

SALVAMENTO DE VOTO EN LA CAUSA POR EL DELITO DE SECUESTRO CONTRA AMANDA PARAMO ARIAS

Magistrado: **Dr. Humberto Carrasquilla R.**

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL

Por haberme parecido interesante el caso que estudió el Tribunal me permití elaborar un salvamento de voto bastante extenso para explicar mi disidencia de la resolución adoptada por la mayoría de la Sala.

Se trataba de que una mujer que vivía con su mancebo; éste le exigía un hijo para seguir viviendo con ella, hasta que un día resolvió tomar una niña de treinta meses a quien llevó a su casa, trató inmejorablemente, hasta cuando sus padres la encontraron por medio de la policía y pusieron la denuncia correspondiente.

La mujer había estado internada en el Manicomio.

Por tratarse de un caso especialísimo, a más de curioso poco frecuente, por no decir que desconocido en nuestros estrados, voy a permitirme hacer el estudio "in extnso" de las razones por las cuales no comparto el criterio que adoptó la mayoría de la Sala en la solución del hecho imputado a A. P. A.

Como se trata de la sustracción de una niña de treinta meses de la potestad parental, sin fines de lucro ni de extorsión, ni deshonestos, es claro que la primera impresión que produce es la de tra-

tarse de un delito simple contra la libertad, de los que contempla el art. 294 del C.P.

No creo que sea así; es decir, considero, de manera provisio-
nalísima desde luego, que se trata de un caso en que para la elabo-
ración de un delito se tropieza con la carencia de tipicidad o al me-
nos de adecuación típica. Más concretamente, es un caso que el le-
gislador olvidó incorporar en el estatuto, de la misma manera que
olvidó los abusos deshonestos en mayores de catorce años y menores
de dieciseis.

Con lo anterior queda dicho que considero gravísima la con-
ducta de la sindicada, así su motivación sea aparentemente altruísta,
pero que en nuestra ley resulta impune por carencia de disposición
aplicable, ya que el encuadramiento del hecho en el dispositivo ci-
tado por la sentencia resulta una típica violación del principio ‘nu-
llum crimen sine lege’, claramente consignado en la Constitución
Nacional cuando en su artículo 26 dispone: “Nadie podrá ser juzgado
sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante tri-
bunal competente, y observando las formas propias de cada juicio”.

A partir de la “Declaración de los Derechos del Hombre”, sin
que ello indique que antes no existiera protección a la libertad in-
dividual, pues para demostrar lo contrario están la Ley Julia de
fuerza pública y de fuerza privada, se hizo más patente la garantía
penal de la libertad por la incorporación de conminaciones expresas
en los estatutos orgánicos y en los pactos de las naciones.

Por eso nos parece apremiante desde al partir delimitar el cam-
po real y específico a que el delito pueda y deba referirse, pues des-
de la concepción humanista de la civilización la idea de personali-
dad humana comporta entender muchos aspectos en que juega pa-
pel principal la libertad.

Yo llamo libre —decía Spinoza— a lo que subsiste y obra por
la mera necesidad de su naturaleza, y forzado a lo que, en su sér y
obrar, es determinado por otra cosa de un modo fijo y preciso. Así,
por ejemplo, Dios, aunque necesario, es sin embargo libre, porque
subsiste sola y únicamente por la necesidad de su naturaleza. Del
mismo modo, Dios se conoce libremente a sí mismo y a todo lo de-

más, ya que resulta solamente de la necesidad de su naturaleza el que lo conozca todo. Por consiguiente, ya ven ustedes que para mí la libertad no consiste en un resolver libre, sino en una libre necesidad.

“Pero descendamos a cosas creadas, destinadas todas ellas por causas exteriores a existir y operar de una manera fija y precisa. Para verlo más claramente representémonos algo muy sencillo. Así, por ejemplo, una piedra recibe cierta cantidad de movimiento de una causa exterior que la impele, con lo cual necesariamente continúa después moviéndose cuando ya ha cesado el impulso de la causa exterior. Este persistir de la piedra en su movimiento no es necesario, sino forzado, puesto que debe ser definido por el impulso de una causa exterior.

“Lo que aquí es válido para la piedra lo es para toda otra cosa en particular, por compleja que sea y por múltiples que sean los fines a que se presta, a saber, que cada cosa es determinada necesariamente por una causa exterior a subsistir y operar de un modo fijo y preciso.

“Supongan ustedes ahora que la piedra, mientras está en movimiento, piensa y sabe que se esfuerza lo más que puede en continuar moviéndose. Esa piedra, que sólo es consciente de su esfuerzo y que en ningún modo se conforma indiferentemente, creará que es completamente libre y que persevera en su movimiento por la sola razón de que así lo quiere. Pues esa es aquella libertad humana que todos aseguran poseer y que sólo consiste en que el hombre es consciente de su deseo, pero ignora las causas que le determinan. De este modo cree el niño que apetece la leche libremente, y el muchacho colérico que libremente desea venganza, y el cobarde la huída. Por la misma razón cree el borracho que dice por resolución libre lo que en estado normal preferiría no haber dicho, y como este prejuicio es innato en todos los hombres, no es fácil deshacerse del mismo. En efecto, si bien es verdad que la experiencia nos enseña suficientemente que lo que el hombre puede moderar menos son sus apetitos, y que, impelido por pasiones opuestas, reconoce lo mejor y hace lo peor, sin embargo se considera libre por la sola razón de que apetece muchas cosas con menos vehemencia que otras, ya que muchos apetitos pueden ser fácilmente reprimidos por el recuerdo de

otras cosas que vienen con frecuencia a la memoria". (La Filosofía de la Libertad, Rodolfo Steiner, págs. 13-14).

Concepto que tras extensa elaboración bio-socio-filosófica, combate el autor, igual que las objeciones materialistas, positivistas y mecanicistas contra el concepto de libertad, y las elaboraciones espiritualistas, psicologistas y místicas, para concluir:

"Es libre todo acto cuya causa procede de la parte ideal de mi ser individual. Cualquier otro acto llevado a cabo, ya sea bajo la presión de la naturaleza, ya bajo la coacción impuesta por una norma moral, DEJA DE SER LIBRE. "El hombre es libre en tanto que es capaz de obedecerse a sí mismo en cada momento de su vida. Un acto moral es MI acto, solamente si puedo llamarlo libre en este sentido. Aquí se trata por el momento de saber qué condiciones debe reunir el acto de volición para ser considerado como libre; más tarde veremos cómo se realiza en la entidad humana este concepto de libertad puramente ético". (id. id. pág. 143).

Queda claro, con lo dicho, que no es posible en materias jurídicas elevarse a regiones en donde nada tiene que hacer la personalidad humana real y verdaderamente. El concepto que a nosotros interesa es mucho más relativo, como lo es la libertad misma desde el momento en que no constituye una categoría, en que no es apta maximalización, a la manera de la bondad y la belleza (santidad y perfección estética) porque se convertiría en su negación (el libertinaje).

De ahí que para circunscribir el ámbito jurídico de la libertad, nos diga Recassens Siches:

"El personalismo centra el orden jurídico sobre la idea de la dignidad humana, lo cual trae consigo como primera consecuencia la afirmación de la libertad individual. Esta libertad aparece como intangible en aquello que pertenece a la más íntima entraña de la personalidad individual (conciencia, pensamiento). Se manifiesta también en la decisión sobre el propio destino, es decir, en aquello que se llama autonomía personal. Por lo que respecta a las concreciones varias de la libertad en otros aspectos, ya he indicado que lo relativo a las actividades económicas requiere una regulación, la cual impone límites y cauces. Pero esto se justifica precisamente por razón de la libertad personal en su más importante médula, pues pa-

ra que la libertad personal pueda ser efectivamente un hecho, es preciso dotar a los hombres de una base económica, sobre la que aquélla se pueda apoyar en su ejercicio real. O sea, resumiendo en pocas palabras, cabe decir: lo que el humanismo exige necesariamente es la libertad esencial a la dignidad ética de la persona, por tanto la libertad de conciencia, de pensamiento científico y filosófico, de manifestación del pensamiento, de opinión en los demás asuntos, de elección de profesión, de elección de estado civil, de locomoción, así como las garantías de seguridad individual contra toda intromisión arbitraria del poder público en la esfera de la autonomía individual". (Vida humana, Sociedad y Derecho, págs. 531 - 532).

Agrega luego que como la base que se toma es la DIGNIDAD EN TANTO QUE NOTA GENERICA, esto trae consigo la afirmación de la paridad jurídica entre todos los sujetos, paridad que implica la igualdad en los derechos fundamentales (la vida, la libertad, la autonomía personal), y también lo que se llama igualdad de la ley. Pero advierte que esa igualdad ante la ley no implica igualdad de ejercicio sino de oportunidades, conservando, porque son patentes, las diferencias de aptitudes, de capacidad, etc.

Y no puede ser de otro modo por cuanto que las propias conveniencias sociales exigen de manera perentoria que el ejercicio de todos los derechos se haga dentro de las limitaciones que impidan la violación de los derechos ajenos o los perjuicios a la propia persona sujeto del derecho inhábilmente ejercido.

II

En este punto nos conviene aportar los conceptos doctrinarios que, en concordancia con las enseñanzas filosóficas, nos digan qué es lo que el legislador entiende proteger al tipificar las infracciones.

Porque, no solamente en nuestra ley nacional, sino en la mayoría de las que conozco, la protección se extiende a diversas formas o manifestaciones de la libertad o autonomía personal.

Tanto es ello así que la organización del título XI del libro 2º de nuestra ley comprende los siguientes capítulos: secuestro, detención arbitraria, delitos contra la autonomía personal, inviolabilidad del domicilio, violación de secretos y de correspondencia, delitos con-

tra el trabajo y la libertad de asociación, delitos contra el ejercicio de los derechos políticos y la libertad de prensa, delitos contra el sentimiento religioso y el respeto a los difuntos, dejando para el título X y para los subsiguientes al que nos ocupa, la protección a la libertad política en sus diversas manifestaciones tales como la libertad de conciencia, de sufragio y otras libertades o derechos como la disposición personal respecto de la actividad sexual o el derecho familiar (rapto, bigamia, matrimonios ilegales).

Por eso dice claramente Eusebio Gómez en su famoso Tratado de Derecho Penal:

“La libertad individual que tutelan las disposiciones contenidas en el título V, capítulo I del segundo libro de nuestro código, es la libertad física. Los atentados contra la libertad moral no aparecen previstos como delitos autónomos, sin que ello indique dejar de lado su consideración en cuanto la coacción moral constituye el medio de comisión de determinados delitos. Ejemplos: la intimidación empleada a fin de lograr el acceso carnal, es circunstancia tenida en cuenta para definir la violación, en una de las hipótesis legales de este delito; igual circunstancia es considerada cuando del abuso deshonesto se trata; ella concurre también a formar la esencia del delito de extorsión en los casos de los artículos 168 y 169.

“Este criterio contrasta con el adoptado por el código italiano de 1930, en el que se confiere autonomía a los delitos contra la libertad moral. Pertenecen a esta especie: el hecho de constreñir a una persona, con violencia o amenaza, a tolerar u omitir algo; el de usar uno u otro de estos medios para constreñir o determinar a otro a cometer un delito; la amenaza a causar un daño injusto; colocar a una persona sin su consentimiento, en estado de incapacidad de entender o de querer, mediante sugestión hipnótica o en estado de vigilia o suministrándole sustancias alcohólicas o estupefacientes.

“LA LIBERTAD A QUE ALUDEN LAS DISPOSICIONES CITADAS DE LA LEY ARGENTINA CONSISTE EN LA POTESTAD QUE CADA UNO TIENE DE DESENVOLVER SU ACTIVIDAD FÍSICA, CON ABSOLUTA PRESCINDENCIA DE LA INTERVENCIÓN DE OTRO, a menos que esa intervención esté legalmente justificada”. (tomo III, pág. 333).

Sebastián Soler, quizás el más formidable dogmático del moderno derecho penal en hispanoamérica, sostiene:

“La dificultad que se presenta para la determinación del concepto central de esta clase de delitos, proviene según hemos visto, de que la palabra libertad admite una pluralidad de sentidos desde el punto de vista del derecho. Esa amplitud de conceptos está en gran medida determinada por el nuevo punto de vista introducido en la teoría jurídica por la filosofía de la Ilustración, la cual, en el centro de la teoría jusnaturalista, colocó como pivote de toda la construcción a la libertad como derecho natural supremo, anterior a toda ley, y árbitro incluso de todo derecho posible. No es dudoso, sin embargo, que aquí se trata de tutelar la libertad como BIEN JURIDICO o como INTERES JURIDICO y no como un presupuesto conceptual de la norma jurídica. Esta protección la acuerda el derecho a la libertad en la medida que esa libertad es considerada desde el punto de vista de ser fuente de posibles actos jurídicamente lícitos. Este concepto, sin embargo, sólo es válido desde un punto de vista muy general. Es preciso tomar en cuenta, en efecto, que la extensión de ese campo comprende no solamente aquello que está regulado como lícito, sino también todo lo no regulado, porque con respecto a lo no regulado positivamente rige aún el art. 19 de la Constitución, la cual en síntesis, establece el principio según el cual lo no regulado es libre, tanto con respecto a lo que la ley no prohíbe como con respecto a lo que la ley no manda: “el silencio de la ley es la libertad de los ciudadanos” (tomo IV, págs. 29 - 30).

Y agrega:

“Esta idea, que corresponde, en realidad, a la antigua concepción genérica del CRIMEN VIS, no es suficiente, sin embargo, para dar razón de la totalidad de las infracciones modernamente legisladas, y tampoco resulta plenamente satisfactoria para la legislación nuestra. De acuerdo con ella, en efecto, podrían comprenderse como formas delictivas las que afectan estrictamente el libre desenvolvimiento de la persona FISICA, privándola de los medios necesarios para hacer o dejar de hacer lo que al individuo le plazca; toda forma de detención, secuestro, de privación de la libertad ambulatoria. Podrán aún incluirse aquellas otras restricciones que actúan PSÍQUI-

CAMENTE en el mismo sentido, bajo la forma de coacción, la cual puede producir la consecuencia de impedir el libre ejercicio de una actividad más o menos amplia. Nuestra ley, según veremos, traza algunas figuras específicas sobre la base de considerar esta forma de coacciones desde el punto de vista del PLAGIO, como figura muy genérica, y desde el circunscripto ángulo de alguna determinada actividad". (ib. págs. 31 - 32).

Se ve, pues, que la ley protege el bien jurídico de la autonomía personal, no en el sentido de actividades jurídicas o psicológicas, sino en el sentido de libertad física, libertad de movimientos, distinguiendo esta protección de la que se presta contra las coacciones psicológicas, determinaciones de estados de inconsciencia, etc.

III

Ahora bien; por qué la ley no se refiere en el término genérico al derecho de LA LIBERTAD, como sería lo lógico si la protección se librara al concepto abstracto que la filosofía tiene por tal? Es decir, por qué la ley, para tipificar la figura del art. 294 se refiere "al que priva a otro de SU LIBERTAD"?

Si como la hermenéutica enseña, suponemos al legislador sabio y perfectamente enterado del valor de las palabras, de su significado profundo y de la elaboración del lenguaje, necesariamente precisa admitir que nuestro legislador tuvo en mientes diferenciar LA LIBERTAD PERSONAL como facultad de SU LIBERTAD PERSONAL como actividad y que, en consecuencia, exigió como hecho previo la CONCIENCIA, la capacidad de entender el ejercicio de aquella facultad; tener capacidad psíquica para comprenderla y ejercerla.

Si no, sería acriminable al título discutido el acto cometido por quien saca a un recién nacido de su cuna, a quien sin impedirle los movimientos físicos por medios mecánicos, lo saca del ámbito familiar? Evidentemente sería absurdo, a no ser que traslademos el título de la imputación al derecho que el niño tiene a los cuidados maternos y el que su familia tiene a brindárselos, porque ese infante carece de uso de razón, de capacidad para determinar sus movimientos de manera voluntaria, no tiene conciencia del derecho de locomoción que la vida le garantiza al amparo del derecho.

Razona la sentencia, "anticipándose" a los argumentos expuestos en la discusión inicial que tuvimos, que "si se argumenta que el código nuestro exige que se prive a otro de "SU" libertad y la palabra SU indica la conciencia de dicha libertad, dicha argumentación carece de fundamento. Al hablar de su libertad, es porque la palabra "su" es un adjetivo posesivo que indica de quién es la libertad, quién es el titular del derecho. El titular del derecho a la libertad es todo hombre, por el hecho de serlo. Cada individuo de la especie humana puede desplazarse de un lugar a otro dentro del globo (y fuera de él si le es posible, agregaría yo) siempre que no viole el derecho ajeno.

"Y el derecho a la locomoción existe para cada persona, no porque se tenga CONCIENCIA del mismo, sino porque es un derecho natural, cuya mayor garantía radica en que está escrito en el corazón de todos los hombres.

"La conciencia del derecho a moverse no es el bien jurídico protegido por el estado, sino, precisamente, la libertad para moverse, aunque no se tenga conciencia de ello.

"Un imbécil o un idiota profundo puede no tener **conciencia** de su existencia y de su integridad física. Pero si otro sujeto suprime injustamente esa vida o lesiona la integridad física de ese sujeto, comete delito, independientemente de la conciencia que haya tenido el ofendido sobre la existencia de su derecho".

Ningún sofisma más ingenuo. Ningún argumento más contradictorio.

Primeramente, se necesitaría suponer ignorante craso al legislador para exigirle la redacción absurda de "quien prive a otro de su libertad" para indicar así QUIEN ES EL TITULAR del derecho protegido, ya que desde el momento en que dijo "prive a otro" se sabe de quién es el objeto de que se le priva. Por consiguiente, el posesivo "su" no está indicando el titular del derecho, indicado ya en la palabra "otro", sino que indica algo más hondo, más psicológico, más técnico: indica que el sujeto debe, a lo menos, darse cuenta de que posee ese bien, esa facultad, aunque no sea capaz jurídicamente de ejercitarlo.

Tanto es ello así que el mismo razonamiento de la mayoría, al ejemplificar, así lo reconoce cuando no se atreve a hacerlo con el

propio derecho discutido. Porque es una ingenuidad pensar que el bien protegido en el homicidio o en las lesiones personales sean "la libertad de vivir" o "la libertad de estar sano". No; son la vida y la integridad personal como entidades nosológicas y sociales. Así pierde su eficacia el ejemplo del idiota profundo y del imbécil.

Por otra parte, incurrió la Sala en la tautología de negar que el bien protegido por el art. 294 sea "la conciencia de la libertad", cosa que no sostuve en ningún momento de las discusiones, para concluir en el ejemplo con que el delito de homicidio subsiste en la muerte injusta que se da a un idiota aunque éste no tenga conciencia de que vive.

Naturalmente, señores Magistrados, porque el individuo no vive porque se lo digan o porque se lo demuestren o porque intuya que vive. Vive porque vive; vive porque en su organismo se está operando el por alguno llamado "equilibrio inestable del metabolismo biológico". No así en los derechos de la personalidad, facultades que para su integración requieren la conciencia de entenderlas.

De igual manera que el idiota o el imbécil, tienen libertad de movimiento los animales y sin embargo, estoy seguro, la Sala no procesaría a ninguna persona que apresara un pájaro.

Por eso y por la eminente compañía que voy a transcribir, insisto en mi punto de vista inicial de que este delito, para que se configure, requiere un mínimo de conciencia que es el uso de razón.

Efectivamente; razonando un fallo de 1940, dice Ernesto J. Ure:

"Sin embargo, cualquier persona física puede ser sujeto pasivo del delito, cualquiera que fueren sus condiciones físicas o psíquicas, pero a condición de que no sea absolutamente incapaz de querer en relación con el bien que se protege con el artículo en examen (se refiere al 142 del c.p. argentino). Así, el delito NO PODRÁ COMETERSE EN PERJUICIO DE UN INFANTE o de un enfermo mental que, por su enfermedad, fuese absolutamente incapaz de autodeterminación". (Saltelli y Romano di Falco, Comento, II, 988). "Cualquiera puede ser paciente del delito: aun el menor, el mentecato, el religioso, la meretriz" (Maggiore, Principi, II, 687).

"En doctrina no se discute, pues, que para constituirse en sujeto pasivo idóneo del delito de privación de libertad personal, es suficiente tener capacidad volitiva natural de movimiento, aun cuan-

do estuviere disminuída. “Se entiende, se lee en Manzini, **QUE BAS- TA LA CAPACIDAD DE QUERER, AUN SIN CAPACIDAD JURÍ- DICA**, ya que aquí no se trata de un derecho subjetivo, sino del e- jercicio de un interés primario de la persona física, de una posibili- dad natural, que el derecho objetivo no constituye sino que simple- mente asegura en el que lo tenga de hecho” (Tratatto, VIII, ed. 1937, 562). (E. J. Ure, Temas y casos, 308).

IV

De ahí, de esa diferencia de bienes jurídicos tutelados, es de donde nace la universal uniformidad de la legislación sobre libertad personal que nos muestra el derecho comparado.

Fuente de casi todos los códigos americanos es el español de 1822, que en esta materia reitera el legislador hispano en todas sus posteriores codificaciones hasta nuestros días. Esto sin contar con que ese criterio ha sido compartido, ya por influencia o por coinci- dencia, por la mayoría de las legislaciones del mundo hasta el códi- go fascista de 1930 y el más reciente del Brasil, de 1940.

Es así como hemos visto que el código español de 1944 en su art. 480 dispone que comete el delito de “detención ilegal” **EL PAR- TICULAR QUE ENCERRARE O DETUVIERE A OTRO, PRIVAN- DOLE DE SU LIBERTAD**.

Comentando la cual disposición dice Cuello Calón que el con- sentimiento de la víctima desintegra la infracción porque anula el dolo, y agrega: “Para que exista privación de libertad y, por tanto, delito, es preciso que haya voluntad de moverse, pues no es posible llamar encierro ni detención a la estancia en un lugar de persona que no quiere salir de allí”.

Por eso el código español, entendiendo que la protección de esa disposición sólo amparaba a las personas con uso de razón, ca- paces de entender, apreciar y concienciar el derecho protegido, dis- puso en el artículo 484, que constituía delito la sustracción de me- nores bajo tres formas, a saber: a) la sustracción de un menor de siete años; b) la no presentación de un menor a sus padres o guar- dadores por la persona que se hallare encargada de él; y c) la induc- ción a un menor de edad, pero mayor de siete años, a que abandone la casa de sus padres, tutores o encargados de su persona.

Comentando el primero de tales casos dice Cuello Calón en su Tratado:

“El elemento material del delito está integrado por el hecho de **SUSTRAER UN MENOR** de siete años. La materialidad del hecho consiste en sacar al menor de la esfera de la potestad y guarda de los padres, tutores o encargados por cualquier título de él. El hecho requiere que el menor sea colocado en tal situación que haga imposible durante cierto tiempo la actuación de los derechos de potestad o guarda de sus padres, tutores o encargados. Es menester una abductio de loco ad locum que el menor sea trasladado a un lugar distinto de su residencia habitual, pues la ausencia momentánea de la casa de sus padres o tutores sin cambiar de residencia no integra ese delito. No es menester que ese menor sea sustraído de la casa de sus padres o tutores, existiría igualmente si fuera sustraído del colegio o de cualquier otro lugar donde hubiera sido colocado por los que tienen su potestad o guarda; también se comete este delito si la sustracción tuviere lugar en la vía pública, pues la ley protege al menor y a la autoridad de la familia en todo momento y en todo lugar. **COMO LA ESENCIA DEL DELITO SE HALLA EN EL ALEJAMIENTO DEL MENOR DE LA ESFERA DE LOS PADRES, TUTORES O ENCARGADOS, TAMBIEN SE COMETE CUANDO SE MANTIENE AL MENOR SEPARADO DEL CIRCULO DE AQUELLOS AUNQUE NO HAYA SIDO SUBSTRADO MATERIALMENTE**”.

Es firmemente cierto que el bien protegido en una y otra disposición varía de manera fundamental; en la una se protege la autonomía, la libertad personal, y en la otra se protege la facultad, la potestad paternal de guarda y cuidado del menor.

Como dije, esa línea la siguen todos los códigos americanos, como puede verse en seguida:

VENEZUELA: en el art. 175 castiga al que ilegítimamente prive a otro de SU libertad personal, y en el 178 al que hubiere arrebatado a persona menor de 15 años del lado de sus padres, con su consentimiento, o menor de 12 años.

URUGUAY: en el 281 al que prive de SU libertad personal, y en el 283 al que sustragere menor de 18 años.

SAN SALVADOR: castiga el art. 434 al que "encerrase" a otro privándole de SU libertad; y el 439 la sustracción de menor de 7 años.

PUERTO RICO: en el art. 214, al que prive de SU libertad; y en el 216 al que sustragere o sedujere a menor de 12 años.

PERU: en los 222 y 223 castiga la privación de libertad; y en los artículos 220 y 221 al que sustrajere menor o indujere al abandono del hogar a un menor.

PARAGUAY: en el artículo 274, prevé la privación de libertad y en el 309 la sustracción, exposición u ocultación de un menor de 10 años.

PANAMA: en el art. 132 sanciona al que prive a otro de SU libertad y en el 134 al que sustraiga un menor de 15 años con su consentimiento o menor de 12 años o sin su consentimiento.

NICARAGUA: en el art. 448 al que prive a otro de SU libertad encerrándolo y en el 414 al que sustraiga menor de 10 años; en el 415 al que indujere a menor de 15 años y mayor de 10 al abandono del hogar.

MEXICO: 364, privación ilegal de la libertad; 366, V, cuando cometa robo de infante menor de 7 años un extraño a la familia.

HONDURAS: 478, detención ilegal; 481, sustracción de menores de 7 años, y 483, inducción al abandono del hogar de menores de 15 y mayores de 7 años.

HAITI: en el art. 289 reprime los arrestos y secuestros ilegales; en el 294 delitos contra el niño: secuestro, separación, ocultación; el 300, rapto de menores.

GUATEMALA: en el art. 367 sanciona al que arrestare o detuviere privándolo de SU libertad; en el 372, la sustracción de un menor de 7 años.

ECUADOR: configura en el art. 162 el arrestar o detener fuera de los casos legales a cualquier persona; en el 168 el plagio y en el inciso final agrava la sanción si el plagia-

- do es menor de 2 años; y en el 519 al que arrestare o haga arrebatarse a un menor si no constituyere plagio.
- REPUBLICA DOMINICANA:** art. 341, encierros y detenciones ilegales; 354, si con engaños, violencia o intimidación, robare sustrajere o arrebatase un menor haciéndole abandonar la vivienda o domicilio.
- CHILE:** en el art. 141 “el que sin derecho encerrase o detuviere a otro privándole de SU libertad; y en el 142, la sustracción de un menor de 10 años.
- CUBA:** en el art. 170, a) el que sin justa causa detuviere a una persona; en el 450, a) sustracción de menor de 12 años.
- COSTA RICA:** por el art. 243 sanciona al que prive a otro de SU libertad, y por el 248, al que sustrajere menor de 12 años del poder de sus padres.
- BRASIL:** art. 146 “obligar a alguien mediante violencia o amenaza grave, o después de haber reducido, por cualquier medio, su capacidad de resistencia, a no hacer lo que la ley ordena, o a hacer lo que ella no manda”; art. 249, “sustraer menor de 18 años del poder de quien lo tenga”.
- BOLIVIA:** en el artículo 548 equipara al rapto ‘al que roba niño o niña que no hubiese llegado a la edad de la pubertad’; en el 557 “el que robe a algún menor de edad que se halle bajo la patria potestad, bajo la tutela o curaduría, consintiendo el menor el robo”.

Queda claro, de esta exhaustiva relación, que no existe en la América Latina, a excepción de Colombia, y contra lo que se sostiene en la sentencia, ningún código que no haga la debida distinción entre el delito contra la libertad y la sustracción o detención de menores.

Expresa la sentencia que “No siguió nuestro legislador la orientación de otras legislaciones, como la española, que habla de la sustracción de menores. Simplemente aquí se adoptó una fórmula tan amplia en esta materia que permite tipificar el delito con la privación injusta de la libertad que una persona ocasiona a otra, en forma dolosa.

“Siguen el mismo sistema los siguientes códigos: Italia, art. 605; Noruega N° 223; Polonia, art. 248; Dinamarca, art. 216, 1°; Rusia, art. 147; Perú, art. 233; Argentina, art. 141...” (E. Cuello Calón. - Derecho Penal. - Tomo II. - Pág. 669)”.

Pues bien; mis colegas no entendieron suficientemente la nota transcrita parcialmente del autor español. Ella se encuentra como anotación al art. 480 de que ya hemos hablado y que dice: “el que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad”, y solamente la utiliza el autor para indicar que hay unos códigos que elaboran la fórmula genérica de privación de libertad sin determinar los medios, tales como los mencionados en la transcripción, al paso que otros (como continúa diciendo la nota mutilada) “especifican la modalidad que ha de revestir la privación de libertad: así Francia menciona arresto, detención o secuestro, art. 341; análogo Bélgica, art. 434; Portugal, retener como preso en una casa o en otro lugar, art. 330; Brasil, retener en cárcel privada o manteniendo en secuestro, art. 181; Alemania, encerrar a una persona o privarla de otro modo de su libertad; N° 239; México, arrestar o detener a otro en cárcel privada o en otro lugar, art. 364, 1°”, con lo cual el autor evidentemente no quiso indicar que esos otros códigos dejaran de legislar la sustracción de menores como delito típico, como lo insinúa la sentencia contra toda evidencia.

Tanto es ello así, que cuando Cuello Calón apostilla el art. 484, referente a la sustracción de menores, pone la siguiente nota:

“La mayoría de las legislaciones configuran este delito como sustracción de un menor, expresión en que se comprende a todas las personas que se hallan en la minoría de edad. Es el sistema seguido por Francia, art. 354; Alemania, N° 235; Bélgica, art. 368; un gran número de códigos precisan una edad determinada, así el menor ha de tener menos de 18 años en Uruguay, art. 283; 17 en Polonia, art. 199; 16 en Perú, art. 228; 15 en Noruega, N° 216, y Venezuela, art. 178; 14 en Italia, art. 574; 10 años en Argentina, art. 146, y 7 años en Portugal, art. 342; Méjico, art. 366, 5°; Brasil, art. 289. Unos códigos presumen su ejecución mediante fraude, amenaza, fuerza (Francia, Alemania, Portugal, Bélgica), otros no hacen referencia alguna al medio de ejecución (Italia, Polonia, Perú, Argentina, Uruguay, Brasil). En los últimos años el robo de niños realizado con ánimo de

exigir un rescate ha alcanzado en varios países un inquietante incremento que ha determinado una notable exacerbación de su penalidad. Alemania por ley de 22 de junio de 1936 ha introducido en su código penal un nuevo artículo, el 239 a), que castiga este hecho con pena de muerte. Francia por ley de 14 de enero de 1937 lo castiga con trabajos forzados y en caso de muerte del menor con la pena capital. En Estados Unidos este delito "Kidnapping", se reprime también con energía; en los últimos años Alabama, California, Colorado, Florida, Montana, Nueva York, Mississippi, Nueva Jersey, etc. han establecido severas penas, en buen número de casos la de muerte" (ob. cit. cuarta edición, Bosch, casa editorial Barcelona, 1945; tomo III, págs. 40 - 41).

No es exacto, pues, que haya códigos que sigan la línea del colombiano, es decir, que ignoren la tipificación de la sustracción de niños como delito autónomo e independiente de los delitos contra la libertad individual propiamente dichos.

Será, entonces, debemos preguntarnos, mera coincidencia que sea nuestro país el único donde sus legisladores fueron tan torpes o tan ignorantes que no pudieron determinar la protuberante diferencia que existe entre privar de la libertad a otro y sustraer a un menor de edad del ámbito de la familia? Sería que nuestros legisladores confundieron dos bienes tan radicalmente diferentes como la autonomía personal, la autonomía de la personalidad y la potestad parental?

No es posible admitirlo. Más fácil se explica como un vacío. Por eso he dejado para un comentario más amplio la legislación argentina ya que su sistema y su organización parecen gemelos, comparten una misma fuente y, para coincidencia bien dicente, flaquean en la materia aunque por conceptos distintos, esto es, que al paso que en la Argentina se legislan por separado los delitos contra la libertad (plagio o secuestro y la sustracción de menores), olvidando la protección a la autonomía personal (amenazas y coacciones), vacío ampliamente anotado y comentado por los autores nacionales, en Colombia se autonomizan los delitos contra la libertad (secuestro y amenazas y coacciones), pero se olvida la sustracción de menores.

Precisamente, Sebastián Soler, comentando el art. 141 del C. P. argentino, expone así:

“La figura contenida en el art. 141 del C.P., constituye la base de una serie de disposiciones en las cuales, como núcleo central, se encuentra el hecho de PRIVAR ILEGALMENTE A OTRO DE SU LIBERTAD PERSONAL.

“Esta amplia forma verbal no merece en nuestros antecedentes legislativos directos ni una sola explicación, pues no son comentarios de ella, sino de otra disposición distinta, las notas de Tejedor a los arts. 155, 156, 157 del C. de 1887. Es manifiesto que la comisión se limitó a traducir la fórmula del C. italiano de 1890, art. 146; pero en este punto comienza el referido proyecto a introducir modificaciones realmente inexplicables en las escalas penales, alteraciones tan extraordinariamente arbitrarias que casi llegan a transformar, según lo veremos, en contravenciones insignificantes ciertos hechos de tradicional gravedad.

“La referida fórmula general tiene una razón de ser reconocida, porque con ella se daba expresión legislativa única a varias figuras no siempre bien delimitadas entre sí. ESOS DELITOS ERAN LA CARCEL PRIVADA, EL SECUESTRO, LAS DETENCIONES ILEGALES, etc. La cárcel privada se caracterizaba por el encerramiento, aparte del fin particular de administrarse justicia por sí mismo. Es una usurpación de autoridad. Naturalmente, esa forma delictiva no podía comprender los casos de secuestro, consistentes más bien en hacer desaparecer a la persona, ya que este delito puede subsistir sin verdadero encerramiento, de conformidad con una antigua fórmula de Farinaccio.

“Está dicho con esto que el art. 141 se refiere a cualquier privación de la libertad personal. Por esta figura, la persona es entendida en el sentido físico, de manera que la libertad que aquí se toma en consideración es la LIBERTAD DE MOVIMIENTOS, tanto en el sentido de poder trasladarse libremente de un lugar a otro, libertad de la que se priva a un sujeto mediante el acto de encerramiento, como en el sentido de privar a alguien de la libertad de ir a determinado lugar del cual el autor no tiene derecho alguno para excluirlo”. (ob. cit. págs. 45-46).

Y más adelante agrega:

“El hecho está tan estrechamente unido con el consentimiento que, para constituirse, debe haber existido cuando menos en algún momento el disenso positivo. El que encierra a un sujeto en un lugar que permanecerá cerrado exactamente mientras duerma, no comete delito de privación de la libertad.

“A diferencia de lo que ocurre con el delito de plagio, en esta figura el consentimiento del ofendido actúa como dirimente eficaz de la EXISTENCIA del hecho, siempre que proceda de persona capacitada para darlo. En este punto, sin embargo, es evidente que las normas de los arts. 146, 147, 148 y 149 introducen una modificación especial referente a la capacidad para consentir o no consentir en la privación de la libertad. De esas disposiciones es fuerza deducir la eficacia de consentimiento a partir de los quince años”.

Adherir comentarios a esta nítida exposición sería oscurecerla. Basta reiterar que no cabe duda alguna en cuanto al bien protegido, el poder dirimente del consentimiento y las especies delictuales que dentro de su redacción encuentran acogida, para saber que sin atentado contra la libertad de la persona misma, sin conciencia del derecho protegido y sin la relevancia del verbo rector, para emplear las expresiones favoritas de Binding y Jiménez de Asúa, es imposible tipificar esa infracción sin incurrir en una interpretación extensiva de la ley, violatoria del principio universal y constitucional del “nullum crimen sine lege”.

Tan radical es la diferencia entre ese delito y otras formas de ataque a la libertad, que basta con leer los comentarios que al mismo autor merece el art. 146, consagratorio del delito de sustracción de menores. Dice así: “Dentro del tema de los delitos contra la libertad, nuestra legislación ha incluido cuatro figuras diferentes entre sí, todas ellas referidas a menores de edad hasta diez y hasta quince años.

“La figura típica del primer grupo es la que está contenida en el art. 146: “Será reprimido con reclusión y prisión de tres a diez años, el que sustrajere a un menor de diez años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y al que lo retuviere u ocultare.

“Esta infracción tiene una dilatada tradición jurídica; pero la manera en que ella llega a las legislaciones modernas es independiente de las razones que hacían de esta figura una gravísima infracción en el derecho antiguo español y germano. En realidad, esas formas tradicionales de la figura se vinculan con antiguos modos de delincuencia, el robo de niños, cuya gravedad determinaba una represión particularmente severa (muerte) cuando el hecho era cometido por sujetos “qui solitus est talia committere”.

Esta manera de considerar la infracción de referencia lleva a concebirla como derivación o forma del delito de plagio. CUANDO ESE ES EL CRITERIO, LAS CONSECUENCIAS SON LAS DE NO PARAR MIENTES EN LA VOLUNTAD DEL SUSTRÁIDO, EL CUAL VIENE A SER TENIDO COMO SUJETO CARENTE DE TODA VOLUNTAD COMPUTABLE. Además, ya sabemos que, con respecto al delito de plagio, a diferencia del delito de detención ilegal, el consentimiento no hace desaparecer la delictuosidad del acto.

“EN CAMBIO, SI EL HECHO ES CONCEBIDO COMO DELITO DE PRIVACION DE LIBERTAD, ES MANIFIESTO QUE ALGUNA RELEVANCIA DEBE ACORDARSE A LA VOLUNTAD DE LA VICTIMA, porque aun cuando ambos hechos sean graves, manifiestamente no es lo mismo robar un menor que a ello se resiste que robarlo a los padres, pero con el acuerdo del menor. Esta división del delito de plagio es típica en Carmignani, para el cual la diferencia entre uno y otro delito se funda precisamente en la calidad de la víctima y en el titular del consentimiento: “homo, si aetate major, invitus; si minor, invitus parentibus abducatur”.

“Pero es manifiesta la imposibilidad de acordar eficacia invariable al consentimiento sea cual sea la edad del menor sustraído. En consecuencia; también las legislaciones que diferencian los casos según medie o no consentimiento, deben atender a un límite de edad, por debajo del cual es lo mismo el consentimiento que el disenso del menor sustraído; en ambos casos se da la figura del plagio propio, una vez por violencia real y otra por violencia presunta, pero ambas equiparadas”. (ob. cit. págs. 67 - 69).

El autor examina a continuación todas las inferencias lógicas de esa disposición para concluir con que la incriminación del art. 146 puede ceder el paso a la del art. 140 sobre plagio o secuestro, pero

no frente al art. 141; igualmente presenta como inaplicable dentro de la ley argentina, por ausencia de disposición expresa, como ocurre en los códigos francés e italiano, esta disposición al padre o madre legalmente separados que sustrae a uno de sus hijos puesto bajo la custodia o guarda del otro cónyuge.

Con esta observación se plantea un problema de embergadura para demostrar cómo en nuestra ley no está previsto el caso de la sustracción de menores ni siquiera como figura análoga a la del art. 294, porque, cómo en tal caso y en los semejantes, o sea cuando el padre, tutor o guardador de un menor es el que priva de la libertad, en el sentido de sustraerlo, a un menor, solucionaría el juez colombiano la situación?

Al comentar las mismas disposiciones, Eusebio Gómez expresa:

“El elemento material del delito (detención ilegal, art. 141) radica en el hecho de la privación de la libertad cometido ilegalmente.

“Privar de la libertad a una persona significa impedirle, de cualquier modo y por cualquier tiempo, el derecho a trasladarse de un lugar a otro, lo que ha decidido a casi todos los escritores a sostener que este delito constituye un ataque a la libertad de locomoción.

“El elemento psicológico del delito se encuentra en la intención de privar de la libertad a otro” (ob. cit. pág. 339).

En relación con el otro artículo dice:

“La materialidad de este delito puede consistir en **SUSTRAER** a un menor de diez años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él; en **RETENER** a ese menor; o en **OCULTARLO**.

“La sustracción se opera mediante el traslado del menor a un lugar distinto de aquel en que se encuentra al amparo de las personas a quienes el precepto legal se refiere.

“Nuestra ley, al incorporar la previsión de este hecho al capítulo de los delitos contra la libertad individual, considera que en ésta reside su objetividad jurídica.

“Los criterios al respecto no son uniformes.

“La sustracción de menores lesiona, en concepto de algunos, el derecho que el padre, el tutor y el guardador tienen de ejercitar, respecto del menor sustraído, las facultades inherentes a la patria potestad, a la tutela o a la simple guarda. De este parecer es Rocco y a él responde el código italiano vigente. Se trata, dice, de un delito

que ofende, exclusivamente, el derecho de quien ejercita la patria potestad, la tutela o la curatela. Es de advertir que lo que dicho código prevé es la sustracción de un menor de catorce años o de un enfermo mental.

“Piensan otros, que el bien lesionado es la libertad del menor. Aun en el supuesto de que la sustracción se cometa con el consentimiento del menor —piensan los que aceptan este criterio— la libertad es el bien agredido, porque el consentimiento de un menor de la edad marcada por la ley es inoperante, en absoluto.

“Un tercer criterio radica el objeto jurídico del delito en la libertad individual del menor y en el derecho del padre, tutor o guardador.

“Florián, bajo el imperio del código italiano derogado, sostuvo que la sustracción de menores es un delito contra la libertad individual. Su argumentación es clara y convincente: al menor pertenece el derecho de libertad, tiene el goce del mismo y, hasta cierto punto, el ejercicio; el derecho del padre o del tutor no sustituye al derecho del hijo; lo representa, lo anima, lo hace operante, lo tutela; el padre y el tutor ejercitan, no un derecho propio, sino un derecho del menor, de modo que puede decirse que el suyo, más que un derecho, es un deber, ni aun aceptando que la lesión sea doble —derecho del padre o del tutor y derecho del menor— podría llegarse a otra conclusión que la expuesta, ya que el derecho del menor sería siempre el derecho prevalente.

“Sujeto activo del delito puede ser cualquiera.

“Sujeto pasivo, debe ser, necesariamente, un menor de diez años, sin distinción de sexos.

“El elemento psicológico está constituido por la intención de sustraer, retener u ocultar al menor”. (ob. cit. págs. 357 - 359).

Se ve claro aquí cómo nadie que profundice la sistemática de los códigos, puede llamarse a error para involucrar infracciones de distinto contenido por la mera latitud de las palabras. Privar de libertad tiene un sentido jurídico exacto y preciso cuya ampliación conlleva una extralimitación de la facultad interpretativa que corresponde al juez, verdaderamente inaceptable.

Con el criterio de la sentencia no sería difícil sostener que el delito de adulterio no ha desaparecido de nuestro código y que se

años, y con multa de veinte a cien pesos, al que prive a otro indebidamente de SU libertad.

.....

“Si el delito consiste en reducir a una persona a estado análogo al de esclavitud, la pena será de ocho a diez años de reclusión”.

“Art. 135. - Será castigado con reclusión de un mes a un año al que con objeto diferente del de satisfacer pasión carnal, de contraer matrimonio o de obtener un provecho, sustraiga a una (persona) menor de quince años con el consentimiento, al poder de sus padres o tutores o de las personas que cuidan de ella, aunque fuere temporalmente. La misma pena se impondrá en el caso de secuestro de una persona en esas condiciones, aunque ella lo consienta. En el caso de que el delito se cometa sin el consentimiento de la persona o si ésta no ha cumplido doce años, se aplicarán las penas que señalan, respectivamente, los dos artículos que preceden”.

La Misión Italiana que presidió el señor Antonio Córdova y que con base en los trabajos adelantados por la Comisión colombiana de 1925 elaboró un proyecto de Código Penal que fue presentado a la consideración del Congreso de 1928, trae los dispositivos siguientes sobre la materia que nos ocupa:

“Art. 166. - Será castigado con prisión de tres meses a dos años y con multa de veinte a cien pesos el que prive a otro indebidamente de SU libertad.

“Art. 118. - Será castigado con prisión de un mes a tres años el que no teniendo por objeto satisfacer pasión carnal, contraer matrimonio ni obtener un provecho pecuniario, sustraiga a una persona menor de quince años, aunque sea con su consentimiento, del poder de sus padres, o de las personas que cuiden de ella.

“La pena será de seis meses a cuatro de prisión, si el delito se comete sin consentimiento de la persona sustraída o si ésta no ha cumplido doce años”.

El comentario que la Misión hace a esta disposición dice:

“Sin modificación se aceptó el correspondiente artículo de la Comisión Revisora, corrigiendo una errata de imprenta”, lo que evidentemente se refiere a la supresión de la palabra PERSONA que no aparecía en el art. 135 del Proyecto Concha.

Cuanto a la Comisión de Reformas Penales que elaboró nuestro actual código, bien poco fue lo que como antecedentes dejó en sus actas. Solamente se sabe que fueron consultados los códigos de Méjico, Italia, Argentina y España.

Al punto es lánguida la historia de esta disposición 294, que el Profesor Angel Martín Vásquez Abad, en su Tratado de Derecho Penal Colombiano, tomo III, no encuentra asidero firme para la diferenciación precisa que demanda la interpretación jurídica.

Los apartes principales del comentario dedicado a la disposición en cita, son los siguientes:

“Es manifiesto que el secuestro puede contemplarse bajo dos aspectos diferentes: como infracción contra los derechos individuales y como delito contra la propiedad. De ambas categorías tiene, toda vez que el agente busca —en general— recibir un provecho ilícito mediante el rescate. Por ello el código distingue en los artículos 293 y 294 las dos ocurrencias. En el primero, el secuestro reúne los caracteres de atentado contra la persona y contra el patrimonio. En el segundo, es únicamente aquel propósito lo que caracteriza al agente”. (ob. cit. pág. 89).

Valga una breve interpolación para hacer notar el error del comentarista, pues la ley en caso alguno busca proteger con esas disposiciones la propiedad; la protección es específica en relación con la libertad, con la autonomía personal; el fin previsto en la ley, el móvil, es apenas un elemento objetivo de la figura pero no implica el bien jurídico protegido.

Continúa el comentario: “Si en el caso del artículo 293 se exige cierto dolo específico para que el delito tenga existencia, no puede decirse lo mismo en el caso del artículo 294. En efecto, la primera disposición claramente determina que el secuestro se lleva a cabo con el propósito de un provecho o utilidad ilícitos. Luego es necesario que el agente obre con un dolo específicamente determinado a ese provecho o utilidad ilícita, la que puede ser económica, o de otra cualquiera clase, siempre y cuando que constituye una de esas dos circunstancias.

“En cambio, en el caso del artículo 294, basta sólo con que se prive a una persona injustamente de su libertad, es decir, contra todo derecho. Esta única circunstancia otorga tipicidad al hecho, pues

“es suficiente la voluntad de privar a una persona de su libertad con conocimiento de la arbitrariedad de la privación”. (E. J. Ure), para que el delito que castiga la disposición comentada se configure jurídicamente”.

Aquí cabe otra disgresión. Todo delito, cuando no admite la forma culposa, es intencional (art. 12 del C.P.). Por consiguiente, en toda infracción de la ley penal tiene que existir alguna forma de culpabilidad para que se configure el delito. Algunos han querido ver tres de esas formas: dolo, dolo preterintencional y culpa. Para destacar el error del anterior comentario no es necesario profundizar en las modernas elaboraciones sobre la materia. Admitiendo las diferencias antiguas, que son las que sigue el autor, puede decirse que el dolo consiste en la conciencia de la ilicitud del acto, es común a todas las infracciones no culposas, pero existen algunas infracciones en que, a más de esa conciencia, su tipificación demanda la concurrencia de otras circunstancias, objetivas o subjetivas, propias de la figura. De consiguiente, el llamado verbo rector desempeña un papel importantísimo para el intérprete ya que lo orienta sobre la intención de la ley.

— Así tenemos que A. P. A. tuvo conciencia de la ilicitud de la acción que ejecutaba al tomar consigo aquella niña y por consiguiente actuó con dolo genérico. Pero, **tuvo ánimo de privar de su libertad** a la menor? Es típica su conducta en relación con el art. 294 del C.P.?

Todo lo anterior conduce, en mi concepto, a poder decir que la conducta de la acusada, si bien objetivamente antijurídica y culpable, no puede acarrearle responsabilidad, pena, por falta de tipo adecuado al cual ceñir esa conducta. Es un vacío lamentable de la ley, pero el Juez no puede llenarlo sin desconocer los principios tutelares del derecho penal liberal, única garantía del ciudadano frente a la potestad represiva del Estado.

Por eso no firmo la sentencia.

Octubre - 1956.

Humberto Carrasquilla R.