



Sustracción de Menores

Por Javier Recalde y María M. Biglieri

Art. 146.- *“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”.*

1.-Antecedentes Históricos y Legislativos:

Comenta Soler que la figura en análisis posee una fuerte tradición jurídica que deviene tanto del derecho español como germánico (1, pág 54), llamada robo de niños, el que era fuertemente castigado.

Así dentro de los delitos contra la libertad, el art. 408 del Código Español de 1848 decía “La sustracción de un menor de siete años será castigada con la pena de cadena temporal”, la norma vigente a esa fecha no describe el delito en forma autónoma, sino junto con otras detenciones ilegales.

Esta regla encontró sus raíces en el Fuero Juzgo y en las Partidas y se semeja al art. 354 del Cód. Penal Francés, el art. 75 del Código austríaco y 337 del Código de Napoleón (11, pág. 256)

Explica Cuello Calón que en el Fuero Juzgo se penaba la sustracción de los hijos de los hombres libres de casas de sus padres, quedando el culpable como siervo del hijo robado o pagaba una pena pecuniaria (14, pág. 690)

Menciona Tejedor que entre los romanos la figura se denominaba plagio y que fue construida para castigar el accionar de grupos que atacaban los caminos, penándose con la muerte (Siglo I A.C., Lex Fabia: *"quién sabiendo y con dolo malo vende o dona a un ciudadano romano independiente contra su voluntad; a los que persuaden a un esclavo a huir, o bien los apresan, ocultan, venden o donan contra la voluntad y en perjuicio de sus dueños, mermando de tal manera a éstos en su patrimonio"*)



Desde el ámbito nacional, recién con el código tejedor de 1867 puede observarse la inclusión de una norma que resulta ser antecedente de la figura en comentario. Rezaba el art. 283 “...el que sustrajere un menor de nueve años del poder de sus padres, sufrirá tres meses de arresto. La pena será de dos meses si el menor sustraído estaba en poder de su guardador o de cualquier persona encargada de su custodia”.

Para el art. 284 la figura se agravaba “si la sustracción se hiciese con el objeto de privar al menor de algún derecho civil o de un aprovecharse de sus servicios o de sus bienes la pena será de un año de prisión y multa de veinte y cinco a quinientos fuertes.”

Estas figuras se encontraban agrupadas en el capítulo II “sustracción de Menores”, en el Título VI “De los delitos contra las garantías individuales”, que nos da una idea del bien jurídico que tales mandatos intentaban proteger.

Debe tenerse en cuenta que no existía en aquel entonces un código en materia penal que rigiera en forma soberana en nuestro país, sin perjuicio del mandato expreso de la constitución nacional de 1853.

Tal situación sería subsanada en 1887 por la entrada en rigor de la Ley nacional 1920, que unificó la normativa penal en el país. El art. 158 que contemplaba la acción punible en trato, quedó entonces redactado así: “el que sustrajere un menor de nueve años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, sufrirá la pena de prisión por uno a tres años”

Por ende quedó sin efecto la figura atenuada del código tejedor, para el caso que el menor fuera sustraído del poder del guardador o figura análoga, no efectuando sobre ellos distinción y elevó fuertemente los quantum punitivos.

El código penal de 1921 delineó la acción punible en el art. 146, manteniendo desde aquel entonces esa ubicación y la siguiente redacción. “Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, el que sustrajere a un menor de diez años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviera u ocultare”.



La figura se mantuvo sin cambios hasta la sanción de la ley 24410 en el año 1994, cuando se elevaron los montos de la pena a los de cinco a quince años de prisión o reclusión que rigen actualmente.

2.- Bien Jurídico

Una amplia discusión doctrinaria se ciernen sobre éste punto básico del análisis de una norma penal.

La discusión se centra sobre si lo tutelado es el derecho a la libertad del menor, a los derechos sobre la patria potestad de los progenitores, al estado familiar o al derecho de identidad de los niños.

Explica Soler “...*el bien jurídico aquí tutelado es el de la libertad en aquel sentido genérico propio del plagio, no porque sea necesaria la reducción del menor a un estado de servidumbre, sino porque el menor de diez años, efectivamente se encuentra en una situación de dependencia casi total de otra voluntad, y la ley castiga al que usurpa esa otra voluntad (1, pág. 64)*”. Más adelante afirma “*Como delito contra la libertad, éste comprende, dentro de la misma calificación, a la acción de retener, para la cual los autores exigen ordinariamente cierta duración, de manera que efectivamente pueda afirmarse que los padres se han visto privados del ejercicio de la facultad genérica de tutela (1, pág. 67)*”

Por otra parte Donna parece obviar la discusión reinante al sintetizar “...*Es el derecho básico a tener su estado de familia, y es más, a saber quiénes son sus padres y a estar junto a ellos. Desde ésta perspectiva, el bien jurídico en estos tipos penales pasa por esta idea, y es desde ésta idea que debe entenderse (15, pág. 215)*”.

Fontan Balestra enuncia las distintas opiniones y termina aseverando que el bien jurídico tutelado es un derecho del niño y no del tenedor de éste, y aún en el caso que ambos bienes pueden verse afectados, el del menor es superior. (5, pág 362)

Al respecto Nuñez sostiene citando a Carrara “...*Esta ofensa, mirada por el Código Penal como atentado a la libertad individual, científicamente debe regularse como una ofensa a la familia del*



menor, pues la incolumidad de la tenencia y gobierno de los menores por quien tiene la potestad para hacerlo, es algo que atañe a la integridad material del grupo familiar y a la autoridad del jefe o de su sustituto (4, pág. 58/59)”. El autor considera que la figura es un caso de robo de un menor por su sustracción del núcleo de su tenencia.

Entiendo que la opinión más acertada es la erigida por Adrian Pérez Lance (8, pág 481), al sostener *“la figura del art. 146 tutela algo más que la sola libertad del niño, o incluso algo distinto del plagio, pues, como se verá más abajo, el sometimiento de la voluntad del menor no es condición para éste delito y, si se presenta junto con la sustracción, podrá darse entre ambos un concurso ideal”, afirmando páginas después que “...en definitiva ninguno de los dos intereses –ni éste de la libertad ni aquel del derecho de tutela- bastan por si solos para explicar acabadamente la conformación de éste delito, y tanto uno como otro muestran estar presentes en él, será entonces que se trata de un delito pluriofensivo que los tiene a ambos como objeto de amparo (8, pág. 484)”.*

La jurisprudencia por su lado ha construido éstas afirmaciones:

“La sustracción y ocultamiento de un menor (art. 146 CP) en modo alguno se halla absorbida en el de alteración o supresión de estado civil de un menor de diez años, establecida en el artículo 139 inc. 2º del Código sustantivo en tanto que ambos tipos penales se remiten a supuestos diversos y bienes jurídicos protegidos diferentes -libertad individual uno y estado civil el otro-”. (CFed. CCorr., Sala 2, “R., E.”, BI 1993, pág. 262).

También se señaló que lo que se castiga es la obstrucción al libre ejercicio de la tutela de aquel dentro de cuyo ámbito debe desenvolverse su libertad (CNCrim y Correc, Sala I – Tozzini, Rivarola, “Bello. Hernán C”)

La Cámara Nacional de Casación Penal afirmó que la tutela principal es la libertad individual del niño y que sólo en forma indirecta se afecta a la familia de éste (CNCrP, Sala IV, “P.L.A s/rec. de casación --- LA LEY 2007/02/26”)



3.-_Sujeto Activo.-

Conforme la pacífica opinión de nuestros doctrinarios el autor del delito puede ser cualquiera.

Ello es así porque nuestra norma penal no exige ninguna característica especial en el autor.

La discusión versa sobre si los progenitores del menor pueden ser autores o partícipes del delito. En general nuestra doctrina y jurisprudencia niegan tal posibilidad al afirmar que tal situación sólo afecta los derechos familiares, si señalando que puede ser atrapado por otras figuras penales. Podemos identificar en torno al tema tres posturas.

Por una parte Soler niega firmemente la posibilidad que el progenitor sea autor de éste delito, al sostener que no es posible adecuar la conducta del padre que sustrae a su hijo del progenitor que lo tenía legalmente, y que lo retiene para sí, salvo que lo haya hecho desaparecer (1, pág. 69)

Fontan Balestra sostiene que la asiste razón al criterio enunciado por Soler, agregando que también es el receptado por la jurisprudencia nacional (5, pág. 363).

En forma categórica Dayenoff afirma “*los padres no pueden ser sujetos activos de éste delito (3, pág. 147)*”. De igual manera Gustavo Eduardo Aboso asegura “*...sujeto activo de éste delito puede ser cualquiera, con la única excepción de los padres (10, pág. 727)*”.-

Desde otra óptica Creus considera que tal postura no es del todo correcta ya que el progenitor que realiza la conducta vulnera “*la libertad del ejercicio de esos derechos*”, no siendo tal conclusión lógica con el hecho de que el legislador incluyera la figura en los delitos contra la libertad. (2, pág. 319). Parece compartir igual opinión el maestro Molinario (12, pág. 82)

En igual sentido se dijo que no incurre en éste delito el progenitor que teniendo la patria potestad de su hijo lo sustrae al padre restante, porque quien la detenta lo hace en el legítimo ejercicio de su derecho de patria potestad que le confieren los arts. 264 y siguientes del Código Civil, por lo que sólo



podrá ser sujeto activo del delito el padre que no tiene la patria potestad (6 - conforme Estrella – Godoy Lemos, mencionando varios autores, comentario al art. 146 pág. 146).

Parece compartir igual criterio el Dr. Nuñez en la referencia de la nota n° 146 (4, pág. 62).- Similar es la opinión de María C. Maiza quien previo afirmar que autor de éste delito puede ser cualquiera incluido los progenitores del menor, aclara luego que “...para que pueda ser considerado sujeto activo el padre o la madre, es necesario que esté excluido del ejercicio de la patria potestad (privación o suspensión)... en éstos supuestos, por regla, debe mediar una sentencia judicial que haya privado o haya suspendido a uno o a ambos progenitores de su derecho a custodia, siendo en éste aspecto insuficiente que se hayan celebrado acuerdos judiciales o extrajudiciales en supuestos de separación o divorcio, por el cual uno de los padres asume la tenencia (9, pág. 242)”

Distinta es la posición de Adrián Perez Lance al comentar éste extremo, al referir “...si el delito previsto por el art. 146 consiste en la privación de aquel vínculo de custodia o de tutela que emana de la situación de tenencia legítima reconocida con exclusividad a uno de los progenitores, no hay ninguna razón para negar aptitud usurpadora a la conducta del otro padre que, excluido de la tenencia y por ende, impedido de la guarda del niño, desapodera al primero y sustrae al hijo... No obstante, para que pueda afirmarse la sustracción en éste supuesto, debe estarse frente a un despajo que muestre cierta entidad y duración... (8, pág. 495 y ss)”. Luego se detiene a analizar si es aplicable el delito al padre que mantiene el ejercicio de la patria potestad ya sea en forma conjunta o exclusiva con el otro, concluyendo en forma positiva al no haber “...razón para desechar la autoría de la sustracción incluso por el padre en ejercicio de la patria potestad, siempre que, claro está, lo aparte del otro cónyuge con quien la comparte (8, pág. 497), siempre dejando a salvo que ello debe hacerse con una mirada restrictiva teniendo en cuenta “...la intensidad y duración del despajo para que pueda ser tenida como verdaderamente típica... (8, pág. 497)”.-

Siguiendo ésta última postura y con similares fundamentos se aseveró que “...no hay obstáculo para que uno de los padres sea sujeto activo (11, pág. 263)”.

La jurisprudencia es variada sobre el punto:



“No incurre en el delito de sustracción de menores el padre legítimo que, sin haber sido desposeído de la patria potestad, sustrae a su hijo menor del poder de la madre, con quien se hallaba desde la separación de hecho de ambos conyuges ; al desestimarse la querrela fundada en éstos preceptos (arts. 146 y 147, Cód. Penal), procede la remisión del expediente al juez correccional, por lo que el hecho pudiere ser el delito definido por el art. 239 del Cód. Penal (CNCrim. y Corr., 6/7/34, “Bouvier de Rodriguez, D.F. v. Rodriguez E”, JA, 47-262)

“...no puede aplicarse al padre que sustrajo y retuvo para sí a un menor, arrebatándoselo al cónyuge que legalmente lo tenía, salvo que pueda afirmarse que lo hizo desaparecer, lo cual no ocurrió, donde el querrellado, si bien se llevó consigo al menor y con él lo tuvo por espacio de tres meses, lo reintegró en cuanto le fue judicialmente reclamado, con lo cual demostró que carecía de ese inequívoco designio de sustraer a su hijo de la potestad de su madre (CNCCorr, sala I, 23/3/98, c. 45643 “B.H.C. y otro”, BCNCyC, N° 1/1998)”

“El padre que no tiene la tenencia de sus hijos pero que conserva la patria potestad no está excluido de ser el sujeto activo del delito (CNCCorr, sala I, 28-6-94, “I.,J.O.”, c. 43400, BCNCyC, 1994)”

“Cualquiera de los progenitores puede ser sujeto activo del ilícito reprimido en el art. 146 del Código Penal, por cuanto el tipo legal sólo hace alusión a la tenencia compartida, sin que ni uno ni otro de los padres pueda en forma intempestiva y unilateral sacar al menor de la esfera de custodia del restante (CNCCorr, Sala V, 2-10-2002, “C.R.,V”, c 19910, BCNCyC, N°4/2002) .

“La conducta de la madre que abandona el hogar conyugal junto con sus hijos menores no es relevante a los efectos penales, pero si la conducta posterior de no permitir el contacto con el restante progenitor podría resultar antijurídica de acuerdo a las previsiones de la ley 24270. En esa circunstancia no comete el delito previsto en el art. 146, Código Penal, la madre, pues el ejercicio de la patria potestad impide que el que goce de ese estado pueda sustraer a sus hijos menores (CNCyCorr., Sala IV, 3-2-2000, “G., G”, c. 12599, BCNCyC, N° 1/100”



4.- Sujeto Pasivo

Tampoco sobre éste tema existe acuerdo doctrinario, delineándose distintas posturas que surgen desde el análisis al bien jurídico tutelado por ésta figura, que ya se tratara.

Desde una de ellas Fontan Balestra argumenta que la víctima de éste delito es “...*un menor de diez años, sin distinción de sexos...* (5, pág. 363)”, opinan de igual forma los doctrinarios Andrés José D’Alessio (7, pág. 479) y David E. Dayenoff (3, pág. 360), aunque el primero de ellos analiza otras posibilidades.

Otro sector se señala que “...*los ofendidos por el delito son los padres, el tutor o encargado que tienen legítimamente en su poder al menor e diez años. ... A falta de un tenedor o encargado de la persona del menor, el delito no puede cometerse, aunque el niño pueda ser víctima de una privación ilegal de su libertad personal* (4, pág. 62).

En igual postura parece enrolarse Creus “...*ofendido por el delito es el que legítimamente ejerce la tenencia del menor de la que es despojado* (2, pág 319)” y Aboso sosteniendo que “...*son los padres cuya tenencia resulta menoscabada por la conducta llevada a cabo por el autor* (10, pág. 728).

Maiza opina que “...*el ofendido directo por el delito es quien tienen legalmente la tenencia del menor y sufre la acción de despojo... Indudablemente, el niño que no ha cumplido 10 años, también resulta afectado, pues en la mayoría de los casos de apropiación, pierden su estado de familia... sin embargo desde el punto de vista del bien jurídico tutelado, es el objeto de la acción y ofendido indirecto* (9, pág. 243).

Coinciden con ello Estrella y Godoy Lemos en la obra citada (6, pág. 142)

Se argumenta también que “*el sujeto activo de la figura es tanto la persona que ostenta legítimamente la tenencia del niño como el mismo menor de diez años, sin distinción de sexo* (11, pág. 263), ello por seguir el criterio sobre que el bien jurídico tutelado es en ésta figura plural. Idéntica es la postura de Perez Lance (8, pág. 497)



Como lo viéramos anteriormente Donna no ingresa en la discusión del bien jurídico tutelado, sin embargo al momento de definir al sujeto pasivo de éste delito comenta que la opinión mayoritaria considera que es quien “...tiene legítimamente la tenencia del menor que es despojado... (15, pág 220)” para luego afirmar “...No debería dejarse de tener en cuenta que también es sujeto pasivo el menor de diez años... habida cuenta de que es su derecho el estar sin sobresaltos bajo la tenencia y el cuidado de una persona de acuerdo a derecho. (previamente citado)”

5.- Tipo Objetivo

Las acciones típicas descritas por el art. 146 del Código Penal son “sustraer”, “retener” u “ocultar”.

Zanjada está la discusión sobre si estas tres son acciones independientes, ya que hay acuerdo en considerar que las dos últimas se refieren a un menor previamente sustraído.

Sustraer quien “...se apodera de la persona del menor, despojando de él a quien lo tenía legítimamente en su poder, apartándolo de los lugares donde ejercía su tenencia, logrando que el mismo menor se aparte (la inducción a la fuga del menor de diez años, coronada por el éxito, queda cubierta por la norma que examinamos), impidiendo que el legítimo tenedor vuelva a la tenencia del menor cuando aquella se ha interrumpido por cualquier causa...” (2, pág. 318).

Parece coincidir con ésta descripción el maestro Soler quien aseveró que sustraer es “apartar al menor de la esfera de custodia en que el menor se encuentra, confiada por la ley a los padres, tutores o a otros encargados, aunque éstos lo sean temporariamente (maestros, guardadores...)(1, pág. 65)”.

Otros autores también armonizan con lo expuesto y agregan que “...No es necesario que la sustracción sea llevada a cabo en el mismo ámbito físico donde se ejerce ese poder de custodia, como sería el domicilio donde vive con sus padres, sino también en cualquier otro lugar en donde se encuentre el menor, con conocimiento y autorización de sus padres o guardadores... (en la calle, en el



cine, en la casa de un amigo, etcétera) (6, pág. 139)”, hasta también si éstos han perdido temporariamente la tenencia o poder de custodia sobre el menor (niño perdido).

El delito requiere que el hecho sea cometido mediante sustracción, que ésta lo sea de las personas encargadas del cuidado del niño, es decir sin consentimiento de éstos y que la persona sustraída sea menor de diez años (11, pág. 260).

Para Nuñez la acción de sustraer se puede conceptualizar como el robo de un niño y no en el simple traslado del menor a un lugar distinto de donde se encuentra bajo el amparo de las personas encargadas del mismo, y señaladas por la norma (4, pág. 60).

Maiza refiere que “*sustraer significa sacar al niño del ámbito de custodia al que se hallaba legalmente sometido...*” (9, pág. 240)”, agrega en la misma obra, como elemento del tipo, que no debe mediar consentimiento de quien tiene la custodia, de lo contrario la acción es atípica. Explica además, como ya lo viéramos, que la “*voluntad u opinión del niño no tiene relevancia*”.-

Para éste autor sustrae quien saca al niño del ámbito de custodia como quien “*...encontrándose por cualquier razón en poder del niño, impide, con cualquier acción, la reanudación del derecho de quien era titular*” (9, pág. 240)”. Esta última situación parece acercarse más a la descripción que efectúa el art. 147 del C.P. que a la que estamos analizando, acá es nuevamente Perez Lance quien realiza el distingo, resaltando que lo importante para definir sobre la aplicación de una u otra norma es “*...si el encargado de la guarda impide el regreso del niño al poder de los legitimados, cometería no ya éste delito sino aquel de la no presentación del menor (art. 147)...*” (8, pág. 488), es entonces importante, a los fines de dilucidar cual corresponde aplicar, si quien comete el delito está encargado de la guarda del menor.

Parece haber acuerdo en que son “*...indiferentes los medios empleados (textual)...*” para lograr la sustracción, ya que puede ser perpetrada con violencia, por fraude, engaño, además no es necesaria la intervención material del autor para que se configure el delito, ya que también se comete cuando la



sustracción del menor de diez años se realiza mediante persuasión (5, pág. 364), ello por la descripción que efectuara el legislador en el art. 148 C.P..

Se ha opinado asimismo que si bien no resulta relevante el medio empleado es necesario que éstos sean *“coactivos o engañosos e impliquen la ausencia del consentimiento de la persona que ostente la legítima tenencia del menor... (11, pág. 260)”*. El mismo autor menciona que es indistinto que el menor sea sustraído de su hogar, de la institución educacional o de la vía pública, ya que el lugar geográfico donde la acción se despliega es indiferente.

Enseña Soler *“...que nuestra ley no hace referencia alguna a los medios por los cuales se logra la sustracción, y entonces se plantea el problema del simple consejo, de la inducción a fugarse, acción éste consumada por obra exclusiva del menor...”*, toma en cuenta las distintas posturas doctrinarias para terminar aseverando que se encuentra incluida en ésta figura la inducción a la fuga, sin la participación material en la misma (1, pág. 66), lo que lo lleva a afirmar después que *“... no es necesaria la consolidación del poder de un tercero sobre el menor, y que basta sacarlo de la esfera de custodia de sus padres, etc., aunque el autor después no retenga al menor ni sepa donde está...”*.

Se afirmó también que para que sea típica la sustracción no debe ser “fugaz” (8, pág. 489), debe tratarse de una verdadera privación del ejercicio de tutela, caso contrario el bien jurídico no se verá vulnerado.

La acción de **retener** también exige alguna prolongación en el tiempo, porque sólo de tal manera los padres *“...se han visto privados del ejercicio de su facultad genérica de tutela...(1, tomo V, pág. 67)”*, a su vez debe tratarse de un menor previamente sustraído y el que retiene debe conocer dicha situación.

Dice Creus que retiene *“el que guarda al menor sustraído... impidiendo el conocimiento de su ubicación por parte del legítimo tenedor...(2, tomo I, pág. 319)*, señala que ello conlleva la actividad de otro sujeto que antes sustrajo al niño.



Fontan Balestra es claro “...retener al menor consiste en mantenerlo fuera de la esfera de la custodia... presupone que el menor ha sido sustraído y está ya en poder de quien lo retiene, si bien no es necesario que haya sido el mismo autor de la sustracción; puede ésta haber sido ejecutada por otro, y, en tal caso, el que lo retiene debe tener conocimiento de que el menor ha sido sustraído” (5, pág. 364).

Para Nuñez retiene “el que tiene o guarda al menor sustraído” (4, pág. 60)

Por lo expuesto se advierte en que hay consenso entre los doctrinarios en cuanto a que se requiere alguna duración en la acción de retener.

Afirma Aboso que retener importa “...la imposibilidad física del menor de diez años de regresar a la custodia de los padres o la guarda de terceros...”, nos parece importante resaltar que este autor señala que si bien la doctrina nacional afirma que retener implica la previa sustracción del menor “...bien puede presentarse el caso del menor de diez años que se sustrae de manera voluntaria a la guarda de los padres y le resulta imposible regresar a ella, situación que es aprovechada por un tercero para perfeccionar la retención...”, paso seguido afirma que ejemplo de ello sería el menor que quedara encerrado en un lugar y una persona omite liberarlo o ayudarlo de forma alguna, con el propósito de privarlo de su libertad. (10, pág. 727)

Algunos autores tratan la acción de retener y la de ocultar en forma conjunta, conforme señala Perez Lance ambas acciones tienen caracteres comunes, pero también poseen algunos que les son propios. Para él retener puede no implicar ocultamiento del niño, y así señala “...los legítimos tenedores pueden perfectamente conocer el lugar donde el niño se encuentra retenido y, no obstante, hallarse impedido el vínculo” (8, pág. 490)

Como se señaló al inicio el artículo en análisis reprime además el **ocultar** al menor, se refiere el ocultar a un menor que ha sido previamente sustraído, y que el autor se encuentre en conocimiento de ello, puesto que otras situaciones desplazan ésta figura y quedan atrapadas por la descripción del art. 149 del CP (1, pág.67).



Para Nuñez quien realizar esta acción “...además de detenerlo, esconde su ubicación a la vista y conocimiento del titular de la tenencia...” (4, pág. 61).

Esta modalidad implica que “...se esconda al niño de la vista y conocimiento del tenedor legítimo o de un tercero que pueda propiciar la reanudación de la tutela usurpada, sin que resulte indispensable que se retenga –o detenga- al menor” (8, pág. 491). El ocultamiento está orientado a esconder de la vista al menor, ello puede hacerse por ejemplo engañando al menor y por ende no implica siempre la fuerza física.

Se afirma que esta acción implica “...impedir la vuelta del menor a la situación de tutela en que se hallaba...” y que habitualmente se superpone esta acción con la de retener. (5, pág. 364)

Maiza también advierte tal superposición y caracteriza a la acción como impedir “...la reanudación del vínculo que ha sido usurpado por el despojo” (9, pág. 241).-

6.- Tipo Subjetivo

Coincide la doctrina que se trata de un delito doloso. La opinión mayoritaria es que admite sólo el dolo directo en las tres acciones típicas que construyen el art. 146 del C.P. (11, pág. 261)

En contrario Aboso enseña en la obra citada que “...Admite el dolo eventual. El autor debe conocer y querer sustraer a un menor de diez años de la tenencia o guarda de sus progenitores, tutores o guardadores” (10, pág. 728)

El maestro Nuñez considera que el dolo directo es requisito sólo si el hecho se comete por sustracción, pero el autor de éste delito en la modalidad retención u ocultamiento debe “...obrar con la conciencia y voluntad de hacerlo respecto de un menor sustraído. Pero aquí vale incluso el dolo eventual...(4, pág. 60/61) ”.



En igual sentido se expide Creus “...cuando el delito está constituido por las acciones de retener u ocultar al menor sustraído por otro, el agente tiene que conocer esta circunstancia; en éste caso la duda equivale al saber... (2, pág. 320)

De tal manera tanto para Creus como para Nuñez el tipo subjetivo de la figura en trato se abastece con dolo directo en el caso del verbo típico sustraer, y en los dos restantes –retener y ocultar– puede darse el dolo eventual, el que recaerá sólo respecto del conocimiento de la sustracción delictiva previa del menor.

Sin embargo aclaro que ello fue objetado por el jurista Perez Lance quien se detiene a analizar distintas alternativas y advierte sobre la dudosa constitucionalidad de completar el tipo subjetivo con la duda, especialmente en el supuesto de si el autor desconoce la sustracción previa del menor pero debió sospechar ese origen (8, pág. 492).

Continuando con el análisis Buompadre afirma que “... el autor debe perseguir con la apropiación el ejercicio de actos de poder sobre la persona del menor, sea para tenerlo para sí, entregárselo a un tercero, etc... (13, pág. 116)”

Otros autores consideran que sólo “...requiere la intención de despojar al sujeto pasivo de la tenencia y poder que tenía sobre el menor... No parece necesaria la intención de apropiarse del menor, ya que... el delito se consuma aun cuando el autor de la sustracción, luego de lograda ésta, se desentienda del menor o lo entregue a otro, temporaria o definitivamente, para su retención u ocultamiento (6, pág. 142)”. Opinión que comparte Creus (2, pág. 320) y Perez Lance (8, pág. 493).

Como ya lo señalamos en las acciones de retener y ocultar la doctrina ha afirmado que el tipo subjetivo se completa además con el conocimiento de que el menor previamente fue sustraído.

El delito no exige móviles, por lo que ellos resultan intrascendentes. Pero debe ponerse el acento sobre ellos si tal motivación implica que la acción sea atrapada por otra figura penal.



Así quien sustrae a una niña menor de diez años con la intención de menoscabar su integridad sexual, debe enfrentarse a la descripción del art. 130 del CP.

De igual manera ocurre cuando a los elementos del delito de sustracción de menores se le agrega la finalidad de obtener un rescate, aquí también resulta desplazada por la figura esbozada por el art. 170 del C.P..

Se resuelve de idéntica forma si en el sujeto activo se agrega la intención de “obligar a la víctima o a un tercero, a hacer, o tolerar algo contra su voluntad”, ya que la conducta queda acaparada por la manda del art. 142 bis del C.P..-

Citando a otros doctrinarios Estrella y Godoy Lemos han indicado que cuando “...*el móvil es justo u honorable como el de arrancar al menor de malos tratos, para evitarle un mal inminente y grave, quita al hecho su carácter delictuoso... Ello podrá ser correcto, pero por aplicación del estado de necesidad (art. 34 inc. 3; Cód. Penal), no por la justicia u honorabilidad del móvil (6, pág. 143)*”.

7.-Consumación y Tentativa

Como ya se vio la materialidad de éste delito doloso consiste en sustraer, retener u ocultar a un menor de 10 años.

El mismo se consuma cuando se produce la sustracción, retención u ocultación respectivamente, con el objeto de apropiarse del menor por lo que dicha consumación se produce entonces - de acuerdo a la modalidad comisiva - cuando se ha desapoderado al legítimo tenedor de la persona del menor o se ha impedido que se reanude la vinculación interrumpida.

Así Nuñez ha definido que “...*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 detención u ocultación del menor fuera del ámbito legítimo de su tenencia (4, pág, 62)*”



Por su parte Creus avala tal concepto, agregando que no es necesario que el agente haya consolidado su tenencia sobre aquél, dando como ejemplo de ello el autor que induce a un menor de diez años de edad a fugar y una vez que éste se escapa, no lo retiene. (2, pág. 319).

Para Fontán Balestra “...la acción queda cumplida por el sólo hecho de sustraer al menor, y carecen de significado los hechos posteriores, siempre, claro está, que no constituyan otro delito... (5, pág. 363)”

El profesor enuncia “...se consuma tanto con el apoderamiento del autor como con el desapoderamiento al legítimo tenedor del menor o también cuando se impide la relación interrumpida... (15, pág. 221)”

María C. Maiza al tratar el tema declara que “...se consuma cuando se logra privar del ejercicio de la tenencia, sea al ser sacado el niño de la esfera de custodia a la que estaba sometido –al sacarlo del domicilio-, o bien al impedir que ese ejercicio sea reanudado... (9, pág. 243)

En su obra D’Alessio, citando a Nuñez y a Creus, agrega que también se consuma el delito “... cuando se han realizado actos de ocultación de un menor sustraído por otro... (7, pág. 483)”

La sustracción es un delito instantáneo, ninguna discusión existe sobre el tópico, señalándose además “...que no requiere la consolidación de ningún poder de hecho sobre el menor” (9, pág. 243).

Tampoco hay discusión sobre que se trata de un delito de resultado (8, pág. 498; 3, pág. 360) que se consuma – como vimos – cuando se ha logrado el despojo merced a la interrupción o interferencia del vínculo, sin que sea necesario que el autor consolide su dominio sobre el niño (1, pág. 65 y 66; 2, pág. 342; 7, pág. 331; 9, pág. 243)

Debe resaltarse que algunos autores además sostienen que cuando la sustracción se prolonga con la detención (o retención en términos del tipo) u ocultación del niño – por parte de la misma persona -, el delito se vuelve permanente.



En ese sentido hemos ya citado previamente a Nuñez, también citando a éste autor Maiza afirma “...se trata de un delito instantáneo..., pero obviamente cuando la acción se conjuga con la de retener y ocultar, se convierte en permanente... (9, pág. 243)”

De igual forma se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener que la doctrina considera que los delitos en trato perpetrados por retención y ocultamiento forman parte de los denominados delitos permanentes, en los la acción se prolonga en el tiempo, por lo que “*todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación*”. (Conforme, CSJN, Fallos:327:3279, “Jofré, Teodora s/denuncia”,2004/08/24. CSJN, “Gómez, Francisco y otros”, 2009/06/30, La Ley online. CSJN, “Mastronicola, Teresa”, 2004/03/16, Fallos:327:525).

Posteriormente la CSJN al resolver en "Landa, Ceferino y Moreira, Mercedes Beatriz s/ recurso de casación", agregó “...Y cuando se dice que lo que perdura es la consumación misma se hace referencia a que la permanencia mira la acción no sus efectos... (CSJN, 28/7/05, Fallos, 328:2702; JA, 2006-II316; LL, 2005-E-238 y DJ, 2005-3-23)

Resulta importante ésta solución para definir la naturaleza del delito y las consecuencias que ello proyecta en el comienzo del término para la prescripción de la acción, como además en la posibilidad de complicidad en el delito por el auxilio en el hecho anterior.

Los doctrinarios de nuestro país son contestes en afirmar que éste delito admite la tentativa en las diferentes modalidades comisivas. (2, pág. 319; 3, pág. 360; 7, pág. 331; 9, pág. 243)

8.- Autoría y Participación

El delito en estudio admite cualquier forma de participación no apartándose de las reglas comunes que la rigen.

Así dice Creus “...es admisible la participación en todos sus grados y especies (2, pág. 319)”



Lo mismo entiende Perez Lance al señalar “...*el concurso de personas en el delito no ofrece dificultades y excepciones fuera de las reglas comunes...* (8, pág. 498)”.

Posteriormente Creus advierte “...*por supuesto, no es partícipe el que, mediando promesa anterior, retiene u oculta al menor después de sustraído por otro, ya que esas conductas están específicamente tratadas como supuestos de autoría por la norma* (2, pág. 319)”.

En idéntico sentido se ha afirmado que “...*la retención y la ocultación constituyen supuestos directos de autoría que desplaza tanto la posible adecuación al delito de encubrimiento, como la complicidad secundaria en la sustracción a raíz de una intervención posterior similar, pero fruto de una promesa anterior (art. 46)...* (8, pág. 498)”.

Vemos entonces que la retención y la ocultación constituyen casos de autoría directa que excluyen al delito de encubrimiento descrito por el art. 277 del Código Penal. Lo mismo ocurre con la complicidad secundaria – art. 46 del Código sustantivo - en la sustracción a raíz de una intervención posterior similar, pero fruto de una promesa anterior.

En la sustracción no es necesaria la intervención material del autor para que se configure el delito. El hecho de retener u ocultar presupone que el menor ha sido sustraído y está en poder de quien lo retiene u oculta (a menudo se superponen dichas acciones de retener y ocultar). No es necesario que haya sido el mismo autor de la sustracción ya que pudo ésta haber sido ejecutada por otro, y en tal caso, el que lo retiene u oculta debe tener conocimiento de que el menor ha sido sustraído. (5, p. 364)

9.- Particularidades de la Figura

Tal como fuera señalado, en general son delitos de consumación instantánea, aunque retener, ocultar y no presentar al menor (figura ésta última tipificada en el art. 147 del Código Penal), pueden tornarse permanentes a los fines de la prescripción. Un requisito común es la edad del menor (menos de 10 años), con lo que si es mayor de ésta edad, la conducta podrá desplazarse a otras figuras, pero sale de la esfera de grave punibilidad que representan dichas figura.

El delito contra la libertad analizado se relaciona especialmente con las figuras de:



- Impedimento de contacto de los hijos menores con su padre no conviviente (Ley 24.279) Debe analizarse la voluntad del sujeto activo ya que si la misma está dirigida a impedir el contacto, la conducta encuadraría en las previsiones de la ley 24279. Al comentar ésta ley Molinario manifiesta que para que la misma se aplique “...debe tratarse de un cambio de domicilio que no implique sustraer a un menor de 10 años del poder de su padre... (12, pág. 87)”

- Secuestro extorsivo: El art. 170 del C.P. castiga al que “*sustrajere, retuviere u ocultare a una persona para sacar rescate...* (textual, de la norma citada)”. Como se ve las acciones típicas son idénticas a las del artículo 146 del C.P., por ello resulta necesario efectuar el distingo, citando para ello nuevamente a Molinario, en tanto afirma “...entre ambas disposiciones legales media la siguiente diferencia: *si los autores del hecho sustraen al menor impulsados por un propósito de lucro, que exteriorizan con la exigencia de obtener un rescate, incurren en el delito previsto en el artículo 170. Pero si sustraen al menor simplemente para sacarlo de la patria potestad de su padre, inspirados en un propósito de venganza o en cualquier otro propósito, incurren en el delito previsto en el artículo que ahora nos ocupa...* (12, pág. 82).

En el caso del secuestro extorsivo del menor de diez años, debe aplicarse la figura agravada cuya pena se eleva entre diez a veinticinco años de prisión, puesto que ingresa en el agravante que plantea el segundo párrafo, inciso 1º, del 170 CP, que castiga el secuestro de menores de dieciocho años.

En síntesis podemos decir que si la sustracción obedece a la obtención de un beneficio económico ilegal el art. 146 C.P queda desplazado por el 170 C.P.

- Rapto: contempla el art. 130 del C.P pena para aquel que “...*sustrajere o retuviere a una persona por medio de la fuerza, intimidación o fraude, con la intención de menoscabar su integridad sexual...*”, en el caso específico de un menor de diez años, la conducta del sujeto activo queda contenida en el último párrafo del artículo, puesto que se agrava la pena si la víctima es una persona menor de trece años.

Aquí señalamos que también debe buscarse el distingo en la finalidad del autor, si bien los verbos típicos son dos de los que esboza el art. 146 del C.P. –sustraer o retener-, lo cierto es que el



propósito del autor debe ser el de menoscabar la integridad sexual de la víctima, es decir con el objeto de efectuar con ella actos sexuales ilícitos.

- Omisión de presentación de un menor: El art. 147 del C.P. castiga a quien “... *hallándose encargado de la persona de un menor de diez años, no lo presentara a los padres o guardadores que lo solicitaren o no dieran razón satisfactoria de su desaparición*”

Acá nuevamente Molinario viene a aclarar “...*es el caso de un menor que, internado en un colegio o dado en pensión a una persona determinada, no es presentado a sus padres o guardadores cuando éstos lo solicitan, ni se dan para explicar la negativa, razones que satisfagan. En realidad ésta situación no es sino una variante de la anterior, puesto al no entregarse al menor o darse razones satisfactorias a su respecto, se lo sustrae, retiene u oculta...*”(12, pág. 83)”

Refiriéndose al distingo en trato dice Buompadre “...*El tipo exige, a diferencia del supuesto anterior, la entrega voluntaria del niño a otra persona para que ejerza su tenencia o custodia... y su consiguiente desaparición* (13, pág. 125)”

- Supresión y alteración de identidad del menor de diez años: El artículo 139 inciso 2° C.P. reprime a quien “...*por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterar o suprimiere la identidad de un menor de diez años, y el que lo retuviere u ocultare*”

Ya desde una primera vista se advierte que la conducta tipificada en el art. 139 inc. 2do C.P. debe tener influencia sobre la identidad o el estado civil del menor.

Muchas veces se superponen, la doctrina sostiene entonces que pueden ambos delitos concurrir formalmente (art. 54 del Código Penal). La jurisprudencia también se ha expedido en que una figura no es absorbida por la otra y que media un concurso ideal (CNCrim y Corr, sala II, “Ruffo, Eduardo, 1993/02/16, JA, 1994-I-124; “Cordero de Ruffo, Amanda, 1986/09/08, La Ley, 1987-A-24 y Sala I, “Riveros, Santiago”, 2000/12/28).

Dice Adrián Pérez Lance que “...*evidentemente, la acción que constituye el eje principal de cada tipo penal resulta decisiva para distinguir uno de otro precepto: en un caso se trata de sustraer –*



para el art. 146-; y en el otro, de hacer incierto, alterar o suprimir la identidad –para el art. 139-, quedando así reservada para éste último la protección de este interés (8, pág. 486)”. Por ello sostiene éste autor que se “trata de comportamientos distintos integrados por presupuestos diferentes, que a su vez se orientan a la protección de intereses distintos (de la cita anterior)”

-Encubrimiento: Ya señalamos que cuando el delito del art. 146 del CP se perpetra por retención u ocultación, nos encontramos ante un caso de autoría y no de un encubrimiento.

Por otro lado debe resaltarse, con respecto a la prescripción de la acción penal, que la figura del art. 146 del Código Penal es considerada por el derecho internacional como desaparición forzada de personas y constituye – por ende – un crimen contra la humanidad, cuya persecución no está sujeta a barrera temporal alguna.

10.- **Jurisprudencia de CSJN**

- “El delito de sustracción de menores debe entenderse consumado con cualquier acto que tienda a remover al menor de la esfera de custodia de sus padres, contra su voluntad expresa o presunta” CSJN, Competencia n° 92. XXVI, 10/5/1994, Miara, Samuel y otra s/suposición de estado civil, falsificación de documento público y sustracción de menores”, Fallos, 317:492.

- En los fallos “Vázquez Ferrá” (CSJN-Fallos, 313-1113 del 30 de setiembre de 2.003) y “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años” (del 11 de agosto de 2.009), la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió respecto a la oposición -habiendo alcanzado la mayoría de edad- de un hijo de desaparecidos para que se le extraiga sangre o se empleen sus rastros genéticos en la determinación de su verdadera identidad. Esa determinación podría conducir a adjudicarle responsabilidad penal a quienes tuvieron a cargo su crianza por los delitos de sustracción de un menor de 10 años (artículo 146 del Código Penal) y, supresión y/o alteración de su identidad (artículo 139, inciso 21, del Código Penal) y falsedad ideológica de instrumentos destinados a acreditar la identidad de las personas (artículo 293 del Código Penal). Dichas infracciones resultan imprescriptibles por tratarse de delitos de lesa humanidad y fueron oportunamente exceptuadas aún por



las leyes de impunidad (obediencia debida y punto final) que fueron consideradas inconstitucionales en el fallo “Simón”. La Corte entendió que no corresponde la extracción compulsiva en los citados casos.

- Los ministros Lorenzetti y Zaffaroni en el fallo “Prieto” (Recurso de hecho deducido por Emiliano Matías Prieto en la causa Gualtieri Rugnone de Prieto Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años -causa n° 46/85 A-) consideran en su voto que la extracción compulsiva de sangre es inadmisibles pero que puede obtenerse material genético siempre que no sea necesario acudir a la coacción física sobre la persona (ejemplo: allanamiento en el domicilio a efectos de incautar cabellos). Obtenido el material genético –de mantenerse la oposición de la presunta víctima mayor de edad- se limitan los efectos procesales de la prueba obtenida que sólo podrá utilizarse para establecer el vínculo biológico con la familia, pero no para erigirse en prueba de cargo en el proceso penal:

- “Satisfecho el derecho a la verdad de la presunta familia biológica, serían los sentimientos y conciencia de todos los lesionados por el crimen contra la humanidad los que les señalasen su camino futuro en la vida, sus encuentros y desencuentros personales, sin interferencia coactiva alguna de la jurisdicción, la que, por otra parte, nada puede resolver acerca de esos vínculos cuando se trata de adultos, pues a la jurisdicción no sólo le está vedado hacerlo (artículo 19 de la Constitución Nacional) sino que ópticamente es impotente para producir o modificar los sentimientos de los seres humanos. Para que el conflicto se resolviese de esa manera, la prueba debería disponerse al sólo efecto de satisfacer el derecho a la verdad de la presunta familia biológica, quedando vedada bajo pena de nulidad cualquier pretensión de otro efecto o eficacia jurídica” (consid. 22, votos de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni)



Bibliografía:

- 1) *Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, tomo IV, Tipográfica Editora Argentina, actualizador Manuel A. Bayala Basombrio, 11° reimpresión total 1999/2000.*
- 2) *Carlos Creus, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, 6ta, edición actualizada y ampliada, 2ª reimpresión, editorial Astrea.*
- 3) *David E. Dayenoff, Código Penal, A-Z editora, 3era. edición, comentario al art. 146 CP.-*
- 4) *Ricardo C. Nuñez, Tratado de Derecho Penal, Tomo Cuarto, Parte Especial, edición 1989.-*
- 5) *Carlos Fontán Balestra, Derecho Penal, Parte Especial, Decimoséptima edición actualizada por el Dr. Guillermo A. C. Ledesma, Abeledo – Perrot. Buenos Aires 2008*
- 6) *Oscar Alberto Estrella / Roberto Godoy Lemos – Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular, Tomo 2, Hammurabi, 1996*
- 7) *Andrés José D’ALESSIO, Código Penal, comentando y anotado, Parte especial, La Ley, 1º ed., 2004.-*
- 8) *David Baigún – Eugenio Raúl Zaffaroni, Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, tomo 5, Artículos 134/146 Parte Especial, Adrián Perez Lance, editorial hammurabi s.r.l., 2008.-*
- 9) *Luis F. Niño – Stella M. Martinez, Delitos contra la libertad, Ad-Hoc, 1ra. Edición 2003.-*
- 10) *Gustavo Eduardo Aboso, Código Penal, Euros Editores S.R.L., 2012.-*
- 11) *Delitos contra la libertad individual, Ricardo A. Basílico, Fernando L. Poviña y Cristian F. Varela, Editorial Astrea, 2011.-*



12) *Los delitos*, Alfredo J. Molinario, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tipográfica Editora Argentina, primera impresión 1996.-

13) *Delitos contra la libertad, Doctrina y jurisprudencia*, Jorge Eduardo Buompadre, Mave Mario A. Viera editor

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

15) Donna, Edgardo Alberto, *Derecho penal. Parte especial*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2001, Tomo II-A.