

Lic. Amado Boudou

S...../.....D

De mi consideración

Me dirijo a Usted a los efectos de solicitarle tenga a bien arbitrar los medios pertinentes para la reproducción del expediente 2062/11 PROYECTO DE LEY MODIFICANDO LA LEY 24.270 (CONTACTO DE HIJOS MENORES CON SUS PADRES NO CONVIVIENTES), REFERENTE A ADECUAR LA LEGISLACION VIGENTE A LOS CASOS DE SUSTRACCION PARENTAL.

Sin otro particular aprovecho la oportunidad para saludarle atentamente.

ARTICULO 1º- Modifíquese el artículo 1 de la ley 24.270 el que quedará redactado de la siguiente manera

“Artículo 1: Será reprimido con prisión de un mes a un año el padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con su otro padre.

Si se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado, la pena será de seis meses a tres años de prisión.

ARTICULO 2º- Modifíquese el artículo 2 de la ley 24.270 el que quedara redactado de la siguiente manera.

“Artículo 2: En las mismas penas incurrirá el padre o tercero que para impedir el contacto del menor con el otro padre, lo mudare de domicilio sin autorización judicial.

Si con la misma finalidad lo mudare al extranjero, sin autorización judicial o excediendo los límites de esta autorización, las penas de prisión se elevarán al doble del mínimo y a la mitad del máximo.

ARTÍCULO 3º- Modifíquese el artículo 4 de la ley 24.270 por el siguiente:

“Artículo 4: Incorpórase como inciso 3º del artículo 72 del Código Penal el siguiente:

Inciso 3º: Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres.

ARTICULO 4º: Comuníquese al Poder Ejecutivo

FUNDAMENTOS

Sr. Presidente:

El presente proyecto de ley tiene como objetivo fundamental adecuar la legislación vigente a los casos de sustracción parental.

En la actualidad se trata de una conducta que presenta serios inconvenientes interpretativos en los tribunales.

Usaré como disparador para el análisis y entendimiento de la necesidad de la reforma que aquí se propone, un fallo dictado por la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, llamado “PIRIH, Luis Aníbal s/ recurso de casación” (Causa nro. 5105, el 26 de febrero de 2007) en donde el eje de la cuestión que hubo de resolverse, giró en torno a la aludida problemática. Este fallo cambió por primera vez la jurisprudencia de la cámara que en dos casos anteriores (Balanosky y White) había fallado en sentido contrario.

En concreto, se imputó a Luis Aníbal Pirih el haber retirado – legítimamente, en el marco de un régimen de visitas previamente estipulado- a su hijo menor –de seis años de edad- del domicilio de su ex pareja, Sandra Mónica Piva, el día 29 de abril de 1993, alrededor de las 14:00 hs., sin restituirlo al hogar y trasladándolo a la República Federativa del Brasil, país al que ingresó con el niño, con fecha 30 de ese mismo mes y año, hasta que, el 1º de octubre de 1997, por intermedio de las autoridades policiales, éste fue restituido a su residencia anterior, reestableciendo en contacto con su mamá.

El eje central en que se apoyó la discusión que dividió a la Sala IV, giró en torno a si podía o no, el padre del menor, ser sujeto activo de la sustracción de su propio hijo (artículo 146 del CP).

El fallo resolvió, por mayoría, que las particulares circunstancias del caso ameritaban revocar el sobreseimiento recurrido por el representante de la vindicta pública, 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.

Sin embargo la cuestión no fue tan sencilla, pues, la discusión tuvo que decantar necesariamente en cuál era el bien jurídico “protegido” por la norma y, a partir de allí, evaluar si se configuraba la lesión.

El voto de la doctora Berraz de Vidal. “cuestiones estrictamente civiles”.

La magistrado que sufragó en primer lugar y que, finalmente, quedó en minoría, se ciñó, en primer término, a analizar los derechos y deberes emanados de la patria potestad. En tal sentido, consideró que en tanto el progenitor conserve intacto el ejercicio de la patria potestad, no podrá ser pasible de ser sancionado por el delito de sustracción de su

hijo menor de diez años. Expresó, en consecuencia, que el imputado no se hallaba ni suspendido ni privado de esos derechos y sobre esta base funda su decisión confirmatoria de la resolución liberatoria recurrida. Explicó que “aún cuando en el caso los padres extramatrimoniales no convivientes (art. 264, inc. 5º, del C.C.) la guarda que conságrale art. 265 de ese ordenamiento se desmembra, confiriendo el ejercicio de la patria potestad al progenitor que ostente la guarda del hijo menor (el derecho de visita nace precisamente, a la luz de este desmembramiento), lo cierto es que el ejercicio de la autoridad de la patria potestad del padre ejerciente no significa que el otro –el no ejerciente- se vea desplazado totalmente de la autoridad y cuidado que como padre debe cumplir en beneficio de su hijo. Éste conserva el ejercicio, si bien restringido, de la patria potestad, la que no es delegable ni renunciable”. De ello, deriva que si el delito en estudio implica “sustraer a un menor del poder de sus padres”, mal podría decirse que PIRIH, sin perjuicio de haber incumplido el acuerdo celebrado con la madre del niño en sede civil, haya privado a su hijo de su libertad, ni que resulta sujeto activo del tipo penal en estudio. Agregó que sustraer al menor implicaba, para el aprehensor, les confiere la ley civil.

El voto del doctor Hornos. “No es posible establecer reglas fijas”.

El fallo receptó la doctrina de que se trataba de un ilícito que ponía en juego múltiples intereses dignos de tutela y señaló expresamente que “hay más de un bien jurídico tutelado, que ellos deben armonizarse [...]. Por un lado, la libertad individual del menor (especialmente cuando es un tercero el que lo sustrae) y su derecho a la identidad; por otro el derecho de éste a ser criado (toda la actividad formativa y conductiva) por ambos padres; por otro, el del padre o madre natural a gozar del hijo que han traído al mundo. Recordemos que el niño es hijo de ambos padres y, salvo resolución judicial en contrario, los dos tienen derecho a contactarse con su hijo y la representación que puedan ejercer a su respecto no es autónoma ni exclusiva sino compartida con el otro progenitor.

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 146.

En síntesis, la conclusión que puede extraerse de la doctrina mayoritaria del fallo, deberá evaluarse cuidadosamente cada hipótesis a fin de establecer si, efectivamente, se ha provocado un daño susceptible de ser castigado a través de la aplicación de una figura tan severa.

¿Existía una solución alternativa menos lesiva? Veremos a continuación.

La ley 24.270

La ley 24.270, conocida como de “impedimento de contacto de hijos menores con sus padres no convivientes”, sancionada en el año 1993, introdujo a nuestra legislación represiva, una nueva forma de punición sustentada en la conducta del progenitor que impidiera u obstruyera el contacto de sus hijos respecto el padre con el que no conviviesen. De esta forma, toma del ámbito del derecho privado un conflicto de índole netamente civil y le ofrece una novedosa respuesta penal con miras a solucionarlo desde su fuero.

En su artículo primero, pune con pena de prisión de un mes a un año, al padre o tercero que, ilegalmente, impidiera u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes. Agrega que, si se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado, la pena será de seis meses a tres años de prisión.

En su artículo segundo, recoge la conducta del que para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente, lo mudare de domicilio sin autorización judicial. Y agrava las penas previstas en el artículo anterior, al doble del mínimo y la mitad del máximo, si el niño fuese mudado al extranjero.

Ahora bien, podemos preguntarnos porqué el fallo estudiado, pudiendo aplicar esta normativa, claramente más benigna y dirigida estrictamente a regular este tipo de conflictos, centró su análisis en el art. 146 del C.P.?

Lo cierto es que, la ley 24.270 se dictó “con miras a proteger el derecho del hijo a contar con la figura paterna para su formación”¹ y a sus creadores se les olvidó que los padres no convivientes pueden obstruir, casi con tanta facilidad como el conviviente, el contacto del niño con el restante progenitor.

Si aplicamos el principio de máxima taxatividad derivado del principio de legalidad, las figuras contenidas en la ley 24.270, sólo son aplicables a los padres *convivientes* (o terceros) que impidan el contacto de sus hijos menores respecto de los padres *no convivientes* que son los únicos sujetos pasivos contemplados por el tipo. De ello se deriva, necesariamente, que no podrán ser sujetos activos de este delito los padres *no convivientes* tal como sucede en el caso bajo análisis, donde, el papá no conviviente es quien obstaculiza, por más de cuatro años, el vínculo del niño con su mamá con la que, previo a su conducta, éste convivía.

2 Vimos que ya lo anticipaba Soler al señalar que los creadores de la figura tomaron el sentido que ese hecho tenía en la legislación española, que tenía por objeto ‘castigar severamente, cual se merecen, esos robos de niños [...]’.

Vaya paradoja, pues, aquí el principio de legalidad aparece como un arma de doble filo que, en definitiva, perjudica al imputado, a la vez que vulnera el derecho a la igualdad de ambos progenitores.

Entonces nos encontramos ante una conducta que puede ser penada con una escala penal de 5 a 10 años, o bien devenir atípica. Y frente a esto la misma conducta realizada por el progenitor conviviente tiene una pena de 1 a 3 años de prisión. Vemos claramente la urgente necesidad de la reforma que se impulsa por la injusta diferencia de penas. Creo con firmeza que si los jueces pudieran aplicar un tipo penal menos lesivo y creado específicamente para solucionar este tipo de conflictos familiares, no recurrirían a interpretaciones tan amplias del delito del artículo 146 del CP.

La jurisprudencia y la doctrina mayoritaria creen que el delito de sustracción de menores no puede ser sujeto activo un progenitor. Se basan en el origen de la disposición en el sentido que tenía en la legislación española el robo de niños, y por regla la motivación es otra. Partiendo del bien jurídico protegido, el problema del sujeto activo se vincula a la antijuridicidad, que es evidente que ella presupone que quien sustrae no tenga derecho de custodia. Solo podría ser sujeto activo si por sentencia judicial, es privado de la patria potestad.

Si lo que se intenta proteger, en definitiva, es el Interés Superior del Niño, base axiológica sobre la que se asientan las normas contenidas en la Convención sobre Derechos del Niño, “el libre ejercicio de los deberes – derechos emanados de la patria potestad por parte del progenitor ‘afectado’ por la sustracción y la subsistencia de los lazos y vínculos filiales afectivos que todo niño necesita mantener y entrelazar con ambos padres”, entonces lo que debe modificarse es la ley 24.270 y no el artículo 146 del CP que fue pensado para penar otras conductas. En efecto, de la lectura del Debate Parlamentario que precedió el dictado de la ley 24.441, fácilmente se advierte que las modificaciones y creaciones normativas que contenían los proyectos de ley originariamente sometidos al acuerdo de los legisladores de ambas Cámaras, estaban dirigidos a tutelar el derecho a la vida del niño y, fundamentalmente, el derecho a la identidad, expresamente reconocido en el art. 7º de la Convención sobre Derechos del Niño.

Lo que se pretendía reprimir con mayor dureza era el robo y el tráfico de niños², los que, a criterio de los legisladores, se veían con cada vez más frecuencia, y cuyo objeto era o dar a los niños en adopción, ó venderlos. Asimismo, se hizo expresa referencia a las secuelas que en nuestro país dejaron los nefastos hechos cometidos en el período

3 “

abarcado por los años 1976-1983 en los cuales, el Proceso de Reorganización Nacional, dejó a muchos niños sin identidad y, con ello, sin historia.³

Si una de las principales reglas hermenéuticas que debe guiar al intérprete en la tarea de desentrañar el sentido de una norma, es la voluntad histórica del legislador, lo cierto es que la

elevación del monto punitivo a un mínimo inexcusable⁴, jamás estuvo pensada para punir más severamente casos en los que se suscita una pelea familiar que deriva en que uno de los progenitores se lleva al menor consigo, por grave que esta conducta nos parezca.

Frente a este panorama legislativo es que les solicito a mis pares la aprobación del presente proyecto de ley.