



H. Cámara de Diputados de la Nación

PROYECTO DE LEY

El Senado y la Cámara de Diputados...

**Modificación del Código Penal Argentino.
Artículo 142° inciso 2; Artículo 142 bis inciso 2; Artículo 170°
inciso 2.**

Artículo 1°: Modifíquese el artículo 142° inciso 2) del Código Penal, el que quedará redactado del siguiente modo:

“**Artículo 142°:** Se aplicará prisión o reclusión de dos (2) a seis (6) años, al que privare a otro de su libertad personal, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

Inc. 2): si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente, descendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien si deba respeto particular”

Artículo 2°: Modifíquese el artículo 142° bis inciso 2) del Código Penal, el que quedará redactado del siguiente modo:

“**Artículo 142° bis.** - Se impondrá prisión o reclusión de cinco (5) a quince (15) años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima o a un tercero, a hacer, no hacer, o tolerar algo contra su voluntad. Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho (8) años.

La pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión:

Inc. 2) Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente; descendiente; de un hermano; del cónyuge o conviviente; o de otro individuo a quien se deba respeto particular.”

Artículo 3°: Modifíquese el artículo 170° inciso 2) del Código Penal, el que quedará redactado del siguiente modo:

“**Artículo 170°.** - Se impondrá reclusión o prisión de cinco (5) a quince (15) años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona para sacar rescate. Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho (8) años.

La pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión:



H. Cámara de Diputados de la Nación

Inc. 2) Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente; descendiente; de un hermano; del cónyuge o conviviente; o de otro individuo a quien se deba respeto particular.”

Artículo 4°. Comuníquese, etc.-

Mónica FRADE
Diputada de la Nación

Maximiliano Ferraro
Marcela Campagnoli
Paula Oliveto Lago
Leonor María Martínez Villada
Rubén Manzi
Laura Carolina Castets
Mariana Zuvic
Victoria Borrego



H. Cámara de Diputados de la Nación

FUNDAMENTOS

Señor presidente:

El presente proyecto reproduce su anterior presentación bajo el expediente 5144-D-2020

El Código Penal Argentino, como ley nacional, establece los delitos que serán prohibidos por el Estado, otorgando un lugar privilegiado a los “delitos contra la libertad”.

Es en el libro segundo, título quinto, capítulo primero, donde se desarrolla este bien jurídico protegido, embarcando la pretensión descriptiva de lo que será la versión simple signada al artículo 141° y sus agravantes suscriptas al artículo 142° del Código Penal, como así también los delitos de secuestro, presentes en el artículo 142° bis y el de secuestro extorsivo del artículo 170°, presente en el título sexto, capítulo tercero. Allí encontraremos las acciones típicas, los sujetos activos y pasivos, los elementos objetivos, subjetivos y los medios comisivos.

La reforma prevé, profundizar los antecedentes, fundamentos y réplicas que ha teñido de atípica la privación de la libertad calificada por descendencia, intencionalmente excluida de la normativa penal desde sus inicios.

La dogmática penal ha evolucionado considerablemente, y es por ello que, es trascendental analizar el movimiento histórico-legislativo de las figuras, los antecedentes del código penal, los autores contemporáneos a la sanción, los clásicos, los modernos, los proyectos de reformas, las discusiones en el Congreso y el ámbito de operatividad penal desde una perspectiva actual, rociada de compromisos internacionales que forman parte de nuestra carta magna.

La esencia del proyecto, es sumergirse en las profundidades del análisis en cuanto a las diferentes aristas que fundamentan la vigencia de la exclusión penal.

En definitiva, el estudio de la privación de la libertad personal, cuando se cometiere en la persona de un descendiente, es el objeto del presente proyecto.

La Legislación Penal, ha utilizado la fórmula clásica “ascendiente, descendiente, cónyuge” entre otras, para resaltar a las figuras básicas de los delitos.

Este patrón lo ha realizado de manera expresa en el artículo 80° cuando establece que “...al que matare... a su ascendiente, descendiente o cónyuge...” o en el artículo 119° cuando dispone que “abusare sexualmente... y el hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente...” o el artículo 133° cuando fija que:” Los ascendientes, descendientes, cónyuges,...que cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este título serán reprimidos con la pena de los autores”.

A su vez, existen referencias equivalente en el artículo 82° del Código Penal, cuando expresa que: “Cuando en el caso del inciso 1° del artículo 80° concurriese alguna de las circunstancias del inciso 1° del artículo anterior,” en el artículo 92° del Código Penal enunciando: “Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 80°...”, en el artículo 105° del Código Penal formulando: “ Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en los artículos 80° ...”

En la misma sintonía, el artículo 107° del Código Penal señala: “... serán aumentados en un tercio cuando el delito fuera cometido por los padres contra sus hijos y por éstos contra aquéllos o por el cónyuge” y el artículo 185° cuando reza que: “Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren:...1) Los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en la línea recta...”

Evidentemente el interés del legislador es modificar la responsabilidad criminal del sujeto activo, atento a su calidad especial, por representar una variable en la antijuridicidad o culpabilidad repercutiendo en el monto de la pena.



H. Cámara de Diputados de la Nación

El delito de privación ilegal de la libertad, signado al artículo 141° del Código Penal establece que: “Será reprimido con prisión o reclusión de seis meses a tres años, el que ilegalmente privare a otro de su libertad personal.”

Su versión calificada prevé en el artículo 142° del Código Penal que: “Se aplicará prisión o reclusión de dos a seis años, al que privare a otro de su libertad personal, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- 1°. Si el hecho se cometiere con violencias o amenazas o con fines religiosos o de venganza;
- 2°. Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien se deba respeto particular;
- 3°. Si resultare grave daño a la persona, a la salud o a los negocios del ofendido, siempre que el hecho no importare otro delito por el cual la ley imponga pena mayor;
- 4°. Si el hecho se cometiere simulando autoridad pública u orden de autoridad pública;
- 5°. Si la privación de la libertad durare más de un mes.”

Este artículo 142° del Código Penal, enumera las circunstancias agravantes de la figura básica de privación ilegal de la libertad prevista en el artículo 141°; y lo hace a través del modo de comisión, las sujetos que intervienen, el resultado, el medio y el tiempo de la privación.

En relación a la vinculación entre sujeto activo y pasivo, expresamente prevé que “inc 2. Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien se deba respeto particular;...”.

Lo propio sucede con los artículos 142° bis y 170 del Código Penal. En este último caso (secuestro extorsivo), si bien se encuentra estructurado en el capítulo de los delitos contra la propiedad privada, se trata según el propio E.Boumpadre de “un delito pluriofensivo que se caracteriza, precisamente, por una ofensa al patrimonio mediante un atentado a la libertad individual.”

De esta manera, los citados artículos, dejan de lado la pauta reseñada anteriormente, en donde el legislador echa mano al modelo tradicional “ascendiente, descendiente, cónyuge” cuando desea resaltar la calidad de los sujetos sobre las figuras básicas.

El presente Proyecto pretende analizar los fundamentos y corrientes doctrinarias de la época, que excluyeron específicamente a los descendientes de la privación de la libertad agravada, de los secuestros y secuestros extorsivos.

Los Proyectos de Código Penal

Los antecedentes del Proyecto del Código Penal sancionado, de la Provincia de Buenos Aires de 1884, conocido Código Tejedor establecía que: “...el que prive a otro de su libertad, encerrándolo o deteniéndolo,...inc. 3° Si se cometiere en la persona de los padres, u otros individuos a quien se deba un respeto particular...” El Proyecto de Código Penal de Villegas, Ugarriza y García establecía que: “... la misma pena se aplicará aunque la secuestración dure menos de treinta días, si concurriera alguna de las circunstancias siguientes...inc. 2° si se cometiere en la persona de los padres u otros individuos a quienes se deba respeto particular...”

Igualmente el Código Penal de 1886 establecía: “el que privare a otro de su libertad...inc. 2° si se cometiere en la persona de los padres, hermanos o en otros individuos a quienes se deba respeto particular.” El Proyecto de Código Penal de 1891 llevado adelante por Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo establecía : “se impondrá penitenciaria de uno a cuatro años cuando concurra algunas de las circunstancias siguientes...inc.2° cuando se



H. Cámara de Diputados de la Nación

cometiere en la persona de un ascendiente, del cónyuge, o de otro individuo a quien se deba respeto particular”

Era de prever que, el Proyecto Segovia del año 1895 disponía que: “se impondrá penitenciaría de uno a cuatro años... inc.2 Cuando se cometiere en la persona de un ascendiente, de un cónyuge...” El Proyecto de 1903 contemplaba: “...si se cometiere en la persona de los padres, hermanos o en otros individuos a quien se deba respeto particular...” -

Por último, el Proyecto de Código Penal de 1904 disponía “...el que privare a otro de su libertad personal...inc. 2° si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien se deba respeto particular...”

En definitiva, el artículo 142° inc. 2 del Código Penal (1921) reflejaba fielmente las propuestas legislativas anteriores, ya que en ninguna de ellas se preveía a los descendientes como sujeto pasivo de la privación de la libertad. Incluso el Proyecto de Reforma del Código Penal de 1936 a cargo de Jorge E. Coll y Eusebio Gómez estableció: “si la víctima fuere ascendiente, cónyuge, u otro individuo a quien se deba respeto particular” manteniendo la exclusión y sólo retirando del articulado a los hermanos. Criterio igualmente aplicable a los artículos 142° bis inciso 2 y artículo 170° inciso 2.

El Dr. Rodolfo Moreno (h) gran impulsor durante los años 1920 y 1921 del extenso proceso de sanción del Código, resalta que: “...el inc. 2° se refiere a las circunstancias especiales derivadas del parentesco o de una particular vinculación. El delito se considera siempre más grave cuando la víctima es una persona que se encuentra ligada al autor por vínculos de sangre... Los descendientes no se comprenden, porque respecto a éstos, el ascendiente tiene más bien autoridad que respeto. Además, y en ciertos casos, los padres, guardadores y tutores pueden imponer a las personas que se encuentran a su cargo y por vía de corrección doméstica, una privación de la libertad personal.” Eusebio Gómez si bien ha expresado que: “...no sólo se incrimina el hecho de la privación de la libertad...sino que...la existencia de un vínculo justifica la agravación por el mayor abuso que el menosprecio del debido respeto implica...” sin fundamentar la exclusión de los descendientes.

En el mismo sentido, E. C. Díaz quien entiende “... es necesario, con referencia al parentesco, que este exista y se pruebe, por una parte y por la otra, que el hecho se cometa en la persona del pariente...” Juan P. Ramos sólo indica que “...esta disposición del código califica el delito de varias maneras...por la calidad de la víctima...”.

El Profesor Sebastián Soler es el puntapié inicial “... la agravante no se funda en el vínculo de sangre porque en ese caso debería comprender al hijo; su razón de ser reside, en general, en la situación de respeto sentido subrayado por la referencia genérica y final del inciso...”.

Ricardo C. Núñez entiende “...que el agravamiento se funda en la violación del respeto particular que el autor le debe a la víctima. La ley presume ese respeto al ascendiente, al hermano y al cónyuge. Otras veces deberá surgir de las circunstancias concretas. Debe tratarse de una relación cuya índole haga presuponer que el autor le debe a la víctima un acatamiento personal...el ascendiente a que se refiere la ley, es el por consanguinidad (CC art. 352°), pues cuando el código penal se refiere a los ascendientes o descendientes por afinidad (CC art. 363°) lo hace aludiendo al parentesco de esta clase...”

Carlos Fontán Balestra escolta por exclusión al manifestar que “...nuestra mejor doctrina ha señalado, que no se trata aquí de una agravación por el vínculo de sangre, porque si así fuera, también debería estar comprendido el descendiente...” En el mismo sentido Carlos Creus quien ha señalado “... se indica que el agravamiento no se funda aquí en el vínculo de sangre (si fuese así comprendería a los descendientes) si no en la existencia de un especial deber de respeto que el sujeto pasivo tiene que observar con la víctima...”; al igual que Jorge E. Buompadre quien refiere “... la doctrina es uniforme en afirmar que esta agravante no se funda en el vínculo de sangre entre el autor y la víctima, pues, de ser así, tal como lo pone de relieve Soler, debería estar comprendido el hijo. La razón de ser del agravamiento reside en el menosprecio al respeto particular que el autor le debe a la persona privada de su libertad...”



H. Cámara de Diputados de la Nación

Edgardo Alberto Donna en su Tratado de Derecho Penal entiende que "... la doctrina ha sostenido de manera mayoritaria que la agravante no se funda en el vínculo de sangre como había pretendido primigeniamente Moreno, ya que la ley excluye descendientes..."

En la dirección que realizan David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, con la coordinación de Marco A. Terragni, resaltan "...Salvo en el caso de la víctima ascendiente, el vínculo de sangre no juega en este precepto papel alguno y el fundamento de la agravación habrá de buscarse en las relaciones de proximidad, que existen en el caso de los vínculos de familia (hermanos) o de matrimonio (cónyuge), pero también se extiende a todas aquellas personas a las que el autor deba un respeto especial..."

Omar Breglia Arias y Omar R. Gauna afirman que "... la agravación se funda en el respeto, no en el parentesco, pues de otra manera habría comprendido los descendientes..."

Carlos Parma señala que "...Es destacable que la norma no enumera como agravante a los descendientes, circunstancia que lleva a pensar en que no se da el agravante por el mero vínculo sanguíneo, sino que reside, en el menosprecio al respeto particular que el autor le debe a las personas enumeradas..."

Oscar A. Estrella y R. Godoy Lemos entienden que "el inc.2º comprenden las agravantes que se fundamentan en el vínculo existente entre víctima y victimario. Respecto al ascendiente, la ley agrava el hecho en consideración al vínculo familiar que une al agente con la víctima (Ure) y por la presunción de respeto particular que aquél le deba a ésta (Soler, Núñez)...Parte de nuestra doctrina sostiene que la agravación no deriva del vínculo de sangre, porque en tal supuesto debería comprender también al descendiente, que está excluido de la figura agravada. Sin embargo, como decíamos, la agravante atrapa sólo al parentesco por consanguinidad, y la presunción de respeto debido por el agente a la víctima, señalada como fundamento de la agravante, importa una presunción jure et jure, que no admite prueba en contra por lo que la figura será siempre de aplicación mediando aquella vinculación parental por consanguinidad..."

Justo Laje Anaya y Enrique Alberto Gavier "...Agrava también el delito, la circunstancia de que la privación de la libertad se lleve a cabo en perjuicio de una persona unida con el autor por un determinado vínculo parental...Es precisamente la violación a ese deber de respeto particular que el autor tenía para con la víctima la que fundamenta la mayor intensidad y es la explicación de que no estén incluidos los descendientes, por quienes más que respeto existe autoridad..."

Ahora bien, en el año 1940, el Profesor José Peco, remarcó la diferencia en su proyecto. La reforma establecía que "...a propósito de las circunstancias calificativas de agravación... en cuanto al sujeto pasivo suprimase la mención hermano como circunstancia calificativa de la agravación para armonizar con las directivas en los delitos contra la vida y la integridad corporal y con las soluciones acogidas en la legislación comparada. Asimismo, la del individuo a quien se deba respeto particular, inspirado en el proyecto de 1891, que en el delito de homicidio, equiparaba al bienhechor con el ascendiente, descendiente y cónyuge. En cambio, colocamos al descendiente, como en el código penal italiano ya que a veces necesitan tanta o mayor tutela que los ascendientes, así también por quebrantar deberes familiares sagrados..."

De esta manera, el proyecto de Peco se instituye como el pionero en incorporar a los descendientes en la privación de la libertad agravada. Esta trascendental consideración fue acompañada por otros dos proyectos de reformas, el del Poder ejecutivo del año 1951 y el redactado por Maldonado, Levene y Laplaza del año 1953.

Carlos Vázquez Iruzubieta ha explicado que "...el inciso segundo comprende dos series de causales; la una taxativa en cuanto se refiere a la vinculación parenteral, y la otra enunciativa, en cuanto utiliza la expresión a quien se deba respeto particular. En el primero de los casos resulta criticable que se haya excluido a los descendientes..."



H. Cámara de Diputados de la Nación

Luis Niño y Stella M. Martínez como coordinadores avalan que "...la doctrina entiende que no se trata de una agravación por el vínculo de sangre, porque si así fuere debería estar comprendido el descendiente. Expuesto de esa forma la doctrina tradicional, realizó un importante esfuerzo interpretativo para eludir la voluntad del legislador y conformar de ese modo, una ley acorde con el plexo constitucional.

Es claro que la norma, no atiende al vínculo de sangre, pero esta conclusión no puede extraerse, de la exclusión del descendiente, por entender que un legislador racional no pudo haber excluido del respeto debido a los descendientes por parte de los ascendientes, la doctrina hizo especial hincapié en la parte final de la norma, erigiendo al respeto en abstracto como bien jurídico protegido secundariamente. La verdadera y criticable razón de la exclusión del descendiente en el respeto debido y su consiguiente exclusión de la agravante, obedece al concepto que en tiempos no tan pasados se tenía de la relación paterno filial, el cual ni remotamente se asoma a las garantías consagradas actualmente en la Convención de los Derechos del Niño y las Directrices de la Organización de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (directrices de Riad) que en el numeral 1.2 establecen que es necesario garantizar el respeto de la personalidad a partir de la primera infancia. La idea imperante era que al descendiente no se le debía respeto sino solamente autoridad. Es más, aún hoy, una gran parte de las sanciones familiares domésticas pasan por la privación de la libertad (v.gr. encierro por un tiempo prudencial y razonable en una habitación). En ese orden de ideas se entiende que la privación de la libertad del descendiente no haya sido configurada como agravante, ya que ni siquiera podría ser contemplada en la figura básica. Nótese en ese sentido la interpretación de Núñez, que al referirse a la postura de Moreno opina: "No presume el respeto y con razón del ascendiente al descendiente porque aquél tiene sobre este más bien autoridad que respeto".

Por ello, el Código "Tejedor"; el Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, el Código Penal de 1886 y de 1891 llevado adelante por Piñero, Rivarola y Matienzo, como así también el Proyecto Segovia del año 1895, el Proyecto de 1903 y el Proyecto de Código Penal de 1904 desconocieron a la infancia, porque se encontraban dentro de la transición de la primera etapa, donde el poder del "pater" era indiscutido y formaba parte del pacto realizado con el Estado a través del Código Civil. En la familia se consolidan los derechos de la época. El texto originario del artículo 264 establecía que la patria potestad era "el conjunto de derechos que las leyes conceden a los padres...". Derechos absolutos, sin explicaciones.

Con la sanción del Código Penal en 1921, si bien parecería que estamos ante similar situación; nos encontramos en otro momento.

No es el desconocimiento, el contexto de sanción del Código Penal vigente, sino el control sobre cierto sector de la sociedad que ya se encontraba visualizado a través de la ley 10.903 del año 1919.

No puede analizarse el Código Penal (1921) en los mismos términos en que se sancionó el Código Civil (1871), encontrándose estrechamente vinculados en el tema que nos ocupa. El contexto y las leyes vigentes en la época y la "objetivización" de la infancia encuentran su centro en la reforma establecida por la ley 10.903 al Código Civil. Las capacidades ya no son las mismas, la patria potestad no es sólo derechos y la facultad de corrección, es bastante más que una herramienta de intervención del padre.

Este poder de corrección cristalizado como versión original del Código Civil, pero mutado por el contexto establecía que: "...los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir la conducta de sus hijos y con la intervención del juez, hacerlos detener en un establecimiento correccional por el término de un mes...."

Esa patria potestad controlada por el Estado, no podía evitar reconocer el andamiaje de poder del padre sobre sus hijos pero sí exigir, a través de la incorporación "obligaciones", la moralidad de época.

Entonces, si la reforma sustancial de la infancia y la patria potestad se produce en 1919; como no sería coherente que en 1921 el Código Penal siga el mismo lineamiento, no sólo autorizando



H. Cámara de Diputados de la Nación

la privación de la libertad de los “descendientes” sino estableciendo una “obligación” inherente a la nueva formulación del artículo 264° del Código Civil. Como sustento, incorporó al debate que, 50 diputados y la totalidad de los senadores nacionales, votaron dentro de su mandato (1919 y 1921), ambas leyes en el Congreso Nacional.

Sobre este pie de marcha, la posibilidad de privar de libertad a un descendiente, no se llamará privación de la libertad calificada, ni estará prevista en los artículos 142°, 142° bis y 170° del Código Penal, sino que su nombre será, facultad de corrección y se encontrará en el artículo 278° del Código Civil (ley anterior) . Nótese que culmina siendo una actividad fomentada por el Estado ya que “... los padres tienen la facultad... y con la intervención del juez, hacerlos detener en un establecimiento correccional por el término de un mes “. No sólo tiene la posibilidad de encerrarlo como actividad reglada de la patria potestad y del derecho de corrección, sino que a su vez, tiene la posibilidad de requerirle a un Juez que lo prive de la libertad en un instituto correccional a los mismos fines.

En definitiva, los artículos 142°, 142° bis y 170° del Código Penal no establecen a los descendientes como sujeto pasivo de la privación de la libertad, por ser una actividad impuesta por el Estado a través del Código Civil, una causa de justificación, el cumplimiento del deber, en el plano de la faz negativa de la antijurídica.

Tampoco podría darse la privación “ilegal” de la libertad del artículo 141° del Código Penal, puesto que los fundamentos civiles expuestos (léase patria potestad / facultad de corrección) transforman a la privación de la libertad en legal, no generando el requisito objetivo/normativo del tipo.

Pero lo cierto es que en el año 1940, el Diputado Nacional y uno de los grandes penalistas del país José Peco, presentó su proyecto de reforma. En el capítulo sobre privación de la libertad establecía que “...a propósito de las circunstancias calificativas de agravación... en cuanto al sujeto pasivo.... colocamos al descendiente, como en el código penal italiano ya que a veces necesitan tanta o mayor tutela que los ascendientes, así también por quebrantar deberes familiares sagrados...”

En esta corriente Levene, uno de los redactores del Proyecto de 1953 fundamentó en su sentencia que:”...El niño (hijo) es dueño y poseedor de su libertad que la ley debe proteger, sólo que no la ejerce en la forma que lo hace el hombre por no necesitar hacerlo todavía. Lo contrario implicaría considerar al niño una cosa...”

Durante el siglo XX la manifestación más significativa del movimiento de protección de los derechos es, la aprobación de la Convención Internacional de los Derechos del niño.

La necesidad de dotar de mayor entidad a los derechos del niño se hizo evidente con la iniciativa de elaborar una Convención sobre los Derechos del Niño. A fines de 1989, y cumpliendo diez años en los trabajos preparatorios, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó por unanimidad la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, no siendo casual que casi todos los países del mundo la hayan ratificado.

Esta Convención no es un tratado más sobre Derechos Humanos, sino que marca una ruptura filosófica y jurídica trascendental con las tradiciones tutelares y paternalistas de la infancia, alterando el derecho interno de cada país y constituyendo la inflexión significativa, para el desarrollo del nuevo paradigma de la protección integral de los derechos de la niñez.

No caben dudas que, la Convención constituye el instrumento más importante, en la medida que proporciona el marco general de interpretación de todo el resto de esta normativa y constituye un cambio fundamental en la percepción de la condición de la infancia.

Del menor como objeto de la compasión-represión, a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos, es la expresión que podría sintetizar sus transformaciones. La Convención constituye EL instrumento jurídico para el conjunto del universo infancia, y no sólo para el menor abandonado delincuente previsto en la ley 10.903, inspiradas en la doctrina de la situación irregular.



H. Cámara de Diputados de la Nación

El país que ratifica o se adhiere a la Convención sobre los Derechos del Niño debe reexaminar su legislación para adecuarlas conforme al compromiso y a su vez, se declara obligada a sus disposiciones y es responsable comunidad internacionalmente.

El enfoque de los derechos humanos, es constituir una nueva concepción del niño y de sus relaciones con la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva concepción se basa en el reconocimiento expreso del niño como sujeto de derecho, en oposición a la idea predominante de niño definido a partir de su incapacidad jurídica.

De este modo, la idea de la autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos del niño se constituye en la clave para interpretar la función del Estado y la familia en la promoción del desarrollo integral del niño.

El principio de interés superior, tiene su origen en el derecho común, para solucionar conflictos de interés entre un niño y otra persona.

El "interés superior del niño", es el reconocimiento y la satisfacción de sus derechos, es por ello que los intereses de los padres a través de la patria potestad y los intereses del Estado a través de la política pública, DEBEN considerar como interés relevante la palabra del niño, niña y adolescente. Estos, se sientan a la misma mesa conjuntamente con el Estado y sus padres.

Este principio orientador para resolver conflictos de derechos, obliga al legislador, a los operadores judiciales y administrativos a que la Convención no sea enunciativa, y sus derechos de obligación directa.

El artículo 5° establece un principio general: "Las responsabilidades, los derechos y los deberes" de los padres hacia el niño, según este principio, son dobles: por una parte, ha de permitirle ejercer los derechos reconocidos en la Convención, y por otro ha de proporcionarle la "dirección y orientación apropiadas" para su ejercicio. Ambas funciones, la permisiva y la orientadora, han de ser consonantes con la "evolución de las facultades del niño". La obligación principal del Estado, de acuerdo con el artículo 5°, es la de respetar esta dinámica entre los padres, y los hijos.

El impacto transformador de la Convención obliga a redefinir el modelo tradicional de Familia, Patria Potestad y la facultad de corrección; pero a su vez, dentro del espacio de las Políticas Criminales, observar a la privación de libertad de un descendiente, como hecho atípicamente obviado en los artículos 142°, 142° bis y 170° del Código Penal.

Parte de ese camino, viene a consolidarse en el año 2005 con la sanción de la ley 26.061 que deroga legislativamente la mirada sobre la infancia y adolescencia a través del Patronato de Menores, ley 10.903 vigente desde el año 1919.

La ley vigente se caracteriza por ser el resorte legislativo interno de la Convención de los Derechos del Niño, ya que consagra a la familia como ámbito preferente de desarrollo y esencialmente lo transforma de objeto de custodia y compasión, en sujetos de derechos.

La ley 26.061 y sus decretos reglamentarios configuran el piso mínimo para reflexionar sobre el sistema familiar, las relaciones internas y la conjugación de derechos.

La esencia del proyecto es analizar la excepción generada por la regla clásica "ascendiente, descendiente, cónyuge" expresada en los artículos 80°, 119°, 133° o las referencias equivalentes de los artículos 82°, 92°, 105°, 107° o el artículo 185° del Código Penal.

Tamaño distancia con el delito agravado de privación ilegal de la libertad, previsto en los artículos 142°, 142° bis y 170° del Código Penal merecía desentrañar el sustento comenzando por los proyectos anteriores a la sanción del Código en 1921.

El código penal de la Provincia de Buenos Aires de 1884 Código Tejedor, el Proyecto de Código Penal de Villegas, Ugarriza y García, el Código Penal de 1886, el Proyecto de 1891



H. Cámara de Diputados de la Nación

llevado adelante por Piñero, Rivarola y Matienzo, el Proyecto Segovia del año 1895, el Proyecto de 1903 y el de 1904 al igual que el Código Penal sancionado de 1921 fueron coherentes al no incluir a los descendientes, pero en todos ellos, no existió el mismo fundamento ya que se encontraban en etapas de reconocimiento de la infancia diferentes.

El estudio doctrinal tuvo sustento en Rodolfo Moreno (h), Eusebio Gómez, Sebastián Soler, Ricardo C. Núñez, Carlos Fontán Balestra, Carlos Creus, Jorge E. Buompadre, Edgardo Donna, David Baigún, Marco A. Terragni, Omar Breglia Arias y Omar R. Gauna y el Tutor de la presente tesis Carlos Parma, entre otros.

Luis Niño y Stella M. Martínez cierran críticamente el camino, relacionando patria potestad, facultad de corrección y Código Penal.

La división en etapas fue fundamental a los efectos de comprender la complejidad de la cuestión. La primera de ellas, asociada al desconocimiento total de la infancia, en la cual el niño se veía reflejado como un ser, una persona en sí misma que no se diferenciaba de los adultos. El arte, el trabajo y hasta la propia guerra tenía un trato indiferenciado. El proceso llegó hasta la sanción del Código Civil en 1871.

A través de la institución familia se consolidó la autoridad del padre, por sobre los demás integrantes, un contrato garantizado por el Estado. Derechos absolutos del padre sobre los demás objetos familiares.

Los cambios estructurales y los movimientos inmigratorios generaron reacciones que no tardaron en ser leyes. Estos inmigrantes, gozaban de los mismos derechos, de los mismos poderes. El Código Civil recibió reformas sustanciales cuando se las integraba con la ley laica de educación (1884), la ley de residencia (1902), la ley de defensa social (1910) y la ley de Patronato de Menores (1919).

La institución Patria Potestad se reforma sustancialmente a partir de la sanción de la ley 10.903. Surge, luego de 50 años de vigencia del Código Civil, ya no el reconocimiento de la infancia, sino la figura del “menor” como objeto pasible de ser protegido y vigilado.

La sanción del Código Penal en 1921, fue el contexto “coherente” en la cual se consolidó el control del sector más vulnerable de la sociedad.

De esta manera, se incentivaba la privación de la libertad de los “descendientes”, estableciendo una “obligación” inherente a la formulación de la Patria Potestad prevista en el artículo 264° del Código Civil. Esta conducta, no se denominó privación de la libertad calificada en los artículos 142°, 142° bis y 170 del Código Penal, sino facultad de corrección del artículo 278° del Código Civil.

EL artículo 142 inc. 2 del Código Penal no estableció a los descendientes como sujeto pasivo de la privación de la libertad, por ser una actividad impuesta por el Estado a través del Código Civil, una causa de justificación, el cumplimiento del deber en la faz negativa de la antijuridicidad. Criterio extendido a los artículos 142° bis inciso 2 y artículo 170° inciso 2.

La Declaración de Ginebra de 1924, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y La Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959, conforman la trilogía internacional, como antecedente inmediato de la Convención sobre los Derechos del Niño.

A partir de allí, existe una ruptura filosófica y jurídica con las tradiciones tutelares y paternalistas de la infancia, obligando al país a reexaminar su legislación para adecuarlas su compromiso internacional. El impacto transformador de la Convención obliga a redefinir el modelo tradicional de Familia, Patria Potestad y facultad de corrección; pero a su vez, dentro de la esfera penal, obliga a cuestionar a la privación de libertad de un descendiente, como hecho atípicamente obviado en los artículos 142°, 142° bis y 170 del Código Penal.

En el año 2005, la sanción de la ley 26.061, otorga el fundamento derogando legislativamente la ley del Patronato de Menores 10.903 vigente desde el año 1919 no quedando sustento



H. Cámara de Diputados de la Nación

perimetral que permita mantener la atipicidad cuestionada. Es por eso que a esta altura de las circunstancias, debemos revisar la tipicidad de los “descendientes” en los artículos Código Penal objeto del presente proyecto, ya que delitos relacionados con la privación de la libertad, han sido irradiados por sus vicios más genuinos.

En este sentido, es cuestionable la dirección que ha tomado el Anteproyecto más serio de reforma del Código Penal, elaborado por la Comisión constituida por las resoluciones 303/04 y 135/05 fruto de la mejor doctrina penal contemporánea y el Anteproyecto de Código Penal de 2012, la cual sigue manteniendo similar criterio en el artículo 126° cuando establece que: “se aplicará de dos a seis años, al que privare a otro de su libertad personal, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes...b) si el hecho se cometiere en la persona de una ascendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien se deba respeto particular...”

Niños, niñas y adolescentes deben dejar de ser considerados objeto de protección, corrección, tutela, para ser reconocidos como sujetos de derechos, ciudadanos. Este enfoque que realiza la Convención, es un planteo de derechos universales para toda la infancia y adolescencia sin ningún tipo de distinción.

Es la intención de este proyecto comenzar reparar el derecho de la infancia y adolescencia y se constituya como un elemento de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención Internacional y en la propia Constitución.

Mónica FRADE
Diputada de la Nación

Maximiliano Ferraro
Marcela Campagnoli
Paula Oliveto Lago
Leonor María Martínez Villada
Rubén Manzi
Laura Carolina Castets
Mariana Zuvic
Victoria Borrego