

¿ES NECESARIO TIPIFICAR EL DELITO DE ROBO DE NIÑOS EN EL CODIGO PENAL?

¿INFLACION PENAL O NECESIDAD JURIDICA?

POR JORGE BENAVIDEZ

Las últimas reformas al Código Penal importaron la incorporación de nuevas figuras represivas a instancias de diferentes grupos sociales pugnando por sus derechos; nos referimos a la ley 26.791, promulgada el 14 de diciembre de 2012, sobre Trata de Personas y, a la ley 26.842, promulgada el 27 de diciembre del mismo año, sobre el homicidio de “Genero”.

A menudo, las modificaciones al Código Penal que responden a estas características, redundan en construcciones normativas del tipo “simbólico”, produciendo el fenómeno que conocemos como *inflación penal*.

En los últimos días y, pasada la ola de la *reforma judicial*, el impulso legisferante merodea el tema del *robo de niños*, como una figura que el legislador ha olvidado introducir en el plexo normativo penal.

Pero lo curioso, es que esta vez la necesidad no proviene del *clamor social*, sino de un tirón de orejas que nos ha propinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que mediante una sentencia condenó al Estado Argentino a que adopte todas las medidas que sean necesarias para tipificar la venta de niños, de manera que el acto de entrega de los menores a cambio de una retribución o cualquier otra compensación, cualquiera que sea su forma o fin, inequívocamente constituya una infracción penal, de conformidad con los estándares internacionales.¹

Y no obstante los proyectos de ley existentes con anterioridad en el Senado con respecto al tema, como el de los senadores Higonet y Verna, la sentencia de la CIDH ha llevado a que el mismo presidente de la Comisión de

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “**CASO FORNERON E HIJA VS. ARGENTINA**”. Sentencia de fecha 27 de abril de 2012.

Justicia y Asuntos penales de la Cámara alta, Pedro Guastavino (FpV-Entre Ríos) esté elaborando un proyecto de ley en tal sentido, el cual será presentado en la mesa de entradas en estos días.

Ahora bien, ¿es impune la venta de niños para el Derecho Penal?

Actualmente, el título IV, *Delitos Contra el Estado Civil*, en su capítulo II, *Supresión y suposición del estado civil y de la Identidad*, se estipula lo siguiente:

ARTICULO 138.- *Se aplicará prisión de 1 a 4 años al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil de otro.*

ARTICULO 139.- *Se impondrá prisión de 2 a 6 años:*

1. *A la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan.*

2. *Al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere la identidad de un menor de 10 años, y el que lo retuviere u ocultare.*

ARTICULO 139 bis - *Será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 10 años, el que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la perpetración de los delitos comprendidos en este Capítulo, haya mediado o no precio o promesa remuneratoria o ejercido amenaza o abuso de autoridad.*

Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este Capítulo.

Como se puede observar, la cuestión pasa porque la legislación no nombra al fenómeno de la venta de niños explícitamente; pero la realización de esta conducta, evidentemente se castiga *ex ante* con los *numerus clausus* 139 y 139 bis

Queda claro, que la conducta se realiza con una oferta de una tercera persona al progenitor del menor, quien lo entrega a aquella, concurriendo dicha conducta necesariamente con el delito de falsificación de documento público agravado, por ser el mismo destinado a acreditar la identidad de la persona.

Pero por otro lado, el Código reprime la conducta del que desde afuera del grupo familiar *sustrae* al menor, por cierto, con una pena más importante:

ARTICULO 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.*

Ahora bien, ¿por qué la ley 24.410 que introdujo esta reforma al Código Penal, no tipificó explícitamente la venta de niños?

La Ley 24.410, importó una modificación del Código Penal y del Código Procesal Penal de la Nación respecto de la filiación, sustracción y tráfico de menores. La misma fue sancionada el 30 de noviembre de 1994 y publicada en el Boletín Oficial el 2 de enero de 1995.

Cabe aclarar que al momento de su sanción hacía solo cuatro años que el Congreso Nacional había aprobado la Convención de los Derechos del Niño. En esos tiempos 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. No está demás agregar que ya existía el Banco Nacional de Datos Genéticos, lo que también refleja la importancia que se les había comenzado a dar a tales derechos.

En el debate de la mencionada ley, particularmente, se tuvieron en cuenta los derechos personalísimos, tales como el derecho a la vida y a la identidad personal de los menores. Y, considerando la importancia que tales derechos merecen, los senadores propusieron distintos proyectos de ley para reformar el Código Penal vigente hasta este momento haciendo hincapié en el comercio, trata y falsificación de la identidad de los niños que tanto preocupaba a la sociedad.

Es de destacar que a partir de esta modificación es que los certificados de parto y de nacimiento pasan a considerarse instrumentos públicos en el Código Penal, con la protección que estos merecen.

El proyecto, importó también una importante modificación respecto del delito contra el Estado Civil (art. 138 Cód. Penal) en tanto deroga la expresión

“con el propósito de causar un perjuicio”. La misma modificación se produjo respecto de la falsificación material e ideológica comprendida en los arts. 292 y 293. A su vez, consideró en un artículo aparte, (art. 139 inc. 2) al derecho a la Identidad en forma autónoma y distinta al derecho al Estado Civil protegido en el artículo que lo precede.

Ahora bien, ¿y la venta de niños?; un proyecto del senador correntino Romero Ferris, parece haberse perdido en el largo debate que precedió a la sanción de la ley 24.410.

El mismo proponía incorporar al Código un Capítulo VII denominado “Tráfico de menores” en el Título “Delitos contra las personas”, en el cual se detallarían los tres tipos penales que se consideraba debían punir el fenómeno de marras.

Decía el mentado proyecto:

“Art. 1.- Será reprimido con prisión de 3 a 8 años el que entregase o vendiese a su hijo menor eludiendo los mecanismos legales vigente para su adopción...

Art. 2.- Será reprimido con prisión de 3 a 10 años el que promoviese o facilitare el tráfico de menores de edad dentro del territorio de nuestro país con los fines del artículo anterior.

La prisión será de 4 a 10 años cuando se tratase de una organización delictiva dedicada a dichos fines y/o en connivencia con organizaciones internaciones...

Art. 3.- La prisión será de tres a quince años si el delito se cometiese con miras deshonestas o para practicar la prostitución o corrupción de los menores...

Por otro lado, es importante mencionar que con esa ley se incorporó al proyecto el delito de intermediaciones ilegítimas en las adopciones, sancionando a los promotores o intermediarios de las mismas.

Pues bien, así llegamos al Caso Fornerón, donde la sentencia reza:

176. *En el presente caso este Tribunal concluyó que el Estado (Argentino)² incumplió la obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno al no impedir por todos los medios, incluyendo la vía penal, la “venta” de un niño o niña, cualquiera sea su forma o fin, conforme a la obligación establecida en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 19, 8.1 y 25.1 y 1.1 del mismo instrumento en perjuicio del señor Fornerón y de su hija M (supra párr. 144).*

177. *En consecuencia, de acuerdo a la obligación emanada del artículo 2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 19 del mismo instrumento, el Estado debe adoptar las medidas que sean necesarias para tipificar la “venta” de niños y niñas, de manera que el acto de entregar un niño o niña a cambio de una remuneración o cualquier otra retribución, cualquiera que sea su forma o fin, constituya una infracción penal, de conformidad con los estándares internacionales y lo establecido en la presente Sentencia (supra párrs. 129 a 144). Esta obligación vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto.*

Entendemos que la modificación al Código Penal para tipificar el delito de venta de menores, en tal caso parece viable; no porque la conducta sea impune para el infractor penal, sino porque la sentencia que condena al Estado Argentino debe ser cumplida, de la misma manera que otrora se modificaron los tipos penales referidos a las calumnias e injurias, en el año 2009, a instancias del recordado fallo *Kimel*.

No obstante ello, una buena redacción del nuevo tipo penal, podría mejorar la redacción del capítulo de marras y evitar la duplicación de conductas prohibidas, para no caer en el fenómeno de la *inflación penal*.

Jorge Benavidez

² Lo dispuesto entre paréntesis nos pertenece.

