

# DELITOS DE SUSTRACCIÓN, RETENCIÓN Y OCULTACIÓN DE MENORES HACIA UNA DEFINICIÓN POLÍTICO-CRIMINAL

Dr. Mario Eduardo Corigliano\*.

## I. CARACTERES DE LA FIGURA TÍPICA.

El artículo 146 del Código Penal de acuerdo con lo previsto por la ley 24.410, 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”*.

El artículo enuncia tres acciones distintas: sustraer, retener y ocultar. Para la mayoría de la doctrina retención y ocultación están referidas a la acción de sustraer, que, según Ricardo Núñez –entre otros autores-, es la acción en la que reside la esencia del delito. Así afirma: el núcleo de la figura del art. 146 no reside ni en la acción de retener al menor ni en la de ocultarlo. Estas acciones presuponen la sustracción del menor por otra persona. El tipo del artículo 146 exige siempre que el menor haya sido sustraído del poder de una de las personas que menciona, vale decir, según la idea tradicional a que obedece el precepto, que el niño haya sido robado.

Por su parte, Eusebio Gómez considera que “la expresión genérica sustracción cuadra, perfectamente, tanto a la retención como a la ocultación porque, en realidad, por defecto de la una y de la otra, el menor queda sustraído a la potestad de las personas expresadas aunque no medie traslación que es lo que caracteriza a la sustracción propiamente dicha”.<sup>1</sup>

La doctrina no es pacífica en la determinación del bien jurídico tutelado, sobre ello pueden mencionarse distintos criterios.

El seguido por Núñez indica que los ofendidos son los padres y el poder de decisión legítimo que ellos tienen sobre el menor, entonces la falta de consentimiento de alguno de ellos es necesario para configurar el ilícito.

---

<sup>1</sup> “*Tratado de Derecho Penal*”, T. III, 1940, Ed. Cía. Argentina de Editores, 1940, pág. 358.

Gómez y Florián postulan que la norma busca resguardar la libertad individual del menor sustraído. También encontramos un tercer criterio que considera que el bien jurídico afectado son tanto la libertad individual del menor como el derecho de los familiares<sup>2</sup>.

Por su parte Manuel Cobo dice: “es fácil observar que las conductas descritas en los artículos 484, 485 y 486 del Código Penal español, hacen imposible la verificación de los derechos y deberes de vigilancia, custodia y educación, por aquellas personas o instituciones a las que legalmente se les atribuye. Todos los supuestos que quepa imaginar, a la vista del texto legal, comportan inexorablemente, la ruptura de las relaciones, en toda su dimensión, del menor con las personas encargadas de su tutela y cuidado. Dicha ruptura es en consecuencia, la que nos da el quid de lo que hemos de entender por bien jurídico protegido en el capítulo de la sustracción de menores. Es independiente, y para nada afecta a la anterior afirmación, que exista o no un ataque a la seguridad del menor, y de hecho, puede suceder lo contrario. Ahora bien, es irrefutable que siempre hay un quebrantamiento de la relación antes aludida”.<sup>3</sup>

Podría considerarse esta postura como la de mayor sustento jurídico si tenemos en cuenta los orígenes históricos de este delito puesto que dicha infracción constituye un tipo especial más grave que la privación ilegítima de la libertad del art. 141 CP.

Carrara consideraba a este delito como una afectación de los derechos familiares pronunciándose respecto del plagio de niños del siguiente modo: “entre los distintos fines en que puede instigarse el plagio de un hombre libre, hay una que merece ser especialmente indicado, para advertir una vez más el influjo que la diversidad del fin del agente ejerce sobre la noción de este delito; y es el caso del niño que es sacado de su propia casa y entregado a un extraño, para que lo tenga *‘loco filii’* (como hijo), con el fin de despojarlo de su herencia, u otra cosa semejante”.<sup>4</sup>

Esta figura típicamente dolosa –exige dolo directo- se confunde con la desaparición de personas, delito de lesa humanidad no prescriptible, tratándose de un delito instantáneo de conducta continuada que provoca problemas en la dosimetría de la pena cuando la conducta prohibida sea realizada por uno de los padres, salvo que éste haga desaparecer al menor.

---

<sup>2</sup> Eusebio Gómez, “*Leyes Penal Anotadas*”, Tomo II, 1953, Ed. Ediar, pág. 405.

<sup>3</sup> “Consideraciones técnico-jurídicas sobre la sustracción de menores (objetos y sujetos de la sustracción de menores)”, Anuario de Derecho Penal, T. XIV, 1958, Madrid, págs. 226/7.

<sup>4</sup> CARRARA FRANCESCO, “*Programa de Derecho Criminal Parte Especial*”, Vol. II, 4, 1958, Ed. Tenis, pág. 498.

### ***1.1 ANTECEDENTES.***

El antecedente nacional que mejor de adecua a la figura legal que nos ocupa es el que se preveía en los artículos 283 y 284 del Código Penal de la provincia de Buenos Aires sancionado el 3/11/1877 también conocido como “Código Tejedor”.

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”. Mientras que el art. 284 reglaba: “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”.

Carlos Tejedor menciona como antecedente al art. 408 del Código Penal español, mediante el cual se castigaba con cadena temporal si el hecho se verificaba en un menor de siete años. Citando a Pacheco, Tejedor dice: “De lo que aquí se trata, (...) es del robo, de la sustracción de un niño, para quedarse con él, o para hacerle perder las nociones de su origen, la posesión de su real y efectiva existencia. De lo que aquí se trata es lo que hacían los gitanos vagabundos, de lo que puede hacer una persona que quiera suprimir derechos existentes delante de sí, y para ello arrebatara, sustrae, y hace desaparecer menores que poseyéndolos le estorban. Y véase aquí por qué la ley habla de sustracción de niños y nada más. Cuando es una persona de inteligencia, cuando es de quién ya tiene noticia de sí mismo, el objeto de tal sustracción entonces ésta no se verifica, porque no puede verificarse. Habrá detención arbitraria y no otra cosa. Es menester que recaiga en menores de siete años o en quienes sean tan inocentes como ellos, simples o mentecatos, para que pueda aplicarse al acto en cuestión el artículo de que nos ocupamos”.<sup>5</sup>

Tejedor también acota que este delito era llamado entre los romanos *plagio* y que estaba castigado con la pena de muerte. Con el objeto de detener al accionar de bandas armadas que asolaban los caminos, se sancionó durante la época de la República Romana (primer siglo antes de Cristo) la *Lex Fabia*, mediante la cual se penaba como *plagiario* “a 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

---

<sup>5</sup> ZAFFARONI, EUGENIO R. y ARNEDO, MIGUEL A. “Digesto de Codificación Penal Argentina” T. I, 1996, AZ Editora, Madrid, pág. 397.

contra la voluntad y en perjuicio de sus dueños, mermando de tal manera a éstos en su patrimonio”.<sup>6</sup>

Si bien el delito en estudio está contemplado en el capítulo del Código Penal “Delitos contra la libertad individual”, debe incidirse que el bien jurídico tutelado por el ordenamiento no se limita a la libertad por 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.

Es importante destacar que el autor del delito de sustracción, retención y ocultación de personas, que han sido sustraídas cuando eran menores de diez años, interfiere en la asignación de los roles y derechos familiares del grupo familiar al que pertenecía el sustraído y del grupo familiar en el que la persona sustraída desarrolla su vida. La acción de sustraer reasigna posiciones familiares por sobre el control estatal. El autor se arroga, de este modo, potestades que sólo le corresponden al Estado, que es el único sujeto legitimado por la ley para reconocer, asignar y reasignar derechos de familia.

## ***1.2 EL TIPO OBJETIVO.***

La ley requiere para que se configure la sustracción que el autor o autores de la misma aparten al menor de la esfera de custodia en que se encuentra, custodia ésta otorgada por ley a los padres, tutores o demás encargados. No se considera impedimento, a los efectos de configurar el tipo el consentimiento del menor.

Al respecto la tenencia del niño es propia de quién lo tiene de hecho y no requiere que sea de derecho. La acción de sustraer se ve consumada al momento que ese poder de custodia es interrumpido sin justificación legal alguna.

“El delito de sustraer se concibe como el simple traslado del menor a un lugar distinto de aquél donde se encuentra bajo el amparo de las personas a quienes el precepto legal se refiere”.<sup>7</sup>

Coincide también Sebastián Soler al decir que: “la acción queda consumada cuando, de hecho, se ha logrado la sustracción, aunque el raptor no haya efectivamente consolidado su dominio sobre el menor, el cual puede eventualmente continuar actos de resistencia, o quedar en poder de terceros desconocidos por el autor”.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> “Enciclopedia Jurídica Omeba”, T. XXII, 1964, Ed. Bibliográfica Omeba, págs. 343/4.

<sup>7</sup> NUÑEZ, RICARDO, “Derecho Penal Argentino. Parte Especial V”.

<sup>8</sup> SOLER, SEBASTIAN, “Derecho Penal Argentino”, pág. 63/5.

La ley no especifica nada sobre cómo esa sustracción debe ser llevada a cabo. No requiere de ningún acto en especial como el uso de violencia, amenazas o algún tipo de ardid. El consentimiento del menor resulta totalmente ineficaz o, en palabras de Soler, “no hace desaparecer la delictuosidad del hecho”, pues se desprende que los menores de diez años carecen del juicio suficiente para manejar libremente sus acciones.

Lo dicho precedentemente permite considerar que para que el tipo objetivo del delito de sustracción de menores se encuentre satisfecho el menor sustraído debe tener menos de diez años de edad.

“El delito de sustracción de menores debe entenderse consumado con cualquier acto que tienda a remover el menor de la custodia de sus padres contra su voluntad expresa o presunta.” (CSJN, competencia n° 92.XXVI, 10/5/94, “M, S y otra s. Suposición de estado civil, falsificación de documento público y sustracción de menores”, Fallos: 317:492).

### **1.3 CONDICIÓN OBJETIVA DE PUNIBILIDAD.**

La limitación a diez años establecida por el legislador no es caprichosa puesto que encuentra fundamento normativo en el ordenamiento jurídico.

El “Código Tejedor” establecía el límite de nueve años de edad teniendo como referencia el artículo 410 del Código español<sup>9</sup>.

El Derecho Romano, según cuenta Vélez Sarsfield en la nota al artículo 921 del C. Civil, estipulaba la edad de siete años como límite a partir del cual se presumía que una persona podía actuar con discernimiento.

La idea sobre la que se apoya esa decisión de política criminal de castigar a la sustracción de menores de diez años es concordante con el límite mínimo de edad establecido por los artículos 921 y 2392 del Código Civil.

El artículo 921 establece que: “Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años; (...)”.

A su vez, a partir de los diez años los menores pueden adquirir la posesión de cosas: “Son incapaces de adquirir la posesión por sí mismos los que no tienen uso completo de su razón, como los dementes, fatuos y menores de diez años; pero pueden adquirirla por medio de sus tutores o curadores” (art. 2392 C. Civil)

---

<sup>9</sup> ZAFFARONI, EUGENIO R. y ARNEDO, MIGUEL A., “*Digesto de Codificación Penal Argentina*”, pág. 236.

Por otra parte, en la “Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, aprobada por ley 23.857, se establece la edad de dieciséis años para que dicha Convención sea aplicable. A partir de esa edad se entiende que un joven “ya posee una voluntad propia, que difícilmente pueda ser ignorada por padres, parientes o autoridades administrativas o judiciales”. Puede observarse la diferencia de los parámetros seguidos para evaluar cuándo un menor de edad no alcanza el discernimiento adecuado para llevar adelante determinados actos.

Una persona menor de diez años de edad, para el ordenamiento jurídico, no tiene la capacidad necesaria como para poder distinguir lo lícito de lo ilícito, y en el caso del tipo penal que nos ocupa, debemos asumir que antes de dicha edad es total el sometimiento de la voluntad del menor.

“... el bien jurídico aquí tutelado es el de la libertad en aquel sentido genérico del plagio no porque sea necesario 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”.<sup>10</sup>

#### ***1.4 LA ACCIÓN DE RETENCIÓN.***

Además de la sustracción, el artículo 146 C.P. describe la acción de retención, para la que se requiere que el autor, por un cierto lapso, impida que los padres o responsables legales del menor ejerzan sus facultades de tutela, y ello debe llevarse a cabo privando de la libertad a la víctima, impidiendo por cualquier medio que vuelva a la custodia de sus padres. La retención se refiere a actos de los autores con relación al menor, puesto que ésta debe recaer sobre él, evitando por cualquier medio (acción u omisión) el contacto con los padres o tutores, quedando el menor bajo el dominio de los autores.<sup>11</sup>

La circunstancia de que la retención de menores afecte el derecho de familia no permite descartar que el tipo penal no lesione, además, la libertad en el sentido estricto de libertad "ambulatoria" que es protegida por las figuras de privación ilegal de la libertad. Esta conducta, una vez que la víctima fue colocada fuera del área de guarda legítima, constituye una valla que le impide al menor retornar a la misma.

En este contexto, asimismo, la circunstancia de que el menor, mayor de 10 años, pero sustraído de sus padres antes de cumplir esta edad, "consintiera" su nuevo empla-

---

<sup>10</sup> SOLER, SEBASTIAN, “*Derecho Penal Argentino*”, pág. 64.

<sup>11</sup> SOLER, SEBASTIAN, “*Derecho Penal Argentino*”, pág. 67 y CARRARA en relación con la figura análoga que este autor denomina “Rapto impropio”.

zamiento (ilegítimo) de familia, es irrelevante para la existencia de un consentimiento excluyente del tipo, pues dicho menor, por sí solo, carece de la facultad de disponer del bien jurídico protegido con un alcance tal que lleve a excluir el ejercicio de la patria potestad por parte de quienes tienen derecho a ella.

### ***1.5 LA ACCIÓN DE OCULTACIÓN.***

Cabe por último analizar en el tipo de la figura en qué consiste la acción de ocultación, la cual podría presentar una mayor dificultad en su interpretación. En el caso del recurso deducido por la defensa de los ex militares Jorge R. Videla y Emilio E. Massera (9/9/1999) se ha sostenido que la ocultación del menor cesa al momento en que el mismo cumple los diez años, porque la comisión continua o permanente de todas las figuras tratadas cesa necesariamente cuando el niño alcanza dicha edad.

Esta concepción no es aceptada pacíficamente por la jurisprudencia, teniendo en cuenta que en determinados supuestos puede llegarse a consecuencias absurdas, pues si se aceptase dicha propuesta el ordenamiento estaría alentando a quienes secuestran menores a que los oculten más allá de los diez años para lograr la impunidad de su conducta, -por el comienzo del plazo desde el cual comienza a computarse el término de la prescripción de la acción penal-

Esto concluiría que la norma por el sólo paso del tiempo; una mayor edad de la víctima, sin que el autor del hecho ni la víctima, ni un tercero interrumpen la situación antijurídica; pase a considerar a ésta como adecuada a derecho.

Tal interpretación resulta incongruente con la afirmación de que la naturaleza del delito consiste, como dice Soler, en la usurpación de la voluntad de la víctima, porque pasados los diez años de edad esa voluntad sigue siendo usurpada mediante la ocultación de la persona sustraída cuando poseía menos de diez años de edad.

Débase tener en cuenta si es posible calificar este delito como permanente tal como sostienen Eusebio Gómez, Sebastián Soler y Carlos Fontán Balestra, entre otros, considerando que por imperio legal la acción antijurídica cesa a los diez años, porque “delitos permanentes son aquellos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo”.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> CLAUS ROXIN, “*Derecho Penal. Parte General*”, Tomo I, 1997, Ed. Civitas, Madrid, pág. 329.

El eje central del delito permanente consiste en el sostenimiento del estado consumativo, de forma tal que éste se agota en el momento que cesa la conducta ilícita. Estas circunstancias son propias de los delitos de privación ilegítima de la libertad, donde el mantenimiento del estado antijurídico creado por la acción punible depende de la voluntad del autor, de modo tal que el hecho se renueva constantemente hasta el momento en el cual la persona privada de su libertad recupera su status anterior.

Zaffaroni sostiene que en el caso de los delitos permanentes el delito ya consumado sigue cometiéndose, por lo cual se hace necesario distinguir entre el momento de la comisión y el de la consumación, como así también establecer concretamente cuál es el tiempo de realización de la conducta –tiempo de comisión- ya que la misma en este tipo de delito tiene un momento inicial y uno final de ejecución que pueden hallarse distanciados en el tiempo.<sup>13</sup>

El artículo 3° de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (aprobada por nuestro país por ley 24.556), 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.

La necesidad de adoptar a la mencionada Convención como guía de interpretación de los tipos penales contenidos en el artículo 146 del Código Penal ha sido afirmada, entre otros Tribunales de Alzada, por la Sala I de la Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal -9/9/2004- en causa seguida a Enrique Berthier por sustracción, ocultación y retención de un menor de diez años (art. 146 CP), supresión de identidad de un menor de diez años (art. 139 inc. 2° CP) y falsedad ideológica de documento público (*art. 293 CP*).

Este criterio ha sido sostenido en precedentes de la misma Sala en causa 30.514, “Massera”, reg. 742 del 9/9/1999, y de la Sala 2 en causa 17.592, “Gómez”, reg. 18.634 del 3/5/2001.

De este modo el tipo objetivo de la conducta de ocultación quedaría construido de la siguiente manera: el que ocultare a quién ha sido sustraído de sus padres, tutores o guardadores, contando con menos de diez años de edad.

Por lo que antecede el autor de este ilícito debe realizar la conducta de ocultar, y a su vez verificarse la circunstancia objetiva de que el ocultado, o sea, la víctima, haya sido secuestrada cuando no posea el discernimiento mínimo establecido por el ordenamiento penal.

---

<sup>13</sup> ZAFFARONI, EUGENIO R. “*Tratado de Derecho Penal*”, /T. I, 1987, Ed. Ediar, pág. 476 y ss.

## **1.6 EL TIPO SUBJETIVO.**

En el aspecto 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.

Esta interpretación respeta la pauta brindada por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, es coincidente con los orígenes históricos de la figura como una derivación del delito de plagio de niños y es contemplativa de los distintos bienes jurídicos que se afectan con la comisión del delito.

Esta postura además es concordante con lo que sostienen autores como Núñez, quién para afirmar la trascendencia de la acción de sustraer refiere: “El núcleo de la figura del artículo 146 no reside ni en la acción de retener al menor, ni en la de ocultarlo. Estas acciones presuponen la sustracción del menor por otra persona. El tipo del artículo 146 exige siempre que el menor haya sido sustraído del poder de unas de las personas que menciona, vale decir, según la idea tradicional a que obedece el precepto, que el niño haya sido robado”.<sup>14</sup>

Sobre el punto, Donna sostiene: “Viene a colación lo afirmado por Creus acerca de que el pensamiento de que se trata de tres acciones distintas, totalmente autónomas entre sí, que tantos problemas interpretativos ha traído a nuestra doctrina, está completamente superado: la retención u ocultación tiene que referirse a un menor que haya sido sustraído para que tales conductas resulten típicas. De manera que la esencia del delito está en la sustracción del menor y no en las otras dos conductas que requieren como presupuesto, que se haya dado ésta. Para que el delito concurra se requiere que el hecho se produzca mediante la sustracción, que la persona sustraída sea un menor de diez años y que la sustracción se produzca del poder de las personas encargadas del cuidado del niño”.<sup>15</sup>

Queda claro que para llevar a cabo una acción de ocultación no es necesario que el autor retenga a la persona afectando sólo su libertad ambulatoria, pues el elemento que distingue esta acción es impedir el restablecimiento del vínculo, sea o no mediante la acción de retener. Resumiendo en este acápite, puede afirmarse que la acción de ocultar una persona sustraída no cesa cuando la víctima cumple los diez años de edad, sino cuando se restablece el vínculo familiar interferido.

Esta interpretación es coincidente con la doctrina seguida por la Sala 2 de la citada Cámara Nacional Federal en las causas “Simón Julio s/ prescripción de la acción penal”, 29/5/2001, reg. 18.693; “Miara, Samuel y otra”, 19/12/95; y “Lavallén Rubén”,

---

<sup>14</sup> “*Derecho Penal Argentino. Parte Especial V*”, pág. 60.

18/4/1989, reg. 6.440; también por el Tribunal Oral Federal número 5 en la causa 530 seguida contra Ceferino Landa y Mercedes B. Moreira, sentencia del 5/7/2001, y por el Procurador General de la Nación en el caso “Videla”, 23/8/2001.

“ (...) La retención y la ocultación que el Código Penal, artículo 146 tiene en cuenta son las vinculadas a una sustracción o robo cometido por un tercero, cuya acción de despojo y ocultación continúa el que retiene y oculta al menor. Retiene el que guarda al menor sustraído, y oculta el que además de retenerlo, esconde su ubicación a la vista y conocimiento del titular de la tenencia. Ambos deben obrar con la conciencia y voluntad de hacerlo respecto de un menor sustraído. Pero aquí vale incluso el dolo eventual. El acto de sustracción adquiere entidad típica si revela el ánimo de permanencia, de poner de manera duradera al menor fuera de la custodia familiar o tutelar que le corresponde. Por ello la retención y/u ocultamiento posteriores al acto material de apartamiento de la esfera de aquella custodia forman parte de la misma acción de sustraer, sin perjuicio de que puedan cometer retención u ocultamiento otras personas distintas que los iniciales captores cuya acción complementan. La acción inicial de sustraer es abaricante de las fases posteriores de retención y ocultamiento. A su vez, el que no interviene inicialmente en la sustracción puede participar en ella si contribuye a complementar la acción originaria dándole durabilidad mediante la retención u ocultamiento de la menor”: (CFed. La Plata, Sala Penal III, 9/123/88, “C., O. s. Infr. CP artículo 139 inc. 2° y art. 293”, expediente 08.787).

### **1.7 RELACIÓN CON EL DELITO PREVISTO EN EL ART. 139 INC. 2° DEL CÓDIGO PENAL - SUCESIÓN DE LEYES PENALES.**

Si bien la nueva ley no modificó la parte sustancial relacionada con la descripción de la acción prohibida, agravó el monto de la pena.

La redacción original del Código Penal sancionaba con 1 a 4 años de prisión “al que por medio de exposición, de ocultación o de otro acto cualquiera, hiciere incierto, alterar o suprimiere el estado civil de un menor de diez años” (art. 139 inc. 2° CP).

---

<sup>15</sup> DONNA, EDGARDO A. “Derecho Penal. Parte Especial”, Tomo II-A, 2001, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 217.

La ley 24.410, vigente desde el 2/1/1995, conmina con pena de prisión de 2 a 6 años “*al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterar o suprimiere la identidad de un menor de diez años, y el que lo retuviere u ocultare*”.

Por su parte el Código Penal preveía originalmente una pena de 3 a 10 años de prisión para el delito previsto por el artículo 146, y la mencionada ley 24.410 elevó el monto de la misma de 5 a 15 años. Esta sucesión de leyes penales no implica una afectación al principio de irretroactividad de la ley penal derivado del principio de legalidad consagrado por el artículo 18 de la Carta Magna.

Sobre el punto la Sala 2 de la Cámara Nacional Federal ha sostenido:

“La sustracción, retención y ocultación de un menor de diez años, es de carácter permanente por lo que, de ningún modo existe óbice para que se aplique una ley que incremente el monto de la escala penal aplicable, manteniendo la redacción anterior, puesto que la acción típica de los delitos de que se trata cesó en la fecha en que pudo descubrirse la verdadera identidad de la víctima”. (*Conf. Causa 17.592, “Gómez, Francisco s/ prisión preventiva” 3/5/2001, reg. 18.634*).

“La afectación al registro de un determinado estado civil constituye un atentado al asiento registral de ese estado, y por su naturaleza importa un delito contra la fe pública y no contra el estado civil mismo. El artículo 139, inciso 2° del Código Penal sólo es aplicable ante la afectación de la posesión de estado civil y no ante un atentado contra el registro civil. Por ello, comete el delito de retención y ocultamiento de menores de 10 años en concurso real con falsedad ideológica reiterada en dos oportunidades –partida de nacimiento y documento de identidad- quién oculta o retiene a un menor de diez años y confecciona los formularios necesarios para obtener una partida de nacimiento y, con ella, el documento de identidad.

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. 2° 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*).

En tal sentido ante la concurrencia de ambos delitos la solución pasible de adoptar es la aplicación de los artículos 139 inc. 2° y 146 del Código Penal, según la redacción de la citada ley 24.410.

## ***1.8 SUSTRACCIÓN DE MENORES POR PARTE DE UNO DE***

### ***LOS PADRES.***

Ante el fenómeno de la ruptura de parejas surge la preocupación por las decisiones de sus progenitores, debido a las consecuencias que tienen para los hijos menores. El incremento de relaciones y matrimonios mixtos, los movimientos migratorios, los avances en las comunicaciones, el desarrollo económico y la liberalización de la institución familiar clásica han ampliado el abanico de patrones familiares que favorecen la posibilidad de que se produzca la “sustracción de menores” por parte de uno de los progenitores. Así, nuestra sociedad venía contemplando la impunidad del progenitor que, por decisión unilateral, trasladaba a un hijo menor a un país extranjero, separándolo del otro progenitor.

Ante la emergencia, la Comisión Parlamentaria del MERCOSUR adoptó un “Programa Nacional sobre Prevención, Sustracción y Restitución de Menores” con los siguientes objetivos:

- Crear una red para proteger a los menores y prevenir la sustracción de los mismos por parte de alguno de sus padres, tutores, guardadores y/o familiares directos.
- Investigar el estado de la cuestión en cada país y realizar actividades de promoción de sus actividades y objetivos.
- Denunciar toda sustracción de menores por alguno de sus progenitores.
- Brindar asistencia jurídica con equipos legales expertos en la materia y apoyo psicológico y / o terapéutico a las personas afectadas.
- Capacitar y asesorar a los jueces, asesores de menores, consejeros de familia, personal interdisciplinario interviniente en estos casos, entre otras asistencias para ayudar a la revinculación social y la reconstrucción de lazos familiares de los menores restituidos.

Por otra parte La Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores, dada en Montevideo el 15 de julio de 1989, ratificada por la Argentina el 15 de febrero del 2001 tiene por finalidad: “...asegurar la pronta restitución de menores que tengan 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. Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.”, estableciendo como competentes para conocer de la solicitud de restitución de menores en el art. 6 a): “... las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención”.

En la conducta descrita, sujeto activo puede ser cualquiera y el sujeto pasivo debe ser un menor de diez años, sin distinción de sexo. Molinario<sup>16</sup> piensa que la sustracción cometida por los padres constituye este delito; en cambio Soler cree que no podrá aplicarse la disposición del artículo 146 al padre que sustrae y retiene para sí a un menor, arrebatándose al cónyuge que legalmente lo tenía, siempre que no pueda afirmarse que se ha hecho desaparecer al menor. Decide a Soler a pensar así el hecho que la figura en análisis para nuestra ley, es algo muy distinto de la pura ofensa a derechos familiares, y consiste en hacer desaparecer al menor, en robarlo a los padres. La disposición de la ley argentina está inspirada en la figura del robo de niños tan severamente penada por las antiguas leyes españolas; consiste en el robo, en la sustracción del niño, para quedarse con él o para hacerle perder las acciones de su origen, la posesión de su real y efectiva existencia. En pocas palabras en hacer desaparecer al menor. La pena con que el hecho es amenazado en el artículo 146 en el Código Penal argentino es un índice significativo de la señalada ascendencia legislativa. Este criterio que parece el correcto en la interpretación de nuestro texto legal ha sido seguido por la Cámara del Crimen de la Capital al entender que el padre que sustrae a su hijo del poder de la madre, con quien éste se hallaba desde la separación de hecho de ambos cónyuges, no comete el delito de sustracción de menores, sin perjuicio de que el incumplimiento de resoluciones del juez civil pueda constituir otro delito (Fallos: T. 2, pág. 419); como no lo configura, tampoco, el hecho de sustraer a un menor de la tenencia del padre para entregarlo a la madre de quién está separado (*Fallos: T. IV, pág. 232*).

Ha sido motivo de debate si la sustracción llevada a cabo por los propios padres, que han sido legítimamente privados de la patria potestad o de su ejercicio constituye este delito. En Alemania, la opinión dominante se pronuncia afirmativamente.<sup>17</sup> En España, Cuello Calón<sup>18</sup> participa de este punto de vista y opina respecto de los medios empleados que éstos son indiferentes. La sustracción puede ser llevada a cabo mediante violencia o valiéndose de fraude o engaño y aun con el aparente asentimiento del menor, puesto que en su caso, tratándose de un menor de diez años, el consentimiento carece de efectos jurídicos.

En tanto que Quintano Ripollés piensa que la regla debe ser la negativa, pero que, cuando median móviles bastardos como los de venganza o codicia, nada impediría

---

<sup>16</sup> MOLINARIO, “*Derecho Penal*”, pág. 366.

<sup>17</sup> BINDING, Lehrbuch, T. I, pág. 116; LISZT-SCHMIDT, Lehrbuch, pág. 103 III.

<sup>18</sup> CUELLO CALON, “*Derecho Penal*” T. II, pág. 690/1.

acudir a la ordinaria calificación de sustracción, por vulnerarse ya no un simple mandato de la autoridad, sino la libertad ajena, del menor, del titular o de ambos a la vez<sup>19</sup>.

“La ley 24.270 fue sancionada a efectos de lograr una mejor unión de los lazos familiares a través de la interpretación de distintas disciplinas, en beneficio de la relación paterno-filial, teniendo fundamentos en la Convención de los Derechos del Niño, especialmente en su artículo 9º, “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos (...) respetarán 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 es contrario al interés superior del niño ...”.(CNCCorr. Sala 7ª, 13/9/2001, “B., N. s. Sustracción”, c. 16.869).

“El artículo 1º 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. El sujeto-objeto del delito es un menor de edad, según la regla general del Código Civil y los sujetos pasivos son los padres no convivientes entendiéndose la no convivencia como situación de hecho, que no requiere la mediación de un procedimiento judicial. Autor puede ser uno de los padres respecto del otro o un tercero; la característica típica de los sujetos pasivos es la “no convivencia, 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 la ley 24.270”. (CNCCorr. Sala VII, 18/7/2002, “S., T.”, c. 18.767, BCNCYC, nº 3/02).

### **1.9 SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LA CONDUCTA TÍPICA.**

En cuanto a este punto estimo aplicables al caso las reglas de prescripción propias de los delitos de privación ilegal de libertad, respecto de los cuales la subsistencia de la afectación de la libertad impide que comience a correr la prescripción hasta tanto no cese la situación antijurídica.

Apoyando tal interpretación cito la posición de Sebastián Soler, ya que para este autor, la retención de menores está concebida en nuestro Código Penal como una figura calificada de la privación ilegal de la libertad, cuya gravedad es casi pareja a la del plagio, no porque el menor sea sometido a servidumbre, sino porque es colocado en una situación de

---

<sup>19</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, “Tratado”, T. I, pags. 814 y ss.

dependencia casi total de otra voluntad<sup>20</sup>. En este punto se debe considerar el carácter permanente del delito imputado debido a que los bienes jurídico tutelados -la libertad y la patria potestad- continúan siendo afectados en idéntica medida. Además, la similitud de la figura del art. 146, C.P., con la de la forma básica del delito de plagio, vocablo utilizado por Carrara que no está presente en nuestro ordenamiento penal, el bien jurídico tutelado es el de la libertad en aquel sentido genérico de esta figura, 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.

En síntesis, el consentimiento del menor resulta irrelevante para excluir la tipicidad de la conducta, en tanto el único consentimiento válido es el de los padres (o tutores), de tal modo que, una vez ejecutado el delito la ofensa inferida al derecho de familia subsiste con independencia de que el menor cumpla la edad prevista en el tipo legal.

“Como el delito previsto en el artículo 146, Código Penal, es de carácter permanente, la conducta típica había continuado ejecutándose desde el acto inicial de sustracción del bebé hasta que cumplió diez años, fecha a partir de la cual comienza a correr el plazo de prescripción.” (*CNCCorr. Sala VII, 13-2-2002. “G., H.A.”, c. 17.449, BCNCyC, N° 1/02, p. 54*).

Estas consideraciones se ven reforzadas e inclusive hasta desplazadas, sin que haya margen para la duda, por el examen prevalente de la normativa internacional de aplicación a estos delitos.

De acuerdo con el derecho internacional público, los hechos imputados, además de ostentar per se el carácter de permanentes hasta tanto la suerte y el paradero de la persona desaparecida se ignoren, resultan imprescriptibles por tratarse de delitos contra la humanidad, cualquiera sea la fecha de su comisión.

Como lo ha señalado el Tribunal de Nüremberg cuando afirmó que "el derecho internacional no es el producto de una ley. Su contenido no es estático. La ausencia en el mundo de un cuerpo gubernamental autorizado para erigir reglas sustantivas de derecho internacional no ha impedido el desarrollo progresivo de ese derecho..."; y asimismo que "la circunstancia que dota a los principios de conducta internacional con la dignidad y autoridad de la ley, es su aceptación general como tal por las naciones civilizadas, las cuales manifiestan esta

---

<sup>20</sup> Acerca de la sustracción de menores como forma agravada de la detención ilegal en la doctrina española, QUINTANO RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, GARCIA MARTÍN, LUIS, *"Delitos contra bienes jurídicos fundamentales"*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, págs. 64 y 372.

aceptación por medio de tratados internacionales, convenciones, textos doctrinarios de autoridad, las prácticas y las decisiones judiciales".

### ***ALGUNAS CONSIDERACIONES – CONCLUSIONES***

Las acciones de sustraer, retener u ocultar que determina la figura, no son independientes, pues es innegable que aluden a autores que continúan, mediante la retención y ocultamiento del menor, con la acción de despojo.

Retener y ocultar giran alrededor de la sustracción, que es donde reside la esencia del delito, por tanto caerá en éste, quien sustrae y lo prolongue mediante la retención y el ocultamiento, como aquéllos que retienen y ocultan con conciencia y voluntad de hacerlo respecto de un menor sustraído.

Éstas no se plantean como acciones idénticas, ni se remiten a una misma hipótesis criminal, se introducen como características diferentes que asume la conducta, aunque puedan constituir etapas por las que atraviese la misma. Si bien la sustracción principia con el desapoderamiento del titular de la tenencia del menor, se prolonga tornando permanente el delito con la retención u ocultación, y justamente con esta última el delito se agota, más allá de su anterior consumación, pues en dicha etapa el autor ha logrado la finalidad, cual es usurpar la voluntad del tenedor.

Los bienes jurídicos tutelados de esta figura están siendo contemplados penalmente por el legislador siempre y cuando aparezcan como delitos de alto contenido de derecho natural por sobre las conductas de derecho positivo, es decir en ámbito de la coyuntura. Por eso es que éstos últimos, parecen ceder en el orden de precedencia en el Código Penal por un reconocimiento de inferioridad de valores frente a delitos de mayor trascendencia mediática que ocupan un lugar de preeminencia. Es, por ahora el lugar al que recurren quienes nos representan al momento de legislar para la oportunidad.

Por ello estimo que el legislador, al tipificar este delito, no tuvo en cuenta la cantidad de casos donde uno de los padres resulta sujeto activo de la conducta en cuestión. Esta circunstancia privilegió la protección del bien jurídico despersonalizándolo para motivar la intervención estatal, ocasionando con ello la consiguiente generación de problemas de atipicidad y para estos casos, en la dosimetría de la pena.

La evolución del derecho, que es naturalmente dinámico, particularmente el derecho internacional, ha de implicar una sensible modificación del panorama jurídico en base al cual debe decidirse acerca de esta problemática.

La posible atipicidad de las conductas referidas a la sustracción y/o retención de los hijos por parte de uno de los cónyuges en los supuestos de separación o divorcio debe abrir el debate acerca de si no sería necesaria la inserción al Código Penal del delito de sustracción de menores como tipo delictivo con esta sustantividad propia.

Dr. Mario E. Corigliano  
[mec@mariocorigliano.com.ar](mailto:mec@mariocorigliano.com.ar)  
[mec@interlink.com.ar](mailto:mec@interlink.com.ar)  
Buenos Aires – Argentina

\* El autor ha cursado la especialidad en Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y actualmente cursa el Doctorado en la orientación.

## BIBLIOGRAFÍA

- “*Derecho Penal Argentino. Parte Especial V*”, 1978, Ed. Lerner, pág. 60.
- “*Tratado de Derecho Penal*”, T. III, 1940, Ed. Cía. Argentina de Editores, 1940, pág. 358.
- EUSEBIO GÓMEZ, “*Leyes Penal Anotadas*”, Tomo II, 1953, Ed. Ediar, pág. 405.
- “*Consideraciones técnico-jurídicas sobre la sustracción de menores (objetos y sujetos de la sustracción de menores)*”, Anuario de Derecho Penal, T. XIV, 1958, Madrid, págs. 226/7.
- CARRARA FRANCESCO, “*Programa de Derecho Criminal Parte Especial*”, Vol. II, 4, 1958, Ed. Tenis, pág. 498.
- ZAFFARONI, EUGENIO R. y ARNEDO, MIGUEL A. “*Digesto de Codificación Penal Argentina*” T. I, 1996, AZ Editora, Madrid, pág. 236 y 397.
- “*Enciclopedia Jurídica Omeba*”, T. XXII, 1964, Ed. Bibliográfica Omeba, págs. 343/4.
- SOLER, SEBASTIAN, “*Derecho Penal Argentino*” T. IV. 1992, Ed. TEA, pág. 57, 64 ss y 105.
- NUÑEZ, RICARDO, “*Derecho Penal Argentino. Parte Especial V*”.
- SOLER, SEBASTIAN, “*Derecho Penal Argentino*”, pág. 63, 64, 65 67 y CARRARA en relación con la figura análoga que este autor denomina “Rapto impropio”.
- CLAUS ROXIN, “*Derecho Penal. Parte General*”, Tomo I, 1997, Ed. Civitas, Madrid, pág. 329.
- JESCHEK, H. “*Tratado de Derecho Penal. Parte General*” 1993, Ed. Comares, España pág. 237.
- ZAFFARONI, EUGENIO R. “*Tratado de Derecho Penal*”, T. I, 1987, Editorial Ediar, pág. 476 y ss.
- DONNA, EDGARDO A. “*Derecho Penal. Parte Especial*”, Tomo II-A, 2001, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 217.
- MOLINARIO, “*Derecho Penal*”, pág. 366.
- PACHECO, “*El Código Penal*”, T. III, pág. 249.
- BINDING, Lehrbuch, T. I, pág. 116; LISZT-SCHMIDT, Lehrbuch, pág. 103 III.
- CUELLO CALÓN, “*Derecho Penal*” T. II, pág. 690/1.
- QUINTANO RIPOLLÉS, “*Tratado*”, T. I, pags. 814 y ss.
- QUINTANO RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, GARCIA MARTÍN, LUIS, “*Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, págs. 64 y 372.

ZUPPI, A. L., "*La prohibición 'ex post facto' y los crímenes contra la humanidad*",  
E.D., T. 131, p. 76.