



## Delitos contra la Libertad

Por Silvina Paz/Silvana Paz

### No presentación y desaparición de Menores

**Art. 147:** “ *En la misma pena incurrirá el que , hallándose encargado de la persona de un menor de diez años, no lo presentara a sus padres o guardadores que lo solicitaren o no diera razón satisfactoria de su desaparición”.*

#### 1. Consideraciones iniciales sobre el bien jurídico protegido

La norma tutela, el respeto de los principios generales de las responsabilidades parentales dispuestas en el art. 638 y siguientes; 646 inc.a); 655, 674 entre otros, del Código Civil

##### 1.1 Sujeto Activo

El sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona que este “encargado” de la persona de un menor de diez años., cualquiera sea el título por el cual lo tienen (niñera, profesor, etc.) Se excluye específicamente a ambos progenitores, quienes son los titulares y ejercen la responsabilidad parental, como así a los parientes cuando los progenitores han convenido que la responsabilidad parental este delegada en aquellos y se encuentre homologado judicialmente. De igual manera sucede cuando la delegación se realiza en el progenitor afín, requiriendo homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente

##### 1.2 Sujeto Pasivo

Es el niño menor de diez años de edad. También lo es aquella persona ofendida, que teniendo la responsabilidad parental, la ha delegado en su ejercicio de manera total o parcial



### 1.3 Tipo Objetivo

Es requisito previo la entrega voluntaria y lícita del menor de diez años a una tercera persona, quien abusando de la confianza no la presentara a los padres que lo solicitaren o no diera razón satisfactoria de su desaparición.

### 1.4 Tipo Subjetivo

El delito está concebido como un típico abuso de confianza por parte de quien recibió el encargo, frente al requerimiento de sus padres, la decisión sobre si las explicaciones son o no satisfactorias es facultad exclusiva del juez no de las partes<sup>i</sup>

La infracción es dolosa, de carácter permanente y no admite la tentativa. Como figura dolosa demanda el conocimiento de la condición en que se tienen al niño y del requerimiento de restitución que genera el mandato de obrar.

El tipo es de omisión propia, conformada por una simple inactividad que no exige un resultado material típico más allá de la lesión a los bienes jurídicos tutelados y se consuma cuando no se presenta al niño, o no se brindan razones satisfactorias de su desaparición.<sup>ii</sup>

### 1.5 Jurisprudencia

\* Corresponde imponer la pena de cuatro años de prisión a la persona que, encargada de la guarda de una menor, no la presenta al juez y deduce articulaciones inoficiosas hasta que se presenta aduciendo que le ha sido raptada, sin corroborar en forma alguna su aseveración ( CNCrim y Corr, 8/10/29 “Maestre Rodríguez y J”, JA, 31-682



- La mera negativa de entregar la menor dejada en poder del acusado, el enfermarse la madre, esposa el querellante, manifestándose por este último haber visto en fecha reciente a su hija al reclamarla

## Inducción a la Fuga de menores

**Art. 148:** *“Sera reprimido con prisión de un mes a un año, el que indujere a un mayor de diez años y menor de quince, a fugar de casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona”.*

### 1. Consideraciones iniciales sobre el bien jurídico protegido

La diferencia entre la penalidad de esta figura y el delito previstos por el art 147, evidencia que es solo atentatorio contra los deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona del hijo. (Art. 638 Código Civil). En concordancia, así el art. 639 del Código Civil en su inciso b) entre los principios generales de la responsabilidad parental, establece el principio de la “Autonomía Progresiva del hijo”, conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos. Es decir la ley le confiere de manera progresiva a su voluntad y consentimiento, de manera parcial una relevancia atenuante.

El delito ya no está constituido por una sustracción o retención de la persona menor de edad, sino que éste, por su propio y voluntario accionar, se aleja del ejercicio de la responsabilidad parental, aunque su determinación haya sido inducida por otro agente.



## 1.2 Estructura típica

Inducir refiere a aconsejar seriamente a la persona menor de edad para que se fugue, dicha fuga es un alejamiento prolongado. Pero, debe tratarse de una inducción o un consejo con entidad suficiente para influir en la determinación de la persona menor de edad.

La acción desplegada por el agente será típica a la figura, cuando por la instigación se hace germinar en el menor una idea de fuga que no tenía, como así también, si se refuerza la idea de la fuga ya existente, persuadiéndolo del acierto y convivencia de su propósito.

Algunos autores opinan que la inducción debe propender a que el menor abandone la esfera del ejercicio de la responsabilidad parental, de un modo permanente, por lo que no constituiría delito si la inducción tiende a que tal abandono, aunque fuera por lapsos prolongados, persiga la intención de volver al lugar de origen, en la fuga debe concurrir la idea de no volver.

Sostenemos que esta posición se contrapone con la naturaleza del delito. Si se trata de un tipo de mera actividad, es suficiente con la fuga, aunque fuse transitoriamente o por poco tiempo. Tampoco, la idea de la fuga, debe ser entendida “fuga permanente”, sin la intención de retornar al lugar de pertenencia. La fuga temporaria también es constitutiva de delito.

## 1.3 Sujeto activo

Puede ser cualquier persona.

## 1.4 Sujeto pasivo

En este caso, solo puede ser una persona, cualquiera sea su sexo, mayor de 10 y menor de 15 años.



### **1.5 Tipo subjetivo**

Es un delito doloso, de dolo directo. El error invencible sobre la edad lo excluye.

### **1.6 Doctrina**

Discute si, para que el tipo se perfeccione, la fuga del menor debe haber realmente ocurrido. Algunos autores comprenden que tal resultado no es exigible, basando solo la inducción a la fuga. El delito es de mera actividad, de manera que su consumación coincide con el acto de inducción, no siendo admisible, en consecuencia, la tentativa.

Otro sector doctrinal cree que el delito se consuma con la fuga del menor, no con la mera inducción, este resultado ha sido definido por los autores Soler y Fontan Balestra entre otros, estaríamos hablando de una infracción de resultado material, que admitiría la tentativa.

Adherimos al primer criterio doctrinal, la fuga es una consecuencia extra típica que habrá de tenerse en cuenta únicamente a los fines de la pena, es un delito de pura actividad que se consuma con la acción de inducir al menor a que se fugue de la esfera de la responsabilidad parental, sin que sea necesario resultado material alguno. El delito consiste en inducir a la fuga, no en fugarse, es un delito de comisión doloso y de peligro concreto.

No coincide la doctrina en cuanto al momento consumativo del delito, el término “casa”, no debe restringirse al lugar donde la persona menor de edad convive con sus padres o guardadores (art. 640 CC.) Es comprensible de cualquier otro lugar donde el menor se encuentre por disposición de aquellos, y donde pueden ejercer sus deberes y derechos.



No será típico si el menor abandona el lugar que por propia determinación, ha elegido para vivir.

## Ocultación de Menor Sustraído

**Art. 149:** “ *Será reprimido con prisión de 1 mes a un año el que ocultare a las investigaciones de la justicia o de la policía, a un menor de 15 años que se hubiere sustraído a la potestad o guarda a que estaba legalmente sometido. La pena será de 6 meses a 2 años, si el menor no tuviera 10 años*”.

### 1. Consideraciones iniciales sobre el bien jurídico protegido.

El delito tiene como bien jurídico la libertad entendida como la que tiene una persona menor de edad dentro de un contexto legal, pero sumada a la idea de ocultación de la justicia o de la policía, está en juego además la administración de justicia. (Donna)

#### 1.1 Acción típica

El delito consiste en ocultar (esconder, tapar, cubrir a la vista de terceros) a una persona menor de 15 años que se ha sustraído por propia decisión de la esfera de poder o custodia a la que estaba legalmente sometido. Ocultar dice Donna, implica tanto esconder como cubrir a la vista de terceros.

Es preciso que dicha acción se lleve a cabo con un propósito para frustrar las investigaciones de la justicia o de la policía. El mero ocultamiento sin esta finalidad no configura el delito.

No hay acuerdo sobre el alcance de la acción típica. Una parte de nuestra doctrina sostiene que lo que se debe ocultar es la persona del menor, no las noticias acerca de su paradero. La acción



punible consiste en esconder al menor. Otros autores estiman suficiente con la negativa a dar cuenta del menor, desviando las investigaciones.

## **1.2 Tipo Objetivo**

### **Sujeto activo**

No requiere características especiales, por lo que puede ser cualquier persona, incluso en determinados casos los padres.

### **Sujeto Pasivo**

La víctima es una persona menor de quince años y mayor de diez de uno u otro sexo.

## **1.3 Tipo subjetivo**

Está abarcado por el dolo del autor, es admisible el dolo eventual, debido a que el autor puede dudar acerca de si existe realmente una investigación en curso para ubicar al paradero del menor, lo cual la duda equivaldría a conocimiento. El delito se agrava si la persona menor de edad no tiene los diez años cumplidos.

## **2. CONSUMACION Y TENTATIVA**

El delito se consuma al ocultar a la persona menor edad, sin que se requiera que se logre ese objetivo. El delito admite tentativa.

## **3. AGRAVANTE**

Hay coincidencia entre los diferentes autores, en cuanto a que el párrafo final del artículo agrava la pena si el menor no ha cumplido diez años.



---

<sup>i</sup> Conf Cuello Calon Eugenio Derecho Penal Parte Especial, Bosch, Barcelona, 1949, t 2 p 690

<sup>ii</sup> David BAigun Eugenio Zaffaroni, Código Penal y Normas Complementarias Ed. Hammurabi 2008