

Consideraciones técnico-jurídicas sobre la «sustracción de menores»

(Objetos y sujetos de la «sustracción de menores»). (Continuación)

Dr. MANUEL COBO

Profesor Adjunto en Derecho Penal de la Universidad de Madrid

SUMARIO: *Segunda parte*: IV) Precisión acerca del bien jurídico.—V) *Objeto material*.—Examen especial de: 1. Artículo 484; 2. Artículo 485; 3. Artículo 486.—VI) *Sujeto activo*.—Examen especial de: 1. Artículo 484.—Diversas hipótesis y sus soluciones; 2. Artículos 485 y 486.—VII) *Sujeto pasivo*.—Criterio de determinación.

IV) PRECISIÓN ACERCA DEL BIEN JURÍDICO.

Estando ya en prensa la primera parte de este trabajo, publica el fascículo I, de esta misma Revista, un interesante artículo de A. QUINTANO RIPOLLÉS (1), que obliga sea tenido en cuenta en orden a la posición que hemos mantenido acerca del *bien jurídico protegido*. El examen de la tesis de QUINTANO RIPOLLÉS podemos llevarlo a cabo en la forma siguiente:

a) QUINTANO RIPOLLÉS dice, en dicho artículo, que “el desvincular el delito de sustracción de menores de la rúbrica destinada a la protección de la libertad, me parece un cierto retroceso a concepciones romanas, en que el *raptus in parentes* tenía, en efecto, un significado de atentado a la exclusiva *patria potestas*, reduciendo el menor a la categoría de cosa”. Y más adelante: “no se niega, con lo dicho, que en los delitos de que aquí se trata se menoscaban también los aludidos bienes ideales familiares, reducibles asimismo a la libertad parental, pero la pluralidad de objetos materiales o jurídicos es fenómeno harto frecuente en las tipologías penales, lo que no excusa la elección por el que se estimare prevalente” (2).

b) No hace mucho, apuntó, sobre idéntico tema, que “desde el punto de vista formal, los delitos de sustracción de menores del capítulo II del título XII, vienen a constituir una variante de las deten-

(1) Vid. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores*, en *ADPCP*, Fasc. I, 1961, págs. 5-18.

(2) Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *art. cit.* pág. 6.

ciones ilegales del primero, ejercidas sobre personas menores de edad. Mas como quiera que las mismas carecen de la plenitud del derecho de libertad, el bien jurídico vulnerado no es aquí tanto el del propio sustraído como el de la persona mayor bajo cuya potestad estuviere, por lo que el delito de sustracción de menores pudiera considerarse *más bien contra la familia o, en su caso, contra la seguridad del menor, que contra la libertad propiamente dicha*" (3).

c) Y, antes, sobre la misma cuestión, decía: "Tal disposición no está aislada (se refería al 484), sino encuadrada en un capítulo y en un título cuyo epígrafe reza: "contra la libertad y seguridad". Por tanto, estos han de ser los bienes jurídicos que se lesionan con el acto antijurídico y típico". Y a continuación: "No es un derecho de patria potestad el que en él se ampara, ni menos el de guarda tuitiva o judicial, sino la *propia seguridad de la criatura (de su libertad no hay que por qué hablar en tan corta edad)*" (4).

d) Como puede observarse fácilmente ha ido evolucionando el pensamiento de QUINTANO RIPOLLÉS sobre este concreto problema: cronológicamente, propugna primero por una prevalencia de la seguridad como bien jurídico, descartando totalmente la libertad y admitiendo que "pudiera ocurrir" la lesión de los derechos de patria potestad y tutela. Posteriormente, acepta que es un delito "contra la familia o, en su caso, contra la seguridad". Y, por último, que es un delito contra la libertad, marginalizando la seguridad y sin desconocer la fuerza de las razones tendentes a configurarlo como contra la familia.

Si fijamos la atención sobre la postura que parece ser mantiene en la actualidad, así como en los razonamientos en que se funda, llegamos a la conclusión de que no convencen plenamente por las siguientes razones que de forma muy breve exponemos:

1. No puede hablarse, conforme vimos en la *primera parte* de este trabajo, de libertad, entendida como bien jurídico protegido, conectándola al menor de siete años. Creemos innecesario insistir en dichos argumentos que continúan siendo eficaces en referencia con nuestra tesis. Lo mismo podemos decir si conectamos la libertad a los padres.

2. El parangón entre el menor y el "mayor incapaz", carece de base normativa. Nuestra legislación no ha tenido en cuenta más que el límite objetivo de la edad en los delitos en cuestión, sin plantearse el problema del "incapaz", al modo como hace la legislación italiana. El único criterio legal, incluso aunque sea criticable, es el establecido por la edad.

Normativamente, no se distingue entre la detención ilegal del "incapaz" y la del "capaz". Sin embargo, sí se distingue, hasta el extremo de configurar un capítulo independiente, entre detención ilegal y sustracción de menores. No se identifica, en consecuencia, en nuestro

(3) Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio, cit.*, vol. II, pág. 292.

(4) Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios, cit.*, vol. II, pág. 346.

Código, “incapaz” y menor de siete años, o menor de edad: tanto es así que el propio articulado (art. 480) exige *contrario sensu* la existencia de *libertad* por parte del sujeto pasivo de la detención ilegal. Así, dice: “el particular que encerrare o detuviere a otro, *privándole de su libertad*”. Lo que sucede es que son cosas distintas la sustracción de menores y las detenciones ilegales, y es técnicamente incorrecto parificarlas.

Carece, pues, de virtualidad la objeción de QUINTANO RIPOLLÉS, sin que sea necesario desarrollar totalmente el punto en cuestión.

3. En modo alguno, cabe decir, que calificar la sustracción de menores como delito contra la familia, como atentado a la *patria potestas*, es reducir al menor a la categoría de cosa. Tampoco, que “me parece un cierto retroceso a concepciones romanas” (5). Las razones son obvias:

a) La *patria potestas*, tal y como se concibe hoy por la dogmática del derecho privado, no coincide con la *patria potestas* del derecho romano. Su contenido es diferente y está informado por distintos principios.

b) Precisamente porque no se considera al menor de siete años como una cosa (!), es por lo que hablamos de delito contra la familia, pretendiendo fortalecer esta institución: el conglomerado de derechos y también deberes, de todos y cada uno de los miembros que la componen, al menos a nuestro juicio, veda dicha radicalización. Remitimos, igualmente, sobre la cuestión debatida a la *primera parte* de este trabajo.

4. Aceptar la “pluralidad de objetos jurídicos” es constatar la existencia de un delito pluriofensivo. Si realmente es así, no hay por qué elegir un bien jurídico prevalente, sino construir la figura como infracción pluriofensiva, y nada más. Si se acepta tan sólo uno, y a él se atribuye toda la función que corresponde al bien jurídico, deja el delito de ser “pluriofensivo”, como puede comprenderse fácilmente.

5. Hasta aquí un comentario a la reciente tesis de QUINTANO RIPOLLÉS. Hemos pretendido, en el diálogo entablado, contestar y guiarnos —con el mayor respeto para la opinión contraria— por su pensamiento, concretamente referido al bien jurídico. No obstante, más adelante, se verán proyectados con detalle otros razonamientos en favor de nuestra tesis y extraídos de la propia construcción de QUINTANO RIPOLLÉS.

V) OBJETO MATERIAL

Encontrada una base unitaria, cual supone su configuración como contra la familia, ya sea porque efectiva y realmente se lesione o cuando menos se ponga en peligro, conseguiremos un instrumento metódico, por demás útil, en la concreción del objeto material y sujetos. Por

(5) Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *art. cit.*, pág. 6.

razones expositivas es conveniente abordar, en primer lugar, la temática del objeto material.

Entendemos por objeto material u objeto del acto, aquel sobre el que recae la acción típica. "Pertenece, pues, al mundo fáctico; es, en suma, un objeto corporal" (6). Por tanto, será obligado referirlo al verbo núcleo del tipo, y, en consecuencia, al ser diferente en los tres supuestos, hemos de distinguir:

1. Artículo 484:

El sustantivo "sustracción", que en la redacción del 484 desempeña la función del verbo que describe la conducta típica "sustraer", viene referido inmediatamente a un menor de siete años. No distingue la Ley si ha de ser varón o hembra, y por tanto, se ha de admitir que indistintamente aluda tanto a un supuesto como a otro (7). En consecuencia, tenemos, que objeto material del citado delito será el menor de siete años.

Ahora bien: ¿Todos los menores de siete años, pueden ser potencialmente objeto material de la sustracción? En principio puede contestarse *afirmativamente*, sin que por ello se desconozca, en atención a una correcta interpretación de la voz "sustracción" (8), que nudierra darse el caso, como hipótesis de laboratorio, que un menor de siete años no pueda ser sustraído, al menos transitoriamente, *de nadie*. "Sustraer" sólo tiene sentido si se conecta a "de": se *sustrae de*. Tanto si se acepta la versión más espiritualizada de A. TORFO, como la de la doctrina dominante, expresada con acierto por el profesor CUELLO CALÓN (9), acerca de "sustraer" y "sustracción", el resultado es el mismo: "se sustrae de"... Por esta razón la expresión usada por nuestro Código es también incorrecta, ya que da pie para una interpretación rígida y materializada, que desvirtuaría la esencia del delito, ofreciendo dificultades en los supuestos que pudieran imaginarse (10).

(6) Cfr. DEL ROSAL, *Derecho penal español*, T. I., 3.ª ed. Madrid 1960, páginas 216-217. Vid. ORTEGO COSTALES, *Ensayo, cit.*, págs. 66 y sigs. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. II, Buenos Aires 1951, pág. 95. De especial interés para nuestro tema por el ejemplo que aduce. Vid. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale (P. Gen.)*, 4.ª ed. Milano 1960, pág. 131. También BERTIOL, *Diritto penale (P. Gen.)*, 4.ª ed. Palermo 1958, pág. 142. De interés general la formulación del "objeto de la acción" (Handlungsobjekt), en MEZGER, *Strafrecht (Ein Studienbuch)*, (Allg. Teil), 6.ª ed. München-Berlin 1955, pág. 93, por sólo citar algunos.

(7) Así, CUELLO CALÓN, *ob. cit.*, (P. Esp.), 9.ª ed. Barcelona 1955, pág. 711, si bien lo refiere, de acuerdo con su formulación del bien jurídico al sujeto pasivo: "ha de ser un menor, varón o hembra, que no haya cumplido aún los siete años en el momento del delito".

(8) Vid. A. TORFO, *ob. cit.*, págs. 126-127.

(9) Vid. CUELLO CALÓN, *ob. cit.*, págs. 711-712.

(10) La cuestión, que pudiera calificarse de académica, ofrece, sin embargo, un punto digno de meditación en referencia con el condicionamiento del objeto material, al verbo usado por el legislador en la descripción de la conducta típica, cual sería el de si y hasta qué punto el empleo del verbo acota, por así decir, el

QUINTANO RIPOLLÉS plantea el tema, aunque técnicamente no compartimos el razonamiento que utiliza. Textualmente, dice: “en rigor, pudiera igualmente perpetrarse el delito sobre una criatura que estuviese sola, aunque el caso sería más discutible y arduo tratándose de una abandonada, sin titular alguno de potestad de derecho ni aun de hecho. La persona que en tales condiciones tomare para sí el niño, lejos de cometer este delito, procedería humanitariamente a recogerlo, aun incumpliendo las formalidades legales de la adopción. *Sin embargo, si el niño tuviese una cierta capacidad de discernimiento, aun siendo menor de siete años, y se opusiera a seguir a su indescado benefactor, se darían los supuestos del delito.* Por lo cual, el consentimiento, o al menos la voluntad, es susceptible de contar asimismo, en materia de la que normalmente está desplazada” (11).

Podemos significar ante la opinión transcrita, lo siguiente:

a) Es inoperante, radicalmente, la voluntad del menor de siete años, cualquiera que fuere la situación en que se encuentre. Su voluntad no tiene relevancia justificante en momento alguno, independientemente de la existencia o no de “titular alguno de potestad de derecho o de hecho”, según se expresa QUINTANO RIPOLLÉS (12).

b) QUINTANO RIPOLLÉS se ve obligado a recurrir a la voluntad del menor de siete años, por aceptar la libertad como bien jurídico, con lo que se muestra, una vez más, la dificultad de compartir dicha tesis. El singular supuesto se solucionaría, más fácilmente, de acuerdo con nuestro planteamiento, por cuanto se harían ineficaces los substitivos que legalmente están previstos para la guarda y tutela del menor, sin necesidad de apurar más el razonamiento.

2. Artículo 485:

Objeto material de la “no presentación” y de la “desaparición sin explicación satisfactoria” es el *menor*, aunque de frente a esta figura delictiva no se contemple con tanta claridad el problema, debido a una redacción legal sumamente criticable. No obstante, ambos aspectos de la conducta se conectan, sin duda, al menor. La coloración omisiva, como una forma de la acción, del citado delito, recae en el menor que se encontraba confiado al “encargado”, según reza el término usado por el 485.

objeto material, dotándolo de unas determinadas cualidades, que le harían perder su genérica potencialidad como tal objeto. Vid. para un entendimiento del verbo “sustraer”, GROIZARD, *ob. cit.*, t. cit., pág. 576, así como la bibliografía española que venimos utilizando.

(11) Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *art. cit.*, págs. 11-12.

(12) La misma tesis que propugnamos la mantienen RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, a pesar de configurar el bien jurídico de forma diferente a como lo hemos hecho, cuando decían: “el consentimiento de los titulares excluye la existencia del delito; *no así el consentimiento del menor*, puesto que éste, por definición, *carece de voluntad*, y, por tanto, no es el titular del bien jurídico lesionado”. (Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, *ob. cit.*, pág. 316).

El problema se plantea, desde antiguo, en qué se ha de entender por "menor". Un sector de la doctrina ha mantenido la tesis, más generalizada, de que se refiere a la minoría civil (13). Es decir: hasta los veintidós años (14) se podría ser objeto material, de acuerdo con la construcción que venimos haciendo. Esta sería una opinión, pero no la única. Ya PACHECO apuntó que: "En nuestro juicio falta al artículo una expresión de edad media entre un extremo y el otro. (Se refería a los siete y veinticinco años.) No teniéndola, los Tribunales estimarán en cada caso si en efecto la persona del menor *estaba o no estaba* encomendada a su custodia, y fallarán, en consecuencia, sobre las obligaciones y responsabilidades de éste" (15). En el mismo sentido, se expresaron GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN al decir: "en el espíritu del legislador no pudo estar el comprender aquí bajo la palabra *menor* al que se hallaba cercano a la mayor edad, fijada aún a los veinticinco años: la prudencia del Juez debe examinar mucho las circunstancias del hecho y de las personas antes de aplicar esta determinación al que encargado de la custodia de una persona mayor de siete años no da razón de su paradero" (16). El propio GROIZARD, a pesar de admitir plenamente la minoría civil, conforme ha quedado reseñado, decía con buen sentido, aludiendo a la tesis de PACHECO: "PACHECO ha censurado, y con razón, que no se haya señalado un período de edad menos extenso. "Los jóvenes de veinte años —ha dicho— no son individuos que pueden robarse y sustraerse fácilmente". A lo cual añadimos que de esa edad no se entregan tampoco a los ayos ni a los maestros. De subsistir el delito especial, debería, por estas consideraciones, cuando la reforma del Código se lleve a cabo, limitarse el circun-

(13) Vid. VIZMANOS y ALVAREZ MARTÍNEZ, ya opinaron que el entonces artículo 399 era aplicable "tanto si el menor no llegaba a los siete años como si pasare de esta edad". (Cfr. *Comentarios al Código penal*, t. II, Madrid 1848, página 440). GROIZARD, acepta expresamente la minoría civil fijada entonces en veintitrés años (Cfr. *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. V, Salamanca 1893, pág. 581). VÍADA y VILASECA, se manifestó partidario de la minoría en términos que no dan lugar a dudas: "será aplicable la disposición del artículo, tanto en un caso como en otro, con tal que la persona sustraída no llegue a los veintitrés años, término en que concluye hoy la menor edad" (Cfr. C. VÍADA y VILASECA, *Código penal reformado de 1870*, t. III, 4.^a ed. Madrid 1890, página 289). También, QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios, cit.*, T. cit., pág. 374. Del mismo, *Compendio, cit.*, vol. cit., pág. 292. Del mismo, *art. cit.*, pág. 14. CUELLO CALÓN, *ob. cit.*, pág. 715.

(14) Cfr. artículo 320 del Código civil: "La mayor edad empieza a los veintidós años cumplidos. El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código."

(15) Cfr. F. PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, T. III, Madrid, 1849, págs. 254-255. SÁNCHEZ TEJERINA se adhiere en este punto a la opinión de PACHECO, Vid. SÁNCHEZ TEJERINA, *ob. cit.* T. II, pág. 366.

(16) Cfr. PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA y JUAN M. MONTALBÁN, *Elementos del Derecho penal de España arreglados al Nuevo Código*. Madrid, 1848, pág. 387.

lo de la responsabilidad a los encargados de menores de quince años, o, a lo sumo, de menores de dieciocho" (17).

De este breve recuento de posiciones, especialmente referido a la explicación dada por PACHECO, podemos concluir:

a) Nos parece correcta la crítica de PACHECO a tan desacertado precepto. Consecuentemente con la misma, el agudo comentarista propugnaba por una tesis que no tiene por qué extrañar (18), cual es que los "Tribunales estimarán en cada caso si en efecto la persona del menor estaba o no estaba encomendada a su custodia", conforme expusimos más arriba. Merece, por tanto, se le dedique especial atención, pues en realidad su razonamiento está lleno, como en tantas otras veces, de fina intuición jurídica. Así, podemos llevar a cabo las consideraciones siguientes:

b) La tesis de PACHECO no es, ni mucho menos, despreciable. Ya lo percibió GROIZARD y quiso completar al comentarista (19), cuando, en verdad, sólo repetía lo que PACHECO había expresado, incluso con más rigor. Pretendía PACHECO, a la vista del vario casuismo que podía presentarse en la aplicación del precepto, buscar una solución elástica, adaptable al caso concreto, desechando la rigidez que supone fijar un límite objetivo como lo es la edad. El mismo espíritu anima la interpretación de GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, SÁNCHEZ TEJERINA y PUIG PEÑA, y desde luego no puede desconocerse su valor.

c) No es que descarten los autores citados que la minoría civil no sea un índice en la fijación del objeto material. Al contrario, la admiten, pues de no ser así no se explicaría la discrecionalidad que conceden a los Tribunales: al menos como hipótesis la aceptan, pues si la negaran dicha concesión carecería de sentido. Lo que sucede es que PACHECO, y los que como él han opinado, estiman que ese límite inalterable que la minoría civil supone, debe ser atemperado por un criterio más real y flexible. Sin duda por *menor*, se entiende el comprendido en la minoría civil, pero ello no es suficiente a los efectos del 485. Precisamente, no es menester salirse del 485 para encontrar un apoyo legal a la citada interpretación. Es necesario algo más: que ese menor, por las razones que sean, tenga un custodia —como decía PACHECO—, o utilizando la terminología legal, un "encargado de su persona". Es decir: que la singular redacción del precepto condiciona, por así decir, el objeto material. Dicho con otras pala-

(17) Cfr. A. GROIZARD, *ob. cit.*, T. cit., pág. 581.

(18) PACHECO, "optó extrañamente por una solución intermedia dejada al arbitrio de los Tribunales, que en modo alguno tiene apoyo en el texto legal, pese a lo cual ha sido nuevamente acogida con favor por TEJERINA y PUIG PEÑA" (Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *art. cit.*, pág. 14).

(19) "A lo cual añadimos que de esa edad no se entregan tampoco a los ayos ni a los maestros" (Cfr. GROIZARD, *ob. cit.*, pág. 581). Precisamente porque PACHECO tenía muy en cuenta dicha afirmación, es por lo que formuló, con flexibilidad, su criterio sobre este punto.

bras: la constancia de un sujeto activo cualificado (encargado) se proyecta también sobre el objeto material. Únicamente aquellos menores (civilmente) que tienen un "encargado de su persona" pueden ser objetos materiales del citado delito. La razón es evidente: el menor que carece del "encargado de su persona" no puede ser objeto material del delito puesto que, entonces, el delito no puede cometerse ya que, en definitiva, el que lo ha de verificar es, ni más ni menos, que el "encargado".

d) Eso es lo que vió PACHECO y no, simplemente, que el entendimiento del sustantivo "menor" fuera dejado a la discrecionalidad de los Tribunales. Lo que los Tribunales han de fijar no es la edad del menor, sino cosa bien diferente: si y hasta qué punto el menor estaba o no encomendado a una persona encargada del mismo. Una serena lectura del comentario de PACHECO es más que suficiente: "los Tribunales *estimarán en cada caso si en efecto la persona del menor estaba o no encomendada a su custodia*" (20). No, que sean ellos los que han de concretar lo que debe entenderse por menor (21).

e) Podemos resumir nuestra posición, que se ha ido fijando en el transcurso de este examen, diciendo que objeto material será el menor que no haya cumplido veintiún años (minoría civil) y que se encuentre confiado a un encargado de su persona. Son dos, pues, los miembros que, inexorablemente, deben darse: Uno, referente a la edad que puede ser el ya citado; otro, que sea un menor encomendado al encargado. Conjugando ambos desaparece la rigidez del seco criterio de la edad, así como los injustos y disparatados supuestos que cupiera imaginar (22).

3. Artículo 486:

El objeto material del presente delito, sobre el que recae la conducta del sujeto activo, que en nuestro caso se agota en "inducir", será el "menor de edad, pero mayor de siete años". Es ello lógico, por cuanto sobre su conciencia y voluntad opera el sujeto activo, al objeto de crear una resolución que antes no existía (23).

(20) Cfr. PACHECO, *ob. cit. T. cit.*, págs. 254-255.

(21) Lo mismo puede deducirse, en términos generales, de la interpretación dada por GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN, cuando decían: "la prudencia del Juez debe examinar mucho las circunstancias del hecho y de las personas antes de aplicar esta determinación"... (Cfr. G. DE LA SERNA Y MONTALBÁN, *ob. cit.*, pág. 387).

(22) Sería forzar la interpretación pretender aludir a la minoría penal del número 2 del artículo 8, que difícilmente podría prosperar en el presente supuesto. No obstante, pudiera pensarse, dado que el legislador en el 485 sólo dice "menor", y no "menor de edad", como acontece con el 486. Nos inclinamos, sin embargo, por la desarrollada en el texto.

(23) Correctísimamente A. TORÍO, *ob. cit.*, pág. 84, contemplando la hipótesis de la inducción al suicidio, decía: "Mediante la inducción se modifican las decisiones últimas de un ser humano, se crea en él la resolución de destruir su propia vida, que precedentemente a ella era inexistente". De gran in-

Ahora bien; la criticable fórmula utilizada en el 486 —conforme vimos desde el ángulo visual deparado por el bien jurídico—, puede ser objeto del siguiente examen:

a) En primer lugar, se ha de determinar lo que por menor de edad se entiende. El problema es quizá menos complicado que el presentado por el 485. El texto legal ya indica expresamente: menor de edad. Por tanto, es compartible, en principio, la opinión de que pudiera ser la minoría civil, con tal de sobrepasar los siete años (24).

b) Lo anterior no significa que no sea censurable, por su amplitud, el límite de la edad, conforme han coincidido en señalar los comentaristas (25). También es de señalar la exigencia del precepto acerca de que el menor, pero mayor de siete años, se encuentre *viviendo* con sus padres, tutores o encargados de su persona, que recorta, al modo como sucedía en los supuestos precedentes, la originaria indeterminación del objeto material.

c) El texto legal no requiere, en referencia con el tema de la imputabilidad o no del inducido, que éste lo sea: el límite de la edad está por bajo, en su mínimo, del fijado por el núm. 2 del art. 8. Se

terés, a este respecto, es el entendimiento del objeto material que lleva a cabo A. TORIO en las págs. 82-84.

(24) Así también, acertadamente, RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, *ob. cit.*, página 317. CUELLO CALÓN, *ob. cit.*, T. cit., pág. 717.

No obstante, en referencia con el límite objetivo de la edad es de constatar la expresa alusión del artículo 321 del Código civil cuando declara: "A pesar de lo dispuesto en el artículo anterior, las hijas de familia *mayores de edad, pero menores de veinticinco años, no podrán dejar la casa del padre o de la madre, en cuya compañía vivan*, más que con licencia de los mismos, salvo cuando sea para contraer matrimonio o para ingresar en un Instituto aprobado por la Iglesia, o también cuando el padre o la madre hayan contraído ulteriores nupcias, o concorra alguna otra causa que justifique la separación". El texto penal exige, imperativamente, se trate de un "menor de edad", y, precisamente, la regulación civil parte de que se sea "mayor de edad", no pudiendo darse, en consecuencia, el 486 a pesar de la prohibición que supone el 321 del Código civil, que de otro lado es de bien distinta naturaleza a la penal.

(25) Vid. RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, *ob. cit.*, l. cit. Ya GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN, lo criticaban en base a la misma consideración, y pretendiendo salvar la rigidez del límite "edad", apuntaban correctamente: "Para corregir en lo posible las omisiones de la ley, los jueces deberán considerar todas estas circunstancias al aplicar los diversos grados que caben dentro de la pena, ya que en unas ocasiones son excesivamente blandas y en otras severa en demasía". (Cfr. *ob., cit.*, págs. 387-388). También QUINTANO RIPOLLÉS le critica en *Comentarios, cit.*, T. cit., pág. 348. Es de acoger, en este sentido, la tesis de QUINTANO RIPOLLÉS, mantenida en *art. cit.*, pág. 17, en orden a la alusión a la ley de 26 de julio de 1878 referida a los que no hubieren cumplido los dieciséis años y que supondría una sensible agravación. En el mismo sentido CUELLO CALÓN, *ob., cit.*, T. cit., pág. 717. Una crítica también en PACHECO, *ob., cit.*, T. cit., pág. 255. De interés las consideraciones de GROZARD, *ob., cit.*, T. cit., pág. 586-587.

exige, solamente, un *minus* para que se “pueda” ser inducido, como es haber cumplido los siete años, que legalmente es suficiente (26).

d) La cuestión de la ausencia de responsabilidad criminal del menor —utilizando la terminología de nuestro Código—, quedó ya en la *primera parte* de este trabajo resuelta en función justificadora de nuestra postura sobre el bien jurídico. Hasta los dieciséis años, no existe tal problema. A partir de ellos es perfectamente aceptable la tesis, apuntada en su momento, que refuerza, en contra de la opinión de QUINTANO RIPOLLÉS (27), la naturaleza que le hemos concedido al bien jurídico.

VI. SUJETO ACTIVO

Por sujeto activo del delito (28) se entiende aquel que realiza la conducta descrita en el tipo, es decir, el que conjuga el verbo núcleo del tipo. Es, pues, quien lesiona o pone en peligro, mediante dicha verificación, el bien jurídico protegido. Una vez precisado éste, y a la vista de la redacción legal, podemos concretarlo en las tres especies delictivas de la forma siguiente:

1. Artículo 484.

Lleva razón el profesor CUELLO CALÓN, cuando inicia la exposición del tema diciendo que “sujeto activo de este delito puede serlo cualquiera” (29). En principio puede hablarse de la existencia de un sujeto activo indeterminado. La cuestión, sin embargo, se ha venido centrando en nuestra doctrina, de forma muy concreta, acerca de si los *padres* del menor de siete años pueden ser sujetos activos del 484. Veamos en qué forma cabe plantear el tema y sus soluciones:

a) El profesor CUELLO CALÓN acepta que pueden ser sujetos activos “incluso los padres si lo sustrajeron a la persona que legalmente tuviese la potestad sobre el menor o estuviere encargada de su guarda y educación” (30). No obstante, más adelante, aludiendo a la Ley francesa de 5 de diciembre de 1901 que modificó el 357 del Código penal francés, dice: “La solución conforme a nuestro derecho es de extremada severidad aun en el caso de apreciación de atenuantes, sería deseable la introducción en nuestro Código de un precepto análogo al

(26) Remitimos a la exposición y planteamiento que hicimos en la *primera parte* de este trabajo, referida al bien jurídico.

(27) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *art. cit.*, pág. 16.

(28) Vid. sobre el mismo, DEL ROSAL, *ob. cit.*, t. I, págs. 209 y sigs. ORTEGO COSTALES, *Ensayo, cit.*, págs. 27 y sigs. CUELLO CALÓN, *Derecho penal, conforme al Código penal, texto refundido de 1944 (P. Gen.)*, t. I, 12.^a ed. 1956, págs. 303-315 y ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, págs. 151 y sigs. Vid. también, MEZGER, *Strafrecht, cit. (Allg. Teil)*, pág. 93. ANTOLISEI, *Manuale, cit. (P. Gen.)*, págs. 124-125, 427 y sigs. BETTIOL, *ob. cit.*, pág. 501 y sigs. y la bibliografía por ellos citada.

(29) Cfr. CUELLO CALÓN, *ob. cit.*, t. II, 9.^a ed., pág. 711.

(30) Cfr. CUELLO CALÓN, *ob. cit.*, l. cit.

citado del Código penal francés" (31). Nos permitimos recordar, a modo de inciso, que conforme expusimos en la *primera parte*, a juicio del profesor CUELLO CALÓN, el bien jurídico protegido en el 484 es la *seguridad individual* (32). Lo cual da a entender: *a*') Que el profesor CUELLO CALÓN admite que los padres, legalmente desposeídos del menor de siete años, pueden quebrantar esa seguridad individual; *b*') Que, por tanto, en su concepción se encuentran íntimamente vinculadas "seguridad individual" y la tutela o guarda del menor, y, en su caso, la patria potestad, de tal forma, que la lesión a ellas supone también la de la primera (33).

b) SÁNCHEZ TEJERINA, por su parte, se pronuncia ante la cuestión precisando que "si verdaderamente hay un ataque a la seguridad del menor, entiende que existe delito; de otro modo falta la antijuricidad" (34).

c) QUINTANO RIPOLLÉS ha abordado la cuestión con criterio ecuanime y humanitario, por demás elogiabile, en las diversas publicaciones que venimos utilizando (35). A su juicio, se proyectaría la acción, en estos casos, "contra el titular legal de la patria potestad o tutela, o bien contra la autoridad que pronunció la decisión quebrantada". Sería más cercana a la "desobediencia del 237, o bien al de coacción del 496", siendo, según QUINTANO RIPOLLÉS, "ambas soluciones correctas" (36). También alude —conforme hicimos en la exposición de la ponencia del Seminario de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de Madrid (Curso 1959-60)— al núm. 16 del 584 (37), que contempla una falta titulada por el legislador como "contra las personas".

d) Hasta aquí el planteamiento que le ha venido dando la doctrina española. Por *nuestra parte* podemos desarrollar el tema en la forma siguiente:

a') La cuestión no es ni académica, ni artificiosa. Las hipótesis que pueden presentarse de acuerdo con la regulación del Derecho de familia, son diversas, y no es misión nuestra llevar a cabo un examen

(31) Cfr. CUELLO CALÓN, *ob. cit.*, pág. 713, nota 5.

(32) Cfr. CUELLO CALÓN, *ob. cit.*, pág. 698.

(33) A diferencia de la tesis que sosteníamos de que puede existir lesión a estos últimos sin que se dé un quebranto de la primera que es, en definitiva, uno de los puntos centrales que nos separa del ilustre profesor. Sucede, pues, que en la construcción del profesor CUELLO CALÓN desempeñan ambos un mismo papel funcional referidos al bien jurídico.

(34) Cfr. SÁNCHEZ TEJERINA, *ob. cit.*, t. II, págs. 365-366. Sin embargo, con anterioridad, había afirmado (pág. 364) que era la "libertad individual" el bien jurídico protegido. También estiman que puede cometerse el delito por uno de los padres R. MUÑOZ y JASO ROLDÁN, en base a su construcción del bien jurídico (Vid. R. MUÑOZ-JASO ROLDÁN, *ob. cit.*, pág. 316).

(35) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios cit. t. cit.*, págs. 346-347; *Compendio cit., t. cit.*, pág. 293, *Art. cit.*, págs. 8-10.

(36) Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *art. cit.*, pág. 9.

(37) Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *art. cit.*, pág. 10.

de cada una de ellas (38). Únicamente interesa, en abstracto, afirmar que en atención a un acuerdo o decisión judicial el padre o la madre, o ambos, pueden perder la guarda y custodia de sus hijos menores, y concretamente, en nuestro caso, de los menores de siete años (39). En dichos supuestos, ¿pueden los padres realizar el 484? Podemos contestar, detalladamente, llevando a cabo un examen de las soluciones que se han venido proponiendo:

b') *Tesis del delito de coacción (40) previsto por el art. 496 del Código penal.*

Dicha solución, si bien pudiera ser ecuánime, carece de eficacia a efectos generalizadores. No ofrece unos contornos que comprendan la mayoría de los casos que pueden plantearse. Puede darse la hipótesis en cuestión, sin que se verifique el 496, sin que realmente exista la coacción. La redacción del 496 es por demás expresiva y ofrece suficiente base para desarrollar una serie de excepciones a su validez general sin que sea necesario, por su evidencia, proceder a una descripción exhaustiva de las mismas.

c') *Tesis del delito de desobediencia del art. 237 y de la falta del número 16 del art. 584 del Código penal.*

Podrían constituir ambos artículos, conjuntamente, la solución que adoleciera de más fundamento, en esta búsqueda por encajar penalmente la conducta de los padres. En el supuesto que la decisión determinante de la separación judicial fuese un acuerdo adoptado por el Tribunal Tutelar de Menores en el ejercicio de su facultad protectora, y no se incurriera en el delito de desobediencia, estaríamos ante la falta sancionada por el núm. 16 del 584 (41). En aquellos otros en que se

(38) Vid. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, t. V, volumen II (Derecho de familia.—Relaciones paterno-filiales y tutelares), 7.^a edición, Madrid 1958, págs. 164 y sigs., con amplio elenco bibliográfico, y de acuerdo con la reforma de la Ley de 24 de abril de 1958. De interés también las hipótesis previstas por la Ley del Tribunal Tutelar de Menores (Texto refundido de 11 de junio de 1948), vid. págs. 167-168, de la *cit. ob.*

(39) Interesa resaltar, desde el inicio, que puede conservarse la "patria potestad" y no la guarda del menor, al objeto de no hacer un planteamiento *formalista* de la cuestión. Especialmente cabe referir dicha observación a diferentes casos, entre ellos las medidas que el Juez adoptará una vez admitidas las demandas de nulidad o de separación de matrimonio, tales como las del núm. 3.^o del artículo 68 del Código civil. De interés sobre este punto, antes de la reforma de 1958, la Sentencia de la Sala 1.^a del T. S. de 24 de junio de 1929, que funda entre otras nuestra afirmación. También las citadas por CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.*, tomo I (Derecho de familia, Relaciones conyugales), 7.^a ed., Madrid 1954, página 470). De interés también la reciente redacción dada al 1.888 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y sus concordantes, por la Ley de 24 de abril de 1958. Antes la S. de 14 de diciembre de 1931. Sobre la citada reforma, A. MAJADA, *La reforma del Código civil*, Barcelona 1958, pág. 33 entre otras. F. DE CASTRO, *Compendio de Derecho civil* (Apéndice). *La reforma del Código civil. L. 24 de abril de 1958*, Madrid 1958.

(40) Sostenida por la conocida Sentencia de 13 de junio de 1882, tan citada por la doctrina española.

(41) El núm. 16 del 584 dice: "Los padres, tutores o guardadores suspensos en el ejercicio de la guarda y educación de un menor que, sin llegar a in-

sujeto activo. Así, es de observar, que el Código no comenzó su redacción diciendo “el encargado”, o “el que encargado”, sino que utilizó una expresiva fórmula: “el que *hallándose* encargado”. Con ello puso de manifiesto la actualidad, o por mejor decir, la simultaneidad del encargo con el suceso. Es decir: que lo único que interesa es que *realmente* se encuentre encargado del menor de forma actual y coetánea, independientemente del título en virtud del cual se haya llegado a ese encargo. El legislador, por tanto, concibió una fórmula sumamente *elástica* y en este caso criticable, —por si ya no lo fuera todo el artículo que debiera desaparecer del Código en la primera oportunidad—, por cuanto basta y sobra con el simple encargo de hecho para poder ser sujeto activo del 485. Todavía más, si se tiene en cuenta el otro extremo “de la *persona* de un menor”. ¿Por qué no simplemente “de un menor”? Parece que da a entender ese propósito de ampliar, hasta el máximo, el ámbito del sujeto activo de este singular delito.

b) El artículo 486 contempla un supuesto de sujeto activo indiferenciado (50). No otra cosa significa la indeterminación con que se inicia su redacción: “el que”.

De aquí, pues, que sea correcta la opinión del profesor CUELLO CALÓN al decir que “sujeto de este delito puede ser cualquiera” (51). Es de hacer notar la crítica de QUINTANO RIPOLLÉS que, con sentido ecuaníme, censura el límite objetivo de la edad, al modo que hicieran otros comentaristas, diciendo: “no habrá que descuidar tampoco estas apreciaciones en la persona del inductor, pues, como quiera que la minoría penal es mucho menos dilatada que la civil, pudiera darse el incongruente supuesto de que el sujeto activo de la sustracción fuese menor que el sujeto pasivo (un muchacho de diecisiete años induciendo a que abandone el domicilio otro de veinte)” (52). Por nuestra parte, compartimos las anteriores opiniones, en razón a que en este trabajo hemos criticado, de forma casi constante, en los varios supuestos, el seco e inexorable límite objetivo de la edad.

VII. SUJETO PASIVO. DETERMINACIÓN

Se entiende por sujeto pasivo del delito, de acuerdo con F. ANTOLISEI “el titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito”, o si se quiere, “el titular del bien jurídico protegido” (53). Exclusivamente interesa precisar el sujeto pasivo, dejando a un lado

(50) Vid. ORTEGO COSTALES, *Ensayo, cit.*, págs. 27-28.

(51) Cfr. CUELLO CALÓN, *ob. cit.*, pág. 716. En referencia con las hipótesis de los “padres” caben las mismas consideraciones expuestas, en torno al 484, a pesar de la redacción un tanto materializada del núm. 16 del 584.

(52) Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios, cit.*, pág. 348.

(53) Vid. F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo 1930, página 111. Del mismo, recientemente, *Manuale di Diritto penale*, (P. Gen.), 4.ª ed.,

aquellas figuras un tanto afines, pero diferenciables, del perjudicado o agraviado.

Ahora bien: la investigación acerca del sujeto pasivo se encuentra, como es lógico, totalmente condicionada por la que hicimos en la *primera parte* sobre el bien jurídico. De aquí, pues, que este título sea una consecuencia, un derivado, del inicial de este trabajo. No obstante, es conveniente abordar el tema con cierta cautela y concisión al objeto de evitar equívocos y confusiones en la correcta delimitación del sujeto pasivo. Así, tenemos:

a) El profesor CUELLO CALÓN decía, acertadamente, refiriéndose al 484 que "sujeto pasivo ha de ser un menor, varón o hembra, que no haya cumplido aún los siete años en el momento del delito; sujeto pasivo son también los padres, ascendientes o personas que ejercitan la patria potestad, o los tutores o personas bajo cuya guarda se halle el menor" (54).

Con dicha afirmación el profesor CUELLO CALÓN atempera la configuración de los delitos examinados como puros atentados contra la seguridad individual, conforme apuntamos al versar sobre el sujeto activo.

b) Expresamente no se plantea la cuestión RODRÍGUEZ MUÑOZ y JASO ROLDÁN, si bien pudiera entresacarse su postura teniendo en cuenta la singular tesis que mantuvieron en orden al bien jurídico protegido. A juicio de ambos autores, "el consentimiento de los titulares excluye la existencia del delito; no así el consentimiento del menor, puesto que éste, por definición, carece de voluntad y, por tanto, no es el titular del bien jurídico" (55). Será, en consecuencia, sujeto pasivo, de acuerdo con la construcción del bien jurídico, el que detente la "situación de poder". Nunca, en este supuesto, el menor.

c) Por el contrario, partidario de que el menor sea sujeto pasivo, parece ser se muestra QUINTANO RIPOLLÉS, a pesar de dudar de ello en alguna ocasión (56).

d) Una vez expuesta la doctrina española más reciente podemos formular, en esquema, nuestra posición:

página 130. También, extensamente, G. BETTIOL, *Diritto penale (P. Gen.)*, 4.^a edición, Palermo 1958, págs. 530-531. En el mismo sentido, DEL ROSAL, *Principios de Derecho penal español*, t. II, vol. I, Valladolid 1948, págs. 492-493. Del mismo, recientemente, *Derecho penal español*, t. I, 3.^a ed., Madrid 1960, págs. 213-214. J. DE ASÇA, *Tratado de Derecho penal*, t. III, Buenos Aires 1951, págs. 78-79. ORTEGO COSTALES, *Ensayo, cit.*, págs. 39 y sigs. ANTON ONECA, *ob. cit.*, págs. 157-158. CUELLO CALÓN, *ob. cit. P. General*, págs. 315-318 y la bibliografía por ellos citada.

(54) Cfr. CUELLO CALÓN, *ob. cit.*, pág. 711.

(55) Cfr. R. MUÑOZ-J. ROLDÁN, *ob. cit.*, pág. 316. Véase a este respecto la crítica que, a lo largo de este trabajo, hemos venido haciendo a la tesis de ambos autores, acerca del bien jurídico protegido y del sujeto activo, que estimamos innecesario reiterar, con específicos argumentos.

(56) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios, cit.*, págs. 345 y 348. *Compendio, cit.*, pág. 292, *Art. cit.*, págs. 6-8-9, entre otras.

Es de tener en cuenta todo cuanto expusimos sobre el bien jurídico, que ahora, de forma muy concreta, se refleja en el tema del sujeto pasivo.

Igualmente, se ha de hacer constar, que partimos de la tesis sostenida por PISAPIA y ANTOLISEI, que corrigiera la de ARTURO ROCCO —aceptada por BETTIOL—, acerca de la posibilidad o no de que la familia sea un verdadero y propio sujeto pasivo (57). Así, podemos decir, con los dos primeros, que la existencia de bienes o intereses de la familia, a efectos de la tutela jurídica, no puede verificarse, si no se individualizan las personas que la componen o representan. Es rechazable la afirmación de que los bienes de la familia son *bienes colectivos* en cuanto pertenecen a una colectividad no organizada (58). También que nos encontremos ante auténticos *bienes individuales*, que pertenezcan al individuo exclusivamente como tal. Es, pues, de acoger la tesis de PISAPIA y ANTOLISEI de que estamos frente a bienes *individuales colectivizados*, o por mejor decir, simplemente de *bienes familiares* que se caracterizan por el hecho de pertenecer a *sujetos singulares*, pero en su cualidad de *miembros de la familia*, y por tanto, diferentes de los meros bienes individuales.

Ello no quiere decir, conforme saliera al paso con su acostumbrada claridad ANTOLISEI, que se niegue el concepto unitario de la familia, puesto que, sin duda, a pesar de su ausencia de personalidad jurídica, en ningún momento se ha pensado negar su autónoma individualidad (59).

Planteada así la cuestión es, en consecuencia, sumamente necesario llevar a cabo una individualización del sujeto pasivo de esos bienes en cada caso concreto (60). Fundados en la anterior premisa, con plena virtualidad para nuestro supuesto, es ya fácil concretar el sujeto pasivo, en razón a que contamos, igualmente, con la delimitación del bien jurídico protegido en las cuestionadas figuras delictivas.

Así, tenemos: si el bien jurídico lo constituye el conglomerado de derechos, y también deberes, que son esencia de la familia e inherentes, concretamente, a la patria potestad o tutela, o cuanto menos, institución afín, el sujeto pasivo forzosamente será el titular de los mismos. Habrá, pues, que estar, en cada supuesto concreto, en orden a esa titularidad, a lo previsto por el derecho de familia.

Con anterioridad hemos visto que además de los *padres* pueden también detentar dichos títulos, de acuerdo con el derecho civil,

(57) Para A. Rocco, la familia es sujeto de intereses jurídicos distintos, respecto a terceros, de cada una de las personas que la componen. (Cfr. A. Rocco, *L'oggetto del reato*, Torino 1913, pág. 595). En el mismo sentido, BETTIOL, *ob. cit.*, página 533. En contra, F. ANTOLISEI, *Manuale, cit. (P. Sp.)*, t. I, 4.ª ed. Milano 1960, pág. 320, PISAPIA, *ob. cit.* pág. 98, entre otras.

(58) Cfr. PISAPIA, *ob. cit.*, pág. 233.

(59) Cfr. ANTOLISEI, *ob. cit.*, pág. 321.

(60) Así PISAPIA, *ob. cit.*, págs. 233-240, ANTOLISEI, *ob. cit.*, págs. 320-321.

otras personas en ausencia de aquéllos, o en atención a una decisión judicial. Dentro de esta hipótesis el único problema que pudiera presentarse sería el ya estudiado, desde la perspectiva de los sujetos activos del 484, que quedó resuelto en forma negativa por lo que a los padres se refiere, y cuyos razonamientos tienen perfecta aplicación para los diversos casos que pudiera imaginar en la temática del sujeto pasivo.

Es innecesario resolver la infinidad de concretos supuestos que pudieran imaginarse, y que harían el presente trabajo sumamente casuístico, por si ya no lo fuera en demasía. Se resolverán, lógicamente, de acuerdo con la genérica construcción que hemos hecho, tanto de los objetos como de los sujetos de las figuras delictivas estudiadas.

* * *

En todo momento hemos pretendido mantener, hasta el punto que ha sido posible, la condensación y esquematismo que debe presidir un tema de por sí fragmentario como son los de Parte Especial. Si hemos insinuado alguna cuestión, o al menos sugerido una posible solución, nuestro propósito ha sido cubierto con esta pequeña aportación en la que siempre ha presidido, y éste ha sido el principal deseo, una comprensión, estrictamente *jurídica*, de los artículos 484, 485 y 486.