaje del problema de investigación y la hipótesis planteada en el presente, será necesario describir adecuadamente el tipo penal del impedimento de contacto, los sujetos, el objeto y el resultado típico, los elementos generales secundarios constitutivos del delito y cual es la acción, su tipicidad, su antijuridicidad y la culpabilidad.

En el análisis de la culpabilidad, se destacará en especial en qué consiste el dolo directo, requerido para que el delito de impedimento de contacto se configure, tal como lo exige la ley 24.270 y se analiza, asimismo, cuál es el bien jurídico protegido.

Se exponen fallos que han adoptado posiciones disímiles respecto a si uno de los progenitores puede ser sujeto activo del delito de sustracción de menores y los fundamentos en los que se basan para otorgarle o no esa calificación,

3.1. El delito de impedimento de contacto. Ley 24.270/93

La ley 24.270(t.o), sancionada el 3 de noviembre de 1993, que complementa al Código Penal, introdujo tipos penales que reprimen la conducta del que impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes⁶.

En derecho penal es necesario indagar cuál es el fin y la intención del legislador al sancionar una norma, es decir cuál es el interés que se quiso salvaguardar y ese interés no es más que el bien jurídico protegido, el que ha sido interpretado por parte de la doctrina como la necesidad de tutelar una adecuada comunicación del padre no conviviente con su hijo menor, e incluso la posibilidad de éste de realizar la apropiada supervisión de su educación.

Otros autores consideran que lo que la norma penal ha querido proteger, es el vínculo psicológico parental, en la relación hijo menor-padre no conviviente.

De lo expuesto surge que el bien jurídico que esta ley penal protege es la familia del niño, la que subsiste pese a la separación de los padres, pues en ese contexto familiar el menor adquiere no sólo su identidad sino también su sentido de pertenencia a un grupo socio-cultural. Por lo tanto, cuando se impide el contacto con el progenitor no conviviente, se violan varios derechos: a la identidad, a la salud emocional y al correcto desarrollo psicofísico (Gonzalez, 2009)

En cuanto a las conductas tipificadas, el impedimento de contacto es un delito de lesión que requiere la producción de un resultado, cual es el de impedir la relación del menor con el padre no conviviente y puede asumir la forma de un delito continuado que se prolonga en el tiempo.

El art. 1º de la ley 24.270 aplica la pena al padre o tercero que ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con su padre no conviviente.

La acción típica de impedir se utiliza como sinónimo de imposibilitar u obstruir, aun cuando no se anule totalmente el contacto.

El tipo subjetivo, para el delito previsto por la ley 24.270, requiere la existencia de dolo directo, descartándose toda actividad culposa. El dolo directo implica que el agente

⁶ Ley 24270: ARTICULO 1º-Será reprimido con prisión de un mes a un año el padre o tercero que, ilegalmente, 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. ARTICULO 2º-En las mismas penas incurrirá el padre o tercero que para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente, lo mudare de domicilio sin autorización judicial

conozca que su conducta es ilícita y tenga- en el caso-, la intención de imposibilitar el contacto paterno filial entre el niño y el padre no conviviente..

El segundo párrafo del art. 1º estipula, como agravante, que el impedimento se produzca respecto de un menor de 10 años o de un discapacitado, ya que cuanto más pequeño sea el niño, más intensa será la afectación del vínculo con el padre no conviviente y mayor la inestabilidad que le genere. Consecuentemente el agravante se funda en la mayor dependencia psicofísica que tienen los menores de 10 años y los discapacitados.

El primer párrafo del art. 2 de la ley 24.270, señala que en las mismas penas incurrirá el padre o tercero que, para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente, lo mudare de domicilio sin autorización judicial.

Este delito es autónomo respecto del impedimento de contacto en sí, ya que la conducta delictiva es “mudar de domicilio al niño”. Cuando se mudara a menores de diez años o discapacitados, sin que se hubiere obtenido autorización judicial o excediendo los límites del permiso otorgado,- para impedir el contacto con su padre no conviviente-, se agrava la figura y se aumenta la pena.

Es en este párrafo en el que se han basado algunas decisiones jurisprudenciales que luego se analizan, para sostener que el injusto cometido responde a este tipo penal y no al normado por el art. 146 del CP.

Habiéndose analizado los elementos esenciales que hacen a la conducta antijurídica, tanto en el delito de sustracción de menores como de impedimento de contacto, surge con claridad que en el segundo expresamente se designa como posible sujeto activo al padre conviviente, pero en el caso de la sustracción de menores la norma que establece el tipo refiere, en general, “a quien sustrajere, retuviere u ocultare”, dejando sujeta a la interpretación del juez si el sujeto activo puede o no ser uno de los progenitores del menor de 10 años, habiéndose- en numerosas ocasiones- optado en los fallos por soluciones diversas, las que se examinan en el punto siguiente.

3.2. Evolución jurisprudencial

Cuando la jurisprudencia, en el caso concreto, opta por una u otra calificación legal – impedimento de contacto o sustracción de menores-, en la práctica se producen importantes diferencias en cuanto a la sanción aplicable, ya que la pena prevista para la sustracción de menores va de los cinco a los quince años de prisión, mientras que las fijadas por la Ley 24.270 son mucho menores, llegando sólo en los casos agravados a los tres años de prisión.

De esto resulta que quien sea condenado por el delito de sustracción de menores, necesariamente debe cumplir una pena de prisión efectiva, lo que no ocurre cuando el delito sea calificado como impedimento de contacto, ya que generalmente se le impone una pena de ejecución condicional.

El otro aspecto fundamental en el cual existen diferencias en las soluciones adoptadas por los tribunales, es la determinación del sujeto activo en el delito de sustracción de menores, lo que se analizará en cada caso resuelto, como asimismo cuál es- a criterio del magistrado- el bien jurídico protegido.

José Teseyra (2011) ha efectuado una recopilación de los fallos en la materia, emanados unos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (CNACC) y otros de la Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP), enunciando sus decisiones, las que reflejan un movimiento pendular.

La antigua jurisprudencia de la CNACC, entendió que el bien jurídico protegido en la sustracción de menores era el ejercicio de la patria potestad de los padres sobre sus hijos menores, habiendo afirmado que no incurre en la comisión de este delito el padre que, sin haber sido desposeído de la patria potestad (hoy responsabilidad parental), sustrae a su hijo del poder de la madre⁷.

A partir de 1994 la Sala 1ª. de este Tribunal sostuvo, mediante el voto del Dr. Rivarola, que el padre que no tenía la tenencia de sus hijos pero que conservaba la patria potestad, no estaba excluido de ser el sujeto activo del delito previsto en el art. 146 del C.P. Fundamentó su postura sosteniendo que se afectaba el ámbito de libertad del menor, de manera similar al detrimento que pudiera sufrir de ser un tercero el autor de la sustracción, y destacando que lo que la ley castiga especialmente es la afectación de esa libertad y, en segundo plano, el libre ejercicio de la tutela legítima del menor, dentro de cuyo ámbito debe desenvolverse esa libertad⁸.

⁷ CNACC Fallos II-417; JA 47-262; LL 119-230; sala 4ª, causa 22609).

⁸ CNCC Sala 1ª, “Idachkin, Jorge O.”, resuelta El 28/06/1994.

En 1994 la causa “Berthier”, resuelta por la Sala 1ª de la CNACC, que corresponde a delitos cometidos en el marco de la última dictadura militar, sostuvo que los bienes jurídicos afectados son tanto la libertad individual del menor como el derecho de los familiares, ya que esta infracción constituye un tipo especial más grave de la privación ilegítima de la libertad, concebido como una derivación del delito de plagio de niños. Pese a que el delito en estudio esté contemplado en el capítulo del Código Penal titulado “Delitos contra la libertad individual”, debe destacarse que el bien jurídico tutelado por nuestro ordenamiento no se limita a la libertad en sí misma, sino que se extiende al conjunto de los derechos de los que se ve privada la persona sustraída, durante el tiempo que dura la permanencia de la conducta ilícita.

Se advierte en este pronunciamiento una evolución respecto de los conceptos anteriores, en los que el bien jurídico tutelado era entendido solamente como un derecho de los padres sobre los hijos, hacia la nueva concepción que revitaliza el derecho de los menores a su propio estado de familia, entendiendo que la lesión ocasionada por el delito en cuestión, afecta varios bienes jurídicos a la vez⁹.

En 1998, la CNACC se pronuncia en el caso “Bello”, manifestando que sí puede ser sujeto activo de la sustracción de menores el padre, respecto de sus hijos menores de edad, bajo la guarda del otro progenitor¹⁰.

Otras salas de este Tribunal sin embargo, mantuvieron en minoría la postura de la jurisprudencia clásica, negándose a imputar a un progenitor el delito de sustracción de sus hijos menores de diez años, entre ellas la Sala 5 (Teseyra, 2011).

Uno de los vocales de esta Sala, el Dr. Navarro, sostuvo la tesis de protección de la familia, manifestando que el imputado no se encontraba despojado de la patria potestad ni de

⁹ CNACC “Berthier, Enrique J. s/ Excarcelación”, fallo del 9 de septiembre de 2004, sala 1ª.

¹⁰ CNACC “Bello, H.C.” CNCC sala 1ª, causa 45643, "Bello, H. C.", resuelta el 23/3/1998:

la tenencia del hijo, razón que impedía considerárselo sujeto activo del delito, sin perjuicio de que la figura pudiera encuadrarse en la conducta prevista por la ley 24.270¹¹.

En el año 2003, la Sala 4ª de la CNACC, en el caso “Rodeiro,” sostuvo que el bien jurídico protegido es la patria potestad y su concreto ejercicio por los padres del menor, por lo que no puede considerarse que uno de los progenitores sea sujeto activo del delito del art 146 del CP, ya que aunque el padre sustrajo y retuvo para sí al menor, arrebatándose al cónyuge que legalmente lo tenía, no se encontraba privado de la patria potestad¹².

En 2005, la Sala 7ª de la CNACC, decidió que el padre de un menor puede ser sujeto activo del delito de sustracción de menores, mencionando que la ley 24.270 se sancionó para lograr una mejor unión de los lazos familiares, para beneficiar la relación paterno-filial, fundada en el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del niño, en cuanto dispone que los Estados Partes deben velar que el niño no sea separado de los padres contra la voluntad de éstos, como asimismo deberán respetar el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de un modo regular, salvo si ello fuera contrario a su interés superior.

Destaca este fallo que el art. 1 de la ley 24.270 reprime al padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes, por lo que el sujeto-objeto del delito es un menor de edad, y los sujetos pasivos son los padres no convivientes.

Por ello,

...si se impidiere u obstaculizare el contacto del menor con uno o ambos padres convivientes, el hecho tendrá que ser examinado a la luz de los delitos referidos a la sustracción de menores, pero no podrá encuadrarse en las disposiciones del art. 1º la ley

¹¹ CNACC, Sala 5ª, causa 19910, “Carrasco Ríos, Víctor”, resuelta el 2/10/2002, con voto en disidencia del Dr. NAVARRO.

¹² CNACC “Rodeiro, Luis A.” resuelta el 15/10/2003; sala 4ª.

24.270, pues éste es el sujeto activo del hecho, siendo el sujeto pasivo del delito de sustracción de menores, en este caso, la madre que convivía con la menor¹³.

La jurisprudencia en la materia, emanada de la Cámara Nacional de Casación Penal, también ha sido vacilante en cuanto a la determinación del bien jurídico protegido y del sujeto activo, al tipificarse los delitos de impedimento de contacto y de sustracción de menores.

Entre los fallos más destacados pueden citarse, en el año 2003 el caso "White", emando de la Sala III. En el caso se sostuvo que no resultaba posible aplicar la figura de sustracción de menores, cuando el agente activo fuera el padre de la menor y la tenencia era compartida con su esposa, ya que los padres mantenían el vínculo matrimonial aunque no convivían al momento en el que se la llevó -inconsultamente- con él al extranjero. Decide que resulta ajustada a derecho la calificación como delito de incumplimiento de contacto agravado, ya que el imputado revestía la calidad de padre no conviviente¹⁴.

En el año 2005, el caso "Balanovsky", fallo dictado por la Sala III, adoptó igual criterio, decidiendo que el padre no podía cometer el delito de sustracción de menores, sosteniendo que el bien jurídico protegido eran los derechos derivados de la familia, entendiendo que si el imputado no había sido privado ni suspendido en el ejercicio de la patria potestad de su hija, y que por ello no podía ser encuadrado provisoriamente en el delito de sustracción de menores¹⁵.

Finalmente se cita un fallo del año 2007, el caso "Pyrih", dictado por la Sala IV, en la que se adopta la tesis de la pluriofensividad, afirmando que son varios los bienes jurídicos afectados por la conducta prevista en el art. 146 del CP. Se entendió que el bien jurídico protegido era tanto la identidad del menor como su derecho a poseer su estado de familia, por lo que concluye que el padre puede cometer este delito.

¹³ CACC, Sala 7a "Servín, Patricio", resuelta El 18/06/2002

¹⁴ CNCP, sala III. "White, Michael" (CNCP – Sala III/25 de noviembre de 2003)

¹⁵ CNCP, Sala III. *Caso "Balanovsky"* 30 de septiembre de 2005.

El hecho que motiva el fallo constituyó una clara privación ilegítima de la libertad, con el agravante de tratarse de un menor de diez años a quien se lo extrae de su núcleo familiar. El bien jurídico protegido es precisamente la libertad individual, que afecta directamente a la familia, lo que pone de manifiesto que hay más de un bien jurídico tutelado y que ellos deben armonizarse, abarcando tanto la libertad individual del menor y su derecho a la identidad, el derecho de éste a ser criado por ambos padres y, finalmente, el del padre o madre natural a gozar del hijo que han traído al mundo.

Dado que el hijo lo era de ambos padres, los dos tienen derecho a contactarse con el niño, salvo resolución judicial en contrario, por lo que la representación que ejercen no es autónoma ni exclusiva sino compartida con el otro progenitor, y el tipo del art. 146 del CP protege primordialmente la integridad del grupo familiar y la incolumidad de la tenencia ejercida por los padres del niño, no siendo un delito que afecte sólo a la libertad.

Conclusiones parciales.

Se advierte, en el desarrollo de este capítulo, que el delito de impedimento de contacto requiere, al igual que el de sustracción de menores, del dolo directo pero también se ha destacado que en el primero el sujeto activo es el progenitor conviviente con el menor quien, mediante una conducta obstructiva, impide al no conviviente el contacto con su hijo.

Muy distinta es la situación en el caso del delito de sustracción de menores, ya que quien se lleva consigo al niño es el progenitor no conviviente, quien no detenta legalmente la guarda o custodia aún cuando no haya sido privado judicialmente de la patria potestad, ya que la norma- art. 146 del CP- no establece esa condición.

La previsión de la Ley 24.270 en su artículo segundo, que regula el agravamiento de la pena, expresamente refiere al padre o tercero que para impedir el contacto con el progenitor no conviviente, lo mudare de domicilio sin autorización judicial.

Los fallos expuestos que se niegan a tipificar la conducta del progenitor como delito de sustracción y pretenden subsumirla en las disposiciones de la ley 24270, han obviamente ignorado que el impedimento de contacto sólo contempla como sujeto activo al progenitor conviviente con el menor, en tanto la previsión del art. 146 refiere a la sustracción por parte de quien no convive con el niño en tanto no tiene respecto de él, el cuidado personal o guarda.

En definitiva, las condiciones previstas en las normas examinadas, no permiten encuadrar una conducta de sustracción, retención y ocultamiento del propio hijo menor de diez años de la custodia del padre conviviente, como subsumidas en el delito de impedimento de contacto, por lo que toda interpretación que así lo resuelva resulta-cuanto menos- forzada.

CAPITULO IV

**EL DELITO DE SUSTRACCION DE MENORES EN LA
JURISPRUDENCIA ARGENTINA DEL SIGLO XXI**

CAPITULO IV

EL DELITO DE SUSTRACCION DE MENORES EN LA

JURISPRUDENCIA ARGENTINA DEL SIGLO XXI

Introducción

La jurisprudencia nacional en el siglo XXI, no ha podido aún zanjar la discusión en el ámbito jurídico-penal, relacionada con la posibilidad de que los progenitores sean sujetos activos del delito de sustracción de sus propios hijos, menores de 10 años.

La presencia de una norma que tipifique esta conducta, responsabilizando a los padres y estableciendo- como sucede en algunos de los países referidos en el capítulo primero - determinadas condiciones para que el accionar contemplado en el art. 146 del CP (sustraer, retener, ocultar), constituya delito cuando es el progenitor quien las comete, jugaría en favor de la seguridad jurídica y confirmaría parcialmente la hipótesis planteada.

Se han desarrollado y analizado en este capítulo tres fallos que evidencian los vaivenes jurisprudenciales, no sólo en cuanto a la sentencia emanada de los tribunales respectivos, sino también en las posiciones disímiles vertidas en los votos de los vocales que los integran.

Para ello ha sido necesario exponer los fundamentos tanto de la mayoría como de la minoría en cada fallo, lo que permite afirmar que, ante la falta de regulación legal específica, la tipificación de las conductas requeridas queda sujeta al arbitrio de quien las evalúa.

4.1. Fallo 1 : Cámara Nacional de Casación Penal, año 2007: "P. L. A. s/recurso de casación"¹⁶

La resolución de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal del año 2007, revocó la sentencia de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, que había declarado el sobreseimiento del imputado P.L.A., por el delito previsto en el art. 146 del CP.

¹⁶ CFed.C.P., Sala IV. "P., L. A. s/recurso de casación. Causa 5105 - 26/02/2007

Contra el decisorio de la CNACC, interpuso recurso de casación el señor Fiscal General, quién se agravió de lo resuelto por entender que el inculpado retiró a su hijo menor del domicilio de su madre -a quién se le acordara la tenencia definitiva por vía judicial- no reintegrándolo. El menor fue finalmente localizado y devuelto a su progenitora el 1 de octubre de 1997, cuatro años y seis meses después de haberlo el padre sustraído.

El voto en minoría rechazó la posibilidad de responsabilizar al progenitor como autor material y responsable del ilícito previsto por art. 146 CP, fundado en que los derechos deberes derivados de la patria potestad no se encontraban suspendidos ni se le había privado de ella al imputado, por lo que concluye que sustraer al menor implica sustituir a los padres en el ejercicio de sus derechos conferidos 'por la ley civil. Considera que sólo puede ser sujeto activo de este delito el progenitor privado o suspendido del ejercicio de la patria potestad, dado que uno de los derechos inherentes a ella es la custodia de los hijos menores de edad.

El voto mayoritario acoge el recurso impugnatorio fundado en que existe una distinción entre titularidad y ejercicio de la patria potestad, y dado que el progenitor no tenía la tenencia legal de su hija, carecía de plena libertad de decisión individual sobre el destino de la misma, por lo que su conducta constituyó un abuso de derecho al llevarse a la hija menor de 10 años del país, sin el consentimiento de la madre. Esa conducta constituyó una privación ilegítima de la libertad como bien protegido por el tipo, además de agredir el derecho de la madre de criar a su hija.

En relación a lo que se ha planteado como hipótesis de esta investigación, este fallo, para determinar si puede ser sujeto activo de la sustracción el progenitor, considera que si esa sustracción tiene como finalidad hacer desaparecer al niño y retenerlo, ello debe probarse en el caso concreto, por lo que no es posible establecer reglas fijas, aplicables indistintamente en todos los casos, especialmente porque el art 146 del CP es un texto abstracto en lo que al sujeto activo refiere, ya que no requiere ninguna característica especial en el sujeto activo, aún cuando entre todos los que pueden cometer este delito, se encuentran los padres.

En cada caso- para poder determinar si un progenitor ha incurrido en el delito de sustracción de su propio hijo- debe tenerse en cuenta la situación fáctica familiar, dado que el sólo hecho de ser padre no legitima la realización de actos unilaterales que sean trascendentes

en la relación filial, por lo que quien excede el marco de su derecho puede cometer una ilicitud, y su obrar es susceptible de encuadrarse en el tipo penal del art. 146 CP.

En definitiva decide que analizadas las circunstancias de hecho, ellas constituyeron situaciones graves, advirtiéndose en el aspecto subjetivo del sujeto activo una inequívoca intención de sustraer al menor de la esfera de custodia de su otro progenitor, con el fin de retenerlo u ocultarlo durante un largo período de tiempo. Por ello hace lugar al recurso y se resuelve revocar la resolución impugnada, debiendo remitirse las actuaciones al tribunal de origen para que continúe con el trámite de las mismas.

Observaciones al fallo: cabe destacar en este fallo las diferencias conceptuales de los votos emitidos, y los efectos jurídicos de una y otra posición adoptada.

El primero de los votos, al negar la posibilidad de que el sujeto activo del delito de sustracción pueda ser uno de los progenitores, en tanto sostiene que el tipo objetivo no puede ser atribuido a quien detenta- aun restringida por no habersele adjudicado la guarda- la patria potestad, deja impune la conducta de quien subrepticamente, sin autorización del progenitor que detentaba la tenencia otorgada en forma unipersonal, sustrae al menor durante cuatro años y medio, de todo contacto con la madre.

El voto en mayoría, que analiza en profundidad el bien jurídico protegido y las expresas disposiciones del art. 146 del CP sostiene, en cuanto al primero, que no se trata de un único bien, ya que por un lado ampara la libertad del niño y por el otro, el derecho de ambos padres a ejercer los derechos-deberes derivados del instrumento de la patria potestad, salvo el caso en que alguno se encontrara judicialmente privado de ella.

Cuando analiza quiénes pueden ser los sujetos activos del delito, manifiesta que el art 146 CP en modo alguno excluye a los padres, más para calificar la conducta sustractiva resulta imprescindible evaluar las circunstancias que rodean al caso concreto, interpretar la gravedad de las acciones desarrolladas por quien sustrae, retiene y oculta, y tiene especialmente en cuenta que el hecho de llevar al niño a otro país, sin el consentimiento- ni siquiera el conocimiento- de la madre, es lo que se encuentra expresamente previsto en el tipo.

Otro aspecto que consideró fundamental, es que el padre no retornó voluntariamente con el niño, sino que fue la intervención de las autoridades la que logró ese retorno. La

conclusión, que reconoce al padre como sujeto activo del tipo, destaca la gravedad de la conducta dolosa, que se prolongó durante cuatro años y medio, razón por la cual la misma debe ser reprimida con la pena prevista en el art 146 del CP,

La ausencia de una regulación que expresamente contemple a los progenitores como sujeto activo de la sustracción de su hijo menor, es lo que permite discrepancias tales como las evidenciadas en esta resolución.

4.2 Fallo 2: Cámara del Crimen de la Nación, Sala I, año 2012. “B.A.V s/ Contienda 12-110”¹⁷

El expediente “B.A.V. s/ Contienda 13-110”, causa 43.919/2012 del 20 de Diciembre de 2012 llegó a la Alzada debido a un conflicto de competencia entre un Juzgado de Instrucción y uno Correccional, ya que la misma se encontraba supeditada a la tipificación de la conducta investigada, es decir si se trataba de un delito de impedimento de contacto o de sustracción de menor de 10 años.

Pese a la distinta fundamentación de los respectivos votos, se resolvió por mayoría que la sustracción de menores no podía tener, como sujeto activo del tipo previsto por el art. 146 del C.P, al progenitor, salvo que quien cometa la conducta sustractiva se encontrare privado- por sentencia judicial- de la patria potestad, por lo que la conducta debía subsumirse en el delito de impedimento de contacto.

El voto en disidencia consideró la improcedencia de calificar la conducta como la prevista por la ley 24.270, dado que hay ausencia de uno de los requisitos básicos previstos en el tipo objetivo, pues requiere que el sujeto activo sea el padre conviviente quien, abusando de su condición, priva al no conviviente del contacto con el menor.

Considera que, en el caso, quien se ve privada del niño es la madre conviviente, y que el padre no conviviente fue el que se apoderó del hijo menor de diez años y lo sustrajo de la esfera la custodia legal, configurándose el tipo del art.146 CP, por lo que el caso era de competencia del Juzgado de Instrucción

¹⁷ Cámara del Crimen de la Nación, Sala I, “B:A:V. s/ Contienda 13-110” causa 43.919/2012.20 de Diciembre de 2012

Observaciones al fallo: si bien en el caso se dirimió una cuestión de competencia, para ello los vocales debieron analizar las conductas denunciadas, encuadrándolas como impedimento de contacto o como sustracción de menores.

Si bien los tres jueces coincidieron en adjudicar la causa al juzgado de instrucción, dos de ellos lo hicieron sólo por la conexidad con el delito de amenazas coactivas, también denunciadas, pero descartaron expresamente que se haya configurado el delito del art. 146 del CP, fundando sus argumentos en que el progenitor no puede ser sujeto activo del mismo, salvo que quien sustraiga a su hijo se encuentre privado judicialmente de la patria potestad.

El voto en disidencia pone de relieve que el análisis realizado por los anteriores vocales incurre en un error en cuanto al sujeto activo, ya que el impedimento de contacto-conforme lo prescripto por la ley 24.270-, lo comete el padre conviviente respecto del no conviviente, pero en el caso era precisamente la madre que detentaba la guarda- es decir la conviviente- quien se vio privada de la relación con su hijo, el que le fue sustraído por el otro progenitor.

Cuando este voto evalúa el tipo objetivo, expresamente afirma que es posible que en el caso se esté frente al delito previsto por el art. 146 del CP, ante el apoderamiento del hijo menor de 10 años por el progenitor que no detentaba la custodia.

Nuevamente se evidencia que, para evitar la reiteración de posiciones tan distintas como las expuestas, resulta necesaria la regulación normativa de un tipo delictivo especial que disponga, expresamente, que puede ser sujeto activo de este delito el progenitor que incurre en las conductas tipificadas por el art, 146 del CP.

4.3. Fallo 3: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de C.F. Sala VII, año 2018 . “L.J.G s/ procesamiento- sustracción de menores”¹⁸

El caso: El imputado, con la colaboración de su hermana, quien compró el boleto aéreo y participó activamente en la maniobra, logró sacar del país a su hija menor de edad sin autorización de la madre (querellante), con destino a la República de Bolivia, para luego conducirla a Malasia, lugar en donde permaneció junto con la menor -con otro nombre- durante ocho meses, viéndose impedida la madre de tener cualquier tipo de contacto y no

¹⁸ CNA en lo Criminal y Correccional de la CF. Sala VII. “L., J. G. s/ procesamiento - sustracción de menores”, (causa n° 36.991/2017) del 9/4/18. Obtenido de: www.pensamientolegal.co.ar/fallos/46626-sustracción-,emres-traslado-,emor-fuera-del-país-padres

aportándosele ningún dato que le permitiera conocer el paradero de la niña, hasta que fue finalmente el padre detenido.

La Sala interviene con motivo del recurso de apelación interpuesto por la defensa del imputado contra el auto del juez de la instancia de origen, que lo procesó por sustracción de menores (art. 146 CP), recurso que cuestionó la calificación jurídica del hecho atribuido a L.J.G. considerando que éste se subordinaba típicamente-por el principio de especialidad- en el art. 2, de la ley 24.270.

Al igual que en los fallos anteriores, existen dos posiciones claramente diferenciadas entre los vocales opinantes.

El voto en minoría rechaza que la conducta del progenitor imputado constituya delito de sustracción de su hijo, considerando que aquella se encuadra en el art. 2 de la ley 24.270, asumiendo que el art. 146 CP remite a la conducta del robo de niños a sus padres, razón por la que ellos no pueden ser sujetos activos de ese delito, salvo que hubieran sido privados de la responsabilidad parental. Estima que la pena impuesta por el art. 146 del CP, cuya severidad es similar la prevista para el delito de secuestro extorsivo, refuerza la idea de que el delito por él tipificado, no abarca la hipótesis tratada en el caso.

La resolución, que se fundó en el voto de la mayoría, ratificó la sentencia del *a quo*, dado que consideró que en el caso se produjo la desaparición de la menor, por lo que existió la subordinación típica en la figura del art. 146 CP, dado que dicho artículo no excluye la posibilidad de que los progenitores puedan ser sujetos activos de este delito, en especial cuando fue el padre quien impidió, por 8 meses, que la niña vea a su madre, la sacó del país y ocultó su identidad mientras la escondía en distintos países, siendo estas las conductas típicas previstas en la norma.

Destaca que la figura del mencionado artículo no requiere ninguna característica especial del sujeto activo, por lo que cualquier persona, incluso el progenitor del menor sustraído, puede serlo, ya que el bien jurídico que se tutela es la libertad del infante, lo que puede afectar indirectamente a la familia, de lo que surge que el proceder de uno de los progenitores que aparte al niño de la custodia del otro padre, incurre en el delito de sustracción de menores, dado que el niño es el hijo de ambos y, salvo una resolución judicial en contrario, los dos tienen derecho a convivir con su hijo.

Observaciones al fallo: las dos posiciones opuestas que se manifiestan en los votos de la minoría y la mayoría, vuelven a evidenciar la necesidad de una regulación que establezca si el progenitor puede ser sujeto activo de la sustracción de su hijo menor.

Cuando el voto en minoría sostiene que, cuando es el progenitor quien sustrae a su hijo, la conducta debe encuadrarse en las disposiciones de la ley 24.270-impedimento de contacto- está obviando lo que el propio texto de la ley contempla cuando tipifica este delito: el sujeto activo es el padre conviviente que impide el contacto con el no conviviente.

En el caso se dio la situación inversa, ya que fue precisamente quien no detentaba la guarda o tenencia el que incurrió en la conducta de sacar a su hija del país, ocultar a la conviviente el nuevo domicilio, e impedir toda comunicación madre-hija.

El voto de la mayoría, por el contrario, indica que el imputado incurrió en la conducta típica regulada por el art 146 del CP , en cuanto el delito allí previsto- amén de las acciones que regula como constitutivas de la tipicidad-, coloca como sujeto activo a quien no tuviera la guarda o custodia del menor sustraído- en este caso el padre no conviviente- destacando que el bien jurídico protegido es la libertad del niño y el libre ejercicio de las potestades sobre los menores que surgen de las relaciones de familia, de los que fueron privados tanto el niño como la madre conviviente.

Conclusiones Parciales

Puede advertirse en el desarrollo de este capítulo, que en los tres fallos ha habido disidencias en los votos respectivos, porque si bien en dos de ellos- el primero en el año 2007 y el tercero en 2019, se impuso mayoritariamente la posición que tipificaba a las conductas en las que el progenitor no conviviente, -violando la guarda o custodia a cargo del otro padre, se llevaba al niño, lo retenía y ocultaba-, en las previsiones del art. 146 del CP,

En el fallo del 2014, la mayoría decidió que la conducta se encuadraba en la figura de impedimento de contacto.

Corresponde recordar que la ley 24.270- invocada por los jueces que han sostenido que la conducta del progenitor debía calificarse como impedimento de contacto -, literalmente manifiesta: “el padre o tercero que ilegalmente impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes”.

Su texto no permite dudas: el sujeto activo es el padre o tercero que convive con el menor, ya que al tipificar las conductas que configuran el accionar delictivo, expresamente se refiere al impedimento u obstrucción de contacto, respecto del padre no conviviente.

El mismo artículo agrava la pena cuando ese impedimento se produjere respecto de un menor de 10 años o discapacitado, que es el único punto de contacto con el tipo objetivo del art 146 CP.

Ello en cuanto el art. 2 de la ley 24.270, cuando refiere a la acción de mudar de su domicilio al menor sin autorización judicial, vuelve a expresar que en esa conducta incurre el padre o tercero que lo hace para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente.

En consecuencia el que impide u obstruye, cuando lo hace uno de los progenitores, no puede ser otro que el padre conviviente.

Por tal razón, el delito previsto en el art. 2 de la ley citada no se corresponde con la conducta sustractiva que el no conviviente realiza, privando al conviviente del ejercicio de la custodia que tiene asignada, sino con el tipo previsto en el art. 146 del CP.

Conclusiones finales

Dado que lo que ha sido objeto de esta investigación es la posibilidad de que el delito tipificado en el art 146 del Código Penal, pueda ser cometido por uno de los progenitores del niño sustraído, retenido y ocultado, y las diversas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales al respecto, se ha partido de la siguiente pregunta orientativa : ¿ Es jurídicamente procedente que el progenitor que sustrae, retiene u oculta a su hijo menor de 10 años, sea sujeto activo del delito tipificado por el art, 146 del C.P?

Considerando la variedad de posturas al respecto, producida por la generalidad introducida por la norma arriba citada, respecto de quién puede ser sujeto activo de este delito, se ha propuesto como hipótesis la siguiente: la conducta del progenitor que sustrae, retiene u oculta a su hijo menor de diez años, de la guarda o cuidado personal que ejercía el otro progenitor (el conviviente), puede ser encuadrada en el delito tipificado por el art 146 del Código Penal.

Luego de la investigación realizada, se considera que la hipótesis sólo ha sido parcialmente corroborada, pues si bien las conductas definidas en el tipo no pueden ser asimiladas con el impedimento de contacto, la finalidad perseguida con la intensidad de las penas del Art. 146 CP ha sido fundamentalmente la de evitar la violencia institucional en la desaparición de personas, el cambio de identidad, incluso la trata y/o el secuestro extorsivo.

Por el contrario, cuando la conducta sustractiva la comete el progenitor, por lo general tiene como fin hacerse de la custodia del menor por las vías de hecho, dado los conflictos con el otro y las dificultades en desarrollar una convivencia familiar armónica, aun cuando los padres se encuentren separados.

Pero no debe perderse de vista que el bien jurídico protegido por el tipo es la libertad del menor, por lo que la conducta sustractiva,- aun cuando la desarrolle el padre-, con la posterior retención y ocultamiento del niño, afecta dicho bien. Asimismo estas conductas impiden el ejercicio de la responsabilidad parental del progenitor que hasta el momento en que ocurre la sustracción había sido el conviviente y, dada esta circunstancia, el niño ha sido privado de su relación familiar y de su centro de vida, lo que le provoca una nueva lesión.

Si bien esta pluriofensividad de bienes que la sustracción provoca, sucede tanto si es un extraño quien la realiza como si se trata de uno de los progenitores, la finalidad perseguida en uno u otro caso no reviste la misma gravedad, por lo que deviene necesaria una regulación especial, que considere expresamente en qué casos el sujeto activo puede ser el progenitor, y una graduación de la pena que contemple la finalidad perseguida y los efectos que la conducta sustractiva del progenitor produce.

Pese a que se afirmó que la hipótesis se encuentra parcialmente corroborada, no puede obviarse que si es el padre quien sustrae a su hijo, lesiona los bienes jurídicos que la norma tutela, lesión que se intensifica al tratarse de un delito continuado, ya que si bien la sustracción puede considerarse como un injusto instantáneo, el tipo se encuentra conformado, -tal como oportunamente se expresó-, no sólo por esa conducta, sino también por la retención y el ocultamiento, lo que implica la voluntad dolosa de su autor de perpetuar su acción en el tiempo.

En el supuesto de que el sujeto activo lo fuera uno de los progenitores, ataca la libertad del niño y la relación familiar, por lo que cuanto mayor sea el tiempo en el que el ilícito se ejecute, será seguramente mayor el daño que origine.

Lo que configura la tipicidad de la conducta es la edad en que el menor es sustraído(10 años o menos), conforme el tipo previsto por el art 146 CP, por lo que dada la ausencia de discernimiento del niño, no puede haber consentimiento válido del mismo si el progenitor que lo sustrae, basado en una relación mucho más intensa que si se tratara de un extraño, dado su trato habitual con el niño, lo convence para que esté de acuerdo con ser trasladado a un destino distinto al lugar en que desarrolla su centro de vida, en el que convive con quien ejerce la guarda o tenencia.

Ello ratifica que la sustracción efectuada por un progenitor no sólo puede cometerse, en perjuicio del niño y del padre conviviente, sino que es más factible de producirse cuando las relaciones entre los padres sea conflictiva.

Otro de los elementos que corrobora que el sujeto activo de la sustracción pueda ser uno de los progenitores, es que el art 146 exige que las conductas que tipifica impliquen que se sustraiga al menor de la guarda o tutela de quien la tiene asignada. Esto se da cuando el padre no conviviente se lleva consigo a su hijo sin la autorización ni el conocimiento de quien ejerce, legalmente, la responsabilidad parental

Varios fallos, como también los votos minoritarios dentro de ellos, tal como se ha expuesto, fundamentalmente para evitar la aplicación de las severas penas que impone la norma para este tipo de delitos, han querido subsumir la conducta de apropiación de su propio hijo, en lo dispuesto en el art 2 de la ley 24.270.

Lo que han obviado es que, a diferencia del art 146 CP, el delito de impedimento de contacto expresamente contempla como sujeto activo al progenitor conviviente que obstruye la relación con el no conviviente, incluso trasladándolo de su domicilio habitual y no comunicando su paradero.

Son situaciones radicalmente distintas en lo que al sujeto activo refiere, por lo que cuando el padre no conviviente se lleva a su hijo, sin consentimiento del otro a un domicilio que éste último desconoce, no está- desde la tipicidad del hecho-, sólo impidiendo el contacto, sino que lo sustrae, retiene y oculta, impidiendo que el progenitor conviviente tenga toda relación con el niño.

De lo expuesto resulta entonces que el padre no conviviente, al cometer las conductas descritas en el art. 146 CP, puede ser condenado como autor del delito de sustracción de menores.

No obstante lo expuesto, es comprensible que la doctrina y la jurisprudencia cuestionen el monto de la pena a aplicar, en especial arguyendo que la misma fue oportunamente agravada para penar la desaparición forzada de personas, provocada por el robo sistemático de niños, especialmente bebés para cambiar su identidad, y para el caso de secuestros extorsivos.

Consideran que cuando son los padres los que sustraen a sus hijos, generalmente lo hacen para castigar al progenitor que convivía con él y tenía su guarda y custodia, dada la existencia de un conflicto familiar.

En coincidencia con este criterio, las legislaciones de varios Estados, quienes han tipificado en forma expresa la sustracción de menores por parte de un progenitor, no sólo han regulado las condiciones a cumplir para que se configure la conducta penalmente sancionable, sino que la pena que imponen suele ser muy inferior a la que nuestro ordenamiento contempla en el art. 146 del CP.

En atención a estas consideraciones, tanto para que exista la tipificación como delito especial con un sujeto activo determinado, como para que las penas sean adecuadas a las situaciones de hecho y a la finalidad perseguida por el autor, en coincidencia con la normativa de otros países, se acompaña un Anexo que propone la incorporación al texto de nuestro Código Penal de una norma que conlleva a cumplir dos objetivos: uno de ellos es la determinación cierta de que sea sujeto activo de este delito uno de los progenitores- el no conviviente- y, el segundo, la adecuación del monto de las penas al tipo previsto, en consonancia con lo que el derecho comparado dispone.

La propuesta de modificación normativa efectuada pondría fin a las divergencias jurisprudenciales en la materia, calificándose como conducta sustractiva a la que realizara el progenitor no conviviente, quien debe ser considerado como sujeto activo del delito que se prevé en la modificación detallada en el Anexo, si se configuran las conductas allí consignadas.

BIBLIOGRAFIA

Legislación

Código Penal Argentino

Ley 24.270/93. Delito de impedimento de contacto

Ley 24.410/1995 modificatoria de la pena del delito de sustracción de menores

Código Tejedor, sancionado en 1877

Ley 23.849/1990 ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño

Convención sobre los Derechos del Niño/1990

Ley 25.358 /2000 aprueba Convención sobre restitución internacional de menores

Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. 1994

La Convención de La Haya. 1980

Ley 23.857 ratifica el Convenio de la Haya

Doctrina

Libros

Baigún, D. Zaffaroni R., (2008) *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Tomo 5, Artículos 134/146 Parte Especial, Adrián Pérez Lance, editorial Hammurabi SRL

Cuello Calón,(1949) *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo 2, Bosch, Barcelona.

Donna, E. (2001) *Derecho penal. Parte especial*. Tomo II. Ed- Rubinzal – Culzoni, Santa Fe.

Fontán Balestra, C. (2008) *Derecho Penal, Parte Especial*. (Decimoséptima edición actualizada por el Dr. Guillermo A. C. Ledesma) Ed. Abeledo – Perrot. Buenos Aires.

- Herrera, M.(2015) *Manual de derecho de las familias*. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. Argentina
- Núñez, R. (1989) *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*. Tomo Cuarto, Editora Córdoba, Argentina.
- Roxin, C./1997) *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Ed. Civitas, Madrid.
- Soler, S (1999/2000) *Derecho Penal Argentino*. Tomo IV, (11° reimpresión) Tipográfica Editora Argentina. .
- Soler, S.(1992) *Derecho Penal Argentino*. T. IV. Ed. TEA.
- Zaffaroni, E. (1987) *Tratado de Derecho Penal*, T. I. Ed. Ediar, Buenos Aires.

Revistas

- Corigliano, M.(2008) Delitos de sustracción, retención y ocultación de menores. Hacia una definición político-criminal- *Derecho Penal on line* (versión electrónica) Obtenido de”http://www.mariocorigliano.com.ar/pdf/delitos_contra_la_libertad_sustraccion_y_ocultacion_de_menores.pdf. Consultado el 20/1/2019
- De la Rosa Cortina, J. (2017) El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia *Centro de Estudios Jurídicos* (versión electrónica). Obtenido en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia... · Archivo PDF. Consultado el 27/2/2019
- Gonzalez Martín, N. (2011) Convivencia paterno-materna filial en el panorama internacional: un acercamiento en torno a la sustracción de menores, alienación parental y mediación familiar internacional. *Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México* (versión electrónica) Pág. 27
- Grosman C. Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia. *LA LEY*1993-B, 1089

Artículos web

- García Campos, S.(2011). La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia. Obtenido en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25553.pdf>. Consultado 12/2/2019
- Gonzalez, E.. (2009). La obstrucción de vínculo es un delito. Comentario sobre la ley 24.270.(versión electrónica)Recuperadode<http://abogadaelsagonzalez.blogspot.com.ar/2009/01/la-obstruccion-de-vinculo-es-un-delito.html>. Consultado el 3/2/2019
- Teseyra, J.(2011) ¿Puede el padre no conviviente cometer el delito de sustracción de menores respecto de sus hijos menores de edad?.Análisis de la jurisprudencia penal. Obtenido en

<https://josefernandoteseyra.blogspot.com/2011/02/puede-el-padre-no...> Consultado el 27/2/2019. Consultado el 25/2/2019.

Zaffaroni,E.(2017) Distinción entre delito instantáneo y permanentes o continuos- (versión electrónica) Obtenido en <http://www.nuestrasvoces.com.ar/el-salon/distincion-delito-instantaneo-permanentes-continuos>. Consultado el 10/1/2019

Jurisprudencia

SCBA “C., C y L, ME. Exwquatur” 2/9/2009 Causa C. 107.623, Obtenido en <http://www.villaverde.com.ar/es/investigacion/materiales-sobre-restituci-n-internacional-de-menores-traslados-y-retenciones-il-c-tos/>. Consultado el 2/3/2019

CSJN. - "Massera, Emilio Eduardo s/ incidente de excarcelación" M 960. XXXVII - 15/04/2004

CNACC Fallos II-417; *JA 47-262*; *LL 119-230*; sala 4ª, causa 22609).

CNCC Sala 1ª, “Idachkin, Jorge O.”, resuelta El 28/06/1994.

CNACC “Berthier, Enrique J. s/ Excarcelación”, fallo del 9 de septiembre de 2004, sala 1ª.

CNACC “Bello, H.C.” CNCC sala 1ª, causa 45643, 23/3/1998:

CNACC, Sala 5ª, causa 19910, "Carrasco Ríos, Víctor". 2/10/2002

CNACC Sala 4. "Rodeiro, Luis A." 15/10/2003.

CACC, Sala 7a “Servín, Patricio”, 18/06/2002

CNCP, sala III “White, Michael” ,25 de noviembre de 2003.

CNCP, Sala III. Caso “Balanovsky”. 30 de septiembre de 2005.

CFed.C.P., Sala IV. "P., L. A. s/recurso de casación " Causa 5105 - 26/02/2007

Cámara del Crimen de la Nación, Sala I, “B.A.V. s/ Contienda 13-110”causa 43.919/2012.20 de Diciembre de 2012

CNA en lo Criminal y Correccional de la CF. Sala VII. Autos “L., J. G. s/ procesamiento - sustracción de menores”. Causa n° 36.991/2017) del 9/4/18.

ANEXO

Atento a lo expresado en las conclusiones finales del presente trabajo, se propone la siguiente modificación al Código Penal:

- 1) Incorpórase el art, 146bis, cuyo texto es el siguiente:
 - a) Si quien sustrajere, retuviere u ocultare a su propio hijo menor de 10 años, cuya guarda o tenencia no detentare, del progenitor o de terceros que la tuvieren asignada, sin el consentimiento de éste u éstos, será pasible de una pena de uno a cuatro años de prisión, e inhabilitación especial para el ejercicio de la responsabilidad parental por igual período.
 - b) Si el niño sustraído fuere devuelto al conviviente en el plazo de 24 horas de haberse producido el hecho, el progenitor no conviviente que cometiere la sustracción será privado de la responsabilidad parental por el plazo de hasta un año.
 - c) Si la guarda o tenencia hubiere sido otorgada al padre conviviente por resolución judicial, el monto de la pena, dada la desobediencia, se elevará de dos a seis años.
 - d) Si con motivo de la sustracción el padre no conviviente trasladara a su hijo menor de 10 años fuera del territorio argentino, sin consentimiento del progenitor conviviente, o si habiendo vencido el plazo por el que se concedió la autorización no lo restituyera, la pena será de dos a seis años de prisión.
 - e) Para la graduación de las penas establecidas se tendrá en cuenta el tiempo en que haya durado la retención y ocultamiento, como asimismo si a raíz de la conducta sustractiva se hubiera alterado la identidad del menor.
 - f) Si se acreditare que la sustracción se ha producido en resguardo de los intereses y/o de la integridad física o psíquica del menor, quedará exente de pena el progenitor no conviviente que incurriera en esa conducta.

