

El delito de impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes

María Beatriz Girardi*

Resumen:

En 1993 se tipifica en Argentina el delito de impedimento de contacto de los padres no convivientes con sus hijos menores, con el cual se buscó preservar el vínculo paterno-infantil, cuando el mismo era impedido de forma ilegítima. Sin embargo, esta figura significó en los hechos, criminalizar un conflicto de índole familiar, brindando una respuesta inadecuada.

Palabras clave: bien superior del niño, síndrome de alienación parental, ultima ratio

Introducción

Sancionada en 1993, la ley 24.270 introdujo el delito de impedimento de contacto de hijos menores con sus padres no convivientes. El proyecto de ley, sin antecedentes en el derecho comparado, fue presentado por la Comisión de Legislación Penal y de Familia, Mujer y Minoridad de la Cámara de Diputados y sancionado por el Senado el 3 de noviembre.

La ley creó dos nuevos tipos penales: el impedimento u obstrucción de contacto de menores de edad con sus padres no convivientes (art. 1) y la mudanza del domicilio del menor sin autorización judicial y con el fin de impedir el contacto (art. 2). Ambas figuras recogen sendos agravantes. Como disposición novedosa para el ámbito penal, aunque no exenta de polémica, se incluye en su artículo 3ero, además del restablecimiento del contacto, la obligación del tribunal de determinar, en caso de ser necesario, un *régimen de visitas provisorio*. Por último, modifica el art. 72, inc. 3 del Código penal, estableciendo que estos delitos son dependientes de instancia privada.

Previo a la sanción de la ley, cuando el contacto entre el niño y su progenitor no conviviente era impedido -generalmente por un conflicto originado en la ruptura del vínculo entre ambos padres- los medios que brindaba el Derecho penal eran más bien escasos. Si mediaba un régimen de visitas homologado en una resolución judicial, podía entenderse que se había configurado el delito de desobediencia a la autoridad,

* Abogada. Máster en Derecho con orientación en Derecho Penal (Universidad de Alcalá de Henares). Profesora de Derecho Penal Parte General (Universidad Católica Argentina).

contemplado en el art. 239 del Código Penal. La otra opción, era intentar la imputación por el delito de sustracción de menores (art. 146 CP), aunque doctrina y jurisprudencia discuten si los padres pueden ser sujetos activos de esta figura.¹ Asimismo, en la comparación entre ambos delitos (impedimento de contacto y sustracción de menores) encontramos diferencias en cuanto al bien jurídico protegido, a la acción típica y los sujetos activos y pasivos.²

La ley 24.270

La necesidad de adecuarse a lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño,³ sumada a la creencia que la amenaza de una sanción penal es motivación suficiente para regular las conductas, fundamentaron la presentación del proyecto de ley. En la exposición de motivos, el diputado Jorge Agúndez expresó que se intentó reafirmar y redefinir la importancia del status familiar y el lugar del niño en la sociedad en virtud de los compromisos asumidos por nuestro país con la Convención de los Derecho del Niño.⁴ Por su parte, para el diputado Jorge Yoma *“la incorporación al Código Penal del articulado que se pasa a analizar resulta ser concordante en su espíritu con el compromiso adoptado,⁵ más allá de que por sí mismo aparece como una necesidad ante el vacío legislativo existente sobre la materia que nos ocupa, por el cual se pasará a sancionar a aquellos que vulneran el inobjetable derecho de los menores a mantener contacto con sus padres no convivientes”*. Es decir, que con esta ley, se buscó asegurar el ejercicio del derecho de contacto del niño con sus padres establecido en el art. 9.3 de la Convención mediante una respuesta punitiva y específica. En palabras del legislador Agúndez, el proyecto de ley estuvo dirigido a *“llenar un vacío legal y proteger al hijo menor de edad de padres divorciados o separados que han sido víctimas del impedimento del contacto con su padre o madre no conviviente, en contra de sus voluntades, por el arbitrario accionar del otro progenitor”*.⁶

¹ Donna, E. A. *Derecho penal Especial*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2011, Tomo II-A, p. 308.

² Ver Croto, J., *La sustracción de menores y el impedimento de contacto: un sinuoso camino de similitudes y diferencias*. Cita online: AR/DOC/3667/2018 [10 de octubre de 2020].

³ La Convención de los Derechos del Niño, ratificada por la Argentina en 1990, dispone en su art. 9.3 que *“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”*.

⁴ Antecedentes Parlamentarios, T. 1996-A. Ed. La Ley, p.981.

⁵ El autor hace referencia a la Convención de los Derecho del Niño.

⁶ Antecedentes Parlamentarios, T. 1996-A. Ed. La Ley, p.981.

Para destacar fue la labor desplegada por la Asociación de Padres alejados de sus hijos (APADESHI) en pos del dictado de la ley. El senador por la provincia de Santa Fe, Luis Rubeo, resaltó que APADESHI realizó *“una tarea casi didáctica sobre cada uno de los legisladores”* para asegurar la sanción de la ley.⁷ Previamente, el diputado Agúndez hizo referencia a la labor de la organización en miras de obtener la criminalización de un conflicto entre partes de naturaleza familiar. No nos termina de quedar en claro si la ley 24.270 obedeció a un sincero deseo tutelar la relación paterno filial o bien de satisfacer las exigencias de la asociación civil.⁸

Una vez entrada en vigencia la ley, no faltaron las voces críticas, tanto desde la doctrina -no sólo penalista- como desde la jurisprudencia. Edgardo Donna, por ejemplo, afirma: *“lo que puede discutirse, y seriamente, es si era necesario, penalizar este tipo de conductas que, normalmente, se refieren a conflictos entre padres divorciados y separados, y entre los cuales es claro que la ley penal no los va a resolver, sino que va a profundizar los problemas, tal como lo hace siempre el Derecho Penal”*.⁹ También Daniel Erbetta se expresa sobre la intervención penal en cuestiones de familia, señalando por un lado, la decisión de los redactores del Código Penal de 1921 de no incluir un título de delitos contra la familia, y por el otro que *“las cuestiones e intereses de familia y, en su caso, los operadores del derecho de familia, no deben proporcionar más argumentos de legitimación a una práctica política irracional que postula al sistema penal como respuesta excluyente y deben advertir que, salvo situaciones excepcionales y de mayoritario consenso, el espacio de las relaciones familiares debe mantenerse lo más lejos posible de la intervención punitiva”*.¹⁰ No podemos dejar de mencionar las palabras de Aída Kemelmajer de Carlucci, quien también muestra una postura crítica de este delito, al decir *“me incluyo entre quienes piensan que la mediación puede solucionar el conflicto de manera más eficiente que el sistema penal. En mi opinión, quienes apoyan la penalización olvidan que la víctima es el niño, utilizado, una vez más, como botín de guerra, agravándose una situación de por sí ya deteriorada”*.¹¹ Es de destacar, como una

⁷ <http://www.apadeshi.com/ley24270.htm>

⁸ Algunos autores, como Carafa y García Fages así lo sostienen. Ver Carafa, I., García Fages, M., “El impedimento de contacto de los hijos menores con padres noconvivientes: una inadecuada respuesta a una problemática familiar”. *elDial*, “Edición especial”. 2006

⁹ Donna, E. Ob. cit., 324

¹⁰ Erbetta, D., “Política criminal, derecho penal y relaciones de familia. Acerca de la intervención punitiva en las relaciones familiares”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. n° 33, 2006 Cita online: AR/DOC/7251/2012.

¹¹ Kemelmajer DE Carlucci, A., “La mediación familiar. Un instrumento pacificador que avanza”, RDF 66, 2014, Cita online: AR/DOC/5441/2014.

muestra más de lo inadecuado de criminalizar de esta situación, la paradoja que puede presentarse por la intervención del juez penal, quien buscando restaurar el vínculo con el progenitor no conviviente, puede terminar encarcelando al padre autor del delito, lo que sin dudas tendría efectos negativos en el mantenimiento de la relación con el menor, sin tener en consideración su interés superior. Da Vita y Romero Villanueva también se refieren a esta situación, en términos similares.¹²

Aunque la jurisprudencia no es abundante,¹³ en general, los jueces no pierden la oportunidad de resaltar lo inapropiado del recurso al fuero penal. Así, en el fallo de la Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario, “M.L.E. s/Impedimento de Contacto” de 2018, en donde se confirma la sentencia que sobreseyó a una madre imputada por este delito, se resalta que *“no podemos dejar de advertir que la naturaleza de este proceso además en orden a la proyección que determina una aplicación de pena se encuentra severamente cuestionada como “solución” en el marco de una crisis familiar”*. En igual sentido, el Tribunal Unipersonal del Colegio de Jueces de Segunda Instancia de Rosario, en el fallo “Capisano, María Eugenia s/Leyes especiales”, también de 2018, CUIJ: 21 - 7013827 – 9, destaca que *“la sede penal no resulta la adecuada para dirimir conflictos de familia, máxime en casos como en el presente, en el que -conforme lo alega la impugnante- ya se encuentra interviniendo la Justicia de Familia”*.

Por otra parte, desde 2009 se han presentado numerosos proyectos en la Cámara de Diputados,¹⁴ con el fin de derogar el delito de impedimento de contacto. El fundamento común a dichos proyectos es, principalmente, la falta de idoneidad de esta vía para proteger el bien jurídico que pretende tutelar, más aún si consideramos que existen medios menos lesivos para el interés superior del niño. La opción por la herramienta punitiva, atenta contra el principio de mínima intervención del Derecho penal, la *ultima ratio* que tiene el Estado para el control social, y contra el principio de especialidad de los procesos de familia.

No obstante las críticas de destacados juristas, jueces y legisladores, en 2019, el proyecto de reforma al Código Penal,¹⁵ incluye el delito en cuestión, dentro del Título IV

¹² Da Vita, Romero Villanueva. Ob. cit., 81

¹³ Según Informes Anuales del Ministerio Público Fiscal, en el primer lustro de la década de 2010, hubo un promedio de 1.750 causas iniciadas por este delito. Cfr. <https://www.mpf.gob.ar/transparencia-activa/informes/>

¹⁴ Ver proyectos: 1852-D-2009; 4531-D-2013; 0088-D-2017. En <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/index.html> [2 de octubre de 2020]

¹⁵ <http://www.saij.gob.ar/proyecto-reforma-codigo-penal-proyecto-reforma-codigo-penal-nv21339-2019-03-26/123456789-0abc-933-12ti-lpssedadevon> [2 de octubre de 2020]

de Delitos contra el estado civil y las relaciones de familia. El proyecto reformula los tipos incorporándolos al Código Penal, mejorando su técnica legislativa pero conservando el espíritu original. Mantiene el tipo básico, aunque le agrega un elemento descriptivo del tipo objetivo (impedir u obstaculizar “gravemente”) y eleva el mínimo de la pena (pasa de uno a seis meses). Repite las agravantes y agrega una nueva (comisión del delito por progenitor privado de la responsabilidad parental). Sin embargo, no incluye a otros familiares entre los sujetos pasivos del delito, como abuelos, medio-hermanos, etc.

Más allá de esto, en 2020, la Defensoría General de la Nación, a través de la Comisión sobre Temáticas de Género, también se ha expresado a favor de derogar la ley 24.270, aduciendo que la misma no ha sido útil para alcanzar su objetivo.¹⁶

2. Análisis del tipo penal de impedimento de contacto (art. 1, ley 24.270)

2.1. Bien Jurídico

Para la doctrina mayoritaria, la ley 24.270 reconoce como bien jurídico protegido la preservación de la relación del padre con su hijo no conviviente. En ese sentido, Donna dice que *“el bien jurídico que se pretende tutelar resulta ser el derecho, tanto de los padres como de los hijos no convivientes, de mantener un contacto adecuado y fluido en la comunicación entre sí”*.¹⁷ También Da Vita y Romero Villanueva, partiendo de los antecedentes parlamentarios y con especial consideración a la Convención de los Derechos del Niño, entienden que el bien jurídico protegido es el derecho, tanto de los progenitores como de sus hijos menores de edad, de mantener un contacto adecuado y fluido.¹⁸

Autores como Gómez¹⁹ y Cueto²⁰ consideran que el bien jurídico protegido es el interés superior del niño, plasmado en el mantenimiento y continuidad de las relaciones paterno-filiales. Postura que compartimos, más aún, al considerar el texto de la Convención de los Derechos del Niño.

¹⁶ <https://comercioyjusticia.info/justicia/proponen-cambios-al-codigo-penal-de-la-nacion-en-materia-de-genero/> [24 de septiembre de 2020].

¹⁷ Donna, E., ob. cit, p. 323.

¹⁸ Da Vita S., Romero Villanueva, H. J., *Relaciones parento-filiales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2017, p. 84.

¹⁹ Gomez, C. J., “Cuando la especialidad del fuero se impone: la ley 24.270 y el Código Civil y Comercial”. Cita online: AR/DOC/1835/2017 [12 de septiembre de 2020].

²⁰ Cueto, M., “El delito de impedimento o de obstrucción de contacto. La Convención sobre los derechos del Niño y la ley 26.061”. Cita online: AR/DOC/2956/2011 [12 de septiembre de 2020].

Laje Anaya, en cambio, ve en la familia el bien jurídico a proteger, pues mediante la comisión de este delito, resulta afectada el derecho a la relación, al trato o a la comunicación personal entre los integrantes de una familia.²¹ No creemos que sea así, pues en ese caso, también se hubieran incluido dentro de los sujetos pasivos de este delito a otros integrantes del núcleo familiar, como ser los hermanos o medio-hermanos, abuelos o tíos.

Creus y Buompadre tratarán esta figura junto a los delitos tipificados en los arts. 146 a 149 CP, es decir, dentro del título de los Delitos contra la libertad. En su opinión, lo que la ley toma en cuenta es el libre ejercicio de las potestades que surgen de las relaciones de familia, que ciertos sujetos, bien originariamente o por delegación, tienen sobre el menor. La ley 24.270 corrobora esta interpretación, pero con la salvedad de ser delitos de dependientes de instancia privada.²²

2.2. Tipicidad objetiva

La acción típica descrita por el art. 1 de la ley 24.270 consiste en impedir u obstruir, en forma ilegal, el contacto de los menores de edad con sus padres no convivientes. Entre ambas acciones, habría una relación de mayor a menor.²³

Por impedir se entiende la acción de estorbar o imposibilitar el contacto. Creus afirma que impide quien anula la posibilidad de contacto.²⁴

La mayoría de la doctrina entiende que obstruir es obstaculizar, es decir, imponer barreras u obstáculos que dificulten la posibilidad de contacto, pero sin llegar a eliminarlo. Aunque si nos ceñimos al significado del vocablo obstruir, tal como lo define la Real Academia Española,²⁵ estaríamos en presencia de una sola acción: la de impedir el contacto. Por ello, cierto sector minoritario de la doctrina sostiene que los verbos típicos son sinónimos. Atento a esta cuestión terminológica, es que la sala 1ª de la Cámara Nacional Casación Penal, en la causa caratulada "Jashevatzky, Carolina" (2008), al rechazar el recurso de casación intentado por el querellante particular contra la resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones, donde se confirmó el auto de primera instancia en el que se dispuso sobreseer a la madre de los menores por infracción al art. 1, ley

²¹ Laje Anaya, J., *Delitos contra la familia*. Advocatus, 1997, p. 240.

²² Creus, C., Boumpadre, J. E., *Derecho penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Astrea, 2013, 7º Edición actualizada y ampliada, T. 1, p. 347.

²³ Da Vita, Romero Villanueva, op. cit.

²⁴ Creus, Boumpadre, op cit. p. 356

²⁵ RAE. <https://dle.rae.es/obstruir?m=form>

24270, afirma que: *“el legislador avanzó más allá en la descripción de las conductas reprochables -siguiendo el mandato de la Convención Internacional- y abarcó también aquellos casos en los que, aun de existir algún tipo de contacto, éste es obstruido, es decir, dificultado, molestado, entorpecido. De allí que los verbos "impedir" y "obstruir" no fueron utilizados como sinónimos, lo cual no tendría sentido dentro de una correcta técnica legislativa; el segundo verbo abarca aquellos casos en que el autor dificulta, ya sea mediante acciones u omisiones, el contacto padre/hijo, aunque sin cortarlo definitivamente”*.

Lo que se impide u obstaculiza es el contacto entre hijos y padres no convivientes. Debemos precisar, entonces, el significado del vocablo “contacto”, para evitar el peligro de caer en un tipo penal abierto, que estaría casi dentro de la inconstitucionalidad.²⁶ Para ello, conviene tener presente lo establecido en el nuevo Código Civil y Comercial, sancionado en 2014, que impone un nuevo enfoque en cuanto a los deberes y obligaciones que incumben a los padres respecto a sus hijos.

La nueva redacción reemplaza al denominado derecho de visita que correspondía al progenitor que no ejercía la guarda del menor, considerado insuficiente, por el “derecho de comunicación” (art. 555 CCC), que establece que: *“Los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de estos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado. Si se deduce oposición fundada en posibles perjuicios a la salud mental o física de los interesados, el juez debe resolver lo que corresponda por el procedimiento más breve que prevea la ley local y establecer, en su caso, el régimen de comunicación más conveniente de acuerdo a las circunstancias.”*

Es decir que el impedimento u obstrucción del contacto no es sólo un impedimento de “visitas”, sino que incluye todo tipo de contacto visual, personal, afectivo, el cual puede darse también por otras vías, como ser, telefónicos, por redes sociales, correo electrónico, etc.

Los medios por los cuales se impida u obstaculice ese contacto son de los más variados, aunque parte de la doctrina presta especial atención a dos de ellos: las falsas denuncias en donde un progenitor acusa al otro de abuso sexual del menor, que lleva a la restricción del vínculo como medida preventiva, y el llamado Síndrome de Alienación

²⁶ Donna, E., ob. cit., p. 326.

Parental (S.A.P.).

Teoría elaborada por el médico y perito de parte norteamericano Richard Gardner, el S.A.P. es un desorden surgido en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños, cuya primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres, que llevaría a un “lavado de cerebro” por el cual, el niño evita el contacto con otro el progenitor. Pese a la gran aceptación de este síndrome en el campo tribunalicio, su existencia es altamente cuestionada por diferentes asociaciones de profesionales del área de la salud. Tampoco se encuentra incluido en los manuales internacionales de clasificación de enfermedades más reconocidos como la *Clasificación Internacional de Enfermedades* (CIE) y *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM-5). Recientemente, desde Naciones Unidas se ha pedido a España que se expida por aplicar el “falso síndrome de alienación parental a Iruñe Costumero”,²⁷ a quien en 2017 el Servicio Social del País Vasco le quitó de forma violenta la tenencia de su hija, alegando S.A.P., y en contra de una sentencia judicial.²⁸

En cualquier caso, debe ser una afectación grave y efectiva, y parte de la doctrina entiende que deberá ser reiterada (no alcanza un solo acto de obstaculización), de acuerdo con el principio constitucional de lesividad (art. 19 CN). Recordemos que, por este principio, si no hay una afectación de un bien jurídico, no se puede legitimar una intervención punitiva. Manonellas reseña un caso de la provincia de Catamarca, donde el Tribunal entendió que la actitud del padre que en dos oportunidades negó a la madre la posibilidad de tener contacto con su hijo, no constituía el delito en cuestión.²⁹ En la misma línea, la Cámara de la Acusación de Córdoba, en la causa “Gómez, Moises” (2010), luego de reafirmar la aplicación de los principios de legalidad, necesidad y lesividad, sostiene que, por imperio de esos mismos principios constitucionales, “*se exige una afectación efectiva y grave de un derecho de ejercicio permanente, considerándose que los meros incumplimientos aislados u ocasionales de acuerdos o regímenes preexistentes de visitas o encuentros no son suficientes para conformar la tipicidad penal de este delito. Por el contrario, tomándose siempre como referencia un lapso considerable en virtud de la permanencia en el tiempo que caracteriza al derecho que se protege penalmente, deberá*

²⁷ <https://www.publico.es/sociedad/onu-pide-explicaciones-espana-aplicar.html> [2 de diciembre de 2020]

²⁸ Actualmente, cuatro funcionarios de Servicios Sociales que participaron en el procedimiento se encuentran imputados por su actuación en el caso. <https://elpais.com/sociedad/2020-03-09/cuatro-funcionarios-se-enfrentan-a-cinco-anos-de-prision-por-usar-el-sindrome-de-alienacion-parental.html> [15 de marzo de 2021]

²⁹ Manonellas, Graciela N., *El delito de obstrucción del vínculo*, Cita online: AR/DOC/1528/2008. [10 de octubre de 2020].

constatarse una reiteración de tales incumplimientos suficientemente llamativa, tanto por su cantidad como por su modalidad, como para que, en virtud de los motivos aquí dados, pueda afirmarse la existencia de motivos bastantes que autoricen sostener que el conflicto en cuestión encuadra en alguno de los tipos penales del art. 1, ley 24.270". Y más adelante, profundiza con la necesidad de que se configure una afectación grave del bien jurídico, que justifique el recurso a la vía penal, sosteniendo que "si el tipo penal a través del cual se intenta proteger al bien jurídico en cuestión fuera entendido de manera tal que meros incumplimientos aislados a, por ejemplo, un régimen de visitas formal o informalmente acordado, constituyen ya sendas violaciones al bien jurídico en cuestión y, por ello, acciones jurídico-penalmente típicas en función de lo dispuesto por cualquiera de los párrafos del art. 1, ley 24.270, estaría claro que el derecho penal no sería ni necesario, ni eficaz ni eficiente para, con su intervención, proteger ese interés tutelado. No sería necesario porque es obvio que el derecho de familia cuenta con herramientas más que suficientes para impedir incumplimientos aislados u ocasionales a un régimen de contacto paterno-filial, como ciertas amenazas que, por sus efectos, cabe reputar más eficaces que otras de índole penal". Concluye el tribunal expresando que "sólo habrá un impedimento de contacto penalmente relevante si resulta efectiva y gravemente afectado el ejercicio regular del derecho a una adecuada comunicación y a la supervisión de la educación del hijo por parte del padre no conviviente".

El tipo objetivo incluye un elemento normativo, y es que esa acción de impedir u obstruir debe ser ilegítima. No hay duda de que si existe un régimen de comunicación, su no cumplimiento en las condiciones ya mencionadas (grave, efectiva y reiterada) configura el elemento normativo exigido por el tipo. Pero este requisito de ilegalidad no se cumpliría en los casos que el progenitor no conviviente quisiera tomar contacto con el menor por fuera del régimen establecido o si existiese una decisión judicial que impida ese contacto. Tampoco cuando del contacto con el progenitor no conviviente resulte un peligro a la integridad física o psíquica del niño.³⁰ En un fallo reciente de la Corte Suprema de la provincia de Mendoza,³¹ que confirmó la sentencia absolutoria de primera instancia que recayera sobre la acusada del delito de impedimento de contacto, el máximo tribunal entendió que *"ha quedado acreditado en autos que no existió la desobediencia*

³⁰ Koffman, Héctor, Lazetera, Carolina, *Impedimento de contacto y otros delitos afines*, Buenos Aires, García Alonso, 2016, p. 26.

³¹ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala II, 08/03/2021, "F. c. R. C. M. L. s/ Impedimento de contacto de menores con padre no conviviente s/ casación", *La Ley Online*; Cita Online: AR/JUR/1880/2021

atribuida, así como tampoco evasión a la autoridad judicial, sino un sometimiento constante a la autoridades judiciales por parte de M. ha quedado acreditado en autos. Pero, aun cuando se considerara haber existido desobediencia, este se explicaría por el comportamiento del padre agresor que llevó a M. R. C. a huir de la provincia para asegurar su integridad personal y resguardar la salud física y psicológica de su hijo. Ello, tampoco conduciría a la responsabilidad de M. R. C.”. No podemos dejar de señalar el más que correcto tratamiento, que a nuestro juicio, efectúa en el caso la Corte Suprema de la provincia de Mendoza, delineando los parámetros que en materia de violencia de género deben tenerse en cuenta al momento de emitir resoluciones judiciales, en cumplimiento de las políticas públicas asumidas a nivel convencional, nacional y provincial. Parámetros y contextos que, en delitos como el estudiado, no pueden dejarse de lado, como bien destaca el presente fallo, al remarcar la doble responsabilidad que le corresponde al Poder Judicial: *“por un lado, en la contribución a la erradicación de los estereotipos basados exclusivamente en el género. Por otro lado, con un rol activo que no se limite a investigar y sancionar un delito sin el debido análisis que interprete el contexto de violencia de género en el cual la conducta se encuentre inmersa, debido a que esta es sólo la expresión más palpable de un conflicto social que le subyace y que no es debidamente atendido.”*

Es un delito de resultado o lesión, puesto que requiere que la acción desarrollada por el sujeto activo genere el resultado descripto, es decir, el impedimento u obstrucción del contacto. En cambio, el delito tipificado en el artículo 2 de la misma ley (mudanza no autorizada del menor) es un delito de peligro abstracto.

La doctrina se encuentra dividida en cuanto a si se trata de un delito permanente o continuado. La postura elegida tendrá influencia en lo relativo a la extinción de la acción y a la posibilidad de admitir o no la tentativa.

2.3. Tipicidad subjetiva

En cuanto al tipo subjetivo, es un delito de carácter doloso, que requiere que el autor tenga conocimiento de estar impidiendo u obstaculizando el contacto entre el menor y su padre no conviviente y quiera impedirlo. La doctrina entiende que sólo se puede proceder con dolo directo, habida cuenta que el tipo penal establece que la conducta debe ser ilegítima.

No está tipificado en su forma culposa.

2.4. Sujetos

2.4.1. Sujeto Activo

Podrán ser autores el progenitor conviviente o un tercero, que no necesariamente debe convivir con el menor.

2.4.2. Sujeto Pasivo

Serán sujetos pasivos de este delito el menor y su progenitor no conviviente. Aunque Creus entiende que sólo el padre no conviviente, natural o adoptivo, puede ser sujeto pasivo.

Con un enfoque innovador, es interesante la postura de Cueto, para quien el sujeto pasivo es sólo el menor, como titular del bien jurídico afectado (interés superior del niño, en opinión de este autor), mientras que el padre no conviviente resultaría la víctima.³² Asimismo, en virtud de la ley de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes n° 26.061, el menor tiene el derecho a ser oído y que su opinión sea judicialmente tenida en cuenta. En palabras de Cueto *“resulta de particular relevancia en casos relacionados con el presente delito, toda vez que de tenerse en cuenta el interés del menor que resulta debidamente escuchado se puede derivar en el sobreseimiento del padre conviviente, en especial cuando los menores expresan su rechazo a mantener contacto con el padre no conviviente, sin que su opinión se vea descalificada por teorías o pseudo-teorías científicas”*.³³

La redacción del tipo deja fuera a otros familiares, como ser medios hermanos, abuelos, tíos, etc. Desde que la ley entró en vigencia, se han presentado diversos proyectos de reforma tendientes a incorporar a demás familiares (principalmente, los abuelos) como los sujetos pasivos del delito, aunque no prosperaron.

2.5. Consumación y tentativa

Siendo un delito de resultado, se consuma cuando el contacto entre el menor y su progenitor no conviviente es impedido.

La mayoría de la doctrina entiende que es posible la tentativa. Aunque hay

³² Cueto, Mauricio, “El delito de impedimento o de obstrucción de contacto. La Convención sobre los derechos del Niño y la ley 26.061”, Cita online: AR/DOC/2956/2011 [3 de octubre de 2020].

³³ El autor hace referencia al Síndrome de Alienación Parental, que ya hemos abordado al tratar el tipo objetivo.

doctrina que se pronuncia en contra de esa posibilidad, como Koffman y Lazetera.³⁴

2.6. Pena

La figura básica impone una pena de prisión de un mes a un año, que se eleva de seis meses a tres años en su forma agravada, cuando el niño fuera menor de diez años o discapacitado.

Conclusiones

El delito de impedimento de contacto se presentó con el objetivo de garantizar un derecho tan esencial para la formación del niño como es el contacto con el progenitor con el que no convive, derecho que hace al interés superior del niño, de la niña y del adolescente. Es innegable que la ruptura de vínculo de pareja, ya sea una separación o divorcio, va a afectar el contacto entre el niño y sus padres, aun en los casos en donde el conflicto sea casi nulo, con más razón cuando a la separación le sigue una batalla.

Sin embargo, la mayor de las veces, el impedimento de contacto ocurre en el marco de un conflicto ya judicializado en el fuero civil, con disputas por el régimen de contacto. En estos casos, el juez de Familia posee amplias facultades (mejores incluso que las del juez penal), pudiendo ordenar la intervención de equipos interdisciplinarios en procesos de revinculación entre niños y padres, según las disposiciones del Código Civil y Comercial vigente. Recurrir a un juez penal, además de superfluo, sólo puede intensificar el conflicto, alejando cada vez más su solución. Más aún si consideramos que son numerosos los fallos que muestran como alguno de los progenitores utiliza este delito como una forma de venganza o amedrentamiento hacia el otro progenitor. Denuncias de impedimento de contacto que se enmarcan en un contexto de violencia preexistente y que se valen del sistema penal para perpetuar esa misma violencia. O también, denuncias donde la afectación del bien jurídico es prácticamente inexistente, lo que contraría el principio de lesividad.

Sólo debería conminarse con pena aquello que es imposible conseguir por otros mecanismos menos lesivos, puesto que el Derecho penal no repara ni restituye, sino que sanciona. Creer que la imposición y ejecución de una pena van a resolver el conflicto que generó el delito resulta, a nuestro juicio, ingenuo. En especial, en esta figura, donde la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad vulnera el interés superior del niño en

³⁴ Koffman, Lazetera, *Impedimento de contacto y otros delitos afines*, op. cit, p. 36.

la misma medida que el delito que motivó esa pena de prisión. La solución tendrá que buscarse en los medios alternativos de resolución de conflictos, que en cuestiones de familia se presentan como la herramienta más adecuada.

Bibliografía

Antecedentes Parlamentarios, T. 1996-A. Ed. La Ley, p.981

Carafa, I., García Fages. M., “El impedimento de contacto de los hijos menores con padres noconvivientes: una inadecuada respuesta a una problemática familiar”. *elDial. “Edición especial”*. 2006.

Creus, Carlos, Boumpadre, Jorge Eduardo, *Derecho penal. Parte Especial*. 7º Edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2013, T. 1.

Croto, Joaquin, *La sustracción de menores y el impedimento de contacto: un sinuoso camino de similitudes y diferencias*. Cita online: AR/DOC/3667/2018.

Cueto, Mauricio, *El delito de impedimento o de obstrucción de contacto. La Convención de los derechos del Niño y la ley 26.061*. Cita online: AR/DOC/2956/2011.

Da Vita Sebastián, Romero Villanueva Horacio J., *Relaciones parento-filiales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2017.

Donna, Edgardo Alberto, *Derecho penal Especial*. Buenos Aires. Rubinzal Culzoni. Tomo II-A. 2011.

Erbetta, Daniel, “Política criminal, derecho penal y relaciones de familia. Acerca de la intervención punitiva en las relaciones familiares”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 33, 2006. Cita online: AR/DOC/7251/2012.

Gallego, Haydé, *Desenmascarando al “Síndrome de Alienación Parental”*, Documento

elaborado para la RUCVDS, Montevideo, 2012. En línea
<http://www.violenciadomestica.org.uy/publicaciones/3>

Gomez, César Julio, “Cuando la especialidad del fuero se impone: la ley 24.270 y el Código Civil y Comercial”, cita online: AR/DOC/1835/2017.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, “*La mediación familiar. Un instrumento pacificador que avanza*”, RDF 66, 2014, Cita online: AR/DOC/5441/2014.

Koffman, Héctor; Lazetera, Carolina, *Impedimento de contacto y otros delitos afines*, Buenos Aires, García Alonso, 2016.

Laje Anaya, Justo, “Delitos contra la familia”, Advocatus, 1997.

Manonellas, Graciela N., *El delito de obstrucción del vínculo*, Cita online: AR/DOC/1528/2008.

Vilalta, Ramón, Winberg Nodal, Maxime, “Sobre el mito del síndrome de alienación parental (SAP) y el DSM-5”, *Papeles del Psicólogo*, vol. 38, núm. 3, pp. 224-231, 2017. En línea
https://www.redalyc.org/jatsRepo/778/77853188015/html/index.html#redalyc_77853188015_ref19