María Inés Palma

Ley 24270

Impedimento de contacto de hijos menores con padres no convivientes

(Fragmento)

CAPITULO II: ANALISIS DE LAS FIGURAS DELICTIVAS

2.1 Introducción

Se procederá al análisis de los arts. 1º y 2º de la Ley de Impedimento de Contacto de los hijos Menores con sus Padres no convivientes, y se desarrollarán los conceptos de impedir y obstruir, que constituyen la base sobre la que se formaliza el tipo penal.-

Posteriormente se analizará que grado de afectación deberá sufrir el derecho cercenado, para conformar la tipicidad penal, y en su caso, ante qué tipo del delito nos encontramos

2.2 Figura básica: Impedimento de contacto de menores de edad con sus padres no convivientes.

El art. 1ro de la ley 24270, en su primer párrafo, refleja la figura básica, es decir el impedimento de contacto de menores de edad con sus padres no convivientes, estimando la pena a cumplir:

> Art. 1ro: "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 sus padres no convivientes…."

La conducta disvaliosa consiste en interferir e impedir ilegalmente el contacto que debe existir entre los hijos menores de edad y su padre no conviviente, pudiendo consistir en cualquier tipo de artilugio. Impide quien se interpone imposibilitando el contacto; obstruye quien pone obstáculos o barreras para dificultar el contacto pleno y libre. (Koffman – Lazetera, 2016).

La acción que se penaliza es la de obstaculizar o impedir el contacto paterno filial contemplado en el art. 652 del CCyC cuando el cuidado personal se atribuya a solo uno de los padres. Esta obstrucción debe ser ilícita. El concepto es abarcativo: no define ninguna forma especial de ejecución, basta para que se configure el verbo típico, solo la acción, realizada en forma dolosa, y deberá estarse a las circunstancias de cada caso, para su encuadramiento, tal como lo ha expresado la Cámara Nacional de Apelaciones de Río Grande en "G.L.E. s/ Impedim. de Contacto"[1]

El sujeto activo de este delito, puede ser cualquier persona que efectivamente impida u obstruya (Villada, 2007)[2]. Es decir, no necesariamente debe ser el padre o madre que detente el

[1] CNApel de Río Grande, Sala Penal, "G.L.E. s/ Impedim. de Contacto", 104, LL Patagonia (2008).

[2] Villada

cuidado personal del menor de edad. También el impidente puede ser otro pariente o adulto que tenga la posibilidad de interferir entre el menor y el padre o madre no conviviente.

La ley no precisa las personas que se encuadran como terceros, por lo que en este punto podrían incluírse otros familiares del menor -sin importar sin son sanguíneos o afines-, y todos aquellos que guarden con éste algún tipo relación de orden familiar, afectivo y jurídico. (Cueto, 2011)[3]. Pueden existir un sinnúmero de sujetos activos, los cuales pueden o no tener relación con los padres o los menores.

Los sujetos pasivos, en tanto, y atento el articulado actual de la Ley 24270, son el padre o madre no conviviente y el menor de edad o discapacitado.

Asimismo, y tal como surge explícitamente de la letra de la normativa, el tipo penal exige para su configuración que los padres no convivan. Suele suceder en algunas situaciones que a pesar de encontrarse interrumpida la relación de pareja, por razones económicas, fundamentalmente, padre y madre continúan conviviendo en el mismo lugar físico. Si en ese contexto familiar atípico, uno de los padres impidiere u obstruyere el vínculo del otro progenitor con sus hijos, estaría configurada la conducta típica, pero no se daría el requisito de no convivencia exigido por la norma.

2.2.1 Comisión u omisión del tipo por el padre impidiente.

La descripción legal materializa un tipo penal que es a la vez de acción y de omisión. Ambos comportamientos pueden efectuarse por medio de una acción, (por ej. retirar al menor del domicilio al momento en que el padre no conviviente lo debía buscar para compartir su tiempo en común), o como una omisión (no llevar al menor bajo su custodia, al lugar convenido por el régimen de visitas establecido por el Juez). La acción u omisión debe ser desplegada de manera dolosa, queriendo el impidiente lograr la frustración del vínculo.

Cuando la ley se refiere al impedimento ilegal, toma en consideración que no exista al momento del hecho una causa grave que justifique el accionar del padre responsable del cuidado del menor; si el contacto del hijo no conviviente con el progenitor obstruído, pusiera en peligro algún aspecto de su salud, y dicho extremo puede ser corroborado judicialmente, el juez evaluará las particulares circunstancias de cada caso para adoptar la decisión más justa y ajustada a los intereses del menor. (Manonellas, 2007) "…la conflictiva relación de los progenitores, acreditada en el

[3] Cueto

expediente de violencia familiar en trámite, hicieron que la imputada pensara que así evitaría un mal mayor".[4]

Asimismo, no resulta presupuesto la existencia de un régimen de visitas estipulado previamente en sede civil o por acuerdo de partes. La ilegalidad se configura solamente con el impedimento o la obstrucción, y ello se refuerza con la facultad del juez penal de establecer transitoriamente dicho régimen.

2.2.2. La realización de la conducta punible por un tercero.

Asimismo, el artículo contempla que ambas conductas, el impedimento o la obstrucción, pueden ser desplegadas por el padre que ejerce la tenencia legítima del niño, como por un tercero.

En el caso de un tercer agente involucrado, la acción se puede llevar a cabo ocultando al padre no conviviente información respecto del paradero del niño, conducta que puede ser desplegada sin el conocimiento del padre que detenta la tutela del menor, en cuyo caso este último no estaría comprendido en los preceptos del artículo en cuestión; o podría ser ejecutada en connivencia con el padre que ejerceel cuidado personal unilateral, en cuyo caso el tercero resultaría partícipe del hecho.

También puede acontecer que el menor no viva con ninguno de sus padres, y que el tercero impidente obstruya e impida el contacto con ambos progenitores. Suárez y Lazcano (1994), enumeran los tres supuestos en los que por diversas cincunstancias un tercero puede poseer la tenencia del menor: a) en los casos de padres incapaces o privados de la patria potestad, en cuyo caso los menores están sometidos a un tutor legal; b) menores en guarda judicial, con fines de adopción, o guarda concedida a los abuelos, o delegación de la guarda a un tercero por voluntad manifiesta de los propios padres; y c) menores sujetos al patronato del Estado nacional o provincial.-

Al igual que en el caso de la conducta desarrollada por el progenitor, debe existir dolo directo, es decir, intención por parte del tercero, de imposibilitar el contacto del menor con el proge nitor con el cual no convive.

2.3 Figura agravada: Impedimento de contacto de menores de diez años o discapacitados

En el segundo párrafo del art. 1ro, la ley se refiere a la figura agravada, en tanto se trate de un menor de 10 años o de un discapacitado:

[4] CNCrim. Y Correc., Sala V, DJ, 2006-1-547, y Rep. LL, 2006-1767, sum. 34

Art. 1ro: "… Si se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado, la pena será de seis meses a tres años de prisión."

El agravante previsto en el 2do.párrafo tiene relación con la mayor dependencia del sujeto pasivo, ya sea por su edad –menor a diez años-, o por su discapacidad. El estado de indefensión y desprotección de dicho sujeto pasivo hace mas vulnerable la lesión al bien jurídico correspondiendo en consecuencia una mayor cobertura normativa.

En lo que respecta al hijo discapacitado, si consideramos la definición de dicho término: "quien adolece de un defecto físico o mental, ya sea congénito o adquirido, que le impide o dificulta alguna de sus actividades" (Suarez y Lascano, 1994), entendemos que la ley busca preservar aún mas celosamente el vínculo de un hijo con capacidades diferentes, con su progenitor no conviviente, por ser aún mas imperioso el contacto en estas circunstancias.

2.4 Figura básica: Mudanza de domicilio del menor, con el fin de obstruir el contacto.

Art. 2. "En las mismas penas incurrirá el padre o tercero que para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente, lo mudare de domicilio sin autorización judicial…"

De la redacción del art. 2do. Surge el otro tipo contemplado por la ley. En este caso el tipo se configura cuando el sujeto activo cambia la residencia en donde el menor habita, sin la autorización judicial correspondiente, y de esa manera obstruye o impide el contacto con el otro progenitor.

Al igual que en el art. 1ro., debe configurarse el dolo: la intención de la mudanza debe ser la de imposibilitar el contacto del menor con el progenitor con quien no convive, y la conducta reprobable podrá materializarse omitiendo comunicarle al padre o madre la mudanza, o bien brindando datos parciales del paradero evitando su encuentro con el niño.

También deberá acreditarse que la mudanza se realizó sin la debida autorización judicial, por cuanto si el padre que convive con el menor puede acreditar que notificó dicha situación al progenitor no conviviente, ello actuaría como una causa de justificación.

Esta figura admite la tentativa, la que se configura cuando la mudanza no pudo ser consumada, pero en este caso sí se puede demostrar la intención de llevarla a cabo. La interrupción de la acción debió tener como causa motivos ajenos a la voluntad del padre impidiente, para que se configure la tentativa, y no se confunda con el abandono de la mudanza por proia intención del progenitor.

2.5 Figura agravada: Mudanza del menor al extranjero.

En este caso, el agravante continúa siendo la mudanza del domicilio del menor, solo que en un modo específico: fuera del país

> Art. 2. "… 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."

Si el lugar al que mudare al menor fuere el extranjero, o bien contando con autorización paracambiar el centro de vida, excediere los límites de la autorización, las penas previstas se aumentan.

Ello teniendo en cuenta que la comunicación entre hijo y padre no conviviente puede resultar aún mas dificultosa si el menor se mudare a un domicilio en el extranjero. No obstante, para configurar el tipo, se deberá demostrar, como en las demás figuras descriptas, que existió dolo en el accionar del progenitor encargado de la tutela del niño, por ejemplo, mudando al mismo a un país no autorizado judicialmente o por un período de tiempo superior al acordado.

2.6 Facultades atribuídas especialmente al Juez Penal por la Ley 24270

El art. 3ro de esta Ley Especial autoriza al Juez o Tribunal Penal a arbitrar, en el término de diez días, los medios necesarios para restablecer el contacto del menor con el padre o madre obstaculizado, e implementar si lo considera atinente, un regimen de visitas provisorio, por un plazo breve de no mas de tres meses, en el caso que no existiera uno fijado previamente por el Juez de Familia. Si lo hubiera, el Juez podrá ordenar que el mismo se cumpla.

No obstante la posibilidad que le otorga la ley de implementar medidas urgentes, precisamente por resultar las mismas provisorias, el mismo art. 3ro es determinante respecto a la notificación que debe cursar el Juez Penal a la Justicia Civil.

2.7 El Proyecto de Reforma de la Ley 24270.

El 15 de marzo de 2016, el Senador por la Pcia. de Córdoba, Ernesto F. Martínez, presentó un proyecto de Ley modificando la Ley 24270, incorporando a los abuelos en el régimen de penas por obstaculizar el vínculo del menor con los mismos. Este proyecto obtuvo media sanción por la Cámara Alta el 19 de octubre de 2016, el mismo se encuentra en estado de revisión en la Cámara de Diputados, desde dicha fecha.

En los fundamenteos, manifiesta Martinez (2016) que existe un vacío legislativo en nuestro país con respecto a esta temática. Que la redacción del nuevo Código Civil y Comercial respecto de

las complejas situaciones que se presentan a diario en Tribunales, deja librado al criterio del Juez interviniente el establecimiento de medidas integradoras, a los efectos de dar protección a las partes más débiles ante este tipo de conflictos. Muestra de ello es lo establecido en el artículo 72 inciso 3º del Código Penal, cuando califica como delito el impedimento de contacto, pero expresamente refiere: "de hijos menores con padres no convivientes".

Si bien existe jurisprudencia que sostiene que el derecho de los abuelos a la adecuada comunicación con los nietos es inalienable e irrenunciable, y que éste tiene como objeto la visión completa que debe tener el niño de su grupo familiar[5], lo que se pretende con la reforma a la Ley especial 24270 es que se incorpore al inciso 3º del artículo 72 del CP, el siguiente modificatorio; "Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres y/o abuelos no convivientes y con aquellos que hayan sido legitimados a ese fin por autoridad competente", y que de esa manera quede previsto el delito en expectativa para el padre o madre que obstruya el contacto, ya no solo con el otro prognitor, sino, atendiendo las nuevas figuras incorporadas por la reforma del Código Civil y Comercial, es decir, ascendientes, descednientes, hermanos bilaterles o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado, todos ellos descriptos taxativamente en el art. 555 del CCyC, como también a quienes justifiquen un interés afectivo legítimo (art. 556 CCyC).

Como puede observarse, los tiempos parlamentarios no tienen la misma premura que los tiempos biológicos de los menores que podrían estar necesitando la reforma del Código Penal, para así restablecer el contacto con los vínculos impedidos.

2.7.1 Las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación

Teniendo en cuenta la redacción del ya referenciado art. 555 del CCyC, el derecho de comunicación le es conferido no solo a los ascendientes, sino también a descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales, y parientes por afinidad en primer grado. Luego, en el Título VII, al tratar la Responsabilidad Parental, los codificadores tuvieron en cuenta estas otras relaciones, dejando plasmado como uno de los deberes de los progenitores, en el artículo 646, "respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo".

[5] CNCiv, sala F, 31/10/2011, "F., G.N. c. T., E s/ rpegine de visitas EDFA Online (67542)

Se amplia el espectro de personas que tienen un derecho subjetivo para visitar al menor, como podrían ser los tíos (no incluídos en los parientes del art. 555 del nuevo Código), o el conviviente con la madre del menor. (Bellusico, 2015).

2.8. Sanciones. Penas aplicables

El Impedimento de Contacto de Menores con sus Padres no Convivientes, solo comprende penas de prisión, estando facultado el Juez a imponer su cumplimiento efectivo. "La eventual condenación y hasta la posibilidad de pena efectiva, en caso de unificación por violación de la condicionalidad, implica la formalización definitiva del impedimento que se prohíbe penalmente. En lugar de reducir, se potencian los daños" (Erbetta, 2006).

En efecto, la adopción de tal medida, significará que la falta de contacto del progenitor no conviviente sería suplantada por la falta de contacto con el progenitor con quien habitualmente convivía el menor, quien pasaría a cumplir una pena de prisión de efectivo cumplimiento.

La respuesta punitiva representa un sinsentido en virtud de que este conflicto se presenta y debe, según lo entendemos, ser resuelto entre las partes: es un conflicto intrafamiliar… en modo alguno puede legitimarse una intervención represiva en casos como los tipificados en la ley 24270. En aquellos casos en que se sostuviera la necesidad, si es que de algún modo puede justificarse la existencia del derecho represivo solo podría aplicarse con medidas alternativas, como la mediación y la probation. (Carafa y García Fages, 2006)

2.8.1 La Suspensión del Juicio a Prueba: la importancia de su implementación para lograr la revinculación familiar.

El instituto de la Suspensión del Juicio a Prueba (Probation), fue incorporado a nuestra normativa penal mediante la inclusión de los arts. 76 bis y 76 ter del CP, y produce la paralización del proceso. Si durante el plazo de prueba el encausado cumple con las pautas impuestas, sometiéndose a un plan de conducta estipulado, repara el daño causado, y no comete nuevo delito, actúa como causal extintiva de la acción penal.

Es requisito entre otros, para su aplicación que sea solicitado por el imputado, y que se trate de un delito de acción pública. Si bien el tipo penal que nos ocupa es dependiente de instancia privada, el hecho de su incorporación en el art. 72 del CP como delito de acción pública, lo habilita en todos

los supuestos contemplados en los arts.1º y 2º de la ley 24270 para la aplicación de la *probation*. (Villar, 2003).

Con su implementación se persiguen fines específicos de política criminal, como son la re asimilación de la persona que ha incurrido en un delito y su reinserción en la sociedad, como también evitar el estigma que produce una condena.

Dentro de las pautas previstas por el art. 27 bis del CP[6] para el cumplimiento del beneficio, se contemplan las de fijar residencia, someterse al cuidado de un patronato deliberados, y la realización de un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia.

En el delito de Impedimento, puede ser muy beneficiosa la imposición de un acompañamiento profesional al padre o madre impidiente, por cuanto existe reticencia al mismo por motus propio. La pericia del profesional actuante y la función de guía y orientación sobre el obstaculizador, puede arrojar resultados sumamente positivos para el menor, y el restablecimiento de la relación paterno filial interrumpida.

2.9 Conclusiones parciales.

El bien jurídico protegido en el delito de impedimento de contacto es el interés superior del niño. En lo que respecta a su grupo familiar, el mismo se materializa en el mantenimiento y continuidad de las relaciones paterno-materno filiales. La obstrucción u obstaculización del contacto, impide una relación familiar sana y equilibrada a la que tienen derecho todos los niños, niñas y adolescentes, así como también sus progenitores.

[6] Art. 27 bis C.P.- "Al suspender condicionalmente la ejecución de la pena, el Tribunal deberá disponer que, durante un plazo que fijará entre dos y cuatro años según la gravedad del delito, el condenado cumpla todas o alguna de las siguientes reglas de conducta, en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos: 1. Fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato…. 6. Someterse a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia… Las reglas podrán ser modificadas por el Tribunal según resulte conveniente al caso." (Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)