

¿ES NECESARIO TIPIFICAR COMO DELITO EL SECUESTRO PARENTAL?

En una parte del edificio normativo vernáculo hay alguien que hace ruido; se trata de la medianera que divide el cuarto del Derecho de Familia con el del Derecho Penal, donde alguno anda con ganas de clavar un clavo.

Por Jorge Benavídez

En este sitio se ha escrito más de una vez acerca de las leyes penales que acuden en auxilio del Derecho de Familia, en especial sobre la Ley 24.270, de Impedimento de Contacto de Menores de Edad con sus Padres No Convivientes.

La misma, fue sancionada con el mismo envío legislativo que dio origen a la Ley de Violencia Familiar, 24.417 y, a la Ley 24.410, que importó una modificación al Código Penal y al Código Procesal Penal de la Nación respecto de la Filiación, Sustracción y Tráfico de menores, ya que todas ellas, fueron promulgadas dentro del primer lustro de los años noventa, cuatro años después de que el Congreso Nacional aprobara la Convención de los Derechos del Niño. En esos tiempos también se comenzó a discutir sobre la importancia que se debía dar a los llamados derechos personalísimos, cuestión que finalmente se plasmó en la modificación de la Constitución Nacional realizada en 1994.

Y en esos apasionamientos parlamentarios, muchas veces alentados desde las galerías del hemiciclo por diferentes sectores interesados, el paradigma del superior interés del niño trajo algunas confusiones y abusos; una ley sobre la violencia familiar –antecesora de la de Género, 26.485- que nació siendo una norma penal sin penas y, la que nos ocupa, impulsada por una asociación defensora de los derechos de los padres separados de sus hijos.

Es decir, ante la proclama del superior interés del niño, ¡qué mejor que los padres distanciados tuviesen buenas armas para disputarse al pequeñín!, parangonando la idea de los muchachos del NATIONAL RIFLE ASSOCIATION de USA, de armar a los maestros de escuela para prevenir los ataques a los colegios por parte de francotiradores maniáticos.

No obstante, los jueces de los fueros civiles supieron hacer suyos los conflictos intrafamiliares en desmedro de los magistrados del fuero correccional, los que gentilmente les cedieron la derecha, para que por medio de la jurisprudencia la 24.417 se transformara en una norma eficaz.

Distinta suerte corrieron los correccionales con la ley de Impedimento de Contacto, donde a esta altura ya se han transformado en reestablecedores del vínculo entre el menor y su padre no conviviente, ordenando regímenes de visitas provisorios que luego son despachados hacia el fuero de familia para su definitiva conclusión; esta norma sigue siendo hoy un eficaz *rifle* en la lucha de los padres por la conquista del menor y los jueces lo saben, tanto, que en el fuero de la Justicia Nacional no ven la hora de que se apruebe el Convenio por el tercer traspaso de delitos al fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para despedirse para siempre de la figura del Impedimento.

Pues bien, ahora, en los tiempos en que las cuestiones de género han ingresado al plexo penal y las Infracciones de Tránsito pugnan por ser delito, alguien ha tomado nota que otrora al legislador se le olvidó *castigar* una conducta como delito: *EL SECUESTRO PARENTAL*.

Tal conducta consiste en el caso en que el padre no conviviente, quien posee un régimen de visitas a su favor, sustrae al menor del contacto de quien

detenta su tenencia, en violación a lo pactado judicialmente, es decir, como si fuese un impedimento de contacto al revés.

Recordaremos, que la ley 24.270, no intenta lograr compulsivamente el contacto de los menores con sus padres no convivientes, sino que por el contrario, intenta HACER CESAR LA CONDUCTA IMPIDENTE U OBSTRUCTIVA DEL QUE OSTENTA LA TENENCIA EN PERJUICIO DEL NO CONVIVIENTE.

Así y, mal que les pese a varios extraviados, el bien jurídico protegido es el derecho del padre no conviviente a poseer contacto con su hijo menor, no el del menor, ya que éste cuenta con un voluminoso sistema de protección de sus derechos integrado por normas de orden público, algunas de las cuales tienen rango constitucional.

Por tanto, el sujeto activo de la ley es y será siempre el padre que ostente la tenencia del menor, así como el pasivo, el que no convive con el mismo. Pensar de otra manera a esta ley es imposible; su título mismo lo prohíbe.

Además, esta ley 24.270 prevé por otra parte, como toda intervención del derecho represivo y aunque no lo mencione expresamente, que el fuero penal intervenga en el conflicto de familia solamente en última instancia.

Ahora bien, planteado el caso en que la conducta del padre no conviviente con el menor, que en el goce de su derecho de visitas se exceda arbitraria e ilegalmente del mismo, no configura ni puede ser nunca delito de impedimento u obstrucción de contacto, en los términos de la ley de marras; ahora bien, ¿existe un tipo penal que reproche esta conducta antijurídica?

Algún desprevenido podrá pensar que el artículo 146 del Código Penal, que reprime con pena de *cinco a quince años de reclusión o prisión al que sustrajere a*

un menor de diez años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él y el que lo retuviere u ocultare, es la contestación a la pregunta.

La respuesta es negativa, ya que esta figura del artículo 146 no alcanza a los padres, en tanto que no hayan sido privados de la patria potestad, por resultar éstos ajenos a la cuestión que allí se plantea. Y por otro lado, así, como surge del debate parlamentario y de la *voluntad del legislador*, el sujeto activo se encuentra en un ámbito diferente al entorno paterno filial, porque el delito está previsto para ser cometido contra los padres y no por éstos.

Por lo tanto, mientras que en el impedimento de contacto, el conflicto proviene desde las entrañas de la patria potestad, en la sustracción de menores proviene desde afuera.

Por ende, la conducta del padre no conviviente que incurre en sustraer al menor de la esfera de quien ejerce la tenencia, abusando de su derecho de visita, es impune para el Derecho Penal, lo que no significa que también lo sea para la normativa del Derecho de Familia.

Sin embargo, algunos entendieron que debía plantearse una reforma legislativa, o al Código Penal, introduciendo una nueva figura en el Capítulo I, Delitos Contra la Libertad Individual, del Título V, Delitos Contra La Libertad —el mentado *secuestro parental*-- o, echar mano a la ley de Impedimento de Contacto, so pretexto de que existe una disparidad que afecta el derecho de igualdad ante la ley. Ergo: el (la) impidente que ejerce la tenencia es factible de ser reprochado penalmente y, el no conviviente que ejerce su derecho en forma abusiva, no.

Los defensores de la primera opción, sostienen que —como se expresara anteriormente—de acuerdo a la redacción de la ley 24.270, los motivos que la sustentaron y su dictado, la característica típica del sujeto pasivo es la no convivencia y, por lo tanto, la solución pasa por incluir una figura penal dentro del

Título V del Código Penal, cuya finalidad sea la protección del bien jurídico *libertad de llevar a cabo las relaciones derivadas de los vínculos parentales* y, que el bien jurídico esencial sería *proteger a la familia*.

No obstante ello, con buen tino sostienen que es imprudente buscar un “calzador” para extender analógicamente los alcances de la sustracción de menores ante “este vacío legal”.

La otra postura, la de modificar la ley 24.270 soslayando la génesis y comprensión de la misma, también parte de la misma preocupación, haciéndose carne en un proyecto de ley de los senadores pampeanos Higonet y Verna (que adjuntamos) y citando en sus fundamentos un fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal, donde en una decisión dividida por la gravedad de la conducta *sub examine*, se decidió revocar el sobreseimiento del padre no conviviente con el menor que excediéndose de su derecho de visita, lo sustrajo de la tenencia de la madre mudándolo a la República Federativa del Brasil, del delito de sustracción de menores, “*acogiendo la doctrina que considera que los progenitores, aún con los derechos y deberes emergentes de la patria potestad vigentes, pueden ser sujetos activos de este ilícito en casos muy particulares*”.

La inteligencia legislativa, también alerta que “*en reiteradas oportunidades los jueces manifiestan que en este caso en análisis sería muy injusto declarar atípica la conducta (por la gravedad de los hechos) y el ordenamiento jurídico no les otorga otra herramienta menos lesiva para aplicar y por eso realizan esta interpretación amplia del tipo penal del artículo 146*”.

Así, entendemos que ninguna de las dos soluciones nos parece atendible para solucionar el problema planteado y, si bien la última solución planteada es menos nociva y propone un recurso bajo la doctrina del *mal menor*, no deja de augurar que tarde o temprano el remedio será peor que la enfermedad.

Por lo pronto, que no exista una penalidad para determinada conducta de parte del derecho represivo, no significa que la misma no esté sancionada por otra norma extrapenal.

Así, el ejercicio abusivo del derecho de la patria potestad, tiene previsto un conjunto de sanciones específicas y concretas. Por ello, cuando uno de los padres traslada fuera del país al menor sin la autorización del otro, permite a este último activar los mecanismos de restitución previstos en los respectivos instrumentos internacionales, los cuales buscan siempre la solución del conflicto dentro del ámbito civil, dejando al derecho penal –como debe ser--, sólo como de aplicación en última instancia.

Lo mismo, claro, que cuando existe un padre que ostenta la tutela y ejerce una conducta obstructiva para el vínculo del menor con el padre no conviviente, el Derecho de Familia prevé también sanciones, por cierto más duras, con formato de medidas cautelares que sólo requieren una mínima verosimilitud en el derecho invocado, para caer sobre el supuesto transgresor.

Y no le temblará el pulso al juez de familia otorgarle la tenencia al otro progenitor, porque más que derecho de defensa en juicio existe el superior interés del menor, bastando un informe psicológico que así lo aconseje.

De manera que la solución que entendemos para este dilema no es ni incluir un nuevo tipo penal en el código represivo, ni agregarle una nueva modalidad delictiva a la ley de Impedimento de Contacto... ¡proponemos lisa y llanamente la derogación de la ley 24.270 para que no exista más desigualdad entre los progenitores!; de esta manera ambos padres tendrán la igualdad ante la ley anhelada.

Finalmente me despido citando las palabras de un colega, Ignacio Iriarte, a quien no tengo el gusto de conocer, pero sí de haber leído en “Impedimento de

Contacto de los Padres no Convivientes, con sus Hijos Menores”, La ley 30-5-2005, págs. 1/5: ***“Podrá decirse que los objetivos del Derecho Penal Mínimo son utópicos –máxime en estos tiempos—pero, como nada puedo hacer... protesto”.***