

SECCION DOCTRINAL

La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores

ANTONIO QUINTANO RIPOLLES

La detención ilegal de cualquier clase de personas suele ya de antiguo determinar una especial cualificación, agravada, tratándose de sujetos pasivos menores y más concretamente niños. Las razones son múltiples y bien comprensibles: mayor facilidad en la comisión del delito, dada la mínima o nula resistencia de la víctima; las graves consecuencias que para los menores mismos y sus familiares puede acarrear la sustracción y, sobre todo, la conmoción y alarma que hechos de esta naturaleza provocan. Pero lo que técnicamente justifica la sustantividad es que en estos delitos, al contrario que en los de detención ilegal, no desempeña el consentimiento tan decisivo papel, pudiendo perpetrarse aun con su concurrencia, bien por la incapacidad del niño para consentir válidamente, bien en formas de inducción no imaginables en otras infracciones contra la libertad. Precisamente por ello ha llegado a ponerse en tela de juicio en muy importantes sectores de doctrina, y aun de legislación, la pertenencia del delito de sustracción de menores al grupo de los de contra la libertad. A lo que contribuye asimismo el propio nombre de *sustracción*, que parece aproximar la tipología a la patrimonial, alejándola de los ordinarios cauces en que discurre la delincuencia contra la libertad. Hay en ella, en efecto, una especie de mutación de dominio, sustituyéndose el del aprehensor al de los padres o guardadores, así como una efectiva *abductio*, que en la detención puede no darse, si se realiza *in situ*.

En la doctrina alemana antigua fué МЕРКЕЛ uno de los que más directamente propugnaron la separación de la sustracción de menores o *Kinderraub* del ámbito de las infracciones contra la libertad, para situarla entre las atentatorias a los intereses familiares, sistemática que modernamente acoge WELZEL (1). En lo legislativo la han adoptado, entre otros, los Códigos de Italia (en arts. 573 y 574 del Título XI, "Contra la familia") (2), Dinamarca (art. 215), los de la postguerra de Checoslovaquia (art. 209) y Yugoslavia (art. 194) y los hispanoamericanos de Brasil (art. 120) y Perú (art. 120). Más reciente-

(1) WELZEL: *Das deutsche Strafrecht*, 4.^a ed., Berlín, 1954, pág. 239.

(2) Con ello el Código Rocco ha modificado la sistemática del Zanardelli, que situaba el delito entre los de "contra la libertad" al modo tradicional.

mente aún, acatan la modificación el Anteproyecto argentino de Soler (arts. 182 y 183) y en parte el Proyecto alemán (en parág. 196, aunque el secuestro con fines de lucro o *Erpresserischer Kindesraub* permanece en el Tít. IV de contra la libertad) (3).

Aun reconociendo la fuerza de algunas de las razones aludidas en favor del radical cambio de sistemática, nos las creo plenamente convincentes, siendo preferible mantener la tradicional que sigue el Código español, como la mayoría de los vigentes que conocen un título para los delitos contra la libertad. Al fin y al cabo, el menor y aun el niño son personas, con esferas de libertad, limitada sin duda, pero reales, singularmente la de movimientos, y cuando no es así, los padres o guardadores la ejercitan en su nombre por una especie de delegación temporal, cuyo desconocimiento en la sustracción es asimismo atentatorio a la libertad de dichas personas, la de decidir provisionalmente de los destinos del menor. De no ser así, habría que prescindir igualmente de la calificación de detención ilegal o de secuestro sobre mayores incapaces y considerar que el objeto del delito no es su libertad, sino la autoridad del familiar o del establecimiento en que estuvieren. 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. Que así no es en el derecho moderno se prueba manifiestamente si se tiene en cuenta que en las sustracciones de inducción, esto es, en las consentidas por el menor, nadie ha pensado en incriminar la conducta de éste como coautor, lo que de aceptar la tesis de lesión a la patria potestad o a la autoridad familiar sería perfectamente lógico.

No se niega, con lo dicho, que en los delitos de que aquí se trata se menoscaben 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. De ahí que los teóricos alemanes modernos partidarios de la sistemática tradicional, como MEZGER y MAURACH, la argumenten sobre la objetividad diciendo que en la sustracción de menores el objeto material del delito (*Angriffsobjekt*) es el menor mismo, aunque el jurídico (*Rechtsgut*) lo sea la patria potestad (4). Un exceso de análisis y sutileza en esta materia conducirían a un pernicioso fraccionamiento del tipo, como en parte ha sucedido en el Proyecto alemán, perdiéndose el con-

(3) En ésta como en otras materias, el Proyecto alemán de la Gran Comisión se ha inspirado en el Código federal suizo; que asimismo trata por separado, como delito contra la libertad (siéndolo en rigor más bien contra la propiedad), en su art. 185 la sustracción de menores para explotarlos o exigir rescate, y en el 220, como contra la familia, la mera sustracción del dominio paterno o tutelar. Dispersión poco aconsejable, sobre todo en lo didáctico.

(4) MAURACH: *Lehrbuch. Bes. Teil*, parág. 16, III.

tacto con las modalidades delictivas más afines. Lo que no es óbice para el reconocimiento de su autonomía dentro del marco suficientemente amplio del título de contra la libertad. Tan evidente es esto que, en la propia Italia, pese a la reforma legal, autores como FLORIAN y MANFREDINI insisten en la conveniencia de su adscripción a los fines didácticos.

La especialidad de la sustracción de menores, pese a este nombre, suele restringirse en la mayoría de los Códigos a un tope de edad muy por bajo del asignado a la mayoría civil, al menos para las formas más graves. Uno de sus objetos más obvios es el de la agravación en relación con las detenciones ilegales o sustracciones de mayores, aunque paradójicamente esto no ocurra en el Código español por un inconcebible defecto de-coordinación entre las tipologías. Conforme a él, en efecto, la sustracción de un niño menor de siete años es menos severamente castigada que la de persona mayor cuyo encierro durare más de veinte días, puesto que en este supuesto la pena prevista es la de prisión mayor y multa, conforme al número 1.º del artículo 481, mientras que tratándose de un niño el 484 prevé únicamente la primera de dichas sanciones. Al examinar dogmáticamente el asunto veremos las posibilidades que se brindan para paliar o soslayar esta y otras anomalías.

Como en el caso de detención ilegal hay que descartar del de sustracción en nuestro derecho las modalidades referidas a menores hembras de sexo femenino con propósitos deshonestos, integrantes del delito de raptó del artículo 440, así como las lucrativas persiguiendo rescate, incluíbles en el robo ordinario del número 2.º del artículo 501, cuando no en el 5.º de la Ley de Orden Público de 1960, de preferible aplicación siempre por el principio de especificidad.

En los países en que no se conoce una modalidad típica de robo con finalidades de rescate se ha hecho necesario crear una específica para el supuesto de verificarse sobre niños, que es el supuesto real más frecuente a la vez que el más odioso. Así ha surgido el delito ya internacionalmente conocido bajo la denominación angloamericana de *Kidnapping*, que al igual que el secuestro tiene netas características penales y criminológicas mucho más afines a lo patrimonial que a los atentados contra la libertad de las personas, que es simple medio para la obtención de un lucro ilícito. Constituyendo en el antiguo derecho americano de *Common Law* delito menos grave (*Misdemeanor*), ciertos casos sensacionales, sobre todo el secuestro del hijo del aviador Lindbergh en 1932, hizo elevarlo de categoría, a la de *Felony* en casi todos los Estados de la Unión, frecuentemente con la previsión de la pena capital, aun en el caso de no sobrevenir la muerte del secuestrado. Este fué, asimismo, el tenor de la ley alemana de 22 de junio de 1936, que introdujo en su Código el parágrafo 239, con pena única de muerte por el solo hecho de la sustracción con ánimo de rescate (5).

(5) El excesivo rigor de algunas leyes americanas y de la alemana de 1937, señalando como pena única la de muerte en todo caso, se ha acreditado contra-

En cambio, la ley francesa de 14 de enero de 1937, modificando al efecto el artículo 355 del *Code*, sólo prevé la última pena en el supuesto de sobrevenir la muerte del menor. Preceptos de esta naturaleza serían innecesarios en nuestro derecho, tanto por la presencia del delito complejo de robo con homicidio como por la de robo mediante rescate, doblemente incriminado en el Código común y en la mentada ley especial.

LA VERIFICADA POR LOS PROPIOS PADRES

Descartadas por el principio de especificidad tanto de la sustracción deshonesta como de la lucrativa de rescate, queda por considerar otra todavía más frecuente y de muy distinto tenor moral, aunque entre de lleno en la tipicidad asignada a la sustracción de menores. Me refiero a la llevada a cabo sobre sus propios hijos por alguno de los padres que hubiere sido privado legalmente del ejercicio de la patria potestad. A nadie se le oculta, y el asunto apenas merece ser discutido en este aspecto, la dimensión humana que muchas de estas "sustracciones" entrañan, al moverse el padre o la madre que la perpetrarían por uno de los más nobles e innatos impulsos de atracción a la propia prole de que le separaron normas, justas quizá, pero, al fin y al cabo artificiosas, de la autoridad civil, en colisión con las de la naturaleza, en cierto modo. Que con todo y con eso el hecho no deba quedar impune, no creo que haya nadie que lo sostenga, al menos como tesis general, lo que equivaldría a privar de sanción el quebrantamiento de nuevos derechos y situaciones jurídicamente protegidos, pero sí cabe dudar y aun negar que tales supuestos guarden relación, a no ser en la mera dinámica material, con el clásico odioso "robo de niños" que paradigmáticamente sirvió para construir el tipo en las legislaciones tradicionales. La dificultad mayor estriba en encajar la situación jurídicamente en las mismas, dado que, como es sabido, las motivaciones atípicas únicamente sirven para operar en el campo periférico de lo circunstancial, que en el presente caso parece harto insuficiente. Creo, pues, útil una mayor insistencia en el tema, que bien lo merece desde todos los aspectos que se le considere.

A las obvias consideraciones ético-sentimentales cabe, ya en el terreno de la fría técnica, añadir un argumento que me parece de interés y aun digno de prevalecer, llegado el caso, en el terreno de la práctica. Es el de que en la hipótesis que ahora se contempla no hay, en puridad de principios, una lesión ni riesgo para la libertad del menor, que deja de ser objeto material y jurídico de la infracción, y aun

—
 producte y aun peligrosa para la seguridad del menor raptado, ya que ante la perspectiva de incurrir en todo caso en la pena capital, puede el raptor optar por deshacerse de su víctima. El parág. 239 del Código alemán ha sido asimismo reformado por la Ley de 4 de agosto de 1953, castigándose el hecho con la pena mínima de tres años de presidio. En el francés figura la pena capital únicamente de sobrevenir la muerte del niño.

sujeto pasivo de ella, al menos si consintiere, para proyectarse íntegramente la acción *contra* el titular legal de la patria potestad o tutelar, o bien *contra* la autoridad que pronunció la decisión quebrantada. Aquí sí que estaría justificada la sistemática italiana de referencia a los intereses familiares, aunque asimismo se tratare de los de libertad del titular, pero que en el caso de vulnerarse un mandato judicial íntegra el hecho es la desobediencia del artículo 388. Algunos Códigos, fieles al sistema tradicional, se han visto obligados a reformar sus preceptos relativos a la sustracción de menores limitándose a crear modalidades atenuadas en beneficio de los padres; así los de Bélgica (art. 369 bis, por ley de 15 de mayo de 1912), Francia (art. 357; por la de 28 de junio de 1945), la propia Italia (art. 574) y Brasil (artículo 249, núm. 1).

En los ordenamientos en que no consta de modo expreso la especialidad, la letra de los preceptos reguladores de la sustracción de menores parece irremisiblemente imponer indiscriminadamente su aplicación, cualesquiera que fueren los sujetos activos o los móviles que les impulsaron. Tal ha sido, aun lamentándose casi siempre, la opinión científica más generalizada en los países cuyos Códigos no acogieron la reforma; también en España la de CUELLO CALÓN, que echa de menos un precepto atenuatorio como el de la ley francesa, sin lo cual no ve otra solución que la de indirecta atenuante por la altura de móviles el duro tenor del artículo 484 de nuestro Código (6).

A pesar de las dificultades que el caso ofrece, ya he anticipado como es factible, al menos en pura teoría, el desplazamiento del delito de sustracción del artículo 484 al de desobediencia del 237, o bien al de coacción del 496, basándome para ello, én primer término, por la especificidad del dolo. Terreno en el que la solución es posible si se tiene en cuenta que en el hecho se trata no ya de móviles determinantes, sino de propósitos finales afectando de modo inequívoco a la culpabilidad de cada infracción, de naturaleza tan distinta. La jurisprudencia española ha mostrado el camino en una antigua pero valiosa S. de 13-VI-1882, al calificar de coacción el apoderamiento de un niño llevado a cabo por su padre contra la voluntad de la madre a quien correspondía la patria potestad. Igualmente pudo haberse acudido a la calificación de desobediencia, pues ambas soluciones son correctas y, desde luego, su preferencia dependerá de las características del caso concreto, pues la desobediencia sólo será posible mediando previo y personal requerimiento, y la coacción interviniendo violencia para privar al titular del ejercicio de su derecho. Pero lo que aquí conviene puntualizar es que lo que no hay es precisamente el delito de sustracción, por ausencia de ataque a la libertad o seguridad del infante, pues no hay que olvidar que el precepto del artículo 484 no figura aislado, sino inserto en el Título, afectando a tales infracciones y no a las que vulneran o arriesgan mandatos autoritarios o intereses civiles familiares.

(6) CUELLO CALÓN, t. II, pág. 713, nota 5.^a *in fine*, donde tacha la solución española de extremada severidad.

Y no se diga que el ánimo de sustraer o *animus abducendi* bastaría, porque, en verdad, mediante él no se acredita más que un simple hecho natural carente de contenido jurídico, que sólo le presta el dolo finalistamente dirigido. Tomar un niño y cambiarlo de lugar puede igual ser un rapto que un robo violento, una efectiva sustracción o bien, en el caso que nos ocupa, una coacción o una desobediencia; y sin ánimo final alguno puede muy bien no constituir delito, de no encarnar en tipicidad alguna, como, por ejemplo, si se tratase meramente de dar un paseo o de mostrarle un inocente espectáculo.

Para concluir este tan asendereado tópico, he de aludir a un texto penal positivo bien concreto del propio Código, a menudo olvidado, como lo suelen ser los de su Libro tercero, en que se hallan no pocas claves de las tipologías del segundo. En el número 16 del artículo 584 se castiga con la pena de arresto menor o multa de 50 a 500 pesetas a *los padres, tutores o guardadores suspensos en el ejercicio de la guarda y educación de un menor que, sin llegar a incurrir en el delito de desobediencia, quebrantare un acuerdo adoptado por el Tribunal Tutelar en el ejercicio de su facultad protectora apoderándose del menor, sacándole de la guarda establecida por dicho Tribunal...* La referencia excluyente al delito de desobediencia, sin mentar para nada el de sustracción de menores, que parece ser el que procedería vista la identidad de dinámica material, me parece suficientemente elocuente a este respecto. Y que el precepto se refiera concretamente a los acuerdos del Tribunal Tutelar en nada obstaculiza que la solución de desobediencia fuere la aplicable en el supuesto de que el acuerdo vulnerado fuere judicial con mandato expreso y directo al infractor. Lo que sí importa y es decisivo hacer notar es que el “apoderarse” o “sacar de la guarda” a un menor, que vale tanto como “sustracerlo” en el sentido material de la expresión, no constituye otra cosa que lo que allí se dice, esto es, “quebrantamiento de un acuerdo”, jamás una “sustracción de menores” en la acepción jurídico-penal de la expresión.

LA SUSTRACCION DEL MENOR DE SIETE AÑOS

El artículo 484 del Código penal establece una de sus más lacónicas tipologías, en la que apenas puede hablarse de tal, dada su imprecisión, al decir que: *La sustracción de un menor de siete años será castigada con la pena de presidio mayor*. Aunque, en principio, el laconismo pueda ser aconsejable en la técnica legislativa, dista mucho de serlo cuando contrasta con otros preceptos paralelos de acendrado causticismo, como son los utilizados sobre detención ilegal, lo cual provoca graves dificultades de acoplamiento y proporción. Ya de por sí es suficientemente anómalo que las penas asignadas a la sustracción de menor de siete años en el artículo 484 y a la detención ilegal de cualquier persona mayor de dicha edad, por lo tanto, en el tipo básico del 480, sean prácticamente las mismas, puesto que la distinción entre

la de presidiales y prisionables es meramente nominal. Pero lo que resulta verdaderamente incomprensible es que durando más de veinte días la detención del mayor merezca sanción más grave, con arreglo al número 1.º del artículo 481, que la del niño en iguales condiciones, por lo que la condición infantil viene a suponer un privilegio para el aprehensor. Otro tanto puede decirse de las demás cualificaciones agravatorias contenidas en dicho artículo 481, inaplicable naturalmente a la sustracción de menores. Y lo que es aún más absurdo, que tampoco sea aplicable a ésta el supuesto del artículo 483, de no dar razón del paradero del detenido, pues aunque en el artículo 485 se estipule un supuesto semejante, luego veremos cómo no comprende a la sustracción propiamente dicha, sino a la infidelidad en la guarda del menor (7).

De otra parte, aunque bien lacónica la disposición, es sumamente restrictiva en el señalamiento del tope de edad, circunscrita al menor de siete años, apenas sin precedentes en el derecho comparado (8), y aun en el nuestro, donde el cómputo para el consentimiento de la mujer en materias sexuales para tipificar la violación en todo caso llega hasta los doce años (en el núm. 3.º del art. 429).

Consecuencia inmediata del señalamiento de edad tan temprana es que no se prevean, por innecesarias, formas comisivas de violencia ni aun de engaño, y que para nada cuente el consentimiento de la criatura, plenamente incapaz a todos los efectos.

También es indiferente la cualidad de la persona en cuyo poder, tenencia más bien, se encontrare el niño sustraído, no mencionándose para nada la de parentesco o guarda, como en los demás artículos. La S. de 14-III-1893 calificó de sustracción el apoderamiento de un niño que se hallaba confiado a una nodriza, llevada a cabo por la amante del padre, con el fin de que éste réanudase con ella sus interrumpidas relaciones amorosas. 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 al acogerlo, aun incumpliendo las formalidades legales de la adopción. Sin embargo, si el niño tuviere una cierta capacidad de discernimiento, aun siendo menor de siete años, y se opusiera

(7) En el Código de 1870 figuraba a continuación un capítulo cuarto, común a la detención ilegal, sustracción y abandono, en cuyo art. 503 se estipulaba genéricamente la agravación de no dar cuenta del paradero del ofendido. Dentro de la técnica, siempre reprobable, de las tipologías de mera sospecha, esta disposición era, por lo menos, lógica al parigular las situaciones y las responsabilidades, actualmente dispersas y con inexplicable diversidad de trato.

(8) En Europa creo que sólo la repite Portugal (art. 342), siendo lo más común hacer coincidir el tope penal con el de la minoría civil. Donde se señalan límites más bajos son siempre superiores a los del Código español; así, catorce años en Italia (art. 573), dieciséis en Suiza (art. 185) y diecisiete en Polonia (art. 199). En Hispanoamérica, donde en general domina un criterio legal restrictivo, el Código argentino señala la edad de hasta diez años (art. 146), y el uruguayo, la de dieciocho (art. 203).

a seguir a su indeseado benefactor, se darían todos 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.

Por descontado que siendo el trasfondo de la antijuricidad del delito de sustracción de menores una ilicitud de naturaleza originariamente civil, el tenedor de la potestad superior no perpetra el delito sustrayendo al menor del que sólo tuviere una de rango inferior o meramente de hecho. Así, por ejemplo, el padre no separado de su mujer que sustrajere el hijo a la madre, o la madre a otro pariente o al criado, etc.

La dureza de la pena y aun el detalle de preferirse la de presidio a la de prisión, que suele ser signo, siquiera nominal, de la delincuencia por naturaleza o motivaciones abyectas, son datos elocuentes para comprender cómo en el ánimo del legislador se tuvieron presentes, antes que nada, los clásicos robos de niños por gitanos o saltibancuís, a que hacen expresa mención los antiguos comentaristas, ПАСИЕКО y VIADA, notablemente. Esa histórica consideración, en la vida actual un tanto arcaica, es la que ha motivado en los ordenamientos más recientes la revisión de conceptos, separando las tipologías con arreglo a móviles o propósitos, desde la de máxima gravedad del rescate a la mínima de burlar una disposición judicial de custodia. En el relativamente unitario precepto del artículo 484 apenas si quedan fuera del tipo el rapto sexual y el robo mediante rescate, pero no quedan excluidas otras posibilidades de semejante innoble tenor. La del ánimo de lucro, por ejemplo, si no se verificase por el procedimiento del rescate, sino por la explotación del menor mismo, o de carácter sexual tratándose no de hembra sino de varón, lo que imposibilitaría la tipicidad del rapto, la de venganza transversal contra los padres y tantas más que justifican sobradamente la dureza del precepto. Pero que, a *contra sensu*, vienen a corroborar la tesis de su improcedencia al no mediar en la sustracción material finalidad alguna atentatoria a la libertad o seguridad de la criatura, como es el caso de la efectuada por el padre desposeído de su potestad sobre el hijo, pero no del amor que le impele a querer disfrutar de su compañía, cuestión ya suficientemente debatida teórica y dogmáticamente bajo el epígrafe anterior.

LA NO PRESENTACION SIN EXPLICACION DE PARADERO

El tipo de sustracción del artículo 484 que acabamos de examinar implica por exigencias de su propio *nomen* una acción ejecutiva activa de apoderamiento, de *abductio de loco ad locum*, como decían los antiguos tratadistas, en perfecta asimilación a las sustracciones patrimoniales. Se creyó necesario completarlo, ya desde el Código de 1848 (en su art. 399), creando una paralela modalidad omisiva, pasiva más bien, en que se incriminase la infidelidad del encargado de la perso-

na del menor que no lo presentare a sus padres o tenedores de la potestad legal, sin dar explicaciones satisfactorias de su desaparición. Viene así a reproducirse, *mutatis mutandi*, la tipicidad de la apropiación indebida frente al hurto, ostentando como ella la característica de licitud originaria en la posesión (de cosa en lugar de niño).

Nada habría que objetar a la previsión legal si se limitare, como ocurría en los Códigos de 1870 (art. 499) y 1932 (art. 478), a prever para la forma pasiva igual sanción que para la activa, pero es el caso que en la reforma de 1944 se ha construído una nueva extraña cualificación agravatoria de tipo de sospecha o presunción de muerte pareja a la existente en torno a la detención ilegal sin razón de paradero, del artículo 483. Una y otra figuraron juntas, con el aditamento del supuesto de abandono de niños, en el común artículo 503 del Código de 1870, suprimido, en cambio, en el de 1932. Al restablecerse en el vigente, no del modo unitario tradicional, sino por separado en cada tipología, se ha cometido la grave incongruencia de prever la cualificación, en este caso sólo para las sustracciones de menores impropias de tipo pasivo incluídas en el artículo 485, y no para las de activo del 484, con lo que el dislate es aún más manifiesto por la desigualdad de trato que supone.

Veamos el texto del artículo 485: *El que hallándose encargado de la persona de un menor no lo presentare a sus padres o guardadores ni diera explicación satisfactoria acerca de su desaparición, será castigado con la pena de reclusión menor*. De su mera lectura se desprende, sin lugar alguno a dudas, que la agravación se circunscribe de modo exclusivo el encargado de la persona y no al raptor, lo que resulta, por lo menos, insólito. También lo es la dureza de la penalidad prevista, la misma que para el homicidio doloso. La explicaba GROIZARD, aunque entonces la pena era la misma que la asignada al hecho efectivo de sustraer, aludiendo al argumento no demasiado convincente del grave abuso de confianza que la infiel custodia presupone; pero para ello hubiera debido precisar que en la desaparición interviniese la voluntad o al menos la negligencia por parte del encargado, que para nada se menciona en el texto. Su tenor es tan objetivo y de resultado que, con arreglo a su literalidad, comprendería al director del colegio, que, habiendo desaparecido de él un alumno, no pudiese dar razón de su paradero. Ante lo absurdo de esta conclusión se ve bien a las claras que el objeto del precepto, bien torpemente enunciado, es sancionar nuevamente una presunción de homicidio o al menos de encubrimiento, al modo de las previstas para la detención ilegal, el rapto sexual o el abandono de niños. Presunción recusable, como lo son todas las de esta especie, como acontece en el parejo precepto del artículo 483. Por cierto que concordándose con el del 485 se evidenciaría una nueva falta de coordinación, pues si para la desaparición de un detenido mayor de edad se asigna la pena de reclusión mayor, es incomprensible que para la del niño sea únicamente la de reclusión menor. Si lo que se persigue es castigar un supuesto de ase-

sinato encubierto, la sanción parece demasiado benigna, pero si lo que se pretende es sancionar una conducta negligente y aun una mera falta de información, resulta monstruosamente dura. Sea como quiera, el artículo 485 cuenta entre los más desafortunados de nuestra legislación penal. Lo que aconseja restringir en lo posible su aplicación a casos extremos de mala fe en la no presentación que evidencien en el encargado una participación en la desaparición del menor y aun su probable muerte. Excluyéndole los más corrientes supuestos de negligencia en la guardería, que de dar origen a alguna responsabilidad criminal habría de ser por el camino de la imprudencia. Así parece ocurrir en la práctica judicial, como lo prueba la total ausencia de jurisprudencia sobre el caso, bien que habrá sobradas ocasiones de fugas o accidentes en los establecimientos docentes o benéficos sin que siempre sea dable aportar por los encargados explicaciones satisfactorias. Otro tanto sucede en Francia, de cuyo Código (artículo 345, párrafo 4.º) pasó en parte el malhadado precepto a los nuestros, siendo en unos y otros letra muerta (9).

Desde luego, es menester para la efectividad del tipo la doble conducta de no presentar y de no dar las explicaciones acerca de la desaparición, no siendo suficiente cualquiera de ambos supuestos. Parece ser que lo "satisfactorio de las explicaciones" ha de referirse al Tribunal, aunque es claro que en la práctica, si los padres o tenedores de la potestad así lo estimaren, no habría lugar a entablarse procedimiento judicial, teóricamente siempre posible, sin embargo, por tratarse de un delito perseguible de oficio.

Tanto en el artículo 485 como en el siguiente no vuelve a hacerse referencia a una determinada edad del sujeto pasivo, usándose tan sólo la expresión de *menor*. PACHECO confesó ya sus dudas a si con ello quiere la ley referirse a la minoría de edad civil o si sigue en pie la referencia del artículo 484 a los menores de siete años, pareciéndole este límite demasiado reducido y el otro sobradamente amplio; en la disyuntiva 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 acogido con favor por TEJERINA y PUIG PEÑA. La opinión más común, y creo que la sola ajustada a Derecho, es ya desde GROIZARD la de atenerse a la minoría civil, fijada en los veintiún años, como es sabido, por el artículo 320 del Código civil, modificado por Ley de 13 de diciembre de 1943. Como quiera, sin embargo, que esta edad tiene una impor-

(9) GARÇON: *Code*, art. 345, f; figura también en el Código noruego (artículo 344) y en algunos americanos, como el chileno (art. 355) y de Defensa social cubano (art. 450, b). En cambio, es más excepcional la previsión de encubrir o albergar menores evadidos, tipificada en el art. 280 del Código húngaro, en parte reproducida en el 149 del argentino. ("Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que ocultare a las investigaciones de la justicia o de la policía a un menor de quince años que se hubiere sustraído a la potestad o guarda a que estaba legalmente sometido. La pena será de seis meses a dos años, si el menor no tuviera diez años.")

tante excepción, precisamente para abandonar la casa paterna, referida a las mujeres menores de veinticinco años, salvo para contraer matrimonio o ingresar en institutos religiosos (art. 321 del mismo cuerpo legal, asimismo reformado por Ley de 20 de diciembre de 1952), se plantea la cuestión de si frente a tales personas serán aplicables los preceptos penales de sustracción. Creo que la negativa se impone, no solamente por razones de la exégesis restrictiva propia de lo penal, sino porque al castigarse el rapto consentido de mujer con propósitos deshonestos en el artículo 441, se fija como tope máximo el no haber cumplido veintitrés años. No haciéndose así en los 485 y 486, en los que tan sólo se mienta la minoría, es la civil ordinaria la que debe prevalecer. Por las mismas razones ha de desecharse la aplicación de tales preceptos penales a los menores legalmente emancipados y, por ende, a las mujeres casadas.

SUSTRACCIÓN POR INDUCCIÓN

La última y más benigna tipología del capítulo es la descrita en el artículo 486 en la forma siguiente: *El que indujere a un menor de edad, pero mayor de siete años, a que abandonare la casa de sus padres, tutores o encargados de su persona, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 1.000 a 10.000 pesetas.*

Difícilmente ha de considerarse esta figura delictiva como atentatoria a la libertad de los menores, puesto que, en definitiva, de lo que se trata es en el hecho es de liberarlos de una potestad ajena, legítima, sin duda, pero que indudablemente coarta su albedrío. Tampoco puede decirse que dañe o arriesgue su seguridad, que en ocasiones puede estar mejor garantizada en el domicilio ajeno que en el propio, por ejemplo, si se sustrae al menor de un ambiente mísero o vicioso. A este propósito sería interesante resolver el caso, no demasiado inverosímil, en que la inducción tuviere finalidades filantrópicas o morales. Algunas de ellas pudieran en determinadas ocasiones ampararse en la justificación del estado de necesidad, pero fuera de ellas no veo manera de alegar con éxito otra circunstancia que la atenuante de motivaciones morales o altruistas, 7.^a del artículo 9.^o

La sustracción consentida, que a ello equivale la de inducción de este artículo, vulnera la libertad de disposición inherente a la patria potestad, o a la tutela en su caso, aunque no puede excluirse tampoco mediante tal término una cierta deformación de la de los propios menores, que por el hecho de serlo se estima por la ley que su voluntad es más fácilmente captable, por lo que su consentimiento así logrado padecería una especie de vicio por falta de espontaneidad.

Comentando el precepto decía con evidente error PACIBCO que “hasta la edad de siete años estima la ley que el menor puede ser *sustraído* de casa de sus padres o tutores, pero después de esa edad no se admite la sustracción pero se reconoce y pena el consejo de la

fuga" (10). Que no pueda sustraerse al mayor de siete años, no lo dice ni puede decirlo ninguna ley, que se limita a someter tales personas al régimen ordinario de la detención ilegal. Lo que sí hace el artículo 484, coordinado precisamente con el 486, es equiparar el menor de siete años, en todo caso, al inconsciente o incapaz de consentir, no ya de derecho, sino de hecho, como en la violación o el rapto para las hembras menores de doce. Lo que sí es de acoger en la crítica de PACHECO es lo referente a la escasa cuantía de la edad, que sitúa en el mismo plano la inducción sobre un niño de ocho años y la de un hombre de veinte. Defecto, por lo demás, inherente a todo casuismo, que el juzgador deberá corregir mediante una exacta estimativa del impulso de la inducción en los respectivos casos, ya que en algunos podrá acreditarse suficiente la entrega de unos caramelos y en otros se precisarán estímulos de mucha mayor eficiencia.

Queda por dilucidar el significado que procede dar al subjuntivo *indujere*, que recuerda inmediatamente la modalidad de autoría del número 2.º del artículo 14. Como en ésta la inducción ha de ser directa y de probada eficacia para decidir el ánimo del inducido, y así un simple consejo no parece suficiente, a no coincidir con una extraordinaria autoridad de quien lo presta o de muy temprana edad e inesperienza de quien lo recibe. Asunto a dilucidar ante el caso concreto. De ningún modo puede asimilarse a la inducción directa, los malos ejemplos, lecturas, espectáculos o prédicas susceptibles de determinar la fuga del menor, pero que específicamente no se encaminaron a dicho fin. Tampoco la mera coincidencia de voluntades, sin influjo concreto de una sobre otra, aunque se produjesen en otros planos de ayuda ajenos a la inducción, por ejemplo, si se acompañase al menor en su fuga o se le facilitaren medios, porque no existe un delito de fuga propiamente dicho. Por esa misma razón el inducido no incurre nunca en responsabilidad criminal, siendo así que de tratarse de un delito autónomo la del inductor no le eximiría de la propia. Con lo cual, como ya dije, se patentiza que nos hallamos ante una infracción para la salvaguarda de los intereses del menor, no los de la patria potestad *more italico*, como algunos autores españoles estiman.

En el extremo opuesto de eficacia, no puede tampoco considerarse inducción imposiciones coactivas físicas o morales, cuya presencia harían entrar en juego los preceptos de la detención ilegal, en los cuales no se prevé, en cambio, formas consensuales, ni siquiera las de inducción. El engaño mismo creo que produciría los mismos efectos, dado que mediante él no se influye en la voluntad, sino que se la suelta al viciar el consentimiento.

Es de toda evidencia, en cambio, que el consentimiento del titular de la guarda del menor o de quien ostentare potestad superior sobre su persona, con arreglo a las realidades del hecho o a las normas civiles, en su caso, eliminaría la antijuridicidad. La del tipo del artículo 486, se entiende, puesto que la inducción de tales personas sobre el

(10) PACHECO, t. III, pág. 255.

ánimo del menor a ellas sometido pudiera integrar el de abandono de familia o de niños, donde entran ya en juego intereses morales o materiales de seguridad en que para nada cuenta la libertad del sujeto.

Al margen del Código, una ley especial un tanto olvidada, la de Ejercicios peligrosos de la infancia, de 26 de julio de 1878, contiene una modalidad sensiblemente agravada de la sustracción de menores por inducción, bien que comprendiendo únicamente a los que no hubieren cumplido dieciséis años. En su artículo 1.º, núm. 5.º, se castiga (con prisión correccional en su grado mínimo y medio y multa de 125 a 1.250 pesetas) a “los que induzcan a un menor de dieciséis años a abandonar el domicilio de sus ascendientes, tutores, curadores o maestros para seguir a los individuos de las profesiones indicadas en el número 2.º o a los que se dediquen habitualmente a la vagancia o a la mendicidad”. Dicho número 2.º enumera un copioso y heterogéneo elenco de tales profesiones, tales como las de acróbatas, gimnastas, funámbulos, buzos, domadores de fieras, toreros, directores de circos u otras análogas que empleen niños de la mentada edad en las representaciones y que no fuesen hijos suyos (11). Llegando a tal edad y no alcanzando la mayoría civil, la inducción de este género se inculpará conforme al artículo 486 del Código, que para nada menciona el destino ulterior del menor inducido, bastando con el abandono del domicilio paterno.

(11) La Fiscalía del T. S. recordó en su Circular de 21 febrero 1893 la vigencia de dicha ley y la precisión de que fuere aplicada. Ya alguna vez, respecto a ella, se ha puesto de manifiesto la graciosa incongruencia que supone considerar el oficio de buzo como susceptible de espectáculo.