

Consideraciones técnico-jurídicas sobre la «sustracción de menores»

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

Dr. MANUEL COBO

Profesor adjunto de Derecho Penal de la Universidad de Madrid

SUMARIO: *Primera parte.*—I) Observación general.—II) Planteamiento del tema y reflexión acerca del «bien jurídico».—III) El bien jurídico: A) La libertad como bien jurídico. Crítica. B) La seguridad como bien jurídico. Crítica. C) El bien jurídico protegido en la «sustracción de menores». 1. Premisa: socialización de los derechos individuales. 2. Justificación y formulación del bien jurídico.

I) OBSERVACIÓN GENERAL.

Las razones que me han movido a escoger el tema presente (I) son varias. Quizá fuese la primera el olvido en que se encuentran los problemas que ofrece la Parte Especial, que hacen se halle, en el mejor de los casos, en una fase puramente exegética, como agudamente explanara, entre otros, F. Grispigni (2). El

(1) Ponencia desarrollada en el Seminario de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, completamente reelaborada para su publicación. (Curso 1959-60.)

(2) Así, F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. II, 3.^a ed., Milano, 1950, cap. I: «Dall'eségesi alla dommatica della Parte Speciale del Diritto penale», págs. V y sigs, 128 y sigs, y la bibliografía por él citada.—En el mismo sentido, F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale* (Parte Speciale). T. I. 4.^a ed. Milano, 1960, págs. 1 y sigs. y 10-13, especialmente.—De interés, PISAPIA, *Introduzione alla Parte Speciale del Diritto penale*, Milano, 1948, dedicada por entero al tema.—MEZGER atribuye su impopularidad, a pesar de su realismo, al exceso de materia, que impide ver lo que es esencial. Cfr. E. MEZGER, *Strafrecht*, vol. II (Besonderer Teil), (Ein Studienbuch), 4.^a ed. München-Berlín, 1954, pág. 1.—Vid también DEL ROSAL, *Reflexiones sobre el estudio de la Parte Especial del Derecho penal*, en «Rev. de Estudios Penales», t. I. Valladolid, 1942-43, págs. 1 y sigs.—JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. III, Buenos Aires, 1951, págs. 801 y sigs.—QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho penal*, vol. II, Madrid, 1958, págs. 1 y sigs., y la abundante bibliografía por ellos citada.—De gran interés, puesto que constituye una verdadera aportación y esfuerzo sumamente encomiable para elaborar científicamente la Parte Especial, la obra del prof. ORTEGO COSTALES, *Ensayo sobre la Parte Especial del Derecho penal*, La Laguna, 1959, completamente dedicada al tema.

anterior estado se agrava en nuestro caso, por cuanto carecemos en España de una obra, y ni siquiera un artículo, que aborde la problemática técnica de la sustracción de menores (3). Una última razón, entre otras muchas que no son del caso, dimana de la peculiaridad, sumamente censurable, de nuestro Código penal: la regulación legal es por demás defectuosa, conteniendo lagunas, presunciones de culpabilidad, graves errores técnicos, que engendran, o por mejor decir, engendrarían un sinnúmero de injustas situaciones.

Ha sido, pues, mi propósito plantear, siquiera de modo imperfecto, *concretos problemas* de una figura de delito de *nuestro* ordenamiento penal, teniendo en cuenta no sólo la utilidad que pudiera representar en orden a una futura reforma, sino también aplicar los conocimientos obtenidos de la Parte General, observar cómo revierten en un caso singular, adquiriendo con ello eficacia práctica y valor instrumental la postura mantenida frente a la teoría jurídica del delito (4).

II) PLANTEAMIENTO DEL TEMA Y REFLEXIÓN ACERCA DEL «BIEN JURÍDICO».

Bajo la genérica rúbrica de «Los delitos contra la libertad y seguridad» (Título XII del Libro II del Código penal) agrupa el legislador español diversas especies delictivas, contándose entre ellas la llamada «sustracción de menores», objeto de regulación en el capítulo II.

El mentado capítulo contiene tres artículos:

a) El 484, que castiga con presidio mayor la sustracción de un menor de siete años.

b) El 485, con reclusión menor, al 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.

c) Y, por último, el 486 pune con arresto mayor y multa de 1.000 a 10.000 pesetas al 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.

(3) El tema ha sido tratado de forma sintética en comentarios y obras generales. En la medida que representen interés para la mejor comprensión del presente trabajo serán traídos a colación. Cuando corregimos las pruebas de este artículo, se ha publicado en el anterior número del *Anuario*, un trabajo de QUINTANO RIPOLLÉS, titulado *La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores*.—Nos ocuparemos de él en el próximo número de esta Revista.—(Segunda parte de nuestro estudio.)

(4) Sobre este punto, así como para la *reciprocidad* entre ambas Partes, vid., además de la obras citadas en la nota 2, H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht* (Eine systematische Darstellung), 6.^a ed. Berlín, 1958, páginas 231-233, especialmente para el inicio del párrafo.—También, ORTEGO COSTALES, *Ensayo*, cit., pág. 14: «la parte especial debe ser concebida como una continuación o un capítulo de la parte general y no como algo

No se pretende agotar la total temática que los citados artículos ofrecen al intérprete e incluso algunas cuestiones ni siquiera serán aludidas. El presente trabajo tiene un ámbito reducido, acotado de propósito con la finalidad de conseguir una mayor simplificación y claridad. Será objeto de meditación, exclusivamente, la determinación de los *sujetos* de dichos delitos en su doble dimensión de sujetos activos y pasivos.

Ahora bien: no obstante la pretensión de limitación perseguida, hemos tenido que revisar algunos puntos referidos directamente con nuestro estudio. Unos, han funcionado a modo de instrumento metódico para llegar a la raíz de problemas que de otra forma tendrían una insatisfactoria solución técnica. Otros, quizá los más, han representado un papel negativo, delimitador del tema, proporcionándole una diferenciación con cuestiones que pudieran ser afines. Sin embargo, no todos ellos serán traídos a este artículo: sólo los que puedan ser utilizados al objeto de conseguir una mejor comprensión. En Derecho penal, como en cualquier otra disciplina jurídica, se ha de tender no a la erudición, sino al planteamiento de problemas y a la búsqueda de sus soluciones. Y ello por una razón fundamental: porque de la primera forma no se hará nunca ciencia, ni técnica, por muy buena fe que se ponga (5).

No ha sido mi intención, en momento alguno, apuntar, ni menos determinar, el significado y alcance del bien jurídico en su genérica formulación. Dicha cuestión es objeto de estudio en la Parte General (6). No obstante, es obligado tener presente, con vir-

opuesto a ella»; de interés, igualmente, las págs. 17-18.—Especial consideración en R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht* (Besonderer Teil), 2.^a ed. Karlsruhe, 1956, págs. 3-11. R. PANNAIN, *Manuale di Diritto penale*, II (Parte Speciale), t. I, Torino, 1957, pág. 2.

(5) De interés sobre dicha cuestión el *Prólogo* del prof. RODRÍGUEZ MUÑOZ a la *Teoría general del delito*, de F. CARNELUTI (trad. esp. de V. CONDE), Madrid, 1941, especialmente págs. XX-XXI, por sólo citar un pasaje, entre otro muchos, representativo de su pensamiento.

(6) En referencia con el desarrollo dogmático del bien jurídico pueden consultarse las obras que a continuación señalamos, que suponen una toma de posición frente a los problemas que ha venido planteando. Hemos preferido citar «Manuales» y «Tratados» —sin perjuicio de aludir, en lo menester, a trabajos concretos y especializados—, pues en ellos se observa, mejor que en otros, el ciclo total y funcionamiento del bien jurídico en una completa teoría jurídica del delito.

Vid., entre otras, DEL ROSAL, *Una nueva concepción del delito*, Granada, 1943, págs. 52 y sigs., para la dogmática alemana de la época nazi. Del mismo autor, *Derecho penal español* (Parte General), t. I, Madrid, 1960, págs. 313-315.—De interés, J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal* (Parte General), t. I, Madrid, 1949, págs. 180-183. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit. T. cit., págs. 87 y sigs. STAMPA BRAUN, *Introducción a la ciencia del Derecho penal*, Valladolid, 1953, págs. 97 y sigs. CUELLO CALÓN, *Derecho penal* (Parte General), t. I, 13.^a ed. Barcelona, 1960, págs. 270-271.—Una crítica, reduciendo su valor sistemático proyectado a la Parte Especial, en el interesante *Ensayo*, cit., del prof. ORTEGO COSTALES (págs. 70 y sigs.).—Recientemente una exposición en C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *La crisis del contenido sustancial del delito*, en «Anuario de D. P. y C. P.» T. XIII,

tualidad para todas las figuras delictivas, que su determinación es *necesaria*, aunque no la única ni en algunos casos la más importante (7). No quiere decir que se adopte una postura de crítica e inadmisión de su función en la parte especial: el presente trabajo es prueba de ello. Lo que sucede es que partimos y se tiene en cuenta su limitación, que hoy admiten sus más acérrimos partidarios (8).

En nuestro caso la concreción del bien jurídico adquiere im-
Fasc. III, Madrid, 1960, págs. 385 y sigs., y la abundante bibliografía por ellos citada.

En la literatura penal alemana, vid., entre otras, MEZGER, *Strafrecht*, cit., págs. 97 y sigs.—H. MAYER, *Strafrecht (Allgemeiner Teil)*, Stuttgart y Köln, 1953, págs. 50 y sigs.—De interés para su función en la Parte Especial, T. WÜRTENBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Karlsruhe, 1957, págs. 67 y sigs.—H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., págs. 2, 5, 57 y 232, entre otras. R. MACRACH, *Deutsche Strafrecht (Allgemeiner Teil)*, Karlsruhe, 1958, págs. 168 y sigs. También del mismo autor, *la Besonderer Teil*, cit., págs. 3-11. W. SAUER, *Derecho penal (Parte General)*, (trad. esp. de J. DEL ROSAL y J. CEREZO), Barcelona, 1956, págs. 57 y sigs. y 75. Del mismo autor, *System des Strafrecht (Besonderer Teil)*, Berlín, 1954, págs. 16 y sigs.—Recientemente, J. BAUMANN, *Strafrecht (Allgemeiner Teil)*, (Ein Lehrbuch), Bielefeld, 1960, páginas 109 y sigs., y la especial bibliografía por ellos citada.—Una crítica fortísima en base a postulados políticos, en la obra de colaboración, dirigida por H. GERATS, J. LEKSHAS y J. RENNEBERG, *Lehrbuch des Deutschen Demokratischen Republik*, Berlín, 2.ª ed., 1959, págs. 297 y sigs. (de Lekshas).

En la literatura penal italiana, PETROCELLI, *Principi di Diritto penale*, Padova, 1943, págs. 232 y sigs. PISAPIA, *Ob. cit.*, págs. 113 y sigs.—G. BETTIOL, *Diritto penale (Parte Generale)*, 4.ª ed., Palermo, 1958, págs. 139 y sigs., 221 y sigs., entre otras.—En tono crítico, y restringiendo su función en la Parte Especial, F. ANTONISEI, *Manuale di Diritto penale (Parte Generale)*, 4.ª ed. Milano, 1960, págs. 125 y sigs. Del mismo autor *la Parte Speciale*, cit. T. cit., págs. 13-18. C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, págs. 2 y sigs., y la bibliografía por ellos citada. Siempre de interés la obra de G. BATTAGLINI, *Diritto penale (Parte Generale)*, 2.ª ed. Bologna, 1940, págs. 91 y sigs.

Para la literatura penal sudamericana, vid., entre otras, además de la ya cit. de JIMÉNEZ DE ASÚA, SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, t. I, Buenos Aires, 1945, págs. 279 y sigs., 346 y sigs.—T. III (Parte Especial), Buenos Aires, 1945, págs. 11-15.—C. FONTÁN BALESTRA, *Manual de Derecho penal (Parte General)*, Buenos Aires, 1940, págs. 221 y sigs.—También *la Parte Especial*, t. I, Buenos Aires, 1951, págs. 15-16.—RICARDO C. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino (Parte General)*, t. I, Buenos Aires, 1959, págs. 249 y sigs.—VERA BARROS, *Sistema legal de clasificación de los delitos (Delitos contra la honestidad. Bienes jurídicos)*, en «Rev. Jurisprudencia Argentina», núm. 6.916, de 4 nov. 1957.—Extensamente, F. GRISOLÍA, *El objeto jurídico del delito*, sep. de «Rev. de Ciencias Penales», t. XVII, núm. 3, Santiago de Chile, 1959, y la bibliografía por ellos citada.

(7) Cfr. F. ANTONISEI, *Parte Speciale*, cit., t. cit., pág. 17. El mismo pensamiento en sus *Scritti di Diritto penale* («Il problema del bene giuridico»). Milano, 1955, págs. 97-129.—ORTEGO COSTALES, *Ensayo*, cit., págs. 70-75, entre otros.

(8) Vid. a modo de ejemplo, recientemente, el artículo de G. BETTIOL, *L'odierno problema del bene giuridico*, en «Riv. It. di Dir. e Proc. Pen.», 1959, pág. 714, cuando dice: «el bien jurídico no puede ser el único criterio en un sistema penal anclado al principio de legalidad» ... y más adelante

portancia, puesto que proporcionará inmejorables datos en la búsqueda de los sujetos activo y pasivo (9). Su estudio mostrará, sin embargo, al igual que el posterior referido a los sujetos, ese carácter *fragmentario* de la Parte Especial, inevitable en algunos casos, pese a los mayores esfuerzos (10).

Conocido el bien jurídico, o al menos concretado como hipótesis de trabajo, puede entonces contestarse a las preguntas de *quiénes* son sus titulares y *quiénes* pueden lesionarlo o ponerlo en peligro.

III) EL BIEN JURÍDICO.

¿Qué bienes jurídicos protege el legislador en los artículos 484, 485 y 486?

Pudiera decirse que a esta pregunta contesta el propio Código cuando los coloca bajo el título de delitos contra «libertad» y «seguridad» (11). Sin duda sería una cómoda solución, pero hasta cierto punto tan sólo satisfactoria. Debemos, por tanto, examinar si efectivamente «libertad» y «seguridad» funcionan como bienes jurídicos e intentar revisar, con el más limitado alcance, la doctrina de los autorizados penalistas que se han pronunciado en un sentido o en otro. Se ha sostenido que opera:

A) *La libertad como bien jurídico protegido.—Crítica.*

Veamos en qué forma (12):

1. Por algunos comentaristas se ha sugerido que la «libertad individual» es el bien jurídico protegido en la rúbrica «delitos contra la libertad y seguridad» (13), incidiendo en una afirmación

(pág. 716), «*todo el delito no está, por consiguiente, en el bien jurídico, pero el bien jurídico es indispensable a la noción del delito porque sin lesión de un bien de la vida social, el juicio de antijuricidad es imposible*».

(9) Pudiera haberse estudiado de acuerdo con otro concepto central; por ejemplo, el verbo núcleo del tipo —que ya de suyo es discutible en cada uno de los tres supuestos—, pero en nuestro caso difícilmente hubiera proporcionado una base unitaria y nos hubiéramos visto obligados a atomizar, excesivamente, el tratamiento de cada figura delictiva.

(10) Así, F. ANTOLISEI, *Parte Speciale*, cit., t. cit., pág. 13.—H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., pág. 232.—De interés, H. MAYER, *Strafrecht*, cit., pág. 56, entre otros.—Muy interesante, H. WELZEL, en *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, t. V. (Besond. Teil), Bonn, 1958, pág. 137, en su ponencia sobre la sistemática de la Parte Especial.

(11) De antemano, cabe decir, conforme se ha apuntado recientemente, y a la vista de parecido problema interpretativo, que «no basta el examen del epígrafe para desentrañar la materia que contiene, porque el derecho objeto de tutela no puede alcanzarse, en la mayoría de los casos, del solo concepto expresado en el *título*, sino a través del análisis de los aspectos concretos de ese bien jurídico contenido en las figuras que componen los capítulos que lo integran». Cfr., VERA BARRIOS, art. cit., pág. 1.

(12) Nos ocuparemos de las posturas que se han definido con caracteres más acusados, de forma expresa. Igualmente, serán tenidos en cuenta y citados en sus oportunos lugares, los autores que se han ido adhiriendo a las mismas.

un tanto ambigua, porque no singularizan, con sus límites precisos, la objetividad jurídica infringida, a pesar de la genérica afirmación que hacen en primer lugar (14).

2. Sumamente interesante es la tesis sostenida por el profesor Rodríguez Muñoz y Jaso Roldán, con fundamento en la formulación de Binding acerca de los delitos contra la libertad (15). Tras unas acertadas palabras de censura sobre el sistema seguido por el legislador español, afirman que la «sustracción de menores» representa el tránsito de los delitos contra la libertad a los delitos contra la voluntad (16). Entienden la libertad a modo «status» que garantiza la libre actuación de la voluntad y de resolución de la misma (17). Ahora bien—dicen más adelante, haciendo referencia concreta a la «sustracción de menores»—, la supresión de la «situación de poder», creada por las instituciones de patria potestad, tutela, etc., y que se ejercitan sobre el menor, es la característica esencial de los delitos del capítulo II del título XII. Pero si únicamente comportara la supresión de una «situación de poder», su colocación sistemática obligada sería entre los delitos contra la voluntad, cosa que no sucede así en razón a que la figura bá-

(13) Cfr., SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho penal español*, t. II (Parte Especial), 5.^a ed., Madrid, 1950, pág. 361.—Igualmente, CARLOS MONTERO HIDALGO, *Informe-contestación a las 46 preguntas que comprende el interrogatorio sobre el Código Penal, circulado con la Real Orden de 20 de abril de 1851*. Sevilla, 1852, pág. 302, cuando dice: «se hallan bien definidos y proporcionalmente castigados los delitos contra la seguridad y libertad individuales, y, como consecuencia, bastante protegidos estos derechos».

(14) Así, SÁNCHEZ TEJERINA, tras aceptar la «libertad individual» como bien jurídico protegido de la rúbrica, dice refiriéndose concretamente a la «sustracción de menores»: «la ley previene y castiga severamente la sustracción de menores, porque, de darse algún caso, la alarma que produciría en las familias sería grande» (*Ob. cit.*, pág. 364).

(15) Vid. K. BINDING, *Lehrbuch des Allgemeinen Deutschen Strafrechts* (Besonderer Teil), t. I, 2.^a ed., Leipzig, 1902, págs. 80 y sigs., en las que se formula lo que él denominó «delitos contra la voluntad y libertad» (Die Verbrechen wider Willen und Freiheit) y sus problemas generales (págs. 80-87).—Específicamente para nuestro tema, las págs. 115-117.

(16) Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, *Derecho penal*, Madrid, 1949, pág. 297. (Parte Especial, en colaboración con el prof. RODRÍGUEZ DEVESA. El tema en cuestión fué redactado por JASO ROLDÁN).

(17) Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, *Ob. cit.*, pág. 299. Vid. el juego de la voluntad y libertad y la agrupación de los diferentes delitos en la formulación de BINDING, *Ob. cit.*, págs. 81-82. En sentido parecido, E. MEZGER, *Strafrecht*, cit., (Besond. Teil), cit., pág. 50.—También, en referencia con las coacciones y amenazas, vid. DÍAZ PALOS, *Amenaza*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», t. II, Barcelona, 1950, pág. 624. Del mismo autor, *Coacción*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», t. IV, 1952, pág. 213. PUIG PEÑA afirma genéricamente que en el título XII del Libro II, «dos son, pues, los bienes jurídicos protegidos: la libertad y la seguridad», si bien no se concretan específicamente al versar sobre la «sustracción de menores». Pudiera decirse que acepta parecida postura a la de SÁNCHEZ TEJERINA. Vid. su *Derecho penal*, t. IV (Parte Especial), 4.^a ed. Madrid, 1955, págs. 128 y 133 y sigs.—Del mismo autor. *Detenciones ilegales*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», t. VII, Barcelona, 1955, pág. 384,

sica, la «sustracción de un menor de siete años», supone, «si no fundamentalmente, por lo menos de ordinario, al lado de la supresión, la fundamentación de una nueva situación de poder, aparecen estos delitos como el tránsito entre los delitos contra la libertad a los delitos contra la voluntad» (18).

No deja plena satisfacción la anterior tesis, a pesar de la maestría, por demás reconocida, con que se formula. Así, pues, tenemos:

a) Que se quiebra por entero a la vista del artículo 485, por cuanto para ambos autores es «una presunción de lesión contra la vida» (19), y, en consecuencia, la «libertad» pierde su autonomía para poder ser configurada como bien jurídico (20), si se es consecuente con tal razonamiento.

b) Lo que da sentido antijurídico a las conductas a juicio de dichos autores es, en definitiva, la «supresión de la situación de poder», pero nada más que ella. Es indudable que la fundamentación de una nueva situación de poder supone que la primera haya sido ya quebrantada, suprimida. Técnicamente, y también de hecho, puede darse el 484, y con más razón el 486, así como el 485, sin que se cree una segunda situación de poder: la objetividad jurídica protegida se lesiona con la ruptura de la situación existente. Por tanto, no es esencial el nacimiento de una nueva situación. No cabe, en consecuencia, hablar de «tránsito» —que de suyo supone una ambigüedad—, y que en última instancia es inútil repetición, salvo que se aluda entonces a la existencia de un bien jurídico pluridimensional, de una infracción pluriofensiva.

c) Es cierto que se rompe una «situación de poder», pero ¿qué quiere decirse con esa «situación de poder»? No es más que la concreción de los derechos derivados de una institución jurídica preexistente —llámese patria potestad, tutela o mera guarda—, y así lo reconocen expresamente los autores comentados: «Estas instituciones —se refieren a la patria potestad y tutela—, así como las demás que pueden concebirse, atribuyen a sus titulares una situación de poder sobre las personas de los menores sometidos a ellas, como medio absolutamente necesario para que los titulares puedan cumplir la misión tuitiva que el ordenamiento jurídico les impone» (21).

La voluntad, que cristaliza en el mantenimiento de esa situación de poder, no es la que se lesiona, sino el título jurídico —valga la expresión— de la que nace. Es decir: los derechos que originan precisamente esa *legal* relación de poder (22), la institución jurídica que se ha previsto para la protección del menor.

en la que se reproduce la pág. 128 de la anterior ob. cit. En dicho pasaje alude a la «voluntad», pero no referida a la «sustracción de menores».

(18) Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, *Ob. cit.*, pág. 316.

(19) Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, *Ob. cit.*, pág. 317.

(20) Vid., MEZGER, *Strafrecht*, cit. (Besond. Teil), cit., pág. 51.

(21) Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, *Ob. cit.*, págs. 315-316.

(22) Sería absurdo pensar que el que sustrae a un menor de siete años,

Afirmar que se quebranta la voluntad, o, lo que es lo mismo, la situación de poder, entendida como bien jurídico, supone, con la admiración que merecen las opiniones de ambos penalistas, resaltar y poner de manifiesto la consecuencia y no el origen de la misma, incurriendo con ello en una falta de concreción.

Pudiera aducirse en favor de la tesis comentada, esto es, que la «libertad» es el bien jurídicamente protegido, que en caso contrario se quebrantaría el «nomen iuris», la rúbrica que expresamente utiliza el legislador para titular tales conductas. Dicha objeción, que de suyo tiene un valor relativo (23), no podría alegarse, en este caso concreto, pues en la misma medida se ve quebrantada la rotulación legal si se habla de «delitos contra la voluntad», dado el carácter estrictamente formal del razonamiento.

e) En definitiva, ocurre que la tesis sostenida por los citados autores ha tenido en forma genérica presente, quizá en demasía, la construcción jurídica alemana, especialmente la de Binding, para una realidad jurídico-positiva diferente, como es la española (24). De otra parte, conforme veremos más adelante, ni siquiera hoy se sostiene, de forma tranquila, pareja postura por la doctrina alemana en la concreción del bien jurídico de los citados delitos (25).

3. Tampoco se puede mantener que la libertad es el bien jurídico protegido, conectándola al menor (26). Dicha afirmación

que con anterioridad fue *sustraído*, lesiona la voluntad del primer sustraedor. De aquí, pues, que no sea la *mera voluntad* de mantener una situación de poder lo que tiene relevancia para construir la tesis del bien jurídico, sino el título de la que nace, que la legítima. La infracción ha de ser, en definitiva, de ese derecho y no de lo que origina, de su consecuencia.—El ejemplo difícilmente puede aducirse de contrario, y en referencia con el bien jurídico protegido por el allanamiento de morada, a la vista de la redacción legal del artículo 490 del Código penal.

(23) Vid., ORTEGO COSTALES, *Ensayo*, cit., págs. 73-76, para las inconsecuencias que algunos títulos legales llevan consigo.

(24) Vid., BINDING, *Ob. cit.*, *ls. cit.* y, especialmente, pág. 115.

(25) Vid., por ejemplo, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit. pág. 269. MAURACH, *Deutsches Strafrecht* (Besond. Teil), cit., pág. 110. MEZGER, *Strafrecht*, cit. (Besond. Teil), cit., pág. 61. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch* (Kommentar), 9.^a ed. München y Berlin, 1959, pág. 846. En su adecuado lugar veremos cómo se concreta esta disparidad.

(26) LÓPEZ-REY, aunque admitía la libertad como bien jurídico, decía también que podía ser objeto de consideraciones. Cfr., su *Derecho penal* (Parte Especial), Madrid, 1935, pág. 255.—Decidido partidario de esta tesis (libertad como bien jurídico), se mostraba Alejandro GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. V, Salamanca, 1893, págs. 566-567, 574 y sigs.—Es curioso, sin embargo, el paralelismo que apunta entre las instituciones civiles y las penales en orden a la protección del menor (págs. 565-566). Más certera es la opinión de QUINTANO RIPOLLÉS. *Compendio*, cit., vol. cit., pág. 292, cuando dice: «el delito de sustracción de menores pudiera considerarse más bien contra la familia, en su caso contra la seguridad, que contra la libertad propiamente dicha». Incluso lo es más que la formulada en sus *Comentarios al Código penal*, vol. II, Madrid, s. f., pág. 346, que podía dar lugar a dudas, dada la redacción empleada.

nos lleva a interrogar acerca del concepto de «libertad» (27), o al menos de la idea aproximada, que el legislador tuvo para elevarla a la categoría de bien jurídico.

¿Cuál es la idea de libertad que se utiliza en el articulado del título «De los delitos contra la libertad y seguridad»?

Pudiera contestarse, en forma muy simple, de la manera siguiente:

a) Que el legislador español ha entendido la libertad, de manera acusada, en términos excesivamente materializados, mecanizados, como libertad de movimiento, como libertad de la actuación de la voluntad. El anterior aserto se funda en la redacción de los artículos 480, 481, 482, 483, fundamentalmente.

b) También ha usado un concepto más espiritualizado de libertad, en la formación de la voluntad: por ejemplo, en el 490; en parte, el 496 del Código penal vigente. Esta última acepción, en menor escala que la anterior, y con escasa significación para nuestro estudio, dado el contexto del 484, 485 y 486.

Ahora bien: ambos conceptos son, en definitiva, los que han de manejarse en los delitos que tratamos. Es decir: que cuando se hable de libertad, entendida como bien jurídico, ha de hacer-

(27) De interés, BINDING, *Ob. cit.*, págs. 80-82. MAURACH, *Ob. cit.* (Besond. Teil), *cit.*, págs. 93-96. Además de los autores que venimos citando, *vid.*, el tomo de E. FLORIAN, *Dei delitti contro la libertà*, en «Trattato di Diritto penale», vol. II, Parte II, s. f. Milano, págs. 2 y sigs.—Para la idea que tuvo el legislador español, Alejandro GROIZARD, *Ob. cit.*, págs. 530-531. De interés general para un entendimiento de la voz «libertad», *vid.*, de entre la innumerable literatura al respecto, V. CAVALLO, *La libertà umana nella filosofia contemporanea*, Napoli, 1934, *passim*. Del mismo autor, *Libertà e responsabilità*, Napoli, 1934, esp. págs. 10-12.—L. SCARANO, *Libera volontà e libero arbitrio nel Diritto penale*, Milano, 1937, esp. págs. 56-71.—Sebastián SOLER, *Ley, Historia y Libertad*, Buenos Aires, 1943, págs. 210-221, entre otras. H. COING, *Die obersten Grunsätze des Rechts* (Ein Versuch zur Neugründ des Naturrechts), Heidelberg, 1947, esp. págs. 64-70.—Del mismo, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1950, esp. págs. 31 y 174 y sigs.—O. A. GERMANN, *Grundlagen der Rechtswissenschaft*, Bern., 1950, págs. 222-25.—L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Derecho y Libertad*, Buenos Aires, 1952, págs. 129-163, 205, entre otras. El volumen *Liberté et vérité* (Contribution de Professeurs de l'Université Catholique de Louvain a l'étude du thème proposé a l'occasion du bicentenaire de Columbia University), Louvain, 1954, esp. págs. 42 y sigs., 76 y sigs.—Muy interesante, G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, en «Studi in memoria di F. Vassalli», Torino, fechado en Napoli 1957 y dedicado por entero al tema. También los volúmenes *Structures et liberté* (Etudes Carmélitaines), Bruges, 1958, y *Das Problem der Freiheit*, München, 1958, recogiendo cuatro conferencias de H. SCHAFER, H. GRUNDMANN, K. VON RAUMER y H. FREYER, al Congreso de historiadores, celebrado en Ulm (sep. 1956). Recientemente, L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Humanismo, Estado y Derecho*, Barcelona, 1960, págs. 143-161. M. HERRERA FIGUEROA, *Libertad y humanismo*, en «Estudios Jurídicos Sociales» (Homenaje al prof. LEGAZ), t. I, Santiago de Compostela, 1960, págs. 409 y sigs., y las obras allí citadas en especial referencia con el pensamiento filosófico del prof. LEGAZ Y LACAMBRA.—También, Arturo CARLO JEMOLO, *I problemi pratici della libertà*, Milano, 1961, *passim*, y esp. págs. 36 y sigs., 116 y sigs., entre otras.

se, a la vista de los artículos mentados, en referencia con una de las dos versiones apuntadas. No cabe, por tanto, una tercera (?), que difícilmente podría prosperar. Pero, efectivamente, ¿ambas se protegen bajo la específica rúbrica de «la sustracción de menores»? ¿en qué medida se infringen, verificando las descripciones típicas de los citados artículos?

Sin duda, para contestar las anteriores preguntas, es necesario que exista tal «libertad» como bien jurídico. En el presente caso no podemos afirmarlo: ni el supuesto a), ni menos el b), se protegen jurídicamente, por una razón bien sencilla: porque el «menor» —empleando genéricamente dicho sustantivo— carece de las mismas con la autonomía exigida para que tengan rango de bien jurídico. Fundamos dicha afirmación, de acuerdo con las tres hipótesis que pueden plantearse:

Artículo 484:

Difícilmente puede aludirse al supuesto a) en la sustracción de un menor de siete años. El menor, en este caso, carece de esa libertad, está sometido a vigilancia: es precisamente lo contrario lo que se protege. Prueba de ello es que se castiga el abandono, y, en consecuencia, la concesión de libertad de acuerdo con el concepto ahora utilizado, concretamente en el artículo 488 del Código penal.

Tampoco puede sostenerse en su segunda acepción, es decir, como libertad en la formación de la voluntad, por cuanto esa voluntad es inoperante. Carece de relevancia la existencia o no de un consentimiento por parte del menor de siete años en orden a una posible justificación de la acción de sustraer (28).

Artículo 485:

Es más difícil todavía, dada la redacción del presente artículo, pensar que la libertad, considerada como bien jurídico, se quebranta con la realización de las conductas delictivas previstas por el legislador. Su naturaleza presuntiva, de un lado: los innumerables supuestos que pueden imaginarse de concierto de voluntades por parte del «encargado» y del «menor», de otro; así como el deber que en última instancia le informa, hacen de suyo sumamente arriesgada la tesis de que la libertad, entendida autónomamente, sea, en realidad, el bien jurídico protegido.

Artículo 486:

En los mismos términos cabe expresarse a la vista del 486. Quizá surgiera alguna duda si se hace un planteamiento *estrictamente formal* de la cuestión, dado que el mentado artículo contiene un tipo de inducción. Así, pudiera razonarse, erróneamente, que la inducción supone atentar contra la libertad en la formación de voluntad, por cuanto una voluntad incide sobre

(28) No otra cosa quiere decir la redacción del artículo 486, que no contempla la inducción de un menor de siete años para que abandone la casa de sus padres, tutores o encargados de su persona.

otra, sobre su formación al objeto de lograr una coincidencia de fines, provocando la actividad de «abandonar la casa de sus padres, tutores o encargados de su persona» (29). Es decir: que esa instrumentación de la *voluntad ajena* (30) para la producción del delito, lleva implícito un ataque a la forma *b*) de entender la libertad. Ahora bien: afirmar lo anterior sería desconocer la propia naturaleza de la inducción, ya que el que *decide*, en definitiva, «abandonar la casa» ... es el menor (31), y no el inductor, cuya actividad se agota en la *provocación* (32), subsistiendo siempre libremente la voluntad del inducido (33), puesto que si así no fuera se incidiría por el presunto inductor en otra figura delictiva.

De aquí, pues, que el legislador haya estimado la existencia de una voluntad por parte del mayor de siete años, pero menor de edad, a diferencia del que todavía no cumplió los siete años. Este último, a su juicio, no puede ser inducido (34), tan sólo puede ser sustraído, a pesar de la incorrección técnica que supone, radicada en el entendimiento excesivamente materializado del verbo *sustraer*. Naturalísticamente, es indudable que puede incitarse a un menor de siete años a que abandone la casa de sus padres, pero no sucede así desde el plano normativo deparado por el 486. De acuerdo con dicho precepto *solamente* puede inducirse al que ya cumplió los siete años, so pena de admitir la existencia de una laguna a base de un planteamiento radicalmente *formal* (35). Tenemos, pues, que ontológicamente son di-

(29) Así, OLESA MUÑO, *Inducción y auxilio al suicidio*, Barcelona, 1958, págs. 53-54.

(30) Cfr. OLESA MUÑO, *Ob. cit.*, l. cit.

(31) Lleva razón OLESA MUÑO al referirse a la inducción al suicidio (artículo 409 del Código penal), cuando afirma: «La adhesión exige la aceptación de una conducta ya *decidida*. El suicida no puede decir que al ser objeto de la inducción se hallaba ya *decidida* su muerte.—El objeto de la decisión y del plan de acción del inductor y del inducido son diferentes. El primero decide provocar la *actividad suicida ajena*; el segundo decide *suicidarse*». (*Ob. cit.*, pág. 54.)

(32) Artículo 4, párrafo 3.º, del Código penal: «La provocación existe cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito. Si a la provocación hubiere seguido la perpetración, se castigará como inducción».

(33) También, A. TORIO, *Participación en el suicidio y homicidio-suicidio* (Estudio técnico jurídico del artículo 409 del Código penal español), (Tesis Doctoral, Inédita), Valladolid, 1955, al decir: «Téngase en cuenta que el suicidio es *siempre* el producto de una decisión propia» (pág. 196), y, más adelante, «una inducción adecuada para causar una resolución suicida no existe —entendemos— en abstracto» (pág. 199). Igualmente de interés las págs. 246 y sigs.

(34) Dicha cuestión toca el tema de la imputabilidad o no del inducido como exigencia para que se dé el delito de inducción. Volvemos sobre el tema al tratar los sujetos. No obstante, vid., OLESA MUÑO, *Ob. cit.*, págs. 43-46. De gran interés, A. TORIO, *Ob. cit.*, págs. 113 y sigs.

(35) Así agudamente, y con anterioridad a la realización de este tra-

versas las conductas de *sustraer* y las de *inducir*, y el legislador, con una técnica desafortunada, las identifica en el caso de que el inducido no alcanzara la edad de siete años (36).

Podemos preguntarnos, entonces —aunque insistiremos sobre este punto concreto—, ¿por qué el menor de siete años no puede ser inducido y sí el que tiene ocho, pongamos por caso? La única razón que pudiera satisfacer es la de que la Ley, exclusivamente, atribuye operatividad, relevancia, a efectos de la inducción, a la voluntad del que traspasó el límite objetivo de los siete años. Tanto es así, que precisamente dicha relevancia hace que una pura inducción se convierta en sustracción con la considerable diferencia de penalidad que implica. No obstante, téngase muy en cuenta que no se la concede hasta el punto de excluir el carácter delictivo de la conducta. Es decir: que si bien tiene relevancia, lo es tan sólo en la configuración de una u otra figura delictiva, pero en modo alguno tiene eficacia una vez dentro del concreto tipo del 486. Esto es, que no puede utilizarse el consentimiento —expresión de la voluntad del menor—, con virtualidad justificante de la conducta del inductor, aunque autorice un tratamiento jurídico diverso, una valoración penal diferente (37). Llegamos a tal conclusión, porque no es la libertad del menor lo que autónomamente se protege con el 486, ya que es irrelevante que esa voluntad —libertad como formación de la voluntad— que dicho artículo atribuye al mayor de siete años tienda hacia la misma dirección que la del inductor. Es más: es lo que precisamente se requiere para la existencia del delito.

En consecuencia, mal puede ser el bien jurídico protegido por el 486, puesto que su verificación típica no lo quebranta en forma alguna.

Por último, sostener la citada postura —que la libertad es el bien jurídico protegido en el 486—, llevaría a la conclusión, carente de sentido, de que en todo delito de inducción el bien jurídico protegido sería la libre formación de la voluntad. Repetimos: dicha tesis desconocería lo que técnicamente significa la inducción, incurriendo en una confusión lastimosa.

Desde otra perspectiva, y en base a un exacerbado formalis-

bajo, ya dijo A. TORIO, frente a este concreto problema: «Existe aparentemente una laguna de la ley, que no queriendo llegar al absurdo de que la conducta sea punible de frente al menor de siete años e impune cuando no ha alcanzado esta edad, debe ser llenada con el único criterio posible en el presente supuesto: entender tal conducta de inducción como sustracción de un *menor de siete años*» (*Ob. cit.*, pág. 126).

(36) Una correcta interpretación de los verbos «sustraer» e «inducir», en A. TORIO, *Ob. cit.*, págs. 126-128, fundada en una fina hermenéutica de la específica rúbrica de los delitos en cuestión, en contra de la doctrina española citada por el autor.

(37) Certeramente A. TORIO, cuando afirma que en el presente artículo «jurídicamente existe en aquel supuesto una voluntad que *ya posee una cierta relevancia*» (*Ob. cit.*, pág. 128).

mo, se apuntaría que la libertad entendida en la acepción *b*) es el bien jurídico protegido, ya que el ordenamiento penal no castiga al menor de edad, pero mayor de dieciséis años, por ser su titular y admitir la disponibilidad de tal bien, debiendo hacerlo, en razón al carácter plurisubjetivo de la inducción. Sin embargo, no es precisamente eso lo que sucede: el inducido queda impune, no porque pueda disponer del bien jurídico, ni porque sea el «objeto de protección penal» (38), sino porque hay una renuncia del ordenamiento jurídico-penal, por razones de corte político-criminal (39). No otra cosa significa, por ejemplo, el artículo 156 del Código civil.

En resumen, puede decirse que la libertad, tanto en el supuesto *a*) como en el *b*), conectada al menor, carece de relevan-

(38) Cierta confusión parece desprenderse de dos afirmaciones que lleva a cabo OLESA MUÑOZ, en referencia con el tema que nos ocupa: 1.—«Que el sujeto inducido es *objeto de protección penal y no sujeto activo del delito* resulta de la propia figura, que no distingue entre el *mayor de siete años y menor de dieciséis* (minoría penal) y el que *siendo menor de edad hubiere, sin embargo, cumplido los dieciséis.*» 2.—«El valor objeto de protección penal es en la inducción al suicidio, y en el aquí comentado artículo 486 de muy diversa jerarquía. El suicidio es irreversible, no así el abandono del hogar.» (*Ob. cit.*, págs. 42-43 y 44, respectivamente).

Hemos de precisar, a la vista de los citados pasajes, lo siguiente:

1.—Que mal puede ser «objeto de protección penal» el propio sujeto inducido. Técnicamente lo veda el carácter categorial de dicho objeto, constituido por un bien (valor o interés).—El autor así lo admite en otros lugares de su obra al tratar de la inducción al suicidio (págs. 25, 30, 34, etc.). De otra parte, carece de apoyo legal en el vigente Código, y de suyo sería discutible con una redacción tan favorable como en su día lo fue la del Código de 1928 (Vid. CUELLO CALÓN, *Código penal de 8 de septiembre de 1928*, Barcelona, 1929, págs. 349 y 352. Una fuerte crítica al sistema seguido por el Código del 28, precisamente sobre este mismo extremo en JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA, *Derecho penal conforme al Código de 1928*, Madrid, 1929, págs. 339-340). El hecho de que el 486 no distinga entre el menor de dieciséis años, pero mayor de siete, y el menor de edad pero mayor de dieciséis, no significa que el inducido sea el «objeto de protección penal», sino que el menor de edad, independientemente de que haya o no cumplido dieciséis años, y no se encuentre legalmente emancipado, ha de vivir junto a sus padres, tutores o encargados de su persona. (Vid., por ejemplo, los artículos 155, 199, 200 y concordantes del Código civil vigente).

2.—El segundo párrafo transcrito induce a pensar, por lo que al 486 se refiere, que se confunden lo que pudiera ser el resultado con el llamado «objeto de protección», dada la correlatividad de la frase. Entonces, se afirmarían que el mentado «objeto» sería el «abandono del hogar», incurriendo, de nuevo, en contradicción con lo más arriba apuntado.—Cuanto menos, dicha redacción da pie para que genere la duda.

(39) Así, RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN: «las legislaciones se han inclinado en todo caso por la impunidad de la conducta del menor, por diversas razones, entre las que destacan las de política criminal». (*Ob. cit.*, pág. 316). El texto del artículo 156 del Código civil es, por demás, expresivo en orden a las facultades concedidas al padre o, en su defecto, a la madre. Veremos, al versar sobre los «sujetos», cómo se concreta tal afirmación.

cia en orden a la existencia o no de la conducta delictiva prevista por el 486, exactamente igual que en el 484 y 485. Son, por tanto, aducibles, a mayor abundamiento, los argumentos esgrimidos en sus oportunos lugares, con las restricciones propias de cada peculiaridad delictiva.

Entonces, si no se lesiona la libertad, si subsiste el carácter delictivo de la acción, independientemente de la misma, ¿qué es, pues, lo que se infringe con la realización del 484, 485 y 486? Pudiera contestarse diciendo que es:

B) *La seguridad, bien jurídicamente protegido. Crítica.*

Dicha tesis quizá fuera más acertada que la anterior, si se tienen en cuenta las hipótesis entrevistadas por el legislador en referencia con los artículos de «la sustracción de menores». Veamos, pues, si así sucede efectivamente, conforme se ha expresado la doctrina española:

1. El profesor Cuello Calón, defensor de la citada postura, al versar genéricamente sobre la rúbrica, dice: «además de los delitos contra la libertad se comprenden aquí también los cometidos contra la *seguridad*, expresión que en el lenguaje corriente significa tanto como exención de daños y riesgos. Estos delitos se refieren a la seguridad individual, pues los cometidos contra la seguridad colectiva, es decir, contra la seguridad general y no contra la de ciertas personas, se encuentran diseminados por otros lugares del Código, como los delitos contra la salud pública (título V, capítulo II), y los de incendio y otros estragos (título XIII, capítulo VII).

Como típicos atentados contra la seguridad individual se destacan la *sustracción de menores*, *el abandono de niños* y *el allanamiento de morada...*» (40).

Es cierto que la anterior afirmación adolece de un fondo de verdad. La verificación de las conductas descritas en el 484, 485, 486, pudieran generar un quebranto, o cuanto menos peligro, de la «seguridad individual». Pero, ¿hasta qué punto es imprescindible para que existan los citados delitos que se atente contra esa «seguridad individual»? ¿Es el único bien que se protege? ¿No pudiera ser que no se quebrante ni se ponga en peligro, sino que se *presuma* que sucede así? ¿Qué quiere decirse con la expresión «seguridad individual»? etc.

Admitiendo plenamente la postura del profesor Cuello Calón surgen, a pesar de la ponderación con que la expone, una serie de interrogantes que nos hacen dudar de si en efecto es la «seguridad individual» el bien jurídicamente protegido (41). Nues-

(40) Cfr. CUELLO CALÓN, *Derecho penal conforme al «Código penal, texto refundido de 1944»*, t. II (Parte Especial), Barcelona. 9.^a ed., 1955, pág. 698.

(41) El hecho de que la denominación legal ya contenga la «seguridad» (De los delitos contra la libertad y seguridad), no quiere decir que ella sea realmente el bien jurídico que se protege. Nos proporcionará un

tras dudas y sugerencias podemos resumirlas en la forma que sigue:

a) El ilustre autor se ve obligado a constatar que: «El hecho requiere que el menor sea colocado en tal situación que haga imposible, durante cierto espacio de tiempo, la actuación de los derechos de potestad o guarda de sus padres, tutores o encargados» (42). Y, más adelante: «La ilicitud desaparece y, por tanto, el delito queda excluido, cuando concurre el consentimiento de los padres, tutores o encargados del menor, también cuando tenga por objeto evitarle un mal grave (estado de necesidad)» (43).

En consecuencia, queda recortada, por así decir, la eficacia de «seguridad individual» como bien jurídico, siendo así que ha de conectarse, por supuesto, al menor (44).

b) Sucede, además, que pueden conjugarse los verbos delictivos sin que, efectiva y realmente, se quebrante la seguridad del menor; es más, sin que se ponga ni siquiera en peligro. Lo anterior confirma, una vez más, la base *presuntiva*, en que se fundan las figuras delictivas de la «sustracción de menores».

Es decir: la Ley presume —de acuerdo con la postura comentada— que siempre que fenoménicamente se realicen dichas conductas, se lesiona o pone en peligro la seguridad del menor, cuando bien pudiera ocurrir todo lo contrario. De aquí, pues, que no case bien la estimación legal (?) si se tiene en cuenta la naturaleza sustantiva que se le concede al bien jurídicamente protegido.

Ahora bien: ¿funciona, entonces, la «seguridad individual» con autonomía suficiente para ser objeto de protección? Difícilmente puede sostenerse, sin necesidad de que apuremos más los argumentos sobre este concreto punto.

c) En un sentido más amplio, que la seguridad, a secas, sea bien jurídico, expresamente protegida, supone una ambigüedad.

indicio, un punto de referencia en la investigación, que no vincula en modo alguno. Así lo ha entendido el prof. NAVARRETE al referirse concretamente a la citada rúbrica en conexión con el bien jurídico protegido por el 489 bis, cuando dice: «La inclusión entre los delitos que integran el título XII, del Libro II, obedece a razones de tipo práctico, a razones que podíamos llamar externas, pero de su colocación sistemática no podemos deducir su naturaleza jurídica.—El bien jurídico es algo sustancial, que tiene su naturaleza propia y que no puede ser desvirtuado por obra del legislador». (Cfr. J. M. NAVARRETE, *La omisión del deber de socorro* (Exégesis y comentario del artículo 489 bis del Código penal), en «Rev. de la Facultad de Derecho de Madrid», vol. III, núm. 6, 1.959, págs. 422-423).— Tampoco es vinculante, recientemente, para SÁINZ CANTERO, en *El delito de omisión del deber de socorro*, sep. de la «Rev. de Legislación y Jurisprudencia», oct. 1960, págs. 18-19.

(42) Cfr. CUELLO CALÓN, *Ob. cit.*, pág. 711.

(43) Cfr. CUELLO CALÓN, *Ob. cit.*, pág. 713.

(44) A diferencia de lo que sucedía con la libertad que fue puesta en conexión con los padres, tutores, o guardadores, en RODRÍGUEZ MUÑOZ, *JASO ROLDÁN, Ob. cit.*, págs. 315-316.

Prueba de ello es que el profesor Cuello Calón se ve necesitado de adjetivarla con el vocablo «individual». Pero, en definitiva, ella se lesiona, se pone en peligro, en infinitad de delitos, sin que se hable de que específicamente se proteja.

Dicha «seguridad», creemos, debería concretarse todavía más, para que técnicamente pudiera sostenerse su valor como bien jurídico protegido. Sólo en base a interpretar que el Código estimó tan cotizables los bienes que componen, o por mejor decir, se defienden por la rúbrica en cuestión, que no sólo quiso proteger su quebranto, sino que valoró como delictivas las conductas que pudieran ocasionar el más leve riesgo o daño —entendiendo seguridad en su acepción corriente, al modo como hace el profesor Cuello Calón—, sería posible explicarse su elevación a la categoría de bien jurídico protegido. No obstante, a pesar de ello, no se solucionarían la inconcreción que implica tal afirmación, por cuanto cabría preguntar, de nuevo, ¿cuáles son esos bienes?; con lo cual quedaría conectada la seguridad a los concretos y específicos bienes que protege jurídicamente cada tipo de los que componen la rúbrica, o sea, que el genérico término «seguridad» se vería recortado en conexión con los determinados bienes de cada singular tipo de delito. Así se podría hablar, en consecuencia, de «seguridad de la integridad física», «seguridad de la propiedad», e incluso, paradójicamente, de «seguridad de la libertad» (45).

Sin embargo, el problema técnico quedaría desplazado, pero no resuelto, puesto que, de un lado, estaríamos condicionados por los hipersensibles y concretos bienes protegidos, incurriendo en la interpretación en un círculo vicioso, cual es el de ir de los mismos al más genérico de la rúbrica y viceversa, y de otro, sería de suyo tautológico, ya que, por ejemplo, si se atenta contra la «seguridad de la integridad física», se ataca, sin duda, pura y exclusivamente, la integridad física propiamente dicha. Carecía, pues, de sentido ese reforzamiento del auténtico bien jurídico protegido.

A pesar de ello, conforme veremos en su adecuado lugar, no puede negarse que sustancialmente late algo de verdad en la tesis comentada en relación con el supuesto que estudiamos.

2. En resumen, podemos afirmar, que la «seguridad» o la «seguridad individual» carecen de la suficiente autonomía para ser consideradas como bienes jurídicamente protegidos de los artícu-

(45) Vid., sobre la necesidad de referir la «seguridad» a la «vida», «salud», en relación con el abandono de niños, del artículo 488 del Código penal, en DEL ROSAL, *De la objetividad jurídica infringida en el abandono de niños*, en «Rev. de Legislación y Jurisprudencia», núm. 1, 1961, págs. 147-148, especialmente.—De interés, Sebastián SOLER, *Derecho penal argentino*, t. IV, Buenos Aires, 1946, pág. 516, entre otras, y la bibliografía por él citada.

los 484, 485 y 486, que componen el capítulo de la «sustracción de menores».

C) *El bien jurídico de la «sustracción de menores».*

1. Premisa: Socialización de los derechos individuales.

Es obligado, antes de ofrecer una solución al problema del bien jurídico, llevar a cabo una serie de puntualizaciones que influyen y determinan, hasta cierto punto, la tesis que sostienen,os.

Hemos visto cómo el «nomen iuris» del Código ha condicionado, quizá perniciosamente, la investigación acerca del tema, siendo desorbitada su función instrumental, de indicio, de mero punto de referencia. En esta breve nota, que describimos a modo de premisa, se intenta *justificar*, en lo justificable, al legislador español (46), y, posteriormente buscar no su voluntad, sino la de la Ley (interpretación objetiva), que en buena parte contradice la excesiva vinculación y obediencia de la doctrina a un título harto desafortunado:

a) Asistimos, desde hace tiempo, en el más amplio campo de la teoría general del Derecho y del Estado, a lo que pudiéramos llamar un *proceso de socialización creciente del individuo* (47). Más aún: en algunos sectores, la categoría *individuo* tiende a ser sustituida por la de *grupo* (48).

Ahora bien: si es cierto lo anterior, el Derecho, como forma de la vida social, como objetivación de la misma, ha de plasmar formalmente, conceptualmente, este hecho. El Derecho, pues, ha de registrar la modificación, en la medida en que repercuten en él, las variaciones de la vida social.

(46) La rúbrica, y el capítulo de la «sustracción de menores» se encuentra recogida en el Código de 1848. Vid., Tomás María DE VIZMANOS y Cirilo ALVAREZ, *Comentarios al Código penal*, t. II, Madrid, 1848, págs. 433 y 438.—El Código de 1822 contenía la *sustracción* en sus artículos 664 y 675, de bien distinta redacción. Venían enmarcados bajo la Parte Segunda: «De los delitos contra los particulares», en su Título Primero: «De los delitos contra las personas»; Capítulo Cuarto: «De los raptos, fuerzas y violencias contra las personas; y de la violación de los enterramientos». (Vid. la edición oficial del *Código penal español, decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey, y mandado promulgar en 9 de julio de 1822*, Madrid, 1822, págs. 122, 135-137.)—Salvo la especialidad del Código de 1928 (vid. nota 39), la sistemática legal, único aspecto que ahora interesa reseñar, se conserva hasta nuestros días idéntica a la del 1848, en referencia con los delitos en cuestión.

(47) Vid., LEGAZ Y LACAMBRA, *El individuo entre el Estado y las fuerzas sociales*, en el vol. cit., *Derecho y Libertad*, pág. 163. Del mismo autor, *La función del Derecho en la sociedad contemporánea*, en el vol. cit., *Humanismo, Estado y Derecho*, págs. 231-292.—También, S. SOLEK, *Ley, Historia y Libertad*, cit., págs. 57 y sigs.

(48) No es, ni mucho menos, dicho planteamiento privativo de las disciplinas jurídicas, sino que en mayor medida se viene dando en la antropología y sociología culturalista. Sumamente interesante es sobre esto la postura del antropólogo, MALINOWSKI, y cuya teoría general se encuentra en su artículo *Culture*, en «Enciclopedia of Social Sciences», t. IV, 1931, págs. 621-645.

En este sentido, ya no cabe hablar, exclusivamente, de «derechos individuales», sino que también hay que constatar la existencia de «derechos sociales». En otras palabras: que el Derecho no sólo ha de contener y proteger los tradicionales derechos individuales —los derechos públicos subjetivos—, sino también los denominados derechos sociales.

Esta transformación significa, a un nivel más alto que el tema que nos ocupa, la transición y mutación de la concepción del Estado: del Estado liberal, que surge con la Revolución francesa, se pasa al Estado social: del Estado *liberal* de derecho, al Estado *social* de derecho (49).

Nos interesa, al objeto de fundar nuestra tesis, sobre el bien jurídico protegido de los delitos en cuestión, preguntar: ¿cuándo y cómo surge este tránsito, esta protección y, concretamente, la extensión de los derechos sociales?

Genéricamente puede afirmarse —recogiendo una verdad precedente del Derecho constitucional— que el constitucionalismo del siglo XIX elude toda referencia y, por consiguiente, defensa, de los derechos sociales. El Estado del siglo XIX es un Estado liberal, pero no *democrático* (50). Es, precisamente, cuando el proceso de democratización aumenta, cuando también aumenta la protección de los derechos sociales. En consecuencia, cabe decir que proceso de democratización y proceso de *socialización* coinciden (51).

Una vez sentado lo anterior, observamos, que dicho proceso se inicia, fundamentalmente, en el ámbito democrático occidental, en dos Constituciones: la de Querétaro (Méjico, 1917) y la de Weimar (Alemania, 1919) (52). Más concretamente, tenemos:

(49) Vid., de interés, P. LUCAS VERDÚ, *El Estado liberal de Derecho y el Estado social de Derecho*, Salamanca, 1955, passim. Del mismo autor, *Introducción al Derecho Político*, Barcelona, 1958, págs. 53-92, entre las más modernas.—Para el constitucionalismo español del siglo XIX, vid. la obra del prof. SÁNCHEZ AGESTA, *Historia del constitucionalismo español*, Madrid, 1955, dedicada por entero al tema.

(50) Vid., para las conexiones y diferencias, M. GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 1950, págs. 154-161.—Unas observaciones interesantes sobre esta diferencia vistas por STUART MILL, se encuentran en W. EBENSTEIN, *John Stuart Mill en nuestros días*, en «Bol. Inf. del Sem. de D. Político de la Facultad de Derecho», núm. 25, 1960, págs. 3-22.

(51) Así, MIRKINE-GUETZEVICH, *Les Constitutions europeens*, 1951, cap. VIII, t. I, *Les droits de l'homme*, págs. 121 y sigs. Esta proposición se verifica analizando las constituciones europeas de la Segunda Postguerra.—En efecto, tanto en la Constitución de la República Italiana 1947, como en la Ley Fundamental de Bonn 1949, como en la Francesa 1946, se hace referencia expresa a los derechos sociales como complementación necesaria de los derechos individuales, constituyendo todo ello, en la actualidad, el sistema democrático occidental. Cfr. *Leyes Constitucionales* (Textos publicados por la Biblioteca Política Taurus), Madrid, 1959, págs. 115 y sigs., 165 y sigs., y 223 y sigs., respectivamente.

(52) Vid., R. BRUNET, *La Constitution Allemande du 11 aout 1919*, París, 1921. O. BUHLER, *La Constitución Alemana de 11 de agosto de*

b) Que en la citada Constitución de Weimar se desarrollan, por primera vez, y se protegen, los derechos sociales y singularmente la familia (53).

De cuanto hemos expuesto, se deduce una justificación, formal y material, para el legislador español del siglo pasado que no introdujo una expresa rúbrica legal de «delitos contra la familia»: Y es lógico, pues expresaba, en el más reducido ámbito penal, una concepción del Estado que marginalizaba la expresa protección de los derechos sociales, y no ya en sus textos penales, sino en sus cartas constitucionales.

De aquí, pues, que se venga hablando de libertad y seguridad «individuales», incluso hoy en día, a pesar de que las razones que existieron para tal denominación hayan desaparecido, y sean en la actualidad sustituidas por otras de bien distinto norte.

2. Justificación y formulación del bien jurídico:

Verificada la anterior consideración, planteamos y mantenemos nuestra tesis desde una doble perspectiva: una, como consecuencia lógica con el total orden legal vigente en el momento actual, como solución a la incongruencia normativa existente entre el Código penal y las Leyes de rango superior. Otra, fundada en razones internas, dimanantes de la estructura y función de las propias figuras penales que nos ocupan. Desarrollando ambos pensamientos, podemos decir:

a) Que la familia es objeto de protección constitucional es un hecho que no puede discutirse (54), y su constancia en la legislación española no deja lugar a dudas. Desde el 9 de diciembre de 1931 —Constitución de la República— hasta nuestros días —Ley de los Principios fundamentales del Movimiento, de 17 de mayo de 1958—, se ha insistido en las declaraciones programáticas de derechos acerca de la importancia, función y protección de la familia, como recientemente ha puesto de manifiesto, con sobrada razón, el profesor Fraga Iribarne (55).

La anterior afirmación y la consideración de que el orden punitivo ha de expresar y recoger las declaraciones y alteraciones del orden político (56) nos llevan a pensar que la legislación pe-

1919. Barcelona, 1931. De gran interés, para un planteamiento sustancial del problema en España, la obra del prof. SÁNCHEZ AGESTA, *Ob. cit.*, págs. 381 y sigs.

(53) R. BRUNET, *Ob. cit.*, pág. 242.—Vid. M. FRAGA IRIBARNE, *La familia española ante la segunda mitad del siglo XX* (Problemas y soluciones). Madrid, 1959, pág. 29.

(54) Vid. una precisa exposición en FRAGA IRIBARNE, *Ob. cit.*, págs. 29-34, y la bibliografía allí citada.

(55) FRAGA IRIBARNE, *Ob. cit.*, págs. 34-36.—Estimamos innecesario llevar a cabo una exposición detallada de los diversos pasajes legislativos en que la citada institución se encuentra protegida. Solamente interesa constatar, a los fines del presente trabajo, que realmente existe tal protección. Remitimos, pues, a la obra del prof. FRAGA IRIBARNE para el planteamiento constitucional de la cuestión.

(56) De aquí, en consecuencia, el carácter eminentemente *histórico*

nal, y concretamente el capítulo que nos ocupa, son un tanto ahistóricos, anacrónicos, incidiendo y motivando una incongruencia normativa, puesto que se han desoido, en las sucesivas reformas, los dictados sociales y la legislación de orden superior.

No obstante, es obligado admitir, sin ningún género de duda, que la inclusión del delito de abandono de familia, «fortifica los lazos de familia y vigoriza y da coherencia a la institución familiar» (57); pero no creemos sea suficiente, dado el relieve e importancia que se le viene concediendo en el ámbito político constitucional.

En nuestro más reducido campo, y prescindimos de otras consideraciones derivadas del mismo razonamiento, solamente podría liberarse nuestro Código del reproche formulado, creando, entre otras rúbricas, una que agrupe y contenga los diversos ataques contra la familia, conforme ha venido apuntando la doctrina española en más de una ocasión (58). De esta manera, sería normativamente lógico y consecuente, comenzando a desaparecer el trasnochado individualismo que informa, las más de las veces, el Código penal vigente (59).

Hasta aquí lo que pudiera ser una propuesta de *lege ferenda*, de tipo sustancial y sistemático. Ahora bien, dichos argumentos, juntos con otros, son igualmente utilizables en la formulación del bien jurídico, del modo siguiente:

b) Hemos visto cómo la familia es *valorada* por nuestro ordenamiento jurídico fundamental, siendo protegida como bien de inestimable conservación. De otro lado, si recogemos el pensamiento de la naturaleza eminentemente sustantiva del bien jurídico, que más arriba apuntamos, estamos ya en parajes de abordar *desde dentro* el tema que nos ocupa.

Es fácil observar que las conductas descritas en los artículos 484, 485 y 486 hacen imposible la verificación de los derechos y deberes de vigilancia, custodia y educación, por aquellas personas o instituciones a las que legalmente se les atribuye. Todos

del Derecho penal, que se refleja, de modo evidente, en nuestros cuerpos legales.

(57) Cfr. CUELLO CALÓN, *Ob. cit.*, pág. 718.

(58) El prof. ORTEGO COSTALES, en su reciente obra, tras apuntar en referencia con la clasificación de los bienes jurídicos, que «o se acepta la de los códigos vigentes en cada país, en el nuestro con las salvedades hechas, o se intenta una más de acuerdo con el actual progreso de las ciencias jurídico-morales», y aceptar esta última actitud, inscribe *expresamente* los «delitos contra la familia» en la rúbrica «delitos contra la sociedad», con acertado criterio (*Ob. cit.*, págs. 78-79). Vid., también, ANTÓN ONECA, *Ob. cit.*, t. I, pág. 147.—De interés, WÜRTEMBERGER, *Ob. cit.*, págs. 80 y sigs.

(59) Por la misma razón es correcta la tesis del prof. ORTEGO COSTALES en orden a los «delitos de tipo económico, fiscal y referentes al trabajo». A continuación, pone de manifiesto, que el «Código vigente, individualista en extremo, no le concede la importancia que hoy merecen» (*Ob. cit.*, pág. 80).

los supuestos que quepa imaginar, a la vista del texto legal, comportan, inexorablemente, la ruptura de las relaciones, en toda su dimensión, del menor con las personas encargadas de su tutela y cuidado. Dicha ruptura es, en consecuencia, la que nos da el *quid* de lo que hemos de entender por bien jurídico protegido en el capítulo de «la sustracción de menores».

Es independiente, y para nada afecta a la anterior afirmación, que exista o no un ataque a la seguridad (?) del menor, y de hecho, puede suceder lo contrario. Ahora bien: es irrefutable que *siempre* hay un quebrantamiento de la relación antes aludida

Sin embargo, sucede, que la alteración de dicha relación, del *status* que supone, crea formalmente una inseguridad; pero, a lo sumo, puede hablarse de violación de la seguridad familiar, tutelar, etc. Es decir: que la seguridad deparada al menor por la vida de la familia o institución afín se ve alterada con la realización de tales conductas. Dicha seguridad, no obstante, o por mejor decir su lesión, va implícita en la propia lesión a la familia, queda consumida en ella, sin que tenga autonomía suficiente para configurar el bien jurídico, ni siquiera otro bien jurídico (especialidad pluriofensiva). Lo cual da a entender que, en fin de cuentas, serán dichos institutos los que se ven protegidos y no la mera libertad o seguridad. Concretamente, es objeto de protección el conglomerado de derechos y deberes que suponen.

La protección, pues, ha de entenderse de las instituciones: patria potestad, y su supletoria, la tutela (60), pudiendo hablarse, genéricamente, de la *familia*, e incluso de la mera guarda del menor tal y como se expresan el artículo 485 y 486 del Código penal, puesto que, en última instancia, no es más que un sustitutivo de las primeras (61).

(60) Vid., CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español. común y foral*, 7.^a ed., t. V, vol. II (Derecho de Familia). (Relaciones paterno-filiales y tutelares), Madrid, 1958, pág. 255.

(61) Vid., una interesante exposición en referencia con la protección penal de la familia en A. FERRER SAMA, *El delito de abandono de familia*, Murcia, 1946, explicando las razones que tuvo el legislador para inscribirla en la rúbrica de los delitos contra la libertad y seguridad (pág. 19). Posteriormente del mismo autor. *Abandono de familia*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», t. II, Barcelona, 1950, págs. 16-18. Del mismo autor, *Noción y características del delito de bigamia*, en «Anuario de D. P. y C. P.», fasc. I, 1948, págs. 33 y sigs.—CUELLO CALÓN, *El delito de abandono de familia*, 2.^a ed. Barcelona, 1948, págs. 7 y sigs.—De interés, igualmente, para el alcance de la expresión, CASTÁN TOBEÑAS, cuando afirma: «las relaciones pupilares (derivadas de la tutela e instituciones análogas) que algunos autores patrios designan con el nombre de *cuasi familiares*, para dar a entender que suplen a las propiamente familiares, y se establecen a semejanza de éstas. Aparte de ello, la inclusión de la tutela en el Derecho de familia obedece a razones históricas y de utilidad sistemática» (*Ob. cit.*, t. V, vol. I. «Derecho de familia». «Relaciones conyugales». Madrid, 1954, pág. 33).

Pero, además, la ausencia de consentimiento por parte de los padres, tutores, o meros encargados del menor, para que subsista el carácter delictivo, ofrece también argumentos para sostener nuestra postura (62), conforme veremos en su oportuno lugar

Pudiera, sin embargo, aducirse, dada la redacción del 485, que lo que se quebranta con su realización es un *deber*. Sin duda, es cierto lo anterior; pero no lo es menos, que dicha infracción apareja el cese de los derechos y deberes que componen y son inherentes a la patria potestad, tutela o guarda del menor. Esta última violación, es justamente la que adolece del valor sustantivo y funcional que supone y lleva implícito el bien jurídico del delito.

Por último, también se aludiría a que constituyen, con frecuencia, si no una lesión contra la vida, al menos una puesta en peligro de la integridad física, un ataque a la «seguridad» de la misma, empleando la terminología utilizada por la doctrina española. Ahora bien: ello es cierto (63); pero repetimos, una vez más, no es *necesario* (64) para que exista el 484, ni menos el 486. Desde la perspectiva técnica, en modo alguno se requiere la existencia de un *peligro concreto*, aunque la sustracción lo implique —que pudiera no ocurrir así—, y el legislador en su día lo haya presumido. El peligro, que en este caso sería *abstracto*, funcionó tan sólo como motivo del legislador; pero, desde luego, no es obligada su afirmación y *concreción* para la existencia del delito. El mismo razonamiento, lleno de buen sentido, fue usado por el profesor Rodríguez Muñoz y Jaso Roldán, cuando de frente al delito de abandono de niños, sostuvieron que no era delito de peligro. Así, decían: «que el abandono de niños no es un delito de peligro se deduce de la consideración previa de que únicamente el denominado peligro concreto es susceptible de caracterizar un delito como de peligro, mientras que el llamado peligro abstracto funciona sólo como motivo del legislador (Bin-

(62) Cuando tratemos de los sujetos veremos cómo se concretan y matizan los derechos y deberes en cuestión relacionados con las instituciones de Derecho de familia, o de *guardería o guarda legal*, a las que alude el prof. CASTÁN (*Ob. cit.*, t. V, vol. II, pág. 253).

(63) Conforme vimos más arriba en la tesis mantenida por el prof. CUELLO, *Ob. cit.*, l. cit.

(64) Ya PACHECO decía: «El robo, la sustracción de un niño, sea cual fuere el motivo que impele a ello, es un delito de inmensa gravedad en sí propio, de inmensa perversidad en el que lo ejecuta. *Sea para causarle perjuicios, y aunque fuese para causarle bien, siempre es un paso que ataca las más santas e íntimas afecciones, y a los derechos más sagrados y respetables*».—Es fácil observar cómo el comentarista, con gran ponderación y sentido jurídico, apunta limpiamente el problema. Cfr., PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, 5.^a ed., t. III, Madrid, 1881, pág. 249. Sería absurdo pretender que Pacheco aludiera al tema; pero, es indudable, que lo intuye. Baste recordar cuando dice: «que ataca las más santas e íntimas afecciones».

ding). Si examinamos ahora, a la luz de la consideración expuesta, los preceptos que nuestro Código dedica al delito que estudiamos, aparece claro que la existencia real del peligro para la vida, en el caso particular (peligro concreto), funciona como causa de agravación, y, por tanto, que el abandono de niños, en su forma simple, no exige la concurrencia de semejante peligro. El legislador presupuso que toda cesación aunque fuera momentánea, de los deberes de cuidado que el estado de los menores requiere, entrañaba por sí un peligro, sin que fuera necesario para la punibilidad de tales conductas que se demostrara en el caso concreto la especial situación de peligro. El peligro abstracto fué el motivo del legislador para incriminación de estas conductas, que no aparecen, por tanto, como delitos de peligro, sino como auténticos delitos de lesión de la seguridad de la vida y de la salud» (65).

En nuestro caso, pues, no es posible configurar la «sustracción de menores» como un delito de peligro *concreto*, y el *abstracto* —a pesar de carecer de valor funcional, en referencia con el juego del bien jurídico—, queda embebido, por así decir, en la verdadera y propia lesión de los derechos y deberes que componen la patria potestad, tutela y guarda, que de suyo lo implican desde un plano puramente abstracto, de creación del precepto.

En definitiva, y concretamente de frente al artículo 485, no es que *se presuma* y estime que el menor ha muerto, sino que ha desaparecido para sus padres y guardadores, que ha «muerto» para ellos, imposibilitando, en consecuencia, las acciones encaminadas a su búsqueda, pero independientemente de que efectiva y realmente haya perecido.

Tal y como están construídas en la fórmula legal las tres especies delictivas, en manera sumamente criticable, existen obstáculos para aceptarlas, en todo su alcance y pureza, como auténticos delitos de peligro concreto.

En resumen, podemos afirmar:

1. Que con los artículos 484, 485 y 486 se protege, con el rango de bien jurídico, la familia, concretada en los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, tutela o mera guarda, o institución afín.

2. En referencia con la estimación de que supone un ataque o puesta en peligro de la «seguridad individual», de la vida o integridad física del menor, si bien *de facto* pudiera suceder con frecuencia, no es exigible para que subsistan como delictivas dichas conductas y sean inscribibles en los citados artículos.

c) Concluimos el presente estudio, referido a la concreción del bien jurídico protegido en el capítulo de «la sustracción de menores», con una breve exposición del problema en la doctrina

(65) Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, *Ob. cit.*, pág. 330.

y legislación italiana y alemana. No pretendemos llevar a cabo una descripción exhaustiva, que desbordaría, por entero, la finalidad de nuestro trabajo, puesto que únicamente hemos perseguido apuntar algunos de los problemas que la legislación española presenta y ofrecer una de sus posibles soluciones. De aquí, que sólo a título de referencia sea permitida esta incursión en el derecho de otros países, fijando nuestra atención en las elaboraciones italianas y alemanas que son las que ofrecen en la actualidad un índice de mayor desarrollo técnico (66). Dicha exposición proporcionará, en más de una ocasión, puntos de vista interesantes, y también utilizables, para fundar y sostener la tesis que hemos venido propugnando, puesto que en cierta medida los autores se han visto obligados a reflexionar sobre parejos problemas.

En *Italia*, ya Carrara desarrolló el tema de los «delitos contra los derechos de familia», con su gran visión jurídica (67). Dentro de ellos incluyó el ilustre autor la sustracción de menores, por entender que no era la libertad del menor la que se veía lesionada, sino antes bien, y de forma por demás evidente, los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, tutela, en definitiva, al *status* familiar (68). Se adelanta Carrara en su formulación, una vez más, a la moderna corriente que informa el pensamiento penal y político en orden a la protección de la familia como fundamento de la sociedad católica.

Es sabido que el vigente Código penal italiano, bajo el título «De los delitos contra la familia», capítulo IV. «De los delitos contra la asistencia familiar», contiene, entre otras, dos figuras delictiva referidas a la sustracción: una, la del artículo 573, sustracción consensual del menor de edad que haya cumplido catorce años; otra, la del 574, sustracción de personas incapaces, entendiéndose por incapaces al menor que no haya cumplido los catorce años y al enfermo de mente (69).

Independientemente de las críticas en torno a la inclusión den-

(66) Sería incurrir en erudición inútil desarrollar el tema, en toda su dimensión, dentro del Derecho comparado y doctrina extranjera. No quiere decir lo anterior que haya sido olvidado, antes al contrario, ha sido tenido en cuenta, pues ofrece puntos de vista de inestimable valor. Remitimos al lector a las obras citadas, que pueden proporcionarle una visión, bastante completa, de los problemas y utilizable para el que pretenda verificar un estudio acerca de la «sustracción de menores» en el Derecho comparado y doctrina de otros países.

(67) Vid. F. CARRARA, *Programa del Curso de Derecho criminal* (Parte Especial), vol. III, (trad. dirigida por S. SOLER, con la colaboración de Ernesto R. GARCÍA y Ricardo C. NÚÑEZ), Buenos Aires, 1946, págs. 225 y sigs.

(68) CARRARA, *Ob. cit.*, vol. III, cit., págs. 408 y sigs.—De interés, el concreto punto que plantea en el vol. II, Buenos Aires, 1945 (de la misma trad.), pág. 172.

(69) Hemos utilizado la edición de WALTER D'AVANZO, *Codice penale e codici di procedura penale* (edición puesta al día con la L. de 18 junio 1955), Roma, págs. 116-117.

tro de la específica rúbrica del capítulo IV, la doctrina italiana dominante, como no podía menos, es concorde en entender que la verificación de la hipótesis del 573, lesiona los derechos que componen la patria potestad o tutela, sus atributos esenciales, esto es, la vigilancia y custodia sobre el hijo menor o el pupilo (70), a pesar de la diversa expresión que utilicen para denominarlo. Sin embargo, por lo que al 574 se refiere, existen reparos en considerarlo como verdadero y propio delito contra la familia (71), si bien admiten su encuadre como delito contra la familia, aunque no exclusivamente (72) y, por último, como ofensa a ésta, y nada más (73).

En Alemania, el actual Código penal, contempla en el artículo 235 el llamado *robo de niños* (Kinderraub), que se comete sustrayendo a un menor de edad con astucia, amenaza o violencia, de sus padres, tutor o curador (74).

Frente a dicho precepto, la doctrina —además de la tesis ya expuesta de Binding—, ha sostenido, a pesar de encontrarse incluido el mencionado artículo en la rúbrica de los delitos contra la «libertad personal», que el bien jurídico protegido no es, precisamente, la libertad, sino el derecho de vigilancia y educación del que atiende al menor. Especialmente la anterior postura es mantenida por el profesor Welzel (75). La opinión contraria, es decir, que el bien jurídico es la libertad, viene afirmada por el

(70) Así, ANTOLISEI, *Ob. cit.* (P. Spec.), vol. I, 4.^a ed., Milano, 1960, pág. 361.—PANNAIN, *Ob. cit.* (P. Spec.), t. I, Torino, 1957, págs. 391-392.—RANIERI, *Manuale di Diritto penale*, vol. III (P. Spec.), Padova, 1952, pág. 133.—MAGGIORE, *Principi di Diritto penale*, vol. II (P. Spec.), 2.^a ed. Bologna, 1938, pág. 585.—P. NUVOLONE, *Un problema di teoria generale in materia di sottrazione di minorenni*, en «Rivista italiana», 1948, pág. 474.—V. MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, vol. VII (nueva ed.), Torino, 1951, pág. 877. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953, pág. 758, con amplio elenco bibliográfico y jurisprudencial.

(71) PISAPIA, *Ob. cit.*, pág. 772 y la bibliografía allí citada.

(72) MAGGIORE, *Ob. cit.*, pág. 588, dice: «la incriminación estaba prevista por el Código derogado (art. 148) —precedida por el código Toscano—, bajo la rúbrica de los delitos contra la libertad individual; más convenientemente, el Código actual la ha colocado bajo el título de los delitos contra la familia, puesto que el bien jurídico prevalentemente, si no exclusivamente, ofendido es el derecho de patria potestad o tutela».

(73) MANZINI, *Ob. cit.*, pág. 886. ANTOLISEI, *Ob. cit.*, pág. 361, por sólo citar los más relevantes.

(74) DREHER-MAASSEN, *Strafgesetzbuch*, Berlín, 1954, pág. 235. Vid., también de interés, NAGLER-SCHAEFFER, *Leipziger Kommentar*, t. II, 7.^a ed., Berlín, 1951, págs. 255 y sigs. Igualmente, SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Ob. cit.*, pág. 846, para los comentarios al citado precepto.

(75) Cfr. WELZEL, *Ob. cit.*, pág. 269. De interés, la orientación seguida sobre este punto en los trabajos de la reforma penal alemana en orden a su configuración como delito contra la familia. Vid., *Niederschirften*, cit., vol. V, cit. pág. 308. Igualmente el vol. VIII, Bonn, 1959, págs. 372-375.

profesor Mezger, para el que la de Welzel sólo considera un aspecto de la cuestión (76).

Maurach, por su parte, observa que el delito muestra puntos de contacto con los delitos contra la familia y derechos de educación, sin perder por ello su encuadre con los delitos contra la libertad personal (77).

En otros países (78), y resumiendo, al objeto de no hacer interminable este recuento de opiniones, se nota en las producciones más recientes, una clara tendencia a configurarlo como delito contra la familia. Valga de ejemplo, por el desarrollo que últimamente han adquirido los estudios técnicos de Derecho penal, el Anteproyecto argentino de Sebastián Soler, que le configura como delito contra la familia (79) y que ha sido elevado a Proyecto (80).

(Continuará.)

(76) Cfr. MEZGER, *Ob. cit.* (Besond. Teil), cit., pág. 61.

(77) Cfr. MAURACH, *Ob. cit.* (Besond. Teil), cit., pág. 110.

(78) Vid., para las legislaciones penales europeas, la colección del Centro francés de Derecho comparado (dir. por MARC ANGEL), *Les Codes pénaux européens*, t. I, París. T. II. París, 1957. T. III. París, 1958.

(79) Cfr. S. SOLER, *Anteproyecto de Código penal* (Decreto 7.292), (edición oficial). Buenos Aires, 1960, pág. 92.

(80) Vid. la edición oficial del *Proyecto de Código penal*, Buenos Aires, 1960, pág. 94.