

CARLOS CREUS

Derecho penal

Parte especial

Tomo 1

6ª edición actualizada y ampliada

1ª reimpresión



ASTREA

1ª edición, 1983.
2ª edición, 1988.
3ª edición, 1990.
1ª reimpresión, 1991.
2ª reimpresión, 1992.
4ª edición, 1993.
5ª edición, 1995.
1ª reimpresión, 1996.
6ª edición, 1997.
1ª reimpresión, 1998.

© EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA SRL
Lavalle 1208 - (1048) Ciudad de Buenos Aires

ISBN: 950-508-254-1 (obra completa)
950-508-255-X (tomo I)

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
I M P R E S O E N L A A R G E N T I N A

PRESENTACIÓN A LA SEXTA EDICIÓN

Al afrontar esta nueva edición de la parte especial del derecho penal, la principal dificultad es tener que superar el ordenamiento y la coordinación de las numerosas reformas que modificaron nuestra legislación punitiva.

Los textos han vivido una época de cambios tan veloces que, prácticamente, ellos han sido el eje de su revisión. Es precisamente, en virtud de estos cambios –no siempre afortunados–, que la doctrina ha reclamado hacer los suyos.

Reunir las novedades suscitadas en ambas franjas –como lo fue en anteriores ediciones– es la preocupación básica para presentar una obra actualizada y útil, tanto para los estudiantes como para los profesionales noveles.

CARLOS CREUS

ÍNDICE GENERAL

Tomo I

<i>Presentación a la sexta edición</i>	<i>V</i>

INTRODUCCIÓN

LOS CRITERIOS DE EXPOSICIÓN DE LA PARTE ESPECIAL Y EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

§ 1. Sistema y exégesis en la exposición de la parte especial ...	1
§ 2. El criterio de los bienes jurídicos protegidos como pauta clasificatoria	1
§ 3. Otras pautas de clasificación	2
§ 4. La pretensión de crear una “parte general de la parte es- pecial”	2
§ 5. La exposición de la parte especial según el Código Penal argentino	3

TÍTULO I

DELITOS CONTRA LAS PERSONAS

§ 6. Bienes jurídicos protegidos	5

CAPÍTULO I

DELITOS CONTRA LA VIDA

§ 7.	Protección de la vida humana	5
§ 8.	El concepto jurídico de vida humana en la actualidad ...	6
§ 9.	La “función vital” como objeto de protección	6
§ 10.	<i>Vida lograda fuera del seno de la mujer</i>	6
§ 11.	Permanencia del funcionamiento vital. Vida sostenida artificialmente	7

I. HOMICIDIO

A) FIGURA BÁSICA

§ 12.	La acción típica. Subsidiariedad legal del tipo	8
§ 13.	Modalidad de la comisión. Autolesión	8
§ 14.	La relación de causalidad. Consumación y tentativa ...	9
§ 15.	El problema de los medios	9
§ 16.	El sujeto pasivo. Distinción entre homicidio y aborto	10
§ 17.	Culpabilidad	11

B) FIGURAS AGRAVADAS

§ 18.	Clasificación de los homicidios agravados	11

1) EN RAZÓN DEL VÍNCULO

§ 19.	El texto legal y sus cambios legislativos. La figura del infanticidio	11

a) LA AGRAVANTE

§ 20.	Noción general	12
§ 21.	Ascendiente o descendiente	12
§ 22.	Cónyuge	12
§ 23.	Existencia de divorcio	13
§ 24.	Matrimonio anulable	13
§ 25.	Matrimonio absolutamente nulo	13

§ 26. El elemento subjetivo	14
§ 27. Problemas especiales de participación	15
§ 28. Culpabilidad	15
§ 29. Extensión del error que elimina el dolo. "Aberratio ictus" y error "in personam"	15

b) LAS CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS DE ATENUACIÓN

§ 30. Noción	16
§ 31. Especies. Origen. Relación psíquica con la acción ...	16
§ 32. Circunstancias extraordinarias y emoción violenta	16
§ 33. Casos de exclusión de la atenuación	17
§ 34. Carácter facultativo de la aplicación de la pena atenuada	17

c) INFANTICIDIO

§ 35. La figura del infanticidio y su derogación	17

2) EN RAZÓN DEL MODO

§ 36. Agravantes comprendidas	18

a) ENSAÑAMIENTO

§ 37. Requisitos objetivos. El padecimiento extraordinario ...	18
§ 38. Requisitos subjetivos. Crueldad y preordenamiento. La "tendencia sádica"	19

b) ALEVOSÍA

§ 39. Noción. Distinción con otras figuras del derecho comparado	19
§ 40. Requisitos objetivos. Indefensión de la víctima. Ausencia de riesgos para el victimario	20
§ 41. Requisitos subjetivos. El "obrar sin riesgos". Preordenación y premeditación	20
§ 42. Supuestos de exclusión de la agravante	21
§ 43. Víctima incapacitada de defenderse por sus condiciones físicas	21

c) VENENO Y PROCEDIMIENTOS INSIDIOSOS

§ 44. Variaciones de la fórmula	22
§ 45. Fundamentos de la agravante	22

§ 46. Noción de veneno. El uso insidioso	22
§ 47. Noción de procedimiento insidioso	23
§ 48. Los procedimientos insidiosos y la alevosía. Estructura de la culpabilidad	23
d) CONCURSO DE AGENTES	
§ 49. Variaciones de la fórmula	24
§ 50. Fundamento	24
§ 51. Concurso de agentes: carácter de su intervención	24
§ 52. Aspecto subjetivo: la premeditación del concurso	24
3) EN RAZÓN DE LA CAUSA O MOTIVACIÓN	
§ 53. Agravantes comprendidas	25
a) PRECIO O PROMESA REMUNERATORIA	
§ 54. Fundamento	25
§ 55. El pacto	26
§ 56. Contenido del pacto: el precio y la promesa remuneratoria	26
§ 57. Responsabilidad del instigador y del ejecutor	26
§ 58. Consumación del homicidio agravado	26
§ 59. Tentativa. Desistimiento del ejecutor	27
§ 60. Participación	27
§ 61. Punibilidad accesoria	27
b) POR PLACER	
§ 62. Variaciones legislativas. Fundamento	27
§ 63. Noción típica de placer	27
§ 64. Requisito subjetivo: el placer como finalidad del autor	28
c) POR CODICIA	
§ 65. Variaciones legislativas y fundamento	28
§ 66. Noción típica de codicia. Codicia y ánimo de lucro ..	28
§ 67. El lucro como contenido de otras agravantes	29
§ 68. Requisito subjetivo: la codicia como móvil principal ..	29
§ 69. Consumación del homicidio agravado	29
d) POR ODIO RACIAL O RELIGIOSO	
§ 70. Variaciones legislativas. Fundamentos de la agravante ..	29

§ 71. Noción típica de odio racial o religioso	30
§ 72. Requisito subjetivo: el odio como móvil principal	30
§ 73. Indiferencia típica del error “in personam”	30
§ 74. La ley 23.592 sobre actos discriminatorios y el odio racial o religioso como agravante común a cualquier delito	31

e) HOMICIDIO CAUSAL O FINALMENTE CONEXO

§ 75. Variaciones legislativas de la norma	31
§ 76. Conexión final y conexión impulsiva	31
§ 77. Casos de conexión final: preparación, facilitación, ocultación, aseguramiento de resultado	32
§ 78. Casos de conexión final: procuración de la impunidad	32
§ 79. Carácter del delito fin	33
§ 80. Autoría del delito fin	33
§ 81. Requisito subjetivo: conexión ideológica entre el homicidio y el delito fin	33
§ 82. Consumación del delito agravado y realización del delito fin. Concurso	33
§ 83. Casos de conexión impulsiva (causal). El fin propuesto	34
§ 84. Requisito objetivo: actividad ejecutiva del otro delito ...	34
§ 85. Requisito subjetivo: el despecho como móvil homicida	34
§ 86. Participación	35

4) EN RAZÓN DEL MEDIO

§ 87. Variaciones legislativas y fundamento de la agravante ...	35
§ 88. Requisito objetivo: medio idóneo para crear peligro común	35
§ 89. Requisito subjetivo: selección del medio por el autor ...	36
§ 90. Concurso con el delito de peligro común	36
§ 91. Indiferencia típica del error “in personam”	36

5) GENOCIDIO

§ 92. La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio	37

C) FIGURAS ATENUADAS

1) LA REUBICACIÓN DEL INFANTICIDIO

§ 93. Remisión	37

2) HOMICIDIO EN ESTADO DE EMOCIÓN VIOLENTA

§ 94.	Fundamento de la atenuante	37
§ 95.	Requisitos estructurales del tipo atenuado	38
§ 96.	El estado emocional	38
§ 97.	Violencia de la emoción	38
§ 98.	Excusabilidad de la emoción	39
§ 99.	Excusabilidad subjetiva de la emoción	40
§ 100.	Actualidad de la emoción	41
§ 101.	Error sobre las circunstancias de la emoción	41
§ 102.	Extensión de la atenuante a los casos de homicidios agravados	41

D) HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

§ 103.	La disposición legal	41
§ 104.	Carácter de la figura. Su autonomía	42
§ 105.	Estructura de la acción típica	42
§ 106.	Características de la culpabilidad: el “dolo de lesión” y la previsibilidad del resultado mortal	42
§ 107.	Característica del medio empleado	43
§ 108.	Repercusión subjetiva de la característica del medio ...	44
§ 109.	El nexo causal entre la acción y el resultado mortal ...	45
§ 110.	El homicidio preterintencional y las agravantes	45
§ 111.	El homicidio preterintencional y la emoción vio- lenta	45

E) HOMICIDIO CULPOSO

§ 112.	La disposición legal	46
§ 113.	Remisión. La pena de inhabilitación	46

**F) AGRAVANTES CONSAGRADAS EN LA LEY SOBRE VIOLENCIA
EN LOS ESPECTÁCULOS DEPORTIVOS**

§ 114.	Requisitos de aplicación	46
§ 115.	Las inhabilitaciones y la pena pecuniaria conjunta dis- puestas por la ley 24.192	48

II. INSTIGACIÓN Y AYUDA AL SUICIDIO

§ 116.	La disposición y el carácter de la figura	49
§ 117.	Instigación	50
§ 118.	Ayuda	51
§ 119.	Conjunción de ambas conductas en el mismo hecho ...	52
§ 120.	Condición objetiva de punibilidad: consumación o tentativa del suicidio	52
§ 121.	Cuestión acerca de la tentativa del delito de instigación o ayuda al suicidio	52
§ 122.	Participación	53
§ 123.	Culpabilidad	53

III. ABORTO

§ 124.	El aborto como delito contra la vida	53
§ 125.	Elementos comunes a todas las figuras de aborto	53
§ 126.	Existencia de embarazo	54
§ 127.	Feto con vida	54
§ 128.	La muerte del feto como resultado típico	54

A) FIGURAS BÁSICAS

§ 129.	Las diversas figuras y el fundamento de su distinta punibilidad	55
§ 130.	El consentimiento de la mujer	55
§ 131.	Consumación y tentativa. Las lesiones al feto	56
§ 132.	Culpabilidad	56

B) FIGURAS AGRAVADAS

§ 133.	Supuestos de agravación	57

1) RESULTADO DE MUERTE DE LA MUJER

§ 134.	El resultado de muerte de la mujer como agravante. Producción de lesiones a la mujer	57

- § 135. ¿Es necesaria la consumación del aborto para que se dé la agravante? Interpretación de la expresión “hecho” 58

2) CASOS DE ABUSO DE LA PROFESIÓN

- § 136. Autores comprendidos 59
 § 137. Concepto típico de abuso 59
 § 138. Cooperación y participación. La “intervención superflua” 60

C) ABORTOS NO PUNIBLES

- § 139. Casos de impunidad 60
 § 140. Aborto terapéutico. Calificación del agente 61
 § 141. El consentimiento de la mujer 61
 § 142. Finalidad del aborto terapéutico 62
 § 143. Carácter del aborto impune. El aborto eugenésico. Situación dogmática del aborto sentimental 63
 § 144. El atentado al pudor como origen del embarazo 64
 § 145. Derogación de la condición procesal 64
 § 146. Calificación del agente. El consentimiento supletorio del representante legal de la mujer 64

D) ABORTO POR VIOLENCIAS SOBRE LA MUJER EMBARAZADA (PRETERINTENCIONAL)

- § 147. La disposición legal y la denominación del delito 65
 § 148. Ejercicio de violencia sobre la mujer 65
 § 149. Relación causal con la muerte del feto 66
 § 150. Participación. Tentativa 66
 § 151. Elemento subjetivo: conocimiento y notoriedad del embarazo 66
 § 152. La culpabilidad. Exclusión del propósito de causar el aborto 66
 § 153. Las lesiones o la muerte de la mujer y su concurrencia con el aborto 67

E) ABORTO DE LA MUJER

- § 154. Casos contemplados 67

1) CAUSACIÓN DEL PROPIO ABORTO

§ 155. La autoría de la mujer y la complicidad de terceros ...	67

2) PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

§ 156. Condiciones para la punibilidad	68
§ 157. Retracción de la mujer.....	68

3) TENTATIVA DE LA MUJER

§ 158. Impunidad	69
§ 159. Requisitos. La mujer embarazada como autora	69
§ 160. Intervención de cómplices en el hecho de la mujer	69

CAPÍTULO II

LESIONES

§ 161. El bien jurídico protegido	70

A) FIGURAS BÁSICAS

§ 162. Relaciones de las figuras de los artículos 89, 90 y 91 del Código Penal	70

1) LESIONES LEVES

§ 163. Variaciones legislativas	70
§ 164. Acción	71
§ 165. Daño en el cuerpo	71
§ 166. Daño en la salud	72
§ 167. Conjunción de ambos resultados	72
§ 168. Subsidiariedad legal de las lesiones del artículo 89 del Código Penal	73
§ 169. Los medios utilizados. Carácter del delito	73
§ 170. Sujeto pasivo. La cuestión de las lesiones inferidas al feto	73

§ 171. Exclusión de la autolesión	74
§ 172. La tentativa de lesiones	74
§ 173. Culpabilidad. Intencionalidad de causar daños específicos	75

2) LESIONES GRAVES

§ 174. La disposición legal	75
§ 175. Conceptos fundamentales de la figura. Debilitamiento y permanencia	76
§ 176. Debilitamiento de la salud	76
§ 177. Debilitamiento de un sentido	76
§ 178. Debilitamiento de un órgano	77
§ 179. Debilitamiento de un miembro	78
§ 180. Dificultad permanente en la palabra	78
§ 181. Inutilidad temporal para el trabajo	79
§ 182. Deformación permanente del rostro	79
§ 183. Peligro de vida	80

3) LESIONES GRAVÍSIMAS

§ 184. La disposición legal	81
§ 185. Enfermedad cierta o probablemente incurable	81
§ 186. Inutilidad permanente para el trabajo	82
§ 187. Pérdida de un sentido, órgano o miembro o del uso de un órgano o miembro	82
§ 188. Pérdida de la palabra	83
§ 189. Pérdida de la capacidad de engendrar o concebir	83
§ 190. Problemas de concurso con leyes penales especiales ..	84

B) FIGURAS AGRAVADAS

§ 191. Situaciones de agravación	84
§ 192. Punibilidad	84
§ 193. Concurrencia de agravantes múltiples en el mismo hecho ..	85
§ 194. Distinción de las lesiones agravadas de la tentativa de homicidio agravada	85

C) FIGURAS ATENUADAS

§ 195. Situaciones de atenuación	85

§ 196. Punibilidad	85
§ 197. Concurrencia en las lesiones de la calificante agravatoria de parricidio con la atenuante de emoción violenta	85

D) FIGURAS CULPOSAS

§ 198. La disposición legal	87

E) AGRAVANTES DE LA LEY 24.192

§ 199. Lesiones en espectáculos deportivos	87

CAPÍTULO III

HOMICIDIO O LESIONES EN RIÑA

§ 200. Exclusión del “delito de riña”	87

**I. LA RIÑA Y LA AGRESIÓN INDIFERENCIADA
EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO**

§ 201. La disposición legal y la estructura de la figura	88
§ 202. Conceptos típicos de riña y agresión	88
§ 203. Ausencia de certeza sobre la autoría de los resultados típicos	89
§ 204. Aplicación de las justificantes	90
§ 205. El origen del resultado típico	90
§ 206. Requisito de la autoría: ejercicio de violencia sobre la víctima	91
§ 207. Culpabilidad. “Espontaneidad” de la riña o agresión	91
§ 208. Exclusión de la complicidad y tentativa	91
§ 209. Exclusión de la culpa	92
§ 210. Resultados múltiples en la misma riña o agresión	92

II. PUNIBILIDAD

§ 211. La punibilidad y las limitaciones impuestas por el principio de legalidad	92

§ 212.	Agravantes de la ley 23.184, modificada por la ley 24.192	93

CAPÍTULO IV

DUELO

§ 213.	El bien jurídico protegido	93
§ 214.	Punición autónoma del duelo	93

I. DUELO REGULAR

§ 215.	La disposición legal	94
§ 216.	Acción. Concepto de duelo	94
§ 217.	Los combatientes	94
§ 218.	Armas	95
§ 219.	Regularidad del duelo. Intervención de padrinos	96
§ 220.	Causa de honor	96
§ 221.	Consumación	97
§ 222.	Tentativa	97
§ 223.	Impunidad de los partícipes	97
§ 224.	Punibilidad del duelo. Resultados dañosos para el adversario	97

II. DUELO IRREGULAR

§ 225.	La disposición legal	98
§ 226.	Irregularidad del duelo	98
§ 227.	Punibilidad de los partícipes	98
§ 228.	Consumación y tentativa	99
§ 229.	Desplazamiento de las figuras de homicidio, lesiones y abuso de armas	99

III. INSTIGACIÓN A BATIRSE EN DUELO

§ 230.	La disposición legal	99

§ 231.	Carácter de la instigación. Eficacia. Tentativa	99
§ 232.	Extensión de la incitación	100

IV. VILIPENDIO POR CAUSA CABALLERESCA

§ 233.	La disposición legal	100
§ 234.	Motivación de la desacreditación. Carácter de injuria especializada	100
§ 235.	Noción de desacreditación	100
§ 236.	Publicidad de la injuria	101
§ 237.	Consumación y tentativa	101
§ 238.	Autoría	101

V. DUELO POR OBJETO INMORAL

§ 239.	La disposición legal	101
§ 240.	Punibilidad del desafío	102
§ 241.	Acciones: provocar y dar causa al desafío	102
§ 242.	Objeto inmoral	102
§ 243.	Consumación y tentativa	102
§ 244.	Autor	102

VI. DESLEALTAD EN EL COMBATE

§ 245.	La disposición legal	103
§ 246.	Acción	103
§ 247.	Consumación y tentativa	103
§ 248.	Características de la culpabilidad	103

VII. ALEVOSÍA DE LOS PADRINOS

§ 249.	La disposición legal	104
§ 250.	Utilización de la alevosía en la ejecución del duelo ..	104
§ 251.	Contenido de la alevosía típica	104
§ 252.	Requisito subjetivo	105

VIII. CONCERTACIÓN DE DUELO A MUERTE

§ 253. La disposición legal	105
§ 254. Acción	105
§ 255. Conocimiento del concierto por los combatientes	105
§ 256. Consumación y tentativa	106
§ 257. Culpabilidad	106

CAPÍTULO V

ABUSO DE ARMAS

§ 258. Las figuras de abuso de armas	106

A) FIGURAS BÁSICAS

1) DISPARO DE ARMA DE FUEGO

§ 259. La disposición legal	107
§ 260. Acción. Concepto de arma de fuego	107
§ 261. Dirección del disparo	107
§ 262. Carácter absorbente y subsidiario de la figura	108
§ 263. Consumación y tentativa	108
§ 264. Concurrencia con distintos delitos	109
§ 265. Culpabilidad. Abuso de armas y tentativa de homicidio	109

2) AGRESIÓN CON ARMAS

§ 266. La disposición legal	110
§ 267. Acción. Concepto de agresión	110
§ 268. Concepto típico de arma	110
§ 269. Carácter subsidiario de la figura	111
§ 270. Culpabilidad. Voluntad de daño específico	112

B) FIGURAS DERIVADAS

§ 271. Agravantes y atenuantes de los abusos de armas	112
§ 272. Concurrencia de agravantes y atenuantes	112
§ 273. Agravantes de la ley 23.184, modificada por la ley 24.192	113

CAPÍTULO VI

ABANDONO DE PERSONAS

§ 274. Bienes jurídicos protegidos. Características de los delitos	113

I. EXPOSICIÓN A PELIGRO POR ABANDONO O DESAMPARO

A) FIGURAS BÁSICAS

§ 275. La disposición legal y sus variaciones legislativas	113
§ 276. La acción y los medios	114
§ 277. Abandono	114
§ 278. Colocación en situación de desamparo	114
§ 279. Autores y sujetos pasivos	115
§ 280. Consumación y tentativa	116
§ 281. Concurrencia con otros delitos	116
§ 282. Culpabilidad	117

B) FIGURAS AGRAVADAS

§ 283. La disposición legal. Los resultados como pautas de agravación	117
§ 284. Extensión conceptual de “grave daño” en el cuerpo o en la salud	117
§ 285. Relación causal. Preterintencionalidad	117
§ 286. Abandono agravado por parentesco	118
§ 287. Distinción con los delitos de incumplimiento de los delitos de asistencia familiar	119

II. ABANDONO POR CAUSA DE HONOR

§ 288. Carácter de las figuras del anterior párrafo 2º del artículo 107 del Código Penal y su derogación	119

III. OMISIÓN DE AUXILIO

§ 289.	La disposición legal	119
§ 290.	Carácter omisivo de la acción. Preexistencia del deber de actuar	120
§ 291.	Significación de la expresión “encontrar”	120
§ 292.	Situación del sujeto pasivo	120
§ 293.	Calidad y condición del sujeto pasivo	121
§ 294.	Contenido de la acción omisiva. Ausencia de riesgo personal	121
§ 295.	El aviso a la autoridad	122
§ 296.	Consumación y tentativa	122
§ 297.	Autor y participación	122
§ 298.	Culpabilidad	123

TÍTULO II

DELITOS CONTRA EL HONOR

§ 299.	Concepto de honor	125
§ 300.	Honor y decoro	125
§ 301.	Carácter de la protección	125
§ 302.	Honor objetivo y honor subjetivo. Difamación y deshonor	126
§ 303.	Modalidades de la ofensa	126
§ 304.	Condiciones subjetivas de la acción. El “animus iniuriandi”	127
§ 305.	Sujetos pasivos. Incapaces. Menores	127
§ 306.	Ofensas a la memoria de los muertos	128
§ 307.	Los entes colectivos como sujetos pasivos	129
§ 308.	Exclusión de la difamación de persona colectiva como delito autónomo	129
§ 309.	Los tipos fundamentales de los delitos contra el honor	131

I. CALUMNIA

§ 310.	La disposición legal. Los textos anteriores	131
§ 311.	Carácter de la calumnia en cuanto ofensa contra el honor	132
§ 312.	Acción. Imputación a persona determinada	132
§ 313.	Determinación del delito	132
§ 314.	La imputación debe versar sobre un delito de acción pública	134
§ 315.	Imputación de una conducta criminal	135
§ 316.	Falsedad de la atribución	136
§ 317.	Modalidades	136
§ 318.	Consumación y tentativa	136
§ 319.	Confluencia de figuras	137
§ 320.	Influencia de las derogaciones dispuestas en el Título XI. La calumnia judicial	137
§ 321.	Sujeto pasivo	138
§ 322.	Culpabilidad	138

II. INJURIA

§ 323.	La disposición legal	138
§ 324.	Acción. Dishonrar y desacreditar. Contumelia y difamación	139
§ 325.	Modos de la acción. Objetividad y subjetividad	139
§ 326.	Carácter imputativo de la injuria	140
§ 327.	Consumación	141
§ 328.	Tentativa	141
§ 329.	Sujeto pasivo	141
§ 330.	Consentimiento y conformidad posterior	142
§ 331.	Confluencia de figuras	142
§ 332.	Casos de justificación	142
§ 333.	Culpabilidad	143

III. PRUEBA DE LA VERDAD

§ 334.	La prueba de la verdad en la injuria y en la calumnia	143

A) PRUEBA DE LA VERDAD EN LA INJURIA

§ 335.	El texto legal	144
§ 336.	Objeto de la prueba	144
§ 337.	Carácter de la prueba de la verdad cuando media la defensa de un interés público actual (justificación) ..	145
§ 338.	Interés público actual	145
§ 339.	Requisito subjetivo: finalidad de defensa del interés público	146
§ 340.	El inciso 2º	147
§ 341.	Carácter de la prueba de la verdad cuando media pe- dido de parte (excusa absolutoria)	148
§ 342.	Parte habilitada para demandarla	149
§ 343.	Objeto y límite de la prueba	149
§ 344.	La prueba de la verdad y el secreto de terceros	149
§ 345.	Consecuencia del éxito de la prueba	150

B) PRUEBA DE LA VERDAD EN LA CALUMNIA

§ 346.	La "exceptio veritatis" y la calumnia	150

IV. CALUMNIAS E INJURIAS EQUÍVOCAS O ENCUBIERTAS

§ 347.	Los cambios operados	151
§ 348.	Las injurias y calumnias equívocas o encubiertas	151
a)	Injuria o calumnia no manifiesta por ser equívoca	152
1)	Equivocidad por el contenido	152
2)	Equivocidad por la dirección	152
b)	Injuria o calumnia no manifiesta por ser encubierta	152

**V. PUBLICACIÓN O REPRODUCCIÓN DE LA INJURIA
O LA CALUMNIA**

§ 349.	El texto legal. Finalidades de la ley	153
§ 350.	Autonomía del delito	154
§ 351.	Las acciones típicas. Reproducir y publicar	154
§ 352.	Contenido de la reproducción o publicación	154

§ 353. Medios	155
§ 354. Consumación y tentativa	155
§ 355. Culpabilidad	155

VI. REPARACIÓN DEL HONOR OFENDIDO POR MEDIO DE LA PRENSA

§ 356. La reforma	155
§ 357. Reparación especial del honor ofendido por un medio que no sea la prensa	156
§ 358. Reparación del honor ofendido por medio de la prensa	156
§ 359. Contenido de la publicación reparatoria	157

VII. CASOS DE IMPUNIDAD

§ 360. Carácter de las disposiciones	157

A) INJURIAS EN JUICIO

§ 361. Las reformas	157
§ 362. Extensión de la impunidad	158
§ 363. La referencia de la injuria al objeto del juicio	158
§ 364. Reserva de la ofensa	159
§ 365. Autores	159
§ 366. Sujetos pasivos	159
§ 367. Carácter de excusa absolutoria	160

B) INJURIAS RECÍPROCAS

§ 368. Ofensas comprendidas y excluidas. Reciprocidad ...	160
§ 369. Requisitos de la relación de reciprocidad	161
§ 370. Carácter de excusa absolutoria	161

C) RETRACTACIÓN

§ 371. Ofensas comprendidas	162
§ 372. Contenido de la retractación	162
§ 373. Publicidad de la retractación	163

§ 374.	Requisitos procesales de admisibilidad	163
§ 375.	Cuestión con relación al sujeto pasivo de la ofensa ..	164
§ 376.	Carácter de excusa absolutoria	164

VIII. DELITOS CONTRA EL HONOR Y LIBERTAD DE PRENSA

§ 377.	Tendencia jurisprudencial	164

TÍTULO III

DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD

§ 378.	Significado de la expresión “honestidad”	167
§ 379.	Los bienes jurídicos protegidos	167

CAPÍTULO I

ADULTERIO

§ 380.	La derogación del régimen	168

CAPÍTULO II

VIOLACIÓN Y ESTUPRO

§ 381.	El acceso carnal y sus modalidades	168
§ 382.	La acción de acceder carnalmente. Vías de penetración	169
§ 383.	Alcance de la penetración	170
§ 384.	El medio de penetración	170
§ 385.	Limitaciones en cuanto al sujeto activo	170

I. VIOLACIÓN

§ 386. La disposición legal	171
§ 387. Protección de la libertad sexual	171

A) FIGURA BÁSICA

§ 388. Punibilidad	171
§ 389. Calificación por la víctima. Menor de doce años ...	171
§ 390. Víctima privada de razón	172
§ 391. Víctima privada de sentido	172
§ 392. Víctima incapaz de resistir	173
§ 393. Calificación por los medios: fuerza e intimidación ...	173
§ 394. Finalidad de la fuerza y la intimidación. Características	174
§ 395. Consumación y tentativa	175
§ 396. Sujetos	176
§ 397. Antijuridicidad. El acceso carnal como derecho exigible por el sujeto activo	176
§ 398. La violación en el matrimonio	177
§ 399. Violación y concubinato	177
§ 400. Violación y prostitución	178
§ 401. Confluencia de figuras. Casos de concurso aparente	178
§ 402. Culpabilidad	179

B) FIGURAS AGRAVADAS

§ 403. Situaciones de agravación	179

1) AGRAVANTES POR LA CALIDAD DEL AUTOR Y EL MODO DE EJECUCIÓN AUTORAL

§ 404. Clasificación	180

a) INCESTO

§ 405. Parentescos comprendidos. Fundamento de la agravante	180
§ 406. Culpabilidad	180

**b) EXISTENCIA DE DEBERES RESPECTO DE LA VÍCTIMA
POR LA CALIDAD O FUNCIÓN DEL AUTOR**

§ 407. Razón de ser de la agravante	181
§ 408. Calidad de sacerdote	181
§ 409. Encargado de educación o guarda	181
§ 410. Encargado de educación	182
§ 411. Encargado de guarda	182

c) CONCURSO DE AGENTES

§ 412. Fundamento de la agravante	183
§ 413. Número de agentes	183
§ 414. Actividades de los distintos agentes	183

2) AGRAVANTES POR LOS RESULTADOS

§ 415. Disposiciones legales	184

a) GRAVE DAÑO EN LA SALUD

§ 416. El grave daño en la salud y las lesiones	184
§ 417. Relación de causalidad. Daños comprendidos	185
§ 418. Culpabilidad en la causación del daño. Debate en la doctrina	185

b) RESULTADO DE MUERTE

§ 419. Relación objetiva. Remisión	186
§ 420. Culpabilidad. Remisión	186

II. ESTUPRO

§ 421. Ilícitud del acceso carnal. Bien jurídico protegido ...	187

A) FIGURA BÁSICA

§ 422. La disposición legal. La acción típica: remisión	187
§ 423. Características típicas	187
§ 424. Sujeto pasivo. Sexo y edad	188
§ 425. La honestidad	188

§ 426. Consumación y tentativa	189
§ 427. Culpabilidad	190

B) FIGURAS AGRAVADAS

§ 428. Remisión	190

III. ACCESO CARNAL (ESTUPRO) FRAUDULENTO

§ 429. El texto legal	190
§ 430. Bien jurídico protegido. Carácter de la figura	191
§ 431. Fingimiento del agente	191
§ 432. El error de la víctima	191
§ 433. Consumación y tentativa	192
§ 434. Sujeto pasivo	192
§ 435. Culpabilidad	193

CAPÍTULO III

**CORRUPCIÓN, ABUSO DESHONESTO
Y ULTRAJES AL PUDOR**

§ 436. Las acciones punibles	193

**I. PROMOCIÓN Y FACILITACIÓN
DE LA PROSTITUCIÓN
O CORRUPCIÓN DE MENORES**

§ 437. Estructura de la ley	193

A) FIGURAS BÁSICAS

§ 438. El texto legal y sus variaciones	194
§ 439. Clasificación de los delitos	194
§ 440. La corrupción y la prostitución como estados. Acciones excluidas	194

§ 441.	Noción de corrupción	195
§ 442.	La acción de promoción de la corrupción	195
§ 443.	Actos corruptores	195
§ 444.	Facilitamiento de la corrupción	196
§ 445.	Participación en los delitos de promoción y de facilitación de la corrupción	197
§ 446.	Noción de prostitución	197
§ 447.	La promoción y la facilitación de la prostitución	198
§ 448.	Elementos subjetivos del tipo. Consecuencias	199
§ 449.	Ánimo de lucro	199
§ 450.	Satisfacción de deseos ajenos	200
§ 451.	Satisfacción de deseos propios. La figura del "depravador directo"	201
§ 452.	Cuestiones sobre confluencia de figuras	201
§ 453.	Sujeto pasivo	202
§ 454.	Actitudes de la víctima. El consentimiento	202
§ 455.	Consumación y tentativa	203
§ 456.	Culpabilidad	203

B) FIGURAS AGRAVADAS

§ 457.	El texto legal	203
§ 458.	La edad de la víctima	204
§ 459.	Tipos que admiten la agravante	204
§ 460.	Clasificación de las agravantes	204

1) AGRAVANTES QUE TIENEN EN CUENTA MODOS EN QUE SE VICIA O ANULA LA VOLUNTAD DE LA VÍCTIMA

§ 461.	Modos de la acción agravada. El engaño	204
§ 462.	La violencia	205
§ 463.	Situaciones de coacción	205
§ 464.	La tentativa del delito agravado	206

2) AGRAVANTES POR EL VÍNCULO

§ 465.	Parentesco comprendido. Remisión	206

3) AGRAVANTES QUE TOMAN EN CUENTA UN PARTICULAR DEBER DEL AUTOR RESPECTO DE LA VÍCTIMA

§ 466.	Casos contemplados	206

§ 467. Vida marital	207
§ 468. Atipicidad del abuso. Utilización de medios agravatorios	207

II. PROMOCIÓN Y FACILITACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN O CORRUPCIÓN DE MAYORES DE EDAD

§ 469. El texto legal	207
§ 470. Características del tipo. El sujeto pasivo	208
§ 471. Modos de comisión	208
§ 472. Elemento subjetivo	209

III. ABUSO DESHONESTO

§ 473. Exclusión del acceso carnal. Bien jurídico protegido	209

A) FIGURA BÁSICA

§ 474. El texto legal	210
§ 475. La acción. Caracteres objetivos y subjetivos	210
§ 476. Materialidad del abuso deshonesto	210
§ 477. Contenido subjetivo	211
§ 478. Casos de justificación	212
§ 479. Ausencia de consentimiento de la víctima	212
§ 480. Exclusión del acceso carnal. Actos de lesbianismo	212
§ 481. Consumación y tentativa	213
§ 482. Confluencia de figuras. Situaciones de concurso aparente	213
§ 483. Sujetos. Participación	213
§ 484. Culpabilidad	213

B) FIGURAS AGRAVADAS

§ 485. Casos comprendidos	214
§ 486. Casos excluidos	214

IV. DESINCRIMINACIÓN DEL RUFIANISMO

§ 487. Variaciones legislativas y sus efectos	214

V. TRATA DE MUJERES Y MENORES

A) FIGURA BÁSICA

§ 488. El texto legal	215
§ 489. Bien jurídico protegido	215
§ 490. Acción típica	215
§ 491. Elemento subjetivo	216
§ 492. Consumación y tentativa	217
§ 493. Confluencia de figuras	217
§ 494. Sujetos. Participación	217
§ 495. Culpabilidad	218

B) FIGURAS AGRAVADAS

§ 496. Circunstancias agravantes	218
§ 497. Agravantes que ofrecen dudas	218

VI. ULTRAJES AL PUDOR

§ 498. El pudor	218
§ 499. Concepto de lo obsceno	219
§ 500. Características de los delitos	220
§ 501. Los ultrajes al pudor del artículo 128	220

A) PUBLICACIONES Y REPRODUCCIONES OBSCENAS

§ 502. El texto legal	221
§ 503. Las acciones típicas de publicar, fabricar o reproducir	221
§ 504. Objetos	221
§ 505. Elemento subjetivo	222
§ 506. Las acciones típicas de exponer, distribuir y hacer circular	222

§ 507. Consumación	223
§ 508. Sujetos. Participación	223
§ 509. Culpabilidad	224

B) ESPECTÁCULOS Y TRANSMISIONES OBSCENAS. DESINCRIMINACIÓN

§ 510. La derogación de la reforma	224

C) ATENTADOS AL PUDOR O A LA NORMALIDAD DE LOS INSTINTOS SEXUALES DE MENORES. DESINCRIMINACIÓN

§ 511. El texto derogado	224

D) EXHIBICIONES OBSCENAS

§ 512. La disposición legal y sus variaciones. Interés protegido	225
§ 513. Acciones típicas	225
§ 514. Publicidad de la acción. Lugares de comisión. Aspecto subjetivo	225
§ 515. Consumación y tentativa	227
§ 516. Autoría y participación	228
§ 517. Culpabilidad	228

CAPÍTULO IV

RAPTO

§ 518. El bien protegido. Características comunes de las distintas figuras	228

I. RAPTO PROPIO

§ 519. Características del delito	229

A) FIGURA BÁSICA

§ 520. El texto legal	229
§ 521. Acciones típicas	229
§ 522. Modos y medios típicos	230

§ 523. El elemento subjetivo. Las miras deshonestas	231
§ 524. Consumación y tentativa	232
§ 525. Autor. Participación. Sujeto pasivo	232
§ 526. La mujer incapacitada como sujeto pasivo	233
§ 527. Culpabilidad	233

B) FIGURA AGRAVADA

§ 528. El texto legal y el fundamento de la agravante	233
§ 529. Características del sujeto pasivo	234

II. RAPTO IMPROPIO

§ 530. Diferencias con el rapto propio. El texto legal	234
§ 531. Autonomía del tipo	234
§ 532. El consentimiento de la víctima	234
§ 533. Sujetos. Participación	235
§ 534. Culpabilidad	235

III. RAPTO DE MENOR DE DOCE AÑOS

§ 535. El texto legal. Autonomía del delito	236
§ 536. Las acciones típicas: remisión	236
§ 537. Medios típicos	236
§ 538. Consumación y tentativa	236
§ 539. Sujetos	236
§ 540. Confluencia de figuras	237
§ 541. Culpabilidad	237

CAPÍTULO V

DISPOSICIONES COMUNES A LOS CAPÍTULOS ANTERIORES

I. EXCUSA ABSOLUTORIA POR POSTERIOR MATRIMONIO

§ 542. El texto legal	237

§ 543.	Delitos comprendidos	237
§ 544.	Sujetos. Noción de la expresión “delincuente”	238
§ 545.	Ofendida por el delito: requisitos	238
§ 546.	El matrimonio como presupuesto objetivo de la ex- cusa	238
§ 547.	El consentimiento de la ofendida	239
§ 548.	Oportunidad de la prestación del consentimiento	240

II. REGLA ESPECIAL SOBRE PARTICIPACIÓN

§ 549.	El texto legal	240
§ 550.	Efectos dogmáticos de la regla	240
§ 551.	Casos previstos	241

TÍTULO IV

DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL

§ 552.	El estado civil como bien jurídico protegido	243
§ 553.	El estado como situación formal de individualización	243
§ 554.	Los sujetos pasivos	244

CAPÍTULO I

MATRIMONIOS ILEGALES

§ 555.	Interés protegido	244

I. MATRIMONIO ILEGAL BILATERAL

§ 556.	El texto legal	244
§ 557.	Materialidad de la acción	244
§ 558.	Elemento subjetivo	245
§ 559.	Impedimento por matrimonio anterior (bigamia)	246

§ 560.	El impedimento de "crimen"	247
§ 561.	Consumación y tentativa	247
§ 562.	Codelincuencia y participación	248
§ 563.	Culpabilidad	248

II. MATRIMONIO ILEGAL UNILATERAL

§ 564.	El texto legal	249
§ 565.	Autonomía del delito	249
§ 566.	Característica de la acción típica. El ocultamiento ..	249
§ 567.	Consumación y tentativa	250
§ 568.	Culpabilidad	250

III. SIMULACIÓN DE MATRIMONIO

§ 569.	El texto legal	250
§ 570.	Debate sobre su inclusión en el Título IV. Interés protegido	251
§ 571.	Acción	251
§ 572.	El modo comisivo	251
§ 573.	Consumación y tentativa	251
§ 574.	Culpabilidad	252

IV. PUNIBILIDAD DEL OFICIAL PÚBLICO

§ 575.	Figuras contempladas	252
§ 576.	Consumación y tentativa de estos delitos	252

A) AUTORIZACIÓN DOLOSA DE MATRIMONIO ILEGAL

§ 577.	El texto legal	252
§ 578.	Acción	252
§ 579.	Elemento subjetivo. Naturaleza de la acción	253
§ 580.	Cuestión acerca de la punibilidad	253

B) AUTORIZACIÓN DE MATRIMONIO ILEGAL IGNORANDO EL IMPEDIMENTO

§ 581.	El texto legal	254

§ 582. Cuestión con relación a la culpabilidad típica	254
§ 583. Presupuesto de punibilidad	254
§ 584. Omisión de deberes	254

**C) CELEBRACIÓN DE MATRIMONIO
CON INOBSERVANCIA DE FORMALIDADES**

§ 585. El texto legal	255
§ 586. Formalidades cuya omisión se pune	255
§ 587. Consumación	255
§ 588. Culpabilidad	256

V. CONSENTIMIENTO ILEGÍTIMO DEL REPRESENTANTE

§ 589. Menor. Subsidiariedad del delito	256
§ 590. Consumación y tentativa	257
§ 591. Sujeto activo	257
§ 592. Culpabilidad	257

CAPÍTULO II

**SUPRESIÓN Y SUPOSICIÓN DE ESTADO CIVIL
Y DE LA IDENTIDAD**

§ 593. Figuras que integran el capítulo	258
§ 594. El bien jurídico protegido y la confluencia con figuras de falsedad documental	258
§ 595. La reforma de la ley 24.410	259

I. SUPRESIÓN Y ALTERACIÓN DEL ESTADO CIVIL

§ 596. Interés protegido	259
§ 597. Acciones típicas	259
§ 598. Características del sujeto pasivo	260
§ 599. Elemento subjetivo. Modificación de la ley 24.410 ..	261

§ 600. Consumación y tentativa	262
§ 601. Culpabilidad	262

II. SUPOSICIÓN DE ESTADO CIVIL

§ 602. Carácter de la figura	262
§ 603. Acciones típicas. El fingimiento	263
§ 604. Aspecto subjetivo de la acción	264
§ 605. Consumación y tentativa	265
§ 606. Sujeto activo. Participación	265
§ 607. Culpabilidad	265

III. SUPRESIÓN Y ALTERACIÓN DE IDENTIDAD DE MENORES

§ 608. El texto legal. Carácter de la figura	266
§ 609. Acciones típicas	266
§ 610. La retención u ocultación del menor	266
§ 611. Contenido de los actos de retención y ocultación	267
§ 612. Culpabilidad. Participación	267

IV. INTERMEDIACIÓN PROHIBIDA

§ 613. Un nuevo delito	267
§ 614. Formas autónomas de participación	268
§ 615. Promoción	268
§ 616. Modalidades especiales	268

TÍTULO V

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

§ 617. La libertad como bien jurídico protegido	271
§ 618. Manifestaciones de la libertad protegidas	271

§ 619.	La ley 23.592 de actos discriminatorios y los delitos contra la libertad	271
§ 620.	Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas	272

CAPÍTULO I

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL

§ 621.	Delitos comprendidos	273

I. REDUCCIÓN A SERVIDUMBRE O CONDICIÓN ANÁLOGA

§ 622.	El texto legal. Tipos contemplados	273
§ 623.	Qué se entiende por "reducción a servidumbre o condición análoga"	273
§ 624.	Influencia dogmática del consentimiento de la víctima	275
§ 625.	Reducción a condición análoga a la servidumbre	275
§ 626.	Consumación y tentativa	276
§ 627.	Recepción de persona para mantenerla en servidumbre o condición análoga	276
§ 628.	Elemento subjetivo	276
§ 629.	Consumación y tentativa	276
§ 630.	Culpabilidad de ambos tipos	276

II. PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE LIBERTAD

§ 631.	Los ataques a la libertad física	277

A) FIGURA BÁSICA

§ 632.	El texto legal. Preservación de la libertad corporal	277
§ 633.	Elemento normativo: la ilegalidad	277
§ 634.	Consumación y tentativa	278
§ 635.	Sujeto pasivo. El consentimiento de la víctima	278
§ 636.	Confluencia de figuras	279

§ 637. Culpabilidad	279

B) FIGURAS AGRAVADAS

§ 638. Clasificación	279

1) AGRAVANTES POR EL MODO DE COMISIÓN

a) UTILIZACIÓN DE VIOLENCIAS O AMENAZAS

§ 639. El texto legal	279
§ 640. Violencias y amenazas	280
§ 641. Confluencia de figuras. Lesiones producidas en el desarrollo de la violencia	280
§ 642. Amplitud de la figura agravada	280
§ 643. Oportunidad de la amenaza y la violencia	281

b) SIMULACIÓN DE AUTORIDAD

§ 644. El texto legal	281
§ 645. Contenido de la simulación	281
§ 646. Suscitamiento de error en la víctima	281
§ 647. Confluencia de figuras: usurpación de autoridad	281

c) DURACIÓN DE LA PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE LIBERTAD

§ 648. El texto legal. Ubicación de la agravante	282
§ 649. Cómputo del tiempo	282

2) AGRAVANTES POR EL SUJETO PASIVO

§ 650. El texto legal. Fundamento de la agravante	282
§ 651. El deber de respeto	282

3) AGRAVANTES POR LOS RESULTADOS

§ 652. Resultados comprendidos	283

a) CAUSACIÓN DE GRAVES DAÑOS

§ 653. El texto legal	283
§ 654. La causación del daño	283
§ 655. Calidad del daño: gravedad. Extensión	283

b) CAUSACIÓN DE LESIONES GRAVÍSIMAS

§ 656. Derogación de la agravante específica	284

c) CAUSACIÓN DE MUERTE

§ 657. El texto legal	284
§ 658. Causación de la muerte. Supuestos comprendidos ..	284

4) AGRAVANTES POR LAS MOTIVACIONES Y FINALIDADES

§ 659. Características de las agravantes	285

a) FINES RELIGIOSOS O DE VENGANZA

§ 660. El texto legal. Fundamento de la agravante	285
§ 661. Concepto y contenido de las motivaciones	286

b) COMPELIMIENTO DE LA VÍCTIMA O TERCERO

§ 662. Las figuras del artículo 142 “bis”	286
§ 663. Sentido de las figuras	287
§ 664. El tipo del párrafo 1º del actual artículo 142 “bis” ...	287
§ 665. Sujeto pasivo	288
§ 666. Las figuras agravadas	289

III. DELITOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

§ 667. Carácter de los delitos. Abusos funcionales	289

A) RETENCIÓN INDEBIDA EN DETENCIÓN O PRISIÓN

§ 668. El texto legal	289
§ 669. Carácter del delito	289
§ 670. Sujeto activo	290
§ 671. Sujeto pasivo	290
§ 672. Confluencia de figuras	290
§ 673. Consumación y tentativa	290
§ 674. Culpabilidad	291

B) PROLONGACIÓN INDEBIDA DE DETENCIÓN

§ 675. El texto legal	291
§ 676. Carácter del delito	291
§ 677. Presupuestos	291
§ 678. Consumación y tentativa	292
§ 679. Culpabilidad	292

C) INCOMUNICACIÓN INDEBIDA

§ 680. El texto legal	292
§ 681. Privación de libertad e incomunicación	292
§ 682. Carácter indebido de la incomunicación	292
§ 683. Consumación y tentativa	293
§ 684. Culpabilidad	293

D) RECEPCIÓN INDEBIDA

§ 685. Tipos comprendidos	293

**1) RECEPCIÓN EN ESTABLECIMIENTOS DESTINADOS
AL CUMPLIMIENTO DE PENAS**

§ 686. El texto legal	294
§ 687. Exigencias formales de la internación	294
§ 688. Consumación y tentativa	294
§ 689. Sujeto activo	295
§ 690. Culpabilidad	295

2) RECEPCIÓN EN ESTABLECIMIENTO DE DETENCIÓN

§ 691. El texto legal	295
§ 692. La acción típica	295
§ 693. Detención sin orden	295
§ 694. Detención en flagrancia	296
§ 695. Consumación y tentativa	296
§ 696. Sujeto activo	296
§ 697. Culpabilidad	297

E) COLOCACIÓN INDEBIDA

§ 698. El texto legal	297
§ 699. La acción típica	297
§ 700. Consumación y tentativa	297
§ 701. Sujetos	297
§ 702. Culpabilidad	298

F) OMISIÓN DE HACER CESAR DETENCIONES ILEGALES

§ 703. El texto legal	298
§ 704. Conocimiento de la detención ilegal	298
§ 705. Las acciones típicas	298
§ 706. Consumación y tentativa	299
§ 707. Sujeto activo	299
§ 708. Culpabilidad	299

G) AGRAVANTES COMUNES A LOS DELITOS PRECEDENTES

§ 709. El texto legal	299
§ 710. Agravantes comprendidas	299
§ 711. Influencia de la agravante sobre la pena de inhabilitación	300

H) PRIVACIÓN ABUSIVA DE LIBERTAD

§ 712. El texto legal	300
§ 713. Carácter del delito. Tipos comprendidos	300
§ 714. Privación de libertad abusiva	300
§ 715. Incumplimiento de formalidades	301
§ 716. El consentimiento de la víctima	301
§ 717. Culpabilidad	302

I) SEVERIDADES, APREMIOS Y VEJACIONES

§ 718. El bien jurídico protegido	302
§ 719. Severidades	302
§ 720. Vejaciones	302
§ 721. Apremios ilegales	303

1) VEJACIONES Y APREMIOS ILEGALES SOBRE CUALQUIER PERSONA

§ 722. El texto legal	303
§ 723. Características del delito. Sujeto activo	303
§ 724. Sujeto pasivo	303
§ 725. Culpabilidad	304

**2) SEVERIDADES, VEJACIONES Y APREMIOS ILEGALES
SOBRE DETENIDOS**

§ 726. El texto legal. Fundamento de la punibilidad	304
§ 727. Ilegalidad del tratamiento	304
§ 728. Sujetos	305
§ 729. Concurrencia de tratamientos mortificantes	305
§ 730. Culpabilidad	305

J) AGRAVANTES COMUNES

§ 731. El texto legal. Remisión	305

K) TORTURA Y DELITOS RELACIONADOS CON ELLA

§ 732. El delito de tortura y sus relacionados, según las fórmulas de la ley 23.097	306
a) Imposición de tortura	306
b) Omisiones funcionales punibles	306
c) Negligencia funcional permisiva	306
§ 733. Imposición de tortura	306
a) Figura básica	306
b) Figuras agravadas	308
§ 734. Omisiones funcionales punibles	309
a) Omisión de evitación	309
b) Omisión de denuncia calificada	309
c) Punibilidad especial para los médicos	311
d) Omisión de persecución calificada	311
e) Omisión de denuncia calificada	312
§ 735. Penas de inhabilitación	312
§ 736. Negligencia funcional permisiva	313

IV. CONDUCCIÓN FUERA DE LAS FRONTERAS

§ 737. El texto legal	314
§ 738. La denominación del delito. Fundamentos de la punibilidad	314
§ 739. El consentimiento del sujeto pasivo	314
§ 740. Acción	314
§ 741. El elemento subjetivo	315
§ 742. Consumación y tentativa	316
§ 743. Culpabilidad	316

V. DELITOS RELACIONADOS CON MENORES

§ 744. Ubicación de los delitos. Su caracterización como delitos contra la libertad	317
§ 745. El menor como objeto de los delitos. Consecuencias	317

A) SUSTRACCIÓN DE MENORES

§ 746. Acciones típicas	318
§ 747. Consumación y tentativa	319
§ 748. Sujetos. Autor. Participación	319
§ 749. Sujeto pasivo	319
§ 750. Culpabilidad	320

B) NO PRESENTACIÓN DE MENORES

§ 751. Carácter del delito	320
§ 752. Acciones típicas	320
§ 753. Consumación y tentativa	321
§ 754. Sujetos	321
§ 755. Culpabilidad	322

C) INDUCCIÓN A LA FUGA

§ 756. Acciones típicas	322
§ 757. Consumación y tentativa	322
§ 758. Culpabilidad	323

D) OCULTACIÓN DE MENORES**1) FIGURA BÁSICA**

§ 759. El texto legal	323
§ 760. Acción típica	323
§ 761. Confluencia de figuras	324
§ 762. Culpabilidad	324

2) FIGURA AGRAVADA

§ 763. La agravante. Distinción con otros delitos	324
§ 764. Culpabilidad	324

**E) IMPEDIMENTO U OBSTRUCCIÓN DE CONTACTO DE LOS PADRES
CON SUS HIJOS MENORES**

§ 765. Los tipos y el carácter de la acción	325
§ 766. Impedimento u obstrucción de contacto	325
§ 767. Mudanza no autorizada del menor	326

VI. AMENAZAS

§ 768. El bien jurídico protegido	328

A) FIGURA BÁSICA

§ 769. El texto legal y sus variaciones	328
§ 770. Acción típica. Concepto de amenaza	328
§ 771. Contenido de la amenaza: el daño anunciado	328
§ 772. Seriedad de la amenaza	329
§ 773. Gravedad e injusticia de la amenaza	329
§ 774. Idoneidad de la amenaza	330
§ 775. Medios y modalidades	330
§ 776. Elemento subjetivo	331
§ 777. Consumación y tentativa	331
§ 778. Confluencia de figuras. Subsidiariedad del delito ...	331
§ 779. Sujeto activo. Participación	332
§ 780. Sujeto pasivo	332
§ 781. Culpabilidad	332

B) FIGURAS AGRAVADAS

§ 782. El texto legal y sus variaciones	332

1) EMPLEO DE ARMAS

§ 783. Armas comprendidas. Fundamento de la agravante	333
§ 784. Modo de utilización	333

2) AMENAZAS ANÓNIMAS

§ 785. Fundamento de la agravante	333
§ 786. Modos del anonimato	333

VII. COACCIONES

A) FIGURA BÁSICA

§ 787. El texto legal y sus variaciones	334
§ 788. El bien jurídico protegido	334
§ 789. Acción típica. La exclusión de la violencia como medio comisivo	335
§ 790. La amenaza como medio comisivo. Principios aplicables	335
§ 791. El elemento subjetivo	336
§ 792. Injusticia de la amenaza	336
§ 793. Consumación y tentativa	337
§ 794. Confluencia de figuras. Subsidiariedad del delito	337
§ 795. Sujeto activo. Participación	338
§ 796. Sujeto pasivo	338
§ 797. Culpabilidad	338

B) FIGURAS AGRAVADAS

§ 798. El texto legal	338
§ 799. Fundamentos de las agravantes	339

**1) COACCIONES AGRAVADAS POR EL MAYOR PODER
INTIMIDATORIO DEL MEDIO EMPLEADO**

§ 800. Remisión	339

**2) COACCIONES AGRAVADAS POR LOS PROPÓSITOS
PERSEGUIDOS POR EL AUTOR**

§ 801. Agravantes comprendidas	339

a) COACCIONES A MIEMBROS DE LOS PODERES PÚBLICOS

§ 802. El contenido de la exigencia	339
§ 803. Sujeto pasivo	340
§ 804. Confluencia de figuras	340

**b) COMPELIMIENTO AL ABANDONO DEL PAÍS, DE UNA PROVINCIA
O DE LOS LUGARES DE RESIDENCIA HABITUAL O DE TRABAJO**

§ 805. Concepto de los lugares mencionados en el tipo	340
§ 806. Concepto de abandono	341

CAPÍTULO II

VIOLACIÓN DE DOMICILIO

§ 807. El bien jurídico protegido. Reserva de la intimidad	341

I. EL TIPO GENERAL

§ 808. El texto legal	341
§ 809. Acción típica	341
§ 810. Domicilio	342
§ 811. Morada	342
§ 812. Casa de negocio	343
§ 813. Dependencias	343
§ 814. Recinto habitado	343
§ 815. Voluntad de exclusión	344
§ 816. Titular del derecho de exclusión	344
§ 817. Consumación y tentativa	345
§ 818. Confluencia de figuras. Subsidiariedad	345
§ 819. Culpabilidad	345

II. ALLANAMIENTO ILEGAL

§ 820.	El texto legal. Razón de la protección	346
§ 821.	Concepto de allanamiento	346
§ 822.	Sujeto activo. Carácter de abuso funcional del delito	347
§ 823.	Culpabilidad	347

III. SITUACIONES DE IMPUNIDAD

§ 824.	El texto legal	347
§ 825.	Naturaleza de la licitud	347
§ 826.	Contenido subjetivo	348
§ 827.	Consecuencias sobre la antijuridicidad y la culpabilidad	348
§ 828.	Finalidades comprendidas	349

CAPÍTULO III**VIOLACIÓN DE SECRETOS**

§ 829.	La intimidad y la protección de lo secreto	350

**I. VIOLACIÓN DE CORRESPONDENCIA
Y PAPELES PRIVADOS**

§ 830.	Noción de correspondencia y papeles privados	350

A) APERTURA INDEBIDA DE CORRESPONDENCIA

§ 831.	El texto legal	351
§ 832.	La acción típica	351
§ 833.	Ilegitimidad	351
§ 834.	Objetos del delito	352
§ 835.	Condiciones en que deben encontrarse los objetos ...	352
§ 836.	Sujeto activo	353

§ 837. Confluencia de figuras	353
§ 838. Culpabilidad	353

B) APODERAMIENTO INDEBIDO DE CORRESPONDENCIA

§ 839. El texto legal	353
§ 840. La acción típica	354
§ 841. Objetos	354
§ 842. Sujeto activo	355
§ 843. Confluencia de figuras	355
§ 844. Culpabilidad	355

C) SUPRESIÓN O DESVÍO DE CORRESPONDENCIA

§ 845. El texto legal	355
§ 846. Acciones típicas	355
§ 847. Condiciones de los objetos	356
§ 848. Culpabilidad	356

D) COMUNICACIÓN O PUBLICACIÓN ILEGÍTIMA

§ 849. El texto legal	356
§ 850. Carácter del tipo. Consecuencias	356
§ 851. Acciones típicas	357
§ 852. Culpabilidad	358

E) ABUSO DEL CARGO

§ 853. El texto legal	358
§ 854. Bien jurídico protegido	358
§ 855. Carácter del tipo	358
§ 856. Acciones típicas	358
§ 857. Objeto	359
§ 858. Sujeto activo	359
§ 859. El abuso funcional	360
§ 860. Culpabilidad	360

F) PUBLICACIÓN INDEBIDA DE CORRESPONDENCIA

§ 861. El texto legal	360
§ 862. El bien jurídico protegido	360
§ 863. Acción típica	360

§ 864.	Consumación y tentativa	361
§ 865.	Objeto del delito	362
§ 866.	Ilegitimidad	362
§ 867.	Posibilidad de perjuicio	362
§ 868.	Sujeto activo	363
§ 869.	Culpabilidad	363

II. VIOLACIÓN DE SECRETO PROFESIONAL

§ 870.	El texto legal	364
§ 871.	Bien jurídico protegido	364
§ 872.	Lo secreto	364
§ 873.	Posibilidad de daño	365
§ 874.	El conocimiento del secreto por el agente	365
§ 875.	Acción típica	366
§ 876.	Ausencia de justa causa	366
§ 877.	Consumación y tentativa	367
§ 878.	Sujeto activo	367
§ 879.	Culpabilidad	368
§ 880.	Información confidencial	368

III. VIOLACIÓN DEL SECRETO OFICIAL

§ 881.	Tipo contemplado. Colocación	368

A) VIOLACIÓN DEL SECRETO OFICIAL POR EL FUNCIONARIO PÚBLICO

§ 882.	El texto legal	368
§ 883.	Acción típica	369
§ 884.	Objeto	369
§ 885.	Consumación y tentativa	370
§ 886.	Sujeto activo	370
§ 887.	Confluencia de figuras	371
§ 888.	Culpabilidad	371

B) LA FIGURA DE VIOLACIÓN DE SECRETO DEL ARTÍCULO 51 DEL CÓDIGO PENAL

§ 889.	El delito de violación de secreto oficial sobre datos de registros penales	371

CAPÍTULO IV

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE TRABAJO Y ASOCIACIÓN

§ 890. Bien jurídico protegido	373

I. COMPULSIÓN A LA HUELGA O BOICOT

§ 891. El texto legal. Carácter del delito	373
§ 892. Acción típica	373
§ 893. Elemento subjetivo	374
§ 894. Consumación y tentativa	374
§ 895. Sujeto	374
§ 896. Culpabilidad	375

II. COMPULSIÓN AL “LOCK-OUT”

§ 897. El texto legal. Sentido de la protección	375
§ 898. Acción típica	375
§ 899. Elemento subjetivo	375
§ 900. Consumación y tentativa	376
§ 901. Sujetos	376
§ 902. Culpabilidad	376

III. COMPULSIÓN ASOCIATIVA

§ 903. El texto legal. Sentido de la protección	376
§ 904. Acción típica	376
§ 905. Elemento subjetivo	376
§ 906. Sujetos	377
§ 907. Culpabilidad	377

IV. CONCURRENCIA DESLEAL

§ 908. El texto legal. Sentido de la protección	377

§ 909. Acción típica	378
§ 910. Elemento subjetivo	378
§ 911. Sujetos	379
§ 912. Consumación y tentativa	380
§ 913. Culpabilidad	380

CAPÍTULO V

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE REUNIÓN

§ 914. Bien jurídico protegido	380

IMPEDIMENTO O TURBACIÓN DE REUNIÓN LÍCITA

§ 915. Tipos comprendidos	380

A) IMPEDIMENTO MATERIAL DE REUNIÓN LÍCITA

§ 916. Acción típica	381
§ 917. Modo comisivo	381
§ 918. Consumación y tentativa	381
§ 919. Culpabilidad	381

B) TURBACIÓN DE REUNIÓN LÍCITA

§ 920. Acción típica	382
§ 921. Modo comisivo	382
§ 922. Confluencia de figuras	382
§ 923. Consumación y tentativa	382
§ 924. Culpabilidad	382

C) IMPEDIMENTO MATERIAL DE ESPECTÁCULOS DEPORTIVOS

§ 925. El tipo creado por la ley 24.192	383

CAPÍTULO VI

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE PRENSA

§ 926. Bien jurídico protegido	383

IMPEDIMENTO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LIBROS O PERIÓDICOS

§ 927.	Acciones típicas	383
§ 928.	Objetos	384
§ 929.	Cuestión sobre la antijuridicidad	384
§ 930.	Consumación y tentativa	385
§ 931.	Confluencia de figuras	385
§ 932.	Culpabilidad	385
§ 933.	El delito del artículo 161 y la ley 23.592 (actos discriminatorios)	385

TÍTULO VI

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

§ 934.	Los bienes jurídicos protegidos	387
§ 935.	El concepto penal de propiedad	387
§ 936.	Propiedad común y especial. Objetos de los delitos	388
§ 937.	Característica común de las acciones típicas	388
§ 938.	Clasificación de los delitos contra la propiedad	388
§ 939.	El consentimiento del sujeto pasivo	389
§ 940.	Delitos contra la propiedad del Estado en la reforma constitucional de 1994	390

CAPÍTULO I

HURTO

§ 941.	La protección de la tenencia	390
§ 942.	El desapoderamiento y su repercusión económica	391

I. HURTO SIMPLE

§ 943.	El texto legal	391

§ 944. La acción de apoderarse. Teorías sobre el momento configurativo del hurto	391
§ 945. Concepto de apoderamiento. El desapoderamiento	391
§ 946. El apoderamiento	392
§ 947. Aspecto subjetivo del apoderamiento	393
§ 948. El llamado "hurto de uso"	393
§ 949. Ilegitimidad del apoderamiento	394
§ 950. Objeto del delito: cosa mueble ajena	394
§ 951. El hurto de energía	395
§ 952. Los derechos	395
§ 953. Valor patrimonial	396
§ 954. Cosa mueble	396
§ 955. Ajenidad	397
§ 956. Consumación y tentativa	397
§ 957. Confluencia de figuras	398
§ 958. Cuestiones sobre antijuridicidad	398
§ 959. Sujetos. Participación	398
§ 960. Culpabilidad	399

II. HURTOS CALIFICADOS

§ 961. Fundamento de las agravantes	399
§ 962. Indefensión de los objetos	399
§ 963. La naturaleza del objeto y la actividad del autor	399

A) HURTOS CAMPESTRES

§ 964. El texto legal	400
§ 965. Tipos contemplados	400

1) ABIGEATO

§ 966. El objeto del delito	400
§ 967. Situación de los objetos	402

2) HURTO CAMPESTRE PROPIAMENTE DICHO

§ 968. Objetos del delito	403
§ 969. Los productos minerales	403
§ 970. Situación de los objetos	403

3) HURTO DE MAQUINARIA O INSTRUMENTOS DEL TRABAJO

§ 971. Objetos del delito	404
§ 972. Situación de los objetos	404

4) HURTO DE ELEMENTOS DE LOS CERCOS

§ 973. Objetos comprendidos	405
§ 974. Características	405
§ 975. Resultado de la acción	405

B) HURTO CALAMITOSO

§ 976. El texto legal	406
§ 977. Circunstancias típicas	407
§ 978. Conmoción pública	407
§ 979. Infortunio particular	407
§ 980. El aprovechamiento de las circunstancias	408

C) HURTO CON GANZÚA O LLAVE FALSA

§ 981. El texto legal	409
§ 982. El cerramiento del lugar del hecho como presupuesto	409
§ 983. Los instrumentos típicos. Ganzúa	410
§ 984. Llave falsa u otro instrumento semejante	410
§ 985. Llave sustraída	410
§ 986. Llave hallada	411
§ 987. Llave retenida	411
§ 988. Ilegitimidad y modo de utilización de los instrumentos	411
§ 989. Modos de comisión del hecho	412
§ 990. Culpabilidad	412

D) HURTO CON ESCALAMIENTO

§ 991. El vencimiento de las defensas predispuestas y la necesidad del escalamiento	412
§ 992. Noción de escalamiento	413
§ 993. Escalamiento interno y externo	414
§ 994. Modos de comisión	414

§ 995. El escalamiento para “salir”	415
§ 996. Aspecto subjetivo: finalidad del escalamiento	416
E) HURTO DE MERCADERÍA TRANSPORTADA	
§ 997. El tipo creado por la ley 23.468	416
F) HURTO DE VEHÍCULOS	
§ 998. Transformaciones del texto legal	416
§ 999. El “hurto de uso de automotores”	417
G) HURTO EN OCASIÓN DE ESPECTÁCULOS DEPORTIVOS	
§ 1000. Agravante introducida por la ley 24.192	417

CAPÍTULO II

ROBO

§ 1001. Carácter de la figura	417

I. FIGURA BÁSICA

§ 1002. El texto legal y sus variaciones	418

A) ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS

§ 1003. Las características de los objetos y el despliegue de la fuerza típica	418
§ 1004. Vinculación de la fuerza con el apoderamiento	420

B) ROBO CON VIOLENCIA EN LAS PERSONAS

§ 1005. Los medios de comisión: la violencia	421
§ 1006. Confluencia de figuras	421
§ 1007. La intimidación	422
§ 1008. Vinculación de la violencia con el apoderamiento ...	423

C) MOMENTO DE LA FUERZA Y LA VIOLENCIA

§ 1009.	La extensión del tipo a los momentos anteriores y posteriores al apoderamiento	424
§ 1010.	En la comisión	424
§ 1011.	En la facilitación	425
§ 1012.	En procura de la impunidad	425

II. ROBOS CALIFICADOS

§ 1013.	Fundamentos de las agravantes	427

A) ROBO CALIFICADO POR HOMICIDIO

§ 1014.	El texto legal	427
§ 1015.	Casos comprendidos en la agravante	427
§ 1016.	Distinción con casos de homicidios finalmente conexos	428
§ 1017.	Consumación y tentativa	429
§ 1018.	Extensión de la agravante en el caso de pluralidad de partícipes	429

B) ROBO CALIFICADO POR LESIONES

§ 1019.	El texto legal	430
§ 1020.	Característica de la estructura típica	430
§ 1021.	Resultados comprendidos	430
§ 1022.	Consumación y tentativa	431
§ 1023.	Pluralidad de partícipes	431

C) ROBO CON ARMAS

§ 1024.	El texto legal. Variaciones. Fundamentos	431
§ 1025.	Armas comprendidas	432
§ 1026.	El arma simulada	432
§ 1027.	Modo de comisión	432

D) ROBO EN DESPOBLADO Y EN BANDA

§ 1028.	El texto legal. Fundamento. Estructura del tipo ...	433

§ 1029. Noción de despoblado	433
§ 1030. Noción de banda	434
§ 1031. Modos de comisión	434

E) ROBO EN DESPOBLADO

§ 1032. El texto legal. Distinción con la agravante anterior	434

F) ROBO EN POBLADO Y EN BANDA

§ 1033. El texto legal. Fundamentos. Remisión	435
§ 1034. Noción de lugar poblado	435
§ 1035. Modos de comisión	435

G) ROBO CON PERFORACIÓN O FRACTURA

§ 1036. El texto legal. Variaciones. Fundamentos	436
§ 1037. El ejercicio de la fuerza. Confluencia de figuras ..	436
§ 1038. Perforación y fractura	436
§ 1039. Defensas sobre las que debe recaer la fuerza	437
§ 1040. Lugar habitado. Dependencias inmediatas.....	438
§ 1041. Modos de comisión	439
§ 1042. La tentativa	439
§ 1043. Culpabilidad	439

H) ROBO EN CIRCUNSTANCIAS DE HURTOS CALIFICADOS

§ 1044. El texto legal	440
§ 1045. Conexión temporal	440
§ 1046. Cuestión con relación a la calificación del hurto prevista por el artículo 163, inciso 1º	440

I) ROBO EN OCASIÓN DE ESPECTÁCULOS DEPORTIVOS

§ 1047. Agravante introducida por la ley 24.192	441

CAPÍTULO III

EXTORSIÓN

§ 1048. Características de los delitos	441

I. EXTORSIÓN COMÚN

§ 1049.	El texto legal	442
§ 1050.	La acción típica	442
§ 1051.	Objetos del delito	443
§ 1052.	El medio comisivo. La intimidación	444
§ 1053.	La intimidación propia	444
§ 1054.	La intimidación engañosa	446
§ 1055.	Distinción con el robo con intimidación	446
§ 1056.	Sujeto pasivo	447
§ 1057.	Consumación y tentativa	447
§ 1058.	Culpabilidad	448

II. EXTORSIÓN DE DOCUMENTOS

§ 1059.	El texto legal	449
§ 1060.	Acción típica	449
§ 1061.	Objeto del delito	450
§ 1062.	Documento en blanco	450
§ 1063.	Validez de los documentos	451
§ 1064.	Los medios comisivos. La violencia	451
§ 1065.	Distinción con el robo	452
§ 1066.	Consumación y tentativa	452
§ 1067.	Confluencia de figuras	453
§ 1068.	Sujeto pasivo	453
§ 1069.	Culpabilidad	453

III. CHANTAJE

§ 1070.	El texto legal. Denominación del delito	453
§ 1071.	Acción típica	454
§ 1072.	Imputaciones contra el honor	454
§ 1073.	Violación de secretos	454
§ 1074.	Pertenencia del honor amenazado	455
§ 1075.	Culpabilidad	455

IV. SECUESTRO EXTORSIVO

§ 1076. El texto legal. Variaciones. Fundamentación	455

A) FIGURA BÁSICA

§ 1077. Las acciones típicas	456
§ 1078. El elemento subjetivo	457
§ 1079. Confluencia de figuras	458
§ 1080. Consumación y tentativa	458
§ 1081. Sujeto pasivo	458
§ 1082. Culpabilidad	459

B) FIGURA AGRAVADA

§ 1083. El resultado típico	459

V. SUSTRACCIÓN DE CADÁVERES

§ 1084. El texto legal. Fundamentos	459
§ 1085. Acción típica	460
§ 1086. Objeto del delito	460
§ 1087. Elemento subjetivo	460
§ 1088. Consumación y tentativa	461
§ 1089. Culpabilidad	461

CAPÍTULO IV

ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES

§ 1090. Características de los delitos. Sentido de la protección legal	462
§ 1091. Denominaciones de los delitos	462
§ 1092. Clasificación de las defraudaciones	463
§ 1093. Las defraudaciones “dañosas”	463

I. ESTAFA

§ 1094.	El texto legal	464
§ 1095.	Características. La acción típica	464
§ 1096.	El detrimento patrimonial	465
§ 1097.	El perjuicio	465
§ 1098.	El fraude: el ardid y el engaño	466
§ 1099.	El suscitamiento del error en el sujeto pasivo	466
§ 1100.	Idoneidad del ardid o del engaño	467
§ 1101.	La simple mentira y el silencio	467
§ 1102.	Relación causal entre el error y la disposición patrimonial	468
§ 1103.	Aspecto subjetivo de la acción	469
§ 1104.	El beneficio perseguido	469
§ 1105.	Ardides específicos	470
§ 1106.	Nombre supuesto	470
§ 1107.	Calidad simulada	470
§ 1108.	Falsos títulos	471
§ 1109.	Influencia <i>mentida</i>	471
§ 1110.	Abuso de confianza	471
§ 1111.	Apariencias engañosas	471
§ 1112.	Consumación y tentativa	472
§ 1113.	Sujetos	473
§ 1114.	Culpabilidad	473

II. DEFRAUDACIONES ESPECIALES

§ 1115.	Especificidad de las figuras del artículo 173	473

**A) DEFRAUDACIONES EN EL CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS
U OBLIGACIONES SOBRE LA ENTREGA DE COSAS DEBIDAS**

§ 1116.	El texto legal. Carácter del delito	474
§ 1117.	El fraude	474
§ 1118.	El perjuicio	475
§ 1119.	Objetos del delito	475
§ 1120.	Elemento normativo	475
§ 1121.	Culpabilidad	476

B) APROPIACIÓN Y OMISIÓN DE RESTITUIR INDEBIDAS

§ 1122.	El texto legal. Variaciones. Carácter del delito ...	476
§ 1123.	La tenencia de los objetos	477
§ 1124.	Origen de la tenencia. Obligación de entregar o devolver	477
§ 1125.	Las acciones típicas	478
§ 1126.	Objetos del delito	479
§ 1127.	El perjuicio	480
§ 1128.	Consumación y tentativa	480
§ 1129.	El ánimo de beneficio	480
§ 1130.	Culpabilidad	480

C) SUSCRIPCIÓN ENGAÑOSA DE DOCUMENTOS

§ 1131.	El texto legal	480
§ 1132.	La acción típica	480
§ 1133.	El fraude	481
§ 1134.	Objeto del delito	481
§ 1135.	Carácter del delito. Consumación	481

D) ABUSO DE FIRMA EN BLANCO

§ 1136.	El texto legal. Carácter del delito	482
§ 1137.	Acción típica. Preexistencia de "firma en blanco"	482
§ 1138.	La tenencia de la firma en blanco	483
§ 1139.	El abuso	483
§ 1140.	Consumación	484

**E) FRUSTRACIÓN DE LOS DERECHOS ORIGINADOS
EN UNA TENENCIA ACORDADA (HURTO IMPROPIO)**

§ 1141.	El texto legal	484
§ 1142.	Carácter de la figura	485
§ 1143.	Tenencia de la cosa	485
§ 1144.	Acciones típicas	486
§ 1145.	Objeto del delito	486
§ 1146.	Consumación	486
§ 1147.	Autoría y participación	487
§ 1148.	Culpabilidad	487

F) CONTRATACIÓN SIMULADA Y FALSOS RECIBOS

§ 1149. El texto legal. Carácter de la figura	487
§ 1150. Acción típica	488
§ 1151. La codelincuencia	488
§ 1152. Contrato simulado y falsos recibos	488
§ 1153. El resultado típico. Cuestiones referentes a la confluencia de figuras	489
§ 1154. Culpabilidad	490

G) ADMINISTRACIÓN INFIEL

§ 1155. El texto legal. Las variaciones legislativas	490
§ 1156. La acción típica. Presupuesto	490
§ 1157. Violación de los deberes	491
§ 1158. Resultados típicos. Consumación	492
§ 1159. Elemento subjetivo	493
§ 1160. Culpabilidad	493

H) DEFRAUDACIÓN POR SUSTITUCIÓN O SUPRESIÓN DE DOCUMENTOS

§ 1161. El texto legal. Carácter del delito	493
§ 1162. Acciones típicas	494
§ 1163. Objetos del delito	494
§ 1164. Consumación y tentativa	495
§ 1165. Aspecto subjetivo de la acción	495
§ 1166. Culpabilidad	495

I) ESTELIONATO

§ 1167. El texto legal. Sus variaciones. Carácter de la figura	495
§ 1168. Acciones típicas	496
§ 1169. Objeto del delito	496
§ 1170. El fraude	497
§ 1171. Consumación y tentativa	498
§ 1172. Culpabilidad	499

J) DEFRAUDACIÓN SO PRETEXTO DE REMUNERACIÓN

§ 1173. El texto legal. Carácter del delito	499

§ 1174. Diferencias con los supuestos de influencia mentida	499
§ 1175. Contenido del engaño	500
§ 1176. Consumación y tentativa	500
§ 1177. Culpabilidad	501

K) DESBARATAMIENTO DE DERECHOS ACORDADOS

§ 1178. El texto legal. Carácter de la figura	501
§ 1179. Presupuesto: existencia de un negocio jurídico	501
§ 1180. El perjuicio	502
§ 1181. Los medios	503
§ 1182. Consumación y tentativa	503
§ 1183. Culpabilidad	503

L) TIPOS AGREGADOS POR LA LEY 24.441

§ 1184. El artículo 82 de la ley 24.441	504
§ 1185. Defraudaciones del titular fiduciario, el administrador de fondos comunes y el dador de contrato de "leasing"	504
§ 1186. Ejecución extrajudicial de inmuebles	505
§ 1187. Defraudación del tenedor de letras hipotecarias	506

III. DEFRAUDACIONES AGRAVADAS

§ 1188. Fundamentos de las agravantes	506

A) ESTAFA DE SEGURO O PRÉSTAMO A LA GRUESA

§ 1189. El texto legal. Carácter del delito	507
§ 1190. Presupuesto del delito: seguro, préstamo a la gruesa	507
§ 1191. Acciones típicas	508
§ 1192. Confluencia de figuras	509
§ 1193. Aspecto subjetivo	509
§ 1194. Consumación y tentativa	510
§ 1195. Sujetos	510
§ 1196. Culpabilidad	510

B) DEFRAUDACIONES A MENORES E INCAPACES (CIRCUNVENCIÓN DE INCAPACES)

§ 1197. El texto legal. Carácter de la figura	510

§ 1198.	El abuso de la situación	511
§ 1199.	Los sujetos pasivos	511
§ 1200.	La acción típica	512
§ 1201.	Consumación y tentativa	513
§ 1202.	Culpabilidad	513

C) DEFRAUDACIÓN POR USO DE PESAS O MEDIDAS FALSAS

§ 1203.	El texto legal. Carácter de la figura	514
§ 1204.	Falsedad de las pesas o medidas	514
§ 1205.	Autoría	514
§ 1206.	Consumación y tentativa	514
§ 1207.	Culpabilidad	515

D) FRAUDE CON MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN.

FRAUDE DEL EMPRESARIO O CONSTRUCTOR Y DEL VENDEDOR

§ 1208.	El texto legal. Variaciones	515
§ 1209.	Figura básica. Su carácter	515
§ 1210.	Acción típica	515
§ 1211.	Calidad del acto de fraude	516
§ 1212.	El resultado típico y la consumación	516
§ 1213.	Autoría	517
§ 1214.	Culpabilidad	517
§ 1215.	Figuras agravadas. Su derogación	517

E) FRAUDE EN PERJUICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

§ 1216.	El texto legal. Razón de ser de la agravante	518
§ 1217.	La remisión a las figuras anteriores	518
§ 1218.	Tipicidad de la ofensa	518
§ 1219.	Sujetos	519
§ 1220.	Consumación	519
§ 1221.	Culpabilidad	519

F) PUNIBILIDAD DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

§ 1222.	El texto legal	520
§ 1223.	Concepto de "empleado"	520
§ 1224.	La intervención del empleado	520

IV. DEFRAUDACIONES ATENUADAS

§ 1225. Característica común	520

A) APROPIACIÓN ILÍCITA DE COSAS PERDIDAS O TESOROS

§ 1226. Carácter del delito. Presupuesto	520
§ 1227. Objetos del delito	521
§ 1228. La acción típica. El elemento normativo	522
§ 1229. Consumación	522
§ 1230. Cuestión con relación a los documentos representativos de valores	523
§ 1231. Culpabilidad	523

B) APROPIACIÓN POR ERROR O CASO FORTUITO

§ 1232. Carácter del delito. Acción típica	523
§ 1233. El error	524
§ 1234. Caso fortuito	524
§ 1235. Consumación	524
§ 1236. Culpabilidad	525

C) DISPOSICIÓN ILEGAL DE OBJETO PRENDADO

§ 1237. Carácter del delito. Presupuesto	525
§ 1238. Acciones típicas	526
§ 1239. Distinción con la defraudación del artículo 173, inciso 2º	526
§ 1240. Consumación y tentativa	527
§ 1241. Autoría	527
§ 1242. Culpabilidad	527

D) DESNATURALIZACIÓN DE CHEQUE

§ 1243. Carácter del delito. Desnaturalización y usura	527
§ 1244. Acciones típicas	528
§ 1245. Objeto del delito	529
§ 1246. Elemento subjetivo	530
§ 1247. Sujetos	530
§ 1248. Culpabilidad	530

CAPÍTULO IV *BIS*

USURA

§ 1249.	Usura reprimida. Supuestos contemplados	531

I. USURA PROPIAMENTE DICHA

§ 1250.	El texto legal. Bien jurídico protegido	531
§ 1251.	Presupuesto del delito: la prestación del agente	532
§ 1252.	El aprovechamiento de la situación del sujeto pasivo	532
§ 1253.	Acciones típicas	533
§ 1254.	Consumación y tentativa	533
§ 1255.	Culpabilidad	534

II. NEGOCIACIÓN DE CRÉDITO USUARIO

§ 1256.	El texto legal	534
§ 1257.	Acciones típicas	534
§ 1258.	Crédito usurario	534
§ 1259.	Consumación y tentativa	534
§ 1260.	Elemento subjetivo y culpabilidad	535

III. FIGURAS AGRAVADAS

§ 1261.	El texto legal. Supuestos comprendidos	535
§ 1262.	Profesionalidad y habitualidad	535

CAPÍTULO V

QUEBRADOS Y OTROS DEUDORES PUNIBLES

§ 1263.	Bien jurídico protegido	535
§ 1264.	Relaciones entre la ley comercial y la penal	536

I. QUIEBRA FRAUDULENDA

§ 1265.	El texto legal. Carácter del delito	536

§ 1266.	La declaración de quiebra	537
§ 1267.	El fraude a los acreedores	538
§ 1268.	Consumación y tentativa	539
§ 1269.	Los actos de fraude	539
§ 1270.	Resultado de los actos de fraude	540
§ 1271.	Sujetos	541
§ 1272.	Culpabilidad	541

II. QUIEBRA CAUSADA CULPABLEMENTE

§ 1273.	El texto legal	541
§ 1274.	Carácter del delito	542
§ 1275.	Acción típica	542
§ 1276.	Los resultados	543
§ 1277.	Consumación y tentativa	543
§ 1278.	Actos productores de la cesación de pagos	543
§ 1279.	Sujeto activo	544
§ 1280.	Culpabilidad	544

III. QUIEBRA DE PERSONAS JURÍDICAS Y LIQUIDACIÓN SIN QUIEBRA DE ENTIDADES FINANCIERAS

§ 1281.	El texto legal y sus variaciones. Fundamentos	545
§ 1282.	Personas jurídicas incluidas. Requisitos del delito	546
§ 1283.	Autores	546
§ 1284.	La acción típica	547
§ 1285.	Culpabilidad	547

IV. CONCURSO CIVIL FRAUDULENTO

§ 1286.	El texto legal. Fundamentos	548
§ 1287.	Acciones típicas	548
§ 1288.	Autor	548
§ 1289.	Culpabilidad	549

V. INSOLVENCIA FRAUDULENTO

§ 1290.	El texto legal. Sentido de la protección	549
§ 1291.	La acción típica	549

§ 1292.	Obligaciones civiles comprendidas	550
§ 1293.	Los medios frustratorios	550
§ 1294.	Elemento circunstancial	551
§ 1295.	Consumación y tentativa	552
§ 1296.	Sujetos	553
§ 1297.	Culpabilidad	553

VI. COLUSIÓN

§ 1298.	Figuras contempladas; característica común	553

A) CONNIVENCIA DEL ACREEDOR

§ 1299.	El texto legal	553
§ 1300.	Acción típica	553
§ 1301.	El acuerdo fraudulento	554
§ 1302.	Consumación y tentativa	555
§ 1303.	Autoría	555
§ 1304.	Culpabilidad	555

B) CONNIVENCIA DEL DEUDOR Y REPRESENTANTE DE PERSONA JURÍDICA

§ 1305.	El texto legal	555
§ 1306.	Carácter del delito	556
§ 1307.	Consumación y tentativa	556
§ 1308.	Culpabilidad	556

CAPÍTULO VI

USURPACIÓN

§ 1309.	Objetos de los delitos	556

I. USURPACIÓN DE INMUEBLES

§ 1310.	Cambios introducidos	556
§ 1311.	Concepto de inmueble	557
§ 1312.	Extensión de la protección legal	557
§ 1313.	Carácter del título del sujeto pasivo	558

A) USURPACIÓN POR DESPOJO

§ 1314.	El texto legal. Variaciones legislativas	558
§ 1315.	Acción típica	559
§ 1316.	Medios típicos	560
§ 1317.	Consumación y tentativa	562
§ 1318.	Cuestiones atinentes a la antijuridicidad	562
§ 1319.	Culpabilidad	562

B) DESTRUCCIÓN O ALTERACIÓN DE LÍMITES

§ 1320.	El texto legal. Bien jurídico protegido	563
§ 1321.	Acción típica	563
§ 1322.	Objetos	563
§ 1323.	Elemento subjetivo	564
§ 1324.	Consumación y tentativa	564
§ 1325.	Sujeto activo	564
§ 1326.	Culpabilidad	565

C) TURBACIÓN DE LA POSESIÓN O TENENCIA

§ 1327.	El texto legal. Distinción con los tipos anteriores	565
§ 1328.	La acción típica	565
§ 1329.	Medios típicos y modos de comisión	567
§ 1330.	Consumación y tentativa	567
§ 1331.	Cuestiones sobre antijuridicidad	567
§ 1332.	Culpabilidad	567

D) USURPACIONES AGRAVADAS

§ 1333.	Derogación de las figuras agravadas	568

II. USURPACIÓN DE AGUAS

§ 1334.	Comparación de los sistemas	568
§ 1335.	El agua como inmueble	569
§ 1336.	El elemento subjetivo	569
§ 1337.	Pertenencia del agua	570
§ 1338.	Sustracción de aguas	570
§ 1339.	Estorbo a la utilización de aguas	571

§ 1340.	Represamiento, desvío o detención de aguas	571
§ 1341.	Figuras agravadas	572

CAPÍTULO VII

DAÑOS

§ 1342.	El sentido de la protección penal	572
§ 1343.	Objetos del delito	572
§ 1344.	Aspecto subjetivo del delito	573

A) FIGURA BÁSICA

§ 1345.	El texto legal	573
§ 1346.	La acción típica	573
§ 1347.	Modos de comisión expresamente enunciados	574
§ 1348.	Consumación y tentativa	574
§ 1349.	Subsidiariedad del delito	575
§ 1350.	Culpabilidad	575

B) FIGURAS AGRAVADAS

§ 1351.	El texto vigente. Derogaciones	576

C) AGRAVANTE INTRODUCIDA POR LA LEY 24.192

§ 1352.	El tipo penal	578

CAPÍTULO VIII

DISPOSICIONES GENERALES

§ 1353.	Excusa absolutoria	578
§ 1354.	Delitos comprendidos	579
§ 1355.	Sujetos comprendidos	579
§ 1356.	Exclusión de los partícipes que no revistan las calidades enunciadas. Reparaciones civiles	580

INTRODUCCIÓN

LOS CRITERIOS DE EXPOSICIÓN DE LA PARTE ESPECIAL Y EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

§ 1. *SISTEMA Y EXÉGESIS EN LA EXPOSICIÓN DE LA PARTE ESPECIAL.* Quien desde el riguroso sistema científico elaborado para la parte general del derecho penal pasa al estudio, necesariamente fragmentario y predominantemente exegetico, de su parte especial, no deja de sentir la nostalgia de aquél. Y eso es lo que ha preocupado durante estos últimos tiempos a los tratadistas, muchos de los cuales, disconformes con esa forma de exposición, han procurado convertirla en un sistema, olvidando el peligro de la deformación de los esquemas legislativos que interpretan. Lo que permite la parte general no lo permite la especial. En ésta, el sistema es el que viene dado por el legislador. En ocasiones el intérprete que hace doctrina puede reordenar los tipos por razones de comodidad expositiva, pero no le está permitido abandonar el criterio sistemático suministrado por la ley, sobre todo porque ese sistema implica un orden valorativo dentro del cual el legislador otorga preponderancia a la protección de determinados intereses o bienes jurídicos sobre otros, lo que la interpretación no puede dejar de lado.

§ 2. *EL CRITERIO DE LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS COMO PAUTA CLASIFICATORIA.* — Si a partir de Carmignani ha sido el criterio de los bienes jurídicos protegidos la pauta para agrupar los distintos tipos, viendo en los modos particulares de su ataque el elemento unificador para separar los grupos principales en subgrupos, y los códigos han seguido tal sistemática, parece inconveniente que la doctrina se esfuerce por arrancar de pautas distintas.

Es cierto que, no pocas veces, en un mismo tipo se conjuga la protección de muchos bienes jurídicos, pero la idea del legislador al incluirlo en un título que agrupa a los delitos referidos a un determinado bien jurídico, indica lo predominante de la protección de éste dentro de aquel espectro, y aunque su criterio pueda merecer censuras de política legislativa, no puede dejar de ser el fundamento de la interpretación.

§ 3. *OTRAS PAUTAS DE CLASIFICACIÓN.* – Sin embargo, el afán sistemático llevó a intentar otras clasificaciones de los delitos que se apartan de las que traen los códigos, pensando que así se facilita la exposición y se la torna más científica. Von Liszt propugnó, por ejemplo, una clasificación fundada en los medios de que se vale el agente para atacar a los bienes jurídicos, según la cual los grandes capítulos de la parte especial serían: los delitos de *violencia y fuerza*, los de *intimidación*, los de *engaño* (falsedad y fraude), los de *abuso* y algún otro más; esa forma de exposición –que últimamente parece haber adquirido nuevas fuerzas en catedráticos que opinan que con ella se puede aliviar lo pesada que resulta la explicación oral de la materia– obliga a realizar un doble esfuerzo: construir una teoría general de los medios, y aplicarla luego a los tipos particulares, con lo cual no se obvia la exposición fragmentaria y exegética. Lo mismo puede decirse de otras clasificaciones, como las que se formulan basadas en las motivaciones del autor (Sauer), o en criterios apoyados en otras pautas diferentes (el sujeto activo –individuos privados o funcionarios–, los resultados, el sujeto pasivo –individuo, familia, sociedad–, etcétera).

§ 4. *LA PRETENSIÓN DE CREAR UNA “PARTE GENERAL DE LA PARTE ESPECIAL”.* – El empeño por sistematizar la parte especial a contrapelo del criterio del legislador se concretó en lo que se ha dado en llamar “parte general de la parte especial”. Nacida en Alemania con Wolff, en 1931, la idea prendió en Italia con Gregori y, sobre todo, con Pisapia; entre nosotros fue, si no propugnada, por los menos comentada por Jiménez de Asúa y algunos autores que comparcieron sus cenáculos científicos. La dura crítica de Antolisei nos releva de la obligación de abundar en consideraciones sobre esa pretensión, que es inoportuna en el estado actual de la ciencia del derecho penal al introducir un elemento perturbador entre sus dos

grandes secciones, ya que “el estudio de los principios y reglas que conciernen a todos o a la mayor parte de los delitos, pertenece a una sede propia, que es la parte general” y que es infructuosa, ya que si se trata de formar el contenido de esa parte general de la parte especial con los conceptos que se repiten en varios tipos, la necesidad de encuadrarlos luego en el tratamiento particular de éstos nos enfrentará nuevamente con el problema que se procuró eludir.

§ 5. *LA EXPOSICIÓN DE LA PARTE ESPECIAL SEGÚN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO.* – Es indudable que lo que tortura al expositor de la parte especial es, precisamente, la repetición de los mismos conceptos en distintos tipos (p.ej., con respecto a los medios, a las relaciones causales, a las características de la culpabilidad; piénsese en todas las veces que aparecen, en las más distintas figuras, expresiones como las de “violencia”, “malicia”, “engaño”, “fraude”, “si resultare”, “si causare”, etcétera). Pero una correcta colocación de las disposiciones, en consideración al bien jurídico protegido, permite exponer esos conceptos pocas veces, evitando repeticiones por medio de remisiones a los lugares donde ya se los ha exployado plenamente. Si bien algunos códigos requieren una mayor labor de la doctrina en este aspecto (como ocurre con el Código italiano por el acentuado casuismo de sus normas), ello no ocurre con el nuestro, cuyo ordenamiento puede ser seguido sin agobios: la clasificación que utiliza por los bienes jurídicos protegidos (*títulos*) y las subclasificaciones por las particularidades que asume esa protección o por el modo de ataque (*capítulos*), partiendo de las ofensas al individuo para seguir luego con las que interesan a la sociedad y al Estado como organización, es, sin perjuicio de leves ajustes críticos, suficientemente adecuada desde el punto de vista científico para permitir una exégesis sin incongruencias expositivas.

TÍTULO I

DELITOS CONTRA LAS PERSONAS

§ 6. *BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS.* — No obstante la genérica denominación de la ley —que para rubricar el título ha preferido aquí, excepcionalmente, hacer referencia al sujeto portador de los bienes jurídicos—, sólo queda comprendido en la protección penal el interés por la integridad física y psíquica del hombre en todas sus manifestaciones: su vida, su estructura corporal, la plenitud de su equilibrio fisiológico y del desarrollo de sus actividades mentales. Los demás atributos de la persona, los que constituyen su *personalidad*, como el honor, la honestidad, el estado civil, la libertad, encuentran amparo en otros títulos.

La protección de los atributos vitales, orgánicos y funcionales se cumple mediante delitos de resultados dañosos (homicidio, aborto, lesiones), de peligro (duelo sin lesiones, abuso de armas, abandono de personas) o que se pueden dar con una u otra característica (instigación al suicidio).

CAPÍTULO I

DELITOS CONTRA LA VIDA

§ 7. *PROTECCIÓN DE LA VIDA HUMANA.* — Los delitos contra la vida amparan la vida humana. La animal y la vegetal se contemplan en otros títulos del Código (p.ej., en los delitos contra la propiedad —daños— o contra la seguridad común —peligro de epizootias

o plagas vegetales-) o en leyes especiales, como son las de protección de la fauna, regulación de la explotación forestal, etcétera.

§ 8. *EL CONCEPTO JURÍDICO DE VIDA HUMANA EN LA ACTUALIDAD.* En general, puede decirse que hay vida humana allí donde una persona existe, cualquiera que sea la etapa de su desarrollo; desde que es concebida por medio de la unión de las células germinales, que marca el punto inicial de ese desarrollo, hasta que se acaba con la extinción del funcionamiento orgánico vital (muerte). Las precisiones de estos conceptos se ven complicadas en la actualidad a causa de los adelantos de las ciencias biológicas que han trastocado los criterios clásicos sobre vida humana, al influir *artificialmente* tanto sobre la concepción del ser (inseminación artificial, vida *in vitro*) como en su extinción (viabilidad autónoma de órganos utilizados en trasplantes). Sin que importe un rechazo de estas nuevas realidades sociales, hay que estudiarlas dentro del marco de los criterios jurídicos de nuestro sistema positivo, de conformidad con las posibilidades de interpretación progresiva que ellos nos permiten.

§ 9. *LA "FUNCIÓN VITAL" COMO OBJETO DE PROTECCIÓN.* - Inicialmente debemos tener presente que lo protegido es el *funcionamiento vital* y no cualquier manifestación de vida. Se destruye una vida humana cuando se hace cesar la actividad del complejo orgánico del ser humano, en cualquier estadio de su evolución, desde el más simple hasta el más complejo. La ley no tutela la actividad autónoma de un órgano ni de un conjunto de órganos separados del organismo que constituye el ser (quien destruye un cerebro que se está haciendo funcionar en un baño fisiológico o un corazón que se hace funcionar por medios mecánicos, totalmente separados del cuerpo, no *mata* en el sentido de la ley).

§ 10. *VIDA LOGRADA FUERA DEL SENO DE LA MUJER.* - Como vimos, la ley protege la vida desde su forma más simple, es decir, desde el momento en que el ser ha sido concebido; pero, de acuerdo con los conceptos civiles de vida y con las nociones que surgen de su protección penal por medio de los tipos de aborto, tiene que tratarse de una vida que esté en el seno de la mujer, cualquiera que sea el medio que se haya utilizado para lograr la concepción (natural o artificial). El producto de una concepción lograda fuera del seno

materno, que no ha sido implantado todavía en él, que se sostiene artificialmente fuera del mismo (*vida in vitro*), aunque biológicamente pueda catalogarse como *vida humana*, no es lo que la ley protege bajo este título, aun cuando su destrucción puede afectar otros intereses y constituir otros delitos; pero si ese producto ha sido implantado ya en el seno materno, la protección legal por medio del delito de aborto se da hasta el momento en que se produce el alumbramiento, cualesquiera que sean las posibilidades de su viabilidad: basta que funcione como complejo vital.

§ 11. **PERMANENCIA DEL FUNCIONAMIENTO VITAL. VIDA SOSTENIDA ARTIFICIALMENTE.** – Esa protección la extiende la ley, por medio del delito de homicidio, desde aquel momento hasta que la vida se acaba como complejo vital, a lo largo de toda su evolución, fuere cual fuese su capacidad de subsistencia (tanto da que sea una vida en plenitud, como la más precaria: el homicidio del que va a morir inmediatamente no deja de ser homicidio) o la conformación que haya alcanzado (aunque sea un ser monstruoso). No habrá vida humana cuando el complejo orgánico haya dejado de funcionar como tal, aunque algunos órganos sigan haciéndolo autónomamente; pero sigue existiendo vida cuando dicho complejo funciona precariamente, aunque haya cesado el funcionamiento de algunos de los órganos que lo componen (p.ej., que se hayan paralizado los riñones o el estómago); conceptos éstos que nos permiten resolver las cuestiones que puede plantear el trasplante de órganos (sin perjuicio de la especial regulación de la ley 24.193, sobre trasplantes de órganos y materiales anatómicos).

En principio no interesa si ese funcionamiento se debe a la actividad natural del organismo o es mantenido por medios artificiales, en cuanto éstos no reemplacen *todo* el funcionamiento orgánico: *vive* quien lo hace ayudado por un pulmотор, con un marcapasos, con un aparato que supla el funcionamiento de los riñones, pero no se puede decir que *vive* aquel cuyas funciones orgánicas han sido reemplazadas en su totalidad por medios artificiales (quitar el pulmотор a quien sólo puede respirar por ese medio será homicidio, pero puede no serlo hacer cesar el funcionamiento artificial de todo el complejo orgánico –si médicamente ello fuese posible–, aunque en este último caso pueden plantearse problemas con relación a otros delitos).

I. HOMICIDIO

A) FIGURA BÁSICA

§ 12. *LA ACCIÓN TÍPICA. SUBSIDIARIEDAD LEGAL DEL TIPO.* — Según el art. 79 del Cód. Penal se castiga con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años “al que matare a otro, siempre que en este Código no se estableciere otra pena”.

La acción típica es, pues, la de *matar*, es decir, extinguir la vida de una persona según los conceptos explicados precedentemente. Pero se aprecia que la figura básica prácticamente se define con un sentido negativo: el homicidio del art. 79 del Cód. Penal, se da cuando el acto de matar no está sancionado por la ley con una pena diferente de la que prevé tal artículo. En primer lugar quedan fuera de la figura los casos en que la muerte del sujeto pasivo constituye un aborto; en segundo lugar, tampoco se aplica la norma citada en los casos en que la muerte constituye alguno de los homicidios agravados o atenuados que contemplan las disposiciones siguientes y, por fin, tal cosa ocurre también cuando el homicidio (aun el causado con dolo eventual en algunas hipótesis) está contemplado por la ley como resultado (normalmente agravatorio) de otros delitos.

§ 13. *MODALIDAD DE LA COMISIÓN. AUTOLESIÓN.* — *Es un delito de comisión que, sin embargo, puede ser realizado por medio de omisiones (comisión por omisión), en todos los casos en que el autor ha contraído o tiene la obligación de preservar la vida del sujeto pasivo (cirujano que deja de cerrar la incisión hecha al paciente, madre que deja de amamantar a su hijo, guía que no advierte al turista lo peligroso de un vado).*

La acción del agente es compatible con la propia actividad de la víctima que se autoinfiere la lesión letal cuando esta actividad provino directamente de aquella acción, como ocurre cuando el sujeto pasivo actúa siendo instrumento del agente que, con ese fin, despliega sobre aquél violencia de cualquier género, coacción, o lo induce en error sobre el resultado de su actividad, o cuando el agente mueve a un inimputable a actuar sobre sí mismo. Todos éstos son supuestos de homicidio, como lo son aquellos en que la misma vícti-

ma se causa la muerte al tratar de eludir o repeler la agresión del autor (arrojarse al río para evitar el ataque y ahogarse, clavarse el arma del atacante al lanzarse sobre él para quitársela, o herirse con el arma propia que se utiliza para defenderse del ataque).

§ 14. *LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* — Puesto que estamos en presencia de un delito de resultado, éste, es decir, *la muerte*, debe haber sido causada por la acción del autor, lo cual ocurre tanto cuando el ataque infligido es, de suyo, normalmente letal (p.ej., una herida de bala que atraviesa el corazón), como cuando, sin serlo normalmente, ha resultado letal en el caso concreto al unirse con circunstancias que han contribuido a la causación, sin haber interrumpido la secuencia causal entre la acción del agente y el resultado (p.ej., pequeña herida de arma blanca en la piel que produce una septicemia); esto último integra el tema de las *concausas*, que se estudia en la parte general.

Cuando la muerte puede considerarse causada por la acción del agente, el tiempo transcurrido entre la realización de ésta y la producción de aquélla, no altera jurídicamente la relación causal, salvo en los casos en que el derecho tiene en cuenta otro resultado intermedio para asignar responsabilidad penal al autor por él, con lo cual descarta su responsabilidad por la posterior muerte de la víctima (p.ej., cuando se han inferido lesiones que produjeron una enfermedad cierta o probablemente incurable, el autor responderá por lesiones gravísimas, aunque después de su juzgamiento el sujeto pasivo muera a consecuencia de aquella enfermedad).

Como en cualquier delito de resultado, la acción del agente puede detenerse en la fase de tentativa.

§ 15. *EL PROBLEMA DE LOS MEDIOS.* — La ley no ha limitado los medios de la acción típica: cualquier medio es típico en cuanto pueda designárselo como causa de la muerte. Esto resuelve la cuestión de los impropriamente llamados *medios morales* que, por oposición a los *medios materiales* (los que operan físicamente sobre el cuerpo o la salud de la víctima), son los que obran sobre el psiquismo del agraviado afectando a su salud y produciéndole la muerte (la mala noticia dada al cardíaco, el suscitamiento de *situaciones de terror*, etcétera). Aunque entre nosotros se ha querido rechazar la tipicidad del medio moral (Jiménez de Asúa), el grueso de la doctrina

sigue la opinión contraria: el medio moral, en cuanto pueda señalárselo como causa de la muerte, es típico y fundamenta la responsabilidad por homicidio, si el autor lo utilizó de ese modo, es decir, como medio para alcanzar el resultado, o aceptó el riesgo de causarlo al hacer uso de él.

§ 16. *EL SUJETO PASIVO. DISTINCIÓN ENTRE HOMICIDIO Y ABORTO.* – Si algún problema se ha presentado como conflictivo en la reconstrucción dogmática de esta norma, es el relativo al sujeto pasivo.

El sujeto pasivo de homicidio es una persona en el sentido que a esa expresión le hemos otorgado precedentemente. Pero la previsión penal del aborto nos fuerza a distinguir desde cuándo la persona deja de ser sujeto pasivo de este delito para convertirse en sujeto pasivo de homicidio.

El hecho de que el llamado *infanticidio* (art. 81, inc. 2º, Cód. Penal –derogado por la ley 24.410–) sea un homicidio que puede presentarse *durante el nacimiento*, indica que es el momento del nacimiento el que delimita el carácter de sujeto pasivo de aborto o de homicidio. La cuestión es saber cuándo está ocurriendo el nacimiento para que podamos hablar de homicidio. No han faltado tesis que se apoyan en algunos criterios civilistas, las cuales afirman que ese delito sólo se da cuando ocurre la completa separación del nacido del cuerpo de la madre, inclusive con el corte del cordón umbilical; pero se olvida que no se requiere que se mate al *ya nacido*, sino que basta que se mate al sujeto *durante el nacimiento*, por lo cual la mayor parte de la doctrina ha considerado que el nacimiento, como momento a partir del cual estaremos en presencia de un homicidio, se da con el “comienzo del parto” (Varela), lo que puede ocurrir con los primeros dolores que indican el comienzo del parto natural o, cuando faltan esos dolores, con el inicio del procedimiento de provocación artificial de aquél o de extracción quirúrgica del feto.)

Claro está que esa solución no da la fijeza objetiva deseable (en algunos casos puede depender del arbitrio médico) y quizás hubiese sido preferible una configuración típica distinta (p.ej., que tenga en cuenta la posibilidad de actuar autónomamente sobre el cuerpo de la víctima sin operar sobre el de la madre). Una vez que la persona ha comenzado a nacer ya puede ser sujeto pasivo de homicidio, sin que interesen, como vimos, sus demás condiciones, ni su configura-

ción de acuerdo con la normalidad humana, ni sus posibilidades ulteriores de vida. Por supuesto que el argumento dogmático expuesto se complica si tenemos en cuenta la derogación de la norma legal, pero no parece que la tesis planteada deba ser cambiada.

§ 17. *CULPABILIDAD.* – El dolo propio de este delito se llena tanto con el directo como con el eventual. En nuestro derecho cabe en el homicidio básico del art. 79, aun el llamado *homicidio premeditado*, o sea, el que ha sido objeto de una prolongada deliberación del agente –como veremos al tratar de la alevosía–, lo cual no ocurre en otros sistemas, en los que se lo considera un homicidio agravado.

B) FIGURAS AGRAVADAS

§ 18. *CLASIFICACIÓN DE LOS HOMICIDIOS AGRAVADOS.* – Las figuras agravadas del homicidio se contemplan en el art. 80 del Cód. Penal, que ha sufrido muchos cambios legislativos.

Para exponerlas es conveniente agruparlas teniendo presentes las razones principales que fundamentan las agravaciones, y según las cuales podemos distinguir: las que toman en cuenta el vínculo que une al agente con la víctima (art. 80, inc. 1º); las que consideran el modo de comisión (art. 80, incs. 2º y 6º); las que tienen en cuenta la causa o los motivos (art. 80, incs. 3º, 4º y 7º), y las que involucran el medio empleado (art. 80, inc. 5º).

1) EN RAZÓN DEL VÍNCULO

§ 19. *EL TEXTO LEGAL Y SUS CAMBIOS LEGISLATIVOS. LA FIGURA DEL INFANTICIDIO.* – El art. 80 del Cód. Penal determina penas de prisión o reclusión perpetua, facultando al juez para aplicar las accesorias de reclusión por tiempo indeterminado del art. 52, “al que matare: 1) a su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son”. Este inc. 1º del art. 80 ha permanecido invariable desde el texto original.

El párrafo final del art. 80 dispone: “Cuando en el caso del inciso primero de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho a veinticinco años”, lo incluyó la ley 17.567 y, habiendo perdido

vigencia a raíz de la ley 20.509, la recuperó en virtud de la ley 21.338, que en lo que refiere a este artículo ha sido ratificada por la ley 23.077.

Tendríamos que incluir también aquí el *infanticidio* del art. 81, inc. 2º, pues, para nosotros, es una figura atenuada de homicidio calificado por el vínculo, aunque su derogación por ley 24.410 elude su examen particularizado.

a) LA AGRAVANTE

§ 20. *NOCIÓN GENERAL.* – El homicidio se agrava cuando la víctima es un ascendiente o descendiente o el cónyuge del agente y éste mata conociendo el vínculo que lo unía con aquélla.

§ 21. *ASCENDIENTE O DESCENDIENTE.* – Se dice que en el homicidio del ascendiente o descendiente, la ley ha tomado en cuenta, para catalogarlo como agravado, el menosprecio que el autor ha tenido para con el vínculo de sangre.¹⁰ Es, pues, este vínculo lo que resalta en la figura: la ley no lo limita en cuanto al grado en ambas líneas (ascendente o descendente), ni respecto de la calidad de su origen (puede tratarse tanto de vínculos legalmente constituidos como de los de puro carácter natural). Todo otro parentesco natural o por afinidad que no sea propio de las líneas ascendente o descendente (p.ej., hermanos, primos, tíos) deja la figura en el tipo del art. 79 del Cód. Penal. Tampoco quedan comprendidos en la agravante los adoptantes y los adoptados, ya que, pese al vínculo de familia que la ley crea entre ellos, no pueden considerarse ascendientes y descendientes en el sentido del art. 80, inc. 1º.

§ 22. *CÓNYUGE.* – En el homicidio del cónyuge también se dice que el agravamiento “se funda en el menosprecio del respeto que se deben mutuamente los cónyuges” (Núñez). Pero no se puede descartar que, asimismo, la ley haya pretendido evitar la disolución ilícita del vínculo por medio de la acción del agente, lo cual, como veremos, puede influir decisivamente en la interpretación.

La calificante requiere, por supuesto, la actual existencia de un matrimonio válido, lo que lleva a tratar tres cuestiones que han preocupado a la doctrina: los casos en que media divorcio, los de anulabilidad del matrimonio y los de los matrimonios absolutamente nulos.

§ 23. *EXISTENCIA DE DIVORCIO.* – En los casos en que media divorcio, la doctrina dominante hasta hace unos cuarenta años sostenía que, no disolviéndose el vínculo, el matrimonio subsiste, la calidad de cónyuge no desaparece y, por consiguiente, sigue rigiendo la agravante. Sin embargo, ya entonces apuntaba también la tesis contraria (Oderigo), que pasó a ser preponderante (Núñez, Fontán Balestra), argumentándose que el divorcio, si bien no disuelve el vínculo, hace desaparecer el deber de respeto que se deben mutuamente los cónyuges y, por tanto, sitúa el homicidio en la figura básica del art. 79. Pero, si se llegara a reconocer que ésa no es la única razón de ser de la agravante, tal doctrina podía revisarse y llegarse a admitir que también en esos casos se dan los homicidios calificados. El caso ya no es tan dudoso con la ley 23.515 en lo que se refiere al divorcio vincular (art. 214 y ss., Cód. Civil) que, al disolver el vínculo, quita –a partir de allí– la condición de la agravante, aunque en los mismos términos que ante la vigencia de esa ley puede seguirse debatiendo el de los esposos que se encuentran separados personalmente (art. 201 y ss., Cód. Civil).

§ 24. *MATRIMONIO ANULABLE.* – En cuanto al matrimonio anulable, mientras no se haya declarado la nulidad, la muerte de un cónyuge a manos del otro es un homicidio calificado; tanto porque no habiéndose disuelto el vínculo los cónyuges siguen siendo tales, como porque permanece entre ellos el deber de respeto que la doctrina señala como fundamento de la agravante.

§ 25. *MATRIMONIO ABSOLUTAMENTE NULO.* – Pero si alguna cuestión ha dividido a los tratadistas es la relativa a la muerte de uno de los cónyuges por el otro cuando el matrimonio en que se unieron es absolutamente nulo y el hecho ocurre antes de que esa circunstancia haya sido objeto de un pronunciamiento judicial definitivo.

Teniendo presente la regulación de los arts. 87 y 88, de la antigua ley de matrimonio civil (ley 2393), que reconocían la existencia de todos los efectos del matrimonio válido para el cónyuge de buena fe hasta que se declare la nulidad (art. 221 y ss., Cód. Civil, según ley 23.515), la doctrina discute la repercusión de la agravante cuando uno de los contrayentes es de mala fe y el otro de buena fe, situación muy compleja, sobre todo porque se insertan en ella razones de justicia, ya en el acto mismo de interpretación de la ley.

Una antigua opinión sostenía que la calificante se daba igualmente para ambos cónyuges, puesto que “la ley no requiere otra cosa que ser cónyuge, y cónyuge es quien ha contraído matrimonio mientras éste subsiste” (González Roura). Se advirtió, sin embargo, que como los efectos del matrimonio se producen respecto del cónyuge de buena fe, únicamente a éste le cabrá la aplicación de la agravante cuando es autor del homicidio del otro, pero no al de mala fe, para el cual no existe la obligación de respeto que crea el matrimonio y *sabe* que no mata a su cónyuge; aunque se reconoce que esta última es una solución aparentemente inmoral, se dice que la realidad es que sólo el esposo de buena fe viola, junto con “el derecho a la vida del otro”, “el deber de respeto que como cónyuge le debe”, mientras que el de mala fe únicamente viola aquel derecho, pero no incumple este deber y, por eso, “la ley no puede encontrar mayor criminalidad en el hecho de que el delincuente no se atenga a un deber que nunca se impuso” (Núñez). Otro sector de la doctrina sostiene que en el caso de que ambos (víctima y victimario) sean de buena fe, la muerte de cualquiera de ellos es el homicidio del art. 80, inc. 1º, cuando uno es de buena fe y el otro de mala fe, sólo el homicidio perpetrado en la persona que es cónyuge de buena fe por el de mala fe es calificado, ya que para la ley civil el que es cónyuge es el de buena fe: el de mala fe verdaderamente mata al cónyuge sabiendo que lo es, mientras que el de buena fe no mata al cónyuge sino a quien cree, erróneamente, que lo es; faltará, pues, en este último caso, el sustento objetivo del tipo, que es el vínculo (Fontán Balestra) y estaremos en presencia de un homicidio simple.

En realidad estas tesis olvidan el verdadero elemento objetivo del tipo agravado: en el matrimonio absolutamente nulo no hay vínculo; la circunstancia de que el acto nulo produzca algunos de los efectos del matrimonio para el contrayente de buena fe, no tiene virtualidad jurídica para convertirlo en cónyuge; ni él ni el de mala fe están casados; no existe un matrimonio actualmente válido ni lo hubo nunca, por lo cual, cualquiera que sea el agente o el sujeto pasivo, el homicidio quedará fuera de la agravante y se deberá punir de conformidad con el art. 79 del Cód. Penal.

§ 26. *EL ELEMENTO SUBJETIVO.* – El tipo contiene un elemento subjetivo cognoscitivo: el agente debe matar al ascendiente, descendiente o cónyuge *sabiendo que lo son*, o sea, debe saber que mata

a quien está unido con él por alguno de esos vínculos. *Se requiere un conocimiento cierto, que no se da, por supuesto, en los casos en que media ignorancia, aunque se haya originado en la propia culpa del agente. El saber, pues, no se equipara aquí al deber de saber.*

§ 27. **PROBLEMAS ESPECIALES DE PARTICIPACIÓN.** —La participación se rige por los principios generales; por tanto, la agravante se traslada al partícipe —aunque no esté vinculado con la víctima por ninguno de los parentescos enunciados—, en cuanto haya conocido la existencia del vínculo de la víctima con el agente de cuyo acto participa (art. 48 *in fine*, Cód. Penal). Claro está que aquí aparece un casuismo complicado (cómplice o instigador que conoce el vínculo cuando el autor lo desconoce; coautor que tiene conocimiento del vínculo cuando el otro coautor lo desconoce), que también hay que resolver por los principios generales de la participación.

§ 28. **CULPABILIDAD.** —El elemento subjetivo a que nos hemos referido influye, por supuesto, en los requisitos del dolo. Como el agente debe saber a quién mata, reconociendo el vínculo que lo une con él, se ha llegado a negar —en virtud de ese particular conocimiento— la posibilidad de que pueda admitirse el dolo eventual; pero, correctamente, se ha indicado que el carácter directo o eventual del dolo se refiere al resultado, de manera que tanto queda comprendido en la agravante quien actúa queriendo matar a su ascendiente, descendiente o cónyuge, como el que lo hace aceptando la causación del resultado en una de esas personas ante la probabilidad de que tal resultado ocurra a raíz de su actividad; en este aspecto, pues, el dolo eventual es admisible (Fontán Balestra).

§ 29. **EXTENSIÓN DEL ERROR QUE ELIMINA EL DOLO.** “**ABERRATIO ICTUS**” Y ERROR “**IN PERSONAM**”. —Claro está que el error sobre la existencia del vínculo excluye el tipo agravado por la ausencia del elemento subjetivo que requiere. El tipo tampoco rige por falta del elemento objetivo correspondiente, cuando el autor cree matar a quien es su ascendiente, descendiente o cónyuge, pero mata a quien en realidad no lo es. Tal exclusión también se da en los casos de *aberratio ictus*, en los que la acción, aunque dirigida contra alguno de los sujetos pasivos enunciados, se desvía y produce la muerte de un tercero no unido vincularmente con el agente; entonces

se aplica la figura básica. Pero no es correcto aplicar esa solución cuando el error *in personam* ha hecho recaer la acción sobre otra persona también vinculada con el agente (p.ej., quien creyendo matar a su ascendiente mata, en realidad, a un descendiente), puesto que entonces los requisitos objetivos y subjetivos del tipo agravado se conjugan, aunque la acción se haya dirigido equivocadamente.

b) LAS CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS DE ATENUACIÓN

§ 30. *NOCIÓN.* — En nuestro sistema son circunstancias extraordinarias de atenuación las referidas al hecho, que por su carácter y la incidencia que han tenido en la subjetividad del autor, han impulsado su acción con una pujanza tal, que le ha dificultado la adopción de una conducta distinta de la que asumió.

§ 31. *ESPECIES. ORIGEN. RELACIÓN PSÍQUICA CON LA ACCIÓN.* Pueden ser concomitantes con el hecho (sorprender a la esposa en adulterio) o preexistentes y, en esta segunda situación, desarrollarse en corto o largo lapso (una larga enfermedad de la víctima a cuyos padecimientos el autor decide poner fin). Pueden originarse en las relaciones de la víctima con el agente (larga vida de malos tratos de un cónyuge para con el otro), proceder de la misma víctima (el caso del homicidio piadoso a que antes nos hemos referido) o hasta originarse en circunstancias relativamente extrañas a las relaciones puramente personales (la madre que decide poner fin a la vida de sus hijos por hallarse en un estado de miseria tal, que le es muy difícil atender a sus necesidades). Pero, en cualquiera de esos casos, desde el punto de vista subjetivo, la acción de matar debe ser una respuesta, una reacción, que haya tenido en cuenta esas circunstancias; en otras palabras, no basta la existencia objetiva de la circunstancia sin esa relación psíquica, para que pueda aplicarse la atenuante (p.ej., el caso del cónyuge que ha decidido dar muerte al otro para librarse de él y aprovecha la circunstancia de un adulterio cometido por éste).

§ 32. *CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS Y EMOCIÓN VIOLENTA.* — Tal raigambre subjetiva acerca el instituto a los requisitos de la emoción violenta, pero, aunque alguna doctrina ha tratado de equipararlos, hay que advertir que la aplicación del art. 80, párr. final, requiere

que se rechace la posibilidad de que la muerte haya sido causada en estado de emoción violenta excusable por las circunstancias, pues, de darse ese supuesto, sería el art. 81, inc. 1º, el que se aplicaría. En la particular atenuante de que venimos hablando pudo no haber existido la emoción violenta (muchos casos, como los del homicidio piadoso, pueden haber respondido a una verdadera premeditación) o, de haber existido, debe estar ausente su excusabilidad.

§ 33. *CASOS DE EXCLUSIÓN DE LA ATENUACIÓN.* —(Trátase de una atenuante referida exclusivamente a los casos del art. 80, inc. 1º, por lo cual, si la acción de matar al cónyuge, ascendiente o descendiente, estuvo acompañada de alguna otra circunstancia calificante, distinta de la contemplada en dicho inciso, la atenuante no se aplicará (se punirá, pues, con la pena corriente del homicidio calificado el caso de la cónyuge que mata por medio de veneno u otro procedimiento insidioso al esposo que durante años le ha infligido rudos castigos u otros agravios).

§ 34. *CARÁCTER FACULTATIVO DE LA APLICACIÓN DE LA PENA ATENUADA.* — Se insiste en que la disminución de la pena es facultativa para el juez, lo cual implica que éste —al margen de la justicia o injusticia de su fallo— cumple con la tipicidad de la pena típica, aunque haya reconocido la existencia de una circunstancia extraordinaria de atenuación, imponiendo la que prescribe el art. 80, párr. final (de ocho a veinticinco años) o la que prescribe en su párr. inicial (prisión o reclusión perpetua y, eventualmente, las accesorias del art. 52). No es que se le otorguen al magistrado poderes más amplios para estimar si en el caso se dan o no las circunstancias extraordinarias de atenuación, ya que ello es una cuestión de interpretación del derecho y de subsunción de los hechos en él, sino de una verdadera facultad que tiene para optar por una u otra pena (aunque, por supuesto, fundamentando esa opción, lo cual constituye una cuestión eminentemente procesal).

c) INFANTICIDIO

§ 35. *LA FIGURA DEL INFANTICIDIO Y SU DEROGACIÓN.* — No es la primera vez que el *infanticidio* desaparece como figura en nuestro derecho positivo. La derogó la ley 17.567, regresó con la ley

20.509, volvió a desaparecer con la ley 21.338 y reapareció a partir de 1984, con las reformas del texto ordenado del Código (decr. 3992/84). Ahora, la ley 24.410 ha derogado otra vez el inc. 2º del art. 81, que disponía: "se impondrá reclusión hasta tres años o prisión de seis meses a dos años a la madre que, para ocultar su deshonor, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal y a los padres, hermanos, marido e hijos que, para ocultar la deshonor de su hija, hermana, esposa o madre, cometieren el mismo delito en las circunstancias indicadas en la letra *a* del inc. 1º de este artículo".

No se necesita insistir en que, ciertas hipótesis de las *especializadas* por la norma derogada, podrán quedar cubiertas por la causal de atenuación prevista por el art. 80 del Cód. Penal ("circunstancias extraordinarias de atenuación"), si es que no caben, por supuesto, en el marco del art. 81, inc. 1º, *a*, del Código.

2) EN RAZÓN DEL MODO

§ 36. *AGRAVANTES COMPRENDIDAS.* — Teniendo en cuenta cómo actuó el agente, la ley agrava el homicidio cuando se perpetró con ensañamiento, alevosía, insidia o en concurso con otros agentes.

a) ENSAÑAMIENTO

§ 37. *REQUISITOS OBJETIVOS. EL PADECIMIENTO EXTRAORDINARIO.* — El art. 80, inc. 2º, pune con la pena prevista en el párrafo inicial del artículo al que *matare a otro con ensañamiento*.

El concepto legal de ensañamiento comprende elementos objetivos y subjetivos.

Objetivamente, requiere que la agonía de la víctima signifique para ella un padecimiento no ordinario e innecesario en el caso concreto, sea por el dolor que se le hace experimentar, sea por la prolongación de ella. Tales requisitos no se dan cuando el padecimiento extraordinario es una consecuencia necesaria del medio utilizado por el autor, sin preordenación al sufrimiento, o cuando la condición de la víctima no le permite padecer el sufrimiento (p.ej., un descebrebrado que carezca de toda sensibilidad). Véase, pues, que objetivamente el ensañamiento no requiere una determinada magnitud

del daño inferido (una herida pequeña producida en un centro nervioso puede originar mayores padecimientos que un gran número de otras lesiones). 4

§ 38. *REQUISITOS SUBJETIVOS. CRUELDAD Y PREORDENAMIENTO. LA "TENDENCIA SÁDICA".* — Subjetivamente, el padecimiento infligido a la víctima debe ser un acto de crueldad del agente. Su acción tiene que ir deliberadamente dirigida a matar haciendo padecer a la víctima de aquel modo; la elección de los medios para matar ha de estar preordenada por el autor a la causación del sufrimiento extraordinario y no necesario. Cuando falte ese requisito previo no se dará la agravante, aunque haya existido en la víctima el sufrimiento extraordinario como consecuencia del medio utilizado (p.ej., quien al disparar sobre su contrincante lo hiere en el abdomen y el herido muere tras larga agonía). Lo requiere así lo que se ha dado en llamar el desdoblamiento de la voluntad que exige la agravante: a la voluntad de matar debe sumarse la de hacerlo de un modo cruel.

Lo que no parece imprescindible es requerir que el autor pretenda "satisfacer una tendencia sádica", o que se *complazca* (goce) con el alargamiento de la agonía o la intensificación del dolor: el agente puede actuar con motivaciones que en sí no sean *sádicas* (p.ej., cumpliendo un rito religioso) y hasta que le repugne el modo como mata, pero si lo hace aumentando deliberadamente el sufrimiento de la víctima, igualmente quedará encuadrado en la agravante.

b) ALEVOSÍA

§ 39. *NOCIÓN. DISTINCIÓN CON OTRAS FIGURAS DEL DERECHO COMPARADO.* — También el art. 80, inc. 2º, castiga al que *matara a otro con alevosía*, modo que agrava por las menores posibilidades de defensa de la víctima.

Aunque nuestra doctrina acostumbra a llegar al concepto de alevosía por medio de la distinción de nuestro tipo agravado con otros del derecho comparado (homicidio proditorio, *per aguato*, etc.), no es necesario seguir esa costumbre; la antigua fórmula española, que nuestros autores recuerdan: "obrar a traición y sobre seguro", describe con bastante precisión los alcances de la alevosía en nuestro derecho; si es que por *traición* se entiende el aprovechamiento de la indefensión de la víctima y sobre *seguro* la intención

del agente de obrar sin riesgos para sí. Esta descripción nos permite acceder a las exigencias objetivas y subjetivas de la alevosía.

§ 40. *REQUISITOS OBJETIVOS. INDEFENSIÓN DE LA VÍCTIMA. AUSENCIA DE RIESGOS PARA EL VÍCTIMARIO.* — [Objetivamente, es necesario que la víctima se encuentre en situación de indefensión, que le impida oponer resistencia que se transforme en un riesgo para el agente.] No es indispensable, pues, la total ausencia de resistencia, sino que la alevosía es compatible con la posibilidad de una resistencia, mínimamente riesgosa para el ofensor, procedente de la actividad de la víctima misma o de terceros que deban o puedan oponerse a la acción y no que simplemente puedan reaccionar después de su ocurrencia (quien en un bar concurrido aprovecha el estado de ebriedad de una persona para darle muerte, puede hacerlo con alevosía, aunque afronte el riesgo de la reacción posterior de los contertulios); la doctrina argentina parece no querer hacer esta distinción, con lo cual restringe enormemente el margen de la agravante, requiriendo otros elementos que no son propios de nuestra alevosía, aunque puedan ser utilizados en ella (v.gr., el ocultamiento).

La indefensión puede proceder de la inadvertencia de la víctima o de los terceros respecto del ataque (p.ej., disparar por la espalda) o de las condiciones en que aquélla se encuentra (parálisis, desmayo, sueño). Puede haber sido procurada por el autor (p.ej., ocultándose en acecho u ocultando sus intenciones criminales por medio de un acercamiento amistoso hacia la víctima), o simplemente aprovechada por él (quien mata a la persona que encuentra dormida).

§ 41. *REQUISITOS SUBJETIVOS. EL "OBRAR SIN RIESGOS". PREORDENACIÓN Y PREMEDITACIÓN.* — Pero la indefensión de la víctima no basta por sí sola para que se dé alevosía; ésta plantea una exigencia subjetiva: [el autor debe querer *obrar sobre seguro*, esto es, obrar sin el riesgo que puede implicar la reacción de la víctima o de terceros dirigida a oponerse a su acción.] No se tiene en cuenta aquí, como vimos, la reacción posterior al ataque que pueden asumir los terceros, sino el riesgo que procede del rechazo del ataque mismo.

[Ello requiere una *preordenación* de la actividad del agente para actuar con esa seguridad; es decir, la procuración o el aprovechamiento del estado de indefensión, lo cual no implica, necesariamente, una *premeditación* (serena y fría deliberación del contexto del

hecho a realizar), puesto que si la premeditación importa preordenación, ésta puede darse sin aquélla (como ocurre en el caso de quien, al encontrar dormida a la víctima, decide en ese momento darle muerte, sin haberlo premeditado), y aunque los casos en que el autor ha procurado la situación de indefensión de la víctima son supuestos de premeditación, ya vimos que ellos no cubren todo el espectro de la alevosía. La premeditación, a diferencia de lo que ocurre en otros derechos, no es una agravante en el nuestro.

Para que se dé la alevosía, por tanto, debe ser el “móvil alevoso” (Núñez) lo que decida al agente a actuar, que, por supuesto, no desaparece cuando aquél ha corrido un riesgo originario en una circunstancia con la que no había contado en su plan (quien entra en el dormitorio de la víctima para darle muerte, mientras duerme, e inopinadamente encuentra a un tercero que circunstancialmente estaba en aquel lugar).

§ 42. *SUPUESTOS DE EXCLUSIÓN DE LA AGRAVANTE.* – De acuerdo con lo que acabamos de decir, no es suficiente ni la mera inadvertencia de la víctima, ni su imposibilidad de defensa, ni la ausencia de riesgo, si ello no fue lo que motivó la acción del autor. También desaparece la calificante cuando habiendo premeditado el agente su obrar alevoso, al llevar a cabo el hecho lo hace voluntariamente de un modo tal que implica afrontar el riesgo de la reacción de la víctima o de terceros (p.ej., quien habiendo decidido aprovechar la parálisis de la víctima para darle muerte la encuentra cuidada por un tercero, pero igualmente afronta la acción; quien acecha a su enemigo y habiendo sido descubierto por él decide atacarlo en esas condiciones).

Aunque la frialdad de la ejecución no es requisito de la alevosía, normalmente sus exigencias subjetivas no se darán cuando el hecho signifique una reacción del agente ante actitudes, conscientes o inconscientes (p.ej., molestias), actuales –es decir, inmediatas al hecho– de la víctima o por circunstancias particulares que han influido en el ánimo de aquél (como pueden ser los estados emocionales), aunque su modo de obrar lo haya colocado al margen del afrontamiento de los riesgos. Son, sin embargo, soluciones que hay que corroborar en cada caso.

§ 43. *VÍCTIMA INCAPACITADA DE DEFENDERSE POR SUS CONDICIONES FÍSICAS.* – Estos principios nos permitirán resolver los casos en

que la víctima se encuentra físicamente incapacitada para defenderse por sus condiciones (niños de corta edad, enfermos, etc.), en los cuales el elemento decisivo no será la simple ausencia de riesgos para el autor, sino el móvil con que actuó (si fue o no alevoso, según vimos).

c) VENENO Y PROCEDIMIENTOS INSIDIOSOS

§ 44. *VARIACIONES DE LA FÓRMULA.* – También el art. 80, en su inc. 2º, castiga como homicidio agravado la muerte por “veneno u otro procedimiento insidioso”. El texto original del Código Penal sólo se refería al veneno. Las discusiones que originó la posibilidad de incluir en su concepto otros procedimientos insidiosos que no eran veneno en estricta acepción técnica, llevó a la ley 17.567 a enunciar esos procedimientos taxativamente, de donde la fórmula pasó al régimen vigente.

§ 45. *FUNDAMENTOS DE LA AGRAVANTE.* – La razón de ser de la agravante se determina por las menores defensas de la víctima ante la insidia que constituye la utilización de los particulares medios a que se refiere la ley, y no a la efectividad letal de ellos (como alguna vez se pensó).

§ 46. *NOCIÓN DE VENENO. EL USO INSIDIOSO.* – Tradicionalmente –ya sin sombra de duda después de la reforma operada por ley 17.567– se entiende por veneno aquella sustancia (animal, virus orgánicos, vegetal, mineral, sólida, líquida o gaseosa) que introducida en el cuerpo humano por cualquier vía (bucal, inyectable, por ósmosis) normalmente mata en virtud de las transformaciones químicas que produce. No son veneno las sustancias que introducidas en el cuerpo humano o en contacto con él, matan por procesos que no tienen ese carácter, como serían los mecánicos (ingestión de vidrio molido o de levadura tomada en gran cantidad) o térmicos (sustancias que producen calor al ser introducidas en el cuerpo); tampoco aquellas que no son normalmente letales, aunque puedan serlo en el caso en virtud de las condiciones de la víctima (azúcar administrada al diabético); aunque unas y otras pueden integrar un procedimiento agravatorio cuando se las administra insidiosamente.

Pero no es suficiente la transformación química como modo de operar de la sustancia en orden a la letalidad, para que la adminis-

tración del veneno sea típica en el sentido de la agravante, porque ésta se apoya, básicamente, en la insidia de su administración, criterio mayoritariamente sostenido por la doctrina y sobre el cual no se puede dudar después de la reforma que considera al veneno uno de los procedimientos insidiosos. Lo que agrava no es el carácter de la sustancia, sino el modo como el autor la utiliza para matar. Por consiguiente, sólo se agrava la muerte producida por veneno administrado insidiosamente, o sea, ocultando a la víctima la calidad de la sustancia, induciéndola a error sobre ella para que se la introduzca, o se la deje introducir o poner en contacto con su cuerpo. Si tal insidia no está presente en la acción del agente, se tratará de un homicidio simple (el que por violencia hace tomar a la víctima la pócima), o de un homicidio calificado por distinta razón (como la alevosía, aprovechando el desmayo de la víctima para inyectarle el veneno).

§ 47. *NOCIÓN DE PROCEDIMIENTO INSIDIOSO.* — Es procedimiento insidioso todo aquel que, sin constituir administración de veneno, implica un engaño o artificio que no permite a la víctima conocer su dañosidad. Hay, pues, un “ocultamiento material” (Núñez) del acto homicida del agente respecto de aquélla. Mas la amplitud de la expresión legal no autoriza a pensar que quede comprendido en ella cualquier homicidio en que se emplee el ocultamiento o el engaño como modo (como sería el perpetrado mediante acechanza, como erróneamente lo entiende alguna doctrina argentina), sino sólo aquel en que el ocultamiento y el engaño se concentran en la naturaleza misma del medio empleado, según los ejemplos que hemos expuesto en los párrafos anteriores.

§ 48. *LOS PROCEDIMIENTOS INSIDIOSOS Y LA ALEVOSÍA. ESTRUCTURA DE LA CULPABILIDAD.* — La agravante que venimos considerando es, al fin, un capítulo de la alevosía, pero mientras en ésta se toma en cuenta la insidia del modo de matar, la que ahora estudiamos tiene fundamentalmente en cuenta la insidia del medio con que se mata.

También aquí —según expresión de Soler— hay un “desdoblamiento intencional”: el agente debe querer matar y debe querer hacerlo insidiosamente, por medio de veneno o de otro procedimiento que permita la insidia.

d) CONCURSO DE AGENTES

§ 49. *VARIACIONES DE LA FÓRMULA.* – El art. 80, inc. 6º, del Cód. Penal pune como homicidio agravado el que se lleva a cabo “con el concurso premeditado de dos o más personas”. El texto original del Código Penal no preveía esta agravante; el decr. ley 4778/63 había agregado un párrafo final a la disposición, que disponía: “Podrá aplicarse lo dispuesto en este artículo... cuando en el hecho intervengan dos o más personas”. La ley 17.567 previó, en el inc. 6º, el homicidio “con el concurso premeditado de dos o más personas que intervengan en la ejecución del hecho”; habiendo sido derogada la disposición por la ley 20.509, la ley 20.642 la introdujo de nuevo con la fórmula actual.

§ 50. *FUNDAMENTO.* – La doctrina tiene razón, cuando señala que la agravante responde aquí también a las menores posibilidades de defensa de la víctima ante la actividad de varios agentes.

§ 51. *CONCURSO DE AGENTES: CARÁCTER DE SU INTERVENCIÓN.* – Matar con el concurso de dos o más personas supone que a la acción del agente han concurrido dos o más personas (debe darse, pues, un número mínimo de tres personas: el agente y dos más), sea realizando actos materiales que constituyan (golpear todos ellos) o no (p.ej., alcanzar el arma) ejecución de violencia sobre la víctima, sea por medio de actos de carácter moral (dirección, aliento).

Los que concurren pueden actuar como coautores o como cómplices necesarios o secundarios (p.ej., el que avisa sobre la presencia de terceros). No quedarían comprendidos el instigador (que no concurre a *matar*), ni el auxiliador *subsequens* (habíamos creído otra cosa, pero la advertencia que nos formula Núñez es exacta), ya que si bien la ley no exige –como lo hacía la 17.567– que la concurrencia se dé “en la ejecución del hecho”, la razón de ser de la agravante sólo justifica la mayor punibilidad cuando realmente la pluralidad puede aminorar la defensa de la víctima, lo cual no ocurre con los partícipes que no intervienen en el hecho.

§ 52. *ASPECTO SUBJETIVO: LA PREMEDITACIÓN DEL CONCURSO.* – Pero la agravante requiere algo más que la simple participación de varias personas en la muerte de la víctima, que subjetivamente se satis-

face con la convergencia intencional de los unos respecto de la acción de los otros; es necesario que se trate de un *concurso premeditado*. Lo que importa es que los agentes se hayan puesto de acuerdo para matar en concurso, o sea, no es suficiente con que se hayan puesto de acuerdo para matar, sino que se deben haber puesto de acuerdo para hacerlo de ese modo (si varios se ponen de acuerdo para matar a determinada persona donde cualquiera de ellos la encuentre, no se dará la calificante, lo que sí ocurrirá cuando se hayan puesto de acuerdo para matarla entre todos).

Se ha indicado que no se trata de una verdadera *premeditación* en el sentido tradicional, es decir, que el acuerdo para matar en concurso haya sido objeto de una más o menos prolongada deliberación; es suficiente con que el acuerdo se haya llevado a cabo como con-fabulación para cometer el hecho, aun inmediatamente antes de cometerlo (Núñez llega a admitir la "ratificación ulterior y consciente", pero no parece que de quien da esa "ratificación ulterior" pueda hablarse de "premeditación del concurso").

Este elemento subjetivo, si bien no reclama indispensablemente que el mínimo de agentes (tres, como dijimos) sean penalmente punibles, recaba en todos ellos el mínimo de capacidad para conocer cuál es el hecho en el que se va a concurrir y el poder de hacerlo voluntariamente (por lo cual ciertos inimputables podrán integrar el número límite), ya que si ese mínimo faltase no operarían como concurrentes, sino como meros instrumentos.

3) EN RAZÓN DE LA CAUSA O MOTIVACIÓN

§ 53. *AGRAVANTES COMPRENDIDAS*. – Teniendo en cuenta por qué mata el agente, la ley agrava los homicidios perpetrados por precio o promesa remuneratoria, por placer, por codicia, por odio racial o religioso y los que están final o causalmente relacionados con otros delitos.

a) PRECIO O PROMESA REMUNERATORIA

§ 54. *FUNDAMENTO*. – El art. 80, inc. 3º, agrava el homicidio que se cometa "por precio o promesa remuneratoria". El bajo motivo que inspira al ejecutor y el peligro que socialmente representa el homicidio lucrativo, dan pie a la intensificación de la punibilidad.

§ 55. *EL PACTO.* – El núcleo de la finalidad agravatoria reside en el pacto y en su contenido. El ejecutor debe haber aceptado el mandato de un tercero para matar y haber actuado en cumplimiento de él; si, pese a recibir y aceptar el mandato, obra al margen de esa motivación, la agravante quedaría excluida, a no ser que la motivación extraña se haya sumado a la voluntad de obrar en virtud del pacto (el agente habría obrado con ambas finalidades).

El pacto tiene que existir explícitamente con relación a un determinado homicidio, cualquiera que sea la forma que adopte (escrito o verbal). No quedan comprendidos los entendimientos tácitos y, menos aún, la muerte producida por el agente con la esperanza de recibir un precio por ella.

§ 56. *CONTENIDO DEL PACTO: EL PRECIO Y LA PROMESA REMUNERATORIA.* – No cualquier mandato integra el tipo, sino el que tiene por objeto la comisión del homicidio y su retribución: el pacto debe contener un *precio* o una *promesa remuneratoria* para el ejecutor. Ambos son formas distintas de una retribución constituida por dinero o por bienes apreciables en dinero: el *precio* se da cuando el dinero o el bien se entregan antes del hecho; la *promesa remuneratoria* se refiere al pago o entrega que se harán después de ejecutado el hecho (Núñez). No son típicas las retribuciones que, aunque tengan repercusiones económicas, no están constituidas por dinero o por bienes valuables monetariamente (p.ej., designar al ejecutor para un puesto público), aunque pueden integrar otras calificantes, como más adelante veremos.

§ 57. *RESPONSABILIDAD DEL INSTIGADOR Y DEL EJECUTOR.* – La responsabilidad del instigador y del ejecutor en el hecho a raíz del pacto, los sitúa en un plano de igualdad como autores, lo cual repercute en la tentativa, como veremos al hablar de ella.

Aunque *de lege ferenda* algunos dudan sobre la justicia de la equiparación (Rivacoba), nuestra ley no proporciona una opción dogmática distinta.

§ 58. *CONSUMACIÓN DEL HOMICIDIO AGRAVADO.* – El hecho queda consumado como homicidio calificado con la muerte de una persona en virtud del pacto, aunque la víctima, por error del ejecutor, no sea la indicada por el mandante.

Cuando el pacto tiene como contenido una promesa remuneratoria, su cumplimiento o incumplimiento es indiferente a los fines de la consumación de la acción típica agravada: basta que el ejecutor haya obrado en virtud de él.

§ 59. *TENTATIVA. DESISTIMIENTO DEL EJECUTOR.* – La formalización del pacto no entra en los límites de la tentativa, es un acto preparatorio y, como tal, impune en nuestro derecho. La tentativa se da con la agravante cuando realmente se ha intentado la muerte. Pero, producida la tentativa, el desistimiento voluntario del ejecutor no favorece al mandante, a cuyo respecto se da un supuesto de tentativa acabada; éste únicamente si llega a impedir, con su intervención, la consumación del delito, podrá beneficiarse con la impunidad prevista por el art. 43 (arrepentimiento activo).

§ 60. *PARTICIPACIÓN.* – Los partícipes del homicidio estarán comprendidos por la agravante cuando hayan obrado con conocimiento del pacto, aunque no intervengan en los beneficios de la retribución.

§ 61. *PUNIBILIDAD ACCESORIA.* – Es aplicable la pena accesoria prevista por el art. 22 *bis* del Cód. Penal.

b) POR PLACER

§ 62. *VARIACIONES LEGISLATIVAS. FUNDAMENTO.* – El art. 80, inc. 4º, del Cód. Penal, agrava el homicidio en que el agente actuó *por placer*. El texto original no contenía esta agravante, sino que se refería al *impulso de perversidad brutal*. El *decr. ley 4778/63* introdujo el placer como agravante en el inc. 2º, pero agregando el que se cometía para *excitar o satisfacer deseos sexuales*. La ley 17.567 también consideró la agravante y, evidentemente, de ella la tomó la ley actual.

La mayor perversidad del autor, que mata por experimentar placer, es el fundamento de la intensificación de la punibilidad.

§ 63. *NOCIÓN TÍPICA DE PLACER.* – *Placer* es la sensación de contento o satisfacción que produce cierto hecho o circunstancia. Quien mata por placer lo hace por el gusto o agrado que le produce

el acto, sin que otra motivación lo haya determinado. La agravante, sin embargo, abarca distintas circunstancias que, relacionadas con la muerte, pueden suscitar placer al agente: el placer derivado de desahogar el instinto de matar sin motivo alguno o por motivos banales (probar el arma), que serían los supuestos comprendidos en el tipo original en el *impulso de perversidad brutal*; el derivado de la satisfacción de una curiosidad malsana (ver correr sangre o contemplar la agonía) o de apoyar otras sensaciones que se exageran o aumentan con los sufrimientos de la víctima (p.ej., sensaciones sexuales).

§ 64. *REQUISITO SUBJETIVO: EL PLACER COMO FINALIDAD DEL AUTOR.* – La finalidad de satisfacer el deseo de sentir placer es la que debe mover la actuación del agente, sin otra motivación o acompañada de motivaciones fútiles que no llegan a sobreponerse a aquélla. La muerte decidida y ejecutada por una causa distinta no constituye la agravante, aunque el autor haya experimentado (y lo acepte eventualmente) placer al realizarla.

Pero esa satisfacción es solamente una finalidad en la acción del agente, sin necesidad de una correspondencia objetiva; si el agente obró en busca de placer, la circunstancia de que no lo haya experimentado realmente al matar, no elimina la agravante.

c) POR CODICIA

§ 65. *VARIACIONES LEGISLATIVAS Y FUNDAMENTO.* – El art. 80, inc. 4º, del Cód. Penal, agrava también al homicidio *por codicia*, que no figuraba en el texto original y que fue introducido por el decr. ley 4778/63 y, después, por la ley 17.567. Como en el caso anterior, la mayor perversidad del agente, revelada en el bajo motivo de su obra, fundamenta la mayor punibilidad.

§ 66. *NOCIÓN TÍPICA DE CODICIA. CODICIA Y ÁNIMO DE LUCRO.* *Codicia* es el afán de lograr ganancias o provecho material mediante la obtención de dinero, bienes, o liberándose de cargas, u ocupando posiciones que puedan suministrar ventajas patrimoniales. Los autores han tratado de distinguirla del simple ánimo de lucro, indicando que éste se agota en la finalidad de obtener un beneficio económico, mientras que aquélla revela una característica espiritual del sujeto que importa un “apetito desordenado de riqueza”, una “incli-

nación exagerada al lucro" (Núñez), lo cual puede resultar confuso, porque la ley no pune al sujeto por esa inclinación, sino porque la ha traducido en el particular hecho de perseguir el lucro por el medio atroz del homicidio. Por eso, tanto puede darse la agravante en el caso en que el agente ha esperado una *ganancia considerable* (p.ej., una herencia importante por medio de la muerte de un hermano), como una pequeña retribución de aquel a quien molestaba el occiso; en ambos casos, el agente ha actuado por codicia.

Las ventajas sin contenido económico en sí mismas (p.ej., un título honorífico) no quedan comprendidas por la tipicidad, a menos que el autor haya obrado teniendo primordialmente en cuenta los beneficios de esa índole que ellas pueden suministrarle (como el aumento de su crédito, el acceso a sociedades comerciales exclusivas, etcétera).

§ 67. *EL LUCRO COMO CONTENIDO DE OTRAS AGRAVANTES.* – Claro está que la agravante queda descartada cuando el lucro que espera obtener es el de otras agravantes específicas, como ocurriría si aquél fuera el contenido de la promesa de un mandante (art. 80, inc. 3º) o resultaría del provecho económico suministrado por otro delito al cual se une ideológicamente el homicidio (art. 80, inc. 7º).

§ 68. *REQUISITO SUBJETIVO: LA CODICIA COMO MÓVIL PRINCIPAL.* La ventaja económica debe ser el móvil que ha decidido al agente a actuar. Si su obra se vio impulsada primordialmente por otras motivaciones (como el odio), no se dará la agravante, aunque el autor haya deliberado sobre la posibilidad de obtener ventajas de dicho carácter a consecuencia del hecho.

§ 69. *CONSUMACIÓN DEL HOMICIDIO AGRAVADO.* – Puesto que se trata de una *finalidad*, basta con que el agente obre con la esperanza de obtener la ventaja, aunque ésta no se logre y aunque sea ella imposible en el caso concreto (p.ej., si el causante a quien se espera heredar ha dilapidado su fortuna y lo ignora el autor), puesto que igualmente se ha actuado por codicia.

d) POR ODIO RACIAL O RELIGIOSO

§ 70. *VARIACIONES LEGISLATIVAS. FUNDAMENTOS DE LA AGRAVANTE.* – También el art. 80, en su inc. 4º, pune al que matare por

“odio racial o religioso”. La disposición fue introducida por el decr. ley 4778/63 y, más tarde, repetida por la ley 17.567.

La perversidad del autor y el gran peligro social de esta clase de hechos justifican la agravante.

§ 71. *NOCIÓN TÍPICA DE ODIO RACIAL O RELIGIOSO.* – El odio es la aversión que el agente siente por una persona o grupo de personas; pero, en la especie, debe tratarse de un odio que tenga como motivación la aversión o la adhesión a una raza o religión. Así como no se califica el homicidio *por odio* que no sea racial o religioso, tampoco se califica la muerte de una persona que pertenece a una determinada raza o a una determinada religión, si es que esa pertenencia no ha sido la razón por la cual el autor se decidió a obrar. Se trata, pues, del homicidio racial o religioso, dentro del cual queda comprendido, por supuesto, el genocidio, pero la calificante no requiere que se den las características de este último para operar, ya que es mucho más amplia.

§ 72. *REQUISITO SUBJETIVO: EL ODIO COMO MÓVIL PRINCIPAL.* – El odio racial o religioso debe ser la motivación principal de la muerte; si fue por otras causas, la calificante no se aplica, aunque ese odio haya estado presente en la deliberación del autor.

La ley 23.592 (sanciones sobre actos discriminatorios) da un tratamiento especial al odio racial o religioso en su art. 2°.

Con referencia al delito que estamos examinando la disposición no incide, desde luego, en la medida de la punibilidad, pero plantea una cuestión que tiene que ser aclarada: el art. 80, inc. 4°, del Cód. Penal, sólo habla de “odio racial o religioso”, en tanto el citado artículo de la ley 23.592 dispone genéricamente el aumento de las escalas penales cuando el delito de que se trate “sea cometido por... odio a una raza, religión o nacionalidad”; el “odio a la nacionalidad” no está comprendido en la agravante enunciada por el art. 80, inc. 4°, del Cód. Penal, por lo que en principio sólo podrá ser incluido en ella cuando pueda coincidir con el odio a la raza representativa de la nacionalidad (sin entrar a considerar, claro está, normas específicas contenidas en tratados internacionales aplicables en la República).

§ 73. *INDIFERENCIA TÍPICA DEL ERROR “IN PERSONAM”.* – El hecho de que por error el agente haya dado muerte a quien no perte-

necía a la raza o religión cuyo odio motivó el homicidio, no excluye la calificante, puesto que igualmente obró por odio racial o religioso.

§ 74. *LA LEY 23.592 SOBRE ACTOS DISCRIMINATORIOS Y EL ODIO RACIAL O RELIGIOSO COMO AGRAVANTE COMÚN A CUALQUIER DELITO.* – El odio racial o religioso ha pasado a constituirse en un agravante común a cualquier delito (es decir, aplicable aunque no esté previsto en un tipo calificado específico) a partir de la sanción de la ley 23.592, cuyo art. 2º dispone que se eleven “en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por el Código Penal o leyes complementarias cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir un grupo nacional, étnico, racial o religioso”.

Si bien la ley 23.592 no incide en la agravante del inc. 4º del art. 80 del Cód. Penal, en lo que refiere al odio racial o religioso –específicamente previsto– que fundamenta la aplicación de la pena perpetua privativa de libertad, el odio a la *nacionalidad* –que puede no responder a aquellos motivos– podría operar como agravante del homicidio en los términos del art. 2º que hemos citado.

e) HOMICIDIO CAUSAL O FINALMENTE CONEXO

§ 75. *VARIACIONES LEGISLATIVAS DE LA NORMA.* – El generalmente llamado homicidio *criminis causa* está regulado por el art. 80, en el inc. 7º, que castiga a quien mate “para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito”. El texto original, al hablar del logro de la impunidad, en vez de “otro” decía los “cooperadores”, y su párrafo final decía “o por no haber obtenido el resultado que se propuso al intentar el otro hecho punible”. La ley 18.953 había agregado al inc. 7º este otro párrafo: “Si el otro delito fuese un robo y, además, concurrieren las circunstancias del inciso anterior (concurso premeditado) se impondrá pena de muerte o de reclusión perpetua”. La fórmula actual proviene de la ley 17.567.

§ 76. *CONEXIÓN FINAL Y CONEXIÓN IMPULSIVA.* – El homicidio *criminis causa* se conecta ideológicamente con el otro delito. Esa conexión puede ser final o impulsiva (Núñez). Es *final* cuando el

otro delito ha sido el motivo que ha inducido al agente a actuar; es lo que ocurre cuando el homicidio se comete para preparar, facilitar, consumir u ocultar el otro delito o procurar la impunidad para el mismo agente o para otro que ha cometido un delito. Es *impulsiva* o *propiamente causal* cuando el otro delito ha sido la razón por la que el agente actuó; es el caso en que el agente mata por no haber logrado el fin propuesto al intentar el otro delito. Las dudas sobre la terminología que se plantearon en alguna doctrina están totalmente superadas.

§ 77. *CASOS DE CONEXIÓN FINAL: PREPARACIÓN, FACILITACIÓN, OCULTACIÓN, ASEGURAMIENTO DE RESULTADO.* – El homicidio se comete para *preparar* cuando con él se procura obtener los medios o colocarse en situaciones que permiten la ejecución del otro delito; para *facilitarlo* cuando se procuran con él mejores posibilidades para la ejecución o efectividad del resultado del otro delito; para *consumarlo* cuando es el medio para ejecutar el otro delito (matar para vencer la resistencia de quien se resiste a que lo roben); para *ocultarlo* cuando con el homicidio se procura que el otro delito no llegue a ser conocido (matar al único testigo presencial o a su víctima). El homicidio tiene como finalidad *asegurar los resultados del otro delito*, cuando mediante él se procura afirmar la pertenencia de los beneficios que se han obtenido del otro delito ya consumado o de lo que se piensa obtener del delito que se va a cometer.

§ 78. *CASOS DE CONEXIÓN FINAL: PROCURACIÓN DE LA IMPUNIDAD.* – También es un caso de conexión final aquel en que el homicidio se ha cometido en *procura de la impunidad* para el propio autor o para un tercero. Ya dijimos que la fórmula del texto original del Código Penal era otra, pues, además de la propia impunidad, sólo comprendía en la agravante la finalidad de procurar la impunidad de los *cooperadores*, por lo cual no se agravaba el homicidio cuando la procurada impunidad se refería a un delito en el cual el agente no había participado; en la fórmula actual la agravante se ha extendido a toda procuración de impunidad, respecto de cualquier sujeto, con referencia a delitos en que el homicida no haya participado, incluidos, por supuesto, aquellos en los que efectivamente él haya participado. El delito al que refiere la impunidad procurada puede ser uno que ya se ha cometido o uno que se va a cometer

(matar al único policía del pueblo para que no investigue el delito que se proyecta).

§ 79. *CARÁCTER DEL DELITO FIN.* – En los casos de preparación, facilitación y consumación es evidente que el otro delito debe ser doloso, pero en los de ocultamiento y procuración de la impunidad puede ser tanto doloso como preterintencional o culposo. Así ocurre también con el aseguramiento de los resultados cuando el otro delito ya se ha consumado y no siendo doloso ha producido beneficios (un enriquecimiento producido a raíz de un desastre culposo).

§ 80. *AUTORÍA DEL DELITO FIN.* – El otro delito pudo haber sido cometido o estar a cargo del agente su comisión futura, como de un tercero; la solución que taxativamente se impone en el caso de la procuración de la impunidad se extiende a los demás. El homicidio se agrava aunque el otro delito haya sido cometido o vaya a ser cometido por un extraño al agente; no se requiere, pues, que éste se mueva a impulsos de una connivencia delictiva, ésta puede darse o no sin afectar a la tipicidad agravada.

§ 81. *REQUISITO SUBJETIVO: CONEXIÓN IDEOLÓGICA ENTRE EL HOMICIDIO Y EL DELITO FIN.* – La circunstancia de que se mata *para* conseguir alguna de las finalidades enunciadas en la ley indica lo imprescindible de la conexión subjetiva que se tiene que dar en el agente, entre el homicidio y el otro delito. En ese sentido se dice que no basta ni la concomitancia ni el concurso. La circunstancia de que el homicidio haya servido para preparar, para consumir, para ocultar, etc., el otro delito por razones extrañas a la voluntad del agente, no permite colocar el caso en la agravante, la que tampoco se aplica cuando la muerte no responde al dolo directo propio de aquella conexión (p.ej., el que mata con dolo eventual, aceptando la muerte como probable resultado de los medios que utiliza para cometer el otro delito, quedaría fuera del art. 80, inc. 7°).

§ 82. *CONSUMACIÓN DEL DELITO AGRAVADO Y REALIZACIÓN DEL DELITO FIN. CONCURSO.* – Inversamente, la existencia de la conexión subjetiva es suficiente para que se agrave el homicidio, aunque los planes del autor no respondan a ninguna realidad (que el homicidio haya resultado completamente inútil para lograr las finalidades pro-

puestas); ni es necesario, por tanto, que el otro delito haya adquirido entidad por medio de actos preparatorios, y menos todavía que haya sido consumado. Aun queda comprendido en la agravante el homicidio de quien creyó erróneamente en la determinación de un tercero de cometer el otro delito que pretendió facilitar, ocultar, etc., cuando tal determinación no existía. Trátase de una agravante estrictamente subjetiva, como las anteriores.

Claro está que si el otro delito ha sido consumado o intentado por el mismo autor del homicidio, se da un concurso real entre ambos.

§ 83. *CASOS DE CONEXIÓN IMPULSIVA (CAUSAL). EL FIN PROPUESTO.* – El supuesto agravado que se ha denominado de conexión impulsiva o propiamente causal, es aquel en el que el autor mata por no haber logrado el fin propuesto al intentar el otro delito. Es el despecho o rabia que mueve al agente a matar a causa de la frustración de sus designios, ocasionada por su propia torpeza, por la oposición de la víctima o por circunstancias extrañas a ambos.

El *fin propuesto* es cualquier resultado del mismo delito o cualquier otro efecto posterior a su consumación que el agente esperara lograr al cometerlo.

§ 84. *REQUISITO OBJETIVO: ACTIVIDAD EJECUTIVA DEL OTRO DELITO.* – Objetivamente, es necesario que la acción que constituye el otro delito haya sido emprendida por el agente (lo que vimos que no era necesario en la conexión final); en tal sentido, la expresión *intentar* que utiliza la ley parece referirse a un mínimo de actividad ejecutiva, pero no excluye el delito consumado (contra: Soler y Fontán Balestra, que creen que la expresión debe tomarse en el sentido técnico de tentativa del art. 42, Cód. Penal). Por consiguiente, tanto se agrava el homicidio de quien intentó el otro delito y no llegó a consumarlo, como el de quien, habiéndolo consumado, no ve que se hayan producido los efectos que se había propuesto conseguir con aquella consumación (el que habiendo consumado el robo advierte que lo obtenido está muy lejos de lo que había esperado). La ley, pues, ha utilizado la expresión *intentar*, no en el sentido técnico de tentativa, sino como sinónimo de *emprender*.

§ 85. *REQUISITO SUBJETIVO: EL DESPECHO COMO MÓVIL HOMICIDA.* – Objetivamente, no es imprescindible que el autor no haya lo-

grado efectivamente los fines que se había propuesto al emprender el otro delito; si habiéndolos logrado él lo ignora, igualmente puede estar motivado por el despecho ante el fracaso (contra: Fontán Balestra). Con lo cual se ve que el fundamento agravatorio es, como en los demás supuestos de este grupo, predominantemente subjetivo: es necesario que el autor haya actuado impulsado por aquel despecho. Si su motivación ha sido otra, no se encuadrará el homicidio en esta norma (p.ej., quien habiendo logrado el fin propuesto al emprender el otro delito da muerte a la víctima porque le molestaban sus recriminaciones).

§ 86. *PARTICIPACIÓN.* – Cualquiera de estas hipótesis de agravación admite la participación (aun los de conexión impulsiva, pese a lo académico de los ejemplos posibles). El partícipe, para hacerse pasible de la pena agravada, debe tener conocimiento, por supuesto, de la motivación del agente.

4) EN RAZÓN DEL MEDIO

§ 87. *VARIACIONES LEGISLATIVAS Y FUNDAMENTO DE LA AGRAVANTE.* – El art. 80, inc. 5º, regula el homicidio que algunos han llamado *catastrófico*, y que es aquel en el que se mata “por un medio idóneo para crear un peligro común”, fórmula ésta inicialmente introducida por la ley 17.567, ya que el texto original, en vez de traer una referencia general, enunciaba específicamente alguno de esos medios: “incendio, inundación, descarrilamiento, explosión o cualquier otro medio capaz de causar grandes estragos”.

El hecho de que el poder letal del medio elegido por el autor facilita la extensión indiscriminada de los daños a terceros extraños, justifica la intensificación de la punibilidad. Aquí no está en juego, específicamente, la menor posibilidad de defensa de la víctima, sino, básicamente, la *expandibilidad* del delito (la doctrina –Núñez– pone en igualdad de condiciones ambos motivos).

§ 88. *REQUISITO OBJETIVO: MEDIO IDÓNEO PARA CREAR PELIGRO COMÚN.* – Es necesario que el medio seleccionado por el autor para matar sea *idóneo para crear un peligro común*. La ley no requiere que el medio utilizado constituya “un delito contra la seguridad co-

mún", por lo cual, aunque normalmente el uso de esos medios suele constituirlo, cuando esa utilización no llegó a originar el peligro común que exigen muchos de los tipos del respectivo título, no queda de suyo descartada la agravante. En tal sentido basta con que la idoneidad para generar el peligro sea propia de la naturaleza del medio y de las circunstancias en que se lo utilizó, aunque por razones extrañas al plan del autor no haya sido idóneo, en el caso concreto, para generarlo (explosivo que el agente arroja al paso de la víctima dentro del marco de una manifestación pública, que la mata al golpearla en la cabeza, sin estallar, por haber sido desactivado sin que él lo supiera).

§ 89. *REQUISITO SUBJETIVO: SELECCIÓN DEL MEDIO POR EL AUTOR.* – En este caso el peso de la conexión subjetiva es fundamental: el medio debe haber sido seleccionado como tal para matar; se debe haber querido matar *con ese medio*.

En cuanto a la producción de la muerte, es indispensable el dolo directo, pero respecto de la idoneidad del medio seleccionado para producir el peligro común, basta que el agente haya aceptado la producción de ese peligro utilizando el medio aunque no tuviera *certeza* de aquella idoneidad.

Si la conexión subjetiva a que antes nos referíamos no ha existido, es decir, si el medio no ha sido seleccionado por el autor para matar, se dará el delito contra la seguridad común agravado por la muerte, o el delito contra la seguridad en concurso con el homicidio, según sea el caso (habrá concurso, p.ej., cuando hubiera dolo eventual de homicidio y la correspondiente agravante del delito contra la seguridad común admita sólo el homicidio culposo como circunstancia calificante).

§ 90. *CONCURSO CON EL DELITO DE PELIGRO COMÚN.* – En los casos en que estemos en presencia de un homicidio agravado, si además de producir la muerte el agente comete un delito de peligro común, siendo éste sólo un medio de aquél, tendremos dos hechos distintos que concurrirán realmente.

§ 91. *INDIFERENCIA TÍPICA DEL ERROR "IN PERSONAM".* – Como en las otras agravantes que hemos visto, la circunstancia de haber errado sobre la identidad de la persona a quien se quería matar, o

de haber dado muerte a una persona distinta por accidentes en la ejecución del hecho, deja igualmente comprendido el homicidio en este inc. 5º, del art. 80, del Cód. Penal.

5) GENOCIDIO

§ 92. *LA CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO.* – Esta Convención (Naciones Unidas, 1948), elevada a la jerarquía constitucional en 1997, puede influir en distintos aspectos del delito de homicidio (p.ej., sobre la jurisdicción). Está completada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966), cuyas normas también tienen jerarquía constitucional.

C) FIGURAS ATENUADAS

En realidad, las figuras atenuadas de homicidio son el homicidio en estado de emoción violenta y el infanticidio, este último según las consideraciones que seguidamente veremos.

1) LA REUBICACIÓN DEL INFANTICIDIO

§ 93. *REMISIÓN.* – Siendo el infanticidio, a nuestro juicio, una figura atenuada del homicidio calificado por el vínculo, lo hemos tratado a continuación de este delito (§ 19 y ss.), advirtiendo, sin embargo, que la figura ha desaparecido de nuestro derecho vigente por imperio del art. 1º de la ley 24.410.

2) HOMICIDIO EN ESTADO DE EMOCIÓN VIOLENTA

§ 94. *FUNDAMENTO DE LA ATENUANTE.* – El art. 81, inc. 1º, a, atenúa la pena del homicidio (tres a seis años de reclusión, o prisión de uno a tres años) al que matare, “encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable”.

La ley atenúa el homicidio porque el autor ha sido impulsado al delito por la fuerza de las circunstancias que han conmocionado su ánimo, dificultando el pleno dominio de sus acciones.

§ 95. *REQUISITOS ESTRUCTURALES DEL TIPO ATENUADO.* – El tipo atenuado se construye sobre una circunstancia idónea y externa al autor que ha producido en él un estado de emoción violenta, dentro del cual toma la determinación de matar, ejecutándola sin que su estado de emoción haya pasado.

§ 96. *EL ESTADO EMOCIONAL.* – Es imprescindible, pues, que el agente obre *violentamente emocionado*. En su acepción jurídica la emoción es el estado de conmoción del ánimo en que los sentimientos se exacerban, alcanzando límites de gran intensidad. Es exagerado requerir que la emoción produzca una transformación transitoria de la personalidad del agente (ver Fontán Balestra), porque se puede estar emocionado sin que cambien los rasgos fundamentales de la personalidad del sujeto; por el contrario, la emoción puede llegar a remarcar esos rasgos (el normalmente irascible al emocionarse puede intensificar su ira), aunque lo otro puede también ocurrir en algunos casos (el manso que se transforma en irascible a raíz de su estado emocional).

La emoción puede manifestarse con diversas repercusiones en los estados anímicos del sujeto: puede traducirse en ira, en dolor, en miedo, en abulia (p.ej., en los casos de comisión por omisión)

Hasta no hace mucho se procuraba distinguir la emoción como *raptus* de la *pasión*, como proceso que quedaría *a priori* fuera de la atenuante. La distinción se ha superado, porque no tenía razón de ser: se puede matar fríamente por pasión, pero la pasión pudo haber provocado el estado de emoción dentro del cual se mata; son dos cosas distintas, pero no es posible negar que la pasión puede ser el medio para llegar a la emoción.

§ 97. *VIOLENCIA DE LA EMOCIÓN.* – La emoción debe ser *violenta*; los excesos de los sentimientos alcanzados en el estado del agente tienen que ser de tal modo desordenados y potentes, que le resulte difícil controlar los impulsos a la acción contra la víctima. La capacidad de reflexión del agente debe haber quedado tan menguada, que no le permitiera la elección de una conducta distinta con la misma facilidad que en supuestos normales (la doctrina habla de debilitación o disminución de los frenos inhibitorios). No es imprescindible que se vea afectada su capacidad de comprensión, o sea, su inteligencia perceptiva –sin perjuicio de que pueda ello ocu-

rrir-, pero sí es imprescindible que la violencia de la emoción haya obrado de alguna manera sobre su capacidad deliberativa, aunque sin anularla, porque cuando se ha traspasado ese límite, cuando el sujeto “no sabe lo que hace” o no puede “dirigir su conducta”, serán ya casos de inimputabilidad (art. 34, inc. 1º).

§ 98. *EXCUSABILIDAD DE LA EMOCIÓN.* – El estado de emoción *debe ser excusable* porque las circunstancias que lo produjeron normalmente pueden tener repercusión en las particulares situaciones que vivió el agente, con referencia a cualquier persona. Eso es lo que quiere significar la ley con la expresión “que las circunstancias hicieren excusable”. En definitiva, lo que las circunstancias tienen que excusar es el hecho de haberse emocionado violentamente. Y ello exige, en primer lugar, que haya existido una *causa* provocadora de la emoción que sea un estímulo recibido por el autor desde afuera (aunque no coincida estrictamente con la realidad, como diremos al referirnos a la implicancia del error); la emoción no debe haberse conformado en el mero desarrollo interno de sus sentimientos a raíz de las características de su temperamento; lo cual no quiere decir que un determinado temperamento deba estar, *a priori*, excluido de la atenuante, ya que puede, por el contrario, resultar campo fértil para que el estímulo externo opere eficientemente. Ese estímulo podrá estar constituido por hechos o situaciones de cualquier carácter (moral, económico, afectivo, etc.); no es indispensable, por lo tanto, que proceda de un hecho de la víctima: la atenuante se aplica aun cuando la víctima sea extraña al hecho que suscitó la emoción. Tampoco es indispensable que se trate de un hecho o situación que afecte directamente (materialmente) al agente, con tal de que revierta sobre él como estímulo (p.ej., la indignación producida por los malos tratos que la víctima inflige a un tercero; la situación desesperada de un ser querido, etcétera).

Además, la causa debe ser *eficiente* respecto de la emoción que alcanza características de violencia: por tal se entiende la que normalmente, según nuestros parámetros culturales, incidiendo sobre las singularidades del concreto autor y en las circunstancias particulares del caso, puede suscitar una emoción de esa índole. O sea, tiene que ser un estímulo externo que muestre la emoción violenta como algo “comprensible” (Soler). Debe, pues, revestir cierta gravedad (aunque la emoción en sí puede desencadenarse por un he-

cho nimio insertado en una situación precedente que no lo sea). La llamada *causa fútil* no es eficiente (bromas, discusiones intrascendentes, recriminaciones justas o injustas de escasa entidad), puesto que no cabe en la relación de normalidad (que alguna doctrina trata como relación de *proporción* entre el estímulo y la reacción emotiva).

En este último sentido se han propuesto distintos criterios para medir la eficiencia causal, como el relativo al tiempo transcurrido entre la producción del estímulo y el hecho delictuoso; el del medio empleado; el conocimiento previo o no de la situación que constituye el estímulo, etc., negándose la eficiencia cuando el hecho ocurre después de un intervalo respecto del suscitamiento del estímulo, o cuando el agente ya tenía conocimiento previo de la situación que no hace más que renovarse en el momento en que se produce la emoción o ha empleado medios que ha tenido que buscar para llevar a cabo la acción, pero ninguno de esos criterios permite resolver los casos sin insertarlos en las circunstancias particulares. Por supuesto, hay medios que por la preparación que exigen requieren una deliberación incompatible con la emoción, pero ello no es una verdad inconcusa; el transcurso del tiempo puede eliminar la emoción o atenuar su violencia, pero a veces puede exacerbarla; el conocimiento previo de la situación puede ser el terreno en que se inserta un acontecimiento actual que provoca la emoción. Es decir, son todas ellas soluciones relativas que dependen de las concretas circunstancias de los hechos y del autor.

§ 99. *EXCUSABILIDAD SUBJETIVA DE LA EMOCIÓN.* – Junto a esta excusabilidad objetiva de la emoción violenta, habla la doctrina de una excusabilidad *subjetiva*, con la cual quiere significar que el autor no debe haber provocado intencionalmente el estímulo para emocionarse, caso relativamente académico, pero posible (no es el caso de quien provocó la circunstancia externa para fingirse emocionado, que es un supuesto de ausencia de emoción), en el cual no se excusa la emoción violenta, ni opera, por consiguiente, la figura atenuada. Pero no es ésa la situación del que provocó culposamente el estímulo sin preordenarlo a la producción de la emoción: el mero ocasionamiento material de la causa no coloca al autor fuera del tipo atenuado.

Alguna doctrina requirió que la emoción tuviese un contenido *ético* (Ramos); al margen de las confusiones en que los opositores

han incurrido sobre el verdadero sentido de esta opinión, lo cierto es que hay que reconocer que el carácter ético (para el agente) del estímulo recibido no es requisito imprescindible de la excusabilidad: basta que haya alcanzado los límites antes expuestos.

§ 100. **ACTUALIDAD DE LA EMOCIÓN.** – La aplicación del tipo atenuado requiere la actualidad de la emoción con respecto a la acción de homicidio. Éste debe cometerse *en* estado de emoción violenta. La emoción pasada, la que se ha extinguido en el momento de la acción, aunque violenta, obviamente no cabe en la fórmula legal.

§ 101. **ERROR SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA EMOCIÓN.** – Al hablar de la causa de la emoción hicimos notar que no era imprescindible que el estímulo respondiese estrictamente a la realidad. Esto es así porque lo válido es la causación de la emoción según los principios precedentemente detallados. No estamos en presencia de una causalidad mecánica (Núñez), sino ante la influencia del estímulo sobre el espíritu del autor. Siempre que el estímulo tenga algún sustento objetivo, el error o la ignorancia sobre las circunstancias –aun los atribuibles a la culpa del agente– que lo constituyen, no eliminan la atenuante (el esposo que mata emocionado violentamente al encontrar a un extraño en el lecho conyugal, ignorando que es hermano de la esposa, sin conocerlo y que estaba de huésped, comete un homicidio encuadrable en el art. 81, inc. 1º, a).

§ 102. **EXTENSIÓN DE LA ATENUANTE A LOS CASOS DE HOMICIDIOS AGRAVADOS.** – La ley (aunque determinando una pena de gran severidad –reclusión o prisión de diez a veinticinco años–) extiende la atenuante a los casos en que el homicidio puede encuadrarse en el art. 80, inc. 1º (art. 82). La exclusión de los demás incisos del art. 80 se explica porque en ellos la influencia del dolo directo con referencia al resultado o a la utilización de los medios y las conexiones subjetivas que requieren las agravantes, las tornan incompatibles con el tipo atenuado.

D) HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

§ 103. **LA DISPOSICIÓN LEGAL.** – El art. 81, inc. 1º, b, del Cód. Penal describe el homicidio preterintencional, diciendo que es aquel

en que el agente, "con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjera la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte".

§ 104. *CARÁCTER DE LA FIGURA. SU AUTONOMÍA.* – Aunque se ha tratado de verla como una figura atenuada de homicidio, ello no es exacto, ya que la culpabilidad del agente que en él se tiene que dar (alguna forma de dolo respecto de la muerte del otro), está ausente en el homicidio preterintencional, donde la voluntariedad del autor no se dirige al resultado de muerte, sino a otro distinto y, aunque se trate de lesiones calificadas por el resultado (así encaran la figura algunos proyectos), tal como está reconocido en la ley constituye un delito autónomo.

§ 105. *ESTRUCTURA DE LA ACCIÓN TÍPICA.* – El tipo se estructura sobre un particular sustento subjetivo de la acción: requiere que se haya obrado con un dolo que excluya la muerte de la víctima como resultado querido o aceptado, lo cual señala la ley en dos exigencias, positiva una: "el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud"; negativa la otra: no haber empleado un medio que debía ocasionar la muerte ("cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte"). A este sustento subjetivo se suma la pauta objetiva propia de todo delito en que la calificación proviene de un resultado que está más allá de la intención del agente: que la muerte se haya originado en su acción ("produjera la muerte"), sin una interferencia causal extraña que interrumpiera esa causalidad.

§ 106. *CARACTERÍSTICAS DE LA CULPABILIDAD: EL "DOLO DE LESIÓN" Y LA PREVISIBILIDAD DEL RESULTADO MORTAL.* – El tipo requiere que el autor obre dolosamente, pero debe tratarse de un dolo que restrinja el agravio a la persona física de la víctima, sin extenderlo a su muerte; si ésta ha sido querida o eventualmente aceptada, desaparece la figura para dar paso al homicidio en cualquiera de las figuras antes expuestas.

Mas para que la muerte se atribuya al autor, tiene que tratarse de un resultado encuadrable dentro de los esquemas de la culpa, en un sentido de *previsibilidad*, que fija los límites subjetivos de la figura: si la muerte, previsible como resultado, ha sido prevista por

el agente, que ha querido dañar a la persona de la víctima, estaremos en los tipos de homicidio, salvo que haya rechazado esa producción con la certeza de que no ocurriría (el cirujano que actúa sobre un cuerpo rechazando la posibilidad de la muerte y según los requisitos de la ciencia, no con la intención de curarlo, sino para producirle una deformación externa); la doctrina parece excluir estos supuestos de culpa consciente respecto del resultado mortal, ya que si ese resultado ha sido previsto como posible, se actúa ya dolosamente (Fontán Balestra), lo cual no parece aceptable en general. Si el resultado de muerte está objetiva y absolutamente al margen de toda previsibilidad, aparece como una consecuencia fortuita de la obra del agente (p.ej., el leve cintazo en los glúteos), que sólo podrá ser sancionada por el tipo de lesión correspondiente según el alcance que se puede otorgar al dolo del autor.

Este *dolo de lesión* (propósito o aceptación del daño personal) sustenta subjetivamente la punibilidad del resultado de muerte como homicidio preterintencional. Cuando ese dolo esté ausente, no estaba informado con ese contenido en la voluntad del agente (que queriendo actuar sobre la víctima no quisiera *dañarla*), saldremos de la figura de homicidio preterintencional para entrar en la de homicidio culposo.

Se discute (aunque hemos adelantado ya nuestra opinión) si en este dolo de lesión sólo cabe el dolo directo o también se comprende el dolo eventual; para algunos el hecho de que la ley se refiera al “propósito” de causar un daño en el cuerpo o en la salud exige un dolo directo de lesión (Soler); cuando el dolo de lesión sea simplemente eventual, habrá que atribuir la muerte a título culposo o las lesiones a título doloso, según los casos. Para otros, dicha expresión legal “no excluye del beneficio... el dolo eventual de lesiones” (Núñez), esta última solución permite resolver con mayor solvencia los casos que se presenten; no parece que la ley haya utilizado la expresión *propósito* en el sentido técnico de *dolo de propósito* que requiera una determinada especificidad, sino como referencia genérica al dolo, cualquiera que sea su estructura.

§ 107. *CARACTERÍSTICA DEL MEDIO EMPLEADO.* – La ley completa la idea de exclusión del dolo eventual de muerte para configurar el homicidio preterintencional, requiriendo que el autor obrare con un medio que *no debía razonablemente ocasionarla*. Como refe-

rencia objetiva, esa razonabilidad atañe a la capacidad o idoneidad letal del medio empleado: el que normalmente es apto para causar la muerte, por su propia finalidad (un arma), o por su capacidad vulnerante (una herramienta pesada) impide la aplicación del tipo.

Sin embargo, cuando la ley utiliza la expresión *medio*, no lo hace exclusivamente en sentido de medio instrumental, sino de procedimiento empleado por el autor; es la razonabilidad o irrazonabilidad letal del procedimiento la referencia contenida en el tipo, integrada por consideraciones que van más allá de las meramente instrumentales: circunstancias de lugar, tiempo, características personales de la víctima, modos de utilización, etcétera. Así, un instrumento que de suyo puede no ser letal normalmente, puede serlo en el caso concreto (un simple empujón normalmente no es un medio letal, pero sí lo es cuando la víctima se encuentra al borde de un abismo; la hebilla de un cinturón empleado para golpear, normalmente no es letal, pero sí puede serlo si con ella se dirigen golpes a determinadas partes del cuerpo, o cuando se la utiliza contra un niño o contra un valetudinario). Dentro de este marco no deja de insertarse la subjetividad del autor, ya que su querer puede extenderse a la transformación de un instrumento no letal en letal, cuando quiso utilizarlo para matar.

Si el agente utilizó un medio apto para causar la muerte con conocimiento de su aptitud y con la finalidad de dañar a la víctima, estaremos en presencia de un dolo eventual de muerte que excluirá la figura del homicidio preterintencional; pero si el agente utilizó un medio no idóneo para causar la muerte, no estaremos necesariamente ante el homicidio preterintencional, ya que con él tanto pudo actuar con un contenido de querer que no vaya más allá de la producción de lesiones, como extenderse al homicidio; y, en este caso, quien utilizó un medio normalmente inidóneo con la intención de causar la muerte y lo logra, responderá por homicidio, no por homicidio preterintencional.

§ 108. *REPERCUSIÓN SUBJETIVA DE LA CARACTERÍSTICA DEL MEDIO.* — La no razonabilidad del medio para ocasionar la muerte debe estar presente en el conocimiento del autor, que obra según ese conocimiento, para que sea posible aplicarle la figura preterintencional.

El error o la ignorancia sobre la falta de capacidad del medio utilizado para ocasionar la muerte, que lleva a obrar con la certeza

errónea de su carácter no letal, puede colocarlo en el homicidio preterintencional (p.ej., quien pretendiendo producir un resfrío en una persona lo arroja a un lago, creyendo que no es profundo, cuando en realidad lo es, y la persona se ahoga). Por el contrario, quien actúa queriendo o aceptando la muerte y utilizando erróneamente como letal un medio que normalmente no lo es, la produce, no actúa con el dolo propio de las lesiones, sino con el del homicidio y responderá por cualquiera de los tipos de homicidio.

§ 109. *EL NEXO CAUSAL ENTRE LA ACCIÓN Y EL RESULTADO MORTAL.* – No estando guiada la conducta del autor hacia la muerte o no estando comprendida en ella ese resultado, el tipo requiere que ésta sea producida directamente por la acción del agente: cualquier fuente causal autónoma preponderante y, como tal, eliminadora de esa causalidad, dejará el hecho en lesiones. Se aplican, en este caso, los principios generales de la causalidad.

§ 110. *EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL Y LAS AGRAVANTES.* – En lo que se refiere al homicidio preterintencional, el texto vigente (art. 81, inc. 1º, b) le asigna la misma pena que para el homicidio emocional: reclusión de tres a seis años o prisión de uno a tres años, lo que también hacía la ley 21.338, pero señalándole únicamente pena de prisión de uno a seis años (art. 82). En tanto que esta última (en el mismo art. 82) preveía una pena de dos a ocho años de prisión o reclusión cuando en dicho homicidio concurriera alguna de las circunstancias del art. 80, el texto vigente (art. 82) sólo agrava el homicidio preterintencional en los casos del art. 80, inc. 1º, indicando para él la misma pena que para el homicidio emocional calificado por iguales circunstancias: reclusión o prisión de diez a veinticinco años, pena severísima si tenemos en cuenta la que merece el parricidio atenuado por circunstancias extraordinarias (art. 80 *in fine*). En cuanto a la exclusión de las otras agravantes se explica por las mismas razones que dimos al hablar de la emoción violenta.

§ 111. *EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL Y LA EMOCIÓN VIOLENTA.* – En cuanto a la aplicación de la atenuante de emoción violenta a la figura del homicidio preterintencional, la estructura subjetiva de ella no repugna a la de ésta: el emocionado bien puede querer causar un daño cualquiera y no la muerte, empleando para infligirlo

un medio que razonablemente no debía ocasionarla (la guardadora que ante el desliz amoroso de su pupila, en estado de emoción violenta, le da una cachetada que, a causa de la posición en que aquélla colocó la cabeza al recibirla, le produjo la muerte, habría cometido un homicidio preterintencional en estado de emoción violenta).

E) HOMICIDIO CULPOSO

§ 112. **LA DISPOSICIÓN LEGAL.** – Prácticamente, como un complemento de los demás homicidios, deja el Código Penal para este lugar –art. 84– el homicidio culposo, castigando con una pena de seis meses a tres años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años, al que por “imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo, causare a otro la muerte”.

§ 113. **REMISIÓN. LA PENA DE INHABILITACIÓN.** – Los autores tratan este delito en la parte especial, limitándose a repetir los principios generales del obrar culposo. La realidad es que, con relación a cada uno de esos principios, el delito resulta un claro exponente. De particular interés dogmático es el correcto giro de la ley cuando determina la aplicación de la pena de inhabilitación especial (*en su caso*), puesto que ella sólo es procedente respecto de las actividades legal o reglamentariamente reguladas, ya para su habilitación (p.ej., profesiones), ya por la licencia que el Estado tiene que conceder para su realización (conducción de automotores, portación de armas, etcétera).

F) AGRAVANTES CONSAGRADAS EN LA LEY SOBRE VIOLENCIA EN LOS ESPECTÁCULOS DEPORTIVOS

§ 114. **REQUISITOS DE APLICACIÓN.** – La ley 23.184 agravaba las penas de los delitos de homicidio, homicidio preterintencional y homicidio culposo, aumentando los mínimos y máximos de sus penas en un tercio, aunque los últimos no pueden superar el tope de la especie de pena de que se trate (art. 2º), según el texto original de dicha ley cuando dichos delitos fueren cometidos “con motivo o en ocasión de un espectáculo deportivo en estadios de concurrencia

pública o inmediatamente antes o después de él" (art. 1º), aunque luego, en la ley 24.192, la referencia al lugar se amplió comprendiendo "el ámbito de concurrencia pública en que se realizare o en sus inmediaciones".

La anterior ley 23.184 contenía la misma agravación de la pena cuando los delitos hubiesen sido cometidos "en estadios de concurrencia pública o inmediatamente antes o después" del espectáculo deportivo. La ley actual extiende este ámbito, refiriéndose a lugares ("ámbito de concurrencia pública") que no pueden ser propiamente catalogados como *estadios* (puede tratarse de una cancha o circuito de carreras) y comprendiendo a las *inmediaciones* del ámbito del espectáculo deportivo. En otro aspecto elimina el requisito que el delito fuere cometido *inmediatamente* antes o después de la realización del espectáculo.

La razón de ser de la agravante no parece que haya variado sustancialmente. Aunque en la conformación de la fórmula legal, el *motivo* (que el hecho tenga origen y refiera al *evento* deportivo) aparece como requisito distinto de la *ocasión*; ambos se complementan en virtud de las circunstancias de lugar y tiempo. No cualquier homicidio cometido en ocasión del espectáculo deportivo, en el ámbito al que concurre el público para presenciarlo o en sus inmediaciones, puede quedar comprendido en la agravante si no está presente el motivo, que se relaciona con la puja deportiva; corregimos así una opinión que desconocía el fin protector de la regulación. Pero, pese a la existencia de dicho motivo, tampoco el homicidio cometido en otros lugares o en distinto tiempo ingresa en la agravante (p.ej., el que se produce como consecuencia de una discusión sobre el espectáculo que se está viendo por televisión en un bar alejado del ámbito en que se lleva a cabo o se suscita días después).

La ley 23.184 traía la referencia temporal del tipo agravado, la conducta que se llevaba a cabo durante la realización "del espectáculo deportivo... o inmediatamente antes o después de él". La reforma introducida por la ley 24.192, con la ampliación del lugar de comisión y habiendo descartado el requisito de la *inmediatez*, permite una extensión temporal y espacial con relación al espectáculo en la interpretación del "motivo y la ocasión". La procedencia de la agravante ya no requiere la producción de la conducta en el ámbito del estadio.

§ 115. *LAS INHABILITACIONES Y LA PENA PECUNIARIA CONJUNTA DISPUESTAS POR LA LEY 24.192.* – “Como adicional de la condena” el art. 10 de la ley dispone “inhabilitación de seis meses a cinco años para concurrir al tipo de espectáculos deportivos que haya motivado la condena” y para asegurar su cumplimiento regula que el condenado deberá presentarse “en la sede policial de su domicilio, en ocasión de espectáculos deportivos como el que motivó la condena, fijando el tribunal día y horario de presentación”, agregando que el “juez podrá dispensar total o parcialmente, en resolución fundada, dicha presentación” (inc. a); dispone, además, “inhabilitación de uno a quince años para desempeñarse como deportista, jugador profesional, técnico, colaborador, dirigente, concesionario, miembro de comisiones o subcomisiones de entidades deportivas o contratado por cualquier título por estas últimas” (inc. b).

El contenido de estas restricciones (no en todos los casos se puede hablar de *inhabilitaciones*) es el mismo que traía el art. 10 de la ley 23.184, con la diferencia de que agrega como sujetos pasibles de la restricción al *contratista* y al *deportista*; aunque la restricción para desempeñarse como “contratista” podría considerarse comprendida en el art. 10 de la ley 23.184 (“dependiente o contratado”) la referente al *deportista* es mucho más amplia que la inhabilitación “para desempeñarse como jugador profesional” que enunciaba dicha ley; trátase ahora del ejercicio del deporte, aunque éste no se realice profesionalmente; sin embargo, se entiende que la restricción sólo atañe al ejercicio del deporte que se practica en espectáculos públicos.

Además, la ley 24.192 agrega al art. 10 un inc. c que dispone: “La inhabilitación perpetua para concurrir al estadio o lugar en el que se produjo el hecho”. Dejando los reparos constitucionales que pueden merecer algunas de estas inhabilitaciones –si pensamos en el significado dogmático de la “pena de inhabilitación”–, ninguna duda cabe de que ellas no excluyen las que pueden ser propias del delito concreto, según las prescripciones del Código Penal (art. 84) o adjuntarse a la pena principal como accesoria por disposiciones de carácter general (art. 12, cláusula 1ª, Cód. Penal), a las que, en todo caso, se sumarán.

El art. 11 de la ley 24.192 innova respecto de la ley 23.184, regulando una multa especial como pena conjunta y disponiendo sanciones para la entidad deportiva a la que perteneciere el conde-

nado. El art. 11, párr. 1º, expresa: "Cuando alguno de los delitos... hubiese sido cometido por un director o administrador de un club deportivo, dirigente, miembro de comisiones directivas o subcomisiones, en ejercicio o en ocasión de sus funciones, será reprimido, además, con multa de cien mil a un millón de pesos". Así la expresión *además* indica que la pena pecuniaria es aplicable cuando la prevista para el delito de que se trate sea de distinta naturaleza, pero ¿ocurre lo mismo cuando esta pena es de multa?; pensamos que la palabra de la ley es harto clara: en tales casos la pena del delito se compondrá con la multa originariamente prevista por el Código Penal más la prevista por el art. 11 de la ley 24.192.

Los párrs. 2º y 3º son de signo innovador en nuestro derecho penal común, ya que al disponer el primero de ellos que "la entidad deportiva a la que pertenezca" el autor calificado "será responsable en forma solidaria de la pena pecuniaria que correspondiere", transporta la responsabilidad penal a la persona jurídica. Aún más claro es el párr. 3º, en cuanto autoriza al juez a que "por resolución fundada" ordene "la clausura del estadio por un término máximo de sesenta días". Estas especies de *sanciones penales* son hoy bastante comunes en el derecho penal comparado y aparecen en nuestro régimen penal tributario, pero a partir del significado de la responsabilidad penal van a plantear un debate constitucional.

II. INSTIGACIÓN Y AYUDA AL SUICIDIO

§ 116. *LA DISPOSICIÓN Y EL CARÁCTER DE LA FIGURA.* — El art. 83 del Cód. Penal pune con prisión de uno a cuatro años a quien "instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado".

Nuestra ley no castiga el acto de quien trata de suicidarse; estamos aquí ante un delito autónomo, que sólo figuradamente podemos imaginar como una especie de participación en el hecho de un tercero. Sin embargo, esa consideración pareció ser suficiente para que alguna doctrina otorgase a las expresiones *instigación* y *ayuda* el contenido técnico que tienen en las reglas sobre la participación (arts. 45 y 46, Cód. Penal; Soler), lo que otro sector ha negado —con particular influencia en lo concerniente a la extensión típica de la

ayuda-, señalando que lo único que la ley ha procurado, al utilizar esos vocablos, es distinguir la participación moral de la material en el hecho de la muerte de un tercero consumada por ese tercero o en la tentativa por él emprendida (Núñez, Fontán Balestra; en Italia, Manzini).

§ 117. *INSTIGACIÓN.* — La *instigación* se concibe aquí como la acción por medio de la cual el agente trata de persuadir a un sujeto de que se dé la muerte por sí mismo. Cuando el convencimiento está dirigido a conseguir que el sujeto pasivo se deje matar por otro, puede tratarse de una instigación de homicidio (si el convencimiento también se hace valer sobre el sujeto que habría de inferir la muerte) o de un homicidio (si el agente es el que ejecuta la acción de matar), en el caso de que los actos de matar se hayan trasladado a la esfera de la ejecución.

La acción destinada a convencer a la víctima puede adoptar cualquier forma que no implique eliminar la voluntariedad de aquélla en la decisión de darse muerte (consejos, promesas), o que no suplante esa voluntad por la del agente (mandato, orden) y expresarse por cualquier medio: escrito, verbal, simbólico (el militar que muestra a otro militar un signo que indica conveniencia de que se dé muerte); hasta puede adquirir la forma de actos realizados directa o indirectamente sobre la víctima, intencionalmente dirigidos a que tome la determinación de darse muerte (prolongados malos tratos, infligidos para instigar sufrimientos morales). Pero la actividad instigadora debe estar enderezada a una persona determinada; la dirigida a personas indeterminadas no llena el tipo (p.ej., incitar al suicidio colectivo por un medio masivo de comunicación).

La instigación debe haber tenido eficacia (el sujeto pasivo debe haber emprendido la conducta instigada); lo que no ha pasado de ser una incitación o una provocación rechazada por la víctima es impune. Pero la eficacia no desmerece y se da el tipo, cuando el origen de la idea suicida no está en la instigación del agente, sino que procediendo de otra fuente, ha venido ella a reforzar la decisión o se suma, como un factor más, al complejo de motivaciones que dieron por resultado la idea.

La instigación puede ser condicional; el agente supedita la determinación del instigado a la ocurrencia de un suceso futuro (Núñez). También puede ser recíproca, siempre y cuando, en ésta, la

actividad del agente no se extienda a poner en obra el medio de ejecución común (abrir la llave del gas) o de la muerte del otro (dispararle), pues en esos casos habría matado o intentado el homicidio. La instigación debe recaer sobre quien comprende el carácter del acto al cual se lo incita: la dirigida al inimputable que carece de discernimiento o a quien actúa por error –sabiéndolo el agente– o coaccionado, coloca al incitador en el tipo de homicidio, ya que la víctima obrará como instrumento, no por el convencimiento, que requiere un margen preponderante de libertad en la propia decisión.

§ 118. *AYUDA.* – La expresión *ayuda* no está tomada aquí en el sentido técnico del art. 46 (que se refiere a una ayuda posterior al hecho cumpliendo promesas anteriores), sino en el sentido de *cooperación material* al hecho del suicidio del tercero, cualquiera que sea su especie o calidad. La distinción entre esta ayuda y el homicidio, está en la circunstancia de que en ella el agente no debe haber realizado actos materiales sobre el cuerpo de la víctima que importen la acción de matar, pues entonces se trataría de un homicidio consentido, punible según el art. 79 del Cód. Penal (p.ej., ayuda al suicidio, el que se la presta al suicida para colocarse el nudo corredizo, pero comete homicidio el que corre el banco sobre el cual se apoyaba para que cuelgue).

Se tiene que tratar de actos materiales, aunque la prestación de ayuda no implique, necesariamente, actuar con los medios instrumentales del suicidio; la constituirá enseñar a quien tiene la determinación de matarse, el procedimiento más letal, indicándole el veneno adecuado, el lugar donde tiene que aplicarse el arma, etc. (en este sentido habla Soler de “ayuda moral”, terminología inadecuada y censurada). Por supuesto que también ayuda quien interviene en el procedimiento suicida, en cuanto no se trate de una intervención que lo constituya en autor de la muerte, como sería el caso de quien vigilara para impedir la intervención de terceros que podrían evitar el suicidio. Aunque alguna doctrina ha negado la posibilidad típica de ayuda *por omisión*, puede ella darse en quien, teniendo la obligación legal o convencional de evitar el suicidio, deja voluntariamente de cumplir con la custodia para dar oportunidad al suicida a que realice sus planes.

Aquí basta la ayuda al hecho del suicidio; no es indispensable el acuerdo del agente con el suicida, siendo suficiente que aquél

contribuya al hecho de éste, aunque ignore esa contribución (p.ej., quien carga el arma que sabe que va a utilizar el suicida y que otro había descargado en previsión del hecho, ignorando el suicida ambas circunstancias).

§ 119. *CONJUNCIÓN DE AMBAS CONDUCTAS EN EL MISMO HECHO.* – Son comportamientos típicos que pueden sumarse en el mismo hecho, sin que por ello se multiplique la delictuosidad; se da el ejemplo del militar que lleva a una habitación donde ha colocado ostensiblemente una pistola cargada, al compañero de armas que ha cometido un acto deshonoroso (Soler).

§ 120. *CONDICIÓN OBJETIVA DE PUNIBILIDAD: CONSUMACIÓN O TENTATIVA DEL SUICIDIO.* – La punibilidad de la instigación o ayuda al suicidio requiere que el tercero a quien se ha dirigido la instigación o prestado la ayuda, se haya dado muerte o por lo menos ejecutado actos para lograrlo. No se da la condición objetiva cuando quien adoptó tales comportamientos es una persona distinta de aquella a quien se dirigía la instigación o se prestaba la ayuda por parte del agente (p.ej., quien, sin saberlo el agente, escuchó la convincente incitación o quien se aprovechó de los instrumentos letales que él había dejado a disposición de otro). Es el instigado o ayudado quien debe haber *tentado o consumado* el suicidio. Trátase, pues, de una condición objetiva de punibilidad, ya que no perteneciendo a la acción típica del agente, condiciona la aplicación de la pena.

La consumación requiere que el instigado o ayudado se haya dado muerte, lo que se tiene que consumir es el suicidio; no se cumple la condición cuando la muerte fue infligida por un tercero, aunque lo hiciera a instancias de la víctima. Lo mismo ocurre con la tentativa, pero aquí es indiferente que se esté o no ante una tentativa en el sentido técnico de las normas para que sea ella punible: basta la realización de actos ejecutivos por el instigado o ayudado que no ha logrado su propósito por causas ajenas a su voluntad o cuando él ha desistido de hacerlo.

§ 121. *CUESTIÓN ACERCA DE LA TENTATIVA DEL DELITO DE INSTIGACIÓN O AYUDA AL SUICIDIO.* – Algunos autores han admitido la posibilidad de tentativa de la instigación o ayuda al suicidio (Núñez), la que estaría constituida por los actos de instigación o ayuda no

seguidos por el principio de ejecución de la acción de matarse por parte del tercero, se olvidan que cuando la ley inserta el requerimiento de una condición objetiva, expresa claramente su intención de eliminar la pena en los casos en que no se da esa condición y no la de convertir en tentativa punible aquellos en que no se da. La tentativa no nos parece posible.

§ 122. *PARTICIPACIÓN.* – La participación en actos de instigación o ayuda al suicidio es perfectamente posible en todos los niveles de los arts. 45 y 46 del Cód. Penal.

§ 123. *CULPABILIDAD.* – El delito requiere la voluntad de instigar a una determinada persona a que se suicide o de contribuir a ello mediante los actos de ayuda. Esta estructura de la culpabilidad sólo parece compatible con el dolo directo. Quedarían fuera del tipo, los actos de negligencia o imprudencia (malos tratos que pueden provocar un suicidio, sin que la voluntariedad del autor comprenda a éste), y aquellos en que el autor ha perseguido una finalidad distinta aunque haya aceptado con indiferencia la posibilidad de dicho resultado (p.ej., el editor que encomienda a un corrector de pruebas, de reconocida tendencia al suicidio, los originales que describen casos y procedimientos de suicidios de personajes célebres, por no tener a otro corrector).

III. ABORTO

§ 124. *EL ABORTO COMO DELITO CONTRA LA VIDA.* – El Código Penal coloca las distintas figuras de aborto dentro de los delitos contra la vida, pues lo que protegen es la vida del feto, cualesquiera que fueren los motivos por los que el legislador dispone esa protección (religiosos, demográficos, morales, etcétera).

§ 125. *ELEMENTOS COMUNES A TODAS LAS FIGURAS DE ABORTO.* – Todas esas figuras requieren un conjunto de elementos que les son comunes: la existencia de un embarazo en la mujer; que el feto se encuentre con vida en el momento de la acción del agente, y que su muerte se haya debido a esta acción.

§ 126. *EXISTENCIA DE EMBARAZO.* – La acción típica únicamente puede concebirse con la existencia de una mujer embarazada, sin que interese el procedimiento por medio del cual se logró dicho embarazo (fecundación por medio de contacto carnal, por inseminación artificial, implantación de un óvulo fecundado). No es una acción abortiva, por consiguiente, la que procura impedir la fecundación del óvulo, como no lo es tampoco la destrucción del óvulo fecundado fuera del seno materno y que todavía no ha sido implantado en él. Tampoco se da el requisito en los casos de embarazo aparente (mola matriz). Las maniobras abortivas sobre una mujer no embarazada creyéndose que lo está, son atípicas como aborto y sólo podrán caer como lesiones si las han producido en el cuerpo de la mujer.

§ 127. *FETO CON VIDA.* – La acción típica sólo se puede dar cuando el feto del que la mujer está embarazada se encuentra con vida en el momento de realizarla. Vimos que es la vida del feto lo que se protege. Por tanto, las maniobras abortivas sobre un feto que está muerto en las entrañas de la mujer son atípicas y, como en el caso anterior, sólo pueden ser perseguidas como lesiones, si es que las han producido en el cuerpo de la mujer.

El concepto de feto ya lo hemos explicado al referirnos al sujeto del delito de homicidio, para distinguirlo del sujeto del delito de aborto.

§ 128. *LA MUERTE DEL FETO COMO RESULTADO TÍPICO.* – De lo dicho se infiere que lo que se pune en estas figuras no es la realización de las maniobras abortivas, sino la muerte del feto. Estamos, pues, ante un delito de estricto carácter material: esa muerte es el resultado a través del cual se consuma el delito.

El delito de aborto está constituido por la interrupción del embarazo, siempre y cuando esa interrupción se haya producido matando al feto. La interrupción que no se ha producido por muerte del feto, no consuma el aborto (puede ser una tentativa de aborto imposible) y el posterior acto de matar a un feto que ha nacido con vida será homicidio. Pero si la maniobra abortiva ha causado la muerte del feto, es indiferente su carácter o modo; jurídicamente tanto es aborto la muerte del feto dentro del seno materno, como la que es consecuencia de su provocada expulsión, cuando por las ca-

racterísticas del feto (su inmadurez), tal ha sido el medio seleccionado para matarlo, o cuando la expulsión se produce por un procedimiento que implica darle muerte (p.ej., extraerlo con aparatos que le causen lesiones mortales).

A) FIGURAS BÁSICAS

§ 129. *LAS DIVERSAS FIGURAS Y EL FUNDAMENTO DE SU DISTINTA PUNIBILIDAD.* ~ Dos son las figuras básicas de aborto: la constituida por la *causación de un aborto sin el consentimiento de la mujer* (se pena con reclusión o prisión de tres a diez años, art. 85, inc. 1º) y la constituida por la *causación de un aborto con el consentimiento de la mujer* (se pena con reclusión o prisión de uno a cuatro años, art. 85, inc. 2º). El aumento de pena se explica en el primer caso porque, además de la vida del feto, se vulnera la libertad de la mujer.

§ 130. *EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER.* ~ Lo que distingue a ambas figuras es la existencia o inexistencia del *consentimiento* de la mujer embarazada. El consentimiento es, en la expresión típica, el permiso dado por la mujer a un tercero para que realice sobre ella las maniobras abortivas. No se trata de una participación del tercero en el aborto de la mujer como cómplice de ella, sino del *consentimiento prestado por ésta para que aquél actúe como autor del delito*. La prestación del consentimiento por parte de la mujer, aunque prácticamente la constituye en coautora, lo pune la ley autónomamente (art. 88).

El consentimiento que permite la tipificación del hecho a través del art. 85, inc. 2º, debe ser válido y libremente prestado; asume dichas características cuando lo da una mujer imputable penalmente (arg. art. 88), tanto por su edad como por poseer capacidad para comprender el carácter de sus acciones y dirigirlas; en este aspecto ni es suficiente el mero *conocimiento de lo sexual* (contra: Fontán Balestra), ni es necesaria la capacidad civil para obrar por sí (Núñez), y ha sido formulado por la mujer sabiendo el carácter de la acción que ha de realizar el tercero (el error esencial de la mujer sobre la dirección de esa acción elimina la validez del consentimiento) y pudiendo determinarse libremente en su otorgamiento (tampoco la coacta lo presta válidamente). En ausencia de alguna de esas características el hecho se encuadrará en la hipótesis del art. 85, inc. 1º.

El consentimiento puede ser prestado explícita o implícitamente; el *consentimiento tácito* es aquel cuyo otorgamiento está constituido por actos que implican la voluntad de la mujer de someterse a la práctica abortiva (internarse en una clínica de la *especialidad*, pagar por adelantado la tarifa; son ejemplos de Núñez); pero el consentimiento tácito no debe confundirse con el *consentimiento presunto* (el que permite conjeturar que la mujer podría prestarse a la maniobra abortiva, sin que demuestre con claridad esa voluntad; p.ej., las quejas sobre las consecuencias perjudiciales que puede producirle el parto), que no tiene valor como elemento tipificante del art. 85, inc. 2°. Si la mujer rectifica el consentimiento prestado antes de que el agente realice la maniobra abortiva, éste actuará sin ese consentimiento y el caso quedará comprendido en el art. 85, inc. 1°, no así cuando esa rectificación se produzca cuando ya la maniobra ha sido realizada, aunque el feto muera después de formulada la rectificación.

§ 131. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA. LAS LESIONES AL FETO.* – El aborto se consuma con la muerte del feto, que importa la interrupción del embarazo. Cuando la maniobra abortiva no produjo ese resultado por haber sido interrumpido el proceso causal por circunstancias extrañas al autor, estaremos ante una tentativa; si la muerte del feto no se produjo por la inidoneidad de la maniobra (ineficacia abortiva del específico administrado, expulsión de un feto que sigue viviendo a pesar de ello), estaremos ante una tentativa de delito imposible. Pero si el resultado no se produjo porque la maniobra se realizó sobre un feto ya muerto, será un caso de atipicidad por carencia de sujeto pasivo.

Las lesiones producidas al feto que después vive por la actividad abortiva que se detiene en tentativa, no adquieren autonomía, sino que quedan insertas en la punibilidad de la tentativa de aborto.

§ 132. *CULPABILIDAD.* – En cuanto a la culpabilidad, la doctrina se divide. Para unos, únicamente es admisible el dolo directo (querer interrumpir el embarazo matando al feto); el dolo eventual se descarta por la interpretación que hay que dar al contenido subjetivo del aborto preterintencional (art. 87, Cód. Penal). Para otros, en algunos casos específicos se puede admitir un cierto grado de eventualidad del dolo; tal cosa se daría en los supuestos en que lo

que ha pretendido el autor es producir la expulsión (p.ej., para adelantarse el nacimiento), aceptando la probabilidad de la muerte del feto, en cuyo caso habría un dolo directo respecto de aquel procedimiento y un dolo eventual respecto de este resultado (Soler); pero se ha señalado que entonces no se "causa un aborto", sino que se "anticipa un nacimiento" (Núñez, Fontán Balestra).

Claro está que, dándose el dolo directo, es indiferente cuál haya sido la motivación del autor al querer eliminar el producto del embarazo (evitar que adquiriera derechos, preservar la estética de la mujer, etc.), salvo en los casos en que la misma ley enuncia determinadas finalidades como elementos de la tipicidad, según veremos más adelante.

En cuanto a la localización en una u otra de las figuras básicas que contiene el art. 85, es necesario el conocimiento por el autor de que obra sin el consentimiento de la mujer para que sea aplicable la del inc. 1º. A ese conocimiento se equipara la simple conjetura del agente sobre la existencia del consentimiento, según lo analizamos. El error sobre la real existencia del consentimiento y su validez puede colocar al agente en la hipótesis del art. 85, inc. 2º (cuando cree erróneamente que existe o que es válido).

B) FIGURAS AGRAVADAS

§ 133. *SUPUESTOS DE AGRAVACIÓN.* – Podemos considerar que las figuras de aborto se agravan por dos razones: una, que tiene en cuenta el resultado de muerte de la mujer cuyo embarazo se interrumpe; otra, la calidad del agente, y si bien ésta resuelve cuestiones que trascienden el mero agravamiento (p.ej., problemas de participación), las tratamos como tales en cuanto intensifican la pena de los particulares sujetos activos que enuncia la ley.

1) RESULTADO DE MUERTE DE LA MUJER

§ 134. *EL RESULTADO DE MUERTE DE LA MUJER COMO AGRAVANTE. PRODUCCIÓN DE LESIONES A LA MUJER.* – La ley eleva la pena (hasta quince años en el caso del art. 85, inc. 1º, y hasta seis años en el del art. 85, inc. 2º) "si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer".

Únicamente la muerte de la mujer agrava el aborto; las lesiones, cualquiera que sea su naturaleza, producidas en el cuerpo de ella por las maniobras abortivas, quedan absorbidas por el delito de aborto consumado o tentado, salvo que hubieran sido inferidas, material e ideológicamente, en forma autónoma (p.ej., golpear a la mujer a fin de doblegar su voluntad para que se preste a la maniobra abortiva o para que no interrumpa la iniciada), en cuyo caso concurren realmente.

La muerte de la mujer opera como resultado agravatorio del aborto cuando objetivamente procede como causal de la maniobra abortiva y no de un curso causal distinto preponderante. Subjetivamente ese resultado no debe estar comprendido en el dolo del autor; por lo tanto, la culpabilidad se estructura con un dato positivo: querer causar un aborto, y con uno negativo: que la conducta no haya estado guiada a la causación de la muerte de la mujer; cuando el aborto fue el medio de que se valió el agente para matar a la mujer, el homicidio concursa realmente con las figuras básicas de aborto.

§ 135. *¿ES NECESARIA LA CONSUMACIÓN DEL ABORTO PARA QUE SE DÉ LA AGRAVANTE? INTERPRETACIÓN DE LA EXPRESIÓN "HECHO".* — En lo que discrepan la doctrina y la jurisprudencia es en el alcance de la expresión *hecho*, que emplea la ley para consagrar la agravante. Las opiniones pueden resumirse en las siguientes: a) para unos es necesaria la consumación del delito de aborto con la muerte del feto para que opere la agravante, de tal suerte que si el feto no muere a raíz de las maniobras abortivas, la muerte de la mujer funcionaría, en todo caso, como homicidio culposo en concurso real con la tentativa de aborto; b) para otros, el *hecho* que es base de la agravación comprende tanto el aborto consumado como el tentado, aun en el caso de que se trate de una tentativa de delito imposible por inidoneidad de las maniobras para producir el aborto, y c) generalmente, quienes sostienen esta última apreciación extienden la agravante a los casos de aborto putativo: cuando las maniobras se han realizado sobre una mujer no embarazada o recaído sobre un feto que ya estaba muerto. Esto último es inaceptable, ya que mal se puede agravar un aborto que no existe como tal (aunque la tesis se basa en la errónea admisión de una tentativa de delito imposible en esos casos); por otro lado, la ley no agrava la muerte de la mujer a raíz de las maniobras abortivas (ésta es una pauta para estimar la causalidad), sino el hecho de aborto que ha originado la muerte de la mujer.

Pero también resulta demasiado estricta la opinión enunciada en primer término, pues la ley, cuando se refiere al *hecho*, lo hace al *hecho de aborto*, que tanto puede ser consumado como haberse detenido en tentativa, sin que por eso deje de ser un *hecho de aborto*; la agravante, por tanto, se da en los casos en que se ha consumado el aborto con la muerte del feto, como en aquellos en que el aborto sólo se ha tentado y, sin haberse logrado la muerte del feto, las maniobras han producido la muerte de la mujer, pero, eso sí, se tiene que tratar de una verdadera tentativa de aborto, que requiere la realidad de un embarazo y un feto vivo sobre el cual se hubieran ejecutado las maniobras; si estos extremos no se dan, sólo tendremos el homicidio culposo de la mujer.

2) CASOS DE ABUSO DE LA PROFESIÓN

§ 136. *AUTORES COMPRENDIDOS*. ~ Dispone el art. 86 del Cód. Penal, en su parte 1ª, que incurrirán en las penas del art. 85 con más inhabilitación especial por doble tiempo del determinado por el juez para la pena privativa de libertad, “los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo”.

Únicamente los profesionales enunciados por la ley quedan comprendidos; la actividad abusiva de cualquier otro profesional, aunque pertenezca al área de las ciencias de la salud, se pune por medio de las figuras básicas.

§ 137. *CONCEPTO TÍPICO DE ABUSO*. ~ *Abusa* de su ciencia o de su arte el profesional que utiliza sus conocimientos para practicar él mismo el aborto o de cualquier otro modo (material o moral, p.ej., dando indicaciones sobre procedimientos) colabora en su realización, fuera de los casos en que la misma ley, con los recaudos de la *lex artis*, lo autoriza a realizarlo.

Es, por lo tanto, indispensable que el agente practique o colabore en un aborto de carácter típico. No hay *abuso* en los casos en que el profesional produce culposamente el aborto, quedando entonces al margen de la punibilidad, ya que el aborto culposo no está previsto por la ley penal, como tampoco lo está en los casos en que cree –aun a raíz de su propia culpa– que actúa en alguna de las situaciones en que legalmente se le permite realizar la intervención.

§ 138. *COOPERACIÓN Y PARTICIPACIÓN. LA "INTERVENCIÓN SUPERFLUA".* – La *cooperación* en el aborto también debe ser abusiva según el doble contenido objetivo y subjetivo que hemos atribuido al concepto de abuso. Ya vimos, por otro lado, que esa cooperación tanto puede ser material como moral. Trátase de una *participación* en el hecho de aborto de otro (de la misma mujer o de un tercero); pero la configuración típica (*cooperar*) puede permitir la incorporación a la punibilidad de actos que en la reglamentación de la parte general pueden no caer en la participación punible por no vincularse con la causalidad del resultado del modo requerido por aquélla (p.ej., ciertos consejos, permitir la intervención a cargo de otro profesional en su clínica), pero que las características subjetivas del abuso profesional permiten que los abarque la tipicidad que estudiamos.

Por otra parte, la disposición legal equipara la pena del cooperator a la del autor, cualquiera que sea su carácter (necesario o secundario). Con todo, pese a la amplitud del tipo, no parece que puedan incluirse en él ciertos supuestos que se han denominado de "intervención superflua", y en los que los aportes de pretendida participación no han sido utilizados en el hecho del aborto por su coautor o por otro partícipe (p.ej., cuando no se utilizó el abortivo aconsejado por el profesional).

Se debe tratar de una cooperación en el hecho, no de una actividad que tienda a ocultar el ya realizado (p.ej., practicar curaciones o mantener internada a la abortada con la finalidad de que desaparezcan los rastros del aborto), que constituye encubrimiento si no medió promesa anterior o participación de conformidad con el art. 46. De haber mediado sí puede ser la cooperación típica, aquélla dirigida a desfigurar la tipicidad del aborto que se va a practicar, como sería el dictamen abusivo sobre la existencia de un grave peligro para la vida de la madre si continúa el embarazo, ya que ello puede tender a permitir practicar el aborto sin interferencias impositivas o interruptivas de la maniobra.

C) ABORTOS NO PUNIBLES

§ 139. *CASOS DE IMPUNIDAD.* – El art. 86, en su párr. 2º, declara no punibles los abortos practicados "por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer" cuando se haya "hecho con el

fin de evitar un grave peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios" (inc. 1ª) y en los casos en que un "embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente" (inc. 2ª).

§ 140. *ABORTO TERAPÉUTICO. CALIFICACIÓN DEL AGENTE.* – El primero de ellos (el aborto terapéutico) es el que regula el art. 86, en su inc. 1ª, exigiendo tres requisitos: una particular calidad del agente, el consentimiento de la mujer embarazada y una especial finalidad.

El agente debe ser un *médico diplomado*; esta calidad sólo la tiene quien ha obtenido el título que lo habilita para actuar como médico, haya realizado sus estudios en el país o fuera de él, pero que en este segundo caso cuente con la habilitación legalmente conferida. Aunque alguna doctrina lo pide, no parece indispensable la inscripción en la matrícula profesional: el médico diplomado puede no encontrarse ejerciendo actualmente, pero el aborto practicado por él en las condiciones típicas será igualmente impune, sin perjuicio de otras faltas o delitos que pueda haber cometido al realizar la intervención, como sería la violación de la inhabilitación impuesta si su exclusión de la matrícula se debe a una prohibición de ejercer dispuesta judicialmente.

No quedan comprendidos en la disposición otros profesionales del arte de curar, aunque *profesionalmente estén capacitados para resolver sobre la existencia de la situación peligrosa y actuar en consecuencia* (p.ej., las parteras).

El aborto debe ser practicado por el médico, no por otra persona. No basta que el profesional ordene o aconseje su realización si no lo ha practicado él u otro médico diplomado, aunque, por supuesto, no es indispensable su actividad material, basta que asuma funciones de dirección en la maniobra abortiva realizada por un tercero en su presencia.

§ 141. *EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER.* – Sólo la mujer embarazada puede prestar el consentimiento para que se realice este aborto. Ese consentimiento —que debe reunir las características explicadas al exponer la figura básica— no es suplido por la autorización de los representantes legales. Cuando la mujer no lo ha prestado, sea por haberse negado a hacerlo, sea por imposibilidad

física o mental, no se aplica la disposición, sin perjuicio de que el aborto resulte igualmente impune por haber actuado el agente en estado de necesidad (art. 34, inc. 3°, Cód. Penal), si es que se dan las exigencias de la justificante (Núñez).

§ 142. *FINALIDAD DEL ABORTO TERAPÉUTICO.* – Además, el aborto debe haber sido decidido *a fin de evitar un grave peligro para la vida o la salud de la madre*, pero esa finalidad sólo influirá en la impunidad cuando el peligro *no pueda ser evitado por otros medios* distintos del aborto.

Los bienes que tienen que ponerse en peligro por la continuación misma del embarazo o por la eventualidad del alumbramiento, son los de la vida o la salud de la embarazada; otros perjuicios que no se refieran a ellas (p.ej., deformaciones que no influyan en el funcionamiento orgánico de la mujer) no quedan comprendidos.

La fórmula de la ley 21.338 había agregado una característica del peligro que ya había sido sugerida por la doctrina y la jurisprudencia al interpretar el texto original ahora nuevamente vigente: debe ser *grave*; esta gravedad se refiere tanto al pronóstico de probabilidad de la muerte o menoscabo de la salud, como a la entidad de este último daño, que tiene que alcanzar importancia respecto del equilibrio fisiológico de la mujer (la probabilidad de un simple debilitamiento posparto, recuperable en un tiempo relativamente breve, p.ej., no cabe en la figura). La exigencia sigue, pues, rigiendo pese al cambio de fórmula.

Si bien se trata de una verdadera justificación del aborto, insiste la doctrina en que las exigencias del tipo son distintas de las del estado de necesidad del art. 34, inc. 3°, del Cód. Penal, ya que faltaría en aquél la inminencia del mal que amenaza el bien de mayor valor y la producción de él se apoya en un pronóstico (no en una relación de hecho actual de producción del peligro –existencia actual del peligro–), al que se llega mediante el juicio médico aunque, sin duda, tenga que estar basado en criterios científicos admisibles (no ha de ser un puro arbitrio), según los datos objetivos que surgen de las circunstancias del embarazo con relación a la embarazada.

Por supuesto que la vigencia de esta particular justificación del aborto no descarta la vigencia de la de estado de necesidad, según las regulaciones de la parte general, cuando se den sus recaudos típicos, en cuyo caso –de más está señalarlo– la justificante se aplica

cualquiera que sea el agente, exista o no el consentimiento de la mujer; la circunstancia de que se encuentren en conflicto dos vidas (la de la madre y la del feto) no es óbice para la justificante del estado de necesidad, puesto que el bien más importante es la vida de la madre (como realidad actual desarrollada) frente a la del feto (que es una eventualidad de posterior desarrollo vital).

§ 143. *CARÁCTER DEL ABORTO IMPUNE. EL ABORTO EUGENÉSICO. SITUACIÓN DOGMÁTICA DEL ABORTO SENTIMENTAL.* – En la fórmula del art. 86, párr. 2º, inc. 2º, de la ley 21.338 se contemplaba la impunidad del llamado *aborto sentimental*: bastaba, para la procedencia de la excusa justificada, que el embarazo se hubiese originado en una violación (sin distinguirse si el delito se había llevado a cabo sobre una mujer idiota o demente o normal).

El texto ahora vigente declara la impunidad del aborto practicado en las circunstancias típicas, sobre una mujer *idiotas o demente*, exclusivamente. Estamos, pues, frente a la impunidad del llamado *aborto eugenésico* (Núñez); claro que es un aborto eugenésico a medias, ya que la razón de eugenesia sólo aparece cuando va acompañando una violación o un atentado al pudor, no en otros casos donde ella puede ser tanto o más valedera que en los comprendidos.

Durante la anterior vigencia del texto original –antes de la reforma de la ley 17.567–, sin embargo, no pocos sostuvieron que el tipo permisivo también contemplaba el aborto sentimental (Soler, Fontán Balestra, Jiménez de Asúa). Se argumentaba que al haberse tomado como antecedente la versión francesa del proyecto suizo, la palabra violación debió haber sido entendida de modo genérico, así como se consideraba lo equívoco de la expresión “atentado al pudor”, concluyéndose en que “es preciso afirmar que *en este caso* la ley ha llamado ‘atentado al pudor’ a la violación prevista en el inc. 2º del art. 119, y que, en consecuencia, la impunidad sancionada en el art. 86, alcanza a todos los casos de violación y no sólo al de la mujer idiota o demente” (Soler). Pero el argumento no resiste la consideración de que la expresa designación de la ley indica como único sujeto portador del embarazo interrumpido por el aborto impune, a la mujer *idiotas o demente* y no a uno que deje de reunir esas características. Por lo tanto, para que se dé la posibilidad de la excusa por autorización legal del aborto, “la mujer debe haber concebido estando en esas condiciones mentales”; en cualquier otra

situación, la impunidad del aborto sólo podrá apoyarse en razones terapéuticas o cuando esté justificado por un estado de necesidad (Núñez).

§ 144. *EL ATENTADO AL PUDOR COMO ORIGEN DEL EMBARAZO.* – Esta mención había suscitado, en su momento, serias dudas, que podrían reducirse a la pregunta de cómo se podía provocar un embarazo por medio de un atentado al pudor que no fuese una violación. Esas dudas, llevaron –con poca imaginación– tanto al legislador de la ley 17.567 como al de la ley 21.338, a reducir la posibilidad de producción del embarazo que daba lugar a la excusa, al hecho de violación. Pero trátase de una solución que no tenía razón de ser, porque, con la fórmula limitativa, no sólo quedaba excluido el estupro como factor del embarazo típico –en el cual la aplicación de la justificante podía ser dudosa–, sino también todos aquellos casos en los que el embarazo proviene de una actividad ilícita que puede catalogarse como atentado al pudor (y en última instancia a la libertad de la mujer), aunque carezca de las características de la violación (como la inseminación artificial directa o la implantación de óvulos fecundados). Con el texto actual esos casos quedarán comprendidos en la excusa (Núñez).

§ 145. *DEROGACIÓN DE LA CONDICIÓN PROCESAL.* – La ley 21.338 (como antes lo hizo la 17.567) requería, como condición procesal de procedencia de la autorización legal, que “se hubiese iniciado la respectiva acción penal” por el delito provocador del embarazo; según ello era necesario que las maniobras abortivas se hubiesen llevado a cabo después de producido el acto de instancia. Con el texto actual, la exigencia ha desaparecido; por tanto, el aborto resultará igualmente impune cuando se invoque con seriedad –que podrá ser estimada por medio de la prueba tanto de la defensa como del ministerio fiscal– la existencia del hecho ilícito, aun cuando éste no se hubiese investigado en un proceso especial o cuando las maniobras abortivas hayan tenido lugar antes de iniciado ese proceso mediante el instamiento de la persona habilitada para producirlo.

§ 146. *CALIFICACIÓN DEL AGENTE. EL CONSENTIMIENTO SUPLETORIO DEL REPRESENTANTE LEGAL DE LA MUJER.* – Claro está que a los requisitos que acabamos de ver tienen que sumarse los que son co-

munes a ambos supuestos de justificación: que el aborto sea practicado por un médico diplomado y que medie el consentimiento de la mujer, pero aquí la ley admite el consentimiento supletorio de los representantes legales de la mujer que no pueda prestarlo válidamente por estar psíquicamente incapacitada para prestarlo.

**D) ABORTO POR VIOLENCIAS SOBRE LA MUJER EMBARAZADA
(PRETERINTENCIONAL)**

§ 147. *LA DISPOSICIÓN LEGAL Y LA DENOMINACIÓN DEL DELITO.* – El art. 87 del Cód. Penal pena con prisión de seis meses a dos años al que “con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare”. Tradicionalmente se ha denominado a esta figura *aborto preterintencional*, lo cual, como veremos, no coincide exactamente con su naturaleza.

§ 148. *EJERCICIO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER.* – El tipo exige que el autor haya ejercido *violencia*, es decir, empleado una energía física dirigida sobre la mujer (a ella se refiere la ley cuando habla de la *paciente* de la violencia). Está comprendido cualquier despliegue de energía física, sea el intencionalmente orientado a dañar a la persona (golpes, malos tratos) o que constituya medio para obtener otros resultados (coacciones, violencias carnales); puede operar sobre el cuerpo de la paciente o sobre su psiquismo (p.ej., hipnosis). Pero la violencia contemplada por la figura es la que el autor quiso desplegar sobre la mujer o que admitió que recayese sobre ella; quedan al margen las acciones que culposamente han hecho incidir la energía; los resultados de las violencias culposas deberán ser punidos por los correspondientes tipos culposos de homicidio o lesiones con respecto a la persona de la embarazada.

La destrucción de la vida del feto como consecuencia de aquellas no multiplica, en estos supuestos, la delictuosidad, sin perjuicio de que pueda tenérselo en cuenta en orden a la tasación judicial de la pena.

Así encaradas las cosas, se advierte que es indiferente que la mujer haya o no prestado su consentimiento para que se ejerza la violencia sobre ella, salvo en aquellos casos en que ese consenti-

miento pueda tornar en lícito su ejercicio (en verdad, es éste un planteamiento *de lege ferenda*).

§ 149. **RELACIÓN CAUSAL CON LA MUERTE DEL FETO.** – La figura requiere que la muerte del feto provenga (*sea causada*) por la violencia. Si ésta sólo ha coexistido con el proceso de aborto en curso (intencional o no), que ha sido la causa principal de la muerte del feto, la violencia desplegada sobre la mujer será, en su caso, castigada en virtud de otros tipos (p.ej., lesiones). Claro está que, como ocurre en la figura básica, el aborto puede producirse por la muerte del feto dentro del seno materno o a raíz de su expulsión, provocadas por la violencia.

§ 150. **PARTICIPACIÓN. TENTATIVA.** – Es admisible la participación; la actividad del partícipe debe referirse, por supuesto, al despliegue de la violencia.

Es inadmisibles la tentativa, ya que la mera amenaza del despliegue de la energía física, se dice, importa el despliegue de la violencia (Núñez).

§ 151. **ELEMENTO SUBJETIVO: CONOCIMIENTO Y NOTORIEDAD DEL EMBARAZO.** – La punibilidad exige que el autor conozca que despliega la violencia sobre una mujer que está embarazada. Es un requisito subjetivo del tipo a través del cual el legislador entiende que corresponde poner a cargo del agente la causación del aborto. Tal conocimiento puede proceder de la notoriedad del embarazo que revela la conformación del cuerpo de la mujer, o del hecho de que el autor conozca (*le constare*) por otras razones el estado de embarazo, aunque no se manifieste corporalmente con notoriedad.

§ 152. **LA CULPABILIDAD. EXCLUSIÓN DEL PROPÓSITO DE CAUSAR EL ABORTO.** – De ahí que, en el aspecto cognoscitivo, la culpabilidad de este delito requiere, a la vez que el conocimiento del carácter violento de la acción que se despliega, el conocimiento del estado de embarazo de la mujer contra quien se la dirige, y la voluntad de dirigirla contra ella. Pero esta culpabilidad típica está descripta en forma negativa por el tipo: el agente *no debe haber tenido el propósito de causar el aborto*, lo cual ha inducido a algunos a pensar en un *aborto culposo* y a otros en un *aborto preterin-*

tencional, ideas que únicamente de modo figurado responden a los conceptos de culpa y preterintencionalidad en este delito, ya que el propósito a que se refiere la ley es el dolo directo (dolo de propósito) y, con su sola eliminación, quedan comprendidos en el tipo tanto el caso en que a la voluntad de actuar violentamente sobre la mujer se agregó la aceptación del resultado de aborto que podía producirse (dolo eventual), como el caso en que ese resultado ni siquiera estuvo presente en la mente del autor (culpa inconsciente).

§ 153. *LAS LESIONES O LA MUERTE DE LA MUJER Y SU CONCURRENCIA CON EL ABORTO.* – Coincide la doctrina en que si bien el delito del art. 87 del Cód. Penal, consume en sí todas las lesiones que son consecuencia del aborto (infecciones, desgarros por la expulsión), mientras no hayan sido contempladas en los planes del autor, así como las que están constituidas por los daños de menor entidad inseparables de la violencia (hematomas producidos por los golpes, el leve traumatismo producido por la caída de la víctima a quien se empuja, etc.), eso no ocurre con las lesiones graves o gravísimas o con la muerte de la mujer embarazada por el ejercicio de la violencia (no como ulterioridad del mismo aborto), que constituyen hechos independientes y, en consecuencia, concurren con el delito de aborto que estudiamos (Núñez, Soler, Gómez).

E) ABORTO DE LA MUJER

§ 154. *CASOS CONTEMPLADOS.* – El art. 88 del Cód. Penal se refiere a distintas situaciones en que la mujer opera como agente o concurre a la interrupción de su propio embarazo; esas situaciones son: *la causación de su propio aborto*, que se pune con pena de prisión de uno a cuatro años; *la prestación de consentimiento para que el agente del delito previsto por el art. 85, inc. 2º, le cause el aborto*, que se castiga con la misma pena que en el supuesto anterior, y *la ejecución de tentativa de aborto por la mujer*, que se declara impune.

1) CAUSACIÓN DEL PROPIO ABORTO

§ 155. *LA AUTORÍA DE LA MUJER Y LA COMPLICIDAD DE TERCEROS.* La situación aquí prevista es aquella en la cual la mujer obra como

autora del aborto, realizando sobre el fruto de su embarazo las maniobras abortivas.

Aunque no es indispensable que la mujer opere sola, cuando la ejecución de los actos típicos principales han estado a cargo de un tercero, la punibilidad del mismo encuadra en el art. 85, inc. 2°. Pero no se descarta la posibilidad de que la mujer cuente con cómplices –necesarios o secundarios–, que obren como tales en el aborto practicado por ella misma; ésta, entonces, no es una actividad que se tipifique autónomamente, sino que se trata de una participación en el delito de la mujer, por lo cual su punibilidad se rige por las reglas de los arts. 45 y 46 del Cód. Penal, dentro de la individualización legal de la pena establecida por el art. 88.

2) PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

§ 156. *CONDICIONES PARA LA PUNIBILIDAD.* – El otorgamiento del consentimiento por parte de la mujer para que se realicen maniobras abortivas sobre el feto del que está embarazada, no es punible en sí mismo, sino que lo es cuando el tercero que obra como agente ha consumado o tentado el delito. La simple prestación del consentimiento sin que el tercero haya realizado actos ejecutivos queda fuera de la punibilidad. Lógicamente, la pena de la mujer, dentro de la escala establecida por el art. 88, se decidirá según que el aborto se haya consumado con la muerte del feto o únicamente se lo haya tentado; en este último caso, la pena quedará disminuida en función del art. 44 del Cód. Penal.

§ 157. *RETRACTACIÓN DE LA MUJER.* – Si la mujer que ya ha prestado su consentimiento lo retracta de modo válido antes de que la maniobra abortiva se lleve a cabo, el consentimiento desaparece y ella no resultará punible, de manera que la conducta del agente entrará en el supuesto del art. 85, inc. 1°, salvo que no haya llegado a conocer esa retractación o haya errado sobre el carácter del acto (p.ej., haber creído que no era una retractación sino ratificación del consentimiento ya prestado).

Lo que determina, pues, el momento hasta el cual la retractación es útil, es el de la realización de la maniobra abortiva; después de ella la retractación carece de toda influencia sobre la punibilidad,

aunque se produzca antes de que ocurra el resultado de la muerte del feto. Pero el arrepentimiento activo de la mujer que impide ese resultado también la colocará al margen de la punibilidad, por imperio de los principios del art. 43 del Cód. Penal (p.ej., la mujer que habiendo dado su consentimiento para que se le coloque una sonda se la saca antes de que se produzca cualquier efecto), sin perjuicio de la punibilidad del agente que realizó la maniobra abortiva como autor del delito del art. 85, inc. 2º, en grado de tentativa.

3) TENTATIVA DE LA MUJER

§ 158. *IMPUNIDAD.* — La ley declara impune la tentativa de aborto realizada por la propia mujer embarazada, cualquiera que fuere el carácter de aquélla (tentativa de delito imposible, tentativa inacabada, delito frustrado). La reserva del hecho, la necesidad de no inducir a la mujer a reiterar la maniobra mediante este particular perdón legislativo, justifican tal opción política del legislador.

§ 159. *REQUISITOS. LA MUJER EMBARAZADA COMO AUTORA.* — Lo impune es la tentativa en que la mujer misma ha sido autora de los actos ejecutivos, puesto que acabamos de ver que sí es punible la mujer que prestó su consentimiento para que otro le causara el aborto cuando el hecho quedó en tentativa.

§ 160. *INTERVENCIÓN DE CÓMPlices EN EL HECHO DE LA MUJER.* Pero la ley excluye también de la punibilidad a la mujer cuando en su propio hecho de tentativa hayan intervenido cómplices —cualquiera que sea el carácter de la complicidad—, en cuanto, insistimos, el hecho no deje de ser una tentativa de la mujer (Núñez), y los partícipes no hayan hecho más que colaborar con ella, caso en el cual la impunidad se extiende a ellos.

En esto último está de acuerdo la doctrina más actual, aunque los tribunales no siempre han tenido en cuenta esta distinción entre la tentativa del hecho del tercero en el que consintió la mujer y la tentativa de la mujer en la que participan terceros (algunos fallos llegaron a sostener que bastaba la intervención de cualquier cómplice en el hecho para que éste fuese punible para todos los intervinientes, incluida la mujer).

CAPÍTULO II

LESIONES

§ 161. *EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.* – En los delitos que hasta aquí hemos visto el resultado era la extinción de una vida; en los que a continuación vamos a estudiar el resultado es un daño que sufre la víctima en su integridad física o psíquica. La incolumidad de la persona en esos aspectos es, pues, el bien jurídico protegido.

A) FIGURAS BÁSICAS

§ 162. *RELACIONES DE LAS FIGURAS DE LOS ARTÍCULOS 89, 90 y 91 DEL CÓDIGO PENAL.* – Aunque se puede decir, sin mengua de la exactitud, que en el capítulo hay una sola figura básica (la del art. 89), de la cual las siguientes (arts. 90 y 91) no serían otra cosa que figuras agravadas, puesto que las diferentes punibilidades obedecen a la mayor o menor intensidad del daño causado por la acción del agente, pero como en algunos casos los distintos daños pueden presentar particularidades que exceden el carácter de meras circunstancias agravatorias, parece más conveniente tratarlas como figuras básicas, sin perjuicio de que en todas ellas la acción punible sea la misma: la de lesionar.

1) LESIONES LEVES

§ 163. *VARIACIONES LEGISLATIVAS.* – El art. 89 del Cód. Penal castiga con pena de prisión de un mes a un año, “al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este Código”. Es una disposición que, salvo en lo referente a la entidad de la pena, ha permanecido invariable a través de las sucesivas reformas que sufriera el Código Penal. Bien es cierto que la ley 13.569 había incluido un segundo párrafo que rezaba: “La lesión producida sin uso de arma, que no ocasionara otra consecuencia que la de incapacitar a la víctima para sus ocupaciones habituales por un término que no exceda de tres días y que cure

espontáneamente, no está sometida a la sanción”, pero dicha ley fue observada por el Poder Ejecutivo y no tuvo vigencia.

§ 164. **ACCIÓN.** – Lesiona, pues, el que causa un daño en el cuerpo o en la salud de otro, es decir, que altera la estructura física o menoscaba el funcionamiento del organismo del sujeto pasivo.

§ 165. **DAÑO EN EL CUERPO.** – El *daño en el cuerpo* es toda alteración en la estructura interna o externa del sujeto pasivo, producida por una extirpación de parte de esa estructura (quitar una uña), destrucción de tejidos (cortar la piel), cambio de conformaciones (anudamiento de músculos) o de pigmentaciones (manchas en el cuerpo sin destrucción de tejidos). No es necesario que redunde en un perjuicio estructural o funcional de la víctima; hasta puede producir beneficios en esos aspectos (extirpación de una verruga que afea el rostro, corrección de un desvío del tabique nasal a raíz del golpe aplicado por el agente), sin que desaparezca la tipicidad de la lesión; los autores hablan del derecho de cada persona a conservar su estructura corporal, por defectuosa que sea, como objeto de la protección.

Se discute, sin embargo, si el daño, entendido en el sentido recién expuesto, para constituir la lesión del art. 89, tiene que recaer sobre partes de la estructura corporal “susceptibles de afectar la eficacia de la actividad vital”, aunque no haya llegado efectivamente a afectarla; para quienes consideran que ése es un requisito necesario del concepto jurídico de daño en el cuerpo, no lo constituyen el corte de las partes que están “naturalmente destinadas a ser cortadas” (pelos, uñas), salvo que se trate de una extirpación o modificación que afecte a la esencia normal de esas partes (p.ej., extirpación del pelo por un procedimiento químico, arrancamiento de uñas) (Núñez). Pero otros no requieren tal calidad en las partes afectadas, de manera que cualquier modificación de ellas (p.ej., el corte del pelo), constituye lesión. En realidad, la discusión parece ociosa, porque cualquier parte del cuerpo desempeña una actividad vital (el pelo cubre y protege, las uñas facilitan la aprehensión), con lo cual el corte de esos elementos, aunque su corrección temporal sea conveniente, constituye lesión, sin perjuicio de que la acción pueda integrar otros delitos y hasta ser consumida por ellos (p.ej., las vejaciones en los delitos contra la libertad).

§ 166. *DAÑO EN LA SALUD.* – El *daño en la salud* es el cambio que se opera en el equilibrio funcional actual del organismo de la víctima, por precario que él sea. Pero aquí sí es necesario que el menoscabo del equilibrio existente constituya una alteración en menos, es decir, que tenga como efecto disminuir la salud con relación a la que gozaba el sujeto pasivo antes de la acción del agente; no constituye lesión, por consiguiente, la alteración que resulte un beneficio para el equilibrio funcional (salvo que, a la vez, la alteración implique un daño en el cuerpo).

El equilibrio funcional protegido es tanto el puramente orgánico como el de las funciones psíquicas; puede verse disminuido tanto con relación al funcionamiento general, como con relación a determinadas funciones exclusivamente, sea por anulación de ellas o por las dificultades en su posterior desempeño a raíz de la lesión. El desequilibrio funcional puede presentarse como enfermedad, o sea, como proceso patológico en curso o como simple debilitamiento que no asuma esa característica; puede hasta asumir la forma de sensaciones molestas (náuseas, dolor, calor, frío), aunque en este último caso parte de la doctrina requiere que se trate de una situación funcional de cierta duración, porque considera que una simple percepción desagradable no basta para menoscabar la salud como *estado* de equilibrio (Merkel, Soler, Fontán Balestra), al paso que otros piensan que hasta la sensación pasajera de malestar o molestia constituye lesión (Núñez trae el ejemplo del dolor que sufre aquel a quien se le tuerce un brazo mientras se lo mantiene en esa postura, pero que cesa al permitírsele que recupere la normal).

Pero si las sensaciones de malestar o molestia pueden, por sí mismas, constituir un daño en la salud, no es necesario que estén presentes en otros casos de desequilibrio para que el daño en la salud tenga carácter típico; coinciden los autores en que la lesión existe igualmente aunque no cause dolor (p.ej., lesiones inferidas a quien está afectado de total insensibilidad) y aun puede existir creando estados de plenitud donde todo malestar físico está ausente (p.ej., administración de narcóticos que afectan el equilibrio psíquico creando sensaciones de euforia o bienestar).

§ 167. *CONJUNCIÓN DE AMBOS RESULTADOS.* – Normalmente, ambas hipótesis aparecerán conjuntamente: el daño en la salud será ocasionado por un daño en el cuerpo; pero también es posible que eso

no ocurra, sino que, como vimos, se dé un daño en el cuerpo que no afecte al equilibrio funcional, o un daño en la salud que no sea consecuencia de un daño estructural en el cuerpo.

§ 168. *SUBSIDIARIEDAD LEGAL DE LAS LESIONES DEL ARTÍCULO 89 DEL CÓDIGO PENAL.* – A los fines de determinar la tipicidad, no interesa la magnitud del daño; éste puede ser mínimo y, sin embargo, entra igualmente en el concepto de lesiones. Pero para que la acción pueda ser encuadrada dentro del art. 89 del Cód. Penal, la ley requiere que el daño producido *no esté previsto en otra disposición del Código Penal*, sea porque su magnitud o características conducen a los tipos de lesiones graves (art. 90) o gravísimas (art. 91), sea porque otros tipos prevén determinados daños como consecuencias normalmente necesarias de la acción castigada por ellos (p.ej., los desgarros del himen en la violación, los rastros que puede dejar el ejercicio de la violencia física en los delitos que la contemplan como medio comisivo, como ocurriría con las marcas de las ataduras en una privación ilegítima de libertad).

§ 169. *LOS MEDIOS UTILIZADOS. CARÁCTER DEL DELITO.* – Cualquier medio que en el proceso causal se muestre como productor del daño puede ser empleado por el agente. Queda comprendido, pues, todo medio físico, sea que importe la utilización de un instrumento, o solamente la del cuerpo del agente, aunque no implique un contacto físico directo con el cuerpo de la víctima (p.ej., contagiar la enfermedad que sufre el agente, utilizando elementos personales que después usará aquélla), así como también los mal llamados *medios morales*, a los que nos hemos referido al hablar del homicidio.

Es un delito de comisión que puede consumarse tanto por medio de una actividad como de una omisión (p.ej., el enfermero que no suministra el medicamento que mantiene la salud del sujeto pasivo).

§ 170. *SUJETO PASIVO. LA CUESTIÓN DE LAS LESIONES INFERIDAS AL FETO.* – Sujeto pasivo del delito puede ser cualquier persona. Se equipara la víctima de las lesiones con la del homicidio; o sea, se puede lesionar a otro desde que comienza su nacimiento y mientras existe como ser vivo. Muchos tratadistas excluyen al feto como sujeto pasivo posible de lesiones: sólo estaría protegido de aquellas

lesiones que le produjeran las maniobras abortivas a través del delito de aborto tentado, cuando el agente obró con la finalidad de darle muerte; esta tesis restrictiva excluye de la punibilidad las hipótesis –que no dejan de ser posibles en la realidad– de las lesiones causadas al feto en el seno materno sin intención de darle muerte (p.ej., administrándole a la madre específicos que lo deformen). Sin embargo, parece que es hora de revisar estas restricciones, porque aquí el *otro* puede ser el feto, ya que la ley no nos pone en la necesidad de distinguir sujetos pasivos distintos de una misma acción, como ocurre con la de matar, que contempla conjuntamente los tipos de homicidio y de aborto.

§ 171. *EXCLUSIÓN DE LA AUTOLESIÓN.* – El sujeto pasivo tiene que ser *otro*. La autolesión es impune (en algunos regímenes penales especiales no lo es, como ocurre en el militar, pero porque se protegen bienes jurídicos distintos). Esa impunidad se extiende aun a los partícipes de la autolesión (salvo que tengan el deber jurídico de evitarla), pero no a quien la produce como autor, aunque lo haga cumpliendo con la voluntad expresada por la víctima.

Obsérvese que no son autolesiones los casos en que la víctima se daña actuando como instrumento de otro (por su incapacidad para comprender el carácter de la acción que realiza o por el error a que fue inducido por el agente) o cuando el daño proviene de la situación en que la acción ilícita del agente colocó a la víctima, según vimos al hablar del homicidio; en tales casos, quien usó a la víctima como instrumento o creó la situación en que se produjo el daño, es el autor de las lesiones.

§ 172. *LA TENTATIVA DE LESIONES.* – Como cualquier delito de resultado, admite la tentativa, pero hay que advertir que el ataque con armas, aunque se pruebe la existencia de un dolo directo para causar una determinada lesión, absorbe la tentativa de lesiones, tema sobre el cual volveremos más adelante.

Aunque los autores mencionan como casos de tentativa aquellos en los cuales la ejecución responde al dolo de causar alguna de las lesiones específicamente enunciadas por los arts. 90 y 91 del Cód. Penal, nada impide que ese dolo se refiera a una lesión leve, o sea, que pueda configurarse una tentativa de lesiones del art. 89 (p.ej., a quien se le impide que arranque una uña a la víctima).

§ 173. *CULPABILIDAD. INTENCIONALIDAD DE CAUSAR DAÑOS ESPECÍFICOS.* – Excluida la finalidad específica de matar, la culpabilidad del delito de lesiones se revela tanto por medio del dolo directo como en virtud del eventual.

Toda voluntad de ataque físico a la persona de otro, con capacidad dañosa, en que el agente se representó la posibilidad de lesionar sin rechazarla, queda comprendida en el dolo de lesiones y la responsabilidad correspondiente se ajusta al resultado producido: será una lesión grave o gravísima si ese resultado corresponde a uno de los enunciados de los arts. 90 y 91, y una lesión leve en el caso en que el daño no sea uno de ellos.

Puede ocurrir, sin embargo, que el dolo esté constituido por la directa intención de causar uno de los daños previstos en los arts. 90 ó 91 del Cód. Penal; vimos que cuando esa intención no se traduce en hechos, aunque el resultado quede comprendido en la tipicidad del art. 89, estaremos ante una tentativa de lesiones graves o gravísimas, según el caso; pero, ¿qué ocurre en el supuesto contrario, es decir, cuando el autor ha querido específicamente causar una lesión leve y no tuvo la oportunidad de representarse la posibilidad de causar una lesión más grave y que sin embargo se produce? Para algunos tratase de un problema de preterintencionalidad (ciertos proyectos argentinos introducen la figura de las lesiones graves y gravísimas preterintencionales) que, a falta de un tipo específico, se debe resolver por medio del concurso ideal entre la lesión leve dolosa y la lesión culposa (Fontán Balestra, Soler); para otros, por aplicación de los principios del dolo eventual, la responsabilidad debe reducirse a la propia de la lesión leve dolosa, que es la que se procuró inferir aunque el resultado producido la haya excedido (Núñez), y ésta, aunque parezca injusta, a falta de un tipo específico que contemple el caso, se muestra como la conclusión dogmáticamente aceptable, ya que en la otra postura, el mismo hecho, con un mismo resultado, se imputaría por un doble título –dolo y culpa–, lo cual viene a ser inaceptable.

2) LESIONES GRAVES

§ 174. *LA DISPOSICIÓN LEGAL.* – El art. 90 del Cód. Penal castiga con pena de uno a seis años de reclusión o prisión, al que cause lesiones que produjeran “una debilitación permanente de la salud,

de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro”.

§ 175. *CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LA FIGURA. DEBILITAMIENTO Y PERMANENCIA.* – Dos conceptos fundamentales se destacan en la figura: el de debilitamiento y el de permanencia.

El *debilitamiento* alude a una disminución funcional, sin que la función misma desaparezca (supuesto contemplado por el art. 91); se mide con relación al modo cómo se cumplía la función antes de la lesión, por lo cual, aun lo que podía constituir una función ya menoscabada e incompleta, puede verse debilitada por aquélla (p.ej., debilitar aún más la salud de quien ya la poseía muy precaria).

La *permanencia* alude a la persistencia del resultado por tiempo prolongado y se plantea como la probabilidad estimada (diagnóstico) de que la evolución natural o los procedimientos científicos ordinarios no pueden eliminar la deficiencia constitutiva del daño, reconstituyendo la estructura corporal o devolviendo a la función su anterior eficiencia. Subsiste aun cuando la eficacia anterior pueda devolverse por elementos sustitutivos artificiales (prótesis) o reconstituirse la estructura corporal por medio de esos elementos o de procedimientos quirúrgicos especiales (p.ej., cirugía estética, trasplantes orgánicos).

Sólo la circunstancia del peligro de vida, que también incluye la norma, queda marginada de estos principios.

§ 176. *DEBILITAMIENTO DE LA SALUD.* – El *debilitamiento de la salud* es el desequilibrio funcional –según hemos dicho– que se manifiesta en una situación establecida de disminución del vigor o de la resistencia a las dolencias o a las sensaciones molestas (dolor, temperatura, etc.), siempre que no se trate de un desequilibrio constituido como “enfermedad”, es decir, como proceso patológico en curso, puesto que el carácter permanente de la enfermedad se cataloga como lesión gravísima.

§ 177. *DEBILITAMIENTO DE UN SENTIDO.* – La ley, al referirse al *debilitamiento de un sentido*, no considera a éste como “dispositivo

sensorial" (Fontán Balestra), sino que se refiere a la aptitud de percepción que constituyen cada uno de los sentidos de la vista, oído, olfato, gusto y tacto, ya que si normalmente esa aptitud puede verse menoscabada por la afectación de los órganos con que se realizan esas funciones, puede no ocurrir así (p.ej., un daño psíquico que no afecte al órgano del gusto o del olfato, puede debilitar esos sentidos). El debilitamiento puede referirse —como lo advertimos— tanto a la disminución de la efectividad de la función (reducción de la agudeza visual, insensibilidad térmica que no permite advertir las pequeñas variaciones de temperatura, etc.), como a la disminución de la resistencia del organismo a las afecciones que puedan atacar a los sentidos (p.ej., propensión a las infecciones del oído o de la vista).

§ 178. *DEBILITAMIENTO DE UN ÓRGANO.* — Al mencionar el *debilitamiento de un órgano*, la ley utiliza un concepto funcional. Se entiende, pues, por órgano tanto la pieza anatómica que realiza autónomamente una función, como el conjunto de órganos que la cumplen; por eso, en el caso de funciones que son cumplidas por órganos compuestos, la extirpación de uno de ellos constituye un debilitamiento, no una pérdida que coloque el caso en la lesión gravísima (p.ej., la extirpación de un riñón en una persona que posee los dos, es una lesión grave, no una lesión gravísima). Esto último ocurre en los casos en que los órganos no únicos llevan a cabo conjuntamente la función, no cuando órganos anatómicamente únicos (p.ej., bazo, hígado), contribuyen a una función común con otros órganos distintos (completándose entre sí); en esos casos, la extirpación de la pieza anatómica autónoma que constituye el órgano o la eliminación total de su funcionamiento a raíz del daño, da lugar a la lesión gravísima.

Se está de acuerdo en que no basta para el tipo que estudiamos, el simple daño estructural del órgano, sino que tiene que repercutir causando el debilitamiento de la función orgánica (p.ej., un cambio de pigmentación del globo ocular, que no deforme el rostro, que no entorpezca la función visual, no pasará de ser una lesión leve, aunque tenga carácter permanente).

Por otro lado, el debilitamiento del órgano no supone necesariamente un daño estructural de la pieza anatómica que lo constituye, ya que puede provenir de un origen distinto (p.ej., la ruptura

de un músculo facial que fija la vista sin permitir el giro del ojo, implica un debilitamiento que constituye una lesión grave, aunque el órgano no se haya lesionado estructuralmente).

§ 179. *DEBILITAMIENTO DE UN MIEMBRO.* – Son miembros las extremidades articuladas en el tronco, inferiores y superiores, que realizan las funciones de locomoción y aprehensión. La lesión debe debilitar la extremidad, de tal modo que deje ella de cumplir su función con la eficiencia con que la cumplía antes de sufrir el daño.

Como en el caso anterior, no es indispensable que el debilitamiento proceda de un daño estructural del miembro; tanto es lesión grave la amputación de un dedo como su anquilosamiento a raíz de una lesión cerebral; correlativamente, el mero daño estructural que no llega a debilitar funcionalmente el miembro, no se incluye en el tipo del art. 90 (p.ej., el desgarro del dorso de la mano que no afecte a los músculos).

§ 180. *DIFICULTAD PERMANENTE EN LA PALABRA.* – Cuando la ley menciona la *dificultad permanente en la palabra* se refiere a la función del habla como facultad para comunicarse con los demás por medio de ella. Esa dificultad puede residir en la selección de las palabras (incordinación entre la idea y su expresión) o en su emisión (dificultades de pronunciación) y, como en los otros casos, puede provenir de un daño en el mecanismo orgánico de expresión de la voz articulada o de los que recaen sobre otros sistemas (p.ej., una alteración psíquica). No constituye una dificultad típica el suscitamiento de un esfuerzo para hablar que no fuera necesario antes de la lesión, mientras no repercuta en una turbación de la facultad de expresar las ideas por medio de la palabra, impidiendo que aquellas, por ese medio, puedan ser transmitidas y recepcionadas por terceros. Tampoco es suficiente el mero defecto de pronunciación que no afecte a esa capacidad, pero sí el que entorpezca las posibilidades de intelección normal de las palabras emitidas por parte de los terceros (como sería una afonía tan pronunciada, que exigiese un gran acercamiento de los oyentes para poder percibir los sonidos articulados); el ceceo, por lo tanto, no constituye una dificultad típica (contra, al parecer, Soler), a no ser que alcance tal intensidad, que transforme en ininteligibles las palabras pronunciadas.

§ 181. *INUTILIDAD TEMPORAL PARA EL TRABAJO.* – La inutilidad para el trabajo implica un debilitamiento de las funciones que permiten la actividad laboral. La ley no toma aquí en cuenta el tiempo que demanda la curación del daño en el sentido médico, sino la influencia que él tiene sobre la capacidad de trabajar; la curación puede realizarse en menos de un mes o superar ese plazo sin influir para nada sobre la calificación.

Con razón ha dicho la jurisprudencia que la inutilidad se produce cuando la lesión ha ocasionado impedimentos para el empleo del cuerpo o de la mente en la actividad laboral. La ley, por tanto, no se refiere a esa concreta actividad, sino a la laboral en general, quedando comprendida en la calificante, por supuesto, la incapacidad para desempeñar la concreta actividad actual de la víctima, aunque pueda realizar otros trabajos (p.ej., cuando la lesión impide a un locutor leer los libretos por más de un mes, aunque pueda desempeñar tareas de índole manual).

Actualmente se desecha la posición interpretativa que restringía la aplicación del art. 90 a los casos de incapacidad para el trabajo corporal (Gómez).

El término de un mes se cuenta según las disposiciones de los arts. 24 y 25 del Cód. Civil (art. 77, Cód. Penal), por lo cual el plazo puede estar compuesto de más o menos días según el mes de que se trate. La inutilidad debe superar el mes en cualquier medida; si alcanza justo al mes, seguiremos estando en el tipo del art. 89.

§ 182. *DEFORMACIÓN PERMANENTE DEL ROSTRO.* – Por *rostro* –cuya deformación permanente se califica de lesión grave– se considera lo que anatómicamente forma la faz, o sea la parte anterior de la cabeza, en sentido horizontal desde una hasta otra oreja (incluidas), y vertical desde el comienzo de la frente hasta la punta de la barbilla. Algunos extienden el concepto de rostro haciéndole abarcar otras partes inmediatas a las señaladas, que ordinariamente se llevan descubiertas (el cuello –Soler– o el arranque del pecho en las mujeres –Fontán Balestra–), pero hay que reconocer que esos sectores no pertenecen al rostro, sin perjuicio de que los daños producidos en ellos o en otras partes inmediatas (parietales, parte superior del frontal, etc.) puedan afectarlo deformándolo al destruir su simetría (como sería el estiramiento de una parte de la piel del rostro

a consecuencia de una herida en el cuello, o la ampliación irregular de la frente por un escalpamiento parcial del cuero cabelludo).

En el sentido de la ley argentina, el rostro se deforma cuando la simetría de sus líneas o el equilibrio de la fisonomía (p.ej., manchas) se cambia afeándolo, o sea, dándole una configuración antiestética perceptible por los demás. La deformación repulsiva o grosera queda, por supuesto, comprendida, pero no es indispensable que se alcance ese carácter para que el caso quede encuadrado dentro del art. 90 del Cód. Penal. El simple cambio de la fisonomía que no afea el rostro no se incluye en el tipo (p.ej., la lesión que elimina una verruga que lo afeaba, o la que separa el lóbulo de una oreja cuando ya el otro estaba despegado, otorgando mayor simetría al rostro).

En cuanto al sentido de permanencia ya vimos que se da aunque por el procedimiento quirúrgico se pueda tornar el rostro a la situación anterior a la lesión o a otra en que el rostro no quede afeado. Tampoco desaparece la calificación por el hecho de que el defecto antiestético pueda disimularse con la colocación artificiosa de prótesis (como cejas postizas) o hasta de elementos naturales (p.ej., echar los cabellos sobre la frente para ocultar su hundimiento).

§ 183. *PELIGRO DE VIDA.* – La lesión también se considera grave cuando *hubiese puesto en peligro la vida del ofendido*. Ya dijimos que es el único caso en que el art. 90 no restringe la calificación a los conceptos de debilitamiento y permanencia que son comunes a los demás.

Se atiende aquí a que, en el caso concreto, a causa de la lesión, la víctima haya corrido efectivamente peligro de muerte, es decir, se encontrase expuesta a morir, porque ese peligro lo constituyó la lesión misma (por los órganos que dañó, la hemorragia que produjo, etc.), o porque aquélla se insertó en una condición física de la víctima que tornó en peligrosa para su vida una herida que no hubiese acarreado ese peligro en otro sujeto pasivo en condiciones diferentes. Lo que típicamente importa, pues, es el peligro efectivamente corrido por la víctima. Es irrelevante, por lo tanto, el hecho de que se trate de una lesión que normalmente sea idónea para crear ese peligro si con relación a la concreta víctima no lo creó (p.ej., una herida que penetra en la cavidad ventral normalmente pone en peligro la vida, pero excepcionalmente puede no ocurrir así y, en ese caso, no se da el delito de lesiones graves).

Está de más aclarar que la existencia del peligro de muerte depende de la constatación de los signos letales que indican la posibilidad de ocurrencia de la muerte en un determinado momento. Cuando el peligro ha provenido de la lesión misma, es indiferente que haya contribuido a él la falta de atención médica, ya que ello no es suficiente para quebrar el nexo causal entre la lesión y ese resultado. Mucho menos desaparece cuando, habiendo existido el peligro, se lo ha conjurado por la oportuna atención o superado por la propia capacidad de reacción física del lesionado.

3) LESIONES GRAVÍSIMAS

§ 184. *LA DISPOSICIÓN LEGAL.* – El art. 91 del Cód. Penal dispone una pena de prisión de tres a diez años para el que cause una lesión que “produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir”.

§ 185. *ENFERMEDAD CIERTA O PROBABLEMENTE INCURABLE.* – Ya vimos que por *enfermedad*, a diferencia de lo que ocurre en el debilitamiento de la salud, no hay que entender la existencia de un estado de menoscabo más o menos estable, sino de un proceso patológico que no haya cesado, aunque pueda haber sido paralizado en orden a su agravamiento.

La enfermedad es *ciertamente incurable* cuando sea una de aquellas para las cuales la ciencia no cuenta con medios para sanarlas; es *probablemente incurable* cuando su curación puede producirse como circunstancia muy excepcional. Trátase de un pronóstico científico y la calificación no desaparece por la circunstancia de que después del juzgamiento del hecho, por situaciones extraordinarias, la enfermedad haya curado o porque su curación la permitiesen descubrimientos científicos posteriores a la sentencia firme (estas particularidades, en principio, no serían causales de la acción procesal de revisión de dicha sentencia).

Puesto que la ley se refiere a la *cura* de la enfermedad, el pronóstico tiene que formularse contemplando todos los adelantos cien-

tíficos que permitan la curación, incluso los de carácter quirúrgico que impliquen el sometimiento del paciente a padecimientos o peligros: no se puede atribuir responsabilidad por la calificación al agente cuando la incurabilidad depende de la voluntad de la víctima, que se niega a someterse a esos procedimientos (la doctrina italiana sostiene lo contrario; ver, al respecto, la crítica de Núñez).

Para la ley tanto es enfermedad la que únicamente se manifiesta por el desequilibrio funcional de naturaleza física o psíquica, como la que se traduce en daños estructurales del cuerpo (p.ej., la existencia de una fístula incurable).

La calificación no se excluye para insertar el supuesto en los tipos de homicidio cuando a raíz de la enfermedad la víctima muere, siempre que se pueda reconocer que ha sobrevivido a la lesión *con* la enfermedad (Soler), por lo cual puede ser decisiva la influencia del tiempo transcurrido entre la lesión y la enfermedad y la muerte.

§ 186. *INUTILIDAD PERMANENTE PARA EL TRABAJO.* – La inutilidad para el trabajo es *permanente*, cuando se dan las condiciones que hemos asignado al concepto de permanencia: prolongación en el tiempo y diagnóstico que indique la probabilidad de que la víctima no vuelva a su estado de eficacia laborativa.

Aquí la ley no se refiere necesariamente a la supresión total de toda capacidad laborativa, sino que puede reducirse a la incapacidad respecto de una determinada tarea que el sujeto realizaba (p.ej., escribir), aunque pueda realizar otras.

Lo que diferencia en esta materia la lesión grave de la gravísima es que en la primera la prolongación por más de un mes importa la probable desaparición de la incapacidad en un plazo relativamente determinado, cualquiera que sea su extensión, al paso que en la lesión gravísima el diagnóstico tiene que indicar la probabilidad de que no desaparezca.

§ 187. *PÉRDIDA DE UN SENTIDO, ÓRGANO O MIEMBRO O DEL USO DE UN ÓRGANO O MIEMBRO.* – La *pérdida de un sentido*, de un *órgano* o de un *miembro* o del *uso de un órgano* o de un *miembro*, importa una privación funcional absoluta, se origine en una pérdida anatómica o se manifieste en la ausencia de toda efectividad funcional (*pérdida del uso*), como ocurriría en el caso de una parálisis. La

lesión extingue la funcionalidad aun en los casos en que ella estuviera ya disminuida (p.ej., dejar ciego lesionando el ojo del sujeto pasivo a quien ya le faltaba el otro), sin mengua de la calificación de gravísima. Un residuo funcional insuficiente para cumplir la función (distinguir la luz pero no las formas, arrastrar la pierna sin poder levantarla para dar el paso) tampoco elimina la calificación: la función está *perdida*.

En cuanto a los miembros y su utilización, la capacidad funcional la refiere la ley a cada uno de ellos separadamente; no obsta, pues, a la tipificación como lesiones gravísimas la pérdida de uno de los miembros aunque la función siga desempeñándola el otro (p.ej., perder uno de los brazos o una de las piernas).

Por supuesto que cuando la función estaba ya perdida en el momento de la lesión no se puede dar la calificación de lesiones gravísimas (p.ej., quien destruye el globo ocular del que era absolutamente ciego podrá ser responsabilizado de lesiones graves por deformación del rostro, pero no de lesiones gravísimas).

§ 188. *PÉRDIDA DE LA PALABRA.* — Lo mismo ocurre con la *pérdida de la palabra*; es la pérdida de la facultad de expresarse inteligiblemente por medio de la palabra para comunicarse con terceros, por cualquiera de las causas que hemos visto al tratar las lesiones graves. La subsistencia de la posibilidad de emitir la voz en forma inarticulada (lograr sólo emitir sonidos) equivale a la pérdida de la facultad. Tampoco se excluye la calificante cuando se consigue suplir la palabra por medio de procedimientos especiales que permiten comunicar las ideas a terceros (signos, palabras escritas, vocalización no lingual, etcétera).

§ 189. *PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD DE ENGENDRAR O CONCEBIR.* — La pérdida de la capacidad de engendrar o concebir equivale a la extinción de la facultad de reproducirse, eliminándola en quien actualmente la posee o impidiendo su desarrollo en quien podía llegar a poseerla (un niño), por medio de la ablación de los órganos de la reproducción o causando la impotencia generatriz por cualquier otro medio. No se da la hipótesis en los casos en que la lesión lo que produce es la impotencia para realizar el acceso carnal, si la facultad de reproducción ha permanecido incólume (p.ej., que la mujer pueda ser fecundada artificialmente, que el hombre siga produciendo es-

permatozoides, aunque por la destrucción sufrida en su miembro viril no pueda acceder).

Tampoco se da la calificante en los casos en que la capacidad reproductora faltaba con anterioridad a la lesión, pero, en esos casos, si la lesión recae sobre algunos de los órganos que integran el aparato reproductor causando su pérdida o la pérdida de su uso, igualmente estaremos ante un supuesto de lesión gravísima a causa de las otras circunstancias de calificación a que ya nos hemos referido.

§ 190. *PROBLEMAS DE CONCURSO CON LEYES PENALES ESPECIALES.* – Se trata de un tema que todavía no ha sido tratado exhaustivamente por la doctrina argentina, puesto que no se han presentado casos forenses –que conozcamos–. Las situaciones pueden ser diversas; así, por ejemplo, el art. 30 de la ley 24.193 (trasplante de órganos y materiales anatómicos) nos plantea una relación de concurso aparente en la que los tipos específicos desplazan a los tipos de los arts. 90 y 91. No ocurre lo mismo con la ley 22.990 (ley de sangre), cuyo art. 89 dispone expresamente su carácter subsidiario con respecto a aquellas normas penales.

B) FIGURAS AGRAVADAS

§ 191. *SITUACIONES DE AGRAVACIÓN.* – El actual art. 92 del Cód. Penal considera circunstancias agravantes de las lesiones las contenidas en el art. 80.

§ 192. *PUNIBILIDAD.* – Cuando las lesiones se producen *con algunos de los modos, medios o finalidades, o sobre alguna de las personas, enunciadas en el art. 80*, las penas son las siguientes: *a) si las lesiones son leves*, de seis meses a dos años de prisión; *b) si son graves*, de tres a diez años de prisión o reclusión, y *c) si son gravísimas*, de tres a quince años de prisión o reclusión.

Es preciso tener presente que a dichas agravantes se suman las previstas por el art. 2º de la ley 23.592. Aunque el *odio racial o religioso* ya quedaba abarcado por el art. 92 del Cód. Penal, la finalidad de persecución o la motivación del odio a una *nacionalidad* y la finalidad “de destruir en todo o en parte un grupo nacional,

étnico, racial o religioso”, se presentan como agravantes novedosas dotadas de autonomía, aunque la pena agravada no “podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate”.

§ 193. *CONCURRENCIA DE AGRAVANTES MÚLTIPLES EN EL MISMO HECHO.* – La concurrencia de varias de esas agravantes en el mismo hecho no influye sobre la pena (p.ej., que se lesione a uno de los sujetos mencionados por el art. 80, inc. 1º, utilizando alevosía).

§ 194. *DISTINCIÓN DE LAS LESIONES AGRAVADAS DE LA TENTATIVA DE HOMICIDIO AGRAVADA.* – El hecho de que muchas de las circunstancias del art. 80 están enraizadas en procedimientos característicos del cumplimiento de la finalidad de matar, suscitará dificultades en algunas situaciones, para distinguir si se trata de lesiones agravadas o de tentativa de homicidio. Esa distinción sólo dependerá de la determinación de la culpabilidad: se tratará de lesiones agravadas cuando la muerte no estuvo contemplada en los planes del autor de modo directo; cuando el dolo de matar estuvo presente tendremos una *tentativa de homicidio calificado*.

C) FIGURAS ATENUADAS

§ 195. *SITUACIONES DE ATENUACIÓN.* – El actual art. 93 del Cód. Penal construye las figuras atenuadas, teniendo en cuenta la concurrencia de la emoción violenta (art. 81, inc. 1º, a) en los hechos de lesiones.

§ 196. *PUNIBILIDAD.* – Cuando las lesiones han sido *cometidas en estado de emoción violenta*, las penas son las siguientes: a) si se trata de *lesiones leves*, de quince días a seis meses de prisión; b) si de *lesiones graves*, de seis meses a tres años de prisión o reclusión, y c) si de *lesiones gravísimas*, de uno a cuatro años de prisión o reclusión.

§ 197. *CONCURRENCIA EN LAS LESIONES DE LA CALIFICANTE AGRAVATORIA DE PARRICIDIO CON LA ATENUANTE DE EMOCIÓN VIOLENTA.* El párr. 2º que traía la ley 21.338 en el art. 93 decía: “El mínimo y el máximo de estas penas se aumentará en la mitad cuando concu-

riere, además, alguna de las circunstancias enumeradas en el art. 80, inc. 1º, y 80 *bis*". En cuanto al último, se explica por su derogación, pero la eliminación de la referencia al art. 80, inc. 1º, nos hace volver a un problema que se había debatido intensamente durante la anterior vigencia del texto original.

¿Qué norma se aplica cuando, en el hecho de lesiones según las distintas figuras de los arts. 89 a 91, concurren la agravante del art. 80, inc. 1º, con la atenuante de la emoción violenta del art. 81, inc. 1º, a: la del art. 92 o la del art. 93?

Comencemos por señalar que no resuelve la cuestión (ni siquiera por medio de un procedimiento analógico *in bonam partem*) la supervivencia en el parricidio de las circunstancias extraordinarias de atenuación, que no sólo no están mencionadas respecto de las lesiones, sino que aquéllas excluyen la exigencia de la emoción violenta excusable —lo que es lógico—, pero que ni siquiera se pueden construir atando la interpretación a la misma emoción violenta de modo exclusivo (Núñez, Laje Anaya). La cuestión sigue, pues, en pie, en los mismos términos en que se hallaba en 1922.

Un plenario de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital (LL, 35-616) se había pronunciado por la aplicación del art. 93 y fue seguida por plural jurisprudencia (LL, 35-269; 69-236, etc.); la doctrina también había optado por la misma solución, aunque con argumentos que no dejaban de ser sutiles: "si coexisten dos leyes desde antes del hecho —nos decía Soler— durante el proceso y la condena y esas leyes son incompatibles entre sí, la más benigna prevalece, por la sencilla razón de que prevalece en un caso peor, esto es, cuando el delito ha sido cometido bajo la vigencia de una ley más grave y la sentencia se dicta bajo la vigencia reestablecida de esa misma ley, bastando que en algún 'tiempo intermedio' haya regido una ley más benigna para que deba aplicarse, según la clara expresión del art. 2º".

Pero no se trataba de una solución pacífica: algunos autores y tribunales se habían pronunciado por la aplicación de la agravante del art. 82; tampoco faltaron los que sostuvieron la recíproca anulación de la agravante y la atenuante, proponiendo la aplicación de la pena de las figuras básicas de lesiones. Para Núñez, en el caso, se estaría ante un concurso ideal (un mismo hecho que cae bajo dos disposiciones penales que no se excluyen), con lo que se tendría que aplicar la pena de la agravante, lo que nos resulta difícil aceptar

porque no se trata de un hecho que *viola dos normas* (y como tal caiga “bajo más de una sanción penal”). Quienes hoy participan de la llamada *teoría de las estructuras lógico-objetivas* no tendrán dificultad para resolver la cuestión invalidando la ley penal menos benigna y seleccionando la aplicación del art. 93. Creemos que, en la sistemática del Código, sobre todo teniendo presente la estructura del art. 82, lo que la ley quiere es que se aplique la pena atenuada.

D) FIGURAS CULPOSAS

§ 198. *LA DISPOSICIÓN LEGAL.* – El art. 94 del Cód. Penal pena con prisión de un mes a dos años o multa de un mil pesos a quince mil pesos (según ley 24.286, BO, 29/12/93) e inhabilitación especial de uno o cuatro años, “al que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud” (el texto original sólo contemplaba como pena principal la de multa, que hoy aparece como pena principal alternativa).

E) AGRAVANTES DE LA LEY 24.192

§ 199. *LESIONES EN ESPECTÁCULOS DEPORTIVOS.* – El art. 2° de la ley 24.192 agrava también los hechos previstos en este capítulo, del mismo modo que hemos visto al tratar las figuras de homicidio.

CAPÍTULO III

HOMICIDIO O LESIONES EN RIÑA

§ 200. *EXCLUSIÓN DEL “DELITO DE RIÑA”.* – Apartándose del grueso de la legislación comparada, el Código Penal no pune autónomamente el *delito de riña* (lo hacen algunos proyectos), sino que en los arts. 95 y 96 castiga las lesiones y el homicidio perpetrados en una riña donde no se puede determinar, con la certeza necesaria, cuáles fueron los autores que causaron tales resultados entre todos

los intervinientes en ella; la responsabilización por esos resultados se hace depender del grado de la intervención.

I. LA RIÑA Y LA AGRESIÓN INDIFERENCIADA EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO

§ 201. *LA DISPOSICIÓN LEGAL Y LA ESTRUCTURA DE LA FIGURA.* — El art. 95 del Cód. Penal dispone que “cuando en riña o agresión en que toman parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los arts. 90 y 91, sin que constare quiénes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido”.

La responsabilidad penal por los resultados requiere: *a)* la existencia de una riña o agresión entre tres personas por lo menos; *b)* que los resultados procedan de las violencias ejercidas en esas circunstancias; *c)* que no se pueda determinar con certeza quiénes fueron, de los intervinientes en la riña o agresión, los que causaron tales resultados, y *d)* que se trate de intervinientes en la riña o agresión que hayan ejercido violencia sobre el sujeto pasivo.

§ 202. *CONCEPTOS TÍPICOS DE RIÑA Y AGRESIÓN.* — La *riña* es el acometimiento recíproco (ataque y defensa como actividades de todos los intervinientes) que se ejerce entre tres personas por lo menos (“más de dos personas”, dice la ley). Algunos tratadistas, siguiendo doctrinas surgidas en otros derechos, requieren que se trate de un acometimiento confuso y tumultuario (ver Fontán Balestra), pero tales características no parecen indispensables en nuestro derecho (un tiroteo a distancia, donde cada contendiente ocupa un lugar, puede no tener nada de *confuso* y ser una riña en el sentido de la ley argentina); en nuestro derecho, la confusión sólo puede referirse a las circunstancias que impidan la determinación del autor concreto del daño que sufre la víctima.

La *agresión* es el acometimiento de varios contra otro u otros que se limitan a defenderse pasivamente (parando golpes, huyendo, protegiéndose de los disparos), porque cuando la defensa es activa (devolver los golpes, disparar armas contra los atacantes), ya se estará en presencia de una riña. Mientras que en la riña es suficiente

con que intervengan tres personas, en la agresión es indispensable que intervengan por lo menos cuatro: “más de dos atacantes” y el atacado, porque sólo aquéllos “toman parte en la agresión”.

Hay que tener en cuenta que tradicionalmente se distinguía la riña de la agresión, considerándose ésta como la simple agresión colectiva contra la víctima que se regía por las reglas comunes de la participación, lo cual no ocurre con la agresión de nuestro art. 95, pero, para que se la excluya de aquellos principios generales y se la incluya en dicha norma de la parte especial, debe tratarse de una agresión colectiva espontánea, que no se haya fundamentado en un acuerdo previo para matar o lesionar y que, además, se dé en las circunstancias que antes hemos señalado al referirnos a la estructura típica.

§ 203. *AUSENCIA DE CERTEZA SOBRE LA AUTORÍA DE LOS RESULTADOS TÍPICOS.* – La circunstancia de que la ley no castigue la mera intervención en la riña o en la agresión, sino cuando en ellas se ha producido un resultado dañoso para la vida o la salud de un sujeto, sin que se pueda señalar cuáles de los intervinientes han sido los que realmente los causaron, teniéndose, entonces, como autores a todos los que ejercieron violencia sobre la víctima, ha permitido afirmar que se ha consagrado aquí una verdadera *presunción de autoría*, lo cual no ha dejado de ser censurado.

Pero es necesario aclarar que esa *presunción* únicamente es formulable apoyándose en la certeza de los demás elementos típicos (intervención en la riña, ejercicio de la violencia, causalidad entre las violencias desplegadas en la riña y el resultado producido) y que sólo puede plantearse cuando *falte la certeza de la autoría respecto de algún o algunos de los intervinientes en la riña*. Esa falta de certeza sigue vigente aun cuando se acredite que determinados intervinientes en la riña actuaron sobre el cuerpo de la víctima (lo cual sólo prueba, en principio, el ejercicio de la violencia), pero no cuando por las características del daño inferido la causalidad sólo pueda relacionarse con un determinado autor (p.ej., en una riña en que la víctima ha recibido varias heridas de arma blanca de los otros dos intervinientes en ella que usaron ambos cuchillo, siendo mortal una sola de ellas sin poderse determinar cuál de ellos la infirió, estaremos en la hipótesis del art. 95, lo cual no ocurrirá cuando la lesión letal hubiere sido inferida por un proyectil de arma de fuego de un calibre dado y uno solo de los intervinientes en la riña fue el que

utilizó esa clase de arma; en ese caso no se podrá dudar sobre quién fue el autor, respondiendo éste por homicidio o lesiones, y en cuanto a los demás intervinientes, o se les aplicarán los principios generales de la participación, si se dan sus requisitos, o responderán por las demás lesiones en riña, o podrán quedar al margen de la punibilidad por el hecho consumado, si la víctima no recibió otra lesión).

§ 204. *APLICACIÓN DE LAS JUSTIFICANTES.* – La circunstancia de que la ley responsabilice en virtud de una verdadera presunción no elimina la aplicación de otros principios generales que operan en la teoría jurídica del delito, particularmente en lo concerniente a la justificación e inculpabilidad. Sobre lo último hablaremos más adelante; sobre lo primero hay que señalar que cualquier intervención justificada en la riña, aun ejerciendo violencia sobre quien a la postre resulte ser la víctima, deja al agente al margen de la punibilidad (p.ej., quien se defiende activamente del ataque que contra él ejercen varias personas; el agente de la autoridad que interviene en la riña en función de tal para reprimir el desorden). Los tratadistas dan por admitidas estas conclusiones, pero algunos fallos parecen haberlas olvidado, extendiendo desmesuradamente la presunción de autoría hasta convertirla en una verdadera responsabilidad objetiva.

§ 205. *EL ORIGEN DEL RESULTADO TÍPICO.* – Acabamos de ver que uno de los presupuestos necesarios para atribuir responsabilidad por los resultados a los intervinientes en la riña o agresión es que *por* ellas –y no sólo *en* ellas– se hayan producido dichos resultados. El daño, pues, tiene que haberse originado en las violencias que se hayan ejercido durante la riña o agresión. No se computan como integrativos de la tipicidad los que reconocen su origen en una actividad extraña a los intervinientes en la riña o en la agresión (p.ej., la bala disparada por quien pasaba por el lugar del desarrollo de los hechos, sin intervenir en ellos más que con la acción de disparar al centro del tumulto), ni los que se producen con motivo o en ocasión de la riña o agresión (pero sin relación con las violencias que se desplegaron en ellas, p.ej., el ataque cardíaco que sufre uno de los protagonistas a causa de la tensión).

Pero el hecho de que los daños deban provenir de las violencias propias de la riña o agresión no indica la necesidad de que recaigan precisamente sobre uno de los intervinientes; pueden producirse sobre

un tercero extraño, y la atribución de responsabilidad permanecerá en los mismos términos (el curioso que mira la riña desde la vereda de enfrente y recibe un proyectil disparado por uno de los contendientes).

§ 206. *REQUISITO DE LA AUTORÍA: EJERCICIO DE VIOLENCIA SOBRE LA VÍCTIMA.* – La precedente exigencia se completa con la referencia de la ley que considera autores a los que han *ejercido violencia* sobre la víctima. No es indispensable probar que dicha violencia llegó al cuerpo de la víctima, pero sí que físicamente el agente actuó sobre ella, dirigiéndole en algún momento la violencia que desplegó en la riña o agresión (lanzándole golpes, arrojándole objetos, tratando de tomarla, etcétera). No puede catalogarse como autor a quien sólo ha tenido una intervención “moral” (pronunciar frases de aliento, avisar a los contendientes sobre los golpes que se les dirigen); ésta es una limitación que surge claramente de la ley.

§ 207. *CULPABILIDAD. “ESPONTANEIDAD” DE LA RIÑA O AGRESIÓN.* – Desde el punto de vista de la culpabilidad, la responsabilidad por el resultado exige una intervención dolosa en la riña o agresión, lo cual importa haber querido intervenir en ellas desplegando violencias sobre otro. Quien tratando de no verse envuelto en la riña no puede hacerlo y es alcanzado por el tumulto, no puede decirse que haya querido intervenir, quedando al margen de la punibilidad.

La doctrina insiste sobre la *indeterminación* de la finalidad de los agentes, en el sentido de que éstos actúan queriendo desplegar violencia, pero sin proponerse, en concreto, un determinado resultado de ella (matar, causar lesiones) y en la *espontaneidad* de la riña o agresión, que no descarta la voluntad de intervenir en la riña, sino que importa, solamente, la exclusión de una preordenación (mediante un proceso deliberativo anterior o decidida en el momento mismo de los hechos) de disponer la actividad para el logro de un determinado resultado, aunque su producción haya estado tal vez presente en la mente del agente al decidirse por la intervención (quien se lanza en medio de los contendientes arrojando golpes con un cuchillo, pudo no haber querido herir o matar, pero no pudo dejar de pensar que podía hacerlo).

§ 208. *EXCLUSIÓN DE LA COMPLICIDAD Y TENTATIVA.* – Esta exigencia de *espontaneidad* ha inducido a rechazar la posibilidad de

que en los homicidios o lesiones producidos en riña o agresión puedan actuar cómplices en el sentido de los arts. 45 y 46 del Cód. Penal, ya que no puede darse una convergencia intencional en cuanto a esos resultados (mucho menos es posible la instigación). Y también implica rechazar la extensión típica de la tentativa en cuanto esas características de la culpabilidad no permiten pensar en un emprendimiento de la acción con voluntad de "cometer un delito determinado". Entre nosotros, ya vimos que el mero hecho de la riña (sin que se produzcan daños personales) no constituye delito y generalmente la punen las leyes locales como falta o contravención (muchas veces bajo la denominación de "desorden").

§ 209. *EXCLUSIÓN DE LA CULPA.* — Lo que no hace nuestra ley (no obstante la expresión resultare que emplea en la descripción típica) es atribuir los daños a título de culpa: podrá *presumir* la autoría, pero la responsabilización del autor así determinada lo es a título de dolo, lo cual se ve porque no se castiga la simple intervención en la riña agregándole los resultados como circunstancias de calificación, sino la causación de los resultados a raíz de la violencia que ejerció.

§ 210. *RESULTADOS MÚLTIPLES EN LA MISMA RIÑA O AGRESIÓN.* — En la riña o agresión se pudieron haber producido lesiones a distintas personas o varias muertes, o lesiones a unas personas y muerte a otras. Algunos opinan que en esos casos se comete un solo delito y que la multiplicidad de resultados no multiplica la delictuosidad (Núñez). Tal solución es admisible en los sistemas que punen la intervención en riña como delito autónomo y agregan los resultados en función de circunstancias calificantes, pero no en el nuestro, donde lo que se castiga son los resultados producidos en la situación típica y que, como vimos, se atribuyen a título de dolo; esos múltiples resultados, por consiguiente, constituyen hechos distintos que concurren realmente (cfr. Fontán Balestra).

II. PUNIBILIDAD

§ 211. *LA PUNIBILIDAD Y LAS LIMITACIONES IMPUESTAS POR EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.* — El art. 95 del Cód. Penal castiga el *homicidio en riña* con reclusión o prisión de dos a seis años; las *lesiones*

graves o gravísimas en riña con reclusión o prisión de uno a cuatro años, y las *lesiones leves en riña* con prisión "de cuatro a ciento veinte días" (art. 96).

Nuestra ley no agrava la punibilidad en los casos en que la víctima sea una de las personas enunciadas en el art. 80, inc. 1°. Ésta es una solución clara; aunque algunos parecen plantearla como dudosa, cualquier modificación que se pretenda introducir en las penas antes detalladas importará violar el principio de legalidad, además de que una distinta solución (aplicando intensificaciones de penas en esos casos) sería incoherente con los conceptos de riña y agresión que hemos expuesto (los elementos subjetivos de los tipos agravados lo impedirían).

§ 212. **AGRAVANTES DE LA LEY 23.184, MODIFICADA POR LA LEY 24.192.** – Asimismo, el art. 2° de la ley 23.184 (espectáculos deportivos) agrava la pena de los delitos que acabamos de estudiar en la misma medida y circunstancias que vimos al tratar un homicidio.

CAPÍTULO IV

DUELO

§ 213. **EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.** – Tradicionalmente el legislador argentino ha colocado el duelo entre los delitos contra las personas, otorgando preponderancia al peligro que corre o al daño que se irroga a la integridad física de aquéllas, lo cual no ocurre en todos los sistemas que se pronuncian por su punición o por la punición de sus resultados, en algunos de los cuales se hace resaltar el desprecio que esos delitos importan para la obligación de los ciudadanos de dirimir sus contiendas por la vía judicial, colocándolos, por tanto, entre los delitos contra la administración de justicia, lo que no resulta del todo adecuado puesto que las más de las veces el duelo no sirve para dirimir controversias que puedan ser llevadas a los tribunales.

§ 214. **PUNICIÓN AUTÓNOMA DEL DUELO.** – A diferencia de lo que ocurre con la riña y la agresión, la ley argentina pune en forma

autónoma la realización del duelo, aunque en él no se produzcan daños personales; éstos no hacen más que agregar gravedad a la sanción.

I. DUELO REGULAR

§ 215. *LA DISPOSICIÓN LEGAL.* – El art. 97 del Cód. Penal castiga a “los que se batieren en duelo, con intervención de dos o más padrinos, mayores de edad, que elijan las armas y arreglen las demás condiciones del desafío”.

§ 216. *ACCIÓN. CONCEPTO DE DUELO.* – La acción es, pues, la de batirse en duelo. Por duelo se entiende el combate con armas entre dos personas, suscitado a raíz de una cuestión de honor, predeterminado en sus condiciones y supervisado en su desarrollo por terceros.

§ 217. *LOS COMBATIENTES.* – Nuestra ley no exige una calidad determinada en los combatientes. Puede serlo cualquier persona imputable; no rigen aquí las disposiciones reglamentarias (generalmente consuetudinarias: código de honor), que restringen la calidad de duelistas a determinados sujetos en razón del sexo, edad y condiciones morales (prohibición de batirse en duelo con el ya deshonrado).

Pero, aunque no se trate de una exigencia expresa de la ley, la doctrina, siguiendo el concepto tradicional del duelo moderno, reduce a dos el número de combatientes. El combate entre un número superior ya no lo es, y en ese caso se punirán las conductas en virtud de los resultados dañosos que se hayan producido por medio de cualesquiera de las figuras que hemos visto precedentemente, según los casos.

Tampoco es condición típica la equivalencia de las condiciones de los adversarios, mientras no se dé una disparidad que pueda hacer pensar en un procedimiento alevoso (alguna doctrina extranjera requiere paridad de condiciones). Con todo, para algunos tratadistas, en casos extremos de disparidad no habría duelo (Soler), lo cual no es exacto, sin perjuicio de la punibilidad de los padrinos por la comisión de delito en su concertación (p.ej., según el art. 103, Cód. Penal). Por otro lado, siempre es posible crear condiciones de cier-

ta igualdad (p.ej., un duelo entre un ciego y quien no lo sea, que se realiza en una pieza a oscuras).

§ 218. **ARMAS.** – Debe tratarse de un combate *con armas*. Así lo requiere expresamente la ley cuando se refiere a la elección de las armas por los padrinos, fuera de que ello coincide con el concepto tradicional del duelo.

Éste exige, además, que se trate de un arma propia, que por su naturaleza esté destinada al ataque o a la defensa activa o que, aun no teniendo específicamente ese destino, pueda utilizarse como tal (p.ej., un cuchillo de trabajo). No es duelo el combate en el que se utilizan armas impropias, por grande que sea su poder vulnerable (garrotes, instrumentos de tareas agrícolas). Pero no es indispensable que se trate de armas *mortíferas*: también existe duelo cuando el arma está acondicionada para causar lesiones de escasa entidad (p.ej., los sables de los estudiantes alemanes del siglo pasado). Tampoco es indispensable que se utilice alguna de las armas designadas por los códigos de honor (pistola, espada, sable): cualquier arma que reúna las condiciones antes explicadas puede ser utilizada sin mengua de la tipicidad, siempre que sea arma de uso individual, sin que importe el grado de vulnerabilidad que sus efectos pueden alcanzar (p.ej., escopetas, revólveres de varios tiros, etcétera).

También aquí alguna doctrina ha exigido la *equivalencia* de las armas. No es tampoco un requisito indispensable en nuestra ley, para la que basta con que ambos duelistas combatan con armas; el límite de la calidad y especie de ellas está determinado, objetiva y subjetivamente, por la circunstancia de que las armas elegidas no constituyan ningún procedimiento alevoso (arts. 101 y 102, Cód. Penal) con relación a los duelistas. Nada se opone, por tanto, a que se utilicen armas de igual característica, pero que no sean equivalentes en el caso por las condiciones de los combatientes (un duelo con pistola de tiro al blanco entre un campeón de tiro y un adversario que sufre el mal de Parkinson), o que se logre una equivalencia suministrando a los contendientes armas de diferentes características (una espada más larga al que tiene brazos más cortos), o que esa equivalencia falte objetivamente, pero sea subjetivamente apreciable y así se pacte por los padrinos, obedeciendo a la voluntad de los combatientes (el especialista de tiro con arco que decide enfrentar con él a un adversario armado de pistola).

§ 219. **REGULARIDAD DEL DUELO. INTERVENCIÓN DE PADRINOS.** El duelo es regular cuando las armas a emplear han sido elegidas y las condiciones del combate (lugar, tiempo, modalidades) predeterminadas por *padrinos mayores de edad*, que actúan como representantes de cada uno de los combatientes. Dentro de las funciones del padrino se comprende la de asistir al combate para comprobar el cumplimiento de las condiciones establecidas; aunque tal función no la menciona taxativamente la ley argentina, nuestra doctrina considera que el cumplimiento de ella completa la *intervención* de los padrinos que regulariza el duelo (Fontán Balestra, Núñez); dogmáticamente esa conclusión se apoya en disposiciones (como la del art. 102, Cód. Penal) que prevén la actuación de los padrinos en la ejecución del duelo, lo cual comprende su presencia en el combate; por lo tanto, el combate llevado a cabo sin la presencia de los padrinos excluye también la regularidad del duelo.

Aunque la ley sólo hace referencia a la mayoría de edad de los padrinos (se entiende que es la mayoría de edad civil), se presupone en ellos la capacidad mental necesaria para acordar válidamente los pactos relativos a las condiciones del combate.

Dadas esas características en los padrinos, no se establece distinción alguna en cuanto al sexo (al contrario de las reglas del código de honor).

Hay que señalar que no son padrinos, sino simples testigos, los que asisten al duelo sin haber arreglado previamente las condiciones del combate; su presencia, sin la de los padrinos, no torna regular el duelo.

§ 220. **CAUSA DE HONOR.** — El duelo no es tal (ni siquiera irregular) cuando el desafío no está motivado en una *causa de honor*, requisito no exigido taxativamente por la ley en el tipo del duelo regular, pero que la doctrina requiere atendiendo al concepto histórico de esta figura delictual y a la punibilidad establecida por el art. 100 del Cód. Penal, para el desafío que se inspira en un interés pecuniario.

Existe causa de honor cuando el desafío tiene por objeto reparar cualquier ofensa constituida por un delito contra el honor o cualquier falta grave contra la consideración debida a la persona en el trato social, aunque no asuma carácter delictuoso.

§ 221. *CONSUMACIÓN.* – El delito se consuma con la iniciación del combate mediante el acometimiento armado de los duelistas; basta el acometimiento de uno de ellos y la defensa del otro, aunque éste se limite a una defensa exclusivamente pasiva (parar los golpes) o hasta a una actividad expresamente enderezada a no ofender físicamente al contrincante (disparar al aire). La consumación se concreta aunque las armas hayan resultado inidóneas para ofender físicamente por circunstancias extrañas a la voluntad de los combatientes (p.ej., que una lluvia súbita haya mojado la pólvora de las armas de avancarga). Pero no se puede decir que se haya producido combate cuando éste sólo ha sido simulado, es decir, cuando voluntariamente ambos combatientes han decidido no ofenderse (dispararse con balas de fuego o hacerlo al aire, o darse golpes ineficaces con las armas de corte o punta).

§ 222. *TENTATIVA.* – La posibilidad de *tentativa* ha sido rechazada por algunos básicamente porque el duelo, como tal, es un delito de peligro, ya que su punición no exige que se produzcan daños en los combatientes (Soler), pero, siendo, como es, posible asumir una actividad ejecutiva que no signifique iniciación del combate (colocarse en el terreno o en el lugar de tiro con el arma preparada o con las espadas prontas, esperando la orden del director del lance, etc.), la mayor parte de la doctrina se pronuncia por la aceptación de la tentativa.

§ 223. *IMPUNIDAD DE LOS PARTICIPES.* – La participación no se rige por los principios generales. En el duelo regular, los partícipes no resultan punibles, incluidos los padrinos y otros cómplices necesarios (director del lance) o secundarios (testigos, médicos, armeros, etcétera). Pero la ley castiga autónomamente a determinados partícipes en figuras específicas (arts. 99, 100, 102 y 103, Cód. Penal).

§ 224. *PUNIBILIDAD DEL DUELO. RESULTADOS DAÑOSOS PARA EL ADVERSARIO.* – Ya hemos visto que la sola realización del duelo es punible, aunque no se infieran lesiones, con pena de uno a seis meses de prisión. La misma pena se impone cuando se causan lesiones leves (art. 97, inc. 1º); si los resultados son de muerte o de lesiones graves o gravísimas, la pena es de uno a cuatro años de prisión (art. 97, inc. 2º). Tales daños deben recaer sobre los com-

batientes (*el adversario*); si en el duelo se causan lesiones o muerte a sujetos distintos, que estén en el lugar cumpliendo una función en el duelo (padrino, testigos, etc.), o no (persona que pasa por el lugar o que procura oponerse a la realización del duelo), esos resultados se penan a través de las figuras comunes de homicidio o lesiones (dolosos o culposos).

Al duelo no se aplican ni las agravantes ni las atenuantes previstas para el homicidio o las lesiones, aunque sean compatibles (p.ej., un duelo entre ascendiente y descendiente en que uno de ellos muere o es lesionado).

II. DUELO IRREGULAR

§ 225. *LA DISPOSICIÓN LEGAL.* – El art. 98 del Cód. Penal castiga con prisión de un mes a un año a “los que se batieren, sin la intervención de padrinos, mayores de edad, que elijan las armas y arreglen las demás condiciones del desafío”, cuando no se causaren lesiones. Si se mata al adversario o se le causan lesiones, se aplican las penas correspondientes a estos delitos.

§ 226. *IRREGULARIDAD DEL DUELO.* – Lo que convierte en irregular al duelo es la ausencia de la intervención de padrinos; mas para que se trate de un duelo y no de un homicidio, lesiones o abuso de armas, el hecho debe reunir todas las demás características requeridas para el duelo regular: desafío previo por causa de honor, combate con armas elegidas de común acuerdo por los combatientes que, además, han pactado las otras condiciones del combate. No estaremos, pues, dentro de la figura del duelo irregular cuando sólo se trate de la aceptación de un desafío, que se afronta inmediatamente, sin que se pacten esas condiciones.

§ 227. *PUNIBILIDAD DE LOS PARTICIPES.* – Están de acuerdo los tratadistas en que en este delito rigen los principios comunes que regulan la punibilidad de la participación. Los cómplices se punen, pues, con las penas de los combatientes si tienen la intervención del art. 45 del Cód. Penal, y disminuida si es la del art. 46 del Cód. Penal; pero esas normas no se aplican al instigador, porque la ins-

tigación al duelo (regular o irregular) se castiga especialmente en el tipo autónomo del art. 99 del Cód. Penal.

§ 228. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – También aquí el delito se consuma con la iniciación del combate y es admisible la tentativa.

§ 229. *DESPLAZAMIENTO DE LAS FIGURAS DE HOMICIDIO, LESIONES Y ABUSO DE ARMAS.* – El duelo irregular consume, por especialidad, los hechos de homicidio o lesiones que recaigan sobre los combatientes y los abusos de armas dirigidos de uno sobre el otro. Implica que no se aplican ni las agravantes ni las atenuantes de dichas figuras, ni las penas de esas figuras básicas, aunque en algunos casos (como ocurre con el abuso de armas de fuego) sus penas sean superiores a las del duelo irregular sin resultados lesivos (en contra: Soler).

III. INSTIGACIÓN A BATIRSE EN DUELO

§ 230. *LA DISPOSICIÓN LEGAL.* – El art. 99 del Cód. Penal pena al que “instigare a otro a provocar o a aceptar un duelo” y lo hace con pena de multa de un mil pesos a quince mil (según ley 24.286, BO, 29/12/93), “si el duelo no se realizare o si realizándose, no se produjere muerte ni lesiones o sólo lesiones de las comprendidas en el art. 89”, y con prisión de uno a cuatro años, “si se causare muerte o lesiones de las mencionadas en los arts. 90 y 91”.

§ 231. *CARÁCTER DE LA INSTIGACIÓN. EFICACIA. TENTATIVA.* – La instigación a provocar o a aceptar un duelo debe ser una verdadera incitación dolosamente dirigida: no lo es el consejo, ni la opinión, ni la insinuación (Núñez), y menos aún lo constituye la circunstancia de haber hecho surgir culposamente en otro la voluntad de batirse (p.ej., elogiando delante de él, sin otra intención, la actitud de otros duelistas).

Tiene que tratarse de un estímulo de quien va a ser tercero en el eventual combate. Nuestra ley no pena el desafío de quien quiere trabar el duelo con un antagonista, ni la conducta de quien, teniendo presente la posibilidad de asumir el carácter de combatiente, incita a otro a que lo desafíe, salvo en circunstancias específicas, como veremos.

Esta impunidad del desafío ha determinado a parte de la doctrina a requerir que la instigación, para ser punible, sea en alguna medida *eficaz*: se dice que si bien por imperio de la ley aquella conducta es punible aunque el duelo no haya tenido lugar, por lo menos sería necesario que el reto se formulara o que se lo aceptara (Soler), lo cual, en realidad, no es requisito de la ley. El delito, pues, se consuma con la sola incitación, aunque resulte ella absolutamente ineficaz; en esto se distingue de la instigación regulada por el art. 45 *in fine* del Cód. Penal, de la cual también se diferencia en materia de penalidad, ya que no siempre la pena del instigador al duelo será igual a la del instigado que combate si se produce el duelo. No sería posible la tentativa.

§ 232. *EXTENSIÓN DE LA INCITACIÓN.* – La instigación que aquí se castiga es tanto la que concierne a la provocación como a la aceptación del desafío de un duelo regular como irregular, sin que la medida de la pena varíe.

IV. VILIPENDIO POR CAUSA CABALLERESCA

§ 233. *LA DISPOSICIÓN LEGAL.* – Asimismo, el art. 99 del Cód. Penal castiga con las mismas penas de la instigación al “que desacreditare públicamente a otro por no desafiar o por rehusar un desafío”.

§ 234. *MOTIVACIÓN DE LA DESACREDITACIÓN. CARÁCTER DE INJURIA ESPECIALIZADA.* – Asume, como se ve, dos modos que se refieren al motivo de la desacreditación; ésta se puede dar porque el sujeto pasivo no se bate mientras puede hacerlo o porque no se ha batido cuando pudo hacerlo. En la primera modalidad asume la característica de una incitación indirecta al duelo; en la segunda sólo constituye un verdadero delito contra el honor que la ley ha preferido punir en este lugar –y no en el título de los delitos contra el honor– por la especificidad del objeto del descrédito. Pero, de cualquier manera, en ambas formas tratase de una injuria especializada por la causa y el modo.

§ 235. *NOCIÓN DE DESACREDITACIÓN.* – El contenido típico de esta injuria es la desacreditación del sujeto pasivo por no preservar

su honor, batiéndose, o por no haberlo hecho, menospreciándolo por esa actitud. Debe constituirse en un juicio desvalioso sobre la renuencia a batirse (pasada o actual) del individuo (no es suficiente una referencia a los hechos con mero sentido narrativo o ejemplificativo), o sea que debe recaer sobre la persona y contener en sí la posibilidad de que ello importe vulnerar objetivamente su honor.

§ 236. *PUBLICIDAD DE LA INJURIA.* – Esto último está indicado expresamente en la figura al exigir la publicidad de la ofensa. Tiene que formularse de tal modo que trascienda indiferenciadamente del círculo de personas que pueden estar en conocimiento de los hechos por su intervención en ellos, ya por el medio empleado (p.ej., periódicos), ya porque las circunstancias en que la ofensa fue inferida faciliten una divulgación indeterminada de ella (p.ej., una reunión de club). La publicidad tiene aquí preponderantemente un sentido de divulgación indeterminada; se da, pues, con la posibilidad cierta de ella aunque no se utilicen medios de publicidad.

§ 237. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El hecho se consuma con la referencia menospreciadora hecha públicamente, sin que se requiera resultado alguno, ni siquiera la formulación de desafío por el desacreditado o su aceptación por quien ya lo ha rehusado. Los resultados no hacen más que agravar la punibilidad. No es concebible la tentativa.

§ 238. *AUTORÍA.* – Pero, a diferencia de la instigación del tipo que vimos anteriormente, aquí puede ser autor tanto el tercero con respecto al desafío, como el desafiante cuyo desafío se ha rehusado o el ofensor que cuenta con ser desafiado (p.ej., que quien ha tenido expresiones injuriosas para otro lo tilde de cobarde por no desafiarlo).

V. DUELO POR OBJETO INMORAL

§ 239. *LA DISPOSICIÓN LEGAL.* – El art. 100 del Cód. Penal, castiga con prisión de uno a cuatro años al que “provocare o diere causa a un desafío, proponiéndose un interés pecuniario u otro objeto inmoral”, cuando no se verificare el duelo o si verificándose, no se ha producido resultado dañoso alguno; si del duelo resultaren lesiones

de cualquier clase, incluidas las leves, la pena será de reclusión o prisión de tres a diez años, y de diez a veinticinco años “si se produjere la muerte”.

§ 240. *PUNIBILIDAD DEL DESAFÍO.* – Ya vimos que el desafío por causa de honor que no se traduce en un duelo no es punible, pero sí lo es cuando ha faltado esa causa y el duelo se ha motivado en cualquier razón inmoral, incluso el interés pecuniario.

§ 241. *ACCIONES: PROVOCAR Y DAR CAUSA AL DESAFÍO.* – *Provoca el desafío* el que reta o se hace retar a duelo; *da causa al desafío* quien, teniendo en vista el logro del fin inmoral, coloca a una persona en situación de retar a duelo a él o a un tercero.

§ 242. *OBJETO INMORAL.* – Es *objeto inmoral* todo el que significa provocar el duelo por motivos que no se relacionen con el honor y que representen un “cálculo infame” (Núñez), en el cual el duelo es asumido en los planes del autor como un medio para obtener una finalidad distinta de la reparación del honor. Puede tratarse de un interés pecuniario o de otra naturaleza, mientras no se relacione con el honor (matar a un rival en los amores de una mujer, eliminar a un jurado de concurso que puede votar desfavorablemente, etcétera).

§ 243. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – En la provocación el hecho se consuma con la formulación del reto; en el dar causa a un desafío con la formulación del reto por parte de la persona a quien se puso en trance de formularlo. En este segundo caso, no basta con el mero hecho de colocar a quien se pretende inducir a ser desafiante en situación de hacerlo, ya que no se pune la incitación al duelo por objeto inmoral, sino la causación del desafío en virtud del cálculo, aunque no se llegue al combate. Pero, por supuesto, en cualquier caso, el tipo requiere que el desafío formulado se haya originado en la provocación o en la causa puesta por el autor. No parece posible la tentativa.

§ 244. *AUTOR.* – Autor puede ser tanto quien se va a colocar en situación de combatiente como el que, no tratando de colocarse en esa situación, da causa al desafío entre terceros.

VI. DESLEALTAD EN EL COMBATE

§ 245. *LA DISPOSICIÓN LEGAL.* – El art. 101 del Cód. Penal pena las lesiones causadas en duelo, de cualquier clase que fueren, con prisión o reclusión de tres a diez años y la muerte causada en duelo con prisión o reclusión de diez a veinticinco años, si el combatiente faltare, “en daño de su adversario, a las condiciones ajustadas por los padrinos”.

§ 246. *ACCIÓN.* – En realidad, la acción consiste en causar lesiones o muerte adoptando medios (p.ej., cambiar el tipo de proyectil) o combatiendo con modos (ocultación, apoyo del arma, etc.) que violan las condiciones del duelo estipuladas por los padrinos y conocidas por los combatientes. No queda comprendida la inobservancia de condiciones no pactadas, aunque sean habituales en duelo o estén previstas como obligatorias por el código de honor. La figura, pues, es propia del duelo regular; no se la puede cometer en el duelo irregular, en el que falta el pacto sobre las condiciones del combate realizado por padrinos. La responsabilidad es para el combatiente que falta a las condiciones; el duelo sigue siendo regular para los padrinos y otros intervinientes que quedan al margen de la punibilidad, y para el combatiente que observó las condiciones.

§ 247. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – No basta la mera infracción de las condiciones pactadas, sino que tiene ella que traducirse en daño del adversario, produciéndole lesiones o la muerte. Trátándose, pues, de un delito de resultado, podría plantearse la posibilidad de tentativa, que quedaría configurada con la deslealtad en el combate, sin que se haya producido el daño.

§ 248. *CARACTERÍSTICAS DE LA CULPABILIDAD.* – Tiene que tratarse de una infracción dolosamente perpetrada a las condiciones pactadas, ya creando *ex profeso* una situación privilegiada en el combate, ya aprovechando la que suscite el error del adversario o de los padrinos. Aunque es un hecho que puede calificarse de traición, no es una alevosía en el sentido del art. 80, inc. 2º, ya que no es indispensable que el agente coloque su persona en situación de seguridad respecto de las reacciones del adversario.

VII. ALEVOSÍA DE LOS PADRINOS

§ 249. *LA DISPOSICIÓN LEGAL.* — El art. 102 del Cód. Penal pune a “los padrinos de un duelo que usaren cualquier género de alevosía en la ejecución del mismo”, con las penas señaladas en el art. 101, según fueren los resultados. O sea, lo que en realidad se castiga son las lesiones o la muerte producidas en duelo a raíz de la alevosía de los padrinos.

§ 250. *UTILIZACIÓN DE LA ALEVOSÍA EN LA EJECUCIÓN DEL DUELO.* Ello explica por qué la alevosía debe ser usada en la ejecución del duelo, es decir, por uno o ambos combatientes. El mero hecho de que se pacten condiciones alevosas no consuma el delito, ni siquiera constituye un acto ejecutivo; se convierte en acto ejecutivo cuando el modo o el medio alevoso se utilizan en la ejecución del duelo sin que se produzca un resultado dañoso, pues entonces surge el peligro de daño; trátase de una tentativa que pasa a ser delito consumado cuando el daño se produce (la posibilidad de tentativa en este delito ha sido discutida fundamentalmente porque no se ha tomado en consideración cuál es la verdadera acción típica).

§ 251. *CONTENIDO DE LA ALEVOSÍA TÍPICA.* — Aquí la alevosía no tiene el contenido que vimos en el art. 80, inc. 2º, ya que implica una “traición” a uno o a ambos combatientes. Requiere, pues, el desconocimiento del carácter del modo o medio seleccionado por los padrinos, por lo menos de uno de aquéllos. En su caso, el combatiente que lo conoce no es un combatiente desleal, sino un homicida, a quien se puede llegar a punir por homicidio calificado si actuó sobre seguro. Incoherentemente la ley coloca en mejor situación a los partícipes de ese homicidio calificado cuando tienen el carácter de padrinos, ya que, aunque quieran la muerte del adversario del combatiente que usa la alevosía, su situación se rige por la figura específica que estudiamos.

Pero también hay alevosía —la de esta figura— cuando los padrinos ocultan a ambos combatientes el carácter de los modos o medios, someténdolos a riesgos mayores que los que pueden esperar de acuerdo con las condiciones que se les habían hecho conocer (Núñez).

La figura consume la del art. 103 del Cód. Penal, pues aunque el duelo se haya concertado a muerte, ese resultado, de darse, provendría del procedimiento alevoso.

§ 252. *REQUISITO SUBJETIVO.* – Por supuesto que la punibilidad recae sólo sobre el padrino que conoció o aceptó el modo o medio alevoso; para el que no lo conoció sigue rigiendo la regla de la impunidad.

VIII. CONCERTACIÓN DE DUELO A MUERTE

§ 253. *LA DISPOSICIÓN LEGAL.* – El art. 103 del Cód. Penal, castiga a los padrinos que hayan concertado “un duelo a muerte o en condiciones tales que de ellas debiere resultar la muerte”, con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si se produce la muerte de alguno de los combatientes y con pena de multa de un mil pesos a quince mil pesos, si no se produce ese resultado (montos según ley 24.286, BO, 29/12/93).

§ 254. *ACCIÓN.* – La acción es la de *haber concertado* el duelo en las condiciones enunciadas en el tipo. Tal concertación se da cuando se ha estipulado que el combate sólo habrá de terminar con la muerte de uno de los duelistas, o cuando de los modos o medios seleccionados haya de resultar la muerte. En este segundo sentido no basta la selección de armas idóneas para matar, pues normalmente el duelo regular las comprende en su concepto, pero sí puede resultar del carácter extraordinariamente mortífero de ellas (p.ej., un duelo con granadas de mano) o de su empleo (p.ej., a causa de la distancia); también puede ser concertado duelo a muerte en razón de las condiciones modales en que se resuelve su ejecución (escasez de luz, lugares estrechos, combatientes que se batan atados).

§ 255. *CONOCIMIENTO DEL CONCIERTO POR LOS COMBATIENTES.* – Aunque la punibilidad sólo alcanza a los padrinos y no a los combatientes, respecto de los cuales el duelo continúa siendo regular, éstos tienen que conocer el carácter de los modos o medios pactados por los padrinos al concertar el duelo a muerte, pues si les hubiesen

ocultado esos modos o medios, la conducta podrá ser clasificada como alevosa y encuadrarse en el artículo anterior.

§ 256. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – La consumación, como surge expresamente de la ley, se da con la concertación, para la cual se establece la pena de multa. Por ello la tentativa no parece posible. Únicamente el resultado de la muerte de alguno o de los dos combatientes agrava la punibilidad (sin multiplicarla en el caso de que mueran ambos); no así las lesiones, por graves que sean.

§ 257. *CULPABILIDAD.* – La concertación requiere el dolo directo: querer que el duelo se realice a muerte o en condiciones de muerte. La admisión culposa de condiciones mortales por el padrino que desconoce la letalidad de ellas no queda incluida en la punición, sin perjuicio de que pueda discutirse la atribución de la muerte a título culposo.

CAPÍTULO V

ABUSO DE ARMAS

§ 258. *LAS FIGURAS DE ABUSO DE ARMAS.* – Este capítulo comprende dos figuras básicas: el disparo de arma de fuego y la agresión con cualquier otra arma, las que se agravan o atenúan en función de las agravantes y atenuantes del homicidio.

Ambas son figuras de agresión, es decir, de acometimiento dirigido al físico del sujeto pasivo, que se castigan por el peligro que la conducta del agente constituye para la integridad de aquél. Puesto que ese peligro resulta más intenso –por lo incontrolable de la letalidad del medio– cuando se utilizan armas de fuego, el Código Penal lo contempla en primer lugar asignándole mayor pena. No se trata de que la figura básica sea la *agresión con armas* y el disparo de armas de fuego sea una figura derivada de ella, sino que es un tipo autónomo, por lo cual preferimos seguir el orden de exposición del Código (que algunos varían partiendo del *carácter genérico* de la agresión y del específico del disparo de arma de fuego).

A) FIGURAS BÁSICAS

1) DISPARO DE ARMA DE FUEGO

§ 259. *LA DISPOSICIÓN LEGAL.* – El art. 104 del Cód. Penal reprime con pena de uno a tres años de prisión a quien “disparare un arma de fuego contra una persona sin hierirla” (párr. 1º), o “aunque se causare herida a que corresponda pena menor, siempre que el hecho no importe un delito más grave” (párr. 2º).

§ 260. *ACCIÓN. CONCEPTO DE ARMA DE FUEGO.* – La acción es la de *disparar un arma de fuego*, o sea hacer que ella despida el proyectil operando sus mecanismos.

Por *arma de fuego* se entiende toda la que dispara proyectiles por medio de un mecanismo basado en la ignición de sustancias que producen gases que los impulsan. La impulsión y trayectoria del proyectil deben originarse en la expansión de los gases, sea que salga del arma liberado de ellos (armas de fuego de cañón: fusiles, escopetas, rifles, pistolas, etc.), o sigan impulsados por ellos durante su trayectoria (misiles). No es arma de fuego la que arroja proyectiles por medio de procedimientos impulsores mecánicos (arcos, ballestas, etc.); tampoco lo es la que pudiendo utilizar un mecanismo de disparo, no arroja proyectiles (lanzallamas). No lo sería, tampoco, el elemento cuyo poder ofensivo también se basa en la explosión de los gases, pero cuyo impulso o trayectoria se lo da la fuerza física del hombre (granada que se arroja con la mano, no la que se dispara por medio de acoples a armas de fuego comunes ni las que se arrojan por procedimientos de características similares a los de ellas, como los morteros, que quedan en el tipo).

Para que se dé, pues, la conducta típica, es necesario que el agente haya utilizado el arma de fuego como tal. Si la utiliza como instrumento para acometer sin disparar los proyectiles (p.ej., emplear la culata de una escopeta como elemento contundente) se dará, en todo caso, la figura de agresión prevista por la parte final de la norma.

§ 261. *DIRECCIÓN DEL DISPARO.* – La tipicidad requiere que el disparo se realice *contra una persona*, es decir, que se dirija contra

ella. Aunque no se tome puntería, la dirección del arma tiene que estar intencionalmente orientada de modo que el disparo se dirija hacia donde está la víctima (son atípicos los disparos hechos al aire o hacia un lugar donde no hay nadie). La exigencia corresponde a la noción de peligro concreto que debe correr la persona.

Pero la ley no exige que se dispare contra una persona *determinada*; es suficiente con que se ponga en peligro la integridad física de alguien. Constituye delito disparar contra un grupo de personas o disparar a través de una puerta sabiendo que, detrás de ésta, se encuentran personas (Soler).

§ 262. *CARÁCTER ABSORBENTE Y SUBSIDIARIO DE LA FIGURA.* — Por expresa disposición legal, el tipo tiene una función absorbente de los daños que se castigan con penas menores y una función subsidiaria respecto de los delitos más graves perpetrados con la misma conducta de disparar el arma de fuego.

Al recobrar vigencia el texto original del art. 104, la pena para el disparo de arma de fuego ha vuelto a ser la de uno a tres años de prisión. Como la que fijaba la ley 21.338 era la de dos a seis años de prisión, la modificación adquiere importancia en lo que hace al alcance del carácter absorbente y subsidiario de la figura; durante la vigencia de aquella ley había dos clases de lesiones que quedaban absorbidas por el art. 104, párr. 1º: las del art. 89 y las del art. 90; ahora el disparo de arma de fuego sólo absorbe a las primeras, pero es figura subsidiaria respecto de las de los arts. 90 y 91.

La función subsidiaria se da cuando *el hecho importa un delito más grave*, porque el disparo ha causado daños físicos que se castigan con penas más graves (lesiones gravísimas o muerte), o porque subjetivamente la acción iba enderezada a consumar un resultado determinado que constituye la tentativa de un delito más grave (tentativa de homicidio o de lesión gravísima); en tales casos, la figura del abuso de armas queda desplazada por la más grave.

§ 263. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* — El delito se consuma cuando el disparo se ha producido, es decir, cuando el proyectil ha sido disparado del arma, quedando librado a la dirección que con aquélla se le dio. No hay consumación, por consiguiente, cuando el proyectil queda en el arma por defectos mecánicos o de la sustancia explosiva (fallas del percutor que no llega a impactar al ful-

minante, debilidad de la pólvora que hace que el proyectil se detenga dentro del cañón, etc.), o cuando no tomó la dirección querida hacia la persona de la víctima por la intervención de un tercero (que desvía el arma antes que salga el proyectil).

Estos últimos son actos de tentativa, perfectamente admisibles pese al carácter de delito de peligro, pues es innegable que el accionamiento del mecanismo de disparo por el agente constituye una etapa ejecutiva del acto de disparar. Pero no se trata de una tentativa sino de un delito consumado cuando, habiéndose producido el disparo, el proyectil se desvía de la dirección que voluntariamente se trató de imprimirle por defectos del arma o por dar en obstáculos interpuestos; en esos casos no cabe duda de que el peligro concreto asumió las características típicas en orden a la protección del bien jurídico.

§ 264. *CONCURRENCIA CON DISTINTOS DELITOS.* – El carácter subsidiario del delito, que hemos visto, no empece, sin embargo, que pueda concurrir con delitos más graves que no lo presupongan en los modos comisivos (p.ej., atentados calificados contra la autoridad). Tampoco es obstáculo su carácter absorbente para que la figura concorra con las de delitos menos graves perpetrados autónomamente (p.ej., lesiones leves producidas por causas ajenas al disparo, pero por el propio agente y en el mismo contexto de hecho).

Los disparos múltiples dirigidos contra la misma persona y dentro del mismo contexto de hecho no multiplican el delito, como tampoco lo multiplican el disparo dirigido contra un grupo de personas, pero sí los varios disparos dirigidos contra distintas personas, aunque lo sean en el mismo contexto de hecho.

§ 265. *CULPABILIDAD. ABUSO DE ARMAS Y TENTATIVA DE HOMICIDIO.* – El dolo del delito presupone el conocimiento del carácter del arma y la voluntad de dirigir el proyectil contra la persona de la víctima. En la esfera de la voluntariedad, el tipo es compatible con el dolo eventual (voluntad de accionar el arma contra una persona, ignorando si está o no cargada, pero aceptando que lo esté). No se excluye la culpabilidad típica del art. 104, párr. 1º, del Cód. Penal, por la circunstancia de que el autor haya aceptado dañar a la persona contra la cual dispara, pero sí en aquellos casos en que directa y específicamente ha pretendido un resultado determinado de

muerte o lesiones gravísimas: la tentativa de estos delitos desplaza la figura del art. 104, párr. 1º.

Tampoco queda excluida la culpabilidad en los casos en que el agente actúa rechazando la posibilidad de dañar (p.ej., el solo afán de hacer una broma o asustar), siempre que el disparo lo haya dirigido contra la persona del sujeto pasivo, ya que entonces, no sólo habrá existido el peligro concreto que la norma toma en cuenta, sino que en el plan del autor estuvo la voluntad de dirigir el disparo contra la persona determinada, aunque sin pretender dañarla (p.ej., arrancarle un botón de la manga o arrebatarle un lápiz que tiene en la mano); por supuesto que esta situación no existe cuando el disparo se dirige expresamente al lugar donde no se encuentra la persona, por más cercana que esté (p.ej., al árbol que está a un costado de ella).

2) AGRESIÓN CON ARMAS

§ 266. *LA DISPOSICIÓN LEGAL.* – El art. 104, párr. 3º, del Cód. Penal reprime con prisión de quince días a seis meses “la agresión con toda arma, aunque no se causare herida”.

§ 267. *ACCIÓN. CONCEPTO DE AGRESIÓN.* – *Agresión* significa acometimiento, o sea ataque con el arma para alcanzar con ella el cuerpo de la víctima. Tanto se da el tipo cuando no se alcanzó el cuerpo con el arma, como cuando se lo alcanzó sin causar daños. No hay acometimiento y por tanto faltará el tipo de agresión, cuando el arma sólo se exhibe o el agente se limita a amenazar con ella, aunque se trate de un arma de fuego con la que se apunta a la víctima (contra: Soler, pero no parece que su opinión pueda seguir sosteniéndose después de la inclusión de la figura de amenazas en el derecho argentino).

§ 268. *CONCEPTO TÍPICO DE ARMA.* – Por arma ha entendido la doctrina “todo objeto capaz de aumentar el poder ofensivo del hombre”; comprende tanto las armas propias (las que por su naturaleza están destinadas al ataque o a la defensa activa), mientras no se trate de armas de fuego –ya que el acometimiento con ellas en forma propia, es decir disparándolas, queda comprendido en el art. 104, párr.

1º-, a no ser que se las utilice en forma impropia (p.ej., como elemento contundente), como las armas calificadas de impropias, que serían las que sin estar destinadas al ataque o a la defensa activa son dispuestas por el agente como instrumentos para vulnerar la integridad física de las personas; esto ha permitido incluir como medios de la agresión típica los objetos más variados (desde un bastón, hasta un tintero o un zapato, pasando por una máquina de escribir), basta que se los emplee “como armas”; en otras palabras, el carácter lo daría la subjetividad del autor, lo cual parece un tanto exagerado, ya que por lo menos habría que reconocerle al instrumento la idoneidad imprescindible para hacer correr a la víctima el concreto peligro de que su integridad física pueda verse afectada. No dejaría de ser correcto, por consiguiente, distinguir, dentro de las armas impropias, las “equiparadas a las propias” (de punta o de filo “no insidiosas”, como son los puñales o estiletes, que sí son armas propias, p.ej., los cuchillos de trabajo o de mesa), las “impropias en sí mismas”, que son las aptas para ofender por sus características de punta o filo (como ciertos instrumentos de usos rurales: azadas, horquillas, guadañas), su contundencia (garrotes, la máquina de escribir, el pesado tintero de bronce) o la dañosidad de sus efectos (gases, ácidos, líquidos a elevada temperatura); es decir, quedarían comprendidos en la agresión todos los instrumentos con un mínimo de eficacia para crear objetivamente el peligro, pero no los que no la poseen, por más voluntad que tenga el agente de utilizarlos como “arma” (el pesado borceguí de punta ferrada puede resultar un “arma” tipificadora de la agresión por el modo como el agente lo utiliza, pero no la leve zapatilla de baile o el par de guantes de punto).

§ 269. *CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA FIGURA.* – En virtud de los principios que rigen el concurso de leyes, también esta particular agresión se presenta como un delito subsidiario; como delito de peligro queda desplazado en los casos en que la agresión misma produjo el daño y en razón de la subjetividad del agente cuando éste directamente lanzó la acción para producir un daño determinado, como la muerte o ciertas lesiones, incluso cuando se acredite que aquél acometió para producir una lesión leve específica; en estos casos el hecho se calificará de tentativa del delito de que se trate y no de agresión (contra: Núñez, que considera que la agresión absorbe la tentativa de lesiones leves).

§ 270. *CULPABILIDAD. VOLUNTAD DE DAÑO ESPECÍFICO.* – El dolo se informa con el conocimiento del carácter del arma y, como vimos en algunos casos, con la voluntad de utilizar como “arma” el instrumento que no es tal y con el querer acometer a la víctima con el propósito indeterminado de dañar su cuerpo de alguna manera, pero acabamos de decir que el dolo directo de dañar con un determinado efecto (muerte, lesiones específicas), comprobado con la debida certeza, excluye la culpabilidad de este delito para dar paso al dolo directo de las particulares tentativas de homicidio o lesiones.

B) FIGURAS DERIVADAS

§ 271. *AGRAVANTES Y ATENUANTES DE LOS ABUSOS DE ARMAS.* – Conforme al texto original del art. 105 que recobra vigencia, tenemos el siguiente diagrama de las atenuantes y agravantes de los delitos previstos en el art. 104 (disparo de armas de fuego y agresión con arma que no fuese de fuego):

a) Si concurre alguna de las circunstancias previstas en el art. 80, las penas se aumentarán en un tercio.

b) Si concurre la circunstancia prevista en el art. 81, inc. 1º, a (emoción violenta excusable), las penas se disminuirán en un tercio.

El sistema en el art. 105, según la ley 21.338, era el siguiente:

a) Agravantes: 1) si concurre alguna de las circunstancias del art. 80, las penas se aumentan en un tercio, y 2) si concurre alguna de las circunstancias del art. 80 *bis*, las penas se aumentan en la mitad.

b) Atenuante: si concurre la circunstancia del art. 81, inc. 1º (emoción violenta excusable), las penas se disminuyen en un tercio.

c) Concurrencia simultánea de agravantes y atenuante (arts. 80, 80 *bis* y 81, inc. 1º: se establece una pena de dos a cinco años de prisión).

§ 272. *CONCURRENCIA DE AGRAVANTES Y ATENUANTES.* – Si la derogación de la previsión enunciada en a, 2, del párrafo anterior no acarrea complejidades, sí las traía la del párr. 3º del art. 105, según la versión de la ley 21.338, puesto que replanteaba la duda sobre la pena aplicable a los abusos de armas perpetrados en estado de emoción violenta sobre alguno de los sujetos enunciados en el art. 80,

inc. 1º, o en otras circunstancias de dicho artículo en cuanto no fueren de las demostrativas de un dolo directo de daño determinado.

En la cuestión se han dado las mismas opiniones que en el conflicto entre los arts. 92 y 93 ante la concurrencia de atenuantes y agravantes, a cuyas soluciones nos remitimos (Núñez).

§ 273. *AGRAVANTES DE LA LEY 23.184, MODIFICADA POR LA LEY 24.192.* – Como ocurre en los capítulos anteriores, también los abusos de armas se agravan en las condiciones previstas por el art. 1º de la ley 23.184 (espectáculos deportivos) en la medida de punibilidad dispuesta por su art. 2º.

CAPÍTULO VI

ABANDONO DE PERSONAS

§ 274. *BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS. CARACTERÍSTICAS DE LOS DELITOS.* – Fundamentalmente los tipos que vamos a estudiar se refieren a delitos en los cuales la acción resulta creadora de peligro para la integridad física de las personas, previéndose los resultados dañosos realmente producidos como agravantes. Aun en los casos en que los hechos importan un desconocimiento de las obligaciones de asistencia creadas por vínculos de sangre o el delito puede repercutir sobre la certidumbre del estado civil de las personas, la ley no toma en cuenta tales bienes jurídicos, sino los de la integridad física y psíquica de los sujetos pasivos.

I. EXPOSICIÓN A PELIGRO POR ABANDONO O DESAMPARO

A) FIGURAS BÁSICAS

§ 275. *LA DISPOSICIÓN LEGAL Y SUS VARIACIONES LEGISLATIVAS.* – El art. 106, párr. 1º, del Cód. Penal castiga con prisión de dos a seis años, al que “pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea co-

locándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado”. El texto original punía al que “abandonare a un menor de diez años u otra persona incapaz por causa de enfermedad, a quien deba mantener o cuidar”. La fórmula actual fue introducida por la ley 17.567, de donde la tomó la ley 21.338, que fuera ratificada por la ley 23.077; la pena fue modificada por la ley 24.410.

§ 276. *LA ACCIÓN Y LOS MEDIOS.* – La acción no es simplemente la de abandonar o colocar en situación de desamparo al sujeto pasivo, sino la de *poner en peligro su vida o su salud mediante el abandono o su colocación en situación de desamparo*; estos últimos procedimientos son modos de comisión del delito que requiere un específico resultado: la situación de peligro efectivamente corrido por la víctima (contra: Núñez, para quien el actual art. 106, párr. 1º, reprime dos delitos distintos).

Por tanto, si ese peligro no se ha corrido concretamente, el hecho puede quedar en tentativa o ser impune penalmente.

§ 277. *ABANDONO.* – Se *abandona* a la víctima cuando se la deja privada de los auxilios o cuidados que le son imprescindibles para mantener su vida o la integridad actual de su salud, cuando ella misma no puede suministrárselos y en situación en que normalmente no es posible que se los presten los terceros (*abandonar a su suerte*).

El abandono puede perpetrarlo el agente apartándose de la víctima o quedándose con ella, pero sin prestarle los auxilios o cuidados necesarios. El solo alejamiento o inacción en los casos en que terceros deben –jurídicamente– o pueden –solidariamente– asumir el cuidado del sujeto pasivo, no sería típico, ya que resultaría ineficaz para originar el peligro concreto (p.ej., dejar de acompañar al menor en un orfanato o al enfermo en un hospital).

§ 278. *COLOCACIÓN EN SITUACIÓN DE DESAMPARO.* – Se *coloca* a la víctima en situación de *desamparo* cuando el agente la rodea de circunstancias que le obstaculizan o impiden obtener los auxilios que exige su condición, lo cual puede ocurrir por el traslado de la víctima a un lugar donde la prestación de esos auxilios se torna imposible (p.ej., a un sitio deshabitado), por su aislamiento de las

comunicaciones necesarias (p.ej., privándola de medios de comunicación), o preservando el mantenimiento de esas condiciones, vigilando su cumplimiento (p.ej., cuidando que se mantenga el encierro sin auxilio).

Tampoco aquí se da la conducta típica cuando el agente simplemente se limita a variar las condiciones de vida del otro sin privarle de los auxilios propios o de terceros, aunque en alguna medida hagan más difícil su obtención, si no implican crear el peligro que es el resultado típico (p.ej., trasladándolo a otra ciudad y dejándolo allí, cuando la persona puede valerse por sí).

§ 279. *AUTORES Y SUJETOS PASIVOS.* – Otra característica relevante del delito es la que se refiere a los sujetos.

La exposición a peligro por medio de la colocación de la víctima en *situación de desamparo* puede cometerse contra cualquier persona, cualquiera que sea su edad o su condición y su estado físico (puede tratarse de una víctima que físicamente se encuentra en óptimas condiciones, respecto de la cual el peligro básicamente proviene del lugar en que ha sido dejada desamparada), y por cualquier persona, se encuentre o no relacionada jurídicamente con la víctima.

Por el contrario, la exposición a peligro *por medio de abandono* típicamente sólo puede recaer sobre una persona *incapaz de obtener los auxilios necesarios por sí*, y autor únicamente puede serlo quien jurídicamente está obligado a prestárselos por un deber jurídico preexistente o porque él mismo creó aquella situación de incapacidad. La incapacidad de la víctima atañe a la “imposibilidad de lograr por sí misma lo que es necesario para que su vida o su integridad física no corran” peligro, por su condición física (minoridad, enfermedad, etc.), aunque esa ineptitud se haya originado en su culpa (p.ej., un alcohólico), o por las particulares circunstancias en que se encuentra, que obstaculizan su normal aptitud para obtenerlo (el viajero por agua que no sabe nadar, el turista que no sabe descender de una montaña por desconocer la técnica o las vías para hacerlo). En estos casos, como adelantamos, los sujetos activos sólo pueden ser los que por ley (padres, tutores, descendientes, etc.) o por convención (enfermeros, guías, niñeras, médicos que tratan a un enfermo, cirujano que realiza una operación quirúrgica, etc.) tienen obligación de cuidar de la víctima.

Esta incapacidad –dijimos– puede proceder también del hecho de que el agente, por un acto propio, haya colocado a la víctima en la imposibilidad de proveerse de los cuidados que requiere su condición; ese acto puede ser lícito (el sujeto que atropelló al suicida que se arrojó bajo las ruedas de su automóvil) o ilícito y, en esta segunda hipótesis, puede ser doloso (p.ej., privación ilegítima de libertad) o culposo (el conductor que arrolló al transeúnte mientras manejaba negligentemente); pero también aquí es necesario que el sujeto pasivo haya quedado sin posibilidad de obtener los auxilios de terceros (no comete el delito, p.ej., el automovilista que ha atropellado a un peatón en un centro poblado y que ante la presencia de quienes concurren a prestarle auxilio –policías, médicos, etc.–, se aleja del lugar para no ser individualizado; algunos códigos extranjeros y proyectos argentinos penan esta actitud como delito contra la administración de justicia).

§ 280. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El delito, como vimos, no se consuma con la acción de abandonar o la de colocar en situación de desamparo, sino cuando ellas concretamente han suscitado una situación de peligro para la vida o la salud de la víctima. Si no se puede afirmar que ésta efectivamente corrió el peligro, la adopción de esas conductas con la finalidad de lograr ese resultado queda como tentativa del delito, ya que constituyen actos ejecutivos de él (contra: Soler, que no acepta la posibilidad de tentativa).

§ 281. *CONCURRENCIA CON OTROS DELITOS.* – Ninguna duda cabe de que el delito concurre realmente con aquellos otros en los cuales la conducta del autor ha incapacitado a la víctima (p.ej., lesiones) e idealmente con aquellos en los cuales el abandono o desamparo peligroso han sido realizados con el dolo propio de la figura del art. 106, párr. 1º, pero a la vez la voluntad del autor comprende otras finalidades delictuosas que no la descartan (p.ej., convertir en incierto el estado civil de un menor). Sin embargo, es dudoso que se dé concurso cuando la conducta del agente está guiada por la voluntad de sustraerse a las obligaciones de cuidado (p.ej., incumplimiento de los deberes de asistencia familiar) y esto se procura por medio del abandono o desamparo peligrosos, puesto que dicha motivación no haría más que integrar el dolo propio de la figura del art. 106, párr. 1º, que desplazaría a otras, que castigan esa finalidad.

§ 282. *CULPABILIDAD.* – El dolo está constituido aquí por el conocimiento del carácter de las acciones que se realizan y por la repercusión causal de ellas en orden a la creación del peligro, ya se lo quiera a éste directamente, o se lo acepte como eventualidad de aquéllas. El error puede llegar a eliminar la culpabilidad y así podrá no quedar comprendido en la punibilidad quien dejó a la víctima en un lugar donde no podía recibir auxilios, pero creyendo con certeza que precisamente en él habría terceros que se los brindarían.

Pero el dolo de obtener, mediante las conductas típicas, determinados resultados dañosos, puede llevar la acción del agente a otras figuras distintas (ver § 283 y siguientes).

B) FIGURAS AGRAVADAS

§ 283. *LA DISPOSICIÓN LEGAL. LOS RESULTADOS COMO PAUTAS DE AGRAVACIÓN.* – El art. 106, párr. 2º, del Cód. Penal fija una pena de tres a diez años de reclusión o prisión, “si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima”, pena que se eleva, por el párr. 3º del mismo artículo, a la de cinco a quince años “si ocurriere la muerte”. Estas penas fueron fijadas por ley 24.410.

§ 284. *EXTENSIÓN CONCEPTUAL DE “GRAVE DAÑO” EN EL CUERPO O EN LA SALUD.* – Si algún problema plantea el carácter de los resultados agravantes es el concerniente al concepto de *grave daño* en el cuerpo o en la salud, que para algunos sólo comprende las lesiones graves y gravísimas de los arts. 90 y 91 del Cód. Penal (Oderigo, Fontán Balestra), en tanto que para otros es suficiente que el cuerpo o la salud de la víctima hayan sufrido un *perjuicio importante*, aunque no alcance a llenar aquellos tipos (Núñez), como podría ser la inutilización para el trabajo por un mes (es decir, que no lo supere), que si bien no permite catalogar la respectiva lesión como grave, no dejaría de tratarse de un daño que puede caracterizarse como *grave* y dar lugar, por consiguiente, a la aplicación de la agravante.

§ 285. *RELACIÓN CAUSAL. PRETERINTENCIONALIDAD.* – La muerte o los otros daños deben ser *consecuencia* del abandono o de la

colocación en la situación de desamparo; tienen que proceder causalmente de las condiciones en que se dejó o se colocó a la víctima, ser la consecuencia natural que se da como concreción efectiva del peligro que creó la conducta del agente.

Además deben ser resultados *preterintencionales*, con lo cual, como lo adelantamos, cuando la exposición a peligro ha sido el procedimiento seleccionado expresamente por el autor para causar los daños, los tipos aplicables serán los que punen esos resultados como dolosos (lesiones u homicidios), excluyéndose, entonces, el art. 106 del Cód. Penal.

Sin embargo, la referencia genérica de la ley a los “graves daños” y la punibilidad típica del art. 106, párr. 2º, ha suscitado dudas sobre la extensión de esa *preterintencionalidad*. Para el grueso de la doctrina argentina, en las agravantes de la figura del art. 106 únicamente quedan comprendidos los resultados que no están abarcados por el dolo del autor; pero, como tal cosa implicaría que cuando esos resultados han sido queridos o aceptados y se producen lesiones leves o graves, el agente resultaría punible con una pena menos grave que la prevista en el art. 106, párr. 2º (la fijada por los arts. 89 y 90), por lo que la solución dogmática sería que esta última absorbera la de los delitos de lesiones graves y leves; lo cual, por supuesto, no sería necesario cuando los daños constituyesen homicidios o lesiones gravísimas, porque siendo superior la pena de los arts. 79 y 91, el dolo del autor conduciría a una imputación más grave que excluiría la del art. 106, párrs. 2º y 3º, y, por lo tanto, en estos últimos casos sí sería exigible que los resultados estuviesen totalmente fuera del dolo del autor, tan sólo se requeriría que tuviese la posibilidad de preverlos, como principio general de la *preterintencionalidad* (Núñez), pero no en los otros, en que la agravante también abarcaría los resultados de lesiones leves y graves queridas por el autor. Esta solución no dejaría de ser conflictiva, puesto que ella —siendo justa, eso sí— desconoce los principios que rigen el concurso de leyes (o concurso aparente de delitos) e importaría una modificación de la ley (por procedimientos interpretativos), aunque se procure con ella superar el error legislativo en que se ha incurrido.

§ 286. *ABANDONO AGRAVADO POR PARENTESCO.* — Los sujetos activos posibles son los padres, hijos y cónyuges. Ofrecense aquí

los problemas de los casos de adopción, divorcio y nulidad de matrimonio, que la doctrina resuelve tal como lo hace respecto del art. 80, inc. 1º, se deben tener en cuenta las reformas introducidas en las leyes civiles. El tipo no contiene el elemento subjetivo cognoscitivo que figura en el art. 80, inc. 1º, el conocimiento de la relación con la víctima por parte del autor será necesario para seleccionar la punición agravada; el error sobre su existencia (*creer que no existe*) dejará el caso en la figura básica, pero no así la duda sobre tal circunstancia (Núñez).

En estos casos, “el *maximum* y el *minimum* de las penas establecidas en el artículo precedente, serán aumentados en un tercio” (art. 107, según ley 24.410).

§ 287. *DISTINCIÓN CON LOS DELITOS DE INCUMPLIMIENTO DE LOS DELITOS DE ASISTENCIA FAMILIAR.* – Al solo efecto de tenerlo presente para distinguirlos de los delitos de abandono, señalamos que, si bien pueden relacionarse en ciertos casos con ellos, no plantean problemas de concurso aparente los previstos por la ley 13.944.

II. ABANDONO POR CAUSA DE HONOR

§ 288. *EL CARÁCTER DE LAS FIGURAS DEL ANTERIOR PÁRRAFO 2º DEL ARTÍCULO 107 DEL CÓDIGO PENAL Y SU DEROGACIÓN.* – Las figuras que veremos a continuación, constitutivas de casos particulares de abandono que se especializan por la motivación del agente, han desaparecido de nuestra legislación; la ley 24.410 ha mantenido sólo la primera parte del art. 107 de la anterior fórmula, con lo que ha derogado su segunda parte, que presentaba uno de los problemas ciertamente más complejos de la parte especial.

III. OMISIÓN DE AUXILIO

§ 289. *LA DISPOSICIÓN LEGAL.* – El art. 108 del Cód. Penal reprime con multa a quien, “encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada

de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad". El monto de las multas, según la ley 24.286, BO, 29/12/93, es de setecientos cincuenta pesos a doce mil quinientos pesos.

§ 290. *CARÁCTER OMISIVO DE LA ACCIÓN. PREEXISTENCIA DEL DEBER DE ACTUAR.* — La ley pune una conducta omisiva que, como todas las de ese carácter, presupone la previa existencia de un deber de actuar. En este tipo, es la misma ley la que configura el deber y fija sus límites: el agente debe encontrar perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera.

§ 291. *SIGNIFICACIÓN DE LA EXPRESIÓN "ENCONTRAR".* — No está muy de acuerdo la doctrina sobre la significación de la expresión *encontrar*. En principio da la idea de quien halla a la víctima (no puede decirse que la encuentra quien va acompañado de ella, por lo cual, en esos casos, sólo sería posible que cometiese el delito del art. 106, Cód. Penal). La víctima puede ser encontrada, porque expresamente se la ha buscado o porque se da con ella accidentalmente; pero también queda comprendida la hipótesis de quien es llamado a colaborar con el auxilio de la víctima por un tercero que la encontró, porque necesita o le es útil la ayuda, o por las particulares condiciones del llamado, aunque éste no se encontrare *en presencia* de la víctima (p.ej., el médico que se niega a acudir al llamado que se le formula para que atienda a un herido o enfermo).

§ 292. *SITUACIÓN DEL SUJETO PASIVO.* — Pero la persona encontrada debe estar *perdida* o *desamparada*. Está perdida la que carece de posibilidad de dirigirse a un destino determinado, encontrándose fuera de los lugares que conoce o en los que puede ponerse en contacto con aquellos a quienes puede hacer conocer su paradero, porque no sabe dónde está o porque, sabiéndolo, desconoce las vías para llegar a aquel destino o carece de los medios para comunicarse. Está desamparada la persona que no puede proveerse de los auxilios que necesita en su actual condición o situación, porque se halla sola sin posibilidades de hacerlo o con terceros que no pueden prestarlos.

§ 293. *CALIDAD Y CONDICIÓN DEL SUJETO PASIVO.* – El perdido o desamparado tiene que ser *un menor de diez años o una persona mayor de edad herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera.*

Cuando se trate de un menor de diez años basta que el agente lo halle perdido o desamparado, puesto que, en esas circunstancias, la ley considera que su integridad física se encuentra en peligro.

La persona está herida cuando ha sufrido un daño en el cuerpo que le impide proveerse de los auxilios que necesita; está inválida cuando no puede valerse libremente de su actividad física (aunque sea parcialmente) para procurarse los auxilios; está amenazada de un peligro cualquiera cuando hechos de la naturaleza o actos del hombre amenazan su integridad física (p.ej., el que se está ahogando; el que ha quedado apretado entre los hierros retorcidos a raíz de un accidente). Si bien es verdad que no quedan comprendidos riesgos distintos del que amenaza la integridad física, sí lo están los casos en que esa integridad se encuentra comprometida aunque el peligro principal incida primordialmente sobre otros bienes jurídicos de la víctima (p.ej., comete el delito quien no presta auxilio a una mujer que está por ser violada por medio de la fuerza, o al que sufre coacción física para ser robado).

§ 294. *CONTENIDO DE LA ACCIÓN OMISIVA. AUSENCIA DE RIESGO PERSONAL.* – Dándose el presupuesto del deber de prestar el auxilio que acabamos de ver en los párrafos anteriores, la conducta típica es la omisión del cumplimiento de ese deber, o sea la no prestación de la ayuda que la víctima necesita en las circunstancias concretas, cuando pueda hacerlo *sin riesgo personal.*

Este riesgo, que restringe la obligación de prestar el auxilio, es la posibilidad seria de sufrir un daño físico de cierta consideración, a consecuencia de la acción de prestar el auxilio; la ley no toma aquí en cuenta el riesgo para otros bienes (como la propiedad, exponerse a situaciones confusas que redunden en deshonra, etc.), ni las molestias que son propias del auxilio o los daños físicos de escasa entidad (rasguños, esfuerzos para quitar el peso que aplasta a la víctima).

Únicamente cuando existe ese riesgo o el agente carece de facultades personales o posibilidades instrumentales para prestar el auxilio, la omisión dejará de ser típica, pero, en este caso, la ley

consagra otro deber a su cargo: dar aviso inmediato a la autoridad; tratase, por tanto, de un deber *subsidiario*; el aviso no elimina la tipicidad de la omisión de la ayuda cuando el agente pudo brindarla sin riesgo personal.

§ 295. *EL AVISO A LA AUTORIDAD.* – En el segundo supuesto que enunciamos la omisión típica es la de no dar el aviso. El agente cumple con su deber cuando de cualquier modo (aunque sea cubriéndose en el anonimato), pone en conocimiento de la autoridad –es decir, de cualquier persona que por su función está obligada a suministrar el auxilio o lograr que otros lo suministren– la situación en que se encuentra la víctima. El aviso debe ser *inmediato*, dentro de las posibilidades personales o instrumentales del agente, o sea, sin solución de continuidad entre la formulación y el hecho de haber encontrado a la víctima. El aviso dado por un medio inadecuado (p.ej., una carta dirigida por correo) no significa cumplir con el deber: la omisión seguirá existiendo como típica.

En el caso en que sea procedente el aviso a la autoridad, la ley no trae ninguna referencia a situaciones de atipicidad por afrontamiento de riesgos personales, sin perjuicio de que la omisión se justifique por la vigencia de un estado de necesidad o el autor omita en situación de inculpabilidad.

§ 296. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El hecho se consuma con la omisión, sin necesidad de que se haya producido resultado alguno (fuera de la situación peligrosa); la consumación existe igualmente aunque la víctima haya sido socorrida por un tercero que la encontrase inmediatamente después que el agente no actuó conjurando la situación de peligro, o ella misma haya logrado eludirla por su propio esfuerzo. No admite tentativa.

§ 297. *AUTOR Y PARTICIPACIÓN.* – Sujeto activo puede ser cualquier persona, incluso quien, por su estado o función, está obligado a prestar el auxilio, sin perjuicio de delitos específicos que pueda cometer en su propia esfera funcional.

Es inadmisibles la participación, ya que el carácter de la particular omisión típica pone a cargo de todos los violadores del deber la responsabilidad como autores, aunque esas violaciones se refieran a la misma víctima y en la misma situación necesitada de ella (p.ej.,

en el caso de que sea un grupo de personas el que haya encontrado a la víctima, cada uno de los integrantes de aquél será *autor de su omisión*, aunque se hayan puesto de acuerdo para no prestar el auxilio).

§ 298. *CULPABILIDAD*. — El dolo requiere el conocimiento de la situación de la víctima y la voluntad de no prestar el auxilio pese a la ausencia de riesgo personal (el error sobre esta última circunstancia puede eliminar la culpabilidad típica) o de no dar aviso a la autoridad.

TÍTULO II

DELITOS CONTRA EL HONOR

§ 299. *CONCEPTO DE HONOR.* – Sin dejar de tener presentes las dudas que el concepto jurídico de *honor* ha suscitado, podemos decir que es el conjunto de cualidades valiosas que, revistiendo a la persona en sus relaciones sociales, no sólo se refieren a sus calidades morales o éticas –como alguna vez se entendió–, sino también a cualesquiera otras que tengan vigencia en esas relaciones (profesionales, jurídicas, familiares, culturales, físicas, psíquicas y sociales en general).

§ 300. *HONOR Y DECORO.* – Se insiste en que, dentro del concepto de honor, está comprendido el de *decoro*, en cuanto sentimiento de dignidad del hombre, que debe ser respetado en las relaciones sociales, mediante un mínimo de circunspección y recato que cada integrante de la sociedad debe a los demás. Sin embargo, hay que advertir que se puede ofender el decoro sin ofender el honor (un ruido indecoroso realizado en una reunión social que no se dirija a una persona determinada, puede ofender el decoro de los presentes, mas no su honor), por lo cual la inclusión no sería del todo acertada. Tanto es así que, cuando la ley ha querido castigar las infracciones al decoro, lo ha hecho específicamente (como ocurría con el desacato del art. 244, Cód. Penal, que derogó la ley 24.198). Lo que quizás haya confundido a la doctrina es que ciertos ataques al honor (decirle “fea” a la mujer o “idiota” al sabio) han sido erróneamente considerados como ataques al decoro (lo hace Altavilla, por ejemplo).

§ 301. *CARÁCTER DE LA PROTECCIÓN.* – En nuestro sistema jurídico –salvo en situaciones expresamente contempladas, como ocu-

re en la calumnia y en algún otro supuesto en que se admite la prueba de la verdad—, el honor se protege en cada persona como entidad abstracta que se considera poseída por todos los individuos. No constituye, pues, presupuesto de punición, que el sujeto pasivo de la ofensa posea, en realidad, las cualidades valiosas que se le niegan al formularla. La ley parte del principio de que siempre existe el honor en cada uno. Ya veremos cómo influye esta actitud en la determinación de los sujetos pasivos.

§ 302. **HONOR OBJETIVO Y HONOR SUBJETIVO. DIFAMACIÓN Y DESHONRA.** — Para determinar los modos y la extensión de las ofensas contra el honor, señalase la existencia de un honor objetivo y de un honor subjetivo. El *objetivo* estaría constituido por aquellas cualidades que nos pueden atribuir los terceros; se referiría, pues, a la valoración *social* de la personalidad. El *subjetivo* estaría constituido por las cualidades que cada persona se puede atribuir a sí misma; se referiría, por tanto, a la autovaloración de su personalidad que hace el propio titular del derecho. Al uno se lo ofende mediante la *difamación*, es decir, desacreditándolo ante terceros, lo cual perjudica a la *fama*; al otro se lo ofende mediante el ultraje (*deshonra*) personal.

En algunos sistemas legislativos esta distinción se plasma en dos figuras distintas: la de “difamación” y la de “injuria”; incluyéndose en ésta a las ofensas personales sin trascendencia a terceros; lo cual no pasa en el nuestro, donde las dos figuras principales, la injuria y la calumnia, admiten, indiferentemente, tanto la ofensa difamatoria como el ultraje directamente personal. La punición no requiere, por tanto, indefectiblemente, la trascendencia a terceros de la ofensa; es más, ciertas formas de trascendencia (divulgación) pueden presentarse como circunstancias agravantes de la punibilidad.

§ 303. **MODALIDADES DE LA OFENSA.** — Tal amplitud típica repercute sobre las condiciones modales de formulación de la ofensa, sin que, en principio, sufra mengua la procedencia de su castigo. Puede ser directa o indirecta (la que se formula a una persona para que recaiga sobre otra; “hijo de ladrones”, por ejemplo), explícita (con expresiones de carácter unívocamente ofensivo) o implícita (otorgando a expresiones que pueden tener distinto significado un sentido ofensivo), dentro de las cuales la legislación menciona específicamente las injurias equívocas o encubiertas (en el art. 112,

Cód. Penal). Por lo menos nuestra injuria admite su comisión por medio de actos positivos como de omisiones.

§ 304. *CONDICIONES SUBJETIVAS DE LA ACCIÓN. EL "ANIMUS INIURIANDI".* — Cierta pretérita doctrina insistía en signar la culpabilidad de estos delitos con las limitaciones de un ánimo específico: el llamado *animus iniuriandi*. Tal especificidad planteó dudas que pueden considerarse superadas, así como el casuismo con que se trataban las posibilidades de exclusión de la punibilidad cuando la acción estaba regida por otros ánimos.

Subjetivamente los delitos contra el honor reclaman el conocimiento, por parte del agente, del carácter ofensivo de las expresiones, actos u omisiones, sea porque objetivamente lo tienen o porque pueden asumirlo en las particulares circunstancias en que se los emplea o realiza y la voluntad de ofender así al sujeto pasivo, deshonorándolo o desacreditándolo, aunque no haya sido ésta la principal finalidad de la conducta.

La exclusión de ese contenido subjetivo en virtud de la preeminencia de otros ánimos específicos puede referirse a circunstancias muy variadas, no todas ellas relacionadas con la culpabilidad. En el llamado *animus corrigendi* es el ejercicio del derecho o el cumplimiento del deber de corrección lo que *justifica* la conducta que, en otros supuestos, podría considerarse ofensiva; lo que también ocurre con el *animus consulendi*. En el *animus defendendi* hay un ejercicio de *legítima defensa*. Lógicamente, la impunidad, en los casos que acabamos de ver, no depende del puro subjetivismo del agente, sino también de su correspondencia con los requisitos objetivos que son propios de las justificantes. A su vez, no faltan ánimos que, por sí mismos, no eliminan la culpabilidad de los delitos de que venimos hablando, no obstante la especificidad que presentan; así ocurre con el *animus retorquendi*, o sea, el que se da cuando el autor procura devolver la ofensa que se le ha inferido con otra ofensa (nuestro legislador lo prevé expresamente en el art. 116, Cód. Penal) y con el *animus iocandi* —el constituido por la finalidad de hacer una broma— que no quita la voluntad de ofender, salvo en casos muy particulares.

§ 305. *SUJETOS PASIVOS. INCAPACES. MENORES.* — Dijimos que es principio común aceptado reconocer la existencia de honor en

toda persona, cualquiera que sea su condición y cualquiera que sea la trascendencia social o psíquica de la ofensa formulada; es indiferente, como apuntamos, que la ofensa haya llegado a asumir la dimensión del descrédito (si es que alcanzó a deshonrar), pero también lo es —no lo discute la doctrina— que el sujeto pasivo haya llegado a conocer efectivamente el carácter ofensivo que para él tiene la conducta del agente.

La primera afirmación indica que en nuestro derecho no hay personas *deshonradas*, o sea, que pueda considerarse que carecen de honor y no puedan ser sujetos pasivos de estos delitos (por más degradada e infame que sea su personalidad moral, aun cuando haya sido objeto de condenas impuestas por actos ilícitos abiertamente indignos).

Las otras afirmaciones nos revelan que los *incapaces*, tanto en razón de minusvalías psíquicas como en razón de la edad, son también sujetos pasivos posibles de los delitos contra el honor; en cuanto a los primeros, ya que aunque no pueda llegarse a vulnerar su honor en el aspecto subjetivo en cuanto ellos no pueden comprender el carácter ultrajante de la ofensa, nada impide que ella pueda atacar su honor en el aspecto objetivo; con respecto a los *menores de edad*, la consideración del futuro desarrollo de sus atributos es suficiente para advertir que también su honor en sentido objetivo puede ser menoscabado, aunque no hayan podido comprender el ultraje que se les infiere, sin perjuicio de que sea discutible que tal honor pueda ser atacado por medio del delito de calumnia, a lo que más adelante nos referiremos. Sin embargo, nuestra ley plantea dificultades para llegar a punir las ofensas contra el honor cuando los sujetos pasivos son incapaces, puesto que al exigir que la acción por calumnia e injuria sea ejercitada *sólo por el ofendido*, impide que puedan accionar sus representantes, consagrándose así, por vía indirecta, la impunidad de tales delitos, al menos en algunos casos (el incapaz, recuperada o lograda su capacidad para estar en juicio podría accionar en caso de no haberse operado la prescripción de la acción).

§ 306. *OFENSAS A LA MEMORIA DE LOS MUERTOS.* — En nuestro sistema legislativo la punibilidad de las ofensas contra el honor requiere que se las haya inferido a una persona viva. A diferencia de lo que ocurre en otros derechos, donde expresamente se contemplan los casos de ataques deshonrantes a la memoria de los falleci-

dos, en el nuestro sólo el que se ha inferido existiendo el ofendido es perseguible penalmente, se haya iniciado o no la acción en vida de él, ya que la ley (art. 75, Cód. Penal) no sólo autoriza al cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes a continuar la acción iniciada por el fallecido, sino aun a ejercerla si él no lo hubiese hecho.

Claro está que no son ofensas al honor del muerto las que, tratándose de referencias a la persona del fallecido, constituyen ofensas contra los vivos (decir de un muerto que era un *venenoso* es una injuria que ofende su memoria, pero si se dice de él que era “un ser venenoso que únicamente pudo dar vida a una raza de víboras”, es indudable que también se ofende el honor de sus descendientes).

§ 307. *LOS ENTES COLECTIVOS COMO SUJETOS PASIVOS.* — Los entes colectivos, en sí mismos, no tienen *honor* en el concepto precedentemente expuesto. Pero pueden gozar de una posición en la sociedad a causa de la confianza que inspiran como institución, y de ahí que se los considere como sujetos pasivos de delitos contra el honor, mediante figuras especiales que protegen su *buen nombre* o su *crédito*.

§ 308. *EXCLUSIÓN DE LA DIFAMACIÓN DE PERSONA COLECTIVA COMO DELITO AUTÓNOMO.* — Tomándolo del proyecto de 1960 y de la ley 17.567, la ley 21.338 había consagrado este delito por medio del siguiente texto: “El que propalare hechos falsos concernientes a una persona colectiva o a sus autoridades, que puedan dañar gravemente el buen nombre, la confianza del público, o el crédito de que gozara”. Su desaparición nos suscita la necesidad de saber si algunas de dichas conductas quedan cubiertas por los tipos actuales de calumnia y de injuria.

Atendamos, en primer lugar, a si esas personas pueden ser sujetos pasivos de estos delitos. Recordemos que en los trabajos previos del Código se habían enfrentado dos tesis básicas: a) la de que el honor es un bien jurídico del que sólo puede ser titular el hombre, pero no la persona colectiva, por lo cual, cuando es sobre ésta que se vierte la ofensa, ella únicamente resultará punible si trasciende a los hombres que como individuos componen la colectividad, y b) la de que, presentando las personas colectivas características que las convierten en tenedoras de un honor objetivo, él puede ser autónomamente lesionado (aunque no se dé aquella trascendencia). La

Comisión Redactora, de modo vago, parecía fundamentar la aceptación de esta última (en el proyecto de 1906 se había optado por la primera), pero legislativamente esa opinión tuvo una explicitación aún más vaga, pues el proyecto (convertido en ley) se limitó a incluir en el art. 117 sobre retractación la expresión "el culpable de injuria o calumnia contra un particular o asociación". La pregunta que entonces se formuló era cuál sería el efecto dogmático de la inserción del vocablo *asociación* en dicho lugar; ¿significaba que la misma asociación, autónoma e independientemente de las personas individuales que la componían, podía ser sujeto pasivo de los delitos contra el honor, o simplemente se refería a los casos en que el honor de aquellos individuos resultaba vulnerado por ofensas que recaían inmediatamente sobre la persona colectiva? Ambas soluciones aparecieron a lo largo de la doctrina argentina.

Para Soler sólo los individuos pueden ser sujetos pasivos de los delitos contra el honor y lo que la ley ha querido significar, con el agregado incluido en el art. 117, "es que puede ofenderse el honor de la persona ofendiendo a la sociedad de que forma parte" por medio de una injuria o mediante de una calumnia.

Aunque reconociendo a las personas colectivas como posibles sujetos pasivos de los delitos contra el honor, Moreno señalaba que ellas únicamente podían ser víctimas del delito de injuria, pero no del de calumnia, ya que la *sociedad* no puede delinquir.

Ésta es, también, la tesis de Núñez, pero formula una serie de distinciones que cree indispensables. En primer lugar, no es idéntica la situación de las personas colectivas reconocidas jurídicamente como tales (aun por el mismo derecho penal en normas constitutivas) que la de un conjunto de individuos que, pese a ostentar una designación colectiva, carecen de tal reconocimiento; las ofensas dirigidas contra estos grupos únicamente pueden ofender a los individuos que los componen, si es que por sus modalidades los alcanzan. Pero la *persona jurídica* sí puede ser sujeto pasivo de delitos contra el honor, siempre y cuando sean injurias y no calumnias, porque "si bien no se puede poner en duda que la imputación delictiva afecta a la personalidad de la asociación, también afecta inmediatamente a los sindicados como autores materiales y sólo contra ellos el delito imputado da lugar a una acción pública y, así, a la calumnia" (Ramos).

Se ha dicho que, pese a su opinión, Soler, al redactar el proyecto de 1960 (art. 151, cuyo texto se trasladó a las leyes 17.567 y

21.338), no admitió la calumnia contra las personas colectivas, lo cual es relativo, pero lo que ahora nos interesa preponderantemente es determinar hasta dónde las conductas susceptibles de constituir el delito de difamación de personas colectivas pueden haber pasado a integrarse en otros tipos.

Si los *hechos falsos* que se han propalado sobre la persona colectiva o sus autoridades constituyen delitos de acción pública que se imputan (directa o indirectamente) a los componentes individuales de aquélla o a quienes ejercen estas funciones, el hecho quedará como calumnia respecto de cada uno de ellos. Si esos hechos importan imputaciones que deshonran o desacreditan se tipificarán como injurias, considerándose como sujetos pasivos, sea a los componentes individuales de la persona colectiva (si se sigue una opinión como la de Soler), sea a la misma persona colectiva (si se sigue la otra opinión expuesta).

En concreto, la derogación de la *difamación de persona colectiva* como delito autónomo de ninguna manera significa, por sí misma, la desincriminación de las acciones que podían constituirlo (salvo, por supuesto, en los casos excepcionales en que no se adecuen a la tipicidad de los arts. 109 y 110), conforme surge de la interpretación del art. 117.

§ 309. *LOS TIPOS FUNDAMENTALES DE LOS DELITOS CONTRA EL HONOR.* — Podría admitirse que la injuria representa el género; se trataría de la ofensa más genérica; en cuanto a la calumnia vendría a ser una injuria calificada por el objeto de la imputación ofensiva (atribuir un delito), pero igualmente nos parece conveniente seguir el orden del Código, ya que el estudio de los principios generales que acabamos de señalar (que generalmente la doctrina realiza al tratar de la injuria) nos permite encarar la exposición en esa forma.

I. CALUMNIA

§ 310. *LA DISPOSICIÓN LEGAL. LOS TEXTOS ANTERIORES.* — El art. 109 del Cód. Penal pune con penas de prisión de uno a tres años “la calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública”.

§ 311. *CARÁCTER DE LA CALUMNIA EN CUANTO OFENSA CONTRA EL HONOR.* – Ya hicimos ver que la calumnia es una ofensa contra el honor, cuya especialidad reside en el carácter de la imputación deshonrante. Es precisamente ese carácter lo que, para muchos, justifica la mayor punibilidad que contiene el tipo con relación a otros del capítulo, puesto que en el delito de calumnia se suma al ataque contra el honor, la circunstancia de que el sujeto pasivo también puede verse afectado por los procedimientos tendientes a investigar el hecho o la autoría que falsamente se le atribuye, y que siempre se da como peligro, aunque el agente no haya formulado la imputación ante la autoridad.

§ 312. *ACCIÓN. IMPUTACIÓN A PERSONA DETERMINADA.* – La calumnia se configura en una conducta imputativa, ya que su acción consiste en *atribuir* un delito o una conducta criminal dolosos. La atribución debe tener como destinatarios a uno o más sujetos determinados, a quienes se los relaciona con un hecho delictuoso que se dice ocurrido o con una conducta criminal que se dice asumida por ellos. Lo cual indica que no es calumnia la simple mención de que se ha cometido un delito sin que puedan determinarse sus autores o partícipes por los datos brindados por el agente (aunque tal conducta puede constituir delito contra la Administración, art. 245, Cód. Penal), pero sí lo sería cuando, en virtud de esos datos, fuera posible indicar a alguien como partícipe del delito, en cualquier carácter (autor, cómplice o instigador).

Tampoco es calumnia, según estos principios, la afirmación de que alguien va a realizar un delito, puesto que con ella no se atribuye un delito, sino una intención (aunque puede tipificarse una injuria).

Es suficiente la formulación de la imputación aunque se la atribuya a un tercero (“me dijo fulano”), aunque no se dé como segura (“parece que”, “se dice que”, “habría ocurrido”).

Esa imputación, como vimos, tiene que ser la de un *delito* que dé lugar a una acción pública.

§ 313. *DETERMINACIÓN DEL DELITO.* – Siempre que sea una ley penal la que dispone el castigo, es indiferente su procedencia legislativa, incluyéndose aun los delitos que se tipifican teniendo en cuenta el particular estado del sujeto pasivo (como son los delitos

militares; aunque parte de la doctrina –Núñez– restringe el ámbito de la calumnia a los delitos comunes contenidos en el Código de Justicia Militar, hay que tener presente que los delitos puramente militares atribuidos falsamente afectan, como cualquier delito común, al honor de aquel a quien se lo atribuye).

La imputación calumniosa requiere que se atribuya un delito *determinado* o, cuando menos, *determinable* como hecho real; no basta, por consiguiente, atribuir un delito según la calificación exclusivamente penal (fulano “cometió un hurto”); es imprescindible que la determinación se establezca en virtud de sus circunstancias fácticas (víctima, lugar, tiempo, objeto, medios, etc.), aunque no contenga a todas, pero sí las que basten para permitir la determinación. Dándose esta *determinabilidad*, poco importa el nombre jurídico que le asigne el agente, y que puede ser erróneo, sin que ello pueda influir en la punibilidad (p.ej., que haya calificado a un hurto de robo). Pero, eso sí, no tiene carácter de calumnia la imputación de un hecho que no está tipificado como delito en los elencos penales, aunque el agente crea lo contrario.

Constituye atribución calumniosa el agregado, a un hecho cierto no delictuoso, de circunstancias falsas que lo tornan delictuoso (p.ej., afirmar que una persona hurtó una res de un campo vecino cuando se había limitado a retirarla porque era de su propiedad), o cambian el título de la responsabilidad penal (p.ej., afirmar que quien cometió un homicidio culposo quiso matar), así como la falsa eliminación de circunstancias realmente ocurridas que quitan al hecho el carácter delictuoso. Pero no es calumnia la atribución de un hecho delictuoso efectivamente cometido agregándole circunstancias falsas que sólo agravan la punibilidad (sostener que un hecho de robo fue cometido con modos o medios que lo convierten en robo agravado) o quitar las circunstancias que lo atenúan (afirmar falsamente que quien cometió un homicidio en estado de emoción violenta no lo hizo en esas condiciones).

Pero se duda sobre si la falsa atribución de un delito presentándolo como justificado (“fulano mató en legítima defensa”) es calumniosa. La ley parece adecuar la expresión “delito” al hecho regulado típicamente como tal, y no al delito estructuralmente completado con todos sus elementos, por lo cual la solución afirmativa sería la correcta (Núñez cree que no constituye calumnia, aunque estima que sí la constituye la atribución de un delito presentándolo como

cometido en condiciones de inculpabilidad –“fulano mató coaccionado”– o agregándole una excusa absolutoria –“fulano le hurtó el reloj al hermano con el que vivía en la misma casa”–, pero no parece que entre estas situaciones y las de justificación se den diferencias esenciales: el honor también puede verse atacado con atribuciones falsas de un delito, aunque se lo mencione como justificado).

§ 314. *LA IMPUTACIÓN DEBE VERSAR SOBRE UN DELITO DE ACCIÓN PÚBLICA.* – La exigencia del carácter del delito imputado había sido excluida por la ley 17.567 y, siguiendo sus pasos, lo fue por la ley 21.338. En dichas leyes resultaba indiferente, en primer lugar, que el delito imputado fuese de acción pública ejercitable de oficio o dependiente de instancia privada o de acción privada; ahora no es así: tiene que tratarse de un *delito que dé lugar a la acción pública*.

El problema que suscita dicha exigencia proviene de que dentro de los delitos de acción pública se hallan los de acción que pueden ser ejercidos de oficio y los de acción dependiente de instancia privada. Ninguna duda cabe de que la falsa imputación de los primeros constituye calumnia; tampoco puede dudarse sobre que la falsa imputación de un delito de acción privada no la constituye y, en todo caso, va a parar a la injuria del art. 110.

Pero la solución no es tan simple cuando se trata de la falsa imputación de un delito dependiente de instancia privada (art. 72, párr. 1º). Ello es así por cuanto el autor de la imputación podría probar que es verdadera y, para hacerlo, probar la existencia del delito; en ese caso, cuando respecto de éste no se hubiese formulado el acto de instancia, la admisión de aquella prueba implicaría desconocer la razón de ser de las limitaciones establecidas por el art. 72: la vulneración del secreto protegido se estaría poniendo *legalmente* en manos de un tercero que puede ser un extraño a los interesados en guardarlo, según aquella norma.

Para algunos, pese a la letra del art. 109, si el acto de instancia por el delito dependiente de instancia privada se ha producido, su falsa imputación constituye calumnia (Gómez), siendo indiferente que la conducta calumniosa se haya llevado a cabo antes o después de producido el acto de instancia; “lo importante es que al iniciarse la acción por calumnia, y después, en la instancia probatoria, haya sido ya por su parte promovida la acción que dependía de la instancia de un tercero” (Soler).

Para otros, la falsa imputación de un delito de esa índole nunca constituye calumnia, sino siempre injuria, aun en los casos en que se haya producido el acto de instancia (Núñez). Esta última posición parte de una interpretación restrictiva del texto del art. 109 con el objeto de solucionar una contradicción normativa que, en realidad, desaparece cuando el acto de instancia se ha producido, por lo que, dándose esa condición, ya no puede afectar la literalidad de aquel texto que se refiere a delitos de *acción pública*, sin distinciones de ninguna clase.

Pero el requisito de que el delito materia de la falsa imputación sea de acción pública, nos enfrenta con otra duda. Para unos, dicha referencia tiene que entenderse como mencionando un delito cuya acción procesal sea viable: no quedarían abarcadas por el tipo las imputaciones de delitos cuyas acciones estén extinguidas por prescripción, por haber sido resueltas por sentencia firme (Moreno, Ramos, Gómez, Oderigo) o cuya punibilidad esté coartada por una excusa legal (Oderigo). Para otros, aquella referencia es una simple calificación que no exige la viabilidad (hipotética, por supuesto) de la acción procesal por el delito que se dice falsamente imputado, en el momento en que se concreta la conducta calumniosa (Núñez, Ghione), opinión de la que participamos.

Por otra parte, como dijimos, en tanto la ley 21.338 requería la falsa atribución de un delito doloso, el texto vigente no trae tal calificación; por consiguiente, ha de llegarse a la conclusión de la doctrina vertida sobre el texto original: no sólo la falsa atribución de un delito doloso o, en ciertos casos, preterintencional cabrá en la calumnia, sino también la que verse sobre un delito culposo (Núñez, Oderigo).

§ 315. *IMPUTACIÓN DE UNA CONDUCTA CRIMINAL*. – Con la ley en vigencia, únicamente puede ser objeto de la imputación típica un delito determinado o determinable como hecho real. La ley 21.338 –al igual que la 17.567– también tipificaba como calumnia, la falsa atribución de una *conducta criminal dolosa, aunque sea indeterminada*, o sea, la imputación de una actividad delictiva, aunque ella no fuese concretamente determinable en sus circunstancias (de víctima, lugar, tiempo, etcétera). Actualmente, pues, tanto la imputación de una costumbre o calidad criminal (“eres un ladrón”), cuanto de una conducta criminal dolosa (“fulano robó dinero”) quedan reservadas para la figura de injuria.

§ 316. *FALSEDAD DE LA ATRIBUCIÓN.* – La calumnia requiere que la imputación sea una *atribución falsa*. Por otra parte, la falsedad exige que objetivamente falte uno de los elementos de la relación imputativa: o que el hecho no haya existido, o que no haya existido con las características y en las condiciones que lo configurarían como delito que da lugar a la acción pública, o que habiendo existido como tal no existiera la participación que se dice del sujeto indicado como partícipe.

Mas la falsedad requiere ser completada subjetivamente: la atribución es falsa cuando el agente conoce que no corresponde, o puede no corresponder, con la realidad; o sea, cuando es una *mentira* (Núñez), porque aquél sabe que no es verdad o duda que lo sea.

Por lo tanto, no estaremos ante la falsedad típica cuando el hecho, con las características y condiciones que se dicen y la participación del sujeto atribuido, existieron en la realidad (aunque el agente crea lo contrario: se tratará entonces de un delito putativo), así como tampoco cuando el agente crea con certeza, pero erróneamente, que existieron (y en este último caso se tratará de un supuesto de ausencia del tipo, no sólo de culpabilidad).

§ 317. *MODALIDADES.* – La atribución falsa puede realizarse por cualquier medio (escritos, orales), aun por los que no constituyan la expresión directa de las ideas, como ocurre en el caso de la llamada *calumnia real*, compuesta por la preparación de indicios materiales que implican la atribución falsa a quien no cometió el delito.

No parecen admisibles las formas omisivas de comisión.

§ 318. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – Es un delito formal que se consuma cuando la falsa imputación ofensiva ha llegado a conocimiento de un tercero, que puede ser el propio sujeto a quien se deshonra o a un extraño, importando la desacreditación de aquél, aunque no es indispensable ni que el sujeto pasivo se haya sentido efectivamente deshonrado ni que se haya producido el descrédito porque el extraño ha creído en la falsa imputación.

Los autores admiten la posibilidad de tentativa cuando los medios utilizados permiten una secuencia de actos ejecutivos que pueden interrumpirse antes de alcanzar la consumación en alguna de las

formas que dejamos expuestas (p.ej., la falsa atribución que se formula por carta cuyo curso se interrumpe).

§ 319. *CONFLUENCIA DE FIGURAS.* – Sin perjuicio de que, en ciertos casos, la calumnia pueda concurrir con la injuria, cuando la imputación calumniosa misma contiene elementos injuriosos que son inseparables de aquélla por ser sus accesorios (“mató con ensañamiento porque es un asesino”) o por constituir uno de los tramos de la imputación falsa (“sus malas costumbres lo llevaron a robarle dinero a quien le había dado de comer”), la figura de calumnia absorbe a la de injuria.

La calumnia se multiplica, aunque se produzca en un único contexto de acción, cuando el mismo hecho o conducta se atribuye falsamente a distintas personas (fulano y mengano mataron a perengano), así como cuando sobre la misma persona se hacen recaer distintas imputaciones falsas, autónomas entre sí (“robó las vacas de fulano y el auto de mengano”) o de distinta naturaleza típica (“defraudó a fulano usando pesas falsas y a mengano abusando de un documento en blanco que le había confiado”). Las distintas calumnias operan, en esos supuestos, en concurso real.

§ 320. *INFLUENCIA DE LAS DEROGACIONES DISPUESTAS EN EL TÍTULO XI. LA CALUMNIA JUDICIAL.* – La reforma ha derogado el art. 276 *bis* que reprimía la calumnia judicial, tanto bajo la forma de denuncia o acusación calumniosa, cuanto de calumnia real. Durante la vigencia de la ley 21.338 esos tipos desplazaban –por especialidad– al del art. 109; ahora, los hechos propios de aquellos delitos también quedan cubiertos por la punibilidad del citado art. 109.

En general, la doctrina no ha dudado al asignar carácter de calumnia a la llamada calumnia real, tal como simular contra una persona la existencia de pruebas materiales que lo señalen como autor o partícipe de un delito (Soler, González Roura).

Pero alguna jurisprudencia vaciló sobre la inclusión de la denuncia o acusación calumniosa en el art. 109. Ocurrió que el legislador, en la Exposición de motivos, había expuesto su voluntad de legislar como delito contra la Administración pública a la denuncia o acusación calumniosa, pero lo omitió en el texto de la ley; dicha omisión hizo pensar a algunos que no había incriminado tales conductas. Mas no pudiéndose negar que la denuncia o acusación

calumniosa ataca el honor (aunque también importe un ataque a la administración de justicia) y que ella cabe perfectamente en la descripción del art. 109, es incorrecto descartar su punibilidad por medio de esta última norma; en el texto vigente, pues, se configura como calumnia (Soler, Núñez, Ramos).

§ 321. *SUJETO PASIVO.* – Lo dicho sobre el tema, al estudiar los principios generales, tiene validez a propósito de la calumnia. Aunque se trate de incapaces que no resultarían punibles por el delito que falsamente se les atribuyera, la circunstancia de que puedan verse sometidos a medidas restrictivas de alguna especie y, fundamentalmente, la consideración de que su honor se vería igualmente afectado –al margen de la punibilidad–, justifica el castigo de la calumnia cometida en su perjuicio.

No parece distinta la solución cuando la eventual inimputabilidad del sujeto pasivo provenga de su edad, aun en el caso del menor de dieciséis años (art. 1º, ley 22.803), porque la situación es, al fin, la misma que en el caso de los demás incapaces.

Trátase, sin embargo, de una cuestión que ha sido debatida en la doctrina.

§ 322. *CULPABILIDAD.* – La culpabilidad requiere que al conocimiento del carácter falso de la imputación –que, como vimos, integra el tipo– se sume la voluntad de formularla. No es indispensable que esté explícitamente presente en los planes del autor desacreditar o ultrajar deshonrando al sujeto pasivo, como expusimos al tratar de los principios generales; basta con que se quiera realizarla conociendo la repercusión que puede tener en esos aspectos del honor.

II. INJURIA

§ 323. *LA DISPOSICIÓN LEGAL.* – El art. 110 del Cód. Penal castiga con prisión de un mes a un año o multa de un mil quinientos pesos a noventa mil (según ley 24.286, BO, 29/12/93) a quien “deshonrarse o desacreditare a otro”.

§ 324. *ACCIÓN. DESHONRAR Y DESACREDITAR. CONTUMELIA Y DIFAMACIÓN.* – Se *deshonra* cuando se ofende la honra de la persona, es decir, su honor subjetivo, por medio de imputaciones agravantes que violan el respeto debido a aquélla en su carácter de tal y que son dirigidas al mismo sujeto pasivo. Ésta es la forma de injuria que en el derecho comparado se ha denominado *contumelia*, para la cual resulta indiferente que la ofensa inferida trascienda a terceros. Se *desacredita* cuando se vierten imputaciones ofensivas ante terceros que pueden menoscabar la reputación (crédito) de que, como persona, goza el sujeto pasivo ante ellos. Esta forma es la llamada *difamación*, que requiere no sólo la trascendencia a terceros de la ofensa, sino también que la conducta se integre con la voluntad de lograr esa trascendencia; dándose esas condiciones, es indiferente la ausencia (p.ej., el comentario malediciente) o la presencia del ofendido, sin perjuicio de que en este último supuesto puedan concurrir ambas formas (p.ej., decir, dirigiéndose a los terceros que están con él, “éste es un inmoral”), puesto que el honor aquí atacado es, fundamentalmente, el objetivo.

§ 325. *MODOS DE LA ACCIÓN. OBJETIVIDAD Y SUBJETIVIDAD.* – La ley no restringe ni determina los modos ni los medios por los cuales se puede deshonrar o desacreditar. La acción puede llevarse a cabo por medio de expresiones verbales, escritas o simbólicas (que representen la expresión ofensiva); de hechos realizados de modo puramente desacreditador (llevándolo al conocimiento de terceros, como estercolar la puerta de la casa del ofendido) o deshonrante (como abofetear al ofendido, empujarlo, o realizar esos actos sobre un tercero para que recaigan sobre él con un contenido ofensivo, como sería besarle a la esposa, tratando de señalarla como mujer liviana); en este último caso, en el derecho comparado se da un tipo específico denominado *ultraje*, que entre nosotros queda comprendido en el tipo de la injuria. También se puede cometer el delito por medio de omisiones (p.ej., en ciertas circunstancias puede ser injuriosamente ofensiva la negación del saludo).

Pero en todos los casos la conducta del agente tiene que reunir la doble calidad de ser objetivamente injuriosa y de que subjetivamente se la realice por su carácter injurioso. Lo primero se da cuando la conducta tiene un significado ofensivo para el honor, según las pautas sociales vigentes o puede asumirla según ellas; lo

segundo, cuando la conducta es asumida por el autor como ofensa, sea por la univocidad de su significación como tal, sea porque el modo con que se la adopta revela que lo hace con esa significación y no con otra, que pueda tener. No es injuria, por tanto, lo que no pasa de ser un acto de “desconsideración social” (Beling), como puede ser la negativa del saludo a cualquier persona, pero puede llegar a serlo cuando el agente la perpetra para ofender a una persona determinada.

Es más, esa subjetividad puede convertir en injuriosas actitudes del agente que, sin ella, podrían tener otra significación, como es la referencia a un hecho o calidad verdadera del ofendido (p.ej., llamar “delincuente” a quien verdaderamente ha sufrido condena por delitos), y aunque se trate de una calidad que, autónomamente considerada, puede carecer de carácter deshonrante y desacreditante (como decirle *fea* a la dama que realmente lo es, o *petiso* al hombre bajo), siempre y cuando aquélla admita una significación social ofensiva (la sola intención ofensiva que se quiere realizar por un medio que socialmente no puede adquirir esa significación, aunque el agente se equivoque sobre su carácter, no pasa de ser un delito putativo; p.ej., decirle *pitusa* a una niña, creyendo que es una expresión imputativa insultante).

§ 326. *CARÁCTER IMPUTATIVO DE LA INJURIA.* — La injuria, para ser típica, para que constituya la exteriorización de pensamientos lesivos del honor (Soler), debe tener carácter *imputativo*, o sea, tiene que estar formada por imputaciones que atribuyan “calidades, costumbres o conductas susceptibles de ser apreciadas como peyorativas para la personalidad del ofendido”, lo que resulta una afirmación relativamente novedosa en nuestra doctrina (planteadas inicialmente por Núñez).

El carácter imputativo aparece aun en los supuestos en que el delito se comete mediante ultrajes personales que adoptan las vías de hecho (activos u omisivos), los que tienen que negar una calidad valiosa de la persona, atribuyéndole otra desvaliosa, aunque fuere por su significación indirecta (la cobardía en la bofetada, la baja calidad social en la negativa del saludo o de la precedencia, etcétera). Tal conclusión refuerza la idea de que las simples ofensas al decoro que carecen de ese carácter imputativo (p.ej., comportamientos inconvenientes en sociedad) no constituyen ofensas contra el honor, sino meras circunstancias de desconsideración social, que no

están comprendidas en estos delitos, aunque pueden constituir elementos típicos de otros (como la ofensa al decoro en el desacato).

§ 327. *CONSUMACIÓN.* – Es un delito formal que se consuma en la realización de la conducta deshonrrante o desacreditante, aunque el ofendido no se haya sentido deshonrado (ni siquiera es necesario que la ofensa haya repercutido en él con un “sentimiento penoso de carácter moral”, como piensa Soler), ni se consiga efectivamente desacreditarlo ante los terceros. Pero lo que requiere la consumación es que la ofensa sea percibida por terceros: el ofendido u otros; en el caso de deshonra, es suficiente con que haya llegado al ofendido (en los delitos a distancia –p.ej., mediante cartas o telegramas–, es menester que haya recibido y conocido la comunicación); en el caso de descrédito es indispensable que la ofensa haya llegado a conocimiento de terceros ajenos al delito (no lo son, por supuesto, los partícipes), que pueden ser aun los que actúan como medios inculpables de transmisión de la ofensa, entre otros, el mensajero, el empleado receptor del telegrama, etc. (Núñez), siendo aquí indiferente que la ofensa haya o no llegado al ofendido.

§ 328. *TENTATIVA.* – Aunque se ha rechazado la posibilidad de tentativa por el carácter formal del delito, la actual doctrina argentina ha llegado a admitirla en consideración a que pueden darse actos ejecutivos injuriantes que no lleguen a trascender al ofendido o a terceros. Se discute, sin embargo, si la tentativa es posible en todos los casos: algunos únicamente la consideran en las ofensas por escrito (Fontán Balestra), otros la extienden a las verbales (Núñez), como ocurriría en las conversaciones telefónicas, en que el sujeto pasivo no alcanza a percibir la articulación de los sonidos.

Puede haber una tentativa de delito imposible por inidoneidad del medio transmisor (como en el ejemplo expuesto precedentemente), pero no existe tal extensión de la tipicidad cuando la imposibilidad depende de la incapacidad del sujeto eventualmente receptor para comprender el significado ofensivo (el ciego, el sordo, el inconsciente), o del carácter no ofensivo de la conducta (que el agente cree ofensiva), puesto que entonces se tratará de delitos putativos.

§ 329. *SUJETO PASIVO.* – Ofendido puede ser cualquier persona, aunque, para que se dé el delito en su forma de deshonra (sin

que vaya junto con la forma de descrédito, por supuesto), es necesario que se trate de un sujeto que tenga posibilidades de recepcionar la expresividad ofensiva de la conducta del agente captando su sentido. Cuando la percepción de la conducta del agente o de su significado ofensivo es imposible por calidades o circunstancias del sujeto pasivo, nos hallaremos ante un delito putativo por falta, precisamente, de sujeto pasivo, como ya lo hemos adelantado.

Pero siempre el sujeto pasivo se establece en un *otro*; la autoinjuria es inconcebible desde el punto de vista de la punibilidad, salvo que, en su contexto, contenga referencias injuriosas para terceros, que, por supuesto, se punirán como injurias a éstos (p.ej., manifestar en una reunión “todos los que estamos aquí somos delincuentes”).

§ 330. *CONSENTIMIENTO Y CONFORMIDAD POSTERIOR.* – El honor es un bien renunciable, según el común sentir de la doctrina (Maggiore, sin embargo, sostiene lo contrario), por lo cual el consentimiento expresado taxativa o implícitamente (no el simplemente presunto) elimina el carácter delictuoso de la injuria (p.ej., quien en conocimiento de que un artículo periodístico contiene expresiones injuriosas sobre su persona, otorga, expresamente, el permiso para que se publique). Pero la conformidad expresada después de la consumación sólo podría considerarse una posible renuncia a la acción penal privada que extinguiría a ésta (Fontán Balestra).

§ 331. *CONFLUENCIA DE FIGURAS.* – Cuando la misma expresión ofensiva ataca el honor de varios sujetos pasivos, multiplica la delictuosidad de la injuria; nos encontraremos, entonces, ante un concurso real de varias injurias.

También sucede cuando, con referencia a un mismo sujeto, se consuman distintas injurias autónomas, pero constituirán un delito único los varios hechos independientes que vengán a ser etapas de la misma “empresa difamatoria” (Núñez) –será una hipótesis de delito continuado– o cuando la misma injuria se repite en distintas oportunidades sobre el mismo sujeto.

§ 332. *CASOS DE JUSTIFICACIÓN.* – Nada se opone a que el acto deshonroso o desacreditante se justifique según los principios generales consagrados en el art. 34 del Cód. Penal. Ya dijimos que muchos de los *ánimos* que los antiguos tratadistas consideraban factores

de exclusión de un particular dolo específico del delito de injuria (*consulendi, corrigendi, defendendi*) constituyen, en realidad, situaciones de justificación.

§ 333. *CULPABILIDAD.* — Habiéndose desechado, por no ser propia de la tipicidad, la exigencia del *animus iniuriandi* como requisito subjetivo, la culpabilidad de la injuria se estructura dentro del marco de los principios comunes del dolo en su faz cognoscitiva y volitiva. En este segundo aspecto, el agente puede operar tanto con dolo directo como con dolo eventual (así ocurre cuando admite la lesión del honor de otro, aunque la motivación principal de su actuar resida en una finalidad distinta, como acontece en muchos casos en los que lo predominante es el llamado *animus iocandi*).

III. PRUEBA DE LA VERDAD

§ 334. *LA PRUEBA DE LA VERDAD EN LA INJURIA Y EN LA CALUMNIA.* — Vimos que aun la atribución de un hecho, calidad o condición verdaderos puede constituir el contenido de la injuria, por lo cual, en principio, no obsta a su punibilidad la acreditación de su existencia por parte del agente. Tal es la regla general que consagra la ley argentina al admitir la prueba de la verdad como factor excluyente de la punibilidad únicamente en casos determinados taxativamente.

Por el contrario, en la calumnia, siendo la falsedad del hecho atribuido un elemento necesario del tipo, la prueba de la verdad debe admitirse como principio general a los efectos de situar al agente al margen de la delictuosidad.

Aunque por sus particularidades no podemos tratar aquí el tema *in extenso*, señalámos que la denominada “doctrina de la real malicia” no deja de tener repercusiones en lo que estamos tratando y en otros aspectos de los delitos contra el honor. Nacida en el seno de la doctrina civil reparatoria, restringiendo la responsabilidad cuando el demandante es una *figura pública* (a quien se le exige la prueba de la *real malicia* del demandado que ha publicado noticias sobre su persona o actividades), se ha ido extendiendo a la órbita penal, por lo menos requiriendo mayores exigencias para la culpabilidad (p.ej., un *animus iniuriandi* específico).

A) PRUEBA DE LA VERDAD EN LA INJURIA

§ 335. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 111 del Cód. Penal sólo admite la prueba de la verdad al acusado de injurias en tres casos: “1) si la imputación hubiere tenido por objeto defender o garantizar un interés público actual”; “2) si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal” y “3) si el querellante pidiere la prueba de la imputación dirigida contra él”.

§ 336. *OBJETO DE LA PRUEBA.* – La prueba de la verdad versa únicamente sobre la realidad de la imputación agravante que se ha formulado al sujeto pasivo.

Puesto que, como vimos, toda injuria tiene carácter imputativo, en general ningún caso quedaría excluido de la posibilidad de entender a él la prueba, pero cuando se trata de ultrajes personales o de expresiones agravantes en sí mismas, que no son atributivas de calidades, costumbres o conductas, no será sencillo determinar qué es lo imputado que sería demostrable mediante la prueba, por lo cual parte de la doctrina sostiene que, en esos casos, la prueba es imposible y, por tanto, inadmisible (Soler, Fontán Balestra); sin embargo, hay que considerar que en ellos generalmente la imputación finca en un modo de ser (cobardía, estultez, etc.), lo cual no dejaría de ser demostrable.

Está de más aclarar que las limitaciones impuestas a la prueba de la verdad de que aquí tratamos, no se refieren a las circunstancias de los elementos del delito de injurias (el agente, sin limitación alguna, puede probar que no existió la conducta agravante, que actuó en situación de justificación o de inculpabilidad), pero la libertad de esa prueba no puede ser invocada para lograr, por su intermedio, que se admita la prueba de la verdad de la imputación que la ofensa contiene, fuera de los casos previstos por el art. 111 del Cód. Penal.

La prueba de la verdad tiene que rendirse en el juicio que se sigue al agente por injurias. Puede ocurrir, sin embargo, que la acreditación de la verdad de la imputación dependa de un proceso penal (p.ej., en el caso de que se haya llamado “arbitrario” a un funcionario o “ladrón” al cajero del banco, que están siendo sometidos a proceso por abuso de autoridad y hurto, respectivamente), en cuya

hipótesis se plantea una cuestión que es común con el delito de calumnia, donde la trataremos.

§ 337. *CARÁCTER DE LA PRUEBA DE LA VERDAD CUANDO MEDIA LA DEFENSA DE UN INTERÉS PÚBLICO ACTUAL (JUSTIFICACIÓN).* – En la fórmula del art. 111, inc. 1º, es patente que la ley ha otorgado prelación a la defensa o garantía del interés público respecto de la preservación del honor individual, permitiendo el ataque de éste para proteger aquél. Estamos, pues, en presencia de un caso de justificación (Núñez, Fontán Balestra) que ahuyenta la antijuridicidad del hecho, con lo cual ni siquiera el ofendido tendrá a su disposición la vía de la reparación indemnizatoria.

Siendo así, resulta obvio señalar que, a diferencia de lo que se impone en el art. 111, inc. 3º, aquí la procedencia de la prueba de la verdad no depende en modo alguno de la voluntad del ofendido, sino exclusivamente de la vigencia de las circunstancias de admisibilidad taxativamente contempladas en la norma.

§ 338. *INTERÉS PÚBLICO ACTUAL.* – El *interés público* está determinado por lo que interesa al buen orden, gobierno, prosperidad, felicidad, subsistencia, higiene, etc., de la sociedad política, o sea, la formada por todos los habitantes de la Nación, de una provincia, de un municipio o de una zona. El interés es público en cuanto pertenece al quehacer de un número indeterminado de personas; no lo es el que se refiere a personas determinadas, por más numerosas que sean (p.ej., los miembros de una asociación civil). Dándose aquella característica, es indiferente que esté o no en juego un poder del Estado o de las municipalidades, que atañe a un servicio público o privado, que intervengan en la cuestión organismos o funcionarios públicos o entes o individuos privados (p.ej., las expresiones imputativas consideradas ofensivas que se formulan al propietario de un terreno insalubre ubicado en un centro urbano, se relacionan con un interés público).

Tiene que tratarse de un *interés público actual*, es decir, el interés público tiene que estar vigente cuando se formula la imputación. No tiene esa característica lo que históricamente ha sido motivo de un interés público, ni aquello que se plantea como hipótesis de un interés público futuro no referido a situaciones actuales (p.ej., los ultrajes inferidos al locatario de una obra pública, porque cons-

truye con los sistemas admitidos y no con aquellos que el agente considera que van a ser los procedimientos del futuro); pero esto no importa negar la actualidad del interés público significado en situaciones contemporáneas cuyas proyecciones futuras se prevén (p.ej., la crítica mordaz a la inacción de un funcionario que permite el uso de alimentos balanceados que alterarían la calidad alimenticia de las reses en el futuro).

No es necesario insistir, como ya lo hemos advertido, que la actualidad del interés se determina en función de la oportunidad de la realización de la conducta del agente.

§ 339. *REQUISITO SUBJETIVO: FINALIDAD DE DEFENSA DEL INTERÉS PÚBLICO.* – La defensa o garantía del interés público actual necesita, para servir como razón de admisibilidad de la prueba de la verdad, además de la objetividad de su existencia, que subjetivamente haya sido el objetivo tenido en vista por el autor al formular la imputación. *Ésta debe haber tenido por objeto defender o garantizar el interés público.* La defensa o garantía, pues, debe ser una finalidad del agente.

Esa finalidad se da cuando se trata de preservar lo que atañe al interés o de reparar el daño que se le ha inferido (defensa) o cuando se trata de asegurar los elementos que le sirven (garantía), tales como las censuras al codificador que no ha tenido en cuenta las garantías de la libertad individual en una norma. La circunstancia de que la finalidad coexista con otras (como puede ser un interés de carácter personal) no empece a la procedencia de la prueba de la verdad, mientras no se presente la limitación contenida en la parte 2ª del artículo. Pero ella no es admisible cuando la finalidad no existió en el ánimo del agente, aunque la ofensa inferida haya tenido como resultado la defensa o garantía del interés público, según se deduce de la disposición que acabamos de citar; tampoco lo es cuando la ofensa no se vincula con el interés público, aunque se la haya formulado en oportunidad de su defensa (p.ej., que al atribuir al funcionario el carácter de arbitrario se lo moteje de bastardo), o cuando revierta sobre personas que de ningún modo pueden ser relacionadas con el interés público (p.ej., que en la censura a una licitación incorrecta se englobe a funcionarios que nada tienen que ver con ella; a mero título ejemplificativo, “nuestros funcionarios fueron tan estúpidos como los de Cafayate”).

§ 340. *EL INCISO 2º.* – La razón por la cual, en su momento, la ley 17.567 derogó el contenido de este inciso, la explicó el legislador diciendo: “Hemos suprimido el inc. 2º, que tantas dificultades teóricas y prácticas ha generado, aparte de que, con justicia, podría ser calificado como protector de la maledicencia. Si no hay interés público actual ¿qué razón puede haber para que se proteja ilimitadamente la perpetua referencia a un hecho por la sola circunstancia de haber dado lugar, no ya a una condena, sino a un simple proceso?” (Exposición de motivos de la Comisión Redactora). Veamos, pues, cuáles son los problemas que ofrece esta particular circunstancia de *exceptio veritatis* nuevamente aplicable.

En verdad las dificultades se originaron por la terquedad de muchos autores al negarse a reconocer que al texto argentino no podía aplicársele la doctrina italiana que versaba sobre otro no similar, aunque hubiese servido como antecedente de aquél (Núñez, Soler), pero ellas fueron tan ingentes que hasta llegó a calificárselo de inaplicable (Ramos, Molinario, Oderigo), opinión completamente desconocedora de los principios que rigen la interpretación de la ley.

¿Cuál es la razón de la desincriminación de la injuria en este caso?, porque ya no se trata del amparo de un interés superior como en el supuesto del inc. 1º; además, si el hecho ha dado lugar a un proceso, no existe el interés social de que, en ciertos casos, se guarde silencio sobre él (Núñez); “no está en manos de la ley evitar que se conozca y difunda lo que ella misma dispone se pronuncie en audiencia pública... quien sembró vientos es el propio criminal” (Soler); la ley no puede perseguir al autor de un delito y a la vez impedir que el querellado pueda invocar la verdad del hecho por el cual aquél fue perseguido (Núñez).

Pluralmente la doctrina argentina se ha pronunciado en el sentido de que la excusa procede sólo cuando se trate de un proceso *por delito* (Soler, Ramos, Peco). Núñez explica tal limitación por la distinta significación de *proceso* y *procedimiento*; únicamente el delito provoca un *proceso penal*, las faltas o contravenciones sólo dan lugar a *procedimientos*, lo que puede no ser del todo exacto porque hay faltas que se examinan y deciden por medio de verdaderos procesos penales (como ocurre en el Código de Faltas de Santa Fe) que no pueden ser excluidas de la situación de *exceptio* prevista por la norma.

Otro tema en el que se ha complicado la interpretación es el de si quedan excluidos de la excusa los procesos por ciertas clases de delitos o cualquiera queda abarcado por ella. Moreno considera que el inc. 2º sólo se refiere a procesos por imputaciones delictuosas que no tengan cabida en el tipo de calumnia (p.ej., imputaciones por delitos de acción privada); Ramos, aunque critica la opinión de Moreno y tiende a mostrar la inutilidad de la disposición, indica que si al proceso le dio lugar un delito de acción pública no funcionaría la *exceptio* con relación a la injuria, puesto que la conducta contra el honor en ese supuesto sería la descripta como calumnia. Núñez le objeta que no es argumento decisivo, ya que en virtud del carácter privado de la acción procesal por el delito contra el honor, el querellante puede optar por querellar por injuria y no por calumnia, por lo que considera que en la norma se comprenden los procesos por cualquier delito, sea de acción privada o de acción pública y, en esta última, trátase de una acción ejercitable de oficio o dependiente de instancia privada; la solución, pues, la hace depender de la que trae para una cuestión procesal, lo que para algunos puede resultar no del todo satisfactorio.

Otra cuestión que ha suscitado debates es la relativa al estado del proceso que se invoca como causal de la *exceptio*. Gómez, ateniéndose a la doctrina italiana (que, como vimos, reconstruye un sistema que no es totalmente igual al nuestro —como la que versa sobre el art. 390, inc. 2º, del Código italiano de 1890—) considera que el inc. 2º del art. 111 hace mención al proceso en curso o que se inicia, mas no al que ya ha terminado con sentencia. Pero nuestra ley no formula semejante distinción: en ella cabe tanto el proceso en curso cuanto aquel en el cual ya ha recaído sentencia (Soler).

Lo que es indiscutible es que, en el momento de producirse la prueba de la *exceptio*, el proceso debe existir o haber existido; no basta con que *pueda iniciarse*, lo que se deduce claramente del tiempo del verbo; la ley se refiere a que el hecho imputado *hubiere* dado lugar a un proceso penal (Núñez).

§ 341. *CARÁCTER DE LA PRUEBA DE LA VERDAD CUANDO MEDIA PEDIDO DE PARTE (EXCUSA ABSOLUTORIA)*. — La doctrina ha llegado a coincidir en que la procedencia de la prueba de la verdad en el supuesto del art. 111, inc. 3º, consagra una excusa absolutoria que mantiene el carácter delictivo del agravio, eliminando sólo su puni-

bilidad, por lo cual, a su respecto, la reparación civil sería procedente si se probara la existencia de algún daño distinto del moral (éste quedaría eliminado por la propia voluntad del querellante que pide la prueba).

§ 342. **PARTE HABILITADA PARA DEMANDARLA.** – La prueba de la verdad tiene que ser *pedida por el querellante*, o sea, por la víctima del delito o quien puede demandar de conformidad con el art. 75 del Cód. Penal, lo cual no significa que esa parte procesal *disponga* de la prueba, pudiendo oponerse a su realización o renunciando a ella una vez que su pedido ha sido admitido por el juez (desde ese momento el querellado tiene, también, derecho a producirla).

La petición se la puede formular directa o indirectamente mediante la adhesión a la prueba ofrecida (indebidamente) por el querellado (es decir, por el autor de la ofensa). Pero no se trata de una petición indirecta y, por tanto, no tiene virtualidad para suscitar la posibilidad de la producción de la prueba, el consentimiento tácito o presunto del querellante (p.ej., su silencio frente a la petición del querellado), ya que en ese caso no se puede decir que media un *pedido* de la parte procesalmente habilitada para formularlo (conf. Núñez, que en este aspecto varió el criterio que tenía anteriormente).

§ 343. **OBJETO Y LÍMITE DE LA PRUEBA.** – La prueba sólo puede versar sobre *la imputación*, o sea, sobre el hecho, calidad, costumbre o modo de ser que se atribuye. Ni el querellante puede pedir una prueba que recaiga sobre un objeto distinto –por más conexo que sea con la imputación–, ni el querellado extender la prueba a circunstancias que no se refieran a dicho objeto.

§ 344. **LA PRUEBA DE LA VERDAD Y EL SECRETO DE TERCEROS.** – El texto vigente descarta la frase *siempre que tal prueba no afecte derechos o secretos de terceros* que traía la ley 21.338; ella había sido ya incluida por la ley 17.567 con el objeto de proteger claramente la intimidad de terceros ajenos a la querella por injurias (Exposición de motivos de la Comisión Redactora), posiblemente ante las dudas procedentes de alguna doctrina extranjera (Manzini). Sin embargo, durante la vigencia anterior del texto original, los comentaristas habían llegado a la conclusión de que esa limitación estaba implícitamente consagrada, en virtud de que la ley refiere exclusi-

vamente a la imputación que se le dirige *al querrellado*; decíase entonces que “la prueba que puede pedir... es la referente a un hecho de él, personalísimo”, pero que es inadmisibles admitir una prueba que pueda pesar desfavorablemente sobre el honor de terceros ajenos al juicio (Soler). El querrellado, pues, no puede pedir prueba de un hecho que *no es de él*, o de un hecho distinto del *que se le atribuye* aunque se trate de un hecho personal suyo, ni tampoco lo puede hacer cuando la prueba afecte derechos o secretos de terceros, aun cuando alguno de los hechos de que se trate aparezcan como conexos con el que se le atribuye (Núñez). Tales limitaciones habían sido aceptadas por la jurisprudencia (JA, 22-550).

§ 345. *CONSECUENCIA DEL ÉXITO DE LA PRUEBA.* – Consecuencia de la prueba de la verdad con éxito, en los casos enunciados precedentemente, es la *exención de la pena*.

Siguiendo los pasos del proyecto de 1960 y de la ley 17.567, la ley 21.338 declaraba exento de pena al acusado cuando en los casos del art. 111 probase la verdad de las imputaciones, *salvo que la imputación hubiera sido hecha por deseo de ofender o por espíritu de maledicencia*. El texto que adquiere vigencia con la ley 23.077 no contiene tal limitación a la procedencia de los efectos de la *exceptio* y no creemos que exista un medio, dogmáticamente válido, de incluirla.

En consecuencia, ahora la *exceptio* puede subsistir y producir sus efectos pese a la maledicencia de la imputación. En su caso, la acreditación de la finalidad puramente ofensiva por parte del querellante, carecerá de objeto y, por ende, de consecuencias con relación a la prueba de la verdad admitida por la ley.

B) PRUEBA DE LA VERDAD EN LA CALUMNIA

§ 346. *LA “EXCEPTIO VERITATIS” Y LA CALUMNIA.* – La reforma ha derogado la última parte del art. 111 según la versión de la ley 21.338 (“el acusado de calumnia podrá probar la verdad de los hechos en que fundamentó su imputación, salvo que se trate de los delitos mencionados en los arts. 72, inc. 1º, y 73, y que la acción correspondiente no hubiere sido promovida por su titular”) que taxativamente extendía la posibilidad de la excusa a la calumnia.

Ahora volvemos a la situación en que nos encontrábamos durante la vigencia del texto original.

Algunos autores (Soler) pretendieron entonces encuadrar en los esquemas de la excusa del art. 111 a la calumnia (Exposición de motivos del proyecto de 1960). Pero, si se tiene en cuenta que la calumnia es la *falsa imputación* de un delito, la prueba de su existencia no es otra cosa que la afirmación de la atipicidad de la conducta por la que se querella; en principio, pues, la prueba de la verdad no podría quedar limitada en la forma prevista por el art. 111, que únicamente se refiere a un hecho *que es injuria* (Núñez). Por supuesto que también quedan pendientes cuestiones procesales que tampoco solucionaba la ley derogada, fundamentalmente la de compatibilizar el derecho de defensa con el derecho al secreto de los terceros que podrían ser víctimas de los delitos imputados, lo que tiene que ser materia de un tratamiento especial.

IV. CALUMNIAS E INJURIAS EQUÍVOCAS O ENCUBIERTAS

§ 347. *LOS CAMBIOS OPERADOS.* – La adopción del texto original del art. 112 por la ley de reformas, recrea el delito de calumnias o injurias equívocas o encubiertas y deroga el de difamación de persona colectiva que, en ese lugar, había descripto la ley 21.338.

§ 348. *LAS INJURIAS Y CALUMNIAS EQUÍVOCAS O ENCUBIERTAS.* – La ley reintroduce aquí la distinción entre injurias y calumnias manifiestas y no manifiestas; éstas son nuestras injurias o calumnias equívocas o encubiertas, que asumen tal carácter por ser dudosas, por cuanto la ofensividad del contenido o el sujeto a quienes se dirigen dependen de la interpretación que pueda otorgarse a las expresiones o actitudes del agente (Núñez).

El art. 112 vigente las menciona expresando: “El reo de calumnia o injuria equívoca o encubierta que rehusare dar en juicio explicaciones satisfactorias sobre ella, sufrirá del *minimum* a la mitad de la pena correspondiente a la calumnia o injuria manifiesta”.

La tipicidad depende, pues, de las siguientes circunstancias: *a)* que se esté en presencia de una injuria o calumnia no manifiesta, sea por su equívocidad, sea por resultar encubierta, y *b)* que el agen-

te se rehúse a dar en juicio explicaciones satisfactorias (es decir, o se niegue a darlas, o las que haya dado no sean satisfactorias).

Resolvamos, pues, en primer lugar la cuestión de saber cuándo estamos ante una injuria o calumnia no manifiesta. Ha sido Núñez quien con más claridad ha esquematizado los conceptos; siguiéndolo tenemos el siguiente panorama.

a) *INJURIA O CALUMNIA NO MANIFIESTA POR SER EQUIVOCAS*. La equivocidad puede obedecer a dos circunstancias.

1) *EQUIVOCIDAD POR EL CONTENIDO*. Trátase de los casos en que el contenido de la pretendida ofensa puede asumir una doble significación: una inocente, ofensiva la otra (p.ej., empleo de frases o palabras de sentido ambiguo o de doble sentido). Pero no son tales ni la *ofensa implícita* (expresión o actitud de materialidad no ofensiva, pero que presuponen una imputación no deshonrante), ni la *oscura o sutil* (la que no se puede distinguir a primera vista como ofensiva, pero cuyo examen revela ese carácter), porque ninguna de ellas es susceptible de doble significación: tienen una única significación ofensiva, aunque ofrezca dificultades el descubrirla.

2) *EQUIVOCIDAD POR LA DIRECCIÓN*. Son los casos en los que la dirección de la ofensa puede revertir sobre la persona del querellante o sobre otra distinta, pero no comprender a ambas a la vez.

b) *INJURIA O CALUMNIA NO MANIFIESTA POR SER ENCUBIERTA*. Se da cuando la materialidad de las expresiones o actitudes no revela ofensividad; pero adquieren dicha calidad por las circunstancias particulares a que refieren o en que se producen como la llamada *injuria oblicua o indirecta* (Carrara).

Tanto la injuria como la calumnia pueden asumir carácter equívoco o encubierto. Sin embargo, pese a la taxatividad de la ley, Ramos lo negó respecto de las últimas, pero los ejemplos a los que acude son de calumnias implícitas, no equívocas.

El otro elemento típico, que describe concretamente la conducta prohibida, es que el agente *rehusare dar en juicio explicaciones satisfactorias*.

Serán explicaciones satisfactorias aquellas por medio de las cuales el agente asigne a la materialidad de su expresión o actitud, el sentido no ofensivo o muestre que la ofensa no se dirigía a la persona del querellante. A diferencia de lo que ocurre en la retrac-

tación, el agente no reconoce aquí la ofensa para retractarse de ella, sino que demuestra que no hubo ofensa o que no la hubo para el querellante (Soler).

Por supuesto que las explicaciones serán satisfactorias cuando realmente muestren el carácter inocente de las expresiones o actitudes del querellado; aquella calidad de las explicaciones, en cuanto elemento del tipo, es materia a decidir por el juez, pero si ellas son consideradas satisfactorias por el mismo querellante, su voluntad debe ser aceptada por el magistrado conforme a las facultades que a aquél le competen dentro del régimen del art. 73 y ss. del Cód. Penal.

Se rehúsa a dar explicaciones satisfactorias quien no las da ante el requerimiento que se le formula. Quedan comprendidos en el tipo tanto quien se niega a responder como el que, respondiendo, da explicaciones que no son satisfactorias. Si no ha mediado requerimiento no puede haber rehusamiento y, por tanto, faltará tipicidad (Núñez, Ramos).

Las explicaciones deben ser dadas *en el juicio*, es decir, en la querella que se le haya instaurado al agente por la injuria o la calumnia no manifiesta. Parte de la doctrina limita la oportunidad procesal en que las explicaciones pueden darse: se deben producir después de la audiencia de conciliación y antes de la apertura a prueba para unos (Malagarriga); en la audiencia de conciliación para otros (Soler). Pero como se trata de un elemento típico es inexacto pensar en tales limitaciones (Núñez).

A mayor abundamiento hemos de recordar las intensas críticas que ha merecido la penalidad establecida por la ley (Soler), aunque ellas no son unánimes (Núñez). Basta con la información puesto que no acarrearán ningún problema interpretativo.

V. PUBLICACIÓN O REPRODUCCIÓN DE LA INJURIA O LA CALUMNIA

§ 349. *EL TEXTO LEGAL. FINALIDADES DE LA LEY.* — Según el art. 113 del Cód. Penal, se reprime “como autor de las injurias o calumnias” al que “publicare o reproducjere, por cualquier medio, injurias o calumnias inferidas por otro”.

Se ha dicho que la finalidad perseguida por la ley es impedir que quien publica o reproduce la ofensa pueda escudarse en el pretexto de que fue otro su autor.

§ 350. *AUTONOMÍA DEL DELITO.* – La ley tipifica la acción de publicar o reproducir como delito autónomo, distinto de la simple participación en el delito del autor original de la ofensa y de los tipos de injuria o calumnia en que puede radicarse la acción de éste, que, como vimos, no exigen que la ofensa sea publicada o reproducida. Cuando la actividad del reproductor o publicista de la ofensa es la de un partícipe en la ofensa de otro (el que voluntariamente hace de mensajero, el que colabora en la publicación que realiza el mismo autor original de la ofensa), esa calidad descarta la aplicación del tipo autónomo del art. 113.

§ 351. *LAS ACCIONES TÍPICAS. REPRODUCIR Y PUBLICAR.* – *Reproduce* la injuria o la calumnia formulada por otro quien, en distintas circunstancias e independientemente de la conducta del autor original, repite la especie ofensiva, llevándola a conocimiento de personas que no la habían captado cuando el autor original la produjo, divulgándola así entre un número mayor o menor de personas.

Publica la ofensa el que la reproduce de modo que pueda llegar a conocimiento de un número indeterminado de personas.

Ambas conductas típicas importan la repetición de la especie imputativa original; no estaremos, pues, ante el delito estudiado, cuando el agente no se limita a reproducir o publicar la ofensa, sino que le agrega detalles que la convierten en otra ofensa nueva y distinta; en ese caso cometerá el delito de injuria o el de calumnia (eventualmente agravados por el modo).

§ 352. *CONTENIDO DE LA REPRODUCCIÓN O PUBLICACIÓN.* – Lo que se reproduce o publica es la especie imputativa ofensiva, aun cuando la ofensa no resulte punible como calumnia o injuria, en tanto reúna los caracteres de esas ofensas (atribución falsa, carácter deshonrante o desacreditante). Tampoco crea el art. 113 una responsabilidad subsidiaria respecto de quien publica la especie ofensiva que sólo opere cuando el verdadero autor no aparezca o no pueda ser determinado, pero que se descarte cuando se puede establecer la responsabilidad en éste; cae, pues, en este delito quien reproduce

o publica la carta privada ofensiva, aunque lo haga en contra de la voluntad de quien la escribió (contra: Soler) y no se libera de la responsabilidad penal el que publicó la imputación, por el hecho de presentar a su autor original.

§ 353. *MEDIOS.* — La reproducción o la publicación pueden hacerse por *cualquier medio*, tanto en lo material (oral, escrito, etc.), como con referencia a lo efectivo de su divulgación (por comunicaciones privadas o por procedimientos de difusión pública).

§ 354. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* — El tipo no requiere resultado alguno; ni siquiera es indispensable que se haya logrado la divulgación; el delito se consume con el hecho de la reproducción o de la publicación aunque, en la una, el hecho haya trascendido a no más de una persona distinta de las que conocían la ofensa en el momento en que la produjo el autor original y, en la otra, la publicación no haya conseguido la publicidad de la ofensa llevándola efectivamente al conocimiento de un número indeterminado de personas (para algunos, en el primer caso, ni siquiera es necesaria la trascendencia que indicamos). En el sentido expuesto se trata de un delito de peligro que, no obstante, admite la posibilidad de la tentativa.

§ 355. *CULPABILIDAD.* — El dolo, en su doble aspecto cognoscitivo y volitivo, se estructura prácticamente con las mismas características que tiene en la calumnia y en la injuria. Por supuesto que el error sobre el carácter ofensivo de la imputación puede llegar a excluir la culpabilidad, aun en el caso de que se haya originado en la propia culpa del agente (p.ej., que quien publica la especie no haya captado su sentido ofensivo por no conocer a fondo las circunstancias).

VI. REPARACIÓN DEL HONOR OFENDIDO POR MEDIO DE LA PRENSA

§ 356. *LA REFORMA.* — El texto original del Código, que ahora recobra vigencia, sólo contempla la especial reparación del honor ofendido públicamente cuando la publicidad se haya producido empleando la prensa: “Cuando la injuria o la calumnia se hubiere pro-

pagado por medio de la prensa, en la Capital y territorios nacionales, sus autores quedarán sometidos a las sanciones del presente Código y el juez o tribunal ordenará, si lo pidiere el ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos o periódicos, a costa del culpable, la sentencia o satisfacción" (art. 114, Cód. Penal).

El texto de la ley 21.338 contemplaba esa situación en el párr. 2º del artículo, aunque su cláusula final disponía: "ordenará la publicación, si es posible, en el mismo periódico, en el mismo lugar y con los mismos caracteres del artículo injurioso", pero en su párr. 1º se refería a delitos contra el honor cometidos con publicidad por otros medios: "Cuando el delito contra el honor hubiere sido cometido públicamente o por cualquier medio de difusión, la sentencia condenatoria podrá ordenar, si lo pidiere el ofendido, la publicación del pronunciamiento a cargo del condenado"; además traía un párrafo final: "Estas disposiciones son también aplicables en caso de retractación".

§ 357. *REPARACIÓN ESPECIAL DEL HONOR OFENDIDO POR UN MEDIO QUE NO SEA LA PRENSA.* — La ofensa puede cometerse públicamente —sin emplear la prensa— cuando por el lugar en que se profirió, o las personas ante las cuales se produjo, o por el medio empleado (difusión radial, televisiva, etc.), aquélla pudo llegar a conocimiento de un número indeterminado de personas; en esos casos, el texto de la ley 21.338 habilitaba al ofendido para petitionar la publicación del pronunciamiento a cargo del condenado y al juez para ordenarla. Tal cosa no está prevista en el texto vigente que, como vimos, sólo se refiere a la publicidad por medio de la prensa (expresión de la palabra escrita e impresa publicada por un editor), por lo que en él no quedan comprendidos otros modos de publicidad (Núñez); cuando éstos se den, la reparación especial no será admisible y la publicidad de la ofensa únicamente tendrá el carácter de un factor decisivo de la reparación civil por el delito.

§ 358. *REPARACIÓN DEL HONOR OFENDIDO POR MEDIO DE LA PRENSA.* — Se advertirán en el cotejo de los textos ciertas diferencias. Si bien carece de incidencia dogmática el empleo de la expresión *propagada* en lugar de la de *propalada* (esta última evidentemente más adecuada), ya que el sentido típico de una y otra no es distinto, sí la tiene la distinta redacción de la cláusula final.

El texto ahora vigente, sin duda alguna, no permite entender la norma de tal manera que, siendo imposible la publicación en el mismo órgano que publicó la ofensa (por su desaparición, por tratarse de un impreso no periódico, etc.), se pueda requerir y ordenar la publicación del pronunciamiento en otro distinto (Núñez); la imposibilidad, pues, también aquí entrará a jugar como factor estimativo de la reparación civil (Soler). Por el contrario, el texto de la ley 21.338 permitía acudir a la publicación por otro periódico o por otros medios, procurando cumplimentar, del mejor modo posible, la finalidad de esta especial reparación, cuando se hacía imposible la publicación por el mismo medio de prensa en que se produjo la ofensa (Núñez), procedimiento atípico –repetimos– y, por consiguiente, improcedente.

§ 359. *CONTENIDO DE LA PUBLICACIÓN REPARATORIA.* – Aunque el texto vigente ha eliminado el párr. 3° del texto de la ley 21.338, referente a la publicación de la “sentencia o *satisfacción*”, la regulación no ha cambiado, puesto que, unánimemente, la doctrina argentina reconoce que, con esta última designación, la ley penal menciona el supuesto de retractación (Soler, Núñez).

VII. CASOS DE IMPUNIDAD

§ 360. *CARÁCTER DE LAS DISPOSICIONES.* – Los tres últimos artículos que integran el Título II, de los delitos contra el honor, contemplan casos de impunidad penal (arts. 115 y 117), o que pueden conducir a esa impunidad (art. 116).

A) INJURIAS EN JUICIO

§ 361. *LAS REFORMAS.* – El texto original del art. 115 del Cód. Penal, ahora vigente, dice: “Las injurias proferidas por los litigantes, apoderados o defensores, en los escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales y no dados a publicidad, quedarán sujetas únicamente a las correcciones disciplinarias correspondientes”. El texto de la ley 21.338 decía: “Las ofensas contenidas en los escritos presentados o en las manifestaciones o discursos hechos por los li-

tigantes, apoderados o defensores ante los tribunales y concernientes al objeto del juicio, que no sean dadas a publicidad, quedarán sujetas únicamente a las correcciones disciplinarias correspondientes”.

Como se ve, dos diferencias fundamentales se apuntan: la que hace a la extensión de la impunidad a los delitos contra el honor producidos en juicio, y la referencia al objeto del juicio como requisito de la excusa penal.

§ 362. *EXTENSIÓN DE LA IMPUNIDAD.* – Puesto que el texto derogado mencionaba *las ofensas*, sin otra especificación, era lógico interpretar que en la impunidad penal quedaban comprendidas tanto las injurias cuanto las calumnias (Núñez). El legislador de la ley 17.567 –de donde procedía la norma– había justificado esa extensión indicando que “con suma frecuencia en el debate judicial es necesario formular imputaciones de considerable gravedad, como la de tachar un testimonio por falsedad. Por eso la referencia a la simple injuria resulta inconveniente” (Exposición de motivos de la Comisión Redactora); nosotros habíamos considerado la razón no del todo satisfactoria.

Pero nuestras dudas se han superado; el texto vigente torna a restringir la excusa a las *injurias* producidas en juicio en las circunstancias típicas (cualquiera que fuese su especie: manifiestas o no manifiestas), pero las calumnias quedan excluidas (González Roura, Gómez) y, por tanto, nada obstará a que se querelle por las consumadas en las circunstancias del art. 115 (Soler).

§ 363. *LA REFERENCIA DE LA INJURIA AL OBJETO DEL JUICIO.* – El texto de la ley 21.338 restringía expresamente la excusa a las *ofensas concernientes al objeto del juicio*, entendiéndose por ellas, cuando menos las que pueden resultar útiles –o como tales pudo razonablemente estimarlas el agente– para la defensa de sus intereses en el debate. Esa taxativa restricción no figura en la ley actual.

Durante la anterior vigencia del texto original, la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia, posiblemente influida por alguna extranjera (ver Manzini), se había pronunciado, sin embargo, por la aceptación de una exigencia semejante: contemplábase como necesidad dogmática que la injuria vertida en juicio se refiriese a la controversia planteada en éste, y fuese “pertinente al pleito” (Soler; JA, 43-1208; LL, 19-609). Pero no pocos habían negado tal limitación

como propia de la ley argentina, ya que ella no se encontraba expresamente establecida (Ramos, Gómez); para ellos es suficiente con que la injuria se profiera en las circunstancias típicas del art. 115 para que sea procedente la exención, aunque no concierna específicamente al objeto del juicio en el cual se produce.

§ 364. *RESERVA DE LA OFENSA.* — La excusa se aplica a las ofensas descriptas en cuanto no hayan sido *dadas a publicidad*. Se ha puesto de acuerdo la doctrina en que la *publicidad* mencionada por la norma no es el procedimiento destinado a que la ofensa tome estado público con su conocimiento por un número indeterminado de personas, sino la circunstancia de que ese conocimiento haya sido llevado, por obra intencional del agente, a terceros ajenos al juicio, antes de la presentación de la instancia en el tribunal (diciéndoles lo que va a manifestar) o después de ella (suministrándoles copia del escrito); por supuesto que tal circunstancia no se da cuando el tercero no es más que el vehículo material de producción o transmisión de la ofensa para su presentación al tribunal (el dactilógrafo que pasó a máquina el escrito, el telegrafista que emite o recibe el telegrama dirigido al juez).

§ 365. *AUTORES.* — Las ofensas en juicio que pueden excusarse son las de *los litigantes, los procuradores y los defensores*. Los conceptos de los últimos no pueden originar complicaciones. En cuanto a los litigantes, se sostiene que son las partes en el juicio, en su comprensión más amplia posible (demandante, demandado, imputado —con la extensión asignada a él por las leyes procesales modernas, que comprende incluso al denunciado o sindicado como partícipe del delito—, querellado, querellante), cualquiera que fuese su naturaleza (pública o privada): quedan incluidos los fiscales y nuestros defensores generales; o sea, todos los que defienden una posición parcial (de parte interesada) en el juicio.

§ 366. *SUJETOS PASIVOS.* — Sujeto pasivo puede ser cualquier persona, ya se trate de una contraparte (otro litigante, apoderado o defensor), de un tercero que interviene en el juicio (testigo, perito), o hasta que sea totalmente extraño a él, con tal de que la ofensa que se le infiera sea concerniente al objeto del juicio (sin embargo, alguna doctrina excluye a estos últimos).

Lo que se discute es si la exención se extiende a las ofensas que constitúan *desacato*, regulado en el art. 244 del Cód. Penal y derogado por la ley 24.198; algunos, considerando que el *desacato* no era otra cosa que una injuria calificada, se pronunciaban positivamente (Núñez), pero ni el *desacato* es pura y exclusivamente una injuria calificada, ni protege exclusivamente el honor, ni parece posible extender una excusa, contenida en un título de la parte especial, reducida a los delitos en él enunciados, a delitos previstos en títulos distintos, sin disposición expresa de la ley.

§ 367. *CARÁCTER DE EXCUSA ABSOLUTORIA.* — La excusa no se funda en una exclusión del tipo punitivo; precisamente, para que ella opere tenemos que encontrarnos con una conducta que realmente constituya una ofensa de carácter injurioso. Tampoco es una justificante que excluya la antijuridicidad, ya que ni el ejercicio del derecho (Soler) ni el cumplimiento del deber (Maggiore) permiten un ejercicio o un cumplimiento realizado de modo ilícito y, por otra parte, si el hecho estuviese justificado sería inútil la disposición y arbitraria la posibilidad de imponerle otra clase de sanciones (las disciplinarias).

Trátase, pues, de una excusa absolutoria concedida por la ley para preservar, hasta sus extremos más lejanos e indirectos, el ejercicio de la defensa. Por eso, si bien el legislador considera penalmente impunes las ofensas, deja subsistente la posibilidad de que se impongan al ofensor las *correcciones disciplinarias correspondientes* para mantener el buen orden en el proceso, previstas por las leyes procesales o por otros cuerpos legales de carácter administrativo (leyes orgánicas).

B) INJURIAS RECÍPROCAS

§ 368. *OFENSAS COMPRENDIDAS Y EXCLUIDAS. RECIPROCIDAD.* — Dispone el art. 116 del Cód. Penal, que “cuando las injurias fueren recíprocas, el tribunal podrá, según las circunstancias, declarar exentas de pena a las dos partes o a alguna de ellas”.

La ley menciona sólo las *injurias*; se excluyen las calumnias.

Las injurias tienen que ser *recíprocas*, lo cual exige que las distintas injurias estén debidamente acreditadas respecto de cada uno

de los distintos ofensores, que se trate de ofensas deshonrantes o desacreditantes que reúnan las calidades típicas del art. 110 del Cód. Penal, y que todas ellas sean ilegítimas. No se da la relación de reciprocidad cuando una de las imputaciones ofensivas es atípica o está justificada, pero no es indispensable que todas ellas sean punibles: la relación de reciprocidad se da igualmente cuando confluye una injuria punible con otra que no lo es, por falta, por ejemplo, de la culpabilidad típica. Tampoco requiere la reciprocidad que todos los ofendidos hayan querrellado: el demandado puede invocar la reciprocidad aunque no reconviniese al querellante.

§ 369. *REQUISITOS DE LA RELACIÓN DE RECIPROCIDAD.* — La relación de reciprocidad se presenta cuando una de las injurias ha sido dirigida al sujeto pasivo porque éste, a su vez, ofendió al agente de aquélla; en otras palabras, entre ambas injurias tiene que haber una relación de *causalidad* subjetiva: se acciona en razón de la anterior injuria que se ha sufrido. Pero la reciprocidad, si bien necesita una cierta proporción de la injuria inferida con la recibida, no reclama que sean similares u ofrezcan una estricta equivalencia: no deja de estar en la relación la injuria que devuelve la ofensa recibida con otra en la que la intensidad ofensiva sea mayor por las circunstancias en que se la inflige. Tampoco exige la relación de reciprocidad que las injurias sean *simultáneas* (es decir, inferidas en el mismo contexto de hecho), ni proferidas con una proximidad temporal estricta, sin perjuicio de que la solución de continuidad entre una y otra indique la ausencia de la *causalidad* subjetiva a que antes nos referíamos. Pero sí reclama que la injuria que reconoce su motivación en otra anterior, ofenda a la persona que ofendió con ésta; si la segunda injuria recae sobre un tercero extraño que no intervino en la ofensa precedente, la excusa es inaplicable. Correlativamente, quien produjo la segunda injuria tiene que ser el que sufrió la primera; no hay reciprocidad cuando aquélla fue vertida por un tercero, salvo que también pueda considerarse afectado por la primera injuria, de modo indirecto (p.ej., si el agente le ha dicho a otro: "Usted es tan delincuente como cualquiera de los socios de este club", cualquiera de esos socios puede considerarse ofendido y devolver la ofensa con otra).

§ 370. *CARÁCTER DE EXCUSA ABSOLUTORIA.* — Coincide la doctrina en que se trata de una excusa absolutoria que mantiene incó-

lume el carácter delictivo de las distintas injurias recíprocas, aun en el aspecto de la culpabilidad (*no es una compensación de culpas*); quedan, por tanto, en pie, los efectos civiles del delito.

Pero es una excusa absolutoria de carácter facultativo para el juez (en este sentido podría equipararse a una especie de perdón judicial), puesto que *puede o no declarar exentos de pena a uno o varios agentes*. Con todo, tampoco es una facultad discrecional, puesto que tiene que fundamentar su decisión en las pautas objetivas y subjetivas que importen la valoración de las circunstancias que establecen la relación de reciprocidad (lugar, tiempo, publicidad, antecedentes del hecho, conducta anterior de los ofensores, etcétera).

C) RETRACTACIÓN

§ 371. *OFENSAS COMPRENDIDAS*. – El art. 117 del Cód. Penal dispone que “el culpable de injuria o calumnia contra un particular o asociación, quedará exento de pena, si se retractare públicamente, antes de contestar la querella o en el acto de hacerlo”.

Son las injurias, las calumnias (las originales o las reproducidas o publicadas por alguien distinto del autor original) y las difamaciones de personas colectivas perpetradas por medio de alguna de aquellas figuras (la referencia de la ley a las asociaciones determina taxativamente su inclusión). Dentro de las injurias hasta los ultrajes de hecho admiten retractación, ya que toda injuria tiene carácter imputativo, como hemos visto; ésta es doctrina común, aunque la posibilidad había sido negada por algunos autores (González Roura, Moreno).

La retractación supone, no sólo la tipicidad de la ofensa, sino también su ilegitimidad y su punibilidad, incluso cuando es condicionada, como en el caso del art. 116 del Cód. Penal, ya que de otro modo aquélla no tendría objeto (como ocurriría con las ofensas inferidas en juicio).

Y, desde luego, para que el agente se pueda retractar tiene que reconocer su autoría o su participación en la ofensa; quien las niegue, no podrá retractarse de una ofensa que dice no haber inferido.

§ 372. *CONTENIDO DE LA RETRACTACIÓN*. – El contenido no está determinado por la ley. La retractación, por lo tanto, puede consis-

tir en la sola y expresa manifestación del agente de que se retracta: exponer que ha obrado contra sus conocimientos, reconocer que no ha tenido razón al ofender o que ha cometido un error al formular la imputación. Pero no importa retractarse la mera exposición de las razones que lo llevaron a formular la ofensa, ni las alabanzas que el agente pueda tributar al ofendido o el reconocimiento de su honorabilidad sin la expresa mención de que se retracta en alguna de las formas que dejamos dichas.

Si bien lo que importa a la ley es la objetividad de la retractación sin que se tengan en cuenta los motivos que impulsaron al autor de la ofensa a hacerlo, la mera formalidad de la expresión retractante carece de eficacia cuando, a la vez, contiene la ratificación de la ofensa inferida ("me retracto, pero sigo sosteniendo que Fulano es un tonto"), o cuando aquélla está formulada en términos que no muestran con claridad el sentido de retractación en la exposición que se hace con tal objeto.

§ 373. *PUBLICIDAD DE LA RETRACTACIÓN.* — La retractación debe hacerse *públicamente* según la exigencia típica. Por esta razón, está de acuerdo la doctrina en que este requisito concierne a la publicidad de los actos del proceso, no a otra distinta: es la inserción en uno de los actos públicos del proceso lo que hace eficaz la retractación. No es típica, pues, la retractación formulada privadamente; si el querellante la acepta no instando la querella, lo que hace, en realidad, es renunciar a la acción por ese modo, lo cual es algo distinto. Pero no es un requisito previo para la eficacia de la retractación la publicidad de ella que importe hacerla conocer a un número indeterminado de personas, la que puede ser dispuesta por el juez en la resolución que la admita, cuando así lo hubiese solicitado el ofendido, de conformidad con lo reglado por el art. 114.

§ 374. *REQUISITOS PROCESALES DE ADMISIBILIDAD.* — Además, la ley consagra un requisito procesal como presupuesto para la admisibilidad de la retractación: ésta debe ser formulada *antes de contestar la querella* (p.ej., en la audiencia de conciliación) o *en el acto de contestarla*.

Es un requisito procesal que integra el tipo excusatorio, por lo cual aquél no puede ser modificado por la ley procesal local.

La retractación formulada fuera de esas oportunidades que es aceptada por el querellante puede importar la renuncia de la acción; en cualquier otro caso carecerá de efectos en orden a la punibilidad.

Dado el estado del proceso en que tiene que producirse la retractación, cuando ésta fuere admitida aquél se extinguirá antes de la sentencia; la resolución pertinente será el sobreseimiento.

§ 375. *CUESTIÓN CON RELACIÓN AL SUJETO PASIVO DE LA OFENSA.* Cuando el artículo que comentamos menciona al sujeto pasivo de la ofensa que se retracta, habla de *un particular o asociación*. Se ha dicho que la expresión *particular* tiene el efecto de excluir la retractación cuando las injurias o calumnias hayan sido dirigidas a un funcionario público, pues habría un interés superior en que se investigase la conducta del funcionario ofendido, quien “debe estar obligado a demandar” (Soler), lo cual no es exacto. En su momento, el delito de desacato (derogado por ley 24.198) comisible por medio de ofensas contra el honor del funcionario no era susceptible de retractación por las mismas razones que hemos dado al estudiar el art. 115. La expresión *particular* no puede entenderse más que como la referencia de la ley a los sujetos individuales, por oposición al sujeto colectivo, que designa con el vocablo *asociación*.

§ 376. *CARÁCTER DE EXCUSA ABSOLUTORIA.* — Se coincide en que se trata de una excusa absolutoria que se fundamenta políticamente en el arrepentimiento activo del ofensor que procuraría reparar, por ese medio, la lesión inferida al honor del sujeto pasivo (aunque ya vimos que esa motivación no es un requisito del tipo excusatorio).

Tal naturaleza indica que la admisibilidad o no de la retractación, no queda librada a la aceptación de la contraparte, sino a la decisión del juez; así como que su admisión excluye la punibilidad, pero no las consecuencias civiles del delito cometido.

VIII. DELITOS CONTRA EL HONOR Y LIBERTAD DE PRENSA

§ 377. *TENDENCIA JURISPRUDENCIAL.* — Sin perjuicio de lo adelantado, la consideración de doctrinas originadas en tendencias de tribunales estadounidenses (sobre todo a partir del caso “New York Times

v. Sullivan") sobre el tratamiento periodístico de noticias relacionadas con personajes públicos, ha introducido variantes en los esquemas jurídicos tradicionales, prácticamente invirtiendo la carga de la prueba: es el actor en los juicios por reparación quien debe probar la *real malicia* con que el periodista vierte en los medios la noticia inexacta que puede resultar agravante o perjudicial. Esta *real malicia* requiere no sólo el conocimiento de la inexactitud de la noticia sino la voluntad de agravar o perjudicar. Poco a poco esta doctrina ha ido trasladándose a la interpretación y aplicación de la ley penal en algunos tribunales nacionales. Aunque su influencia resulte relativa, en orden a los tipos penales principales del Título, su mayor operatividad se registrará en aspectos específicos como los relativos al reclamo de la prueba de la verdad, injurias encubiertas, culpabilidad, etcétera.

TÍTULO III

DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD

§ 378. *SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN "HONESTIDAD".* – Si tratásemos de otorgar una significación común a todas las figuras contenidas en el Título III, tendríamos que reconocer que todas ellas atañen a lo *sexual*, ya como trato carnal, ya como conocimiento y desarrollo de la sexualidad en los individuos, ya como ubicación y límites de las relaciones de aquel carácter en la actividad social general.

Consecuentemente es, pues, con esa latitud, como hay que tomar la palabra *honestidad* que emplea la ley para rubricarlo.

§ 379. *LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS.* – El particular contenido de los distintos tipos que la ley había reunido aquí, no ha dejado de plantear dudas en cuanto a los específicos bienes jurídicos protegidos, puesto que se conjugan en ellos una serie de intereses, y si bien todos contienen referencias a lo sexual, los modos de éstos no son siempre exactamente iguales y, en muchas oportunidades, exceden de la pura moralidad o normalidad sexual individual.

Así, encontramos que se preserva la *fidelidad* del trato sexual en el matrimonio, la *libertad* sexual amparando la reserva del trato sexual del individuo; el *desarrollo normal* del trato sexual individual; el *derecho de la sociedad* a que no se imponga a sus individuos que soporten ciertas manifestaciones del sexo.

Cabe señalar que no en todos los casos esos intereses se protegen en tipos distintos; muchas veces el mismo tipo atiende directa o indirectamente a la protección de varios de esos señalados valores.

CAPÍTULO I

ADULTERIO

§ 380. *LA DEROGACIÓN DEL RÉGIMEN.* – La ley 24.453 ha derogado el Capítulo I del Título III del Libro II del Código Penal, incluyendo, claro está, el único artículo que comprendía (art. 118) y el inc. 1º del art. 73, que enunciaba el adulterio como delito de acción privada, terminando así con un debate que hace mucho tiempo se había radicado en la doctrina argentina.

Las figuras de adulterio trataban de proteger la *fidelidad* que los cónyuges se deben mutuamente en el trato sexual. Sin embargo, se introducían la consideración de otros intereses, como la preservación del orden de la familia o el de la filiación legítima dentro de ella. Lo explica el distinto tratamiento que se brinda al adulterio de la mujer con respecto al del marido por medio de una tipicidad diferenciada, lo cual no tendría razón de ser si lo único que se tratara de proteger fuese la fidelidad conyugal.

CAPÍTULO II

VIOLACIÓN Y ESTUPRO

§ 381. *EL ACCESO CARNAL Y SUS MODALIDADES.* – Todas las figuras pertenecientes a este capítulo tienen en común la característica de que sus acciones están constituidas por el *acceso carnal ilícito*. Se distinguen dos grupos o especies, según medie o no el consentimiento de la víctima, lo cual, a su vez, determina distintos modos, circunstancias y calidades de dicha acción.

Cuando el consentimiento de la víctima falta en absoluto, porque el autor le impone su voluntad o porque aquélla no puede prestar un consentimiento mínimamente válido, se da la figura de la *violación*; cuando la víctima ha prestado un consentimiento que la ley considera insuficiente por la calidad de aquélla o lo ha prestado

erróneamente a causa de las circunstancias que rodeaban el hecho, estamos ante la figura del *estupro* (aunque esta denominación es criticada en el caso del art. 121).

§ 382. *LA ACCIÓN DE ACCEDER CARNALMENTE. VÍAS DE PENETRACIÓN.* – Por *acceso carnal* se entiende, en general, la introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima. Pero se discute si tal concepto está limitado por el lugar de la penetración.

En primer lugar, como la violación tiene como sujetos pasivos posibles tanto a la mujer como al hombre, hay que concluir que la penetración es típica tanto cuando se la realiza por vía vaginal como cuando se la realiza por vía anal. Las discrepancias se suscitan con relación a los llamados *coitos anormales*, o sea, por vías totalmente anormales, como la boca, el oído, fosas nasales y otros orificios naturales o abiertos artificialmente en el cuerpo. Particularmente la polémica recrudeció con respecto al llamado *coito oral*, que es el más común por sus posibilidades anatómicas; gran parte de la doctrina acepta que en él se da un caso de acceso carnal (González Rouira, Ure, Oderigo, Soler), en cuanto entienden por tal toda “actividad directa de la libido, natural o no, en la que existe una penetración del órgano genital del autor, que puede representar el coito o una forma degenerada o equivalente de éste” (Fontán Balestra): para el sujeto activo la boca de la víctima es el equivalente funcional de los orificios que permiten el coito, desempeña para él una función erótica y, por consiguiente, es un ataque de contenido sexual el que realiza. Pero, aun sin discutir esta última afirmación, se dice que, careciendo la boca de glándulas erógenas, “no resulta apta como elemento constitutivo del concubito” (Núñez), cualquiera que se la función que le haga desempeñar el agente. Con todo, al margen del valor dogmático de este argumento, moviéndose la ley con los contenidos sociales de lo sexual, no hay duda de que la reserva sexual protegida por el tipo de violación –y consecuentemente por el *estupro*– se refiere a la prestación, voluntaria o no, al acto del agente por parte de la víctima de aquellos orificios de su cuerpo que normalmente permiten la cópula, con una significación sexual propia para ambos protagonistas del trato carnal; por lo cual, tanto el coito oral como otras penetraciones *anormales* con las que el agente puede desahogar su libido, no entran en el concepto de acceso carnal que es propio de la violación y del *estupro*, quedando, en su caso, reser-

vadas para la punibilidad del abuso deshonesto. Se advierte, pues, que peca por exceso la descripción de la acción al decir acceso carnal que implica la penetración del órgano sexual masculino "en orificio natural de la víctima". El acceso carnal típico en la violación y el estupro es la penetración del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal o rectal, únicamente.

§ 383. *ALCANCE DE LA PENETRACIÓN.* – La penetración típica importa la llegada del órgano sexual masculino al interior del cuerpo de la víctima, es decir, a zonas de él que normalmente no están en contacto con el exterior, aunque no interese ni el perfeccionamiento del coito por medio de la eyaculación, ni el alcance que haya adquirido la penetración y, mucho menos, que haya dejado rastros en el cuerpo de la víctima (como sería la desfloración u otras lesiones). En virtud de esto, la doctrina habla de la penetración perfecta y de la penetración imperfecta. Quedan comprendidas en el concepto de la ley las penetraciones mínimas en que el órgano sexual masculino alcanza algunas zonas del cuerpo de la víctima, que sin tener profundidad en él, no están en contacto con el exterior, como ocurre con el llamado coito *vulvar* o *vestibular*; pero no se incluyen los acercamientos sexuales en los que el órgano masculino no alcanza esas zonas, como es el denominado coito *inter femora*, que no pasa, en todo caso, de ser un abuso deshonesto.

§ 384. *EL MEDIO DE PENETRACIÓN.* – De lo dicho se infiere que la penetración que se tiene en cuenta es sólo la que se realiza con el miembro viril. No constituye violación o estupro la introducción en los orificios vaginal o anal, de otras partes del cuerpo del agente (p.ej., los dedos) o de instrumentos o mecanismos, aunque se les asigne contenido sexual.

§ 385. *LIMITACIONES EN CUANTO AL SUJETO ACTIVO.* – Los contenidos del concepto de acceso carnal que acabamos de exponer tienen otra consecuencia dogmática: a diferencia de lo que ocurre en otros derechos, en el nuestro, requiriendo los tipos la posibilidad de acceder, se rechaza la idoneidad de la mujer como sujeto activo posible de los delitos comprendidos en este capítulo, puesto que únicamente el hombre puede *acceder* en el sentido precedentemente expuesto.

Hay que reconocer, sin embargo, que alguna doctrina argentina ha sostenido que tanto la mujer como el varón homosexual pasivo podrían llegar a ser considerados autores del delito de violación cuando la víctima fuese un menor de doce años (Fontán Balestra), lo cual, naturalmente, implicaría rever el concepto de acceso carnal dado en los párrafos anteriores.

I. VIOLACIÓN

§ 386. *LA DISPOSICIÓN LEGAL.* – El art. 119 del Cód. Penal pena al que “tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo en los casos siguientes: 1) cuando la víctima fuere menor de doce años; 2) cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa, no pudiese resistir; 3) cuando se usare de fuerza o intimidación”.

§ 387. *PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL.* – Como se ve, en todos estos casos, la ley tiene en cuenta la ausencia del consentimiento de la víctima, porque sus circunstancias o calidades le impiden prestarlo válidamente o porque el modo de actuar del agente implica su eliminación; en tal sentido, mediando una suplantación de la voluntad de la víctima –efectiva o así considerada por la ley– por la del agente, podemos opinar que estamos en presencia de un delito que protege la libertad sexual, la cual se vulnera invadiendo ilícitamente la esfera de reserva propia de ese ámbito de la persona, en la que ella, consciente y libremente, puede permitir penetrar a quien desee e impedir que otros lo hagan (Núñez restringe el ataque a la libertad personal al caso del inc. 3º).

A) FIGURA BÁSICA

§ 388. *PUNIBILIDAD.* – La figura básica de violación que hemos transcripto determina una pena de seis a quince años de reclusión o prisión.

§ 389. *CALIFICACIÓN POR LA VÍCTIMA. MENOR DE DOCE AÑOS.* – El art. 119, inc. 1º, refiere la tipicidad a la calidad de la víctima, que tiene que ser un menor de doce años. El legislador ha considerado

que dicha persona está incapacitada para comprender el sentido del acceso carnal, por lo cual no puede prestar válidamente su consentimiento para él. Es una incapacidad presunta *iuris et de iure*, por lo cual no hay que reconocerla en cada caso concreto; para acreditar la tipicidad es suficiente la prueba de la edad real.

§ 390. *VÍCTIMA PRIVADA DE RAZÓN.* – El art. 119, inc. 2º, se refiere a la condición y a las circunstancias en que la víctima se encuentra.

Por *víctima privada de razón* se entiende aquella que efectivamente –y no por presumirlo la ley, como en el supuesto anterior– carece de la capacidad necesaria para comprender el significado del acceso carnal. Se ha indicado que la víctima debe estar en condiciones parecidas a las de los sujetos que se pueden catalogar como penalmente inimputables, es decir, encontrarse ante la imposibilidad de formular “un juicio práctico sobre el acto” (Núñez). A diferencia de lo que ocurre con el menor de doce años, aquí la condición de la víctima debe ser probada en cada caso.

La carencia de razón tiene que tener influencia sobre la prestación del consentimiento, lo cual indica que no cualquier trastorno mental puede considerarse típicamente relevante, sino el que sea capaz de influir sobre el juicio concerniente al acto, así como también que el consentimiento prestado por la víctima en un intervalo lúcido deja también el hecho al margen de la punibilidad.

§ 391. *VÍCTIMA PRIVADA DE SENTIDO.* – También en el supuesto de la *víctima privada de sentido*, tiene presente la ley la falta de capacidad para comprender el sentido del acto; no se trata, sin embargo, de un estado de la persona como en el caso anterior: si bien la normalidad de sus facultades mentales aparece incólume, en su condición actual no puede estructurar ni expresar válidamente su voluntad. Ése es el efecto que debe producir el estado de inconsciencia que, por tanto, puede ser total o presentarse bajo la forma de una gran perturbación de conciencia, en la que el sujeto, aunque acciona, no obra.

La inconsciencia puede proceder de un estado fisiológico no provocado (sueño, desmayo, sopor febril, etc.) o de uno suscitado por la propia acción de la víctima o provocado por la de terceros por cualquier medio que no importe violencia o medios equiparados a

ella (hipnosis y narcóticos) –ya que en este último caso se caerá dentro del inc. 3º–, como puede ser la ingestión de bebidas alcohólicas.

El agente tiene que haberse aprovechado de la inconsciencia de la víctima, pero, como acabamos de ver, es indiferente que él mismo haya creado la condición (por sí o por medio de cómplices), o simplemente la haya encontrado creada por terceros ajenos a su plan.

§ 392. *VÍCTIMA INCAPAZ DE RESISTIR.* – La víctima *no puede resistir* cuando no puede oponerse materialmente a que el agente acceda a ella carnalmente, por *cualquier causa*. La hipótesis requiere, por tanto, que la víctima no se encuentre privada de la posibilidad de comprender lo que el acto significa y que se halle en cualquier situación en que carezca en absoluto de la posibilidad de llevar a cabo movimientos de resistencia, porque su propia condición se lo impida (el caso del paralítico), o porque se ve en condiciones materiales que han producido ese efecto (p.ej., estar atada).

También en este caso la condición tiene que ser aprovechada por el agente para acceder a la víctima. Normalmente el tipo se dará en situaciones no provocadas por el mismo agente; pero nada obsta a que aproveche una situación creada por él, siempre y cuando no implique el despliegue de violencia, aunque fuere en medida mínima (p.ej., el médico que aprovecha la posición ginecológica de la paciente para accederla, en la cual la incapacidad de resistir proviene de dos factores: la posición de la víctima y la sorpresa de la acción del agente); pero, insistimos, cuando la situación la ha creado el autor desplegando cualquier clase de violencia, por medio de la cual coloca a la víctima en imposibilidad de resistir (p.ej., atarla), el caso se transporta al inc. 3º.

La ley enuncia específicamente entre las causas que pueden impedir la resistencia, a la *enfermedad*, o sea el proceso patológico en curso que, sin privar de razón o de sentido a la víctima, le impide asumir la actividad necesaria para lograr su defensa. Las secuelas de una enfermedad que ya ha cesado en su evolución quedan, por supuesto, comprendidas en las *otras causas* mencionadas por el tipo.

§ 393. *CALIFICACIÓN POR LOS MEDIOS: FUERZA E INTIMIDACIÓN.* El agente usa de fuerza o intimidación cuando despliega energía física o *vis moral* para vencer la resistencia que le opone o para eliminar de antemano la que puede oponer la víctima.

La fuerza, es decir, la violencia física, debe, en principio, aplicarse sobre la víctima, pero también aparece cuando se la ejerce sobre cosas que impiden el acceso carnal mismo (p.ej., ciertas prendas, pero no sobre las que ofrecen obstáculos para que el autor llegue hasta la víctima, como sería, una puerta, aunque la fuerza ejercida sobre ellas puede constituir un procedimiento intimidatorio) o sobre terceros que se oponen o se pueden oponer a aquél, siempre que constituyan impedimentos en los que participa –aunque sea moralmente– la víctima (la fuerza típica no se da cuando se realizan los actos de violencia sobre terceros que se oponen a que el agente acceda carnalmente a la mujer que ha prestado su consentimiento); pero también la fuerza puede hacerse recaer sobre un tercero para cumplir con el modo intimidatorio (p.ej., castigar al hijo para que la madre se preste a ser accedida).

La intimidación se constituye por el anuncio de un mal que vaya a sufrir la misma víctima o terceros; trátase, pues, de un supuesto de coacción. Se lo lleva a cabo por medio de anuncios específicos del mal o por el despliegue de una actividad que lo implique; no es suficiente el mero aprovechamiento por parte del autor de una situación de dependencia de la víctima o aun de temor proveniente de las relaciones que se dan entre ellos y que sólo puede funcionar como agravante de una violación en sí misma típica, salvo que esas relaciones hayan sido planificadas por el autor expresamente para aprovecharlas a fin de lograr el acceso carnal e importen el ejercicio de una actividad coaccionante (p.ej., el concubino que suscita gran temor en las hijas de su concubina para que éstas no se opongan a sus deseos cuando se los exponga).

§ 394. *FINALIDAD DE LA FUERZA Y LA INTIMIDACIÓN. CARACTERÍSTICAS.* – La violencia o la intimidación tienen que llevarse a cabo *para vencer la resistencia de la víctima al acceso carnal o para impedir que esa resistencia se produzca*, lo cual requiere la actual resistencia de la víctima o la posibilidad de que la despliegue; queda fuera del tipo la violencia cometida durante el desarrollo del acto carnal consentido por la víctima con finalidades extrañas al logro mismo de la cópula (p.ej., actos de sadismo), así como también “la discreta energía con que el varón vence el pudor de la doncella” (Soler) que, en realidad, consiente el acceso, aunque le ponga obstáculos referidos a circunstancias que no eliminan el consentimiento

(p.ej., reparos sobre el lugar elegido). Pero sí entran en el cuadro de la violencia o intimidación típicas las que se enderezan a vencer la resistencia de la víctima que se opone al modo de acceso que pretende realizar el agente cuando ha consentido en hacerlo de otro modo distinto; tal es el caso de la mujer que ha consentido en ser accedida por vía vaginal y la fuerza se realiza para accederla por vía rectal.

Los tratadistas han dicho que la resistencia opuesta por la víctima debe ser *seria y constante*, con lo cual se quiere significar que no se tiene que tratar de una simulación de resistencia que no responda a la intención de proteger el bien jurídico (p.ej., la mujer que opone una resistencia destinada a excitar al agente, por el cual quiere ser accedida) y que debe ser mantenida hasta las últimas posibilidades; esta postrer exigencia puede dar lugar a equívocos que debemos aclarar: si la resistencia la abandona la víctima cuando pudiendo continuarla decide no hacerlo y prestar libremente su consentimiento, el agente deja de desplegar la violencia en ese momento y accede a la víctima con su consentimiento; pero si ha llegado al acceso por medio de la violencia, la tipicidad del hecho no desaparece porque la víctima ya accedida decida —durante el acceso— admitir que se complete el acto y aun favorecerlo (p.ej., la mujer accedida con violencia que encuentra satisfacción en el acceso).

§ 395. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* — El hecho se consuma con el acceso, esto es con la penetración del miembro viril en el orificio vaginal o anal, de acuerdo con los principios explicados precedentemente. El despliegue de actos ejecutivos de la cópula sin que se alcance la penetración, constituye tentativa.

Para que ésta se dé no basta la mera finalidad de lograr cualquier acercamiento sexual; es necesaria la de lograr el acceso. Constituyen actos ejecutivos los inicios de las acciones de violencia o intimidación que alcancen a recaer sobre la mujer misma, directa o indirectamente (sobre terceros que la protegen, p.ej., o sobre aquellos que el agente utiliza como vehículos de intimidación).

La tentativa puede ser imposible por falta de idoneidad del medio (p.ej., la amenaza inidónea), en la que caben los casos de incapacidad fisiológica del sujeto activo para llevar a cabo el acceso, siempre y cuando no se trate de una incapacidad transitoria originada en las mismas circunstancias del hecho (p.ej., por el cansancio

derivado de la prolongada resistencia de la víctima), ya que, en este último supuesto, estaríamos ante la tentativa común.

El *desistimiento*, que elimina la punibilidad de la tentativa, deja vigente, por supuesto, la punibilidad de los delitos que se han consumado por medio del despliegue de los procedimientos encaminados a lograr el acceso, como serían las lesiones causadas por las violencias. Se ha negado, sin embargo, que permanezca vigente la punibilidad de los actos que constituyan abuso deshonesto integrantes de la secuencia de ejecución del acceso no conseguido (p.ej., los tocamientos inverecundos previos a aquél cometidos sobre la víctima), porque el dolo de ese delito requiere la falta de la dirección subjetiva del agente al acceso carnal, que en el caso de la tentativa de violación desistida ha existido (Fontán Balestra); pero hay que tener presente que, si bien el resultado del acceso entraba en el plan general del autor, el tocamiento inverecundo como circunstancia modal de los actos (que no alcanzan a ser los del acceso) sigue manteniendo su propio dolo, que no hace desaparecer el abandono posterior de la finalidad de acceso: el abuso deshonesto cometido en la secuencia de una tentativa de violación desistida es, pues, punible por medio del respectivo tipo penal.

§ 396. *SUJETOS.* – Aunque ya dijimos que como autor material directo únicamente puede actuar el hombre, esa limitación no se extiende a los partícipes en los grados de coautoría participativa (p.ej., quien despliega la violencia para que otro logre el acceso) o complicidad (p.ej., quien facilita instrumentos para desplegar la violencia), ni al instigador, que pueden ser personas de uno u otro sexo.

Sujeto pasivo, por el contrario –también lo dijimos– puede ser una persona de cualquier sexo que esté viva (nuestra ley no pune ni los actos de bestialidad con animales ni los de ultrajes sexuales a los cadáveres, como lo hacen otras leyes, aunque en distintos títulos).

§ 397. *ANTI JURIDICIDAD. EL ACCESO CARNAL COMO DERECHO EXIGIBLE POR EL SUJETO ACTIVO.* – Pero ciertos sujetos, por las particulares relaciones que se dan entre el pasivo y el activo, plantean situaciones que tienen que tratarse específicamente: son aquellas en que resulta exigible, por parte del último, la prestación de un débito sexual por el primero. Tales son las relaciones conyugales, concu-

binarias y de meretricio. Anticipadamente y en general en todos estos casos, el sujeto pasivo habría prestado su consentimiento para ser accedido carnalmente: la esposa en virtud del débito conyugal incluido en sus obligaciones matrimoniales; la concubina porque la cohabitación implica la realización de la cópula; la prostituta que comercia en un prostíbulo porque su presencia en el lugar (de acuerdo con las leyes y reglamentos) importa el ofrecimiento promiscuo de su cuerpo para que los clientes la accedan carnalmente por un precio. ¿Comete violación el esposo, el concubino o el cliente que ha pagado el precio del acceso, cuando acceden carnalmente a la esposa, concubina o meretriz en los casos del art. 119?

§ 398. *LA VIOLACIÓN EN EL MATRIMONIO.* – Estando comprendido el acceso carnal entre las obligaciones legales que debe cumplir la esposa, el practicado por el esposo sobre ella, en los supuestos del art. 119 del Cód. Penal, no constituye violación punible: no hace otra cosa que ejercer el derecho que como tal le compete.

Pero esto es exacto mientras el acceso no trascienda los límites del débito conyugal; no así cuando suponga un requerimiento abusivo donde tal derecho falta, sea por el modo con que se pretende mantener la cópula (p.ej., por vía anal), sea por los peligros que puede implicar para el sujeto pasivo (p.ej., evitación de contagios, o de daños en las relaciones sexuales pre o postparto), así como también cuando puede considerarse que agravia el pudor de la esposa (p.ej., por el lugar o la oportunidad en que pretende realizarlo), porque en todas esas situaciones deja de regir el derecho del marido (contra: Núñez, que únicamente incluye en la violación el último supuesto, pues sólo en él se heriría la honestidad de la esposa; pero hay que tener en cuenta que en los demás casos afecta a la reserva sexual que la esposa puede hacer prevalecer).

Por supuesto que mediando separación personal (art. 201 y ss., Cód. Civil, según ley 23.515), en cuanto ella importa la separación de cuerpos y la desaparición, por consiguiente, del débito conyugal, los accesos perpetrados en las circunstancias del art. 119 por el marido sobre la esposa constituyen violaciones perfectamente punibles.

§ 399. *VIOLACIÓN Y CONCUBINATO.* – No es tan sencilla la cuestión en el concubinato: parte de la doctrina sostiene que no habiendo una obligación legal de prestarse al acceso (ni siquiera presunta), el

concubino cometería violación al acceder a la concubina en los casos del art. 119 (Fontán Balestra); para otros, la situación es similar a la del matrimonio, no en cuanto al deber de cohabitar, pero sí en cuanto a la prestación general del consentimiento para hacerlo (Peco). En realidad, el concubinato no crea obligaciones jurídicamente exigibles ni derechos jurídicamente protegidos: la expresa voluntad de negarse al acceso por parte de la concubina coloca al concubino en situación de constituirse en autor de violación; pero no se puede decir lo mismo de los casos en que esa negativa no es expresada de ese modo; en ellos es admisible aceptar que existe el consentimiento que implica el hecho mismo del concubinato (p.ej., si la accede privada de sentido, en el caso de que esté profundamente dormida o en estado de intoxicación etílica autoprovocada).

§ 400. *VIOLACIÓN Y PROSTITUCIÓN.* – En cuanto al caso de la meretriz que está en un prostíbulo reglamentariamente instalado, el cliente que ha cumplido con la prestación que se le requería tiene derecho al acceso; sin embargo, se considera que si utiliza fuerza o intimidación estaría incurso en el ejercicio arbitrario del derecho que, entre nosotros, podría quedar comprendido –al menos parcialmente– en el delito de *coacción*.

Diferente es el caso de la prostituta que no se encuentre en aquella situación y se niega a prestar sus servicios a una determinada persona; si ésta utiliza los procedimientos del art. 119 para accederla cometerá violación, ya que ella es un sujeto pasivo de violación, como cualquier otro, aunque alguna vez se hayan insinuado dudas en la doctrina a este respecto.

§ 401. *CONFLUENCIA DE FIGURAS. CASOS DE CONCURSO APARENTE.* – La confluencia de distintos modos comisivos utilizados para lograr el mismo acceso (p.ej., ejercicio de violencia sobre la víctima privada de razón) no multiplica la delictuosidad.

Las lesiones producidas por el acceso mismo (rotura del himen, escoriaciones anales leves) quedan absorbidas por la violación, tanto como otras lesiones que no lleguen a constituir grave daño a la salud (que es circunstancia agravante, como veremos), producidas en la víctima por el despliegue de violencia sobre ella para lograr vencer su resistencia al acceso. La violación también absorbe la momentánea privación de libertad necesaria para conseguir inmediatamente

el acceso, pero no la que se prolonga en el tiempo, aunque sea con miras al acceso o a repetir los accesos, lo cual constituye un rapto, que opera en concurso real con la violación.

§ 402. **CULPABILIDAD.** – El dolo exige el conocimiento de la ilicitud del acceso por falta de consentimiento de la víctima, o sea, el conocimiento cierto, o dudoso cuando menos, de las circunstancias y calidades de la víctima que le impiden prestar válidamente ese consentimiento, de la voluntad contraria de ella o la previsibilidad de esa voluntad contraria (p.ej., en los casos de ataques sorpresivos). La duda sobre la calidad (edad) o condición de la víctima, como acabamos de ver, equivale a ese conocimiento, pero no es suficiente para él la existencia de un deber de saber.

La creencia errónea en la ausencia de tales calidades o condiciones o en la prestación del consentimiento para el acceso puede excluir la culpabilidad (p.ej., creer que la mujer que en realidad tiene once años y que ha prestado su consentimiento, tiene catorce, en cuyo caso el tipo aplicable es el de estupro, aunque últimamente cierta jurisprudencia y alguna doctrina –Chiappini– han sostenido la impunidad de ese supuesto, porque si bien faltan los conocimientos necesarios para el dolo de violación, también faltaría el sujeto pasivo del estupro –ya que no se trata de una mujer mayor de catorce y menor de quince–, olvidando que lo realmente punido es el acceso carnal ilícito, así como los principios que surgen del art. 48, Cód. Penal).

Para algunos, el error puede referirse a la acción material misma (p.ej., creer que se abusaba deshonestamente consumando un coito *inter femora*, cuando en realidad se había producido la penetración). Asimismo, el error puede referirse a la prestación del consentimiento (p.ej., ante actitudes equívocas de la víctima), en cuyo caso, si no se llega a la impunidad, puede también variar el tipo de violación por el de estupro, si se dan sus requisitos.

B) FIGURAS AGRAVADAS

§ 403. **SITUACIONES DE AGRAVACIÓN.** – El art. 122 del Cód. Penal eleva la pena a la de ocho a veinte años de prisión o reclusión cuando la violación ha producido determinados resultados, ha sido

cometida por autores que reúnen determinadas calidades o actuando en pluralidad. Por su parte, el art. 124 del Cód. Penal eleva esa pena a la de quince a veinticinco años cuando se siga la muerte de la víctima. La multiplicidad de las circunstancias del art. 122 en el mismo hecho no cambia la escala penal, sin perjuicio de que se tenga en cuenta esa multiplicidad para la individualización judicial de la pena (art. 41).

1) AGRAVANTES POR LA CALIDAD DEL AUTOR Y EL MODO DE EJECUCIÓN AUTORAL

§ 404. **CLASIFICACIÓN.** – Estas agravantes, contempladas en el art. 122 del Cód. Penal, pueden subdividirse en tres grupos: a) el incesto; b) la violación por un autor con especiales deberes respecto de la víctima, y c) el concurso de autores en la comisión del hecho.

a) INCESTO

§ 405. **PARENTESCOS COMPRENDIDOS. FUNDAMENTO DE LA AGRAVANTE.** – La violación se agrava cuando el acceso carnal ilegítimo constituye, a la vez, una relación incestuosa, lo cual ocurre si el hecho lo comete un *ascendiente, descendiente, afín en línea recta o hermano*. Puede tratarse de un parentesco fundado o no en el matrimonio (vínculo de sangre). El carácter de hermano lo tiene tanto el bilateral como el unilateral.

La agravante se funda en el carácter incestuoso de la relación, no en la violación de un específico deber de guarda que puede no existir en alguno de los supuestos mencionados (particularmente en el de los hermanos).

Además de las palabras de la ley, ese fundamento indica que basta la relación parental para que se dé la agravante, no siendo necesario que el autor haya abusado o aprovechado de la situación en que lo coloca el parentesco para cometer el hecho.

§ 406. **CULPABILIDAD.** – El dolo de la agravante exige en el agente el conocimiento del vínculo que lo une con la víctima; la duda sobre dicho vínculo equivale al conocimiento (admitir la posibilidad de violar a quien está unido por el vínculo, aunque sin saberlo con certeza).

**b) EXISTENCIA DE DEBERES RESPECTO DE LA VÍCTIMA
POR LA CALIDAD O FUNCIÓN DEL AUTOR**

§ 407. *RAZÓN DE SER DE LA AGRAVANTE.* – También se agrava la violación cuando el hecho ha sido cometido *por un sacerdote o un encargado de la educación o guarda de la víctima* (art. 122).

No cabe duda de que la ley ha tenido en cuenta no sólo la inobservancia del deber de atender a la asistencia espiritual o al cuidado de la víctima, sino también la particular situación en que ésta puede encontrarse respecto del autor, lo cual puede favorecer su actividad, tornándola más peligrosa para el bien jurídicamente protegido.

§ 408. *CALIDAD DE SACERDOTE.* – La calidad de *sacerdote* se extiende a todo ministro de una religión, cualquiera que sea ella (mientras se trate de un culto reconocido por el Estado).

Para algunos, la sola calidad de sacerdote sitúa al autor en la agravante, aunque esa calidad no sea conocida por la víctima (Núñez); para otros, por el contrario, es necesario que, por lo menos, exista alguna relación entre el autor y la víctima derivada de la calidad de aquél, aunque más no sea el simple sentimiento de respeto que inspira a la víctima el conocimiento de dicha calidad (Soler, Fontán Balestra). Ésta parece ser la tesis más acertada; aunque la ley no requiere que el sacerdote abuse de su función de tal para cometer el hecho, por lo menos ha tenido presente las ventajas que su condición le otorgaba en cuanto a las oportunidades para cometer el hecho (como consejero espiritual de menores, atención de enfermos, asistencia de la víctima en un confesionario en la soledad del templo, las atenciones que la víctima le puede brindar por razón de su estado sin sospechar sus intenciones, etcétera). En consecuencia, no queda comprendido en la agravante, por su sola calidad, el sacerdote que actúa como cualquier sujeto, sin que ni siquiera la víctima lo conozca como tal.

§ 409. *ENCARGADO DE EDUCACIÓN O GUARDA.* – En el caso del *encargado de la educación o guarda*, es la particular relación del agente con la víctima la que la ley ha tenido en cuenta para fundar la mayor punibilidad. Como en la agravante anterior, no es indispensable que el autor cometa el delito abusando de la función, pero sí que exista una concreta vinculación con el sujeto pasivo en virtud

de la función que respecto de él cumple el agente: el maestro caerá en la agravante si viola a la alumna del colegio en que enseña, pero no cuando lleva a cabo el acto sobre una estudiante de otro establecimiento con el que no tiene relación alguna.

El encargo de educación o guarda puede reconocer su origen en la ley (p.ej., el tutor) o en situaciones de hecho en las que una persona queda encargada de otra con prescindencia de que aquélla tenga o no representantes legales (padres, curadores, tutores); así, tiene la guarda quien la asume voluntariamente sobre un menor abandonado, o sobre un insano, por su propia voluntad y sin intervención de autoridad alguna; basta que esa relación esté materialmente establecida, aun marginada de las disposiciones legales.

§ 410. *ENCARGADO DE EDUCACIÓN.* – Es encargado de la educación de la víctima el que de modo más o menos regular (quedan excluidas las relaciones de enseñanzas ocasionales, como las conferencias o breves cursillos), por función (profesores de institutos de cualquier nivel) o convención (institutrices, preceptores, profesores que imparten enseñanza particular), instruye a la víctima en cualquier materia o guía su trato y la formación de su personalidad en un ambiente de estudio, aunque no tenga como tarea específica la de enseñar una materia o actividad determinada (p.ej., los celadores y bedeles cuando no tienen como única función la de ejercer la policía del instituto, sino también la de vigilar y corregir la conducta de los educandos).

§ 411. *ENCARGADO DE GUARDA.* – El encargado de la guarda de la víctima es también el que de modo regular (el simple encargo momentáneo de vigilancia no está comprendido) cuida la persona de aquélla, atendiendo sus necesidades o ciertos aspectos de éstas, aunque no conviva con ella y se trate de un encargo que no se desempeña con continuidad (p.ej., el acompañante de un menor en un prolongado viaje al extranjero). Puede ser un encargo originado en la función (p.ej., el director de un hospital de enfermos mentales) o en una convención (p.ej., el enfermero contratado para cuidar a un insano), o en una situación de hecho que hasta puede tener un arranque ilícito (p.ej., el que ha secuestrado y guardado con él a un menor). La relación de guarda también puede proceder por una vía no directa, mediando la relación del agente con un tercero. Así, la ju-

jurisprudencia ha reconocido la calidad en el concubino o en el padrastro que asumen funciones de jefe de hogar, respecto de los hijos de la concubina, aunque no sean también suyos o de los hijos del anterior matrimonio de la esposa que viven en el hogar común; pero tales sujetos no quedan comprendidos en la agravante cuando no han asumido esas funciones, y mucho menos el que se limita a mantener relaciones íntimas con la madre, por más estables que sean y aunque contribuya al mantenimiento de ella y de sus hijos.

c) CONCURSO DE AGENTES

§ 412. **FUNDAMENTO DE LA AGRAVANTE.** – El art. 122 del Cód. Penal agrava también la pena cuando el hecho *se cometiere con el concurso de dos o más personas*, lo cual se fundamenta en las mayores posibilidades de éxito de la acción delictuosa, ya que la pluralidad de agentes disminuye la capacidad de resistencia de la víctima.

§ 413. **NÚMERO DE AGENTES.** – Podría decirse que ha primado en la jurisprudencia y en la doctrina el criterio de que es suficiente la comisión del hecho por dos agentes para que se dé la agravante (dos coautores, o un autor y un cómplice formarían el número mínimo requerido por la ley), puesto que la norma habla de *dos* o más personas, y ya con la intervención de dos se da la razón de ser de la agravante. Sin embargo, otra importante corriente de pensamiento exige como mínimo la intervención de tres agentes (tres coautores, dos coautores y un cómplice, el autor y dos cómplices), por cuanto –se dice– la ley pune la acción de quien actúa *con* el concurso de dos o más personas y no de quienes actúan *en* concurso de dos o más personas; por ello se considera que la interpretación anterior ampliaría analógicamente el tipo (invocando la motivación de la norma).

§ 414. **ACTIVIDADES DE LOS DISTINTOS AGENTES.** – La violación tiene que ser *cometida por la pluralidad*, con lo cual el tipo agravado requiere la intervención de quienes la componen, en la ejecución del hecho, aunque no todos ellos alcancen la calidad de coautores (como lo requiere Núñez, pero en virtud de su particular concepto de coautoría). Quedan fuera de la agravante las formas

de complicidad que no implican, de algún modo, tomar parte en la ejecución (p.ej., el auxiliador *subsequens*; quien facilita los instrumentos para penetrar al lugar donde se encuentra la víctima sin estar presente en el hecho).

De acuerdo con los principios que dejamos expuestos, no es indispensable que todos los integrantes de la pluralidad accedan carnalmente a la víctima (es suficiente que lo haga uno solo), pero el acceso múltiple por parte de los distintos coautores en el mismo contexto de hecho, no multiplica la delictuosidad: se trata de una violación agravada cometida por varios. Tampoco es indispensable que todos los que intervienen en la comisión obren culpablemente: el número mínimo puede estar integrado por inimputables, siempre que se dé, claro está, la intervención de un agente culpable por lo menos; en estos casos, si quien accede es un inimputable y no un culpable, el agente culpable podría hallarse en situación de autor mediato o de partícipe en el delito del inimputable, según las distintas opiniones que hemos visto en la parte general, mereciendo igualmente la punibilidad agravada (art. 48, Cód. Penal).

2) AGRAVANTES POR LOS RESULTADOS

§ 415. *DISPOSICIONES LEGALES.* – En dos lugares la ley prevé agravantes de la violación por los resultados producidos: en el art. 122 lo hace con el *grave daño en la salud* y en el art. 124, con la *muerte* de la víctima.

a) GRAVE DAÑO EN LA SALUD

§ 416. *EL GRAVE DAÑO EN LA SALUD Y LAS LESIONES.* – Aunque algunos sostuvieron que el grave daño en la salud de que habla el art. 122 es el que puede considerarse comprendido en los arts. 90 y 91 (Gómez), últimamente parece coincidir la doctrina en que no necesita adecuarse a los conceptos típicos de las lesiones previstas en esas normas: aunque normalmente las comprende, puede tratarse también de un daño de importantes consecuencias (como puede ser una enfermedad curable que no origine incapacidad laborativa por más de un mes), que no alcance los límites de las lesiones del art. 90 del Cód. Penal, y menos los del art. 91.

La gravedad del daño es un criterio relativo que atañe al desequilibrio fisiológico causado por el hecho de la violación (no lo es, p.ej., el resfrío a raíz de la exposición al rocío nocturno a que fue sometida la víctima durante la consumación del hecho, pero sí puede serlo una infección pulmonar; puede no serlo la leve infección de los órganos genitales a consecuencia de la penetración en condiciones poco higiénicas, pero lo es el contagio de una enfermedad venérea que sufra el actor sin saberlo).

La referencia de la ley al grave daño *en la salud* parece excluir los daños en la estructura corporal, lo cual no es del todo exacto: únicamente quedan excluidos de la agravante y absorbidas por el tipo básico de violación los daños estructurales que carezcan de toda influencia fisiológica, aunque sea temporal, o los que la tienen de escasa importancia, según aclaramos precedentemente.

§ 417. **RELACIÓN DE CAUSALIDAD. DAÑOS COMPRENDIDOS.** – A esta limitación objetiva del tipo la doctrina agrega otras. Así, se ha dicho que únicamente quedan insertos en la agravante los graves daños que resulten para la salud de la víctima (no de un tercero), cuando procedan del acceso carnal mismo o de la violencia ejercida por el autor en el acto de la consumación, pero que operan en concurso real con la figura básica de violación los daños perpetrados durante el *iter criminis* que alcanzó a los actos ejecutivos anteriores al momento consumativo (p.ej., los golpes dados a la víctima para doblegar su voluntad) y, por supuesto, los posteriores a ese momento consumativo aunque estén relacionados con el hecho de la violación (p.ej., golpes para hacer callar a la víctima). También se excluyen de la agravante los daños que la víctima se causa a sí misma a raíz de la situación en que ha sido colocada (p.ej., heridas que se produce al tratar de huir o rechazar el ataque), que se pueden imputar como lesiones a título autónomo junto con la figura simple de violación. Pero sí quedan comprendidas en la agravante los daños que se ha causado la víctima por el propio esfuerzo para impedir la penetración (p.ej., una hernia).

§ 418. **CULPABILIDAD EN LA CAUSACIÓN DEL DAÑO. DEBATE EN LA DOCTRINA.** – Desde el punto de vista subjetivo se ha mirado el grave daño agravatorio como un resultado exclusivamente preterintencional; el dolo sólo puede referirse al hecho de la violación, los

graves daños únicamente tienen que ser previsibles. Si la lesión estuvo comprendida en los planes del autor, ella concurre realmente con la violación.

Pero esa tesis ha sido rechazada por algunos, al considerar que aun los graves daños comprendidos en el dolo del autor como resultados de la consumación de la violación se insertan en la agravante y no se punen autónomamente, a no ser que constituyan lesiones graves o gravísimas (tal la apreciación de Núñez, que hace hincapié en la congruencia del monto de las penas: la lesión leve dolosa, que constituya un grave daño en la salud imputada autónomamente, integrando un concurso real con la violación, tendría como consecuencia una pena menos grave que si se la atribuyera como agravante de ese delito, lo cual forzosamente llevaría a punir más intensamente la lesión leve no dolosa con las mismas características).

b) RESULTADO DE MUERTE

§ 419. *RELACIÓN OBJETIVA. REMISIÓN.* – Se agrava la punibilidad, como vimos, cuando en los casos del art. 119 del Cód. Penal *resultare la muerte de la persona ofendida.*

Desde el punto de vista objetivo, la relación entre el resultado de muerte y el hecho de la violación es la misma que acabamos de ver con relación al grave daño en la salud de la víctima.

§ 420. *CULPABILIDAD. REMISIÓN.* – Desde el punto de vista subjetivo, también aquí se pronuncian tesis encontradas. Para algunos sólo queda comprendida en la agravante la muerte como resultado preterintencional (p.ej., Soler); para otros, además de la muerte como resultado preterintencional, quedan comprendidos en la agravante los supuestos en que el resultado de muerte haya sido previsto como consecuencia probable del acceso y eventualmente aceptada su producción (Núñez, p.ej., en el caso de la violación de una menor de muy corta edad).

Claro está que no se da la agravante cuando la violación ha sido seleccionada por el autor como medio para matar a la víctima; entonces ambos delitos (violación y homicidio) concurren realmente. Aunque el caso es bastante académico, cuando la muerte es el medio para conseguir el acceso del modo que lo quiere el agente, la violación concurre con el homicidio calificado del art. 80, inc. 7º, del

Cód. Penal (p.ej., quien por un impulso sádico quiere acceder a un agonizante y el acceso carnal se produce después del golpe mortal, pero antes de que ocurra la muerte).

II. ESTUPRO

§ 421. *ILICITUD DEL ACCESO CARNAL. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.* – Por el delito de estupro se castiga también un acceso carnal ilícito, pero la ilicitud no proviene ya de la ausencia de un consentimiento válido de la víctima, sino, precisamente, de la existencia de un consentimiento insuficiente para borrar esa ilicitud, por haber sido prestado por una víctima que la ley reputa desconocedora de las consecuencias del acto. En este sentido, el ataque a la reserva sexual configurada como libertad de permitir el acceso a quien se desea es muy relativo; más bien el interés protegido es el de la honestidad en el aspecto de la normalidad temporal del trato sexual: se castiga un acceso carnal cuya ilicitud se fundamenta en la temprana edad y la inexperiencia de la víctima.

A) FIGURA BÁSICA

§ 422. *LA DISPOSICIÓN LEGAL. LA ACCIÓN TÍPICA: REMISIÓN.* – El art. 120 del Cód. Penal pena con reclusión o prisión de tres a seis años el acceso carnal cuando la víctima fuere mujer honesta mayor de doce años y menor de quince y no se encontrare en las circunstancias de los incs. 2º y 3º del art. 119; en otras palabras, cuando la mujer ha consentido en ser accedida.

La circunstancia de que la acción sea la misma que la del art. 119 nos traslada a los principios generales que hemos expuesto, a las limitaciones del sujeto activo, que únicamente puede ser un varón y nos indica que el estupro puede funcionar como remanente punible de la violación en los casos de error inculpable acerca de la edad de la víctima.

§ 423. *CARACTERÍSTICAS TÍPICAS.* – Lo que caracteriza al tipo de acceso carnal que constituye estupro es, pues, la condición del sujeto pasivo y el consentimiento prestado por él.

§ 424. *SUJETO PASIVO. SEXO Y EDAD.* – Sujeto pasivo es la *mujer mayor de doce y menor de quince años* (que ya ha cumplido los doce y que no ha cumplido todavía los quince años). No lo es el varón de esa edad, que si es accedido con su consentimiento queda fuera de la protección legal, a menos que el agente caiga bajo alguna de las figuras de corrupción.

§ 425. *LA HONESTIDAD.* – El tipo requiere que la víctima sea *mujer honesta*. Reconocen muchos que ese elemento normativo cultural ha venido a sustituir en la fórmula del estupro a la exigencia de que el autor lograra el acceso mediante *seducción*, es decir, por medios halagadores, expresa o tácitamente engañosos (pero sin describir el carácter sexual del acto) o que implicaran todo un proceso de convencimiento. En nuestro sistema, aunque esa actividad no haya sido desplegada por el agente, igualmente se dará el tipo de estupro si accede a la mujer honesta que se encuentra en la edad indicada por la tipicidad.

Coincide la doctrina en que la *honestidad* está referida, en el tipo estudiado, a la *inexperiencia sexual*. Mujer honesta es la sexualmente inexperta y es, por esta circunstancia, por lo que la ley reputa insuficiente el consentimiento prestado por ella para tornar lícito al acceso carnal. Ese consentimiento puede provenir tanto del proceso seductor del agente como de la *autosedución* de la víctima “por la propia naturaleza del acto sexual” –según Núñez– (curiosidad, deseos despertados por sus propios mecanismos mentales y fisiológicos), por lo cual viene a ser exagerado negar la existencia de honestidad en la víctima que no ha sido requerida por el agente para que se preste al acceso, sino que ella misma ha procurado ser accedida, por esa sola circunstancia.

Aunque la doctrina se remite a distintos parámetros para apreciar la vigencia de honestidad del sujeto pasivo (recato, pudor, decoro, castidad), todos ellos tienen que referirse a la *inexperiencia* en lo sexual; *inexperiencia* que no importa desconocimiento de lo sexual, sino ausencia de experiencia en ese ámbito (no deja de ser honesta la menor a quien, en el desarrollo de su educación, se le han impartido exhaustivos conocimientos sobre sexualidad, pero que carece de esa experiencia). La experiencia puede haberse obtenido por la práctica del acceso carnal o por haber obtenido el conocimiento de lo sexual por medio de la propia conducta disoluta, aun-

que la mujer no haya llegado a ser accedida. Por eso se afirma que la mujer casada o viuda, aunque esté en la edad determinada por la ley, no puede ser sujeto pasivo de este delito, pero ésta puede ser una afirmación inexacta si se le da un valor absoluto (aunque los ejemplos podrían ser muy excepcionales, en algunos casos esas mujeres podrían ser inexpertas: la mujer casada por poder que no ha llegado a hacer vida común con el marido, la viuda que no alcanzó a yacer con su esposo, etcétera). Pero, a la vez, hay acontecimientos sexuales en la vida del sujeto que constituyen experiencias sexuales que no eliminan en la mujer el carácter de honesta, como ocurre con la violación; mas tampoco puede tomarse esa conclusión con carácter absoluto: depende de las circunstancias y modos de esos acontecimientos sexuales (no se puede decir que es sexualmente inexperta la mujer que desde los once a los trece años ha sido sometida por su guardador a una larga serie de actos sexuales ilícitos, entre los cuales se cuentan repetidos accesos carnales).

Tampoco es descartable la honestidad por la sola consideración del modo en que se lleva a cabo el acceso consentido; parte de la doctrina rechaza la honestidad de la víctima cuando ella ha consentido en ser accedida por vía anal, porque ello "supone una condición distinta de la honestidad" (Fontán Balestra); sin dejar de reconocer que ciertas modalidades del acto sexual aceptado o propuesto por la misma víctima pueden revelar en ella una experiencia de lo sexual, aquella sola circunstancia, por sí misma, no conduce necesariamente a tal conclusión, ya que la misma inexperiencia puede haberla llevado a consentirlo.

Cabe destacar, como ya lo vimos, que el acceso carnal ilícito que tienen en cuenta los distintos tipos del capítulo son los que se llevan a cabo por vía tanto vaginal como rectal, y esa extensión de ningún modo está retaceada por la tipicidad del art. 120.

De más está decir que la honestidad, como elemento del tipo, tiene que ser probada. La ley no la presume. Aunque esa prueba se reduzca a las circunstancias normales en que puede considerarse que una mujer es honesta, no es correcta la opinión —alguna vez insinuada— de que esa calidad se presume *iuris tantum*.

§ 426. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* — Puesto que lo punible es el acceso carnal, la consumación del delito se da en los mismos términos que la consumación del delito de violación.

Actualmente no se pone en duda la posibilidad de tentativa, que está integrada por los actos ejecutivos de la cópula que no llega a completarse con la penetración; los actos anteriores a los que dejamos dichos (el mantenimiento de conversaciones amorosas, los tocamientos destinados a excitar a la víctima, etc.) son actos preparatorios impunes.

§ 427. **CULPABILIDAD.** – Es un delito doloso que requiere, junto con la voluntad de lograr el acceso, el conocimiento de los elementos típicos, especialmente de los que se refieren a la edad de la mujer y a su honestidad. El error sobre ellos puede llegar a excluir la culpabilidad, aunque sea imputable al agente; pero la duda no equivale a ese error.

B) FIGURAS AGRAVADAS

§ 428. **REMISIÓN.** – El estupro se agrava en los mismos casos en que lo hace la violación, ya que los arts. 122 y 124 del Cód. Penal le son aplicables. Lo dicho sobre ellos con relación a aquel delito es, pues, válido aquí.

Asimismo, la figura básica del estupro consume las lesiones leves que produce el acto mismo del acceso carnal, según el modo de su desarrollo, aunque no recaigan sobre los órganos sexuales de la víctima (p.ej., luxaciones por posturas incorrectas voluntariamente adoptadas por aquélla), pero no las que son extrañas a la consumación del acceso, aunque se las hubiese producido durante su desarrollo, las que se imputan autónomamente, en su carácter de dolosas o culposas (p.ej., los hematomas producidos en los transportes preparatorios del acceso), concurriendo con la figura básica de estupro.

III. ACCESO CARNAL (ESTUPRO) FRAUDULENTO

§ 429. **EL TEXTO LEGAL.** – El tercer género de acceso carnal ilícito es el que se consuma logrando el consentimiento de la víctima, induciéndola a error sobre la identidad de quien la accede. El art. 121 del Cód. Penal pune con reclusión o prisión de tres a seis años,

“al que abusare del error de una mujer fingiéndose su marido y tuviere con ella acceso carnal”.

§ 430. *BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. CARÁCTER DE LA FIGURA.* – También aquí nos hallamos ante un ataque a la libertad constituida por la incolumidad de la reserva sexual, puesto que la mujer engañada se deja acceder por una persona distinta de aquella a la que cree prestar el consentimiento.

El proceso estructural del delito está compuesto por una actitud engañosa asumida por el agente de manera intencional, para inducir a error a la víctima con el fin de que preste ella su consentimiento para ser accedida por él. Ordenando, pues, los elementos típicos a fin de describir el delito, tenemos que la conducta punible es la de acceder carnalmente a una mujer casada haciéndose pasar por su marido.

Precisamente la circunstancia de que en la especie medie un consentimiento viciado por error, ha llevado a la doctrina a considerar esta infracción como una especie de estupro.

§ 431. *FINGIMIENTO DEL AGENTE.* – El fingimiento del agente es, en un orden lógico, el paso inicial de la acción. Ese fingimiento está constituido por la actitud de presentarse como marido de la víctima, de acuerdo con las circunstancias, por medio de una actividad (palabras, gestos, actos) o aun de omisiones (guardar silencio ante el error inicialmente propio de la víctima); no quedan comprendidos en el tipo los fingimientos de otras identidades (hacerse pasar por el concubino o por el amante), pues aunque en esos casos se vulnera del mismo modo el bien jurídico protegido, la limitación típica es estricta: únicamente recepta el fingimiento de la calidad de marido.

§ 432. *EL ERROR DE LA VÍCTIMA.* – El fingimiento debe haber provocado el error de la mujer para que preste ella el consentimiento; pero, como ya lo hemos señalado en el párrafo precedente, no es indispensable que el error sobre la identidad del accedente haya nacido de su propia actividad; basta con que él abuse del error en que haya encontrado a la mujer, adoptando una actitud de fingimiento pasivo que la mantenga en él (contra: Fontán Balestra). Esto sur-

ge con claridad de la descripción típica: "el que abusare del error de una mujer fingiéndose su marido" y el abuso puede referirse tanto al error que se crea por el fingimiento, como al error en que se inserta el fingimiento.

Pero el error que verse sobre la calidad de marido del accedente tiene que repercutir como certeza en la subjetividad de la víctima. No son típicos los casos en que la mujer duda sobre la identidad del que va a accederla, ni aquellos en los que simplemente yerra sobre la identidad de la persona que no es su marido (p.ej., saber que no es su marido quien la accede, pero creer que es su amante cuando en realidad no lo es).

§ 433. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El delito se consuma con el acceso carnal por vía vaginal o rectal, de conformidad con los principios generales a los que ya nos hemos referido. Es posible la tentativa en la misma medida que con relación a los otros accesos carnales punibles.

§ 434. *SUJETO PASIVO.* – En principio, únicamente puede ser sujeto pasivo la mujer actualmente unida en matrimonio que no esté disuelto por sentencia firme. Pero el concepto del sujeto pasivo también se extiende a la mujer que cree estar unida en matrimonio, es decir, que tiene marido, aunque no sea ello exacto (casos de simulación de matrimonio), aun cuando el autor conozca esa circunstancia. Lo mismo ocurre con la mujer separada (art. 201 y ss., Cód. Civil, según ley 23.515), que en nuestro sistema permanece casada y que puede consentir la cópula con quien sigue siendo su marido pese a la separación de cuerpos (precisamente la ley lo contempla como supuesto de reconciliación: art. 234, Cód. Civil, según ley 23.515).

Pero, pese a que la reconciliación también opera como factor de extinción de la acción de divorcio (art. 234, Cód. Civil, según ley 23.515), no parece que la mujer divorciada pueda ser sujeto pasivo de este delito, puesto que el divorcio importa la extinción del vínculo (art. 217, párr. 2°).

En este caso, como en otros donde falta el sujeto pasivo típico, así como es imposible encuadrar el caso en la violación, también es imposible hacerlo en el abuso deshonesto, porque si bien el autor *sorprende* a la víctima para accederla, la especificidad del tipo, tanto

por el procedimiento que contempla como por su resultado, quita toda posibilidad de considerar aquellas tipicidades, sobre todo porque no se trata de que la víctima no haya podido resistir, sino porque no quiso resistir, aunque a ello haya sido inducida por el engaño.

§ 435. *CULPABILIDAD.* – El dolo, además de la voluntad de acceder carnalmente a la víctima, exige en el agente el abuso del error de la mujer, o sea, es necesario el conocimiento de que la mujer está en error o ha caído en él por la obra del mismo agente y la voluntad de utilizarlo para lograr su consentimiento a ser accedida.

CAPÍTULO III

CORRUPCIÓN, ABUSO DESHONESTO Y ULTRAJES AL PUDOR

§ 436. *LAS ACCIONES PUNIBLES.* – Este capítulo no ofrece la misma coherencia que el anterior, que, como vimos, punía en todos sus tipos la misma acción, diferenciándolos por sus modalidades. Aquí, por el contrario, a la vez que los bienes jurídicos protegidos son de distinta laya (el normal desarrollo del trato sexual, la reserva sexual, la preservación del pudor público, etc.), las acciones típicas son muy diferentes, no sólo en cuanto al modo, sino incluso en cuanto a la esencia misma de la autoría (la rúbrica del capítulo fue dispuesta por la ley 23.487).

I. PROMOCIÓN Y FACILITACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN O CORRUPCIÓN DE MENORES

§ 437. *ESTRUCTURA DE LA LEY.* – El art. 125 del Cód. Penal contiene tanto las figuras básicas (parte 1ª), como las figuras agravadas (parte 2ª); pero es necesario hacer notar que en aquéllas la punibilidad se hace depender de la edad del sujeto pasivo.

A) FIGURAS BÁSICAS

§ 438. *EL TEXTO LEGAL Y SUS VARIACIONES.* – El art. 125 del Cód. Penal, en su parte 1ª, castiga al que “con ánimo de lucro o para satisfacer deseos propios o ajenos, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad, sin distinción de sexo, aunque mediere el consentimiento de la víctima”, con distintas penas, que varían según la edad del sujeto pasivo (con reclusión o prisión de cuatro a quince años, si fuere menor de doce años; de tres a diez, si fuere mayor de doce y menor de dieciocho, y de dos a seis años si fuere mayor de dieciocho años y menor de veintidós).

La ley 17.567, ateniéndose a los datos que la doctrina había elaborado sobre dicho texto, configuró el tipo refiriéndose al que “promoviere la corrupción de un menor de dieciocho años mediante actos sexuales perversos, prematuros o excesivos, aunque la víctima consienta en participar en ellos o verlos ejecutar”: la pena era la de reclusión o prisión de dos a seis años, que se elevaba a la de tres a ocho años en los casos en que la víctima fuere menor de quince años y en el art. 125 *bis* asignaba una pena de seis a quince años en los casos de víctima menor de doce años y en aquellos en los cuales el autor hubiere “ejecutado el hecho con propósito de lucro”.

§ 439. *CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS.* – En la fórmula actual se pueden distinguir cuatro tipos prácticamente distintos: la promoción de la corrupción; el facilitamiento de la corrupción; la promoción de la prostitución y el facilitamiento de la prostitución, aunque la ley trata en común la generalidad de los elementos que los componen.

§ 440. *LA CORRUPCIÓN Y LA PROSTITUCIÓN COMO ESTADOS. ACCIONES EXCLUIDAS.* – La distinción fundamental la establece el disímil carácter de la corrupción y de la prostitución, las cuales, sin embargo, participan de una nota común que, como veremos, debe estar presente en la culpabilidad del autor: una y otra constituyen *estados* de las personas. La ley castiga al que vuelve corrupta a una persona o le facilita la permanencia en ese estado, o a quien vuelve prostituta a una persona o le facilita la permanencia en ese estado. No quedan, pues, comprendidas en el tipo las conductas del agente que hace intervenir al sujeto pasivo en uno o más actos perversos, obje-

tivamente corruptos, o que procura que se entregue carnalmente a determinadas personas, si no entra en sus planes la concreción de aquellos estados utilizando estas actividades como medios.

De lo dicho se infiere sin discusión que lo protegido es el normal desarrollo de la sexualidad.

§ 441. *NOCIÓN DE CORRUPCIÓN.* – La corrupción típica es el estado en el que se ha deformado el sentido naturalmente sano de la sexualidad, sea por lo prematuro de su evolución (con respecto a la edad de la víctima), sea porque el sujeto pasivo llega a aceptar como normal –para su propia conducta– la depravación de la actividad sexual.

§ 442. *LA ACCIÓN DE PROMOCIÓN DE LA CORRUPCIÓN.* – La corrupción se *promueve* en dos supuestos: cuando se incita a quien no está corrompido a que se corrompa, o sea, cuando se lo impulsa a que adopte una conducta sexual prematura o depravada; así como cuando se incita a quien ya puede considerarse corrompido a mantenerse en ese estado o aumentar la intensidad de su propia corrupción. Aunque este último supuesto ha sido negado por parte de la doctrina como acto de promoción (“no se puede corromper lo corrompido”, se dice). En alguna medida, la reforma de la ley 17.567, de que dimos cuenta, tendió a consagrar legislativamente esa limitación.

La promoción requiere actividad; no es posible la comisión por medio de omisiones.

§ 443. *ACTOS CORRUPTORES.* – La promoción puede llevarse a cabo por medio de actos sexuales realizados sobre la víctima o con terceros ante la víctima (la ley 17.567 restringía a esas dos especies la descripción típica), o por medio de otros actos materiales de significación sexual (p.ej., actos de bestialidad) o con acciones de significación intelectual de naturaleza sexual (enseñanza, consejos, exposiciones de imágenes, etcétera).

Objetivamente tiene que tratarse de actos eficaces para promover la corrupción. Tradicionalmente la doctrina (que en ocasiones origina la legislación, como ocurrió con la ley 17.567) asigna esa eficacia a los actos (materiales o morales) con significación sexual que son perversos, prematuros o excesivos. El acto es *perverso* cuando en sí mismo es depravado, porque implica un ejercicio anor-

mal de la sexualidad (homosexualismo, coitos anormales, con manifestaciones de sadismo o masoquismo, etcétera). Es *prematureo* cuando no está de acuerdo con el desarrollo sexual que es dable esperar de la edad de la víctima (p.ej., enseñanza de actos de onanismo a un niño de cinco años). Es *excesivo* cuando implica una lujuria *desmesurada* (Fontán Balestra) o *extraordinaria* (Núñez) (p.ej., intervenir en reuniones donde se realizan tratos sexuales promiscuos).

Aunque regularmente la proyección corruptora de esos actos se alcanza mediante su reiteración, ésta no es indispensable desde el punto de vista de la tipicidad; pueden detectarse actos que autónomamente sean eficaces en ese orden. Pero, de acuerdo con lo dicho, quedan fuera de la tipicidad los actos materiales o morales con significación sexual que pueden catalogarse como *normales* con relación a su propio carácter o a las condiciones de la víctima, por más aberrantes que resulten en el aspecto ético (p.ej., una relación de carácter incestuoso).

§ 444. *FACILITAMIENTO DE LA CORRUPCIÓN.* – La corrupción se facilita cuando se suministran los medios para que el sujeto pasivo que quiere corromperse lo haga, o quien ya está corrompido desarrolle las actividades propias de ese estado, manteniéndose en él o incrementándolo, o no se las impida debiendo hacerlo.

En la promoción, el impulso hacia la creación o mantenimiento del estado de corrupción proviene del agente; en la facilitación proviene de la víctima y el agente se pliega al plan de aquélla.

Como se ve, quien facilita viene a ser un partícipe en la obra del sujeto pasivo, a la que puede concurrir –a diferencia de lo que ocurre en la promoción– tanto con actividades (p.ej., brindándole enseñanzas), como con omisiones, lo cual acaece cuando tiene el deber de impedir que el sujeto pasivo se corrompa o despliegue actividades propias de ese estado (p.ej., los padres que omiten las correcciones indispensables, estando en conocimiento de las prácticas o proyectos de sus hijos; el director de un colegio que estando en conocimiento de las prácticas sexuales aberrantes de los alumnos internos no dispone las medidas necesarias para hacerlas cesar).

Hay que reconocer que esta idea de la acción facilitadora puede ser puesta en entredicho por la que parece surgir del art. 126 del Cód. Penal; se trata, sin embargo, de una contradicción de carácter

más formal que esencial. Pero, sin duda, han sido las dificultades interpretativas que el tipo presenta las que llevaron al legislador de la ley 17.567 a eliminarlo, más que los problemas que planteaba la exagerada punibilidad en ciertos casos, que se invocaron como motivación.

§ 445. *PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE PROMOCIÓN Y DE FACILITACIÓN DE LA CORRUPCIÓN.* – La existencia de este particular delito de facilitación no consume, sin embargo, las figuras de los partícipes (arts. 45 y 46, Cód. Penal), tanto en la promoción como en la facilitación de la corrupción. La distinción entre el cómplice en cualquiera de ellos y el facilitador, es relativamente sencilla: el partícipe interviene en la acción típica de un tercero sobre la víctima; el facilitador participa en la acción misma de la víctima.

Asimismo, ambos tipos admiten la figura del instigador: instiga quien incita a un tercero a promover o facilitar la corrupción de otro; pero claro está que el que instiga a la misma víctima a corromperse es un promotor de su corrupción (lo cual, si podía discutirse durante la vigencia de la ley 17.567, por el carácter de los actos típicos, no ofrece dudas en el sistema actual).

§ 446. *NOCIÓN DE PROSTITUCIÓN.* – Como lo hemos dicho, la prostitución típicamente se concibe como un estado, es decir, como conducta o comportamiento relativamente habitual (sea o no de carácter profesional). Lo que se tiene que promover o facilitar, por tanto, es el estado de prostitución. Lo cual deja al margen del tipo las acciones tendientes a lograr que el sujeto pasivo se entregue a determinadas personas, aunque sea por lucro; como también el simple acceso carnal de quien aprovecha el estado ya constituido (p.ej., el cliente de la prostituta).

Para que haya prostitución exige la doctrina que el sujeto se entregue habitualmente a la práctica sexual (que puede estar constituida por accesos normales o anormales o cualquier otro modo de aproximación sexual, como el coito oral o la prestación del cuerpo para otras clases de actividades sexuales) con sujetos indeterminados. El grueso de los tratadistas considera que, para que se dé prostitución, el prostituido tiene que actuar venalmente, es decir, prestarse a la actividad con los terceros indeterminados por lucro. Esta última exigencia, sin embargo, podría ser puesta en tela de juicio:

la doctrina más cercana a la sanción del Código Penal (incluso Soler) señalaba que la prostitución llevaba, en general, un fin de lucro, pero no parecían plantearlo como condición *sine qua non* de la tipicidad. Explicitando aquella otra tendencia interpretativa, se dice que cuando “la entrega indiscriminada obedece al propio vicio erótico”, hay “una corrupción de la modalidad de la conducta sexual”, pero no prostitución, la cual reclama, en el sujeto pasivo, “el fin de satisfacer el lucro propio o de un proxeneta” (Núñez), aunque tales distinciones no tengan mayores efectos sobre la punibilidad, porque, al fin, lo que sale de los tipos de prostitución va a parar a los de corrupción.

Sin embargo, no se puede decir que el lucro sea indispensable porque en él reside la depravación de los motivos sexuales; también es una motivación depravada la de entregarse habitualmente a sujetos indeterminados, no por lucro ni en razón del propio vicio erótico, sino por otros motivos (como pueden ser las motivaciones religiosas de algunas sectas), con lo cual no parece que el lucro sea típicamente indispensable, aunque no dejaría de ser una disposición relativamente académica en nuestra realidad social actual, donde normalmente la prostitución se ejerce por lucro. De más está explicar que ese propósito se compatibiliza con el deseo de obtener beneficios materiales, aunque no consistan en dinero, siempre que representen la transferencia de bienes por cualquier persona y no ventajas que sólo puedan conceder determinadas personas (no se habrá prostituido la mujer que se entrega sólo a cierto personal jerarquizado de una empresa para obtener un puesto en ella o a los gerentes de los bancos de la localidad donde vive, para que le permitan girar en descubierto).

§ 447. *LA PROMOCIÓN Y LA FACILITACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN.* — También la prostitución puede promoverse o facilitarse. La *promueve* el que, con su iniciativa, trata de conseguir que la víctima asuma el estado de prostitución, lo mantenga o intensifique si ya lo tiene (p.ej., tratando de que en vez de andar buscando los clientes en la calle ingrese en un prostíbulo). La *facilita* el que elimina obstáculos o suministra medios u oportunidades (locales, clientes, etc.), para que la víctima logre su propio objetivo de prostituirse o realice las actividades del estado en que ya se encuentra; esta última conducta puede ser asumida por medio de omisiones, como ocurría en

la facilitación de la corrupción. Las distinciones precedentemente hechas entre los partícipes del delito y la figura del facilitador pueden utilizarse también aquí.

§ 448. *ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO. CONSECUENCIAS.* – Pero si algún aspecto es conflictivo en estos tipos es el correspondiente a los particulares elementos subjetivos que la descripción legal contiene. Únicamente es punible el agente que actúa *con ánimo de lucro o para satisfacer deseos propios o ajenos*. Este giro, tan particularmente expresivo de la voluntad de la ley, influye en general sobre la misma culpabilidad típica, ya que requiere también un particular dolo directo en orden a la corrupción o a la prostitución, que nos coloca ante un especial delito de tendencia: no basta que el agente conozca la influencia que su acción puede tener en orden a la corrupción o prostitución; es necesario que el suscitamiento o mantenimiento en el estado o el facilitamiento de la actividad de la víctima en ellos, haya sido considerado en los planes del autor como finalidad especialmente perseguida; la mera conducta activa u omisiva, que pueden ser idóneas para el logro de esas finalidades, voluntariamente asumida por el agente, pero que no se ha movido en procura de ellas, queda fuera de la punibilidad. Tal limitación típica permite detectar insuficiencias en la protección del bien jurídico protegido, razón por la cual esos elementos subjetivos habían sido eludidos en la tipicidad de la ley 17.567.

§ 449. *ÁNIMO DE LUCRO.* – El *ánimo de lucro* se refiere a la ganancia o provecho económico que el agente espera obtener para sí por haber corrompido, prostituido o facilitado, provenga el lucro directamente de la actual o posterior actividad de la víctima o se trate de un provecho que se espera en virtud del mismo estado en que aquélla se constituye (p.ej., la exclusión del corrompido de una herencia en beneficio del agente). Por supuesto que para la consumación es indiferente que el provecho se obtenga o no, basta que él haya integrado los planes del autor. No actúa con el mencionado ánimo quien realiza el hecho para que otro se beneficie (sin perjuicio de que caiga en el tipo por satisfacer deseos ajenos); sería el caso, por ejemplo, del agente que pretende con su acción que la misma víctima obtenga ganancias del ejercicio de la prostitución, sin querer lograrlas para sí.

§ 450. *SATISFACCIÓN DE DESEOS AJENOS.* – La ley pune la figura del proxeneta o lenón (toda distinción conceptual entre estas dos expresiones es académica y no responde a la realidad) cuando menciona al agente que obra para satisfacer deseos ajenos. Lógicamente, la ley se refiere a la satisfacción de deseos de carácter sexual.

La interpretación de este elemento subjetivo del tipo es bastante ardua. Para algunos los deseos ajenos tienen que ser de personas indeterminadas, al menos en las figuras de prostitución (Fontán Balestra); otros, si bien admiten que puede referirse a la satisfacción de deseos ajenos de personas determinadas, consideran que el móvil se da sólo cuando el proxeneta obra “para arrojar indeterminadamente a la víctima al libertinaje o a la prostitución” (Núñez), con lo cual, al fin, cualquiera que realice actos corruptores o prostituidores sin procurar la satisfacción de sus propios deseos sexuales, quedaría comprendido en el tipo, porque habría actuado para *satisfacer deseos ajenos*. Pero una cosa es que el autor tenga presente, al actuar, que la corrupción o la prostitución de la víctima va a concluir en la satisfacción de deseos ajenos y otra distinta que se quiera directamente satisfacer deseos ajenos, que es lo que reclama el tipo. Esta última circunstancia únicamente puede constituir la subjetividad del autor cuando sabe o cree él mismo que esos deseos existen y obra para satisfacerlos, lo cual sólo se compagina con la determinación del deseo en una o más personas, pero es inconcebible en personas indeterminadas.

El deseo que se trata de satisfacer tiene que ser el de una persona distinta del autor, pero que, a la vez, pudo haber intervenido en el delito en otra calidad (cómplice o instigador), o el de un tercero totalmente extraño al delito (p.ej., empleado abyecto que conociendo las aficiones inmorales de su superior corrompe a la víctima por su cuenta para ofrecérsela a aquél ya corrompida, o que conociendo los deseos de aquél de encontrar meretrices nuevas en el prostíbulo al que concurre, procura o facilita la prostitución de la víctima en ese lugar). Quien opera con el solo fin de depravar la sexualidad en sí misma (p.ej., el que corrompe para vengarse del padre de la víctima) no queda comprendido en el tipo y los actos de carácter sexual que en todo caso realice irán a parar a otros tipos penales de este título, en su caso, aunque hay que reconocer que es muy difícil encontrar esta figura de autor en toda su pureza (que alguna doctrina, sin tener en cuenta los significados propios de las

palabras, parece denominar “simple lenón”), por lo cual muy excepcionalmente escapará de la punibilidad del art. 125 (en la figura según la fórmula empleada por la ley 17.567, que no mencionaba esos ánimos particulares, ninguna dificultad se daba para comprenderlo en la descripción típica).

§ 451. *SATISFACCIÓN DE DESEOS PROPIOS. LA FIGURA DEL “DEPRAVADOR DIRECTO”*. – Pero si el ánimo precedentemente estudiado es conflictivo por las limitaciones que puede implicar para la punibilidad, mucho más lo es el que se refiere a la satisfacción de *deseos propios*.

Si quien prostituye o corrompe por el solo deseo de corromper o prostituir puede responder, en todo caso, a motivaciones extrañas al sexo, el llamado *depravador directo* es el que, con las acciones típicas, procura satisfacer sus propios deseos sexuales, sea porque piensa obtener esa satisfacción de la posterior actividad depravada de la víctima, o porque los actos propios de la secuencia corruptora que se propone van a ser los que satisfagan sus deseos; en un supuesto corrompe o prostituye para satisfacerse, en el otro se satisface corrompiendo o prostituyendo. Pero, tanto en el uno como en el otro, tiene que mediar una trascendencia –subjetivamente advertida y querida– de los actos idóneamente corruptores o depravadores hacia la constitución de un estado de corrupción o prostitución en la víctima.

Este resultado debe estar contenido en la intención del agente; si no lo está o si sólo está presente en sus previsiones y únicamente persigue, con el acto idóneamente corruptor, el logro de una finalidad sexual que puede considerarse constitutiva de otros tipos penales (acceder carnalmente, abusar deshonestamente), el hecho se podrá perseguir con la punibilidad de esos tipos, pero no con la del art. 125; aunque hay que señalar que una fuerte corriente de nuestra doctrina y jurisprudencia sostiene que basta la concurrencia de un acto que sea objetivamente idóneo para corromper o prostituir, teniendo presente el agente esa idoneidad, para que se dé el tipo del art. 125, desplazando las figuras de los otros tipos contra la honestidad que el o los actos realizados constituyan (p.ej., la violación, el estupro, el abuso deshonesto; ver Fontán Balestra).

§ 452. *CUESTIONES SOBRE CONFLUENCIA DE FIGURAS*. – Explicá-
bamos que en la disposición examinada hay distintos tipos que no

se sustituyen entre sí, no siendo subsidiarios unos de otros, sino perfectamente autónomos, por lo cual es posible, por ejemplo, que la promoción de la corrupción concorra realmente con una promoción de la prostitución (el que corrompe a la víctima con el fin de prepararla para que ejerza con éxito la prostitución en su beneficio y después la incita a ejercerla). Pero, eso sí, la figura del art. 125 desplaza las figuras de otros delitos que se podrían castigar autónomamente si no mediara la trascendencia de los actos a la depravación del sujeto pasivo (violaciones, estupros, abusos deshonestos, exhibiciones obscenas, exhibiciones de objetos inmorales, etcétera).

§ 453. *SUJETO PASIVO.* – Puede serlo cualquier persona –sin distinción de sexo, dice la ley– comprendida en las edades señaladas en los distintos incisos del artículo.

Se ha reclamado, sin embargo, que la víctima sea “persona capaz de comprender la naturaleza del acto corruptor”, pues ése sería un presupuesto indispensable para la existencia de la posibilidad de depravarla, dada la raigambre psíquica de ese resultado. Pensamos, sin embargo, que esa exigencia que no surge de la ley, tampoco es impuesta por la realidad: la depravación puede ser alcanzada por medio del acostumbramiento y, aunque la comprensión del acto no sea actualmente posible para la víctima, aquél no dejará de influir posteriormente en la normalidad de su desarrollo sexual (p.ej., la mucama que para satisfacer sus deseos sexuales aberrantes hace practicar al niño de corta edad actos de onanismo), o proyectarse sobre la sexualidad por más mínima que fuere la evolución de la capacidad de comprensión (p.ej., la corrupción de una menor privada de razón, pero que conserva cierta inhibición que responde a los valores morales); sin perjuicio, por supuesto, de que haya sujetos que sean totalmente incapaces de ser corrompidos (por su edad o condición), por lo cual, al fin, el punto hay que resolverlo en cada caso, sin que se puedan dar pautas generales de valor absoluto.

§ 454. *ACTITUDES DE LA VÍCTIMA. EL CONSENTIMIENTO.* – Parte de la doctrina estima que el consentimiento de la víctima para participar activa o pasivamente en los actos corruptores es un requisito típico, ya que si ese consentimiento faltara por efecto del engaño, la violencia, etc., se estaría ante las figuras agravadas del art. 125, párr. final. Esta tesis no parece correcta. En primer lugar la ley

dice: *aunque mediere el consentimiento de la víctima*, con lo cual no excluye la posibilidad contraria, es decir, que no medie ese consentimiento; en segundo lugar, puede faltar el consentimiento aunque por parte del agente no se utilice violencia, engaño, amenaza, abuso de autoridad u otro procedimiento coercitivo, como puede ocurrir en sujetos incapaces para prestar su consentimiento, pero que pueden ser corrompidos, según lo hemos expuesto en el párrafo anterior.

§ 455. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – Es un delito formal que se consuma con la realización de los actos objetivamente idóneos para depravar y que el autor realiza haciéndolos trascender subjetivamente hacia esa finalidad, sin que sea necesario que efectivamente el sujeto pasivo se corrompa o prostituya, o vea facilitada su propia corrupción o prostitución. En este sentido es suficiente el peligro de que se produzcan tales resultados.

Normalmente estos delitos asumen la forma de plurisubsistentes, pero no se trata de una estructura requerida por su naturaleza dogmática, ya que pueden consumarse a través de un acto único.

Es admisible la tentativa, la que se da cuando el autor ha realizado actos con finalidad depravadora, sin que éstos hayan alcanzado todavía a la víctima (p.ej., comenzar a proyectar un filme obsceno, cuya proyección interrumpen unos terceros antes de que se pasaran las escenas de idoneidad depravadora).

§ 456. *CULPABILIDAD.* – Tal como actualmente está estructurada la figura, es imprescindible el dolo directo en lo que atañe al logro de la depravación del sujeto pasivo; no es suficiente, por tanto, la simple voluntad de realizar el acto que se sabe depravador, sino que se debe querer depravar. El error sobre circunstancias objetivas, como es la edad de la víctima o aun el carácter depravador del acto, puede eliminar la culpabilidad.

B) FIGURAS AGRAVADAS

§ 457. *EL TEXTO LEGAL.* – Según el art. 125, parte 2ª, del Cód. Penal, “cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión, desde diez a quince años, cuando mediere en-

gaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, marido, hermano, tutor o persona encargada de su educación o guarda o que hiciera con ella vida marital”.

§ 458. *LA EDAD DE LA VÍCTIMA.* – En primer lugar hay que considerar que la referencia a *cualquier edad de la víctima* comprende las edades mencionadas en los incs. 1º a 3º de la parte 1ª del art. 125; es una agravante, no un tipo autónomo que extienda la punibilidad a los mayores de veintiún años, que es lo que hace el art. 126. La salvedad no tiene casi razón de ser por su obviedad, pero una apresurada lectura del texto puede suscitar equívocos.

§ 459. *TIPOS QUE ADMITEN LA AGRAVANTE.* – En segundo lugar es menester dejar sentado que de los distintos tipos contemplados en el art. 125, parte 1ª, únicamente los de promoción (de la corrupción y de la prostitución) admiten las agravantes que implican ataques coercitivos a la voluntad de la víctima, ya que los de facilitación se construyen, precisamente, sobre la vigencia de esa voluntad; pero pensamos que la de engaño puede comprenderlos a todos (por las razones que damos al exponer el art. 126). Por el contrario, las agravantes constituidas por el vínculo o por la existencia de un particular deber del agente no necesitan esas distinciones: se aplican a la totalidad de los tipos, incluidos los de facilitamiento.

§ 460. *CLASIFICACIÓN DE LAS AGRAVANTES.* – Según se deduce de lo ya dicho, las agravantes pueden agruparse según las tres razones en que se fundamenta la mayor punibilidad: las que importan modos de comisión en que el autor vicia o anula la voluntad del sujeto pasivo, las que están constituidas por el vínculo de sangre del autor con el sujeto pasivo y las que toman en cuenta el particular deber del autor respecto del sujeto pasivo.

1) AGRAVANTES QUE TIENEN EN CUENTA MODOS EN QUE SE VICIA O ANULA LA VOLUNTAD DE LA VÍCTIMA

§ 461. *MODOS DE LA ACCIÓN AGRAVADA. EL ENGAÑO.* – La voluntad de la víctima puede viciarse por error o intimidación y anularse por la violencia.

Lo primero se da cuando el agente, para promover la corrupción o la prostitución (o facilitarlas, como más adelante veremos), utiliza el *engaño*, o sea, disimulando los objetivos de los actos depravadores, induce a la víctima a intervenir (activa o pasivamente) en ellos, prestando su consentimiento.

Por supuesto que en esta agravante es indispensable una víctima que pueda ser *engañada*, por lo cual tiene que poseer capacidad (aunque fuere en medida poco desarrollada) para comprender el carácter de los actos, pues si esa capacidad no existe, el error resultará ineficaz y el hecho (si no se presentan otras agravantes) quedará comprendido en la figura básica.

§ 462. *LA VIOLENCIA.* – La *violencia* anula la voluntad de la víctima para que cese con la resistencia que opone al acto depravador o para que no inicie la que puede oponer. Está constituida por una fuerza física que se ejerce sobre la persona de la víctima, para que soporte el acto depravador. La violencia que es simplemente concomitante con ese acto o se incluye en la modalidad de él para constituirlo en depravador (p.ej., cuando la depravación del acto se condensa en su sadismo), no agrava; sus resultados, en todo caso, concurrirán con la figura básica de promoción de la corrupción o prostitución.

§ 463. *SITUACIONES DE COACCIÓN.* – El agente vicia la voluntad de la víctima por coacción cuando emplea *cualquier medio de intimidación o coerción*. La *intimidación* abarca todo procedimiento tendiente a que la víctima tema una consecuencia dañosa para ella si no se presta al acto depravador; entre esos procedimientos enuncia la ley, ejemplificativamente, la *amenaza*, es decir, el anuncio por el agente a la víctima de un mal (para ella o para un tercero), cuya realización se presenta como dependiendo de la voluntad de aquél, en caso de que no consienta en sufrir o intervenir en el acto depravador. La *coerción* supone que el autor ejerce, por cualquier medio distinto del suscitamiento del temor de sufrir un daño, una actividad de imposición de la voluntad sobre la de la víctima, como ocurre con el *abuso de autoridad*, en cuyo caso el autor utiliza el poder que tiene sobre la víctima para conseguir que ésta se preste al acto depravador. En este último supuesto tiene que tratarse de un poder efectivo (no de una simple ascendencia moral), insertado en una relación jurídica preexistente y actual, pública o privada (p.ej.,

el del patrono respecto del empleado) de quien *abusa* el agente, o sea utiliza con la finalidad ilícita de someter a la víctima a sus deseos; la mera existencia de la relación de autoridad sin que el agente, al obrar, utilice el poder que ella le confiere, del modo antes expuesto, no conforma la agravante.

§ 464. *LA TENTATIVA DEL DELITO AGRAVADO.* – En todas estas hipótesis la utilización de los procedimientos engañosos, violentos, intimidatorios o coaccionantes, sobre un sujeto capaz de ser engañado, violentado o coaccionado, que se han mostrado ineficaces por no haber logrado la finalidad perseguida por el agente, constituye tentativa del delito agravado.

2) AGRAVANTES POR EL VÍNCULO

§ 465. *PARENTESCO COMPRENDIDO. REMISIÓN.* – La agravante se da en los casos en que el agente sea *ascendiente, marido o hermano* de la víctima.

A propósito del ascendiente, el vínculo se restringe al de consanguinidad. En cuanto al hermano, vale lo dicho al hablar de la violación calificada.

La calidad de marido requiere un matrimonio actualmente válido y existente; la víctima, por tanto, debe ser la mujer casada con el agente; la corrupción de la esposa perpetrada sobre el esposo (cosa de ningún modo imposible) queda en la figura básica exclusivamente.

A diferencia de lo que ocurre en las agravantes anteriores, basta la calidad requerida por el tipo en el agente; no es necesario que éste abuse de su condición.

3) AGRAVANTES QUE TOMAN EN CUENTA UN PARTICULAR DEBER DEL AUTOR RESPECTO DE LA VÍCTIMA

§ 466. *CASOS CONTEMPLADOS.* – De los dos casos que trae la ley, uno se refiere a un especial deber de custodia constituido por obligaciones inherentes a una condición legalmente conferida: el del *tutor*; el otro –en el que la agravante toma evidentemente en cuenta las mejores posibilidades del agente para alcanzar sus objetivos– se refiere a un deber que se constituye jurídicamente (en virtud de la

misma norma penal) en la prohibición de aprovechar las circunstancias de la vida en común para tratar de lograr la depravación de la víctima: el supuesto de *vida marital*.

§ 467. *VIDA MARITAL*. – Es la relación más o menos estable, de carácter sexual, que se lleva a cabo compartiendo de alguna manera el mismo techo: es, en resumidas cuentas, la situación de concubinato. Quedan, pues, fuera del concepto, las uniones sexuales eventuales, aunque tengan alguna prolongación, pero en las cuales falte la vida en común. Es indiferente que el sujeto activo actúe, a la vez, como rufián; también están amenazados por la agravante quienes actúan sin ánimo de lucro, pero lo hacen con alguno de los otros ánimos señalados en la primera parte del artículo. El hecho, por supuesto, debe ocurrir mientras dura la vida marital.

Los intérpretes suelen restringir la autoría al hombre en este caso, otorgando el carácter de víctima exclusivamente a la mujer; pero ello no es una exigencia de la ley (a diferencia de lo que ocurre en el caso del “marido”), ya que la vida marital tanto la lleva el hombre como la mujer, es decir, ambos sujetos de la relación concubinaria; vida marital no equivale a *vida de marido* sino a vida equiparada a la del matrimonio; nada obsta, pues, para que sujeto activo sea la mujer y pasivo el hombre.

§ 468. *ATIPICIDAD DEL ABUSO. UTILIZACIÓN DE MEDIOS AGRAVATORIOS*. – Tampoco aquí es necesario que el agente abuse de su condición; es suficiente con que se dé la relación especificada por la norma con el sujeto pasivo.

Si la agravante se conjuga con la utilización de los medios agravatorios que hemos visto precedentemente, la delictuosidad no se multiplica.

II. PROMOCIÓN Y FACILITACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN O CORRUPCIÓN DE MAYORES DE EDAD

§ 469. *EL TEXTO LEGAL*. – El art. 126 del Cód. Penal castiga con reclusión o prisión de cuatro a diez años, al que “con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos, promoviére o facilitare la co-

rupción o prostitución de mayores de edad, mediando engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualesquiera otros medios de coerción”.

§ 470. *CARACTERÍSTICAS DEL TIPO. EL SUJETO PASIVO.* – Las características del tipo atañen al *sujeto pasivo*, al *modo de comisión* y al *elemento subjetivo*.

En cuanto a lo primero, el hecho de que el artículo no contenga la expresión “sin distinción de sexo”, como ocurría en el art. 125, hizo pensar a parte de la doctrina que el varón quedaba excluido como sujeto pasivo posible para el art. 126, lo cual es inexacto, pues, la referencia indistinta a los “mayores de edad” comprende a ambos sexos.

Al tornarse al texto original del art. 125 ha variado el inc. 3º de la parte 1ª, como vimos. La ley 21.338 asignaba, en él, una pena de prisión de dos a seis años “si la víctima fuera mayor de dieciocho años y menor de veintiuno”, buscando coordinar la norma con el límite de minoridad establecido por la ley 17.711 al reformar el Código Civil.

El regreso al texto original hace que se puna con aquella pena el caso en que la víctima “fuera mayor de dieciocho años y menor de *veintidós*”. Queda, pues, claro, que el delito perpetrado contra una víctima mayor de veintiún años pero menor de veintidós, está hoy comprendido en el art. 125.

Será preciso, entonces, saber si la reforma no puede llegar a interferir en la intelección del art. 126 que pune la promoción y facilitación de la prostitución o corrupción de *mayores de edad*, ya que repetidamente la doctrina se ha pronunciado en el sentido de que dicha calificación debe ser entendida como referencia a la mayoría de edad establecida por la ley civil. Por tanto, lo que no planteaba problema antes de la reforma civil de la ley 17.711, puede plantearlos ahora.

§ 471. *MODOS DE COMISIÓN.* – En cuanto a los modos de comisión, el tipo es incompatible con la utilización de medios que no descarten el consentimiento libremente prestado por la víctima con conocimiento del carácter de los actos propuestos por el sujeto activo, a diferencia de lo que ocurría en el tipo anterior. El que aquí estudiamos únicamente puede darse si el agente obró con

engaño, violencias, amenazas, abuso de autoridad u otros medios de coerción.

Es indudable que si bien estos medios se adecuan perfectamente a los tipos de promoción, no ocurre así con el facilitamiento, pues en él el autor no hace más que actuar de acuerdo con los planes de la víctima, lo cual es inconcebible cuando se ataca su voluntad. El único de los medios enunciados que podría compaginarse con el facilitamiento sería el constituido por procedimientos engañosos, si mediante ellos la facilidad prestada por el agente es distinta de la pretendida por la víctima (aunque no cabe duda de que el legislador redactó este artículo teniendo en vista un concepto de facilitamiento muy cercano al de la participación en el acto de un tercero, dogmáticamente incorrecto, incluso en la ley argentina, pese a la norma que comentamos).

§ 472. *ELEMENTO SUBJETIVO.* – También se distingue esta figura de la del art. 125, parte 1ª, por los contenidos subjetivos que se asignan a la acción, ya que no se prevé la figura del “depravador directo”. En el caso del art. 126, el autor debe obrar para *satisfacer deseos ajenos* o con *ánimo de lucro*. Quien actúa para satisfacer sus propios deseos, podrá quedar comprendido en los distintos delitos contra la honestidad que perpetre con los actos depravadores, pero no en la tipicidad del art. 126.

III. ABUSO DESHONESTO

§ 473. *EXCLUSIÓN DEL ACCESO CARNAL. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.* – Los delitos que hemos visto hasta ahora se constituían sobre la base del acceso carnal ilícito como acción típica o, por lo menos, admitían esa actividad del autor. A partir de aquí los delitos contra la honestidad se construyen sobre acciones distintas, pero en todas ellas el acceso carnal queda explícita o implícitamente excluido. Precisamente la figura del abuso deshonesto nos presenta un caso de exclusión expresa.

Prácticamente se está de acuerdo en que en ella se protege la libertad que constituye la esfera de reserva del sujeto pasivo en lo sexual, que el autor viola atacando su pudor individual.

A) FIGURA BÁSICA

§ 474. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 127 del Cód. Penal impone prisión de seis meses a cuatro años, “al que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo alguna de las circunstancias del art. 119, sin que haya acceso carnal”.

§ 475. *LA ACCIÓN. CARACTERES OBJETIVOS Y SUBJETIVOS.* – La acción es la de *abusar deshonestamente*. El término deshonestidad trae una referencia objetiva al carácter del acto; el de abuso da cuenta de un contenido subjetivo, señalando que el autor quiere el acto en cuanto ilícitamente deshonesto.

§ 476. *MATERIALIDAD DEL ABUSO DESHONESTO.* – Materialmente, el delito de abuso deshonesto consiste en conductas de acercamiento o contactos corporales con la víctima, de significación sexual, sin que constituyan acceso carnal.

Esa materialidad no existe, por tanto, si falta el acercamiento o el contacto (p.ej., la simple contemplación del cuerpo desnudo de la víctima, a quien se ha sorprendido en esa situación, contra la voluntad de ella). Tampoco existe si el acto deshonesto lo realiza el autor sobre su propio cuerpo, aunque se lo haga contemplar al sujeto pasivo contra su voluntad (podría tratarse de una exhibición obscena o hasta de un procedimiento corruptor).

Los actos deshonestos pueden ser aproximaciones o contactos del cuerpo del agente con el de la víctima que en sí contengan un significado sexual, como es el tocamiento de las partes pudendas o los roces que normalmente tienen ese significado (como es el acercamiento de los labios), sea que el mismo agente acceda con sus tocamientos o aproximaciones al cuerpo de la víctima, ya que por su obra logre que sea la víctima la que actúe sobre el cuerpo del agente (p.ej., hacerse tocar partes pudendas por la víctima).

Por otra parte, también puede tratarse de aproximaciones que no importen un contacto corporal directo, pero que tengan un contenido sexual respecto de otros sentidos del agente que no sean el del tacto, como el de la vista (desnudar a la víctima –pero no el mirarla cuando se la sorprende desnuda, como vimos–, levantarle la falda, etcétera).

Veremos que no siempre el significado sexual de la aproximación depende del lugar del cuerpo del sujeto pasivo al que el autor accede con sus sentidos, sino que puede ser cualquiera cuando es aquél quien le otorga el significado sexual por la parte de su cuerpo que aproxima al de la víctima (p.ej., acercamiento del miembro viril a los pies de ella), o porque subjetivamente se lo da (p.ej., pasar la mano por el cuello de la víctima).

El acto deshonesto no necesariamente tiene que ser *libidinoso*, si es que esa calificación se otorga al que desahoga o procura satisfacer de alguna manera los impulsos sexuales, ya que, como diremos más adelante, el abuso deshonesto puede estar guiado o motivado en impulsos no sexuales (p.ej., dar una broma o injuriar); la finalidad libidinosa no es, pues, indispensable.

§ 477. *CONTENIDO SUBJETIVO.* – Sin embargo, una parte de la doctrina argentina (Gómez), siguiendo a alguna extranjera (Manzini; actualmente Maggiore), no concibe el abuso deshonesto más que en función del carácter libidinoso con que el agente realiza el acto; por lo tanto, aquel en que el sujeto activo no persiga la finalidad de desahogar su sexualidad de un modo que no sea un acceso carnal según el concepto del tipo de violación, podrá constituir otros delitos (injurias, delitos contra la libertad, etc.), pero no abuso deshonesto.

Pero, si se tiene en cuenta el bien jurídico protegido, hay que concluir en que, cualquiera que sea el móvil del autor, si el acto tiene objetivamente por sí mismo un sentido sexual o impúdico, igualmente ataca aquel bien, aunque el agente no haya querido con él dar rienda suelta a sus impulsos sexuales. Aunque, como hemos señalado anteriormente, la trascendencia sexual que el agente otorga subjetivamente tiene virtualidad para dársela a un acto que objetivamente puede no tener ese sentido (p.ej., tomar el brazo o acariciar los cabellos), o que, cuando menos, es susceptible de tener un sentido distinto (ser una expresión de cariño, como el beso o el abrazo). Adviértase, por tanto, que el concepto de *abuso* no sólo hace referencia a la ilegalidad del acto, sino también –y fundamentalmente–, a su indebida intrusión en la esfera de lo sexual al solo conjuro de los objetivos que tuvo en cuenta el autor al llevarlo a cabo.

Resumiendo: cuando el acto es en sí objetivamente impúdico, constituirá abuso deshonesto, aunque subjetivamente el autor hubiese agregado miras distintas de las del ultraje sexual. Pero cuando ob-

jetivamente el acto es sexualmente indiferente o puede resultar equívoca su referencia a esa esfera de la personalidad, será el contenido sexual que subjetivamente el agente le otorgue lo que lo convierta en abuso deshonesto.

§ 478. *CASOS DE JUSTIFICACIÓN.* – Además, el concepto de *abuso* deja fuera del tipo los actos justificados, tanto si lo están como actos de contenido sexual (p.ej., las caricias del esposo a la esposa, aun contra la voluntad de ella), como aquellos que entroncan con situaciones de necesidad o con el ejercicio del deber, como es la palpación médica, aunque el agente, al realizarla, le agregue subjetivamente un contenido sexual, lo cual no ocurre, por supuesto, cuando el acto está guiado exclusivamente por esta finalidad, sin relación alguna con la necesidad del procedimiento médico (p.ej., el traumatólogo que debiendo enyesar el dedo meñique de la paciente la anestesia totalmente, sometiéndola a tocamientos impúdicos mientras está privada de sentido).

§ 479. *AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA.* – Para que el acercamiento o contacto sea abusivamente deshonesto, el agente tiene que realizarlo sin la voluntad o contra la voluntad del sujeto pasivo, lo que el tipo requiere señalando que el abuso debe llevarse a cabo *concurriendo algunas de las circunstancias del art. 119*, o sea, hay que cometerlo sobre una persona menor de doce años, o privada de razón o de sentido, o que por cualquier otra causa no pueda resistir, o con violencia o intimidación.

El carácter de la materialidad del abuso permite hacer entrar en el caso de la víctima que no puede resistir, al que se realiza por medio de un procedimiento sorpresivo que impide a aquélla eludir la aproximación o el contacto (el manotón arrojado al seno de la transeúnte que camina distraída mirando vidrieras, el tocamiento fugaz en el ómnibus abarrotado; contra: Terán Lomas).

§ 480. *EXCLUSIÓN DEL ACCESO CARNAL. ACTOS DE LESBIANISMO.* – Como hemos dicho, la ley excluye expresamente del abuso deshonesto toda especie de acceso carnal que implique penetración, por lo cual los tratadistas incluyen en el tipo que estudiamos los actos integrativos de una relación homosexual en que no es posible la cópula con penetración, como son los de lesbianismo.

§ 481. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El delito se consume con la aproximación o el contacto sexualmente abusivo, sin que sea necesaria la obtención de resultado material alguno; es, por tanto, un delito formal.

Aunque el grueso de la doctrina rechaza la posibilidad de la tentativa, actualmente se la admite en los casos en que el modo de comisión es la violencia o intimidación: la tentativa aparecería cuando el agente ha empleado el medio violento o intimidatorio con la finalidad de llegar a consumir el acto sexualmente abusivo sin conseguirlo, por no haber podido vencer la resistencia de la víctima o por no haber logrado intimidarla, o porque otra circunstancia quebró la secuencia autoral.

§ 482. *CONFLUENCIA DE FIGURAS. SITUACIONES DE CONCURSO APARENTE.* – Las finalidades del autor inherentes a otros delitos contra la honestidad, que se punen por sus resultados materiales o de los cuales el abuso deshonesto no constituye sino un ingrediente modal de su realización, hacen que esos delitos desplacen la figura del art. 127.

Así ocurre con la violación, tanto intentada como consumada, y con la corrupción y la prostitución en sus distintas tipicidades (contra: Núñez, que en este caso piensa en la procedencia de un concurso ideal).

En principio, el abuso deshonesto no consume los resultados materiales producidos por la víctima merced a la actividad del agente, concurriendo realmente con los respectivos delitos, salvo que se trate de lesiones que sean consecuencias normales de la aproximación o el contacto (Núñez), como pueden serlo el leve derrame producido en la piel de la víctima por la aplicación ardorosa del contacto o la sofocación por el abrazo demasiado vehemente.

§ 483. *SUJETOS. PARTICIPACIÓN.* – Sujeto, tanto activo como pasivo, puede serlo cualquier persona. El delito admite participación en todos sus grados.

§ 484. *CULPABILIDAD.* – Hemos ido adelantando algunas de las características de la culpabilidad típica. Ésta se determina en la trascendencia sexual del acto en la subjetividad del autor, ya porque asume la realización de un acto que en sí mismo tiene esa trascen-

dencia, cualquiera que haya sido la motivación en virtud de la cual ha emprendido la obra (satisfacer sus instintos sexuales, dar una broma, ultrajar, etc.), ya porque subjetivamente él le ha otorgado esa trascendencia cuando objetivamente no la tenía o la tenía equívocamente. Lo cual indica que el abuso deshonesto sólo se puede cometer a través de la voluntad directa del agente en orden a la vulneración de la esfera de reserva que implica el pudor sexual de la víctima. Pero también vimos que la dirección de la acción hacia la obtención de otros resultados típicos o el logro de otros objetivos relacionados con la sexualidad que son materia del título, pueden provocar el desplazamiento de la figura.

B) FIGURAS AGRAVADAS

§ 485. *CASOS COMPRENDIDOS.* – El art. 127, en su párr. 2º, asigna una pena de tres a diez años de reclusión o prisión cuando “el autor del hecho fuera alguna de las personas mencionadas en el art. 122”.

Quiere decir, por tanto, que la agravante procede cuando el autor del hecho es un ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, sacerdote o encargado de la educación o guarda de la víctima.

§ 486. *CASOS EXCLUIDOS.* – No agravan ni el concurso de dos o más personas (el concurso personal sólo se puede computar aquí según los distintos grados de complicidad), ni los resultados dañosos sobre la víctima que operan en concurso real, salvo, como dijimos, las lesiones normalmente inherentes al modo del acto sexualmente abusivo, que quedan consumidas por la figura básica.

IV. DESINCRIMINACIÓN DEL RUFIANISMO

§ 487. *VARIACIONES LEGISLATIVAS Y SUS EFECTOS.* – En esto la ley 21.338 había seguido a la ley 17.567, castigando en el art. 127 *bis* al “que se hiciere mantener, aunque sea parcialmente, por una persona que ejerza la prostitución, explotando las ganancias provenientes de esa actividad”. La ley de reformas ha derogado el artículo, y por lo tanto, desinclinado las conductas previstas en él, por lo que, en su caso, recobrarán vigencia algunas normas contra-

vencionales que las punían como faltas (p.ej., art. 68, Cód. de Faltas de Santa Fe). La derogación se operó con resistencia de la Cámara de Senadores.

Debe aclararse, sin embargo, que ciertos actos de rufianismo quedan cubiertos por el art. 126, pero ellos nada tienen que ver con los que punía el art. 127 *bis*, según ley 21.338, ya que, como bien lo explica Soler, aquel artículo “no alcanza a reprimir el simple rufianismo consistente en hacerse mantener por una mujer explotando sus ganancias como prostituta... Para la existencia de este delito es indispensable el empleo de alguno de los medios enumerados”. En resumen: ahora el rufián que no utilice los medios enunciados por el art. 126 podrá trabajar tranquilo –salvo en algunos lugares del país–, mientras no regentee casas de tolerancia.

V. TRATA DE MUJERES Y MENORES

A) FIGURA BÁSICA

§ 488. *EL TEXTO LEGAL.* – Según el art. 127 *bis* del Cód. Penal se pune con reclusión o prisión de tres a seis años al que “promoviere o facilitare la entrada o salida del país de una mujer o de un menor de edad para que ejerzan la prostitución”. La reforma proviene de la ley 17.567.

§ 489. *BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.* – Se considera que aquí también hay un atentado a la moralidad sexual en lo que atañe al normal desarrollo de la sexualidad (como en todos los delitos atinentes al ejercicio de la prostitución), sin perjuicio de que la intención del legislador haya sido la de incriminar “la provisión al mercado de la prostitución, del elemento humano necesario para el ejercicio de ella” (Núñez).

§ 490. *ACCIÓN TÍPICA.* – La acción es la de *promover la entrada o salida del país del sujeto pasivo*. No parece que aquí las acciones de promover y facilitar tengan exactamente el mismo significado que en el art. 125 del Cód. Penal, dado el distinto carácter del *corpus* del delito.

Promueve el que por propia iniciativa organiza o toma a su cargo la tarea de hacer entrar o salir del país al sujeto pasivo; *facilita* el que presta una ayuda o colaboración en la obra de un tercero emprendida con esa finalidad. El tercero puede ser el propio sujeto pasivo o el agente que promueve la salida (p.ej., el caso del guarda de frontera que no exige los pasaportes al contingente conducido por el promotor). Por supuesto que, en este último caso, la autoría de la facilitación desplaza los tipos de complicidad de la parte general.

Lo que se promueve o facilita es la entrada al territorio del país o la salida de él. El concepto de territorio es el político-geográfico, o sea el comprendido dentro de los límites geográficos, excluyendo los lugares no comprendidos en esos límites, aunque eventualmente rija sobre ellos la jurisdicción de la ley y tribunales argentinos (p.ej., buques de bandera argentina en aguas internacionales). Lo que no se entiende justificado es la exclusión de lugares que integran aquel concepto de territorio (p.ej., el mar territorial; ver Núñez). Claro está que quedan fuera del tipo los desplazamientos de personas dentro del territorio, aunque lo fueren con la finalidad típica.

Es típicamente indiferente el carácter ilegal de la entrada o salida del sujeto pasivo; la entrada o salida legal, es decir, cumpliéndose todos los requisitos reglamentarios correspondientes también puede integrar el tipo, ya que lo que fundamentalmente se pune en él es la ilegal finalidad del desplazamiento; lo mismo puede decirse del facilitamiento: tan típico es el auxilio o ayuda referido a una entrada o salida ilícita, como a una lícita.

Implícitamente la ley reclama, en la figura básica, el consentimiento del sujeto pasivo para el desplazamiento, ya que el viciado por error (engaño) o coacción (intimidación), o la ausencia del consentimiento, lleva la conducta del agente al tipo agravado.

§ 491. *ELEMENTO SUBJETIVO.* – El tipo contiene un elemento subjetivo que, como dijimos, decanta la ilicitud y la punibilidad: la promoción o el facilitamiento tienen que referirse a un desplazamiento realizado *para que el sujeto pasivo ejerza la prostitución* en el país si entra, o fuera de él si sale. No interesan las motivaciones que ha tenido el agente al promover o facilitar, pues, aunque habitualmente se actúa por lucro, la ley no requiere ese objetivo en la estructura típica (quien facilita la entrada al país de la mujer que

ejerce la prostitución para que la ejerza en él, sin recibir nada a cambio, condolido por la miseria que sufre al ejercerla en un país extranjero, también comete el delito).

§ 492. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El delito se consuma con la acción de promover o facilitar la entrada o salida, aunque estos resultados no se logren (contra: Soler). Quien organizó y puso en obra la salida del sujeto pasivo comete ya el delito, aunque esa salida sea impedida por obstáculos de cualquier orden (falta de transporte, prohibiciones de la autoridad, etcétera). Quien prestó una ayuda para el desplazamiento comete también el delito, aunque no se haya conseguido hacer entrar o salir al sujeto pasivo (p.ej., quien lo transportó hasta un puesto fronterizo donde es detenido por la autoridad).

La particular naturaleza de la acción y el concepto de consumación que acabamos de explicar, reducen los supuestos de tentativa a casos académicos, difíciles de realizarse en la práctica.

§ 493. *CONFLUENCIA DE FIGURAS.* – El delito puede concurrir realmente con otros delitos contra la honestidad, como los de promoción y facilitación de la corrupción o prostitución; pero si el facilitamiento de esta última se reduce exclusivamente a la ayuda prestada al desplazamiento del sujeto ya prostituido o que quiere prostituirse traspasando los límites del territorio del país, la figura del art. 125 del Cód. Penal, queda desplazada –en virtud del principio de especialidad– por la del art. 127 *bis*. También queda desplazada por esta figura la de conducción ilegal del art. 145 del Cód. Penal.

§ 494. *SUJETOS. PARTICIPACIÓN.* – Sujeto activo puede ser cualquier persona. Es posible la participación, aunque su forma de complicidad, como hicimos notar, queda muy reducida a causa del amplio espectro que asumen los supuestos de facilitamiento que introducen al agente en la autoría típica.

Sujeto pasivo sólo puede serlo una mujer –de cualquier edad– o un varón menor de veintiún años, sea que esté ya prostituido o que vaya a prostituirse después de entrar o salir del país. La pluralidad de víctimas no multiplica la delictuosidad si el desplazamiento de ellas se realiza dentro del mismo contexto de acción (Núñez).

§ 495. *CULPABILIDAD*. – Es un hecho doloso que, en virtud del elemento subjetivo típico, sólo es compatible con el dolo directo.

B) FIGURAS AGRAVADAS

§ 496. *CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES*. – El art. 127 *bis* del Cód. Penal, en su párr. 2º, eleva el máximo de la pena de prisión o reclusión a ocho años cuando “mediare alguna de las circunstancias enumeradas en el último párrafo del art. 125”. Cuando lo que se da en el modo comisivo es engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, no pueden plantearse obstáculos a la procedencia de la figura agravada.

§ 497. *AGRAVANTES QUE OFRECEN DUDAS*. – El interrogante se plantea respecto de las demás agravantes del art. 125, que no se refieren a circunstancias modales del hecho, sino a calidades del autor (ascendiente, marido, hermano, tutor, persona encargada de la educación o guarda o que hace vida marital con la víctima). La expresión de la ley, “circunstancias enumeradas en el último párrafo del art. 125”, indicaría que ella no se refiere exclusivamente a las circunstancias modales, sino también a las demás circunstancias del tipo agravado, incluidas las concernientes a las calidades del autor. Por otro lado, esa inclusión se justifica dogmáticamente, ya que, en el fondo, el delito del art. 127 *bis* es una forma muy específica de promover o facilitar la prostitución, por lo cual sería incoherente que aquél no se agravara en los supuestos en que el agente se relaciona con la víctima en razón de alguna de las calidades previstas por el art. 125, parte 2ª.

VI. ULTRAJES AL PUDOR

§ 498. *EL PUDOR*. – Los delitos que veremos a continuación tutelan el *pudor* –aunque en uno de ellos se extiende la protección a otro bien jurídico– como sentimiento medio de decencia sexual; o sea, aquel sentimiento que pone límites a las manifestaciones de lo sexual que se pueden hacer a terceros, al margen de las relaciones de carácter privado, en las que los límites de esas manifestacio-

nes están condicionados por el común asentimiento de los sujetos que las integran.

El pudor es, pues, por naturaleza, un valor social, que se da en una comunidad y, en la medida en que esa comunidad lo entiende, se proyecta a los individuos que la componen. Se afectaría, por lo tanto, públicamente, cuando su ataque puede ser receptado por un número indeterminado de personas, o privadamente, cuando ese ataque incide sobre el de personas determinadas.

§ 499. *CONCEPTO DE LO OBSCENO.* – El pudor se ataca por medio de la obscenidad. El concepto de lo *obsceno* es común a todos los tipos de este grupo de delitos.

Lo obsceno no es lo simplemente inmoral (lo que no está de acuerdo con la moralidad), ni lo malicioso (que necesita una actitud anímica o por lo menos avisada del sujeto que percibe la manifestación para descubrir su contenido lúbrico), ni lo meramente impúdico (que importa un concepto demasiado general); todas esas nociones son insuficientes para describir lo obsceno.

Se ha dicho que lo obsceno es lo sexualmente lujurioso, lo que constituye un exceso respecto de lo sexual –de acuerdo con criterios de normalidad– por su “predominante tendencia a excitar los apetitos sexuales o hacer la apología de la lascivia” (Núñez), lo cual puede no ser del todo exacto, pues si bien lo obsceno tiene notas de exceso (se expone ante terceros algo más de lo que se puede admitir que se manifieste sobre el sexo), no necesariamente importa tales tendencias. La cruda descripción de ciertas relaciones sexuales puede llegar a amortiguar, más que a excitar el apetito sexual; el autor puede saberlo y, sin embargo, no por ello la descripción dejará de ser obscena. Lo obsceno es la manifestación torpe de lo sexual que condensa la lascivia en el modo indecoroso de expresarla, o sea, la manifestación que nos choca por la manera cómo expresa la sexualidad ante las nociones que tenemos de cuáles deben ser los límites de esa expresión, como integrantes de la determinada sociedad en que vivimos. Es necesario, pues, para la ley penal, que lo obsceno esté conformado por lo sexualmente torpe con trascendencia a terceros que no integran una relación privada asentida, en donde lo sexual también puede ser torpe; pero cuando la torpeza es aceptada (directa o indirectamente) por quien la sufre, deja de constituir una obscenidad en el sentido expuesto (un campo nudista no ofrece, para quie-

nes concurren advertidamente a él, una visión obscena). Lo que no quiere la ley (lo punible) "es que se sorprenda a nadie con la deshonestidad ultrajante" (Soler, Vázquez Rossi).

Lo obsceno es, pues, un modo de manifestación de lo sexual que depende de cómo se exprese esa faceta de la actividad humana: un desnudo puede ser o no obsceno según la actitud con que se lo exhiba, o las circunstancias en que se lo haga, y depende también, como dijimos, de los criterios sociales sobre el pudor (un mojón fálico colocado en la vía pública no era obsceno en algunas sociedades antiguas, pero esa escultura resultaría una obscenidad si se instalara en una de nuestras plazas). Aquí no tienen vigencia los criterios personales de pudicia (que pueden ser más o menos exigentes respecto del nivel medio), pero sí, muchas veces, el sentido de la manifestación, que aunque no quite su carácter excesivo, puede poner en tela de juicio su carácter de obscena, al integrar una obra donde ella se conjuga como elemento de una manifestación general que tiene otro sentido (por lo común, lo que se quiere expresar con belleza podrá ser excesivo respecto de lo sexual, pero no torpe y, por lo tanto, obsceno: la escultura que expresa el tema del abrazo entre desnudos, imbuida en la perfección de las líneas, no es, de suyo, torpe). Pero, ello no implica que se trate del sentido del agente, exclusivamente, sino del que se transmite a terceros; por eso es indiferente que aquél haya querido producir una obscenidad, si al fin produjo algo no obsceno.

§ 500. *CARACTERÍSTICAS DE LOS DELITOS.* – Todos los delitos que vamos a estudiar representan tipos de peligro. Las conductas se incriminan en cuanto pueden afectar el pudor de las personas, no porque efectivamente lo hayan afectado en el caso concreto. Por eso regularmente no interesa que la producción obscena sea efectivamente percibida por terceros o sólo por personas cuyo pudor individual no se vea afectado, si es que el eventual daño al pudor puede considerarse como posibilidad de la conducta asumida por el autor.

§ 501. *LOS ULTRAJES AL PUDOR DEL ARTÍCULO 128.* – En su texto, de acuerdo con la ley 21.338, se contemplaban tres tipos distintos: el de publicaciones y reproducciones obscenas (párr. 1º, parte 1ª), el de espectáculos y transmisiones obscenas (párr. 1º, parte 2ª) y el de atentados al pudor o normalidad de los instintos sexuales de meno-

res (párr. 2º). El regreso al texto original ha mantenido el primero, pero eliminado los otros dos.

A) PUBLICACIONES Y REPRODUCCIONES OBSCENAS

§ 502. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 128 del Cód. Penal reprime con prisión de quince días a un año al que “publicare, fabricare o reprodujere libros, escritos, imágenes u objetos obscenos y el que los expusiere, distribuyere o hiciere circular”. Como se advierte, son dos tipos diferentes los que aparecen en la disposición.

§ 503. *LAS ACCIONES TÍPICAS DE PUBLICAR, FABRICAR O REPRODUCIR.* – Las acciones del primero de ellos son las de publicar, fabricar o reproducir. La de *publicar* tiene aquí, fundamentalmente, el sentido de imprimir. *Fabrica* el que construye o hace. *Reproduce* el que copia un original.

§ 504. *OBJETOS.* – Los objetos típicos son *libros* o *escritos* (si se trata de una publicación por medio de la prensa escrita funciona la restricción del art. 32, Const. nacional; la opción por la represión queda reservada a las provincias), *imágenes* (dibujos, fotografías, grabados, pinturas, *collages*) u *objetos* (cualquier forma plástica que importe una representación de lo sexual o de instrumentos de uso sexual que puedan ser utilizados con finalidades pornográficas).

Los libros, escritos, imágenes u objetos deben ser obscenos, lo cual requiere que objetivamente la obra tenga un sentido obsceno según los conceptos que hemos explicado. Como dijimos, no basta la intención del autor de otorgarle ese sentido si no ha conseguido plasmarlo en su obra; pero parece exagerado reclamar una “tendencia total” de la obra a lo obsceno, lo cual puede ser exacto con relación a algunos de los objetos enunciados (imágenes, esculturas, etc.), pero no a todos, como los libros o escritos, que pueden fragmentarse (un libro puede perfectamente contener un pasaje obsceno, véase, p.ej., el *Asno de oro* de Apuleyo) y no cabe duda de que el fragmento obsceno puede perfectamente atacar el bien jurídico protegido, aunque la tendencia general de la obra no sea ésa (contra: Núñez y, aparentemente, Soler); el texto de sermones sobre la vanidad de la carne que contenga una grosera descripción del acceso carnal *contra natura* no dejará de ser obsceno pese a la finalidad

ejemplificativa del autor (y aun, desde el punto de vista del ataque al bien jurídico esa conducta puede ser mucho más peligrosa). Pero esto no significa, como también lo hemos hecho notar, que el sentido que le dé el autor a lo sexualmente excesivo no haga desaparecer en ciertos casos la calidad obscena del objeto en su repercusión típica (como ocurre con la publicación científica o didáctica), lo cual es otra cosa.

Por supuesto que tampoco tiene el carácter de obsceno lo que necesita de cierto esfuerzo de comprensión para descubrir su contenido sexual, como ocurre en la tradicional literatura picaresca (algunos ejemplos de la *Vida del Buscón* de Quevedo, de apretado conceptismo son admirables muestras), o lo que siendo sexualmente captable sin esfuerzo esté inmerso en descripciones cuya belleza aleja la torpeza propia de la obscenidad (muchas de las páginas de D. H. Lawrence tienen esa capacidad). Pero, por el contrario, el carácter obsceno de una imagen o de un objeto no desaparece por el mero hecho de que no permita visualizar órganos sexuales o partes pudendas del cuerpo representado (la franja de censura de la imagen de una mujer en postura de prácticas onanistas, que sólo oculta su sexo, no elimina la obscenidad de aquélla).

§ 505. *ELEMENTO SUBJETIVO.* — La materialidad del delito era la misma en el texto derogado, pero en él se introducía un elemento subjetivo: la publicación, fabricación o reproducción de la cosa obscena tenía que realizarse *con el propósito de difundirla o exponerla al público*. Este elemento no es requerido por el texto vigente.

§ 506. *LAS ACCIONES TÍPICAS DE EXPONER, DISTRIBUIR Y HACER CIRCULAR.* — El otro tipo que contiene la disposición legal está constituido por las acciones de exponer, distribuir o hacer circular los objetos obscenos descriptos. *Expone* quien coloca el objeto al alcance de la vista de las personas; *distribuye* el que entrega o hace llegar el objeto a sus destinatarios; *hace circular* el que traslada el objeto a otras personas.

Puesto que lo protegido es el pudor público, es imprescindible que cada una de estas conductas esté destinada a que el objeto llegue a conocimiento de un número indeterminado de personas; quedan, por tanto, fuera del tipo, la exposición privada, la distribución o el traslado a personas determinadas; pero como se trata de un delito de peligro, para su consumación es suficiente la acción idónea en

orden a esa extensión del conocimiento, aunque éste no haya sido alcanzado por circunstancias extrañas al autor (la exposición pública a la que nadie concurre, el impreso distribuido que nadie lee).

La multiplicidad de conductas delictivas del mismo sujeto respecto del mismo objeto (p.ej., exponer públicamente la fotografía pornográfica y, a la vez, distribuir copias de ella) plantea una hipótesis de continuación (Núñez) que no multiplica la delictuosidad.

§ 507. *CONSUMACIÓN.* – La figuración del elemento subjetivo antes dicho permita considerar consumado el delito con el acabamiento de la obra obscena efectuada con la finalidad típica, aunque no se hubiere alcanzado a darle publicidad. La situación cambia en el texto actual, en el que el momento del perfeccionamiento del delito se hace discutible, permitiendo la formulación de distintas tesis; para unos basta que el objeto esté destinado a la publicidad (Ramos, Díaz), otros consideran que es necesaria la objetiva posibilidad de que el objeto obsceno alcance publicidad (Rosasco), y unos terceros, partiendo de que el bien jurídico protegido es el pudor público y que éste sólo puede vulnerarse por la publicidad de lo obsceno, exigen que se haya llegado a la “publicidad de los hechos” (Malagarriga, Fontán Balestra, Núñez), entendiéndolo por tal que el modo de comisión haya hecho posible el conocimiento por el público, aunque él no se concretase efectivamente; en esta última posición, pues, las conductas previstas en la parte 1ª serían atípicas en tanto no se dé alguna de las conductas de la parte 2ª (exponer, distribuir, hacer circular) realizada por el autor o por un tercero con conocimiento de aquél.

§ 508. *SUJETOS. PARTICIPACIÓN.* – En ambos tipos puede ser autor cualquier persona, pero la autoría del primero absorbe la del segundo cuando es el mismo agente el que observa conductas pertenecientes a ambos (p.ej., el que publica el libro y después lo distribuye); tal duplicidad no multiplica el delito en cuanto la conducta del segundo de los tipos no es más que el agotamiento de la del primero, cuyo contenido subjetivo ya abarcaba la otra conducta en los planes del autor.

Ambos tipos admiten la participación en todos sus grados, sin perjuicio de que se excluya de la culpabilidad a quienes, en el caso de que el delito se cometa por medio de la prensa, presten una simple colaboración material (art. 49, Cód. Penal).

§ 509. *CULPABILIDAD.* – El dolo requiere, en ambos tipos, el conocimiento del carácter obsceno del objeto. En el primero de ellos, aun sin la vigencia del particular elemento subjetivo, es incompatible con otro dolo que no sea el directo; en el segundo, en cambio, la doctrina reconoce la posible presencia del dolo eventual (Núñez), tal el caso de exponer en privado el objeto obsceno, pero en un lugar donde podría ser visto por personas indeterminadas, aceptando la concreción de esa posibilidad.

B) ESPECTÁCULOS Y TRANSMISIONES OBSCENAS. DESINCRIMINACIÓN

§ 510. *LA DEROGACIÓN DE LA REFORMA.* – La parte 2ª del párr. 1º del texto del art. 128, según la ley 21.338, punía los espectáculos y transmisiones obscenas: “La misma pena se aplicará al que diere espectáculos obscenos de teatro, cinematógrafos o televisión o efectúare transmisiones radiales de ese género”; el párrafo ha desaparecido con el nuevo texto.

De las conductas previstas en el texto derogado, las que refieren a *imágenes* (cinematográficas o televisivas) podrían –dándose las circunstancias típicas– quedar comprendidas en el texto vigente del art. 128 (puesto que éste se refiere a imágenes). Pero no se puede decir tal cosa de las exhibiciones teatrales y transmisiones radiales. Estas últimas quedarían rotundamente apartadas de la punibilidad; las exhibiciones teatrales podrían transportarse a las *exhibiciones obscenas*, cuando la obscenidad fuese comunicada por la mostración típica del art. 129 y siempre que se den sus circunstancias de lugar (lo que no será común), sin perjuicio, claro está, de que la exhibición comprenda la de objetos obscenos del carácter de los enunciadados en el art. 128, en cuyo caso ninguna dificultad habrá para encuadrar las conductas en él (Soler).

C) ATENTADOS AL PUDOR O A LA NORMALIDAD DE LOS INSTINTOS SEXUALES DE MENORES. DESINCRIMINACIÓN

§ 511. *EL TEXTO DEROGADO.* – También se ha desincriminado la conducta prohibida por el texto de la ley 21.338 en el art. 128, párr. 2º: “La misma pena se impondrá al que exhiba, venda o entregue a un menor de dieciséis años, libros, escritos, imágenes u obje-

tos que aun no siendo obscenos, puedan afectar gravemente el pudor de aquél o excitar o pervertir su instinto sexual". En esto no cabe duda de que la reforma ha venido a poner orden en el sistema, pues ese tipo penal —que era aplicable en el régimen de la ley 17.567, dado el particular contenido que ella otorgaba al delito de corrupción— resultaba difícil de compaginar en el sistema de la ley 21.338, que, en líneas generales, había seguido a los textos originales del Código.

D) EXHIBICIONES OBSCENAS

§ 512. *LA DISPOSICIÓN LEGAL Y SUS VARIACIONES. INTERÉS PROTEGIDO.* — El art. 129 del Cód. Penal reprime con multa de setecientos cincuenta pesos a doce mil quinientos pesos (según ley 24.286, BO, 29/12/93) al que "en sitio público ejecutare o hiciere ejecutar por otros exhibiciones obscenas" y al que realizare esos actos "en sitio privado, pero expuesto a que sean vistos involuntariamente por terceros".

La disposición protege el pudor público, como ocurría en los delitos del art. 128 del Cód. Penal.

§ 513. *ACCIONES TÍPICAS.* — Las acciones son las de *ejecutar* (realizar, llevar a cabo) o *hacer ejecutar actos obscenos*. La sustitución de la expresión *exhibiciones obscenas* por la de *actos obscenos* por las leyes 17.567 y 21.338 no hizo otra cosa que trasladar a la ley el contenido que la doctrina y la jurisprudencia habían dado a la primera durante la vigencia del texto original.

Por acto obsceno (con contenido de la exhibición obscena) se entiende toda mostración obscena, sea de la persona misma (p.ej., desnudeces de partes pudendas), sea de actividades, actitudes o gestos (contra: Fontán Balestra con referencia a los gestos) con significación sexual (p.ej., la realización o la simulación del acceso carnal); quedan *excluidas las palabras*. Pero aquí la obscenidad del acto no estriba tanto en su naturaleza como en su eventual transcendencia a terceros, que no tienen por qué soportar su contemplación; lo torpe no está específicamente en el acto mismo, sino en su mostración (el hacer aguas nada tiene de obsceno, pero se convierte en obsceno cuando se realiza ante terceros que no han consentido en presenciarlo).

§ 514. *PUBLICIDAD DE LA ACCIÓN. LUGARES DE COMISIÓN. ASPECTO SUBJETIVO.* — Por lo que se ve, la punibilidad de la acción está

en la publicidad del acto, trátase de publicidad efectiva (por el alcance del conocimiento a personas indeterminadas) o potencial. Si bien la ley no hace una referencia explícita a la publicidad como elemento típico, implícitamente consagra esa característica al describir el elemento circunstancial del lugar en que el acto debe realizarse: en sitio público o expuesto a la visión de terceros.

Sitio público es el destinado, jurídicamente (calles, plazas) o por repetición de su uso (pasaje abierto por los vecinos en un baldío no cerrado), a la permanencia o tránsito de personas indeterminadas.

La ley 21.338 punía al que “en sitio público o abierto o expuesto al público ejecutare o hiciere ejecutar por otro actos obscenos”, en tanto que el texto vigente lo hace con quien “en sitio público ejecutare o hiciere ejecutar por otro exhibiciones obscenas”.

¿Qué influencia tiene en cuanto a la punibilidad de las conductas, la eliminación de las referencias a sitios *abiertos o expuestos al público*? Recordemos que, aplicando la ley 21.338, por sitio público se entendía el destinado, jurídicamente o por repetición de su uso, a la permanencia o tránsito de personas indeterminadas; por sitio abierto al público al que, sin ser utilizado de aquel modo incondicionado, el público tiene librado su acceso al mismo (confiterías, museos, templos); por sitio expuesto al público el que, siendo de acceso restringido, sus características permiten que las actividades que en él se realizan queden expuestas a la visualización por personas indeterminadas (p.ej., jardín cerrado con verjas).

Sin embargo, durante la vigencia del texto original (ahora nuevamente vigente), apoyándose en que la característica básica del delito en relación al bien jurídico protegido era la publicidad de la exhibición (la posibilidad de que ésta fuese captada visualmente por personas indeterminadas), habíase interpretado que *sitio público* es todo aquel cuyo acceso está abierto en el momento del hecho “para el común del pueblo o para una cantidad de él” (Núñez), por lo que, dentro de ese concepto queda, por tanto, comprendido el *sitio abierto al público*. En cuanto al *sitio expuesto al público* queda *a fortiori* abarcado por la parte 2ª del artículo, puesto que ya no corresponden las distinciones que obligaba a hacer la norma derogada.

En el art. 129, párr. 2º, la publicidad depende de un criterio objetivo y de otro subjetivo. Objetivamente se necesita que el acto se realice en *lugar privado*, pero cuyas características –debidas o no

a la actividad del agente— permiten en ciertos casos la contemplación por personas indeterminadas.

Es lugar privado aquel cuyo acceso está restringido a determinadas personas, de modo permanente o eventual (la pieza de hotel), destinado a habitación o vivienda o a cualquier otro fin que importe la exclusión de terceros no autorizados a acceder a su ámbito (p.ej., el despacho no destinado a la atención del público), pero, como dijimos, las características del lugar tienen que darle idoneidad para exhibir el acto obsceno, por su conformación (vidrieras amplias que dan a la calle), o porque la obra misma del agente crea esa aptitud (p.ej., abrir las ventanas que enfrentan a otro edificio de viviendas u oficinas), puesto que la exigencia subjetiva indica que no se da la tipicidad cuando los terceros sólo pueden presenciar los actos asumiendo expresamente una actividad tendiente a contemplarlos (subirse a un muro, utilizar un prismático, etcétera).

En el aspecto subjetivo basta con que se realicen los actos en un lugar privado “expuesto a que sean vistos involuntariamente por terceros”, lo cual no requiere la directa intención del agente en orden a la creación del peligro (como lo exigían las leyes 17.567 y 21.338), siendo suficiente con que aquél quiera afrontar el acto conociendo la posibilidad de su trascendencia a terceros.

§ 515. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* — El delito se consuma con la realización del acto obsceno en las condiciones típicas, aunque no trascienda efectivamente a terceros —es un delito de peligro, según la pauta general de los de este grupo—, por lo cual no obstan a la punibilidad las circunstancias que, no estando insertas en los planes o en el conocimiento del agente, han impedido dicha trascendencia de modo absoluto (como puede ser el súbito apagón). Pero no se puede decir lo mismo de situaciones en las que el medio exhibidor utilizado es inapropiado para permitir la contemplación (p.ej., realizar los actos obscenos frente a una vidriera confeccionada con materiales que la impiden, ignorándolo el agente). Algunos piensan que en este caso se da una tentativa de delito imposible, aunque la mayoría niega la posibilidad de tentativa. Claro está que el delito es putativo —y por tanto rige la impunidad— cuando los únicos terceros a quienes puede trascender el acto están totalmente incapacitados para verlo (p.ej., quien trata de exhibir sus partes pudendas en un internado de ciegos, donde no tiene acceso ninguna persona con vista).

§ 516. *AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.* – Es autor tanto el que ejecuta los actos obscenos como quien los hace ejecutar por otros. Para algunos (Núñez), en esta segunda situación la ley se refiere a supuestos de autoría mediata, donde el tercero es un inimputable o inculpable, pues el que determina a otro a realizar actos obscenos, cuando el mismo actúa culpablemente, es un instigador; para otros, por el contrario, la relación expresada por la ley se extiende a cualquier tercero, aunque asuma el carácter de coautor responsable.

Pero ninguna duda cabe de que los principios de la autoría mediata y de la participación son perfectamente aplicables; lo que la ley ha querido es incluir en la responsabilidad penal propia de la autoría al agente que no realiza él mismo los actos obscenos; es una forma de clarificar la extensión de aquella responsabilidad para evitar los conflictos interpretativos que podría suscitar la particular naturaleza de la acción material.

§ 517. *CULPABILIDAD.* – Se trata de delitos dolosos. La primera figura requiere en el autor el conocimiento del carácter del lugar en que realiza el acto, de la obscenidad del acto por la trascendencia a personas indeterminadas o de las posibilidades de ella. No es indispensable que el autor quiera expresamente mostrar la obscenidad (contra: Núñez); es suficiente con que acepte que su acto pueda tener trascendencia pública, o sea, que actúe con dolo eventual. Pero, cuando hasta ese dolo falte, el hecho será una simple contravención (p.ej., la persona que hace aguas en un sitio oscuro que repentinamente es iluminado por los faros de un automóvil que pasa por el lugar).

CAPÍTULO IV

RAPTO

§ 518. *EL BIEN PROTEGIDO. CARACTERÍSTICAS COMUNES DE LAS DISTINTAS FIGURAS.* – Aunque es indudable que los delitos de rapto restringen la libertad individual del sujeto pasivo en cuanto manifestación de sus propias decisiones, su inclusión dentro de los delitos contra la honestidad subraya la protección de esa libertad pre-

servando la reserva sexual del sujeto, en la cual el agente se introduce ilícitamente contra la voluntad o con la voluntad viciada de aquél, o sabiendo que él no puede prestar un consentimiento válido, dadas sus condiciones; en los primeros supuestos tendremos las figuras denominadas de *rapto propio*; en el último, la de *rapto impropio*.

Pero, en todas ellas, de conformidad con el bien jurídico protegido, la tipicidad se imprime por la orientación de la acción hacia ulteriores actividades de índole sexual.

Además, en nuestra ley, todas las figuras tienen en común la característica del sujeto pasivo: debe tratarse de una persona del sexo femenino. La sustracción de personas del sexo masculino, aun cuando se tratase de un menor, pese a hacérsela con finalidades sexuales, quedará comprendida en los delitos contra la libertad, sin perjuicio de que si se logran esas finalidades, concurren con ellos los delitos contra la honestidad que así se hayan consumado o tentado.

I. RAPTO PROPIO

§ 519. *CARACTERÍSTICAS DEL DELITO.* ~ Ya dijimos que las figuras del rapto propio tienen en común la circunstancia de que el agente actúa venciendo la voluntad contraria de la víctima o viciando esa voluntad.

A) FIGURA BÁSICA

§ 520. *EL TEXTO LEGAL.* ~ El art. 130, párr. 1º, del Cód. Penal impone prisión de uno a cuatro años al que "con miras deshonestas sustrajere o retuviere a una mujer por medio de fuerza, intimidación o fraude".

§ 521. *ACCIONES TÍPICAS.* ~ Las acciones son las de sustraer y retener. *Sustraer* es sacar o separar a la víctima del lugar donde se encuentra cuando el agente la toma o se apodera de ella, trátase de un lugar donde acostumbra a hallarse (p.ej., su domicilio) o donde se encuentra transitoriamente (p.ej., la calle). *Retiene* el que pri-

va de libertad a la víctima, impidiéndole desplazarse para apartarse del lugar donde se encuentra.

Puesto que, como veremos, la privación de la libertad de la mujer tiene que ser de suficiente entidad temporal para autonomizarse de la que es imprescindible para realizar los planes deshonestos del autor (no basta la privación durante los momentos en que la mujer es violada o ultrajada), normalmente la sustracción tiene que ser seguida de retención, sin que por ello se multiplique el delito; pero, por el contrario, la retención no implica, necesariamente, la previa sustracción: la mujer puede ser retenida en el lugar al que voluntariamente ha concurrido.

Es indiferente el lugar al que la víctima es conducida o en el que es retenida, siempre que se trate de un ámbito donde esté ella desvinculada de la esfera en que puede actuar libremente, quedando en una relación de dependencia material respecto del agente, aunque no se encuentre bajo su directa vigilancia o de la de un tercero (p.ej., ser colocada en la cima de una montaña de la cual no podría descender por sus propios medios aunque se la dejara sola).

§ 522. *MODOS Y MEDIOS TÍPICOS.* – Vimos que el rapto propio requiere el vencimiento de la voluntad contraria de la víctima o la deformación de su juicio por medio del cual puede determinarse; es, pues, la sustracción o retención sin el consentimiento, válidamente formado y expresado, de la víctima. Sin embargo, típicamente no es suficiente la falta de prestación de ese consentimiento, sino que se hace hincapié en los medios con que el autor vence o vicia la voluntad del sujeto pasivo: tiene que haber quebrado la resistencia desplegada o impedir su iniciación por medio de *fuerza* o *intimidación*, o haber conseguido el consentimiento viciando la voluntad de la víctima por medio de *fraude*. Tales medios tienen que haber sido utilizados con la finalidad de sustraer o retener; los empleados después que se ha separado a la mujer del lugar donde se encontraba o no enderezados a prolongar la retención, sino para realizar los planes deshonestos, cuando la mujer había consentido libremente en acompañar al autor o quedarse con él, integran otras figuras de delitos contra la honestidad, pero no dan lugar al delito de rapto.

La fuerza, por lo tanto, tiene que ejercerse sobre la víctima o sobre terceros que se opongan o puedan oponerse a la acción del agente sobre ella, cuando no consiente en ser sustraída o retenida;

pero no constituye un rapto típico la acción en que la fuerza se despliega sobre terceros que se oponen a la actividad del agente sobre una mujer que ha consentido en ser llevada por él o sobre terceros que tratan de sacar a la mujer del lugar donde voluntariamente permanece con aquél.

La intimidación, en cuanto amenaza de un mal futuro, tiene que recaer sobre la víctima, aunque el mal anunciado lo hubiera de sufrir una persona distinta (p.ej., su hijo). La fuerza ejercida sobre terceros puede, en ciertos casos, constituir una intimidación dirigida a la mujer (p.ej., golpear a un pariente para que ella cese en su resistencia a ser conducida, poniendo fin a su sufrimiento).

Por fraude se entiende aquí todo engaño (puede consistir en un ardid o en una mentira idónea) que haga errar a la mujer o a los terceros que podrían impedir la sustracción o hacer cesar la retención, sobre el carácter del acto del agente o sobre sus miras deshonestas, ocultando uno u otro o ambos (queda al margen del tipo la seducción de la mujer, ya que en ese caso ella no ignora ni el carácter del acto ni las intenciones del autor).

Si el fraude importa la comisión de otro delito (p.ej., usurpación de autoridad), éste concurre idealmente con el rapto. Pero concurren materialmente con él las lesiones causadas por la fuerza ejercida para sustraer o retener, puesto que tendremos entonces dos hechos distintos, aunque uno sea medio para conseguir el otro (algunos fallos sostienen, por esta razón, que se trata de un concurso ideal).

§ 523. *EL ELEMENTO SUBJETIVO. LAS MIRAS DESHONESTAS.* – La acción debe ser realizada con *miras deshonestas*. El autor, por tanto, tiene que perseguir un propósito sexual: que se realicen después de la sustracción o durante la retención actos sexuales en que se haga intervenir a la víctima, aunque fuese en forma pasiva (p.ej., para que contemple un acceso carnal entre terceros).

Es indiferente que el agente actúe para satisfacer sus propios deseos sexuales o los de un tercero, ya que igualmente obra en este segundo caso con miras deshonestas.

Los actos sexuales a que se refieran las miras deshonestas tienen que ser actos ilegales, penalmente típicos (como violar a la víctima, estupro, abusar deshonestamente de ella, etc.) o no, pero se

tiene que tratar de actos que ataquen el pudor o la reserva sexual de la víctima por no mediar su consentimiento válido para realizarlos o presenciarlos (p.ej., hacerla víctima de exhibiciones obscenas privadas). Cuando los actos sexuales que se propone llevar a cabo el agente no son deshonestos por ser legítimos, la conducta queda marginada de la tipicidad: así ocurre con la sustracción de la mujer para contraer matrimonio con ella, o la retención de la mujer mayor de quince años para tratar de persuadirla a que preste su consentimiento para ser accedida, sin forzarla de otro modo (p.ej., anunciándole que va a estar un determinado número de días en el lugar donde fue conducida para que recapacite sobre su negativa, o se la conduce con la finalidad de mostrarle riquezas a fin de persuadirla), sin perjuicio, claro está, de que esa conducta sea punible como delito contra la libertad.

Las miras deshonestas tienen carácter de elemento subjetivo del tipo; obran en él como propósito del autor que no necesita realizarse. Si el propósito se logra por medio de un acto sexual ilícitamente típico, o se lleva a cabo su tentativa, el delito contra la honestidad que resulte concurre realmente con el rapto.

§ 524. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* — El delito se consuma, pues, con la sustracción o con la retención y la acción permanece mientras dura esta última, pero, como dijimos, la privación de libertad debe alcanzar entidad suficiente para autonomizarse de la que es imprescindible para consumir la finalidad típica deshonestas; la privación de libertad que no alcanza esa autonomía queda absorbida por el correspondiente delito contra la honestidad que se cometa. Ninguna dificultad se da para reconocer la vigencia de los principios generales de la tentativa.

§ 525. *AUTOR. PARTICIPACIÓN. SUJETO PASIVO.* — Autor puede ser cualquier persona y admite la participación en todos sus grados.

Sujeto pasivo sólo puede serlo una mujer mayor de doce años (si es menor el caso queda contemplado en el art. 131, párr. 2º, Cód. Penal), soltera, divorciada o viuda (si es casada se aplica la agravante del art. 130, párr. 2º), sin que importe que sea honesta o no, puesto que es la libertad en el mantenimiento de la esfera de reserva sexual lo que está en juego y los medios de que se vale el agente

no pueden referirse a la experiencia o inexperiencia sexual de la víctima, como ocurría en el estupro. Es más, aun la víctima deshonesta puede ser doblegada por medio del fraude acerca de la deshonestidad del acto sexual que se va a realizar (p.ej., la prostituta que requerida para un acto sexual normal, es retenida para obrar sobre ella con actos sexuales de naturaleza aberrante).

§ 526. *LA MUJER INCAPACITADA COMO SUJETO PASIVO.* – La circunstancia de que los medios típicos lo sean igualmente cuando se despliegan sobre terceros nos indica que el rapto puede producirse sobre una mujer que está actualmente incapacitada para prestar su consentimiento, como la que está privada de sentido o de razón cuando los medios se despliegan sobre los que pueden oponerse a la sustracción o que tratan de hacer cesar la retención.

Pero no hay rapto cuando la mujer privada de sentido es sustraída sin desplegar los medios típicos o cuando, en la misma forma, se sustrae o retiene a la mujer privada de razón que ha sido convencida para que acompañe al agente o para que permanezca con él, ya que el tipo, a diferencia del de violación, no prevé el abuso de las condiciones de la víctima como razón de ser de la punibilidad; sin perjuicio, por supuesto, de los delitos contra la honestidad que se cometan contra ella al realizarse los propósitos deshonestos.

§ 527. *CULPABILIDAD.* – Lógicamente, de acuerdo con la estructura del tipo, el único dolo compatible con el rapto es el dolo directo.

El error sobre la existencia de prestación del consentimiento por la víctima puede llegar a excluir la culpabilidad.

B) FIGURA AGRAVADA

§ 528. *EL TEXTO LEGAL Y EL FUNDAMENTO DE LA AGRAVANTE.* – Según el art. 130, párr. 2º, del Cód. Penal, la prisión se eleva a la de dos a seis años, “si la robada fuere una mujer casada”.

Es un tipo agravado, ya que la acción es la del que acabamos de ver en el anterior apartado y a su descripción sólo se agrega una particular circunstancia en el sujeto pasivo: que se trate de una mujer casada. La motivación de la mayor gravedad de la pena se hace

residir en el hecho de que el delito, además de atacar los bienes jurídicos que protege la figura básica, "lesiona los derechos matrimoniales del marido".

§ 529. *CARACTERÍSTICAS DEL SUJETO PASIVO.* – La víctima del ataque, para que se aplique la agravante, tiene que ser una mujer casada mayor de doce años (si fuese menor sería de aplicación el art. 131, párr. 2º, en cuanto resultase admisible el matrimonio en ese caso, como ocurriría si se tratara del contraído con venia judicial en razón de la comisión de un delito contra la honestidad cometido contra la menor). Es necesario, pues, un matrimonio actualmente válido en la República (aunque hubiese sido formalizado según la ley extranjera); sujeto pasivo lo sigue siendo la mujer casada, aunque se encuentre separada de hecho de su marido (los derechos matrimoniales de éste no habrán desaparecido del todo), pero no la mujer divorciada o viuda, cuyo rapto no sale de la figura básica.

II. RAPTO IMPROPIO

§ 530. *DIFERENCIAS CON EL RAPTO PROPIO. EL TEXTO LEGAL.* – Ya vimos que la nota que distingue al llamado *rapto impropio* es la mediación del consentimiento de la víctima respecto del acto del agente, incluidas sus miras deshonestas, y así el art. 131, párr. 1º, del Cód. Penal castiga con prisión de seis meses a dos años a quien "cometiere rapto de una menor de quince años y mayor de doce, con su consentimiento".

§ 531. *AUTONOMÍA DEL TIPO.* – Es un tipo delictivo autónomo, pues la acción del agente tiene que ir acompañada por el consentimiento de la víctima, lo cual no constituye una circunstancia que se agregue al tipo de rapto propio, sino una acción de características diferentes.

§ 532. *EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA.* – Este consentimiento, libre y conscientemente prestado con conocimiento de las finalidades del agente, excluye el empleo de los medios previstos por el art. 130, párr. 1º; cuando el autor ha usado alguno de ellos (p.ej., si

engaña a la víctima sobre sus finalidades), su conducta encuadra en el rapto propio.

A este rapto impropio se lo ha denominado también *rapto por seducción*, pues al vetarse para la acción los medios del art. 130, se piensa que únicamente la seducción del agente es lo que puede mover al sujeto pasivo a prestar su consentimiento. Pero, aun sin entrar a considerar la exactitud de esa afirmación —especialmente en nuestro derecho—, se tiene que señalar que en este particular rapto la víctima tiene que prestar su consentimiento para que el agente actúe: para que la separe del lugar en que está o para que la mantenga con él. En principio podrían quedar marginados del tipo los casos en que el agente se limita a aceptar pasivamente la conducta de la víctima (p.ej., la menor que se va de la casa para seguir a un hombre, o para ir a vivir con él), sin poner de su parte actividad alguna para sustraerla o retenerla; sin perjuicio, claro está, de los delitos de otro orden que eventualmente podría perpetrar (p.ej., estupro). Aunque esta conclusión no es de sencilla aplicación en los casos de retención, se trataría de aquel en que el agente se limita a soportar la presencia de la menor en su casa sin hacer nada para retenerla.

§ 533. **SUJETOS. PARTICIPACIÓN.** – Sujeto activo puede ser cualquier persona, siendo admisible la participación en todos sus grados.

Sujeto pasivo sólo puede serlo una mujer que ya ha cumplido doce años y que todavía no ha cumplido los quince. Buena parte de la doctrina requiere que se trate de una *mujer honesta* (contra: Ramos), requisito que aunque no se encuentra taxativamente enunciado en la ley, se lo hace derivar de una interpretación sistemática del tipo, no sólo por el rubro del título en que el delito está incluido, sino también porque la razón de ser de la ineficacia del consentimiento de la víctima como factor de impunidad, sólo puede apoyarse en su inexperiencia sexual: resultaría sistemáticamente incoherente requerir la honestidad de la víctima en el estupro y no hacerlo en el rapto impropio.

§ 534. **CULPABILIDAD.** – Lógicamente el dolo sólo puede ser el directo, ya que aquí también, como en el rapto propio, son necesarias las intenciones deshonestas del agente (la referencia al *rapto* del texto legal no permite ninguna duda sobre el tema). El error

sobre la edad de la víctima o su condición de honesta puede excluir la culpabilidad.

III. RAPTO DE MENOR DE DOCE AÑOS

§ 535. *EL TEXTO LEGAL. AUTONOMÍA DEL DELITO.* – El art. 131, párr. 2º, del Cód. Penal castiga con pena de dos a seis años de prisión el rapto cuando “fuere de una menor de doce años”.

La autonomía de la figura queda determinada por la edad de la víctima, y la punibilidad se asienta en la invalidez del consentimiento que pudo haber mediado, a causa de la inmadurez de ella.

§ 536. *LAS ACCIONES TÍPICAS: REMISIÓN.* – La acción de rapto, en su materialidad y en las direcciones subjetivas que le imprime el autor, coincide con la de la figura del art. 130, párr. 1º: la menor tiene que ser sustraída o retenida por un agente que lo haga con intenciones deshonestas.

§ 537. *MEDIOS TÍPICOS.* – Pero, en lo que se refiere a los medios, la tipicidad recepta tanto el empleo de los medios enunciados para el rapto propio: fuerza, intimidación o fraude, como la realización de las acciones sin el empleo de ellos por haber consentido la víctima en ser sustraída o retenida conociendo las miras deshonestas (“con o sin su consentimiento”, dice el art. 131, párr. 2º), así como las situaciones en que, no mediando el consentimiento, las circunstancias del hecho hicieron innecesario el empleo de esos medios (p.ej., sustracción de la menor privada de sentido). El empleo de los medios no agrava, pues, la punibilidad, sin perjuicio de que resulte una pauta útil en la individualización judicial de la pena de conformidad con el art. 41 del Cód. Penal.

§ 538. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El delito se consuma de la misma manera que el rapto propio y, como él, admite la tentativa.

§ 539. *SUJETOS.* – Sujeto activo puede ser cualquier persona. Sujeto pasivo únicamente puede serlo la mujer que no haya cumplido los doce años, cualquiera que sea su condición o sus caracterís-

ticas (puede tratarse de una menor sexualmente deshonesto, puesto que aquí no se protege la inexperiencia sexual efectiva, sino la que se considera que se da en virtud de la inmadurez).

§ 540. *CONFLUENCIA DE FIGURAS.* – La realización del delito absorbe los delitos contra la libertad que se pueden considerar cometidos por medio de la sustracción o retención, como ocurre con la figura del art. 146 del Cód. Penal (para Núñez, cuando media ocultación, el delito del artículo citado concurre idealmente con el rapto de menor).

§ 541. *CULPABILIDAD.* – Como en los casos anteriores, el dolo es exclusivamente el directo. El error sobre la edad de la menor puede excluir la culpabilidad típica y, en su caso, dejar la conducta encuadrada en el rapto impropio del art. 131, párr. 1º, pero es indiferente –conforme con la estructura del tipo– el error sobre la prestación del consentimiento por parte de la víctima o sobre su honestidad.

CAPÍTULO V

DISPOSICIONES COMUNES A LOS CAPÍTULOS ANTERIORES

I. EXCUSA ABSOLUTORIA POR POSTERIOR MATRIMONIO

§ 542. *EL TEXTO LEGAL.* – Dispone el art. 132 del Cód. Penal que “en los casos de violación, estupro, rapto o abuso deshonesto de una mujer soltera, quedará exento de pena el delincuente si se casare con la ofendida, prestando ella su consentimiento, después de restituida a casa de sus padres o a otro lugar seguro”.

§ 543. *DELITOS COMPRENDIDOS.* – Trátase de una *excusa absoluta* que no extingue la acción sino que elimina la pena con relación a los delitos, consumados o tentados, en sus formas simples

o agravadas, que taxativamente enuncia la disposición legal. Quedan, por consiguiente, fuera de la excusa los de corrupción y prostitución, trata de personas y, claro está, los ultrajes al pudor, aunque alguno de estos delitos haya concurrido con otro de los enumerados por el art. 132 (p.ej., la corrupción en cuya secuencia se cometen violaciones).

§ 544. *SUJETOS. NOCIÓN DE LA EXPRESIÓN “DELINCUENTE”.* La excusa beneficia al *delincuente*, según la fórmula legal. Dentro de la generalidad del concepto queda comprendido cualquier partícipe en el delito, de cualquier grado (autor, cómplice, instigador), pero no el encubridor, que comete un delito autónomo.

Una cuestión controvertida se plantea en el supuesto de pluralidad de partícipes. Para una opinión minoritaria trátase de una eximente de carácter personal, que únicamente beneficia al partícipe que contrae matrimonio (Núñez); para la mayoritaria, aunque es una excusa absolutoria, tiene grandes semejanzas con el perdón que se comunica a todos los partícipes, lo cual se afirma en las finalidades políticas de la ley (la protección de la ofendida).

Consecuentemente, el casamiento de la víctima con cualesquiera de los partícipes exime de pena tanto a él como a los demás intervinientes en la acción delictual (Soler, Fontán Balestra), siendo indiferente que quien contrae matrimonio esté liberado de punibilidad por otras circunstancias personales distintas (p.ej., que se tratara de un inculpable); la excusa igualmente nace en cabeza de los demás partícipes.

§ 545. *OFENDIDA POR EL DELITO: REQUISITOS.* – La ofendida, para que proceda la excusa, tiene que ser, por supuesto, una mujer que pueda contraer matrimonio válido en el país: soltera, viuda o divorciada por un sistema de divorcio vincular, aunque no tenga el mínimo de edad fijado por la ley civil para contraer matrimonio, de conformidad con la excepción establecida por el art. 14 de la ley 14.394.

§ 546. *EL MATRIMONIO COMO PRESUPUESTO OBJETIVO DE LA EXCUSA.* – La excusa se completa típicamente cuando se celebra el casamiento. No es suficiente el ofrecimiento de casarse hecho por el partícipe, ni el consentimiento de la ofendida, aunque se le haya sumado el de su representante legal en los casos en que no tenga

edad para prestarlo por ella misma, si es que el matrimonio no se celebra, aunque sea por causa ajena a la voluntad de las partes, como puede ser la negativa del juez a conceder la venia respectiva o la muerte de la ofendida antes de que se celebre. Pero la disolución del matrimonio ya celebrado, aun antes de que se emita la resolución haciendo efectivo los efectos de la excusa, no elimina su procedencia (p.ej., habiéndose celebrado el matrimonio y antes de que el juez pronuncie el sobreseimiento, fallezca la ofendida).

El matrimonio contraído tiene que ser válido, aunque sea anulable (contra: Núñez). El matrimonio absolutamente nulo no plantea los presupuestos de la excusa. Sin embargo, el pronunciamiento del juez sobreseyendo o absolviendo al procesado en virtud de la excusa y en función de ese matrimonio cuando alcanzó el carácter de cosa juzgada, no puede ser reformado mediante una posterior declaración de su nulidad.

§ 547. *EL CONSENTIMIENTO DE LA OFENDIDA.* – Es la ofendida la que debe prestar el consentimiento para contraer matrimonio. Ese consentimiento no puede ser suplido por el que den los representantes legales, pues en el caso podrá ser otorgado por aquélla aunque no cuente con la edad mínima requerida para casarse, ya que expresamente, como vimos, la ley 14.394 enuncia como excepción el supuesto del art. 132 del Cód. Penal (art. 14). Pero no procedería la excusa cuando, por condiciones que no fueran las de la edad, la mujer no pudiera prestar válidamente su consentimiento, como acaecería si se tratase de una mujer privada de razón.

Pero la circunstancia de que el consentimiento para contraer matrimonio haya de prestarlo la misma ofendida, no excluye la necesaria prestación del consentimiento complementario del representante legal cuando sea necesario (art. 168, Cód. Civil, según ley 23.515), cuya falta, en su caso, tendrá que ser suplida por la venia del juez; así como tampoco significa la exclusión de la posibilidad de que las personas habilitadas para hacerlo, puedan oponerse al matrimonio con los fundamentos contemplados por el art. 169 del Cód. Civil, según ley 23.515, lo cual, en definitiva, deberá resolver el juez de la causa. Éste, por otra parte, puede rechazar de oficio –aunque no medie oposición de parte legítima– la venia para que se celebre el matrimonio cuando se dé cualquiera de las circunstancias impositivas de la ley civil.

§ 548. *OPORTUNIDAD DE LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO.* — La ley prescribe que el consentimiento tiene que prestarlo la ofendida “después de restituida a casa de sus padres o a otro lugar seguro”, entendiéndose por tal el lugar (público o privado) donde no pueda ser influida por alguno de los partícipes o por terceros interesados en que se produzca la excusa.

Éste es un modo al que la ley acude para asegurar la libertad de la ofendida en el otorgamiento de su consentimiento, pero para algunos es una condición de “admisibilidad del consentimiento” que, si no se cumple, hace que el matrimonio contraído con omisión de ese requisito no pueda admitirse como presupuesto de la excusa absolutoria (Núñez); sin embargo, la mayor parte de la doctrina se pronuncia en forma diferente: el matrimonio válidamente celebrado, mediando el consentimiento libremente prestado por la mujer, aunque no se halle en los lugares enunciados en la disposición, permite el funcionamiento de la excusa absolutoria, siempre que se acredite fehacientemente esa libertad (Soler, Fontán Balestra). Esta última parece ser la opinión más exacta, si se tiene en cuenta el sentido de protección de la ley. Pero con ello no se descarta que la exigencia tendría un efecto procesal insoslayable: no habiéndose producido el consentimiento de la mujer en las condiciones legales, la libertad de su prestación tiene que ser probada para que sea procedente la excusa, lo cual no es imprescindible cuando el consentimiento se presta en aquellas condiciones.

II. REGLA ESPECIAL SOBRE PARTICIPACIÓN

§ 549. *EL TEXTO LEGAL.* — El art. 133 del Cód. Penal dispone que “los ascendientes, descendientes, afines en línea recta, hermanos y cualesquiera persona que, con abuso de autoridad, encargo o confianza cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este título, serán reprimidos con la pena de los autores”.

§ 550. *EFFECTOS DOGMÁTICOS DE LA REGLA.* — En realidad, si se piensa que el cómplice necesario tiene la misma pena que el autor, la función de la regla del art. 133 es la de agravar la punibilidad correspondiente al que participa en el delito como cómplice secun-

dario, derogando la regla del art. 46 del Cód. Penal, en lo que se relaciona a la individualización legal de la pena que a él le corresponde.

La disposición la hace extensiva a la complicidad secundaria que se dé en cualesquiera de los delitos del Título III, pero únicamente puede ser congruente con los casos en que aparezca una víctima típicamente diferenciada, pues sólo entonces se podrá pensar en la existencia de las relaciones agravatorias enunciadas por la norma. Ello significa que se excluyen, de esta agravante genérica de la complicidad, los delitos que constituyen un ataque al pudor público (arts. 128 y 129).

§ 551. **CASOS PREVISTOS.** – Las relaciones agravatorias que encontramos aquí son de dos órdenes: las derivadas del parentesco (ascendientes, descendientes, afines en línea recta y hermanos) y las provenientes de la autoridad, encargo o confianza del cómplice respecto de la víctima. Si aquéllas agravan por la sola circunstancia de la existencia del vínculo, éstas lo hacen cuando el cómplice *abusó* de su relación con la víctima, aprovechándola para cooperar en el delito; si no se da ese aprovechamiento se aplica la norma general del art. 46.

La relación es de *autoridad* cuando la víctima, en virtud del derecho privado (p.ej., tutor y pupilo) o público (p.ej., militar y subordinado) debe obediencia personal (no quedaría comprendida la relación laboral) al cómplice. Media una relación de *encargo* cuando el cómplice está al cuidado o vigilancia de la conducta de la víctima (no se consideran otras relaciones de cuidado, como las concernientes a la salud o a los bienes), por delegación de un tercero que tiene facultades (de derecho público o privado) para otorgar el encargo (p.ej., el director de un colegio con internado; tenedor designado por el juez de menores); en este *encargo* no estaría encuadrado quien, de hecho, por sí mismo asumió la guarda de la víctima, a diferencia de lo que pasa con las agravantes de la violación. Por el contrario, la relación de *confianza* es la que existe entre el cómplice y la víctima debida al estado (sacerdote) o profesión (psicólogo profesional que aconseja) de aquél o a las circunstancias especiales en que la relación se lleva a cabo (aquí pueden quedar comprendidas ciertas relaciones laborales, como la de la fámula que vive en el domicilio de la empleadora).

TÍTULO IV

DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL

§ 552. *EL ESTADO CIVIL COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.* – El estado civil que aquí se protege es la situación jurídica que la persona tiene por sus relaciones de familia, originadas en hechos naturales (nacimiento y sus relaciones con la filiación, sexo) o jurídicos (legitimación, reconocimientos, matrimonio, adquisición de ciudadanía por naturalización y su pérdida), que la individualiza en la sociedad en que vive.

§ 553. *EL ESTADO COMO SITUACIÓN FORMAL DE INDIVIDUALIZACIÓN.* – La protección se dispensa al estado que formalmente tiene o debe tener la persona, aunque pueda no coincidir con la realidad (p.ej., comete delito quien conociendo la ilegitimidad de una filiación destruye las registraciones que la acreditan en vez de accionar judicialmente). Se la dispensa también a la correcta formación de la situación de la persona cuando depende de un acto jurídico (como es la celebración del matrimonio), llegándose a punir la atribución de un estado que aquélla en verdad no tiene (suposición de parto).

En general puede decirse que, de uno u otro modo, todos los delitos del Título IV del Libro II del Código Penal atacan al estado civil, atentando contra los *datos* que sirven para individualizar a las personas y que, normalmente, son objeto de registración de naturaleza pública, por lo cual algunos han pensado que, al menos en parte, estarían mejor colocados en el Título XI que trata de los delitos contra la Administración; pero no cabe duda de que la ley ha preferido acentuar la protección de la situación jurídica individualizadora de la persona por encima del ataque que esos delitos pueden cons-

tituir para la efectividad y regularidad de las funciones registrales del Estado.

§ 554. *LOS SUJETOS PASIVOS.* – Las consecuencias de los actos que afectan al estado civil deben recaer sobre una persona viva. Si bien es verdad que también se puede alterar el estado civil de un muerto, ello sólo sería computable para la punibilidad en cuanto significara la alteración de vínculos de familia que repercutieran sobre los vivos, sin perjuicio, por supuesto, de que aquella alteración constituya el medio para perpetrar un delito previsto en otro título del Código (p.ej., una estafa).

CAPÍTULO I

MATRIMONIOS ILEGALES

§ 555. *INTERÉS PROTEGIDO.* – Se protege la legalidad del matrimonio civil procurando que los que se celebren lo sean válidamente, tanto en lo referente a la existencia formalmente real del acto (simulación de matrimonio), como evitando la celebración con vicios que los nulifiquen (matrimonios ilegales bilaterales y unilaterales) o los vuelvan anulables (consentimiento otorgado indebidamente), así como con referencia a las formalidades que hay que observar para la celebración (violaciones del oficial público).

I. MATRIMONIO ILEGAL BILATERAL

§ 556. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 134 del Cód. Penal impone una pena de uno a cuatro años de prisión para “los que contrajeran matrimonio sabiendo ambos que existe impedimento que cause su nulidad absoluta”.

§ 557. *MATERIALIDAD DE LA ACCIÓN.* – Objetivamente la acción requiere *que se contraiga matrimonio*; en otras palabras: el matri-

monio tiene que haber sido celebrado con todos los requisitos que la ley exige para que resulte formalmente válido. Tiene que tratarse, pues, de un matrimonio que, de no haber mediado el impedimento causante de la nulidad absoluta que constituye el presupuesto normativo de la acción típica, hubiese resultado válido (Fontán Bales-trá). Si ha faltado la celebración formalmente adecuada de acuerdo con la ley civil, no se cometerá el tipo del art. 134, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pueda asumir el oficial público interviniente por la celebración indebida.

§ 558. *ELEMENTO SUBJETIVO.* – Subjetivamente ambos contrayentes deben *saber que existe impedimento que causa la nulidad absoluta del matrimonio*. Trátase de un conocimiento cierto, al cual no se equipara la simple duda (contra: Soler) y que no necesita ser común: uno de los contrayentes puede conocer un impedimento y el otro uno distinto, desconocido para el anterior, y se dará igualmente el elemento subjetivo, puesto que ambos saben que “existe impedimento”; es más, ni siquiera es necesario que cada uno de los contrayentes sepa que el otro conoce la existencia del impedimento.

Como se advierte, el conocimiento que constituye el elemento subjetivo se extiende a dos circunstancias: la del hecho que importa el impedimento y la del carácter que tiene ese hecho como causal de nulidad del matrimonio; dicho de otro modo, ambos contrayentes tienen que saber que “no pueden legalmente casarse” entre sí. Esa extensión del elemento subjetivo plantea problemas de *error iuris* que veremos al tratar la culpabilidad.

Según el art. 219 del Cód. Civil, modificado por ley 23.515, los impedimentos que acarrear la nulidad absoluta del matrimonio son los previstos en los incs. 1º, 2º, 3º, 4º, 6º y 7º del art. 166 (consanguinidad entre ascendientes y descendientes, consanguinidad entre hermanos y medio hermanos, el vínculo derivado de la adopción plena y el de la adopción simple entre adoptante y adoptado, adoptante y descendiente o cónyuge del adoptado y cónyuge del adoptante, hijos adoptivos de una misma persona entre sí, y adoptado e hijo del adoptante, mientras la adopción simple no sea anulada o revocada, la afinidad en línea recta en todos los grados, el matrimonio anterior mientras subsista, la autoría, complicidad o instigación en el homicidio doloso de uno de los cónyuges), a los cuales la doctrina agrega otros previstos por leyes especiales, que prohíben el matrimonio, co-

mo ocurre en los de profilaxis (ley 11.359, sobre lepra, y 12.331, sobre enfermedades venéreas —algunos autores incluyen el sida—). Estudiaremos a continuación dos de ellos que han planteado algunas dificultades en la aplicación de la ley penal.

§ 559. *IMPEDIMENTO POR MATRIMONIO ANTERIOR (BIGAMIA)*. — Al matrimonio ilegal se lo denomina *bigamia*, cuando el impedimento que causa la nulidad absoluta es un matrimonio anterior, válido y subsistente, de uno o de ambos contrayentes.

Al matrimonio nulo o anulable cuya nulidad ha sido declarada, no importa, claro está, tal impedimento; éste desaparece cuando se produce esa declaración, aunque el segundo matrimonio se haya celebrado con anterioridad a ella, lo cual, si bien es una excepción a los principios de la consumación, surge de la prejudicialidad dispuesta por el art. 1104 del Cód. Civil, respecto de la acción de nulidad del primer matrimonio: promovida esa nulidad antes o durante el proceso en el cual se investiga penalmente la bigamia, no se puede dictar sentencia en éste antes de que recaiga sentencia en el juicio civil sobre aquella acción, ni el juez penal podrá reformar lo declarado por el juez civil sobre la nulidad; más todavía, si la cuestión se suscita en el proceso penal, el juez tampoco podrá dictar sentencia en él resolviendo lo atinente a la nulidad del anterior matrimonio, sino que, previamente, habrá de dar intervención al órgano público, que puede accionar demandando la nulidad y esperar el resultado del juicio civil.

Durante la vigencia de la ley 2393 se consideraba que el matrimonio anterior subsistía si mediaba divorcio, salvo que éste hubiese sido declarado en el extranjero respecto también de un matrimonio celebrado fuera de la República, cuando en ambos casos los actos jurídicos se cumplieron en sistemas que consagran el divorcio vincular. Tampoco quedaba comprendido en el tipo el matrimonio celebrado en el extranjero previo divorcio logrado fuera de la República en un régimen de divorcio vincular, aunque el anterior matrimonio se hubiera celebrado en ella; sin embargo, esta conclusión era debatida en la doctrina y se relaciona con la aplicación de la ley penal en el espacio.

De más está decir que las consideraciones precedentes han perdido vigencia con la ley 23.515. El divorcio, por cuanto extingue

el vínculo, bloquea las posibilidades de acceder al tipo; no así, por supuesto, cuando se trate de una mera separación personal (art. 201 y siguientes).

§ 560. *EL IMPEDIMENTO DE "CRIMEN"*. – Se da cuando uno de los contrayentes ha dado muerte a uno de los integrantes del matrimonio formado por aquel con quien contrae matrimonio. No aparece el impedimento cuando el sujeto a quien el agente ha dado muerte era su propio cónyuge en anterior matrimonio (p.ej., el impedimento rige para el hombre que ha dado muerte al esposo de la mujer con quien se casa después, pero no para el hombre que ha dado muerte a su esposa para casarse con otra mujer).

El impedimento alcanza tanto al autor (ya actuara solo o en coautoría) como al instigador y al cómplice; esta última expresión está tomada en un sentido amplio, comprensiva no sólo de los cómplices que prestan auxilio, cooperación o ayuda para la ejecución, sino también del auxiliador *subsequens*. Tiene que tratarse de un homicidio *voluntario* consumado (la tentativa no se enuncia en la ley como impedimento). El homicidio tiene que ser doloso; no tienen, pues, calidad de impedimentos ni los homicidios justificados ni los culposos.

§ 561. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA*. – El delito se consuma cuando se ha contraído matrimonio, es decir, cuando éste puede considerarse celebrado después de prestado el consentimiento de los contrayentes y producida la respectiva declaración del oficial público que los declara unidos en matrimonio (art. 188, Cód. Civil, según ley 23.515). No es, por supuesto, necesario que el matrimonio haya llegado a consumarse con la cópula.

La posibilidad de tentativa ha sido discutida: un sector de la doctrina la niega (Gómez, Oderigo); para otros es perfectamente posible (Díaz, Soler, Núñez); unos terceros, si bien no niegan sus posibilidades conceptuales, consideran que es difícil imaginar actos que la integren y que superen la etapa de los meramente preparatorios (Fontán Balestra); en realidad no parece lógico desconocer que la interrupción del acto en que se está celebrando el matrimonio, cuando aún el oficial público no ha declarado a los contrayentes unidos en matrimonio, constituya un acto ejecutivo conformador de tentativa pero, claro está, no pasan de ser actos preparatorios los anterio-

res al comienzo de la celebración (p.ej., presentación de partidas, exámenes médicos, etcétera).

§ 562. *CODELINCUENCIA Y PARTICIPACIÓN.* – Es uno de los delitos llamados de *participación necesaria*; entre los contrayentes hay, pues, una relación de codelincuencia: ambos son autores que comparten la materialidad del hecho y tienen conocimiento de que no pueden casarse por mediar impedimento para hacerlo, lo cual no implica que ambos hayan de ser penalmente responsables (p.ej., uno de ellos puede no serlo por resultar inimputable).

Pero la naturaleza del delito, a la que acabamos de referirnos, no obsta a la intervención en él de otros partícipes, según los principios generales de los arts. 45 y 46 del Cód. Penal, tanto en concepto de instigadores como de cómplices necesarios (los testigos del acto, los apoderados cuando se trata de un matrimonio por poder, el representante que debe prestar el consentimiento por ser menor uno de los contrayentes) o secundarios (el que buscó al oficial público, el que facilitó el local para que el matrimonio se celebrara con cierta reserva respecto de terceros).

§ 563. *CULPABILIDAD.* – El conocimiento específico que requiere el tipo ahuyenta toda posibilidad de reconocer otro dolo que no sea el directo.

El error excluyente de la culpabilidad puede ser tanto de hecho (desconocer la existencia del hecho que constituye la materialidad del impedimento) como de derecho o *error iuris*, que se funda en el desconocimiento de que el hecho conocido constituye jurídicamente un impedimento que causa la nulidad absoluta del matrimonio. El rechazo de esta última conclusión apoyándose en el principio consagrado por el art. 90 de la ley 2393 (norma hoy contenida en el art. 224, Cód. Civil, según ley 23.515), que no admite la buena fe por ignorancia o error de derecho, olvida que esta regla únicamente regula los efectos civiles del matrimonio celebrado en circunstancias productoras de nulidad, así como que en la esfera delictual tratase de un error de derecho extrapenal que opera sin dificultad como excluyente de la culpabilidad típica (p.ej., habrá actuado inculpablemente quien habiendo dado muerte al esposo de la mujer con la que después contrae matrimonio, ignora que ello constituye un impedimento causante de nulidad absoluta, por más que no se lo pueda

considerar contrayente de buena fe, en cuanto a los efectos civiles del matrimonio).

II. MATRIMONIO ILEGAL UNILATERAL

§ 564. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 135, inc. 1º, del Cód. Penal, castiga con prisión de dos a seis años al que “contrajere matrimonio cuando, sabiendo que existe impedimento que cause su nulidad absoluta, ocultare esta circunstancia al otro contrayente”.

§ 565. *AUTONOMÍA DEL DELITO.* – Se lo ha considerado tipo agravado con relación al del art. 134, cuya mayor pena se justifica porque el hecho perjudica a uno de los contrayentes; la circunstancia agravante estaría constituida por el ocultamiento del impedimento al otro contrayente por parte del que lo conoce. Mas aunque la acción material sea parcialmente la misma (contraer matrimonio), veremos que no es exactamente igual; además, en el tipo del art. 135, inc. 1º, queda excluida la codelincuencia y el elemento subjetivo no funciona como en el art. 134, razones todas ellas que señalan su autonomía respecto del delito previsto en este último.

§ 566. *CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN TÍPICA. EL OCULTAMIENTO.* – Pero lo que separa ambos tipos, más que el elemento subjetivo (también aquí es necesario que el agente conozca la existencia del impedimento), es la acción que se suma a la de contraer matrimonio: *ocultar* al otro contrayente la existencia del impedimento. Es indiferente que los procedimientos empleados para ese ocultamiento estén constituidos por un ardid (mostrar una cédula de identidad falsa en la cual aparece como soltero), una mentira (afirmar que se es soltero) o el simple silencio cuando se sabe o se supone que el otro contrayente ignora la existencia del impedimento. Pero, en cualquier caso, tiene que tratarse de un ocultamiento que produzca el efecto de hacer que el otro permanezca en la ignorancia; si el agente ha procurado ocultar el impedimento al otro contrayente que lo llega a conocer por distinto medio antes de la celebración del matrimonio, se quita la conducta de aquél del art. 135, inc. 1º, y se da la codelincuencia del art. 134, aunque el primero contraiga el matrimonio igno-

rando que el otro cónyuge conoce la existencia del impedimento, de conformidad con los principios que explicamos en el apartado anterior.

La existencia del impedimento se tiene que ocultar al otro contrayente. Carece de importancia típica que el ocultamiento se haga o no extensivo al oficial público o a otros intervinientes en el acto (testigos, representantes); la previa comunicación a éstos, no sólo no elimina la tipicidad, sino que los constituye a ellos en cómplices (aunque sean punibles por tipos especiales), si actúan a pesar de ese conocimiento.

§ 567. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – Es un delito de comisión (aunque, en ciertos casos, adopte parcialmente la forma de omisión comisiva, incumpliendo el deber jurídico de manifestar la existencia de un impedimento), que se consuma con la celebración de matrimonio. Como en el caso del delito anterior, tiene que tratarse de un matrimonio celebrado con las formalidades y los requisitos que consagran su existencia, pese a la nulidad derivada del impedimento ocultado. Si no se observaron esas formalidades o si actuó un funcionario carente de competencia, etc., podrá darse el delito de simulación de matrimonio, pero no el de matrimonio ilegal unilateral.

La tentativa se resuelve en la misma forma que en el tipo anterior.

§ 568. *CULPABILIDAD.* – También aquí nos enfrentamos con la exigencia del dolo directo. El error sobre la circunstancia de la existencia del hecho material del impedimento o de su repercusión nulificante, como en el delito anterior, puede excluir la culpabilidad. El error sobre la existencia del conocimiento del impedimento por el otro contrayente (errónea creencia de que lo conoce), puede conducir la conducta del agente a la tipicidad del art. 134.

III. SIMULACIÓN DE MATRIMONIO

§ 569. *EL TEXTO LEGAL.* – También se aplica pena de prisión de dos a seis años, según establece el art. 135, inc. 2º, del Cód. Penal, al que “engañando a una persona, simularle matrimonio con ella”.

§ 570. *DEBATE SOBRE SU INCLUSIÓN EN EL TÍTULO IV. INTERÉS PROTEGIDO.* – Se ha sostenido que es errónea su inclusión en el Título IV, del Libro II del Código Penal, ya que en nada alteraría el estado civil un matrimonio que, en verdad, es inexistente, por lo cual en otros sistemas se lo pune como delito contra la honestidad o buenas costumbres: la simulación de matrimonio se castiga, pues, en cuanto se lo utiliza como medio para que la víctima consienta en ser accedida carnalmente. Pero no se puede negar que en el hecho también emerge un atentado al estado civil en cuanto se asigna falsamente a la persona un estado civil que no tiene en realidad.

§ 571. *ACCIÓN.* – La acción es la de *simular matrimonio* con el sujeto pasivo, lo cual se hace simulando las formalidades esenciales para la celebración de un matrimonio válido y su registración: presencia del oficial público o de quien hace sus veces, otorgamiento de consentimiento de las partes, declaración constitutiva de aquél y –salvo en casos particulares– formas del acto registral. No es indispensable que la simulación se extienda a otros requisitos formales del matrimonio (como la presencia de testigos).

§ 572. *EL MODO COMISIVO.* – Tal simulación debe producirse *engañando* a la persona con la que el agente simula contraer matrimonio. El agente, pues, tiene que actuar de tal modo que suscite en aquélla el error sobre la realidad del matrimonio que se simula; la víctima tiene que creer que celebra un matrimonio formalmente válido. Si el error no versa sobre esa circunstancia, sino sobre otra distinta, como la concerniente a la identidad de la persona con quien contrae matrimonio, su edad, la persona de su representante, etc., no se dará el tipo.

Es el otro contrayente el que tiene que ser inducido a error; el error que se suscita en un tercero no entra en la figura (p.ej., la actitud de dos jóvenes que para dejar tranquilos a los padres, simulan un matrimonio entre sí).

§ 573. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El delito se consuma con la realización del matrimonio simulado (p.ej., con la declaración del supuesto oficial público), sin que sea necesario que el agente haya logrado los objetivos que tal vez se había propuesto para motivar la simulación (conseguir acceder a la mujer, llegar a administrar sus

bienes, etcétera). Es admisible la tentativa, lo cual ocurre cuando se interrumpe la realización del acto simulado antes de que haya llegado a la etapa en que la víctima pueda considerar celebrado el falso matrimonio.

§ 574. *CULPABILIDAD.* – Sólo es coherente con el dolo directo, ya que la falsedad engañadora que tiene que pergeñar el agente no admite otra posibilidad.

IV. PUNIBILIDAD DEL OFICIAL PÚBLICO

§ 575. *FIGURAS CONTEMPLADAS.* – En el art. 136, el Código Penal prevé tres figuras distintas, todas ellas referentes a conductas punibles del oficial público con competencia para celebrar matrimonios: la autorización dolosa de matrimonio ilegal, la autorización de matrimonio ilegal, ignorando el impedimento que obstaculiza, y la celebración de matrimonio sin observar las formalidades requeridas por la ley.

§ 576. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA DE ESTOS DELITOS.* – Todos estos delitos se consuman cuando el matrimonio se ha celebrado. El primero de ellos admite tentativa, no así los otros dos: el uno porque en él queda marginado el dolo directo; el otro porque su estructura típica es omisiva.

A) AUTORIZACIÓN DOLOSA DE MATRIMONIO ILEGAL

§ 577. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 136, párr. 1º, del Cód. Penal castiga con la pena establecida en los arts. 134 y 135 al oficial público “que a sabiendas autorizare un matrimonio de los comprendidos en los artículos anteriores”.

§ 578. *ACCIÓN.* – Aquí *autorizar* equivale a celebrar. La actuación del oficial público tiene que haber llegado a la declaración de que a los contrayentes del matrimonio nulo se los considera marido y mujer. Pero el tipo sólo es referible a los matrimonios nulos de los arts. 134 y 135, inc. 1º, ya que no puede considerarse que el

matrimonio simulado se *autoriza*: si por cualquier circunstancia un oficial público con competencia para celebrar matrimonios interviene en una celebración simulada, será partícipe principal del autor de la simulación, pero no cometerá el delito que ahora estudiamos.

§ 579. *ELEMENTO SUBJETIVO. NATURALEZA DE LA ACCIÓN.* — En verdad, lo que la ley hace en el art. 136, párr. 1º, es punir, autónomamente, la coautoría del oficial público en el delito que consuman ambos contrayentes, en el caso del art. 134, o uno de ellos en el caso del art. 135, inc. 1º.

Este criterio se reafirma con la consideración del elemento subjetivo del tipo: el oficial público debe actuar *a sabiendas* de que celebra uno de aquellos matrimonios ilegales; para hacerse merecedor de la pena prevista por el art. 134 tiene que conocer la existencia del impedimento que provocará la nulidad absoluta y la circunstancia de que aquél es conocido por ambos contrayentes; para quedar comprendido en la punibilidad del art. 135, al conocimiento de la existencia del impedimento debe sumar el conocimiento de que a uno de los contrayentes se le ha ocultado el impedimento, pues el dolo del coautor tiene que abarcar la comprensión de todos los elementos enunciados por la tipicidad.

El error o la ignorancia sobre la circunstancia del desconocimiento por parte de uno de los contrayentes, en el supuesto del art. 135, inc. 1º, puede conducir al oficial público a hacerse pasible de la pena menos grave del art. 134 (contra: Soler).

El conocimiento de los elementos típicos del matrimonio ilegal que celebra tiene que ser cierto para el oficial público; la duda sobre la existencia del impedimento podría dejar su responsabilidad penal incluida en el art. 136, párr. 2º.

Ante la indistinción de la ley, no se le puede atribuir el hecho a título de dolo eventual, sino que se requiere el mismo dolo directo que los tipos reclaman para el o los contrayentes.

§ 580. *CUESTIÓN ACERCA DE LA PUNIBILIDAD.* — Se ha llamado la atención sobre el hecho de que la ley no ha previsto aquí la pena de inhabilitación, pese a que lo hace en el párrafo segundo del artículo. En el caso sería posible su aplicación en virtud de la norma general del art. 20 *bis*, inc. 1º, del Cód. Penal.

**B) AUTORIZACIÓN DE MATRIMONIO ILEGAL
IGNORANDO EL IMPEDIMENTO**

§ 581. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 136, párr. 2º, dispone pena de multa de setecientos cincuenta pesos a doce mil quinientos pesos (según ley 24.286, BO, 29/12/93) e inhabilitación especial de seis meses a dos años para el oficial público que *autorizare* un matrimonio nulo en las circunstancias de los arts. 134 y 135, “cuando su ignorancia provenga de no haber llenado los requisitos que la ley prescribe para la celebración de matrimonio”.

§ 582. *CUESTIÓN CON RELACIÓN A LA CULPABILIDAD TÍPICA.* – Aunque se insiste en que se trata de una figura culposa (el mismo legislador lo dice en sus comentarios), reconoce la doctrina que también quedan comprendidos los hechos en los que la culpabilidad del agente se asienta sobre la duda acerca de la existencia del impedimento que excluye el dolo directo requerido por el tipo anterior; “la falta de saber que fundamenta la atribución del delito... comprende también la duda del oficial público, que no es conocimiento cierto” (Núñez), situación a la que sólo de modo figurado se la puede calificar de culposa.

§ 583. *PRESUPUESTO DE PUNIBILIDAD.* – También aquí el tipo remite a las tipicidades de los arts. 134 y 135, inc. 1º; es menester que ambos contrayentes o uno de ellos, según sea el caso, puedan considerarse autores de los delitos de matrimonio ilegal; la ausencia de tipicidad en su conducta por falta del elemento subjetivo extrae la conducta del oficial público del párr. 2º del art. 136, sin perjuicio de que se la pueda punir según la norma del párr. 3º de ese artículo.

§ 584. *OMISIÓN DE DEBERES.* – Pero la tipicidad requiere algo más que la consagración de un matrimonio nulo por parte del oficial público, cuando lo realiza sin conocimiento cierto de la existencia del impedimento que provoca la nulidad: es necesario que su ignorancia, como estado de total desconocimiento o de duda, *provenga de no haber llenado los requisitos que la ley prescribe para la celebración del matrimonio.* El agente tiene que haber sido voluntariamente negligente en la observancia de los deberes de su cargo en orden al cumplimiento de las averiguaciones y corroboración de los

datos previos a la celebración, reglamentariamente necesarios para formalizar el acto (p.ej., no requerir la copia de la sentencia que declara la nulidad de un matrimonio anterior o el acta de fallecimiento del cónyuge de un anterior matrimonio de los contrayentes). No se da, por tanto, tipicidad cuando el impedimento se ha desconocido por otras razones, como puede ser el engaño perpetrado por los contrayentes contra el oficial público (p.ej., presentándole copias adulteradas), aunque a la efectividad de aquél haya contribuido su propia culpa (p.ej., no poner cuidado en la lectura de la copia acompañada).

C) CELEBRACIÓN DE MATRIMONIO CON INOBSERVANCIA DE FORMALIDADES

§ 585. *EL TEXTO LEGAL.* – Según el art. 136, párr. 3º, será penado con multa de setecientos cincuenta pesos a doce mil quinientos pesos (según ley 24.286, BO, 29/12/93) “el oficial público que, fuera de los demás casos de este artículo, procediera a la celebración de un matrimonio sin haber observado todas las formalidades exigidas por la ley”.

§ 586. *FORMALIDADES CUYA OMISIÓN SE PUNE.* – La ley requiere el cumplimiento de formalidades (art. 186 y ss., Cód. Civil, según ley 23.515) de carácter constitutivo (declaración de la unión en matrimonio) y con fines registrales, por medio de las cuales se trata de evitar la celebración de matrimonios nulos o anulables. La norma penal está destinada, precisamente, a procurar que ellas se cumplan para preservar la validez de los matrimonios que se celebren.

§ 587. *CONSUMACIÓN.* – Todo lo que la tipicidad exige es que el matrimonio se celebre sin las formalidades legales (aunque se trate de una sola), siendo indiferente la consecuencia jurídica de la inobservancia. El matrimonio celebrado puede, por tanto, resultar nulo (si es que el impedimento ha sido desconocido por ambos contrayentes, pues de lo contrario se estaría en el supuesto del art. 136, párr. 2º), anulable o perfectamente válido. Aquí lo que se pune es el incumplimiento de los deberes formales que la ley pone a cargo del oficial público competente para celebrar el matrimonio.

§ 588. *CULPABILIDAD.* – Estamos, por tanto, en presencia de un particular incumplimiento de los deberes de funcionario público que absorbe, por especialidad, el abuso omisivo del art. 248 del Cód. Penal, pero que, como él, requiere también la voluntariedad de la omisión. Es, pues, un delito doloso que, cuando menos, debe fundamentarse en la aceptación, por parte del autor, de incurrir en la omisión (dolo eventual; p.ej., cuando se ha mencionado la existencia de un poder que el oficial público no ha tenido a la vista y formaliza el matrimonio aceptando que no se lo haya otorgado antes de la celebración).

V. CONSENTIMIENTO ILEGÍTIMO DEL REPRESENTANTE

§ 589. *Menor. Subsidiariedad del delito.* – El art. 137 del Cód. Penal asigna la pena del art. 136, párr. 3º, al “representante legítimo de un menor impúber que diere el consentimiento para el matrimonio del mismo”.

La finalidad de la ley es evitar la celebración de un matrimonio anulable.

En tanto que el texto del art. 137, según ley 21.338, punía al “representante legítimo de un menor que diere consentimiento para que contraiga un matrimonio anulable por razón de su edad”, el texto original ahora vigente se refiere al “representante legítimo de un menor impúber”. Recordemos que cuando la doctrina interpretaba esta última calificación, la criticaba señalando que perfectamente podía darse que la edad de impúber no coincidiese con aquella en la que no puede contraer matrimonio. Eso ocurre ahora, porque menor impúber es el menor de catorce años (art. 127, Cód. Civil) y la ley 23.515 sólo permite el casamiento a la mujer de dieciséis y al varón de dieciocho.

Se interpreta que, para la ley penal, en este art. 137 es *menor impúber* el que no tiene edad para casarse, aunque esta prohibición no coincida con la edad impúber, según la ley civil (Núñez, Soler, Oderigo).

Lo punible es, pues, dar el consentimiento para que se case un menor que por su edad y circunstancias (cuando no se dan las situa-

ciones de excepción) no puede contraer matrimonio (art. 168, Cód. Civil). Pero se trata de un delito que es relativamente subsidiario respecto de los contemplados en los arts. 134 y 135: si junto con el impedimento de edad se da algún otro que provoque la nulidad absoluta del matrimonio y el agente ha querido contribuir a su celebración, puede llegar a ser castigado como partícipe principal de ellos en los términos del art. 45 del Cód. Penal.

§ 590. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El tipo delictual se consuma cuando se otorga el consentimiento: si se lo hace por acto separado, cuando se lo completa formalmente (cierre y firma de la escritura o acta pública); si se lo da en el acto mismo del matrimonio, cuando éste puede considerarse celebrado.

Consecuentemente, en ambos supuestos, es admisible la tentativa cuando el acto de otorgamiento o de celebración del matrimonio ha comenzado y se interrumpe por causas ajenas a la voluntad del autor.

§ 591. *SUJETO ACTIVO.* – Autor sólo puede serlo el representante legal del menor: el padre, la madre, el padre y la madre adoptivos o, en defecto de ellos, el tutor o curador. No lo es el juez que concede una venia para casarse, en los casos en que medie oposición, ausencia o incapacidad de los representantes legales, que no han sido todavía reemplazados, ya que aquél no da consentimiento, sino que decide sobre un *permiso* que habilita al menor para contraer matrimonio, sin perjuicio de los delitos de orden funcional en que pueda incurrir.

§ 592. *CULPABILIDAD.* – Es un delito doloso que requiere en el agente el conocimiento de la edad del menor y de las consecuencias de la anulabilidad del matrimonio en razón de esa edad. El error sobre la edad puede excluir la culpabilidad, como también el *error iuris* respecto de esta consecuencia (ya que se trata de un error sobre norma extrapenal). Pero la simple duda no equivale a la ignorancia, sino al conocimiento, y no da pie a situaciones de inculpabilidad. El agente debe querer otorgar el consentimiento pese al conocimiento cierto o a la duda, y no parece posible otro dolo distinto del directo (contra: Núñez, que admite también el eventual).

CAPÍTULO II

SUPRESIÓN Y SUPOSICIÓN DE ESTADO CIVIL Y DE LA IDENTIDAD

§ 593. *FIGURAS QUE INTEGRAN EL CAPÍTULO.* – Los delitos de este capítulo –incluidos los referidos a la *identidad*, por la ley 24.410– pese a su limitación contemplan acciones que tornan imposible o muy dificultosa la determinación del estado civil de una persona o que le atribuyen uno que no debe tener, incidiendo sobre cualquier relación (filiación, matrimonio, adopción). Tales acciones pueden estar constituidas por falsedades documentales materiales o ideológicas (atribuyendo a una persona un estado que no tiene), o por acciones que no impliquen tales falsedades (p.ej., simular, ocultar o suprimir circunstancias que sitúan a una persona en un determinado estado).

§ 594. *EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y LA CONFLUENCIA CON FIGURAS DE FALSEDAD DOCUMENTAL.* – Es exacto que la ley protege aquí la posesión del estado civil de las personas, reservando para el título de los delitos contra la fe pública la protección de las registraciones documentales que lo acreditan. Pero la circunstancia de que las acciones sobre esos documentos son de las que se vale el autor para atacar la posesión del estado, plantea la difícil cuestión de relacionar ambos órdenes de delitos, particularmente si se considera que algunas de las figuras de falsificación prescriben mayor pena.

La cuestión no se suscita en lo concerniente al tipo del art. 139, inc. 1º, en el cual, si a la suposición de parto le sigue la falsificación ideológica de la partida de nacimiento, tendremos dos hechos distintos (aunque persigan el mismo objetivo), que sólo concurrirían materialmente; pero sí se da respecto de algunas de las acciones que pueden incluirse en los arts. 138 y 139, inc. 2º, en cuyos supuestos, para algunos, se resolvería mediante el principio de especialidad del concurso de leyes: las figuras de este capítulo absorberían las falsedades documentales (Soler) y, para otros, se produciría entre ellas un concurso ideal (Fontán Balestra) y ésta parece ser la doctrina correcta cuando el hecho de la alteración o supresión del estado civil

está constituido por la similar alteración o supresión del documento registral (contra: Núñez). Por supuesto que no fundamentalmente nos referimos a los documentos directamente destinados a acreditar el estado civil de las personas (actas de nacimiento, de reconocimiento, de matrimonio), no a los que están destinados a acreditar la identidad de las personas aunque contengan datos sobre su estado civil (cédulas de identidad, pasaportes, etc.), cuyas alteraciones quedan comprendidas exclusivamente en los tipos de falsedades con exclusión de los que pasamos a considerar.

§ 595. **LA REFORMA DE LA LEY 24.410.** – Esta ley, además de aumentar las penas y de modificar el rubro del Capítulo, introduce un nuevo delito que podemos llamar de *intermediación prohibida* y modifica los tipos de los arts. 138 y 139, inc. 2º, del Cód. Penal. No deja de ser conflictiva la primera de las modificaciones, puesto que, aparentemente, el bien jurídico protegido ya no es sólo el estado civil de la persona, sino también la *identidad*, lo cual puede plantear problemas de interpretación. Sin embargo, se advierte que los conflictos de identidad son los que proceden de la alteración del estado civil, lo cual permite mantener, en gran medida, la doctrina tradicional, salvo, quizá, con relación al art. 139, inc. 2º, del Cód. Penal, como lo veremos.

I. SUPRESIÓN Y ALTERACIÓN DEL ESTADO CIVIL

§ 596. **INTERÉS PROTEGIDO.** – Según el art. 138 del Cód. Penal se castiga con pena de prisión de uno a cuatro años “al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil de otro” (texto según ley 24.410).

La ley protege la posesión del estado civil por parte de la víctima. Es indispensable, por tanto, que la acción sea idónea para atacar ese estado civil. No constituye el delito de que hablamos, por consiguiente, la usurpación del estado civil de otro mediante la mera invocación de su identidad (hacerse pasar por él), mientras no importe privarlo de ese estado o tornarlo incierto.

§ 597. **ACCIONES TÍPICAS.** – Las acciones punibles son las de hacer incierto, alterar o suprimir el estado civil de otro. *Hace in-*

cierto el estado civil quien transforma en dudoso el que tenía la persona o constituye en un estado civil dudoso a quien no lo tenía acreditado todavía (p.ej., un mayor de diez años, cuyo nacimiento aún no ha sido registrado), lo cual puede realizarse haciendo recaer la acción sobre los documentos probatorios del estado (p.ej., eliminando alguno de los datos de la partida de nacimiento) o sobre la persona misma (p.ej., introduciéndola en un círculo familiar distinto del que le corresponde); en síntesis, se tiene que tratar de acciones que dificulten la asignación a la víctima del estado que realmente tiene. *Alterar* el estado civil es sustituir el que verdaderamente posee la persona por otro distinto, eliminando o variando un conjunto de datos (p.ej., cambiando una partida de nacimiento por otra), o alguno de los datos que sirven para determinar el estado (como pueden ser la edad o el sexo), o suprimiendo los medios de acreditación de alguno de esos datos (p.ej., destruyendo una partida de matrimonio); a diferencia de lo que ocurre en la acción anterior, que no sustituye un estado por otro, aquí la acción está destinada a cambiar el estado de la persona, asignándole otro distinto del que realmente posee. El estado civil se *suprime* cuando la acción coloca a la persona ante la imposibilidad de determinar o acreditar su estado civil (p.ej., destruyendo su partida de nacimiento), sin asignarle otro distinto (lo cual, como vimos, sería alteración): el que hace incierto el estado civil siembra dudas sobre él, dificultando su prueba o determinación; el que lo suprime, elimina la posibilidad de determinar o de demostrar ese estado.

§ 598. *CARACTERÍSTICAS DEL SUJETO PASIVO.* – Lo que se debe hacer incierto, alterar o suprimir, es el estado civil *de otro*. Las acciones enderezadas a alterar, suprimir o hacer incierto el propio estado civil no son punibles sino cuando los hechos constituyan, a la vez, falsificaciones documentales, que queden comprendidas en el art. 292 y ss. del Cód. Penal. Lógicamente, tampoco es punible como autor del delito del art. 138 el que participa en la alteración o supresión que otro realiza sobre su propio estado civil, ni el que lo hace como autor pero instigado por aquel cuyo estado se altera, suprime o se hace incierto o con su expreso consentimiento cuando puede válidamente prestarlo; todos estos casos son supuestos en los que no se altera, suprime o hace incierto el estado civil *de otro*.

El otro, como sujeto pasivo del delito, tiene que ser una persona viva mayor de diez años (si es menor de esa edad se aplica el art.

139, inc. 2º). Es verdad que se ha sostenido que “no es indispensable que al momento de producirse el delito el sujeto esté vivo”, bastando con que “lo haya estado” (Soler), pero, como ya lo hicimos notar, los muertos tuvieron estado civil pero no lo tienen, por lo que la acción no puede estar dirigida sobre ellos, lo cual *no importa* que el delito pueda cometerse sobre una persona viva haciendo recaer la acción material sobre los datos del estado civil que tuvo una persona ya fallecida (p.ej., haciendo desaparecer el acta de matrimonio de los padres premuertos de la persona viva cuyo estado civil se hace incierto o altera), lo cual es una cosa distinta.

§ 599. *ELEMENTO SUBJETIVO. MODIFICACIÓN DE LA LEY 24.410.*

El texto anterior contenía un particular elemento subjetivo, que fue descartado por la ley 24.410. Con relación a ese elemento decíamos que las acciones de hacer incierto, suprimir o alterar son típicamente punibles en cuanto el agente las haya asumido *con el propósito de causar perjuicio*.

El perjuicio que el autor se propone puede recaer sobre la misma persona cuyo estado civil se hace incierto, altera o suprime, o sobre un tercero, que puede prevalerse de las relaciones derivadas del estado civil de aquélla.

Pero tiene que tratarse de un perjuicio que trascienda de las propias acciones alteradoras o supresoras del estado civil; no es el que se determina en el ataque mismo al estado civil, sino el que se puede producir por medio de ese ataque sobre otros intereses, adquiriendo entidad autónoma, pudiendo versar sobre cualquier bien jurídico del sujeto al que se pretende perjudicar (económico, moral, privado). En este delito, la ofensa al estado civil es el medio seleccionado por el autor para perpetrar el perjuicio.

Consecuencia dogmática del particular elemento subjetivo a que nos referimos, es que las acciones realizadas con el exclusivo ánimo de beneficiar al sujeto pasivo o a un tercero, sin perjudicar a nadie (p.ej., darle una situación familiar a un expósito), aunque de ellas pueda resultar un perjuicio no comprendido en los planes del autor, quedan al margen de la tipicidad; pero sí quedan cubiertas por ellas las acciones que han tenido por objeto el perjuicio de alguien para beneficiar a otro (p.ej., darle estado de hijo a quien no lo tiene para beneficiarlo con parte de una herencia en desmedro de quien realmente tiene ese estado).

Puesto que el perjuicio figura en la descripción típica como propósito del autor, no necesita que se logre para que el delito se considere consumado.

La ley 24.410 ha eliminado este elemento subjetivo. En principio, fuere cual fuese el propósito del autor al convertir en incierto, alterar o suprimir el estado civil de una persona, queda comprendido en el tipo. Este desplazamiento influye en el aspecto de la culpabilidad, pero extenderá su influencia a otras cuestiones como pueden ser las de antijuridicidad-justificación.

§ 600. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El delito se consuma, por tanto, cuando se ha logrado hacer incierto, alterar o suprimir el estado civil, aunque sea posible reconstituir el alterado o suprimido, o determinar por otros medios el que se convirtió en incierto.

Como delito material admite tentativa: lo es el acto ejecutivo que no alcanza a lograr los resultados implícitos en las acciones típicas (p.ej., el que para tratar de suprimir una partida comienza a arrancarla del protocolo sin poder completar la acción, al ser sorprendido por un empleado del registro).

§ 601. *CULPABILIDAD.* – En el texto anterior se trataba de un delito doloso sólo compatible con el dolo directo: el elemento subjetivo del tipo que requería utilizar la acción para procurar la producción de perjuicios, rechazaba cualquier posibilidad de reconocer vigencia al dolo eventual. Evidentemente, la ley 24.410 no permite mantener esta explicación; entendemos que existe la posibilidad de un dolo eventual.

II. SUPOSICIÓN DE ESTADO CIVIL

§ 602. *CARÁCTER DE LA FIGURA.* – El art. 139, inc. 1º, del Cód. Penal castiga con prisión de dos a seis años (ley 24.410) “a la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan”.

En general, la doctrina argentina mira a esta figura como agravante de la del art. 138 (Moreno, Gómez, Díaz, Fontán Balestra,

Núñez). Sin embargo, aun cuando pueda considerarse que la acción es la de alterar el estado civil del niño que se presenta como producto de la preñez o del parto, el particular modo de comisión de aquélla y la configuración específica del eventual perjuicio que pueden sufrir los terceros que viene determinado indirectamente como propósito del agente, presentan un tipo de relativa autonomía.

§ 603. *ACCIONES TÍPICAS. EL FINGIMIENTO.* – Podemos decir que la conducta punible es la de la mujer que finge su preñez o su parto, atribuyendo a un niño el estado civil de hijo suyo que no tiene.

El fingimiento puede, pues, abarcar un amplio espectro de conductas: puede fingirse la preñez y el parto cuando no existió aquélla y presentarse un niño como su producto; puede fingirse el parto cuando realmente existió preñez que se interrumpió antes de llegar a aquél, presentando a un niño como nacido en el fingido parto; pueden haber existido realmente la preñez y el parto presentándose a un niño con vida cuando el nacido de aquél lo había sido muerto, o a un niño distinto del que verdaderamente nació en el parto (p.ej., presentar un varón cuando se parió una niña); porque la ley no se refiere aquí al fingimiento del acto fisiológico del parto, exclusivamente, sino también al fingimiento de las circunstancias de ese parto con respecto a la persona que ha nacido en él (algunos excluyen estos últimos supuestos ateniéndose a la distinción carrariana de la *suposición de parto* y la *suposición de niño*, considerando que esta última no queda abarcada por la ley argentina).

Lo que no cabe en nuestro tipo son los casos en que la preñez y el parto son reales y el niño que se presenta es el nacido de éste, aun cuando se finjan circunstancias que atañen al nacimiento (p.ej., la fecha y el lugar), sin perjuicio de que ello pueda constituir el delito previsto por el art. 139, inc. 2°.

Con lo dicho se demuestra que el delito se completa con la presentación de un niño como producto de la preñez y nacido del parto supuestos. En el momento de la ejecución del delito debe haber, pues, un niño vivo, que es *el otro* cuyo estado civil se altera; no se dan las características típicas ni en la falsa inscripción de un niño inexistente como producto de la falsa preñez y del falso parto, ni en la presentación de un muerto como nacido en esas condiciones de éste (aunque esas falsedades pueden ser medios de otros delitos).

§ 604. *ASPECTO SUBJETIVO DE LA ACCIÓN.* — La agente debe fingir para dar a su supuesto hijo derechos que no le corresponden. Pero sería exagerado exigir que aquélla haya querido actuar específicamente para perjudicar a un tercero; bastaría con que haya podido prever ese perjuicio como resultado de la constitución de los derechos en cabeza del supuesto hijo. Por supuesto que, como el tipo presupone un procedimiento engañoso, éste no puede darse cuando el verdadero titular de los derechos o de la expectativa ha prestado su conformidad, libre y conscientemente, para que la mujer realice el fingimiento (p.ej., cuando el esposo acuerda con la esposa fingir el parto y no existe otra persona que pueda reclamar los derechos que van a recaer en el supuesto hijo).

Los derechos a los que la ley se refiere son aquellos que, no correspondiendo al verdadero estado civil del niño que se ha hecho pasar como hijo, corresponden al estado civil fingido y que la agente no puede conferir por sí misma por pertenecer su titularidad a terceros (p.ej., fingimiento de la mujer de haber quedado embarazada del cónyuge premuerto para otorgar al supuesto hijo derechos en la herencia de los suegros); no se dará el delito si se trata de derechos sobre los cuales la supuesta madre tiene su disponibilidad. No tiene por qué tratarse de derechos de exclusivo carácter patrimonial, aunque alguna doctrina así lo ha entendido, pero, eso sí, tienen que ser *derechos* que importen facultades exigibles jurídicamente (p.ej., el derecho a ocupar una tumba en determinado cementerio; la facilidad concedida al hijo de los miembros de una profesión o actividad para ingresar en ella reconocida por empresas a su personal o por reglamentaciones administrativas, pese a su dudosa constitucionalidad) y que se originen, para el supuesto hijo, en su falso estado civil, pero autónomos de aquellos que son absolutamente inherentes al estado mismo (no es típica la acción que sólo persigue que el supuesto hijo lleve un determinado apellido para que éste no se extinga).

Tampoco es indispensable que el agente haya tenido en sus miras el *beneficio* del supuesto hijo al intentar que se le otorguen los derechos que no le corresponden; pudo haber tenido en vista su propio provecho o el de un tercero (p.ej., el ejercicio de un usufructo sobre los bienes que el supuesto hijo puede llegar a adquirir en virtud de la suposición). Pero no se comete el delito cuando la agente sólo ha tenido en cuenta una situación personal en la que el supuesto hijo no va a adquirir derecho alguno autónomo, fuera de los exclu-

sivamente inherentes a la constitución del falso estado (edad, sexo, apellido; como es la finalidad de casarse con un hombre, lograr que el concubino no se vaya de su lado, etcétera).

Por cuanto se trata de un elemento subjetivo, la consumación del delito no requiere que el derecho que se plantea como expectativa se concrete con la transferencia de su titularidad al supuesto hijo.

Cuando los derechos se refieran a intereses de índole patrimonial, el delito contra el estado civil puede concurrir materialmente con la estafa o su tentativa.

§ 605. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – De acuerdo con lo dicho, el delito se consuma con la presentación del niño que falsamente se atribuye como nacido del parto que es corolario de la fingida preñez. El mero fingimiento de la preñez o del parto sin la presentación de un niño vivo puede, sin embargo, llegar a constituir, en ciertos casos, una tentativa del delito.

§ 606. *SUJETO ACTIVO. PARTICIPACIÓN.* – Autor del delito sólo puede serlo la mujer que simula su preñez o parto, sin que importe su estado civil (casada, soltera, divorciada o viuda); si el autor del fingimiento es una persona distinta de la que se hace aparecer como madre, podrá ser perseguida por el art. 139, inc. 2° (o eventualmente con la grave pena del art. 139 *bis*, Cód. Penal), pero no por este inc. 1°.

Aunque el delito es compatible con cualquier especie de participación, es preciso tener en cuenta que el texto anterior del art. 139, inc. 1°, del Cód. Penal, preveía específicamente sobre la participación del “médico o partera que cooperare a la ejecución del delito”, que se castigaba con la misma pena que la correspondiente al autor, lo que ha desaparecido en el nuevo texto de la ley 24.410, con lo que la participación de estos profesionales puede quedar abarcada por la grave pena prevista por el párr. 2° del art. 139 *bis* del Cód. Penal.

§ 607. *CULPABILIDAD.* – También aquí el dolo requiere la específica dirección de la acción al resultado de hacer pasar al niño que se presenta como hijo ostentando un estado que en realidad no tiene. El elemento subjetivo típico elimina cualquier posibilidad de pensar en un dolo eventual.

III. SUPRESIÓN Y ALTERACIÓN DE IDENTIDAD DE MENORES

§ 608. *EL TEXTO LEGAL. CARÁCTER DE LA FIGURA.* – El art. 139, inc. 2º, punía a quien “por medio de exposición, de ocultación o de otro acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil de un menor de diez años”. La ley 24.410 ha trastrocado totalmente este esquema típico al castigar con pena de dos a seis años “al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere la identidad de un menor de diez años, y el que lo retuviere u ocultare”.

Ya no podemos sostener lo que se exponía sobre el texto anterior en cuanto “agravante” del delito previsto por el art. 138 del Cód. Penal, puesto que ahora estamos, en realidad, ante un nuevo delito, que se traduce en el ataque contra un bien jurídico más amplio que el del estado civil: la identidad del menor de diez años. Si en el tipo anterior resultaba necesario afectar el estado civil del sujeto pasivo, ello no será ahora estrictamente indispensable: se puede alterar la identidad del menor sin afectar su estado civil (p.ej., cambiándole el nombre o la edad).

§ 609. *ACCIONES TÍPICAS.* – El tipo actual se refiere a “un acto cualquiera” (sin las especificaciones ejemplificativas que traía el texto anterior: exposición y ocultación del menor). Se puede tratar de cualquier acto idóneo para producir el resultado típico, que puede recaer sobre la persona del menor o sobre los documentos que acreditan su identidad.

§ 610. *LA RETENCIÓN U OCULTACIÓN DEL MENOR.* – En el tipo anterior, la exposición u ocultación del menor estaban claramente enunciadas como otros tantos actos destinados a afectar su estado civil. En el texto actual no es fácil sostenerlo respecto de la retención u ocultación del menor, que por una viciosa construcción del texto aparecerían como delitos autónomos, lo cual plantearía una compleja incongruencia con el texto del art. 146 del Cód. Penal. La única manera de solucionarla es reconstruyendo la norma del art. 139, inc. 2º, del Cód. Penal, dentro del cuadro del rubro, según lo cual la

retención u ocultación del menor tienen que estar dirigidas a introducir incertidumbre, alterar o suprimir la identidad de aquél. La retención u ocultación que no esté inspirada en esa dirección quedará, en principio, comprendida en el art. 146, como delito contra la libertad con la gravísima pena ahora prevista.

§ 611. *CONTENIDO DE LOS ACTOS DE RETENCIÓN Y OCULTACIÓN.* – Retiene el menor quien teniéndolo *por otro*, a raíz de circunstancias de hecho o jurídicas, no lo entrega a quien debe cuando lo tiene que hacer. Lo oculta quien disimula la existencia del menor (Núñez) con la finalidad de convertir en incierta, alterar o suprimir su identidad, por lo que no es imprescindible “hacerlo desaparecer” (Cuello Calón), siendo suficiente con que se impida que su existencia sea conocida por quienes pueden determinar su verdadera identidad. Pero en estas hipótesis es la persona física del menor la que se debe retener u ocultar. No basta con disimular su existencia jurídica (p.ej., no registrando su nacimiento), sin perjuicio que ello signifique un medio típico comprendido en “un acto cualquiera”.

§ 612. *CULPABILIDAD. PARTICIPACIÓN.* – Atento a la modificación por la ley 24.410 al art. 138 del Cód. Penal se ha convertido en ocioso debatir sobre el problema que planteaba la eventual extensión al tipo examinado del elemento subjetivo (*propósito de causar perjuicio*) que ahora ha desaparecido, pero, conforme lo hemos advertido, las conductas tienen que estar dirigidas a afectar la identidad del menor, lo cual circunscribe la dirección del dolo, dificultando la admisión simple y llana de un dolo eventual.

Aunque en general pueden mantenerse los esquemas comunes respecto de la participación, será preciso tener presente las particularidades que en este aspecto introduce el nuevo art. 139 *bis* del Cód. Penal, como veremos a continuación.

IV. INTERMEDIACIÓN PROHIBIDA

§ 613. *UN NUEVO DELITO.* – La ley 24.410 introdujo un nuevo artículo, el 139 *bis*, que estatuye: “Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, el que facilitare, promoviere o de cual-

quier modo intermediare en la perpetración de los delitos comprendidos en este capítulo, haya mediado o no precio o promesa remuneratoria o ejercido amenaza o abuso de autoridad.

Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este capítulo”.

§ 614. **FORMAS AUTÓNOMAS DE PARTICIPACIÓN.** – El párr. 1º del nuevo art. 139 *bis* del Cód. Penal está puniendo, al menos en parte, formas de participación en los delitos previstos en los arts. 138 y 139 del Cód. Penal (no se extiende a los del Capítulo I del Título), pero las autonomiza atribuyéndoles carácter de delitos propios con pena superior a la del autor de esos otros delitos. Tal cosa ocurre con el *facilitamiento* y la *intermediación*. *Facilita*, quien proporciona medios, de cualquier naturaleza, para que el o los autores asuman las acciones propias de aquellos delitos, o quien, mediante omisiones de la actividad a que está obligado, permite las respectivas acciones. *Intermedia*, quien pone en contacto a los sujetos activos de esos delitos.

§ 615. **PROMOCIÓN.** – No se puede decir exactamente lo mismo de la *promoción* prevista por el art. 139 *bis* del Cód. Penal, puesto que normalmente se tratará de una conducta previa a las acciones constitutivas de los delitos de los arts. 138 y 139. Cuando la ley habla de *promoción* no se refiere a la *difusión* de medios posibles para perpetrar los delitos, sino a la organización de esos medios para que puedan ser perpetrados. No se trata de una mera *intermediación* entre los sujetos que pueden ser sus autores, sino de poner a su disposición aquellos medios, ya preparados para la perpetración. Con lo cual habrá que discutir si no puede pensarse en una consumación del delito de *promoción*, aunque no se den las conductas de los arts. 138 y 139 del Cód. Penal.

§ 616. **MODALIDADES ESPECIALES.** – El texto del art. 139 *bis*, párr. 1º, del Cód. Penal, aclara que la punibilidad del *facilitamiento*, *promoción* o *intermediación* se dará “haya mediado o no precio o promesa remuneratoria o ejercido amenaza o abuso de autoridad”. La verdadera consecuencia dogmática de esta conflictiva *aclara-*

ción de la ley (no dejando de atender, además, a la importancia de la pena), atañe al concurso aparente de delitos: la mediación de amenazas o abuso de autoridad no originarán un concurso ideal, sino que el tipo del art. 139 *bis*, párr. 1º, absorberá, por especialidad, a los tipos de delitos que prevean esos medios comisivos.

La pena prevista en el párr. 2º del art. 139 *bis* asume toda su importancia en punto a la participación de funcionarios y profesionales, conforme lo explicamos en el § 606.

TÍTULO V

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

§ 617. *LA LIBERTAD COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.* – Si bien la libertad del individuo es un presupuesto de cualquier delito, ya que toda ilicitud penal se funda en la pretensión de que no se amen-güen abusiva o arbitrariamente los medios que le permiten desarrollar su actividad a cubierto de la indebida intromisión de terceros, hay hechos en los que la libertad aparece como el interés preponde-rante que es objeto de la protección legal, y su ofensa se muestra entonces autónoma con respecto a la de otros intereses a los que también puede referirse la libertad. Y son precisamente esos su-puestos los que en la evolución –relativamente moderna– del dere-cho penal han ido formando el grupo integrado por los delitos que a continuación veremos.

§ 618. *MANIFESTACIONES DE LA LIBERTAD PROTEGIDAS.* – La li-bertad se protege aquí en un doble aspecto: en su manifestación de libre actividad de la persona para decidir lo que quiere hacer y para hacer lo que ha decidido, y en su manifestación de la reserva de una zona de intimidad de la que el individuo tiene derecho a excluir toda intromisión de terceros (domicilio, esfera de lo secreto).

Los distintos tipos se nuclean en derredor de esas dos manifes-taciones de la libertad personal y, en general, a esa distinción res-ponde –con mayor o menor rigor– el contenido de los distintos ca-pítulos que integran el Título V.

§ 619. *LA LEY 23.592 DE ACTOS DISCRIMINATORIOS Y LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD.* – Desde luego que, como lo hemos advertido (§ 74), las circunstancias calificatorias enunciadas en el art. 2° de la

ley 23.592 se aplican a cualquiera de los delitos contenidos en el Título, en cuanto agravante genérica, pero puede incidir en otros aspectos de ciertos delitos específicos.

En primer lugar, debemos descartar que la mediación del *odio religioso* –mencionado por el art. 2°– venga a sustituir los *finés religiosos* del inc. 1° del art. 142 (o viceversa); los fines religiosos pueden estar inspirados no solamente por el *odio*, sino por otras circunstancias relacionadas con la religión. Pero si no se descarta que ello pueda ocurrir (que los *finés religiosos* sean los inspirados por el *odio religioso*) es indudable que la solución no sería distinta: se aplicaría la pena del tipo específico calificado del art. 142, inc. 1°, y no la del art. 141, aumentada en los términos del art. 2° de la ley 23.592.

Pero donde los conflictos de interpretación pueden ser más agudos, por las valoraciones eventualmente contradictorias que intervendrán en la de las normas en casos particulares, es en la aplicación de los delitos previstos por el art. 3° de la ley 23.592 en relación al delito establecido por el art. 161 del Cód. Penal. En tanto que aquel art. 3° pune “a los que participaren en una organización o realizaren propaganda basadas en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma” y “a quienes por cualquier medio alentaren o incitaren a la persecución o el odio contra una persona o grupo de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas”.

El mencionado art. 161 reprime a quien “estorbare la libre circulación de un libro o periódico”. El tema lo trataremos específicamente al referirnos a esta última norma (ver § 927 y siguientes).

§ 620. **CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS.** – La ley 24.820 ha elevado esta Convención a jerarquía constitucional. Sin perjuicio de que, eventualmente, la ley nacional consagre el tipo particular de su art. II, una serie de sus normas (sobre jurisdicción, prescripción, extradición, etc.) podrán modificar la legislación nacional en cuanto a delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos y que se pueden presentar en las circunstancias del citado art. II.

CAPÍTULO I

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL

§ 621. *DELITOS COMPRENDIDOS.* – Se reúnen en este capítulo delitos que atacan la libertad de determinación del hombre, la libertad de su actividad material, el abuso de las acciones de los funcionarios públicos con competencia para restringir la libertad de las personas y la libre disposición de los menores por parte de quienes tienen derecho a disponer de ellos, aunque en este último grupo se plantean problemas para encuadrarlos en este título.

I. REDUCCIÓN A SERVIDUMBRE O CONDICIÓN ANÁLOGA

§ 622. *EL TEXTO LEGAL. TIPOS CONTEMPLADOS.* – El art. 140 del Cód. Penal reprime con reclusión o prisión de tres a quince años, al que “redujere a una persona a servidumbre o a otra condición análoga” y al que “la recibiere en tal condición para mantenerla en ella”.

Prácticamente, son dos tipos diferentes los que están contenidos en el artículo: el de reducción de una persona a servidumbre o condición análoga, y el de recepción de una persona que ya esté en esas condiciones para mantenerla en ellas.

§ 623. *QUÉ SE ENTIENDE POR “REDUCCIÓN A SERVIDUMBRE O CONDICIÓN ANÁLOGA”.* – La reducción a servidumbre o condición análoga no es un ataque contra la libertad personal ambulatoria o de movimientos, por lo cual el tipo puede reconocerse aun en los casos en que sigue subsistiendo el poder físico del ofendido para trasladarse o realizar actividades físicas. Tampoco implica, necesariamente, la abducción del sujeto pasivo, es decir, que sea él llevado a un lugar distinto de aquel en que se lo toma: la reducción a servidumbre puede existir con la presencia de la víctima en el lugar habitual donde se encontraba antes de ella. El delito es el de cambiar la condición de hombre libre por la de siervo; es el *plagio* del derecho romano (aunque más adelante se formó un concepto muy distinto de él).

Se nota en la doctrina cierta disparidad de criterios para conceptualizar la relación de servidumbre entre un sujeto activo y uno pasivo (el reducido a condición de siervo). Algunos ponen el acento en la idea de un total sometimiento de un individuo a la voluntad de otro, de cuyo arbitrio depende, sin poder ejercer para nada el propio (p.ej., Soler). Otros ven esa relación como modalidad abusiva de la relación de servicio: el sujeto pasivo es sometido a trabajos o servicios propios de siervos (Núñez). Ambos criterios coinciden en que la servidumbre constituye un estado en el que el sujeto activo dispone de la persona del sujeto pasivo como si fuese su propiedad, reduciéndolo prácticamente a condición de cosa, sin otorgarle contraprestación alguna por los servicios que de él recibe, y sin cualquier otro condicionamiento en el ejercicio de su poder; hay una completa subordinación de la voluntad del sujeto pasivo a la del activo, aunque se le permita a aquél desplegar su arbitrio libremente en reducidos sectores de actividad (p.ej., trasladarse de un punto a otro, adquirir bienes de consumo), en los que el sujeto activo voluntariamente no quiere ejercer su dominio.

La cuestión, pues, sobre la que se establece el debate, es la de aclarar si la reducción a servidumbre requiere siempre una relación de *servicio*. En su concepto actual puede haber formas de servidumbre que no impliquen la prestación de servicios personales en sentido tradicional, pero tiene que reconocerse que su concepto está informado por la noción de servicio, aunque se trate de uno de carácter estrictamente pasivo (p.ej., el de la mujer que el hombre rico y poderoso tiene reducida a servidumbre, cuyo servicio es el de exhibirse como un adorno más de la morada).

La servidumbre es, entre nosotros, una situación de hecho. Es incorrecto asimilarla a la reducción a esclavitud (el mismo legislador al comentar su ley lo confundió), que es una situación jurídica que aún podría existir aunque no se diera entre el dueño y el esclavo una situación de servidumbre tal como la hemos descrito (p.ej., que se le permitiera al esclavo una libertad personal incompatible con la servidumbre). Y es precisamente a esa situación jurídica de esclavitud a la que se refiere el art. 15 de la Const. nacional ("Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice") que, como se ve, describe una tipicidad distinta de la del art. 140.

§ 624. *INFLUENCIA DOGMÁTICA DEL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA.* – Puesto que tratamos de un delito contra la libertad, quedan excluidos de la tipicidad los casos en que la situación de servidumbre no ha sido impuesta por el agente a la víctima, sino que procede de una convención libremente asumida, por más abusiva que sea la relación de servicio para una de las partes. Por supuesto que el consentimiento libremente prestado es aquel en que el sujeto es capaz de comprender y haya comprendido efectivamente (sin ser afectado por error) el carácter de los servicios que prestará y las condiciones en que los va a cumplir.

Parte de la doctrina, sin embargo, ha considerado que si bien en otras formas de ataques a la libertad previstas en este título el consentimiento de la víctima tiene plena eficacia para excluir la punibilidad, no la tiene en este delito, “porque la previsión legal no selecciona medios... de modo que la tutela legal se realiza aun prescindiendo de la voluntad del interesado” (Fontán Balestra); criterio inexacto, pues, a diferencia de lo que puede ocurrir en otros delitos, aquí la expresión del consentimiento es, precisamente, la demostración de la incolumidad de la libertad (lo que no ocurriría si lo que estuviese en juego fuese una condición jurídica, como sería si se tratara de admitir la reducción al estado de esclavo, en que, atacándose principios constitucionales fundamentales de nuestro orden público, ninguna vigencia tendría el consentimiento, como ocurre en el tipo del art. 15, Const. nacional, al que nos hemos referido).

§ 625. *REDUCCIÓN A CONDICIÓN ANÁLOGA A LA SERVIDUMBRE.* – También vimos que se comete delito reduciendo a la persona a una condición análoga a la de servidumbre. La doctrina no ha elaborado con precisión el concepto de lo que se entiende por condición análoga; por lo común se traen ejemplos, muchos de los cuales no son sino casos de verdadera servidumbre (p.ej., el de la mujer internada en un prostíbulo). Podemos decir que condición análoga es toda aquella en la que la víctima, sin servir al agente, se encuentra sometida a él con la misma intensidad que en la servidumbre; por ejemplo, el mantenimiento en un estado de abyección, siendo tratada como bestia (Núñez); el caso del niño al que se hizo vivir largos meses en una conejera, alimentado con las mismas sobras que se les arrojaban a los conejos, sin suministrarle ropa ni abrigo, etcétera.

§ 626. **CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.** – Es delito permanente, de resultado material, que se consuma cuando efectivamente se ha logrado reducir a la persona a servidumbre o condición análoga y que, como tal, admite la tentativa.

§ 627. **RECEPCIÓN DE PERSONA PARA MANTENERLA EN SERVIDUMBRE O CONDICIÓN ANÁLOGA.** – El otro tipo que se enuncia en el artículo es el de *recibir a una persona en tal condición para mantenerla en ella*. El delito requiere, pues, como presupuesto, que se haya cometido el delito anterior y que sus efectos no hayan cesado: el sujeto pasivo tiene que estar ya reducido a servidumbre o condición análoga en el momento de la recepción.

Recibe el que toma la persona de manos del agente que la ha reducido a servidumbre o condición análoga, o de un tercero (partícipe o no en el delito de aquél), entrando en su tenencia, cualquiera que sea el motivo de la transferencia (compra, donación) y el modo como se la haya realizado (voluntaria o involuntariamente de parte de quien tenía al reducido), sea que aquélla la ejerza directa o indirectamente (p.ej., habiéndose depositado a la víctima en determinado lugar, a su disposición).

§ 628. **ELEMENTO SUBJETIVO.** – En este tipo, el sujeto pasivo tiene que actuar con una específica intención al tomar a la víctima: recibirla en la condición en que se encuentra para *mantenerla en ella*. Si la recepción está motivada por otro designio (p.ej., liberarla), no se da el delito por ausencia del elemento subjetivo.

§ 629. **CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.** – El delito se consuma cuando el agente entra en la tenencia de la víctima reducida a servidumbre o condición análoga; no es suficiente haber adquirido el “derecho” a tenerla (p.ej., por haber pagado un precio); este acto –que podría quedar comprendido en el art. 15 de la Const. nacional, si se diese su tipicidad–, respecto del art. 140 no es más que un acto preparatorio. La tentativa, que es admisible, tiene que referirse a los actos concretos de transferencia de la tenencia de la persona que no se logra completar (p.ej., estar recibiendo la persona).

§ 630. **CULPABILIDAD DE AMBOS TIPOS.** – La culpabilidad, tanto en esta última hipótesis como en la del primer tipo, sólo es compatible con el dolo directo.

II. PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE LIBERTAD

§ 631. *LOS ATAQUES A LA LIBERTAD FÍSICA.* – Si los tipos anteriores eran compatibles con cierto grado de libertad física del individuo, los que a continuación vamos a ver constituyen ataques directamente dirigidos contra esa manifestación de la libertad.

A) FIGURA BÁSICA

§ 632. *EL TEXTO LEGAL. PRESERVACIÓN DE LA LIBERTAD CORPORAL.* – El art. 141 del Cód. Penal reprime con reclusión o prisión de seis meses a tres años al que “ilegalmente privare a otro de su libertad personal”.

La libertad mentada por la norma tiene un sentido corporal. Es el menoscabo de la libertad corporal lo que constituye el fundamento de la punibilidad; lo cual no implica necesariamente ni la inmovilidad en el espacio (p.ej., el que es privado de libertad dentro de un vehículo en movimiento), ni la abducción, quitando a la persona del lugar de donde se la toma (p.ej., dejar a la víctima encerrada en su domicilio), ni el encerramiento. Aunque todos esos procedimientos pueden concretar una privación de libertad, para ésta es suficiente que se restrinja cualquier libertad del movimiento, aunque quede a disposición de la víctima cierto grado de libertad ambulatoria (p.ej., impedirle el movimiento de los brazos, pero no el de las piernas). La anulación de cualquier manifestación de la libertad corporal queda, pues, comprendida en el tipo. Éste se da tanto cuando el agente impide a la víctima desarrollar libremente su actividad corporal (p.ej., salir de un determinado lugar), como cuando le impone una determinada actividad corporal (p.ej., que vaya en determinado sentido o a un determinado lugar); o sea, son típicos tanto los impedimentos a los movimientos como la imposición de movimientos.

§ 633. *ELEMENTO NORMATIVO: LA ILEGALIDAD.* – Destácase en el tipo el elemento normativo de la ilegalidad de la privación de libertad. Objetivamente requiere que la privación resulte verdaderamente un ataque a la libertad por no mediar el consentimiento del sujeto pasivo a restringir sus movimientos y tratarse de una imposición no

justificada dentro de los parámetros de las causas generales de justificación, al darse las situaciones de hecho o de derecho que condicionan su existencia, o porque, existiendo ellas, el agente priva de la libertad de modo abusivo: más allá de la necesidad justificada o por medio de procedimientos prohibidos por la ley (como ocurre en el caso de la autoridad marital, cuando el marido priva a la esposa de su libertad personal obligándola a convivir con él, sin recurrir judicialmente para lograrlo). Subjetivamente, como veremos, es necesario el conocimiento del carácter abusivo de la privación de la libertad de la víctima por parte del agente y la voluntad de restringirla en esa calidad.

§ 634. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – Es un delito material que se consuma cuando el impedimento físico a la libre actividad corporal de la víctima se ha producido con suficiente significación (Núñez) para mostrar la dirección de la acción del sujeto en cuanto ataque a la libertad (no lo sería el simple empujón para apartar a una persona de un lugar, detener sus manos fugazmente para impedirle tomar una cosa, etcétera). La consumación puede realizarse mediante omisión, cuando el agente no hace cesar la situación de privación de libertad preexistente en que se encuentra la víctima por obra de un tercero, o cuando no hace cesar la que habiendo sido legítima se convirtió en ilegítima, teniendo la obligación de hacerlo. Es delito permanente –la acción se prolonga mientras no cesa la privación de libertad– que admite tentativa.

§ 635. *SUJETO PASIVO. EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA.* – El consentimiento de la víctima que sea una respuesta de su libre determinación, prestado, por tanto, sin coacción ni error, elimina el tipo, como adelantamos. No es imprescindible que se trate de un consentimiento otorgado por una persona con capacidad civil o penalmente imputable; basta que pueda comprender el alcance material del acto (sin perjuicio de que el hecho quede cubierto por otros tipos de este mismo capítulo).

Con ello se ve que sujeto pasivo no puede ser cualquier persona, sino que tiene que tratarse de una persona con capacidad para determinarse con libertad, es decir, con posibilidades de formar y expresar su voluntad. No puede serlo el niño de escasa edad, ni quien en el momento del hecho está inconsciente, si es que la pri-

vacación ilegítima de libertad no se prolonga más allá del lapso de inconsciencia (p.ej., atar a una persona mientras duerme); por supuesto que no es éste el caso del que priva de conciencia a una persona consciente para después quitarle la libertad, pues entonces la acción punible se desarrolla a partir del momento en que la víctima puede expresar válidamente su voluntad.

§ 636. *CONFLUENCIA DE FIGURAS.* – Las privaciones de libertad que no se autonomizan de los delitos en que se las utiliza como medio indispensable para cometerlos, quedan, sin duda, absorbidas por ellos (p.ej., inmovilizar a la víctima para violarla). También, por supuesto, se descarta la figura que venimos estudiando por razones de especialidad, cuando la privación de libertad es un elemento típico contemplado en otras figuras (p.ej., el rapto, el secuestro extorsivo).

§ 637. *CULPABILIDAD.* – El dolo exige, fundamentalmente, el conocimiento de la ilegalidad de la privación de libertad y la voluntad de asumir la acción en cuanto arbitraria; obrar “con la conciencia de que su conducta es sustancial y formalmente arbitraria” (Núñez), esto es, que actúa sin derecho para privar de la libertad o que lo hace de un modo no autorizado por la ley. El error sobre la legalidad (normalmente se tratará de un *error iuris*) puede excluir la culpabilidad.

B) FIGURAS AGRAVADAS

§ 638. *CLASIFICACIÓN.* – Las figuras agravadas de privación ilegítima de libertad se tipifican en los arts. 142 y 142 bis. Hemos preferido agruparlas según las razones de ser de las agravaciones, distinguiendo: las que agravan por la calidad del sujeto pasivo, las que agravan por los resultados de la acción del agente, y las que lo hacen por sus motivaciones y finalidades.

1) AGRAVANTES POR EL MODO DE COMISIÓN

a) UTILIZACIÓN DE VIOLENCIAS O AMENAZAS

§ 639. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 142, inc. 1º, del Cód. Penal castiga con reclusión o prisión de dos a seis años al que privare a

otro de su libertad personal, cuando “el hecho se cometiere con violencias o amenazas”.

§ 640. *VIOLENCIAS Y AMENAZAS.* – La privación ilegítima de libertad se logra ejerciendo *violencias* sobre el cuerpo de la víctima o sobre los terceros que tratan de impedir o pueden impedir el hecho, sea por una energía física o por un medio equiparado (hipnosis o narcóticos), pero no es suficiente la energía física *indirecta* que se ejerza sin contacto físico (p.ej., encerrando a la víctima); así como también *amenazando* a cualquiera de los sujetos mencionados, anunciándole un mal que puede provenir de la actividad del agente o de un tercero a instancias de aquél.

§ 641. *CONFLUENCIA DE FIGURAS. LESIONES PRODUCIDAS EN EL DESARROLLO DE LA VIOLENCIA.* – Cuando el hecho se perpetra por medio de violencia, si ésta produce lesiones, para algunos en ningún caso quedan absorbidas por el tipo agravado de privación ilegítima de libertad, ya que, se dice, la referencia del art. 142, inc. 3º, al *grave daño a la persona o a la salud* hace mención a las lesiones que se producen como consecuencia de la misma privación de libertad y no a las que provienen del modo como se perpetró el hecho para consumar la privación, lo cual demuestra que cualquier tipo de lesión –incluso las leves– concurren materialmente con la privación de libertad (Núñez, aunque más adelante sostuvo la otra tesis). Para otros, por el contrario, las lesiones leves “necesariamente presupuestas por la figura” quedan absorbidas por la que estamos viendo (Soler). Ninguna duda cabe de que, en ciertos casos, la aplicación de la violencia implica, en forma prácticamente inevitable, cierto tipo de lesiones sin las cuales no se la podría ejercer (p.ej., atar o colocar esposas que producen normalmente equimosis); en ellos no parece dudoso que la figura agravada estudiada absorbe esas lesiones.

§ 642. *AMPLITUD DE LA FIGURA AGRAVADA.* – La extensión de los conceptos de violencias y amenazas como modos comisivos deja en la figura básica los casos en que la libertad de la víctima se ataca a través del engaño que la hace errar sobre el carácter del consentimiento que presta para el acto (salvo que el engaño esté constituido por una simulación de autoridad), o por medios que no presuponen un contacto físico (personal o instrumental) del agente con la vícti-

ma o con terceros que se oponen o pueden oponerse a su acción (el caso del encerramiento que mencionamos).

§ 643. *OPORTUNIDAD DE LA AMENAZA Y LA VIOLENCIA.* – La amenaza y la violencia pueden ejercerse tanto para iniciar la privación de libertad, como en cualquier etapa de la permanencia de la acción, si van destinadas a mantenerla.

b) SIMULACIÓN DE AUTORIDAD

§ 644. *EL TEXTO LEGAL.* – Según el art. 142, inc. 4º, del Cód. Penal, la misma pena que en el caso anterior se impone al que cometiere el hecho “simulando autoridad pública u orden de autoridad pública”.

§ 645. *CONTENIDO DE LA SIMULACIÓN.* – Señálase que la autoridad pública que se tiene que simular es la que está dotada de poder para privar de la libertad a las personas (policía, juez). No se daría la agravante cuando la simulación lo fuera de una autoridad que careciera de tal potestad, aunque la víctima haya tenido en cuenta la simulación para prestarse a la acción del agente.

La orden simulada debe, también, referirse a la privación de la libertad; tiene que imitar la comunicación de la disposición de la autoridad competente que imparte la orden de privación.

§ 646. *SUSCITAMIENTO DE ERROR EN LA VÍCTIMA.* – Para que se dé la agravante, la víctima debe haber consentido en la acción del agente en virtud del error creado en ella por el fingimiento de aquél. Si la víctima conoce que se trata de un fingimiento (p.ej., consiente ante el temor de que el agente emplee medios violentos en sustitución de los engañosos si advierte su fracaso), el hecho quedaría comprendido en la figura básica (no hay aquí, por supuesto, un consentimiento válido que excluya la punibilidad).

§ 647. *CONFLUENCIA DE FIGURAS: USURPACIÓN DE AUTORIDAD.* – Para algunos, la simulación de autoridad constituiría el delito de usurpación de autoridad del art. 246, inc. 1º, del Cód. Penal, que quedaría absorbido por esta privación ilegítima de libertad agravada. Pero recuérdese que aquel delito no requiere un *fingimiento*, sino

asumir o ejercer efectivamente las funciones, por lo cual, en principio, funcionaría él en concurso real con la figura básica de la privación ilegítima de libertad, si es que verdaderamente se da su tipicidad.

c) DURACIÓN DE LA PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE LIBERTAD

§ 648. *EL TEXTO LEGAL. UBICACIÓN DE LA AGRAVANTE.* – Con la misma pena que en el supuesto anterior, según el art. 143, inc. 5º, del Cód. Penal, se pune al agente “si la privación de la libertad durare más de un mes”.

Colocamos en este lugar la agravante porque, al fin, trátase del modo como se logra la permanencia de la acción.

§ 649. *CÓMPUTO DEL TIEMPO.* – El plazo de un mes se cuenta, según lo que dispone el Código Civil (arts. 25 y 26; art. 77, párr. 2º, Cód. Penal).

La privación de libertad tiene que pasar del mes, cualquiera que sea el lapso que trascienda de ese tiempo. La privación de libertad que duró exactamente un mes, sin superarlo, no sale de la figura básica.

2) AGRAVANTES POR EL SUJETO PASIVO

§ 650. *EL TEXTO LEGAL. FUNDAMENTO DE LA AGRAVANTE.* – El art. 142, inc. 2º, del Cód. Penal sanciona también con pena de reclusión o prisión de dos a seis años al agente que cometiera el hecho “en la persona de un ascendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien se deba respeto particular”.

Se indica que el agravamiento no se funda aquí en el vínculo de sangre (si fuese así comprendería a los descendientes), sino en la existencia de un especial deber de respeto que el sujeto pasivo tiene que observar con la víctima según surge, por otra parte, de la expresión final de la norma.

§ 651. *EL DEBER DE RESPETO.* – Lo impone específicamente la ley en los casos de parentesco: con los ascendientes por el vínculo de consanguinidad, lo cual ocurre también con los hermanos –que pueden ser bilaterales o unilaterales–; con respecto al cónyuge el deber se origina en el vínculo conyugal válido, mientras subsista.

En los demás casos la existencia del deber surge de la particular relación del agente con la víctima (tutor, maestro, etc.), pero no de la calidad de ella que puede imponer un respeto general a cualquier persona por su estado o dignidad (p.ej., cuando la víctima es un religioso); si no se da la relación particular de respeto a que antes hemos aludido, la circunstancia de que la víctima posea alguna calidad determinada no quita el hecho de la figura básica.

3) AGRAVANTES POR LOS RESULTADOS

§ 652. *RESULTADOS COMPRENDIDOS.* – De tres órdenes son los resultados que la ley toma en cuenta para agravar la privación ilegítima de libertad: la causación de graves daños, la causación de lesiones gravísimas y la causación de la muerte.

a) CAUSACIÓN DE GRAVES DAÑOS

§ 653. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 142, inc. 3°, del Cód. Penal asigna asimismo una pena de reclusión o prisión de dos a seis años “si resultare grave daño a la persona, a la salud o a los negocios del ofendido, siempre que el hecho no importare otro delito por el cual la ley imponga pena mayor”.

§ 654. *LA CAUSACIÓN DEL DAÑO.* – El daño debe *resultar* de la privación de libertad, o sea, de la reducción misma de la actividad física del agente. Ello tiene una doble consecuencia: por un lado no quedan comprendidos los daños graves que se hayan producido a consecuencia de la actividad desplegada por el agente *para* privar de la libertad a la víctima, que, como vimos, si constituye delito de lesiones, operan en concurso con la privación de libertad; por otra parte, cualquier lesión –inclusive la culposa– debida a la conducta autónoma del agente, aun perpetrada durante la permanencia de la privación, es decir, que no haya sido originada por ella misma (p.ej., golpes infligidos para hacer que cesen las recriminaciones de la víctima, lesiones culposas causadas por la administración de un sedante para asegurar la inmovilidad), también opera en concurso real con la figura básica.

§ 655. *CALIDAD DEL DAÑO: GRAVEDAD. EXTENSIÓN.* – El daño tiene que ser *grave*. Esto es, tiene que revestir importancia respec-

to del bien jurídico vulnerado, dependiendo la gravedad, en cada caso, de las circunstancias en que se lo produce y de su entidad con relación a ellas. Pero cuando recae sobre la *salud*, no quedan necesariamente excluidas las lesiones que podrían tipificarse por el art. 89 del Cód. Penal, ya que puede tratarse de un daño grave que no supere los topes establecidos por esa norma (incapacidad para el trabajo que dura exactamente un mes, debilitación prolongada, pero transitoria, de un sentido, etc.); por supuesto que quedan incluidos los daños tipificables por los arts. 90 y 91 del Cód. Penal.

El daño recae sobre la *persona* cuando afecta bienes jurídicos inherentes a la personalidad, pero distintos de la libertad misma (p.ej., el honor, o su honestidad, mientras no se cometan sobre la víctima específicos delitos relativos al sexo, por las circunstancias del hecho o el lugar en que permanece privada de libertad, como sería el caso de la mujer honesta encerrada en un prostíbulo).

El daño recae sobre los *negocios* del ofendido cuando la privación de libertad afecta su ocupación, empleo o trabajo, produciéndole detrimentos económicos, sea por daños emergentes de la privación misma, como de ganancias que ha dejado de percibir a causa de la inactividad a que se ha visto forzado.

b) CAUSACIÓN DE LESIONES GRAVÍSIMAS

§ 656. *DEROGACIÓN DE LA AGRAVANTE ESPECÍFICA.* – En cuanto a las lesiones gravísimas inferidas con motivo o en ocasión del hecho de privación ilegítima de libertad, la ley 21.338 las preveía como circunstancia agravatoria en dos lugares: en el art. 142 *bis* y en el art. 142 *ter*, parte 2ª; aunque el texto actual no las menciona expresamente, esos hechos van a parar a la norma del párr. 3º del art. 142 vigente.

c) CAUSACIÓN DE MUERTE

§ 657. *EL TEXTO LEGAL.* – Por el art. 142 *bis*, párr. 3º, del Cód. Penal se dispone pena de prisión o reclusión perpetua para el que privare a otro de su libertad personal “si resultare la muerte de la persona ofendida”.

§ 658. *CAUSACIÓN DE LA MUERTE. SUPUESTOS COMPRENDIDOS.* La agravante tiene características similares a las del tipo anterior:

se refiere tanto a la muerte que sea resultado de la privación misma de la libertad, como a la que cause la actividad desplegada para privar de libertad a la víctima, aunque este delito quede en tentativa.

En el párr. 3º, la agravante reside en la causación de la muerte del ofendido. La ley 21.338 la preveía en el art. 142 *ter* (ahora derogado) imponiendo pena de muerte o de reclusión perpetua “al que privare a otro de su libertad personal si con motivo u ocasión del hecho se causare la muerte a la víctima”. No obstante la distinta redacción no existen las diferencias dogmáticas. Evidentemente caben aquí las causaciones culposas cuanto las dolosas y, en estas últimas, aun las preordenadas, puesto que de lo contrario en ciertos casos se daría una inaceptable incongruencia de penas. Claro está que, como taxativamente lo expresa la ley, la muerte debe recaer sobre la víctima de la privación ilegítima de la libertad; si recae sobre un tercero, en ocasión del hecho, el homicidio operará en concurso con la privación de libertad (las dos figuras en sus formas simples o agravadas, según sea el caso y el homicidio aun en su forma culposa).

Aparentemente, dada su inclusión en el art. 142 *bis*, parecería que el resultado de muerte sólo agravase el hecho previsto en el del párr. 1º de dicho artículo; sin embargo, atendiendo a las penas y a la naturaleza del hecho, la muerte aparece como circunstancia agravante del delito de privación de libertad del art. 141 del Cód. Penal.

4) AGRAVANTES POR LAS MOTIVACIONES Y FINALIDADES

§ 659. *CARACTERÍSTICAS DE LAS AGRAVANTES.* – Finalmente, la ley agrava la privación ilegítima de libertad por las particularidades de los motivos que han influido sobre la determinación del agente o de las finalidades en cuya procura comete el delito. Todas estas agravantes tienen un carácter subjetivo: basta que los motivos estén presentes en el ánimo del autor (Núñez), aunque no se concreten las finalidades.

a) FINES RELIGIOSOS O DE VENGANZA

§ 660. *EL TEXTO LEGAL. FUNDAMENTO DE LA AGRAVANTE.* – El art. 142, inc. 1º, del Cód. Penal castiga con reclusión o prisión de dos a seis años la privación de libertad cuando el hecho se cometiere “con fines religiosos o de venganza”.

En realidad, no obstante la expresión de la ley (fines), se trata de motivaciones: el agente priva de la libertad por motivos religiosos o de venganza, aunque, eventualmente, el hecho puede venir acompañado de alguna finalidad particular, como veremos.

§ 661. *CONCEPTO Y CONTENIDO DE LAS MOTIVACIONES.* – Se dan motivaciones *religiosas* cuando el autor ha sido impulsado a actuar por ideas relacionadas con la religión, sea para apoyar una determinada idea, sea para combatirla, sea por oponerse a cualquier idea de ese carácter (p.ej., la actitud del ateo que combate todas las religiones). Dentro de esa motivación, el agente puede perseguir las más variadas finalidades (impedir un acto del culto, privando de libertad al oficiante; extremar rigores para que una persona no profese como religioso, etcétera).

Las motivaciones de *venganza* son aquellas en las que el autor tiene presente el daño recibido por él o por un tercero, de la víctima o de un tercero que actuó por ella o es su allegado, y la privación de la libertad se muestra, no como simple expresión de resentimiento, sino como la devolución de aquel daño. No es indispensable que éste haya existido realmente; también obra con ánimo de venganza quien, creyendo haber recibido un agravio que en verdad no se ha dado, actúa para retribuirlo. La privación de libertad puede recaer tanto sobre la persona a quien se atribuye aquel daño, como sobre un tercero extraño a él pero relacionado con aquella persona (venganza transversal: p.ej., sobre el hijo, la esposa, los padres, el amigo, etc., del que infirió el daño).

La eliminación del “fin racial” que se opera en el texto vigente (reformando el texto de la ley 21.338), remite todos los supuestos en que la privación de libertad se ha motivado en la aversión o en el deseo de apoyar a una determinada raza (Núñez), a la figura básica.

b) COMPELIMIENTO DE LA VÍCTIMA O TERCERO

§ 662. *LAS FIGURAS DEL ARTÍCULO 142 “BIS”.* – El texto que ha recobrado vigencia es el que introdujo en el Código la ley 20.642: “Se impondrá prisión o reclusión de cinco a quince años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima, o a un tercero, a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad.

La pena será de diez a veinticinco años de prisión o reclusión:

1) Si la víctima fuere mujer o menor de dieciocho años de edad.

2) En los casos previstos en el art. 142, incs. 2º y 3º, de este Código.

Si resultare la muerte de la persona ofendida, la pena será de prisión o reclusión perpetua”.

Recordemos que en este lugar la ley 21.338 traía la siguiente disposición: “Se impondrá reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que privare a otro de su libertad personal, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1) Si se cometiere con el fin de imponer a un funcionario público la libertad de un detenido.

2) Si el hecho se perpetrare para incorporarlo o alistarle en una organización subversiva o para que la víctima o un tercero preste cualquier clase de ayuda a dicha organización.

3) Si con motivo u ocasión del hecho se causare lesiones gravísimas a la víctima”.

Las circunstancias agravantes del inc. 1º del art. 142 *bis*, según el texto de la ley 21.338, se han incorporado ahora al párr. 1º del mismo artículo, en cuanto se den los particulares requisitos de su tipicidad. Puede considerarse que lo mismo ocurre con la agravante del inc. 2º de la ley 21.338.

§ 663. *SENTIDO DE LAS FIGURAS.* – La privación de libertad funciona aquí como procedimiento para coaccionar, obligando a otro a hacer o a omitir, el *tolerar* es una forma de omisión, como veremos al tratar del delito de coacciones (contra: Núñez), que puede constituir una conducta ilícita (delictiva o no) o lícita, pero que el sujeto pasivo de la coacción no está obligado a realizar o a soportar.

§ 664. *EL TIPO DEL PÁRRAFO 1º DEL ACTUAL ARTÍCULO 142 “BIS”.* Téngase en cuenta que aquí la acción ya no es la de *privar de libertad*, sino la de *sustraer, retener u ocultar*; éstas son acciones precisas, que no tienen la misma amplitud que aquella (Núñez), lo que nos ha llevado a pensar que no estamos en presencia de figuras agravadas de las anteriores, sino ante figuras perfectamente autónomas.

Aunque la acción de *sustraer* está también expresada en el art. 146 del Código, creemos que su significación no es exactamente la misma. En este art. 142 *bis* basta con el apartamiento de la persona de la esfera donde se desarrolla su vida en libertad, aunque el autor no “consolide el dominio sobre ella” (Núñez). Retenerla es hacer permanecer a la víctima fuera de aquella esfera durante un lapso más o menos prolongado. *Ocultarla* es llevar a cabo cualquier actividad que impida o dificulte la posibilidad de que la víctima sea reintegrada a la esfera de la que ha sido sustraída por medio de la acción de terceros que quiebren la custodia que el agente ejerce sobre ella. Para nosotros, cuando las conductas de retener u ocultar son realizadas por un agente que no intervino en la sustracción, es requisito de procedencia de la punibilidad típica, por lo menos, que tenga conocimiento de dicha sustracción y de que, con su actividad, prolonga la privación de libertad en ella originada (Núñez).

El tipo requiere un elemento subjetivo: las acciones deben realizarse para “obligar a la víctima, o a un tercero, a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad”. Comparando el texto con el de la ley 18.953 (de la que en parte fue tomado), decíamos que mientras ésta empleaba la expresión “compeler”, con una connotación moral o psicológica, la acepción de *obligar* puede ser la vulgar, refiriendo ella tanto a la coacción psíquica cuanto a la puramente física tendiente —esta última— a impedir hacer algo a la víctima mediante alguna de las conductas típicas. Por otro lado, el “*algo contra su voluntad*” puede abarcar tanto lo que la víctima no está obligada a hacer o soportar, cuanto también algo que ella está obligada a hacer, no hacer o tolerar, ya que “la punibilidad se fundamenta en la injusticia del modo de reclamar, no en la injusticia de lo reclamado” (Núñez).

El delito se consuma con la completividad de las acciones sin requerir para ello el logro de la finalidad perseguida ni otro resultado, y admite tentativa (Núñez).

§ 665. *SUJETO PASIVO*. — La víctima de la privación ilegítima de libertad puede ser la misma a quien se coacciona u otra distinta. Esto último ocurre cuando la privación de libertad tiene por objeto conseguir un hacer o un omitir de una persona que no es la privada de libertad, sin que por ello se multiplique la delictuosidad, sumándose al delito de privación de libertad el de coacciones (éste queda

típicamente previsto como elemento típico de la agravante: “compe-
ler a otro” y por tanto desplazarlo como figura autónoma).

§ 666. *LAS FIGURAS AGRAVADAS.* – En el párr. 2º del artículo se dan dos especies de agravantes: una fundada en la calidad de la víctima (sexo y edad –inc. 1º– y relación especial con el agente –inc. 2º–, por remisión al inc. 2º del art. 142); la otra por los resultados (inc. 2º, por remisión al art. 142, inc. 3º). Ya dijimos que la agravante del art. 142 *bis*, párr. 3º, es genérica y comprensiva de todos los delitos anteriores, no sólo del previsto en el párr. 1º.

III. DELITOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

§ 667. *CARÁCTER DE LOS DELITOS. ABUSOS FUNCIONALES.* – Los delitos que veremos a continuación son verdaderos abusos funcionales que la ley coloca en este lugar porque restringen indebidamente la libertad personal de la víctima. Y puesto que se trata de abusos funcionales, el autor tiene que ser un funcionario con competencia para disponer o ejecutar restricciones a dicha libertad; el que no tiene esa competencia, si priva de la libertad, lo hace sin abusar de *sus funciones*, por lo cual –sin perjuicio de la usurpación de autoridad correspondiente– su conducta quedará inserta en cualquiera de los tipos que hemos estudiado precedentemente.

A) RETENCIÓN INDEBIDA EN DETENCIÓN O PRISIÓN

§ 668. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 143, inc. 1º, del Cód. Penal reprime con reclusión o prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por doble tiempo, al funcionario “que retuviera a un detenido o preso, cuya soltura haya debido decretar o ejecutar”.

§ 669. *CARÁCTER DEL DELITO.* – Es, como bien lo ha señalado la doctrina, un verdadero delito de comisión por omisión: comisión, puesto que la acción se describe como la de *retener*, o sea mantener privado de su libertad al sujeto pasivo; omisión, ya que esa retención proviene de no haberse dispuesto la libertad o de no haberse ejecutado la orden impartida por un funcionario competente.

§ 670. *SUJETO ACTIVO.* – Es el funcionario con competencia para disponer la soltura por sí mismo (p.ej., el policía preventor que arresta a quien estaba en el lugar del hecho, cuando ha transcurrido el plazo que la ley autoriza para mantenerlo en esa condición), o cumpliendo una anterior disposición de autoridad competente que requiere ser completada con su propia decisión (p.ej., el director de penitenciaría que tiene que disponer la libertad cuando se ha concluido de ejecutar la pena, según las disposiciones de la sentencia); o el funcionario que tiene que *ejecutar* la orden concreta y actual de llevar a cabo la soltura de una persona privada de su libertad que le ha impartido una autoridad competente (p.ej., el director de la cárcel de encausados que recibe una orden de libertad expedida en un incidente de libertad provisional; el alcaide de una cárcel de penados que recibe del director la orden de ejecutar la soltura de un interno que ha cumplido su pena). Pero, en todos los casos, debe tratarse de un funcionario que tenga bajo su guarda o custodia al sujeto pasivo, en cumplimiento de las funciones que son de su competencia, puesto que si aquél estuviese bajo la guarda o custodia de otro funcionario, el caso podría quedar comprendido en el art. 143, inc. 6°.

§ 671. *SUJETO PASIVO.* – Sujeto pasivo es el detenido o preso. *Detenido* es una expresión que está tomada por la ley en amplio sentido, designando a toda persona privada de su libertad por disposición de autoridad competente, sea que la privación obedezca a razones administrativas o de seguridad (p.ej., arresto en averiguación de antecedentes) o se hubiese producido en causa judicial (simple detenido como sospechado, detenido en prisión preventiva). La voz *preso* designa, en el tipo, la persona que se encuentra privada de su libertad a raíz de la ejecución de una pena de reclusión o prisión, originaria, o por conversión de una pena de multa; se refiere, pues, a los penados.

§ 672. *CONFLUENCIA DE FIGURAS.* – Cuando el agente es un juez y el privado de libertad lo está a raíz de un auto de prisión preventiva, la figura queda desplazada por la específica del art. 270 del Cód. Penal.

§ 673. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El delito se consuma en el momento en que surge la obligación –que se incumple– de dis-

poner la soltura o ejecutar la orden. No es admisible la tentativa, dado el carácter de delito.

§ 674. *CULPABILIDAD.* – La culpabilidad requiere el conocimiento de la situación de la víctima y de la procedencia de su soltura o el conocimiento de la orden respectiva y la voluntad de no disponer la una o de no ejecutar la otra. Es compatible con el dolo eventual (el alcaide que sabiendo que debe ejecutar una liberación, envía al interno a un lugar alejado de la penitenciaría, donde sabe que es posible que no se pueda llevar a cabo la liberación en la oportunidad debida). El error material (p.ej., sobre cómputos) y aun el *error iuris* sobre la interpretación de la ley en virtud de la cual hay que disponer la soltura, pueden excluir la culpabilidad.

B) PROLONGACIÓN INDEBIDA DE DETENCIÓN

§ 675. *EL TEXTO LEGAL.* – Según el art. 143, inc. 2º, del Cód. Penal, la misma pena que en el delito anterior se aplica al funcionario que “prolongare indebidamente la detención de una persona, sin ponerla a disposición del juez competente”.

§ 676. *CARÁCTER DEL DELITO.* – También aquí estamos en presencia de un delito de comisión por omisión, ya que si la acción se describe como la prolongación indebida de la detención, la ilegalidad de ella surge de no haberse puesto al detenido a disposición del juez competente.

§ 677. *PRESUPUESTOS.* – El delito presupone una privación de libertad inicialmente legítima, por haberla dispuesto el funcionario que es autor del hecho u otro distinto, en ejercicio de la competencia que poseen y con las formalidades requeridas por la ley (de lo contrario se estaría en la hipótesis del art. 144 bis, inc. 1º) y la existencia de la obligación legal de poner al detenido a disposición del juez competente para que resuelva sobre su situación, dentro de un determinado plazo. La ilicitud, como dijimos, está constituida por el incumplimiento de esta obligación; en otros términos: el funcionario prolonga la guarda que ejerce (directa o indirectamente) sobre el detenido, sin comunicar al juez que se encuentra éste a su

disposición, o comunicándoselo (dolosamente, claro está) a un juez que no es competente.

§ 678. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – Se consuma cuando, vencido el plazo para poner al detenido a disposición del juez competente, el funcionario no ha cumplido con esa obligación. No es admisible la tentativa, dada la estructura del tipo, como en el caso anterior.

§ 679. *CULPABILIDAD.* – La culpabilidad tiene las mismas características que en el delito del art. 143, inc. 1º. El *error iuris* puede, en este caso, versar sobre la competencia del juez a quien se tiene que comunicar la detención poniendo el detenido a su disposición.

C) INCOMUNICACIÓN INDEBIDA

§ 680. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 143, inc. 3º, establece la misma pena que en los casos anteriores para el funcionario que “incomunicare indebidamente a un detenido”.

§ 681. *PRIVACIÓN DE LIBERTAD E INCOMUNICACIÓN.* – Normalmente la detención de una persona no implica su incomunicación, o sea la prohibición de que se comunique con terceros mientras está privada de su libertad; la preservación de la libertad de comunicarse es una garantía reconocida constitucionalmente en muchas provincias y consagrada en otras por las regulaciones procesales, las que, excepcionalmente, procurando la efectividad de los objetivos del proceso penal, admiten la incomunicación de los detenidos por tiempos más o menos breves, otorgando facultades a determinados funcionarios para disponerla.

§ 682. *CARÁCTER INDEBIDO DE LA INCOMUNICACIÓN.* – Incomunica indebidamente a un detenido el funcionario que impide que se comunique con terceros cuando carece de la competencia para disponer la incomunicación y no existe una orden legalmente expedida en tal sentido; o cuando, poseyendo esa competencia, dispone la incomunicación en los casos en que la ley no la admite (p.ej., en un detenido por encontrarse en rebeldía cuando ya ha sido indagado en la causa), o prolonga la incomunicación más allá del plazo fija-

do por las disposiciones legales (entonces hay una verdadera comisión por omisión).

El hecho puede cometerlo el funcionario que teniendo la guarda del detenido impide personalmente la comunicación de él con terceros (p.ej., el comisario de campaña que habiendo detenido a un simple contraventor no deja que se comunique con persona alguna), como el que hace ejecutar los actos de impedimento por otro (el oficial sumariante de una seccional que coloca al contraventor en una celda, ordenando al oficial de guardia que no permita que se comunique con nadie). Pero no comete este delito, sino un abuso de autoridad del art. 248 del Cód. Penal, el funcionario que dispone indebidamente la incomunicación, no teniendo la guarda del detenido (p.ej., el secretario de juzgado que dispone ilegalmente la incomunicación de un detenido que se encuentra en la alcaidía de jefatura).

La incomunicación tiene que ser indebida legal y reglamentariamente. No permitir que el detenido reciba visitas fuera de las horas reglamentarias destinadas a ese efecto, no constituye este delito, aunque el detenido esté en calidad de comunicado.

§ 683. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El tipo delictual se consuma cuando se hace efectiva la incomunicación colocando al detenido en situación de no poderse comunicar o impidiéndole la comunicación en un caso particular, y también cuando se lo deja en situación de no poderse comunicar pese a la orden en contrario o al vencimiento de los plazos de incomunicación. Aquellas situaciones admiten tentativa, no así estas últimas.

§ 684. *CULPABILIDAD.* – La culpabilidad exige el conocimiento del carácter de detenido de la persona y de las situaciones que no permiten su incomunicación y la voluntad de incomunicarla o mantener indebidamente su incomunicación. Es compatible con el dolo eventual. El error, aun el constituido por la errónea interpretación de la ley procesal, puede eliminar la culpabilidad.

D) RECEPCIÓN INDEBIDA

§ 685. *TIPOS COMPRENDIDOS.* – En verdad, la ley distingue dos tipos, según que el sujeto pasivo sea recibido en un establecimiento

destinado a la ejecución de penas privativas de libertad o en un establecimiento destinado a ejecutar detenciones de otro carácter.

**1) RECEPCIÓN EN ESTABLECIMIENTOS DESTINADOS
AL CUMPLIMIENTO DE PENAS**

§ 686. *EL TEXTO LEGAL.* – Por el art. 143, inc. 4º, parte 1ª, del Cód. Penal, la misma pena que en los casos anteriores se impone al “jefe de prisión u otro establecimiento penal, o el que lo reemplace, que recibiera a algún reo sin testimonio de la sentencia firme en que se le hubiere impuesto la pena”.

§ 687. *EXIGENCIAS FORMALES DE LA INTERNACIÓN.* – Es exigencia formal de la ley que para que un condenado por sentencia firme a pena privativa de libertad pueda ingresar en un establecimiento penitenciario en ese carácter, debe obrar en poder de sus autoridades un testimonio de sentencia, que puede estar constituido por una copia autenticada de ella o de su parte resolutive o por la mención circunstanciada de ésta contenida en la orden que dispone el ingreso, expedida por autoridad competente (estas formalidades dependen de las reglamentaciones locales).

El delito se concreta en el hecho de recibir la persona del sujeto pasivo sin tener con anterioridad o sin recibir en el momento del ingreso, dicho testimonio y alojarla en el establecimiento. El tipo se refiere, pues, a la internación con inobservancia de esa formalidad. Queda equiparado a la ausencia de testimonio el que no procede de una autoridad competente o el que no tiene el contenido dispuesto por la ley (p.ej., el testimonio que no expresa el monto de pena o el cómputo) o carece de requisitos de autenticación (p.ej., testimonio que no viene autenticado por el secretario del juez que dictó la sentencia), o el que no corresponde a la persona que se recibe.

§ 688. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – Es, pues, un delito de comisión que se consume cuando la persona queda alojada sin cumplir el requisito formal indicado, aunque se trate efectivamente de un condenado. Admite tentativa (p.ej., cuando la intervención de otro funcionario impide el ingreso mientras se está realizando la recepción mediante las anotaciones en los libros del penal, antes de proceder al alojamiento de la persona).

§ 689. *SUJETO ACTIVO.* – Autor es el jefe de prisión que intervino en la recepción o el funcionario que lo reemplaza en esa tarea, o sea, el funcionario que está obligado a comprobar la presentación del testimonio válidamente extendido y su correspondencia con la persona que se le entrega, cualquiera que sea su jerarquía.

§ 690. *CULPABILIDAD.* – El dolo requiere el conocimiento de la ausencia del testimonio, de su invalidez o de su no correspondencia con la persona que se recibe y la voluntad de recibirla pese al defecto formal. No parece concebible la admisión del dolo eventual.

Pueden darse situaciones de error que eliminen la culpabilidad (p.ej., que la persona recibida sea un homónimo de otra con la cual se la confunde y que es la que figura en el testimonio acompañado), hasta de *error iuris* (sobre la validez formal del testimonio o sobre la competencia del funcionario que aparece autenticándolo).

2) RECEPCIÓN EN ESTABLECIMIENTO DE DETENCIÓN

§ 691. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 143, inc. 5º, del Cód. Penal determina la misma pena para el “alcaide o empleado de las cárceles de detenidos y seguridad que recibiere un preso sin orden de autoridad competente, salvo el caso de flagrante delito”.

§ 692. *LA ACCIÓN TÍPICA.* – También aquí la acción es la de recibir, alojando en el establecimiento, privado de libertad (como arrestada, detenida en cualquier carácter) a una persona, sin la orden proveniente de autoridad competente, expedida con las formalidades requeridas por la ley y correspondiente a quien se recibe. El delito se comete, por consiguiente, tanto cuando se aloja a la persona sin haber recibido orden alguna para hacerlo, como cuando se la aloja con una orden de quien no es competente para expedirla o que no reviste las formalidades legales (p.ej., una orden simplemente verbal que carece de firmas, que no determina nominalmente a la persona a quien se debe recibir, etc.) o que no corresponde a la persona que se aloja. Por supuesto que nada tiene que ver con esto la legalidad sustancial de la orden expedida.

§ 693. *DETENCIÓN SIN ORDEN.* – El delito no contempla el caso de la detención sin orden, cuando el funcionario no puede proceder

a la detención si no tiene aquélla; en ese caso no estaremos ante este delito sino ante la privación ilegítima de libertad del art. 144 *bis*, inc. 1°. Se ha sostenido que si el funcionario que ha detenido ilegalmente, en ese supuesto procede a alojar a quien detuvo en el establecimiento del cual es jefe (el de la alcaidía de tribunales, al detener ilegalmente a una persona y alojarla en ella), comete ambos delitos en concurso real (Núñez). Pero, en ese caso, el agente no recibe al preso y el alojamiento de él no es otra cosa que la ejecución de la permanencia propia de los tipos de privación de libertad, por lo cual, el art. 144 *bis*, inc. 1°, desplazaría la figura del art. 143, inc. 5°.

§ 694. *DETENCIÓN EN FLAGRANCIA.* – La norma declara impune la recepción sin orden cuando la persona recibida ha sido sorprendida en *flagrancia*. Es decir, ha sido aprehendida en el momento en que ejecutaba un hecho ilícito o inmediatamente después, o tras de una persecución sin solución de continuidad respecto de aquel hecho, o cuando tiene en su poder objetos o presenta rastros que la señalan claramente como partícipe en un delito (noción que de este modo trae la generalidad de las leyes procesales). Entonces la persona así aprehendida puede ser recibida y alojada sin orden por el mismo funcionario que la haya aprehendido, o recibéndola de otro funcionario o hasta del particular a quien la ley procesal autoriza en estos casos a actuar funcionalmente.

§ 695. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El delito se consuma en los mismos términos que en los tipos anteriores y también admite tentativa.

§ 696. *SUJETO ACTIVO.* – Es el jefe del establecimiento de detenidos, a quien la ley designa con la denominación de *alcaide*, nombre tradicional que aún sigue usándose –pese a que administrativamente se menciona con ella al que ejerce directamente la custodia de los detenidos en cualquier establecimiento de detención, aunque no sea su director–; puede serlo, asimismo, cualquier empleado que tenga competencia para recibir y alojar detenidos. Pero no lo es el empleado que no cumple esa función y carece de competencia para asumirla, que, fuera de la participación en una privación ilegítima de libertad, puede incurrir en delito contra la Administración pública (art. 246, inc. 3°).

§ 697. *CULPABILIDAD.* – El dolo requiere el conocimiento de la ausencia de la orden o de su invalidez, según los principios expuestos en el tipo anterior. El error sobre dicha orden, sobre la situación de flagrancia, hasta el *error iuris* sobre alguno de esos aspectos típicos, puede eliminar la culpabilidad.

E) COLOCACIÓN INDEBIDA

§ 698. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 143, inc. 4º, parte 2ª, aplica la misma pena de uno a tres años de reclusión al “jefe de prisión u otro establecimiento penal” que “lo colocare [al reo] en lugares del establecimiento que no sean los señalados al efecto”.

§ 699. *LA ACCIÓN TÍPICA.* – La acción punible es la de colocar al condenado –es decir, alojarlo– en un lugar del establecimiento distinto del que la ley o el reglamento indican como debidos para que cumpla la pena privativa de libertad que le ha sido impuesta.

Requieren los autores que se trate del alojamiento en un lugar que, por sí, importe un mayor menoscabo de la libertad del sujeto pasivo, ya que éste es el bien jurídico protegido y no se trata de un puro delito contra la Administración (p.ej., colocarlo en pabellón de máxima seguridad cuando no se dan los presupuestos reglamentarios para hacerlo). No se dará el delito, por lo tanto, cuando el alojamiento indebido favorezca las condiciones de libertad, pese a su incorrección administrativa (p.ej., colocar al condenado peligroso en una granja con sistema de semilibertad). Pero el alojamiento indebido no tiene que constituir una severidad o vejación ilícitas (p.ej., alojar al penado de buena conducta y que no ha cometido contravenciones disciplinarias en una celda de castigo), ya que entonces el tipo del art. 144 *bis*, inc. 3º, desplazaría a la figura del art. 143, inc. 4º.

§ 700. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El delito se consuma cuando el condenado queda alojado en el lugar reglamentariamente indebido y tiene carácter permanente. Es admisible la tentativa.

§ 701. *SUJETOS.* – Los sujetos activos y pasivos son los mismos de los tipos de recepción indebida: el jefe –o el empleado que lo reemplace– de un establecimiento penal destinado al cumplimiento de penas impuestas por sentencia firme y el ya condenado por esa

sentencia. No se comprende a otros detenidos, en cuyos casos puede ser de aplicación el art. 144 *bis*, incs. 2º y 3º.

§ 702. *CULPABILIDAD.* – El dolo requiere el conocimiento de las características del penado y la voluntad de colocarlo en el lugar del establecimiento que se sabe reglamentariamente indebido. Sólo parece compatible con el dolo directo. El error, aun el *error iuris*, puede llegar a excluir la culpabilidad.

F) OMISIÓN DE HACER CESAR DETENCIONES ILEGALES

§ 703. *EL TEXTO LEGAL.* – Según el art. 143, inc. 6º, del Cód. Penal, la pena de uno a tres años de reclusión o prisión se aplica también al “funcionario competente que teniendo noticias de una detención ilegal omitiere, retardare o rehusare hacerla cesar o dar cuenta a la autoridad que deba resolver”.

§ 704. *CONOCIMIENTO DE LA DETENCIÓN ILEGAL.* – Presupuesto del delito es que el funcionario tenga *noticia de una detención ilegal*, es decir, haya tomado conocimiento de ella.

La ley, al hablar de *detención*, se refiere a cualquier privación de libertad (a título de cumplimiento de pena o de cualquier otro), en que el sujeto pasivo se halle a disposición y bajo la guarda de otro funcionario. Puede tratarse de una privación de libertad originalmente ilegal (p.ej., cuando el funcionario que la impuso cometió el delito previsto por el art. 144 *bis*, inc. 1º) o de una privación legal que ha pasado a ser ilegal (p.ej., porque el condenado ya ha cumplido la pena).

§ 705. *LAS ACCIONES TÍPICAS.* – Las acciones típicas dependen de la competencia del funcionario que es autor. Si es competente para hacer cesar la detención ilegal, el hecho lo comete *omitiendo* disponer las medidas conducentes a su cesación, *retardando* esa disposición, o sea no adoptándola dentro del plazo reglamentario si está legalmente fijado, o dentro de los plazos que se consideren normales (que en algunos casos serán inmediatos al conocimiento de la privación ilegítima) para ejecutar la actividad necesaria, o *rehusando* disponer las medidas de cesación ante un pedido expreso en ese sentido. Si el funcionario no es competente para hacer cesar la detención,

pero sí lo es para dar cuenta a otro funcionario que tiene que resolver sobre ella, las acciones pueden ser las de omitir la comunicación, retardarla o rehusarla cuando se lo solicita. Si el funcionario ni es competente ni tiene deberes funcionales en este segundo sentido, su conducta únicamente podrá ser encuadrada en el capítulo de los encubrimientos.

§ 706. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El delito se consuma con la omisión, el retardo o la negativa, aunque la intervención de otro funcionario haga cesar posteriormente la detención ilegal. No parece posible la tentativa, pues en realidad todas las acciones típicas se resuelven en omisiones de naturaleza que no la aceptan.

§ 707. *SUJETO ACTIVO.* – Autor es, por tanto, el funcionario que posea la competencia o el deber enunciados, mientras no haya sido él quien asumió carácter de autor o participe de la detención ilegal (en ese caso se aplicará el art. 144 *bis*, inc. 1º). Tal detención, por tanto, tiene que estarse cumpliendo bajo la guarda de un funcionario distinto.

§ 708. *CULPABILIDAD.* – El dolo pide el conocimiento cierto (la duda no basta, sin perjuicio de que con ella se incluya la conducta en otras infracciones funcionales que pueden llegar a ser delictuosas, p.ej., la del art. 249, Cód. Penal) de la detención y de su ilegalidad y la voluntad de no cumplir con las obligaciones que la ley impone al agente. El error sobre la legalidad de la detención podría excluir la culpabilidad.

G) AGRAVANTES COMUNES A LOS DELITOS PRECEDENTES

§ 709. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 144 del Cód. Penal eleva el máximo de la pena a cinco años “cuando en los casos del artículo anterior concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en los incs. 1º, 2º, 3º y 5º del art. 142”.

§ 710. *AGRAVANTES COMPRENDIDAS.* – Por consiguiente, los delitos se agravan si el hecho se comete con violencia o amenazas o con fines raciales, religiosos o de venganza; si el sujeto pasivo es un ascendiente, hermano, cónyuge o persona a quien el agente deba

respeto particular; si resulta grave daño a la salud o negocios de la víctima; si la privación ilegítima de la libertad se prolonga más de un mes.

Lógicamente queda excluida la aplicación del art. 142, inc. 4º (simulación de autoridad pública u orden de ella), puesto que el carácter de funcionario público del agente es requisito imprescindible para que asuma tipicidad de autor en los delitos indicados.

§ 711. *INFLUENCIA DE LA AGRAVANTE SOBRE LA PENA DE INHABILITACIÓN.* – La elevación del máximo de la pena privativa de libertad del art. 143 dispuesta por el art. 144, repercute sobre el máximo de la pena de inhabilitación, que en los casos agravados podrá elevarse a diez años.

H) PRIVACIÓN ABUSIVA DE LIBERTAD

§ 712. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 144 *bis*, inc. 1º, castiga con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo al “funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, privase a alguno de su libertad personal”.

§ 713. *CARÁCTER DEL DELITO. TIPOS COMPRENDIDOS.* – Es una privación ilegal de libertad, según los principios sentados al hablar del art. 141, que se especializa por la calidad del autor –que debe ser un funcionario público– y por los ingredientes modales de la acción.

En este último aspecto, los dos supuestos contemplados en la ley, que en concreto significan la definición de dos tipos distintos, parten de un abuso funcional: la privación de libertad tiene que realizarse como acto funcional. Quedan, por consiguiente, al margen de ellos y comprendidos en los tipos comunes, las privaciones de libertad en que el funcionario no actuó como tal.

§ 714. *PRIVACIÓN DE LIBERTAD ABUSIVA.* – El abuso funcional se encuentra taxativamente descripto en el primero de los tipos cuando incluye en la punibilidad la privación de libertad por el funcionario *con abuso de sus funciones*. Exige que el agente, al privar de

la libertad, esté ejerciendo funciones propias de su cargo y la ilegalidad se da, entonces, porque esas funciones no comprenden la facultad de detener que el funcionario se atribuye abusivamente (p.ej., el inspector municipal que para labrar un acta de infracción priva de la libertad al infractor para hacerle firmar la constancia), porque no la tiene en el caso concreto (p.ej., policía militar que detiene a personal civil al margen de sus potestades reglamentarias), o porque poseyendo la facultad, la utiliza arbitrariamente, es decir, en situaciones en que no corresponde la detención (p.ej., arrestar en averiguación de antecedentes a una persona perfectamente conocida por él y que sabe que no es reclamada por autoridad alguna), o lo hace sin los recaudos que en el caso le atribuyen la competencia (p.ej., quien teniendo la facultad de ejecutar detenciones, pero no de disponerlas, lleva a cabo la detención sin que medie la disposición de la autoridad competente).

§ 715. *INCUMPLIMIENTO DE FORMALIDADES.* – El abuso funcional, en el segundo de los tipos, no proviene de la falta de competencia del funcionario para privar de libertad, sino de la inobservancia de las formalidades prescriptas por la ley para proceder a la detención. Aquí el funcionario tiene la competencia necesaria para detener en el caso concreto, pero omite las formalidades que legal o reglamentariamente tiene que cumplir para disponerla o ejecutarla (p.ej., el que dispone la detención verbalmente cuando tendría que hacerlo por escrito; el que obvia las informaciones mínimas previas que la ley preceptúa para proceder a la detención; quien detiene ejecutando una orden que carece de los datos formales necesarios, como sería la individualización de la persona a la que debe detener).

§ 716. *EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA.* – Aunque se ha dicho que el consentimiento de la víctima carece de eficacia para eliminar estas tipicidades (Fontán Balestra), recuérdese que no estamos en presencia de un delito contra la Administración pública, sino de delitos contra la libertad, cuyo ataque no se puede dar contra quien, voluntariamente, autolimita esa libertad. El que voluntariamente concurre a una oficina pública acompañando al funcionario que requiere su presencia en ella, no puede decirse que haya sido privado de su libertad.

§ 717. *CULPABILIDAD.* – El dolo, en el aspecto cognoscitivo, necesita el conocimiento del carácter abusivo de la privación por defecto de competencia, exceso funcional en el caso concreto, falta de presupuesto sustancial para proceder o ausencia de los requisitos formales. El error, incluyendo la duda y al *error iuris*, puede excluir la culpabilidad.

I) SEVERIDADES, APREMIOS Y VEJACIONES

§ 718. *EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.* – El art. 144 *bis*, incs. 2º y 3º, del Cód. Penal toma en cuenta ciertos procedimientos que, por la mortificación que imponen al sujeto pasivo, atacan su libertad, la cual se manifiesta en el derecho que todo individuo tiene a no sufrir tales procedimientos de parte de los funcionarios públicos que tienen en sus manos el poder que les otorga la función, o a no ver agravada con ellos la privación de libertad que ya sufren. Esos procedimientos son los que la ley menciona como severidades, vejaciones y apremios.

§ 719. *SEVERIDADES.* – Es todo trato riguroso que incide sobre el cuerpo de la persona (castigos, inmovilización, colocación en lugares expuestos a elementos naturales, privación de alimento o descanso), que tiene una secuela de sufrimiento físico o le exige un esfuerzo anormal (trabajos penosos con elementos impropios para realizarlos) o de prohibición de las actividades que tiene derecho a realizar, o que importan restricciones indebidas (aislamiento, privación de visitas, etcétera).

§ 720. *VEJACIONES.* – Es todo trato humillante que mortifica moralmente a la persona, atacando su sentimiento de dignidad o de respeto que merece como tal y con el que espera ser tratada.

Si la severidad tiene, fundamentalmente, una trascendencia más física que psíquica, en la vejación pesa más el menoscabo psíquico que el físico, aunque ella también puede estar constituida por actos materiales (tratamientos físicos humillantes, como empujones, sometimiento a trabajos mortificantes), o por actos puramente morales (p.ej., la exigencia de adoptar actitudes indignas ante la presencia de funcionarios o de terceros).

§ 721. *APREMIOS ILEGALES.* – El apremio es un procedimiento coaccionante que –a diferencia de lo que ocurre en las severidades y vejaciones– tiene una finalidad trascendente a él mismo: lograr una determinada conducta en el apremiado (tradicionalmente una manifestación sobre un hecho ocurrido). Puede estar constituido por atentados físicos sobre la persona del sujeto pasivo, por severidades o vejaciones, según los conceptos explicados o realizados de otros modos que no caben dentro de los límites de ellos (amenazas, imprecaciones, órdenes intimidatorias, etcétera).

1) VEJACIONES Y APREMIOS ILEGALES SOBRE CUALQUIER PERSONA

§ 722. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 144 *bis*, inc. 2º, del Cód. Penal pena con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo, al “funcionario que desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicare apremios ilegales”.

§ 723. *CARACTERÍSTICAS DEL DELITO. SUJETO ACTIVO.* – Caracteriza al delito la circunstancia en que se produce la vejación o el apremio: tienen que ocurrir *en un acto de servicio*, o sea, en un acto que se está cumpliendo, propio de la función o del quehacer administrativo del autor. Éste, pues, tiene que estar actuando como funcionario.

Lo que indica que cualquier funcionario, cualquiera que sea el área administrativa a que pertenece, puede cometer el delito; no rige aquí la restricción que veremos en el tipo siguiente.

§ 724. *SUJETO PASIVO.* – Con referencia al sujeto pasivo se han planteado divergencias en la doctrina. Para algunos (Soler), estando catalogado el tipo entre los delitos contra la libertad, tiene que tratarse de un sujeto ya detenido, pero bajo la guarda de un funcionario distinto de aquel que lo veja o lo apremia, o de un sujeto que sea vejado o apremiado en el acto mismo de ser aprehendido, es decir, de ser privado de su libertad. Pero no cabe duda de que semejante limitación no surge de la ley, ni de la extensión que ella otorga al bien jurídico de la libertad en el supuesto: la ley, como vimos, se refiere a cualquier funcionario y no se reduce a quienes

realizan funciones con relación a ya detenidos o tienen competencia para detener, y, como sujetos pasivos, menciona a las *personas*, sin especificar en ellas determinadas calidades o situaciones; por otro lado, vimos que la libertad se ataca con la sola mortificación que constituye la vejación o el procedimiento ilícito del apremio sin necesidad de que a ellos se agregue una privación de libertad en el sentido del art. 141: cualquier persona, pues, aunque no se trate de un ya detenido o de quien está siendo detenido, puede ser sujeto pasivo del delito.

§ 725. *CULPABILIDAD*. – Tanto la vejación como el apremio tienen un contenido subjetivo en el agente que únicamente admite el dolo directo.

2) SEVERIDADES, VEJACIONES Y APREMIOS ILEGALES SOBRE DETENIDOS

§ 726. *EL TEXTO LEGAL. FUNDAMENTO DE LA PUNIBILIDAD*. – El art. 144 *bis*, inc. 3°, del Cód. Penal impone la misma pena que en el caso anterior al “funcionario público que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones o apremios ilegales”.

La lesión a la libertad reside aquí en el agravamiento que significa para la situación del privado de libertad, que se sumen a ella los tratamientos afflictivos que entrañan las severidades, las vejaciones y los apremios.

§ 727. *ILEGALIDAD DEL TRATAMIENTO*. – La característica de *ilegalidad* del tratamiento destaca su carácter anómalo con relación al establecido por la ley o el reglamento. Esa ilegalidad puede estar constituida por la inobservancia de las formas legales o la incompetencia del funcionario (p.ej., imponer un castigo al interno sin la intervención necesaria del tribunal de disciplina del instituto) o por la improcedencia sustancial del tratamiento.

Todo tratamiento, aunque tenga contenido mortificante, que se encuentre legal o reglamentariamente previsto como propio del cumplimiento de la detención o de la pena privativa de libertad, queda marginado de la tipicidad (los trabajos forzados en ciertas especies de pena, el uso de vestimentas especiales, los castigos disciplinarios previstos, las limitaciones de visitas a determinados días u horarios;

las exigencias formuladas imperativamente para que cumpla determinadas labores, como la limpieza del alojamiento y la higiene personal, etcétera).

§ 728. *SUJETOS.* – Tanto los sujetos activos como los pasivos están limitados por el tipo: los primeros son los funcionarios públicos que *guardan presos*, o sea los que directa (celadores, custodios de guardia armada) o indirectamente (alcaldes, jefes o directores de los institutos), tienen a la persona de la víctima a su disposición, de modo que pueden imponerle el tratamiento mortificante u ordenar que se lo impongan; si el funcionario que aplica el tratamiento fuera alguien que no está *guardando* a la víctima en una de esas calidades, el caso quedaría cubierto por el inc. 2º del art. 142 y no por el inc. 3º.

En cuanto a los sujetos pasivos, sólo pueden serlo los *presos* guardados por el funcionario que impone el tratamiento mortificante. La expresión está usada aquí en el amplio sentido del privado de libertad en cualquier carácter (arrestado, detenido, procesado en prisión preventiva, condenado).

§ 729. *CONCURRENCIA DE TRATAMIENTOS MORTIFICANTES.* – Si en el mismo hecho concurren varios tratamientos mortificantes (p.ej., severidades a las que se suman vejaciones), no se multiplica la delictuosidad.

§ 730. *CULPABILIDAD.* – Presenta las mismas características que en el tipo anterior, aunque hay que señalar que en algunos casos hasta el *error iuris* puede llegar a excluirla (p.ej., una errónea interpretación del reglamento).

J) AGRAVANTES COMUNES

§ 731. *EL TEXTO LEGAL. REMISIÓN.* – El art. 144 *bis*, párr. final, del Cód. Penal eleva la pena privativa de la libertad a la de dos a seis años de reclusión o prisión, si en los casos de los incs. 1º, 2º y 3º “concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en los incs. 1º, 2º, 3º y 5º del art. 142”. Lo dicho al referirnos al art. 144 puede ser repetido aquí (ver § 710 y 711).

K) TORTURA Y DELITOS RELACIONADOS CON ELLA

§ 732. *EL DELITO DE TORTURA Y SUS RELACIONADOS, SEGÚN LAS FÓRMULAS DE LA LEY 23.097.* – Dicha ley ha suplantado el art. 144 tercero que, según el texto de la ley 14.616, reprimía “con reclusión o prisión de tres a diez años e inhabilitación absoluta y perpetua” al “funcionario público que impusiere, a los presos que guarde, cualquier especie de tormento”; elevaba el máximo de pena a quince años, y determinaba aquélla en la de prisión o reclusión de diez a veinticinco años “si resultare la muerte de la persona torturada”. A la vez se han agregado una serie de otros tipos nuevos en los arts. 144 cuarto y quinto. El sistema que se ha creado es el siguiente:

a) *IMPOSICIÓN DE TORTURA.* Debemos distinguir: 1) figura básica (art. 144 tercero, inc. 1º), y 2) figuras agravadas (art. 144 tercero, inc. 2º).

b) *OMISIONES FUNCIONALES PUNIBLES.* Pueden ser las siguientes: 1) omisión de evitación (art. 144 cuarto, inc. 1º); 2) omisión de denuncia calificada (art. 144 cuarto, inc. 2º); 3) omisión de persecución calificada (art. 144 cuarto, inc. 3º); 4) omisión de denuncia calificada del juez (art. 144 cuarto, inc. 3º), y 5) penalidades especiales (art. 144 cuarto, incs. 2º y 4º).

c) *NEGLIGENCIA FUNCIONAL PERMISIVA.* Esta figura se tipifica en el art. 144 quinto.

§ 733. *IMPOSICIÓN DE TORTURA.* – Veamos la figura básica y las agravadas en este delito.

a) *FIGURA BÁSICA.* Dice el art. 144 tercero, inc. 1º, según la ley 23.097: “será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura. Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho”, y agrega en un párr. 2º: “Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descriptos”.

Comentando el texto del art. 144 tercero, según la ley 14.616, sostuvimos que tal como estaba estructurada su regulación, sólo podía funcionar como una figura de apremios ilegales agravada, en la que

la expresión *tormento* había sido empleada en su histórica significación procesal, aunque se trataba de una opinión bastante solitaria en la doctrina argentina. Pero es indudable que la referencia a la *tortura* ya no permite aquella interpretación; estamos ahora ante un tipo totalmente autónomo que, de haber sido el medio para perpetrar un apremio ilegal, desplaza la figura del art. 144 *bis*, inc. 3°.

Pero no creemos que, pese a su autonomía, esta figura se haya desprendido totalmente de la relación funcional en lo que se refiere al presupuesto de la privación de libertad. La víctima tiene que ser una persona privada de libertad, pero ésta tiene que haberse producido por orden o con intervención de un funcionario público. Tal cosa se desprende de quien es típicamente nominado como autor del delito según el párrafo, y también de la referencia a la legitimidad o ilegitimidad de la privación de libertad (la última como obvia referencia del art. 144, inc. 1°), calificaciones que no caben cuando el que perpetra la privación es un particular. Esa conclusión adquiere significativa importancia en la interpretación del párr. 2° del inciso que estamos tratando.

La acción del delito es *imponer* a la víctima "cualquier clase de tortura"; es decir, aplicarle procedimientos causantes de intenso dolor físico o moral. La intensidad del sufrimiento de la víctima es una de las características de la tortura, que la distingue objetivamente de las que pueden ser simples severidades o vejaciones. Además, el inc. 3° del artículo ha cuidado de explicitar legislativamente una conclusión a la que ya había llegado la doctrina en el examen del texto reemplazado: por tortura se entiende tanto los tormentos físicos, cuanto "la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente", siendo precisamente esta gravedad la que separa la tortura psíquica de la vejación.

De acuerdo con lo dicho más arriba, ahora es indiferente la finalidad perseguida con la tortura, o su motivación; puede ser el medio de un apremio ilegal, como dijimos, o agotarse como finalidad en sí misma cualquiera que sea su motivación.

Sujeto pasivo del delito es una persona privada, legítima o ilegitimamente, de su libertad. Pero, como lo hemos advertido precedentemente, no cualquier privación de libertad convierte a la persona en víctima del delito, sino la que tiene su origen en una relación funcional, sea por haber procedido de la orden de un funcionario o

por haber sido ejecutada por funcionarios; si este último requisito no se da estaremos ante las figuras de los arts. 141 a 142 *bis*, a las que se adjuntarán los resultados lesivos para las personas causados por la tortura, sea como circunstancias calificativas, sea operando independientemente, según el agente que la aplique.

Sujetos activos del delito son: en primer lugar, un funcionario público; como la ley no distingue y tampoco funciona aquí la exigencia de que se trate de un funcionario que *guarde* personas privadas de libertad, cualquiera que revista aquella calidad, fuere cual fuere la repartición a que pertenezca (siempre que a ésta le esté asignada competencia para privar de libertad) puede ser autor (contra: Reinaldi). Para tener este carácter basta que tenga (porque lo asumió o porque se lo entregaron) un *poder de hecho* sobre la víctima, aunque temporalmente no se prolongue más allá del necesario para infligirle la tortura. No opera aquí, por lo tanto, la limitación del art. 144 *bis*, inc. 3º, que excluye de la agravante a los funcionarios que no ejercen la guarda. En segundo lugar, la ley considera sujeto activo del delito a los particulares que impusieren tortura a la persona privada de libertad legítima o ilegítimamente; pero, para que ello ocurra, la tortura tiene que infligírsela a quien puede ser víctima del delito según lo especificado precedentemente; cuando el sujeto pasivo no reúna esa calidad, los hechos irán a parar a otras figuras de delitos contra la libertad o contra las personas. Si alguna duda podía plantear sobre esto el proyecto del Poder Ejecutivo, al tratar la situación del particular en un inciso aparte (duda relativa, eso sí, pues en él también se mencionaba a la víctima "privada de su libertad legítima o ilegítimamente"), ella desaparece en la actual estructura de la ley, en la que la integración del párrafo al mismo inciso y con expresa remisión al párr. 1º, ata la punibilidad del particular a todas las características que el delito asume en dicho párrafo (contra: Reinaldi).

b) *FIGURAS AGRAVADAS.* Las agravantes, contempladas en el inc. 2º, se refieren a los resultados de las torturas y son de dos órdenes: si fuere la *muerte de la víctima*, la pena es de reclusión o prisión perpetuas; si fueren *lesiones gravísimas*, la pena de la misma especie es de diez a veinticinco años. Quedan aquí comprendidos esos resultados tanto si fueren culposos como dolosos, aunque estos últimos sean directamente queridos por el agente; esto surge no sólo de los principios generales que rigen este tipo de agravantes, sino

también de la congruencia de las penas con las de las figuras de homicidio y lesiones gravísimas calificadas. Como es común en supuestos similares, la calificación requiere la constatación de una estricta relación de causalidad entre la tortura y la muerte o las lesiones gravísimas.

§ 734. *OMISIONES FUNCIONALES PUNIBLES.* – El art. 144 cuarto, agregado al Código Penal por ley 23.097, contempla una serie de omisiones funcionales; todas ellas tienen en común su relación con el hecho de la imposición de tortura del art. 144 tercero; sin embargo, no en todos los casos se requiere la comisión de ese delito (como veremos seguidamente).

a) *OMISIÓN DE EVITACIÓN.* El inc. 1º del art. 144 cuarto impone “prisión de tres a diez años al funcionario que omitiese evitar la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior, cuando tuviese competencia para ello”.

Trátase de un delito de omisión, donde la acción típica está descrita con rigorismo técnico; es la de *omitir* “evitar la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior”. Pareciera que la ley refiere el tipo a la evitación *antes de la comisión*, pero es adecuado dogmáticamente considerar que en el tipo queda incluido el funcionario que, teniendo conocimiento de la ejecución en obra actual del delito, no la hace cesar. Por supuesto que, objetivamente, debe darse en el agente la posibilidad material de interferir en la acción del autor de aquel delito (Olazábal).

Pero, además de esa posibilidad de índole material, para que el funcionario pueda ser considerado como autor de la omisión, tiene que poseer la posibilidad jurídica de interferir, esto es, competencia para disponer el cese de las actividades tendientes al delito o del hecho en obra; es un requisito similar al que exige el art. 143, inc. 6º.

b) *OMISIÓN DE DENUNCIA CALIFICADA.* El inc. 2º del art. 144 cuarto cuando dispone que “la pena será de uno a cinco años de prisión para el funcionario que en razón de sus funciones tomase conocimiento de la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior y, careciendo de la competencia a que alude el inciso precedente, omitiese denunciar dentro de las veinticuatro horas el hecho ante el funcionario, ministerio público o juez competentes”.

Aparentemente estamos ante una omisión de denuncia que se califica por el particular delito que se encubre con la omisión. Como en toda hipótesis de encubrimiento, en principio, es necesario, como presupuesto, la existencia de un delito consumado o en faz de tentativa.

Sin embargo, la remisión de la norma a la "competencia a que alude el inciso precedente" puede poner en tela de juicio tal exigencia, produciendo la ampliación del tipo a situaciones que no son propiamente de encubrimiento. Adviértase que se trata de una figura subsidiaria de la anterior: el funcionario que tiene competencia para evitar la comisión futura o hacer cesar la comisión en curso del delito del art. 144 tercero, no se releva de responsabilidad por el hecho de formular la denuncia. Pero la competencia a que se refiere el inc. 1º del art. 144 cuarto es la competencia para evitar la comisión; es esa competencia de la que carece el agente del delito del inc. 2º, por lo que puede pensarse que la conducta punible se ampliaría más allá del encubrimiento, comprendiendo a quien, teniendo noticia de que va a cometerse el delito no pone en conocimiento de la autoridad competente tal circunstancia. Hay que reconocer, sin embargo, que ésta es una conclusión discutible, que puede ser motivo de polémica, a lo que da lugar la imprecisión de la fórmula.

El conocimiento que el autor tiene que tener de los hechos no es cualquier conocimiento, sino el que ha adquirido *en razón de sus funciones*, o sea, debe tratarse del conocimiento que alcanza a raíz de una actividad propia del ejercicio de las funciones de su competencia; no es suficiente que se trate de un conocimiento que haya podido adquirir en ocasión de la función o al cual haya podido acceder por la función si no pertenece a la esfera de su propia actividad funcional.

De más está decir que la omisión sigue vigente aun cuando la denuncia se formule a un organismo o sujeto distintos de los mencionados por la norma, aunque el hecho se pusiese en conocimiento de una autoridad que carezca de la competencia de aquéllos. Además, la omisión típica no se anula por la denuncia formulada luego del plazo determinado que, claro está, se cuenta a partir del momento en que el autor ha adquirido el conocimiento; en este aspecto, la ley penal es constitutiva y *prima* sobre las procesales en cuanto ellas fijen otros plazos.

c) *PUNIBILIDAD ESPECIAL PARA LOS MÉDICOS.* La parte 2ª del inc. 2º del art. 144 cuarto dispone que “si el funcionario fuera médico se le impondrá, además, inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por doble tiempo de la pena de prisión”.

La norma, en sí, no plantea dificultades; sin embargo, se deberá tener presente que de ningún modo importa la derogación de los principios generales, ya que no en todos los casos el médico que es funcionario público queda marginado de la obligación de guardar el secreto profesional; cuando tenga que observarla no podrá ser autor del delito que nos ocupa.

d) *OMISIÓN DE PERSECUCIÓN CALIFICADA.* El inc. 3º del art. 144 cuarto castiga omisiones funcionales de los jueces: “Sufrirá la pena prevista en el inc. 1º de este artículo el juez que, tomando conocimiento en razón de su función de alguno de los hechos a que se refiere el artículo anterior, no instruyere sumario o no denunciare el hecho al juez competente dentro de las veinticuatro horas”. Como se ve son dos los tipos aquí previstos: uno propio del juez competente para perseguir el delito, el otro propio del magistrado que carece de dicha competencia.

El primero puede cometer la omisión calificada de perseguir el delito; es tal por cuanto constituye un tipo especial con relación a la figura del art. 274 que abarca a los jueces. Sin embargo, la norma de que estamos tratando contiene requisitos de mayor exigencia típica: el conocimiento se reduce al que el juez haya adquirido en razón de su actividad funcional específica, es decir, aquella para la que es competente, según lo que hemos explicado precedentemente. Además, el juez tiene que tener competencia para instruir sumario por el delito del art. 144 tercero, puesto que la omisión típica radica en *no instruir sumario*.

En este último aspecto suscítase el problema de saber si comete la omisión típica el juez que, siendo competente, no está asignado a la causa por razón de turno. El turno no es, en realidad, una regla de competencia sino de mero ordenamiento de materia. El juez, pues, en principio, no se releva de responsabilidad por aquella circunstancia, salvo en los casos en que la intervención del juez de turno pueda realizarse con la suficiente celeridad como para evitar la puesta en peligro del bien jurídico protegido, que es la misma efectividad de la justicia que ampara el art. 274 citado. La consi-

deración de las normas procesales locales tendrá importancia para resolver estas cuestiones.

Llama la atención que el sujeto activo típico sea sólo el juez, y el legislador haya dejado a los representantes del ministerio fiscal comprendidos en la punibilidad de la figura básica del art. 274. De esta manera, en muchas provincias, donde los jueces carecen de la facultad de promoción autónoma, la disposición resultará inocua (cfr. Reinaldi).

e) *OMISIÓN DE DENUNCIA CALIFICADA*. También el inc. 3° del art. 144 cuarto prevé este delito para el juez en cuanto él no sea el competente para instruir el sumario respectivo.

La omisión punible está constituida por *no denunciar* el hecho —del que ha tomado conocimiento por razón de su cargo— al juez competente para llevar a cabo la instrucción. En general vale aquí lo dicho al referirnos al inc. 2°.

La ley quiere que el hecho sea denunciado por el juez incompetente al juez competente. ¿Qué ocurre si lo pone en conocimiento del representante del ministerio fiscal que, como dijimos, en muchos regímenes procesales es el único habilitado para promover la investigación? La omisión podrá ser típica, pero no punible, puesto que si encuadra dentro de la regulación procesal, no podrá imputarse como delito lo que es cumplimiento de la ley (art. 34, inc. 4°, Cód. Penal).

§ 735. *PENAS DE INHABILITACIÓN*. — El inc. 4° del art. 144 cuarto dispone que “en los casos previstos en este artículo, se impondrá, además, inhabilitación especial perpetua para desempeñarse en cargos públicos. La inhabilitación comprenderá la de tener o portar armas de todo tipo”.

La primera inhabilitación no plantea dificultades. Sí lo hace la segunda, porque tomando en su significado gramatical la expresión *armas de todo tipo*, ella se extendería aun a las blancas; así, la inhabilitación comprendería desde la tenencia de una ametralladora hasta la de un cortaplumas. Sin embargo, se ha decidido repetidamente que la inhabilitación sólo puede recaer sobre una actividad que requiere una habilitación del Estado, de lo cual se infiere que la inhabilitación de que tratamos sólo puede recaer sobre armas de fuego, cuya tenencia y portación es lo que está reglamentado entre nosotros.

Sin duda esta penalidad originará cuestiones de justificación, especialmente las referentes a la necesidad de portación o tenencia dentro de los esquemas del art. 34.

Por supuesto que es criticable que el legislador haya dispuesto en forma específica esta inhabilitación para situaciones que, en gran medida, son de encubrimiento, y no para los autores de los hechos encubiertos, respecto de los cuales tendrán que aplicarse los principios generales (art. 20 *bis*, Cód. Penal).

§ 736. *NEGLIGENCIA FUNCIONAL PERMISIVA*. – Dice el art. 144 quinto: “Si se ejecutase el hecho previsto en el art. 144 tercero, se impondrá prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de tres a seis años al funcionario a cargo de la repartición, establecimiento, departamento, dependencia o cualquier otro organismo, si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios por dicho funcionario”.

Aunque no es muy feliz la redacción del artículo, lo que aquí se pune es la *omisión de la debida vigilancia o de la adopción de recaudos* que, de haberse observado o existido, hubiesen impedido la perpetración del ilícito en la sede del organismo o por personal de él fuera de su sede (ya que a este respecto la ley no distingue). La peligrosa amplitud autoral de la disposición encuentra una relativa limitación en la estricta causalidad expresamente establecida por el tipo: el presupuesto de la existencia de un delito del art. 143 tercero *cometido*, tiene que haber ocurrido en virtud de las comisiones del funcionario; las circunstancias de aquel delito deben demostrar con certeza que él se perpetró porque su comisión fue permitida por la situación creada en el organismo por las omisiones o directamente a raíz de una específica omisión concreta; tal es el significado atribuible a la expresión: “si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado...”.

Por supuesto que se trata de un delito culposo en el que la omisión no está voluntariamente dirigida a la permisión, pues si esto último se da estaremos en supuestos de participación en el delito del art. 143 tercero (Olazábal).

Decíamos que la extensión autoral del tipo es peligrosa, pues ella, en un orden gradativo podría alcanzar a todos los que ejercen

funciones de dirección o control; según ello, un hecho de tortura cometido en una seccional policial podría hacer extender la responsabilidad por las omisiones al oficial de guardia, al oficial de servicio, al inspector de zona, al jefe regional, al jefe de policía y, con algún grano de mala voluntad, al ministro del Interior o de Gobierno de provincia. La necesaria limitación, como apuntáramos, se establece por vía de la consideración de la causalidad: de todas las omisiones imputables a dichos funcionarios, únicamente lo serán penalmente las que, concretamente, en el caso, hayan dado lugar de una manera directa, a que el delito se cometiese.

IV. CONDUCCIÓN FUERA DE LAS FRONTERAS

§ 737. *EL TEXTO LEGAL.* – Según el art. 145 del Cód. Penal se reprime con reclusión o prisión de dos a seis años, al que “condujere a una persona fuera de las fronteras de la República, con el propósito de someterla ilegalmente al poder de otro o de alistarla en un ejército extranjero”.

§ 738. *LA DENOMINACIÓN DEL DELITO. FUNDAMENTOS DE LA PUNIBILIDAD.* – Algunos autores siguen denominando a este delito *plagio político*, denominación histórica que proviene de la época en que se lo consideraba atentado contra la soberanía, al someter a los súbditos de un príncipe al poder de otro. Actualmente, especialmente en nuestro sistema jurídico, lo que determina la punibilidad es el atentado a la libertad del sujeto pasivo constituido por el sometimiento, por lo cual no resulta muy adecuada ya esa denominación.

§ 739. *EL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO.* – No hay duda de que el delito se apoya en la falta de consentimiento de la víctima, o sea en el vencimiento de la voluntad contraria de ella, quebrantada por medios coactivos, o en el logro de su consentimiento viciado alcanzado mediante el error suscitado por medios engañosos. El alistamiento voluntario de argentinos para integrar un ejército extranjero, por ejemplo, realizado en el país, no es base fáctica para este delito.

§ 740. *ACCIÓN.* – La acción es la de *conducir* a una persona fuera de la República, no la de *sacarla*; el delito ya lo comete, por

tanto, quien lleva a la persona hacia la frontera, aunque no haya conseguido hacer que la traspase.

Como no se trata de un delito contra la libertad ambulatoria, es indiferente que para conducir a la víctima se la prive de la libertad de movimientos; también queda comprendida, como vimos, la conducción engañosa; el engaño puede recaer –entre otros– sobre el carácter del poder al que la víctima va a ser sometida (p.ej., hacerle creer que va a ser alistada en un ejército de la República en operaciones en el extranjero). Cuando el agente ha utilizado como medio la privación de libertad del art. 141, no cesando durante la conducción la permanencia de dicha acción, se trataría de un único hecho y ambas figuras concurrirían idealmente (art. 54, Cód. Penal).

§ 741. *EL ELEMENTO SUBJETIVO.* – El agente tiene que actuar con el propósito de someter a la víctima al poder de otro o alistarla en un ejército extranjero.

El *poder* al que se trata de someter a la víctima es el ejercido por cualquier persona u organismo, público o privado, que importe un dominio material sobre la persona de la víctima; algunos autores entienden que tiene que tratarse de un poder “legalmente regulado”, como sería la marina mercante, la justicia extranjera, las autoridades sanitarias del país al que se trata de llevar al sujeto pasivo, etc., pero eso no parece ser una exigencia típica: es suficiente que se trate de un poder que implique aquel dominio; pero, eso sí, tiene que tratarse de un sometimiento que no constituya una reducción a servidumbre o condición análoga, ya que el hecho de conducir a una persona para someterla a esa especie de poder constituiría una tentativa del delito previsto por el art. 140 del Cód. Penal (solución dogmáticamente adecuada, pero escasamente justa si se atiende a las penas).

El *ejército extranjero* es una de las formas que puede asumir el poder al que se trata de someter a la víctima, entendiéndose por tal todo conjunto militarmente estructurado, estatal o no, ajeno a la soberanía de la República.

Se comprende, pues, que la característica de ilegalidad del sometimiento procurado por el agente corresponde a cualquiera de los poderes genérica o específicamente enunciados. La ilegalidad no versa sobre la conducción, sino sobre el sometimiento procurado: la conducción, en sí, puede ser ilegal o legal (p.ej., cumpliendo estrictamente

tamente las reglamentaciones); lo que resultará ilegal (y ello fundamenta la punibilidad) será pretender un sometimiento cuando el agente carece de potestad para imponerlo o cuando lo hace sin observar las formalidades que para ese acto exigen las leyes nacionales (p.ej., el policía de un país vecino que persigue a un evadido y lo aprehende en territorio argentino, conduciéndolo a la frontera sin observar el procedimiento de la extradición). Cuando el sometimiento procurado no es ilegal, se excluye la tipicidad misma (p.ej., conducir al desertor de un ejército extranjero entregado por la República a sus autoridades cumpliendo pactos internacionales).

La ley 21.338 agregaba "o en una organización subversiva". La eliminación no tendrá mayor consecuencia dogmática ya que ésta, como el *ejército extranjero*, es una de las formas que puede asumir el poder al que se trata de someter a la víctima. Será necesario, sin embargo, tener presente la agravante genérica del art. 227 *ter*.

§ 742. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA*. – El delito se consuma cuando se comienza a conducir a la persona, desde cualquier punto del país, hacia la frontera, con la finalidad típica. No es indispensable para la consumación, como apuntamos, que se haya conseguido sacar a la persona del país y, mucho menos, que se la haya sometido efectivamente al *poder* que, como motivación, estaba en los planes del autor.

Parte de la doctrina admite la tentativa (p.ej., cuando se ha privado de libertad a la víctima para tratar de conducirla después y la liberan terceros antes de que la conducción haya comenzado; sin embargo, en ese caso parece que la supuesta tentativa del delito que nos ocupa quedaría absorbida por la privación ilegítima de libertad del art. 141 del Cód. Penal, según las reglas del concurso aparente de delitos), que se presenta cuando se despliegan procedimientos destinados a tratar de conducir a la persona con la finalidad típica, que en sí no son delictivos, como ocurriría si se hubiera desplegado un ardid para engañarla, sin conseguirla.

§ 743. *CULPABILIDAD*. – El dolo, que indefectiblemente tiene que ser directo por la estructura del tipo, reclama, como presupuesto, el conocimiento de la ilegalidad del sometimiento que se pretende. El error sobre tal circunstancia elimina, no sólo la culpabilidad, sino también el elemento subjetivo, con lo cual queda descartado el

tipo mismo, que califica con la expresión de “someter ilegalmente” la subjetividad de la conducta punible.

V. DELITOS RELACIONADOS CON MENORES

§ 744. *UBICACIÓN DE LOS DELITOS. SU CARACTERIZACIÓN COMO DELITOS CONTRA LA LIBERTAD.* – Los arts. 146 a 149 regulan figuras cuyo objeto es la persona de un menor. Se indica que el ataque no está directamente dirigido contra la libertad individual del menor, sino contra la tenencia de él por parte de quienes la ejercen legítimamente (padres, tutores, guardadores, etc.) y por eso se dice que, en verdad, se trata de ofensas a la familia del menor. Sin embargo, regulados estos ataques en nuestro derecho como delitos contra la libertad, reconozcamos que lo que la ley toma en cuenta es el libre ejercicio de las potestades que surgen de las relaciones de familia, que ciertos sujetos, originariamente o por delegación, tienen sobre el menor. Parte de la doctrina, sin embargo, esforzándose por justificar la ubicación de estos delitos en el título, sostiene que lo que ocurre es que el menor “se encuentra en una situación de dependencia... de otra voluntad”, y el autor lo que hace es usurpar ésta (Soller), con lo que, al fin, no se dice otra cosa distinta. Esta interpretación no deja de ser corroborada por la ley 24.270, al punir el impedimento u obstrucción ilegal del contacto de menores con sus padres no convivientes.

§ 745. *EL MENOR COMO OBJETO DE LOS DELITOS. CONSECUENCIAS.* – Lo dicho permite destacar dos cosas; por un lado, que la persona del menor, antes que sujeto pasivo del delito es objeto de la acción, como ya lo insinuamos; por el otro que, consecuentemente, es indiferente que medie o no el consentimiento del menor sobre la acción del agente; el carácter de las ofensas no permite rechazar la tipicidad cuando el menor presta su consentimiento; veremos que en los tipos de los arts. 148 y 149 ese consentimiento es un ingrediente de la tipicidad. Esta circunstancia es la que determina la gran diferencia de punibilidad que se da entre esos delitos y los de los arts. 146 y 147, que son –como ha dicho la doctrina– supuestos de robo o apropiación de menores.

A) SUSTRACCIÓN DE MENORES

§ 746. **ACCIONES TÍPICAS.** – El art. 146 del Cód. Penal reprime con pena de reclusión o prisión de cinco a quince años, a quien “sustrajere a un menor de diez años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare” (texto según ley 24.410).

Son acciones típicas la de *sustraer* al menor y la de *retener u ocultar* a un menor que ya ha sido sustraído. El pensamiento de que se trata de tres acciones distintas, totalmente autónomas entre sí, que tantos problemas interpretativos ha traído a nuestra doctrina, está completamente superado: la retención u ocultación tiene que referirse a un menor que haya sido sustraído para que tales conductas resulten típicas.

En la *sustracción*, el agente se apodera de la persona del menor, despojando de él a quien lo tenía legítimamente en su poder, apartándolo de los lugares donde ejercía su tenencia, logrando que el mismo menor se aparte (la inducción a la fuga del menor de diez años, coronada por el éxito, queda cubierta por la norma que examinamos), impidiendo que el legítimo tenedor vuelva a la tenencia del menor cuando aquélla se ha interrumpido por cualquier causa (p.ej., apoderándose del que ha sido dejado por descuido en una estación de ferrocarril). Con relación al menor, los medios de que se vale el agente son indiferentes –ya vimos que el consentimiento es irrelevante– pero, con referencia a la persona a quien se despoja de la tenencia, esos medios tienen que implicar la ausencia de su consentimiento, por lo cual el uso de medios coactivos o engañosos será indispensable cuando la sustracción no se haya perpetrado en ausencia de aquélla (lo que no explica muy bien la doctrina, que considera al menor más que como objeto, como víctima del hecho, lo cual ya dijimos que no es exacto) o no se haya actuado sobre la persona del menor, consiguiendo que él mismo sea quien quiebre el vínculo de la tenencia.

Retiene el que guarda al menor sustraído; *lo oculta* el que lo esconde, impidiendo el conocimiento de su ubicación por parte del legítimo tenedor; en este último caso no se trata simplemente de impedir el restablecimiento del vínculo de tenencia (como lo sostiene alguna doctrina), sino de impedirlo por el particular medio de

ocultar al menor. Pero ambas acciones tienen que referirse a la persona de un menor sustraído por la actividad de un tercero; esas acciones, desplegadas por el mismo agente de la sustracción, carecen de relevancia en orden a la punibilidad. De más está decir que la retención y la ocultación del menor a que se refiere el art. 146, desplazan las figuras de encubrimiento.

§ 747. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El delito se consuma cuando se ha desapoderado al legítimo tenedor de la persona del menor o se ha impedido que se reanude la vinculación interrumpida, aunque el agente no haya consolidado su tenencia sobre aquél (p.ej., consuma el delito quien induce a la fuga al menor de diez años y una vez que ella se produce no lo retiene), o cuando se han realizado los actos de ocultación o retención de un menor sustraído por otro. Todas esas conductas admiten tentativa.

§ 748. *SUJETOS. AUTOR. PARTICIPACIÓN.* – Sujeto activo puede ser cualquier persona. Se discute, sin embargo, si comete este delito el padre o la madre del menor que lo sustrae de la tenencia que legítimamente ejercía el otro cónyuge o un tercero por él; la doctrina y la jurisprudencia argentinas han negado que esas personas pudieran ser autores del delito, apoyándose en que éste es una pura ofensa a los derechos familiares de patria potestad o a los nacidos de la tutela o guarda, aunque puedan constituir otros delitos (como el de desobediencia); sin embargo, la actitud del padre que así procede vulnera la libertad del ejercicio de esos derechos, por lo cual aquella solución no es del todo coherente con la inclusión del tipo en los delitos contra la libertad.

Es admisible la participación en todos sus grados y especies. Pero, por supuesto, no es partícipe el que, mediando promesa anterior, retiene u oculta al menor después de sustraído por otro, ya que esas conductas están específicamente tratadas como supuestos de autoría por la norma.

§ 749. *SUJETO PASIVO.* – Ofendido por el delito es el que legítimamente ejerce la tenencia del menor de la que es despojado. La legitimidad de la tenencia puede estar fundada en un derecho reconocido legalmente (patria potestad), en un acto voluntario por quien tiene potestad para producirlo (tutela dativa), en una sentencia que

lo haya conferido (entrega de la guarda) o en un hecho no contrario a la ley (p.ej., institución que se hace cargo de un expósito). Faltando un sujeto pasivo que ejerza esa especie de tenencia, no se puede dar el tipo; así, no comete el delito quien se apodera de un menor de diez años que carece de padres, tutores o encargados, aunque se podría cometer contra él una privación ilegítima de libertad (Moreno).

§ 750. *CULPABILIDAD.* – Aunque se sostiene que el dolo de este delito requiere la intención de apropiarse del menor, ello no sería del todo exacto; basta que se quiera desapoderar al legítimo tenedor. Eso sí: cuando la sustracción obedece a una finalidad integrativa de otro delito, la figura del art. 146 puede quedar desplazada, como ocurriría en los casos de rapto o de secuestro extorsivo.

Cuando el delito está constituido por las acciones de retener u ocultar al menor sustraído por otro, el agente tiene que conocer esta circunstancia; en este caso la duda equivale al saber.

B) NO PRESENTACIÓN DE MENORES

§ 751. *CARÁCTER DEL DELITO.* – El art. 147 del Cód. Penal castiga con la misma pena que en el delito anterior al que “hallándose encargado de la persona de un menor de diez años, no lo presentara a los padres o guardadores que lo solicitaren o no diere razón satisfactoria de su desaparición”.

También aquí estamos en presencia de una ofensa al derecho de disposición de la persona del menor, que ejercen los padres o legítimos tenedores.

Para que se constituya el delito es necesario que el menor se encuentre a cargo del agente y que haya recibido de los padres o legítimos guardadores de aquél la solicitud de su entrega o presentación, cualquiera que sea la forma en que el requerimiento se haya formulado (puede serlo la comunicación misma de la denuncia de los padres o guardadores sobre la desaparición del menor).

§ 752. *ACCIONES TÍPICAS.* – Insiste la doctrina en que la verdadera conducta punible es la de haber *hecho desaparecer* al menor, lo cual podría ser discutible, tanto más cuanto que convertiría en

delito de comisión lo que es un delito de omisión: una cosa es que las conductas típicas sean indicativas de una desaparición u ocultación del menor, otra que se requieran acciones positivas donde la ley no habla más que de omisiones, sin que esto implique que se castigue a quien se encuentra en la imposibilidad de presentar al menor (preocupación que llevó a sostener aquella idea).

El delito se comete cuando *no se presenta al menor*, esto es, cuando no mediando una causa legítima, el agente se niega a exhibir al menor o a indicar el lugar donde se encuentra; no queda comprendido en el tipo quien, presentando al menor, se niega ilegítimamente a entregarlo cuando se lo exige quien tiene derecho a ello: esa conducta implica una sustracción del menor contemplada por el artículo anterior, puesto que el requerimiento de esa índole torna en ilegal la posterior tenencia del agente, que se convierte, de ese modo, en impedimento para el restablecimiento del vínculo de tenencia legítima (caso que no se distingue con precisión en la doctrina).

También comete este delito quien —mediando la ausencia del menor— *no da razón satisfactoria de su desaparición*. Da razón satisfactoria quien demuestra que la desaparición no se debió a su obra voluntaria, sino a la conducta del mismo menor o de un tercero, aunque hubiese mediado culpa de su parte; porque aquí, como dijimos, no se pune la imposibilidad de presentar al menor, sino las omisiones indicativas de una actitud dolosa del agente, enderezada a quebrar o a impedir la reanudación del vínculo de la tenencia legítima.

§ 753. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA*. — La tipicidad describe un delito de pura omisión, que se consuma cuando no se presenta al menor o no se da razón de su desaparición ante el requerimiento del ofendido, y adquiere permanencia mientras no se presente a aquél o no se dé la razón satisfactoria. No admite tentativa.

§ 754. *SUJETOS*. — Autor es quien está encargado de la persona del menor; tiene que tratarse de un encargo realizado por quien ya tenía legítimamente la guarda de aquél, por imperio de la ley o por otras causas legítimas (p.ej., guardadores): en otras palabras, el agente debe haber recibido una delegación de la guarda. No comete este delito quien ha sido directamente constituido guardador del menor, con exclusión de terceros —aunque su conducta puede ser tipificada por medio de otras normas penales—, ya que a él no se le

puede requerir la presentación por sujetos que ejerzan la guarda (p.ej., el tutor del menor).

Ofendido por el delito es quien, teniendo la guarda legítima del menor, la ha delegado en su materialidad, total o parcialmente, en el agente.

§ 755. *CULPABILIDAD.* – El dolo, que sólo puede ser directo, requiere el conocimiento de la calidad en que se tiene al menor. El error sobre esta circunstancia o sobre la legitimidad del requerimiento, hasta el *error iuris* sobre ellas, puede excluir la culpabilidad.

C) INDUCCIÓN A LA FUGA

§ 756. *ACCIONES TÍPICAS.* – Según establece el art. 148 del Cód. Penal se reprime con prisión de un mes a un año al 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”.

Inducir significa aconsejar seriamente al menor para que se fugue; no es suficiente la simple manifestación a él formulada de la conveniencia de que lo haga o la alabanza de la acción de un tercero que adoptara esa conducta: el agente tiene que desplegar toda una actividad destinada a persuadir al menor para que se *fugue*, es decir, a que abandone el lugar donde se encuentra, sea la casa de sus padres, tutores, encargados o guardadores, o un domicilio distinto, en que se encuentra a disposición de ellos o con su anuencia (colegio, institución militar o religiosa, etc.); no constituye el delito inducirlo a que salga de allí por lapsos más o menos prolongados, pero con la voluntad de volver, pues tal conducta no constituye el abandono propio de la fuga.

§ 757. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – Según los términos de la ley, la acción típica consistente en inducir se perfecciona con la actividad de persuadir desplegada por el agente sobre el menor, resultando indiferente, en cuanto a la consumación, que el menor lleve o no a cabo la fuga; lo que se pune es, en realidad, el peligro que constituye la inducción con respecto a la concreción de la fuga (Gómez, Núñez). Trataríase, entonces, de un delito formal, que no admite tentativa.

Parte de la doctrina (Soler, Fontán Balestra), sin embargo, afirma que el delito se perfecciona con la realización de la fuga por el menor inducido, por lo cual el acto de inducción fracasado constituirá una tentativa; no es ésta la interpretación que se ajusta al texto de la ley ni la que viene impuesta por la modalidad de protección del bien jurídico.

§ 758. *CULPABILIDAD.* – La naturaleza de la acción sólo admite una culpabilidad constituida por el dolo directo. El error exculpante puede funcionar a propósito de ciertas circunstancias del tipo, como sería la edad del menor a quien se induce.

D) OCULTACIÓN DE MENORES

1) FIGURA BÁSICA

§ 759. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 149, párr. 1º, del Cód. Penal castiga con la misma pena que el tipo anterior, al que “ocultare a las investigaciones de la justicia o de la policía, a un menor de quince años que se hubiere sustraído a la potestad o guarda a que estaba legalmente sometido”.

§ 760. *ACCIÓN TÍPICA.* – Es la de *ocultar a las investigaciones de la justicia o de la policía.* Lo que el agente debe ocultar es la persona del menor con el propósito de frustrar esas investigaciones, las que tienen que estar en curso. No constituye el delito –sin perjuicio de que la actividad pueda quedar cubierta por otros tipos– la actitud de quien oculta a un menor que no es buscado ni por la policía ni por la justicia.

El objeto de la ocultación es un menor de quince años y mayor de diez que se hubiere *sustraído de la potestad o guarda a la que estaba legalmente sometido*; es el menor el que debe haberse apartado, quebrando el vínculo de sometimiento a una tenencia que alguien ejercía legítimamente sobre él, como facultad determinada por la ley (padres, tutores) o como situación de hecho legítima (guarda, internación en instituto correccional, etcétera). La ocultación de un menor que no estaba sometido a una tenencia de tal naturaleza no constituye este delito.

§ 761. *CONFLUENCIA DE FIGURAS.* – El tipo requiere, como acabamos de ver, que haya sido el mismo menor el que se sustrajera de la tenencia que sobre él se ejercía; tiene que tratarse de un apartamiento que sea su obra. La figura queda desplazada cuando hubiese sido el ocultador quien indujo al menor a fugarse, según el art. 148 del Cód. Penal, ya que entonces la ocultación no sería más que el agotamiento de este delito.

Pero es discutible el caso en que se trata de un menor cuya fuga ha sido inducida por un tercero, teniendo conocimiento el ocultador de dicha circunstancia. El grueso de la doctrina sostiene que en esa hipótesis se comete un encubrimiento, porque lo que se oculta son los rastros de la acción típica del tercero; sin embargo hay que advertir que, aunque inducido, ha sido el mismo menor el que se ha sustraído de la tenencia, por lo cual la especificidad del art. 149, párr. 1º, desplazaría a las figuras de encubrimiento. Si se daría un encubrimiento y no la ocultación de que venimos hablando, cuando lo que se oculta son otros rastros del delito y no la persona misma del menor (p.ej., interceptar las noticias remitidas a la autoridad sobre el paradero del menor, borrar los rastros de su paso por determinado lugar, cuando no es el agente el que lo oculta personalmente).

§ 762. *CULPABILIDAD.* – El dolo requiere el conocimiento de la situación en que se encuentra el menor y el de la existencia de investigaciones judiciales o policiales que se realizan para dar con él, aunque hay que señalar que la duda sobre éstas equivale al conocimiento. Por esa causa, la figura se compatibiliza con el dolo eventual.

2) FIGURA AGRAVADA

§ 763. *LA AGRAVANTE. DISTINCIÓN CON OTROS DELITOS.* – El art. 149, párr. 2º, eleva la pena de prisión a la de seis meses a dos años cuando el menor que se oculta “no tuviere diez años”.

De conformidad con los principios que hemos sentado, si el menor no se ha sustraído él mismo de la tenencia en que se encontraba, sino que ha sido sustraído por otro en los términos del art. 146, esta última figura también desplaza a la agravante del art. 149, párr. 2º.

§ 764. *CULPABILIDAD.* – El dolo de la figura agravada requiere el conocimiento de la edad del menor; el error sobre ella puede tras-

ladar la punición a la figura básica (cuando el agente actúa creyendo que tiene más de diez años).

**E) IMPEDIMENTO U OBSTRUCCIÓN DE CONTACTO DE LOS PADRES
CON SUS HIJOS MENORES**

§ 765. *LOS TIPOS Y EL CARÁCTER DE LA ACCIÓN.* – La ley 24.270 ha venido a sumar dos tipos penales que, en definitiva, protegen el mismo bien jurídico que los delitos que acabamos de examinar, aunque el legislador les ha otorgado a aquéllos el carácter de delitos dependientes de instancia privada, disponiendo la incorporación de un inc. 3º al art. 72 del Cód. Penal. En efecto, el art. 4º de esa ley inserta el siguiente texto: “Inc. 3) Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes”, lo que acusa cierta desprolijidad, pues, como veremos, las acciones previstas en el art. 1º de la ley son las de *impedir* y la de *obstruir*; sin embargo, si la circunstancia delictual más grave constituye un delito dependiente de instancia privada no resultaría contradictorio considerar incluida en la misma disposición la de menor gravedad.

§ 766. *IMPEDIMENTO U OBSTRUCCIÓN DE CONTACTO.* – El art. 1º de la ley 24.270 reprime “con prisión de un mes a un año”, al “padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes”, agravando la pena (“de seis meses a tres años de prisión”) cuando se “tratare de un menor de diez años”.

Salvo en el caso de esta agravante, el *sujeto-objeto* del delito es un menor de edad, según la regla general del Código Civil. *Sujetos pasivos* son los padres *no convivientes* (uno de ellos o ambos, según los casos). En principio quedarían comprendidos en esta expresión tanto los padres naturales cuanto los adoptivos. Por otro lado, la interpretación más adecuada, en orden al bien jurídico protegido, es que la ley considera la *no convivencia* como situación de hecho, que no requiere necesariamente la mediación de un procedimiento judicial. Quedan comprendidas en el tipo tanto las situaciones en que no existe cohabitación bajo el mismo techo, cuanto las de habitación conjunta en esas condiciones, pero con separación corporal.

Autor puede ser uno de los padres respecto del otro o un tercero. Cuando esto último ocurra, como la característica típica de los sujetos pasivos es la *no convivencia*, si el tercero impidiera u obstaculizara el contacto del menor con uno o ambos padres *convivientes*, el hecho tendrá que ser examinado a la luz de los delitos que hemos tratado precedentemente, pero no podrá encuadrarse en la ley 24.270. Desde luego tanto el tercero, cuanto alguno de los padres *no convivientes* pueden asumir una intervención que no fuese propiamente la de autor (p.ej., la de instigador o cómplice).

Las acciones típicas son las de *impedir* (es decir, anular la posibilidad de contacto entre el menor y sus padres, de ambos o de algunos de ellos, según los casos) u *obstaculizar*, dentro de cuyo concepto quedarían abarcadas todas aquellas acciones que, sin llegar a eliminar toda posibilidad de contacto, la dificulten de modo apreciable, en consideración a circunstancias que tanto pueden referir al mismo sujeto pasivo cuanto al menor, reduciendo abusivamente la extensión o la calidad del contacto al que el sujeto pasivo tiene derecho. En este sentido, la ley requiere que el impedimento o el obstáculo sea *ilegítimo*: cuando medie un procedimiento judicial, con medidas de *contacto* jurisdiccionalmente dispuestas, el límite entre la legalidad y la ilegalidad quedará determinado por aquéllas; cuando tal cosa no ocurra, dicho límite dependerá de los deberes y facultades propios de la patria potestad coejercida por los padres.

Ambas acciones denotan —en el contexto típico— que estamos ante delitos de resultado (se tiene que haber *impedido*, se tiene que haber *obstaculizado*), con la culpabilidad dolosa que requiere el conocimiento de las consecuencias de la acción y la voluntad de lograrlas (aunque ello se sume a distintas finalidades no excluyentes). Siendo así no habría obstáculos para considerar la posibilidad de tentativa.

§ 767. *MUDANZA NO AUTORIZADA DEL MENOR.* — El art. 2º de la ley 24.270 asigna igual pena que en el párr. 1º del art. 1º al “padre o tercero que para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente, lo mudare de domicilio sin autorización judicial” (párr. 1º, art. 2º). La inclusión de este tipo en la ley no es del todo explicable, ya que asigna la misma pena a una conducta que hubiese quedado comprendida en el art. 1º de no habérsela previsto específicamente.

Pero corresponde advertir que aunque aparenta ser un tipo derivado (y probablemente esa ha sido la idea del legislador), en realidad es autónomo (pese al elemento común de la no convivencia de los padres), ya que la acción no es la de impedir u obstaculizar sino la de mudar el domicilio del menor, aunque con el fin de impedir el contacto. No se trata de un delito de resultado, sino de acción. Ésta no tiene necesariamente que haber tenido el éxito de impedir de modo efectivo, basta con que se haya mudado el domicilio del menor guiada por la finalidad típica. La expresión *domicilio del menor*—dado el carácter del tipo— es una referencia al lugar de habitación.

Se requiere que el cambio se realice *sin autorización judicial*. Cuando ha mediado la intervención de un juez, relacionada con la situación de no convivencia de los padres, o una particular disposición del menor por parte de un juez con especial competencia (juez de menores) no se presenta dificultad alguna, pero cuando aquello no ha ocurrido y el autor no necesita autorización para mudar el domicilio del menor, la eventual punibilidad de la conducta no procederá de este tipo, sino del art. 1º. Desde luego que, en los supuestos en que es necesaria la autorización judicial, el autor asumirá la conducta típica tanto si obra con ausencia total de ella como si lo hace excediéndose en las facultades que la existente le confiriere (arg. art. 2º, párr. 2º).

El elemento subjetivo típico se relaciona con una de las acciones previstas en el art. 1º (“para impedir el contacto con el menor”), no con ambas. Si lo que el autor ha querido es simplemente *obstaculizar* el contacto, el hecho puede operar como tentativa del delito previsto en aquel artículo.

La agravante que reconoce el delito radica en una hipótesis determinada: “Si con la misma finalidad lo mudare al extranjero sin autorización judicial o excediendo los límites de esta autorización, las penas de prisión se elevarán al doble del mínimo y a la mitad del máximo” (art. 2º, párr. 2º).

No obstante, el carácter derivado de este tipo (que reprime, en consecuencia, la misma conducta que en el párrafo anterior) cabe señalar que, en estos supuestos, la autorización judicial es, en principio, necesaria, aunque no exista un procedimiento específico sobre la situación de no convivencia de los padres o de disposición del menor.

VI. AMENAZA

§ 768. *EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.* – Lo que se protege es la libertad psíquica que encuentra su expresión en la intangibilidad de las determinaciones de la persona. Las amenazas atacan esa libertad, menoscabando la normalidad de las condiciones dentro de las cuales el hombre puede determinarse sin condicionamientos procedentes de terceros: el núcleo de la ilegitimidad que se castiga no reside tanto en que ellas sean susceptibles de crear un estado de temor o inquietud en quien las sufre, sino en que ese estado le impone al individuo limitaciones que no tendrían por qué existir, que le impiden ejercer aquella libertad en la medida deseable, o sea, en que quiebran o perturban (mejor dicho en que pueden crear el peligro de quebrar o perturbar) la situación de normalidad dentro de la que el sujeto pasivo puede determinarse sin traba alguna.

A) FIGURA BÁSICA

§ 769. *EL TEXTO LEGAL Y SUS VARIACIONES.* – El art. 149 *bis*, párr. 1º, cláusula 1ª, del Cód. Penal, reprime con prisión de seis meses a dos años al que “hiciera uso de amenazas para alarmar o amedrentar a una o más personas”. Este texto proviene de la ley 20.642; el legislado por ley 17.567 –que fue el primero que se introdujo en nuestro derecho vigente– disponía: “El que hiciera uso de amenazas injustas y graves para alarmar o amedrentar a una o más personas, será reprimido con prisión de un mes a un año”.

§ 770. *ACCIÓN TÍPICA. CONCEPTO DE AMENAZA.* – Puede decirse que la amenaza es la “manifestación de voluntad del agente de ocasionar o de concurrir a ocasionar al sujeto pasivo el daño futuro de que se trate” (Manzini); queda, pues, fuera de la significación típica, la simple expresión de deseos de que a alguien le ocurra un mal (“ojalá te maten”).

§ 771. *CONTENIDO DE LA AMENAZA: EL DAÑO ANUNCIADO.* – El contenido de la amenaza es, pues, un *daño*, en cuanto lesión o detrimento de un bien o interés de una persona, de carácter *ilegítimo*,

o sea, que el paciente no está obligado a sufrir, aunque no se trate necesariamente de un ilícito penal, y *futuro*, ya que sólo de ese modo puede constituir un peligro potencial para la víctima, capaz de perturbar su normalidad vital: no es típica la mención de un mal que hubiera podido ocurrir en el pasado ("te hubiese matado"), o de un mal presente que actualmente se está sufriendo, pero sí lo puede ser el anuncio de la renovación de un mal que se ha sufrido o se está sufriendo.

El daño amenazado puede recaer sobre el mismo sujeto pasivo (sobre su persona o sus bienes), como sobre la persona o bienes de terceros, ya se trate de sujetos vinculados con la víctima o que aunque no tengan esa vinculación, la magnitud del daño que se anuncia sobre ellos haga que pueda influir sobre aquélla (p.ej., colocar un explosivo en una escuela).

§ 772. *SERIEDAD DE LA AMENAZA.* – La doctrina exige la *seriedad de la amenaza*, con lo que, al fin, no se señalan más que las características que debe revestir el daño anunciado. Éste tiene que ser, por lo menos, *posible*, es decir, que pueda realmente ocurrir; en principio es atípico el anuncio de un mal de imposible realización porque por su carácter es naturalmente imposible o por la particular imposibilidad física o jurídica del agente para realizarlo. Correlativamente es una exigencia implícita de la tipicidad lo que se ha llamado *governabilidad del daño*; como mínimo tiene que mostrarse como dependiente de la voluntad de quien formula la amenaza, por su propia acción o por la acción de un tercero supeditado voluntariamente a él (como podría ser un eventual partícipe o un supuesto de autoría mediata). Pero éste no es un requisito estrictamente objetivo, es suficiente con que la operabilidad real del daño y su gobernabilidad, en los términos que expusimos, se presente de ese modo ante el sujeto pasivo; las amenazas falsas o simuladas pueden llegar a ser típicas en casos en que la víctima no conozca la imposibilidad de su producción o de su producción por voluntad del autor.

§ 773. *GRAVEDAD E INJUSTICIA DE LA AMENAZA.* – Aunque la fórmula actualmente vigente no contiene los adjetivos de "injustas y graves" con que la ley 17.567 calificaba a las amenazas, ellas no han desaparecido de la tipicidad. Las amenazas tienen que ser *injustas*, lo cual se da cuando el daño amenazado no tiene por qué ser

soportado por el sujeto pasivo a raíz de una imposición jurídica, o sea, son injustas cuando el agente no tiene derecho a inferir el daño; la amenaza justa, aunque vaya enderezada a amedrentar al paciente, no es típica ("si no pagas te ejecuto"). Las amenazas son *graves* cuando el mal amenazado tiene suficiente entidad para producir una efectiva vulneración de la libertad, creando un estado de alarma o temor y eso ocurre cuando aquél puede afectar derechos o intereses jurídicamente protegidos de cierta relevancia (no lo sería, p.ej., amenazas con negar el saludo).

§ 774. *IDONEIDAD DE LA AMENAZA.* – Este último tema se relaciona con la cuestión de la *idoneidad de la amenaza* para crear el estado de alarma o temor, en la que algunos tratadistas pretenden dejar, *a priori*, fuera de la tipicidad la que no sería idónea para originar ese estado, empleando para determinar la idoneidad distintos criterios (objetivos –p.ej., el criterio del hombre medio– o eminentemente subjetivos, relacionando el problema con las particulares condiciones y circunstancias del sujeto pasivo). Pero es indudable que cuando la existencia de un estado de alarma o temor ha sido comprobada como efectivamente procedente de la amenaza, su idoneidad no podrá ser puesta en tela de juicio. La cuestión se plantea como juicio *ex ante*, cuando el estado de amedrentamiento o temor no se ha producido en el receptor de la amenaza; entonces sí es necesario acudir a criterios de razonabilidad, relacionándolo con el concepto de hombre común en las particulares circunstancias en que se encontró el sujeto pasivo, y será en esos supuestos donde la amenaza inidónea podrá quedar marginada de la tipicidad. El caso de la amenaza falaz o simulada –a la que ya nos hemos referido– tiene que medirse con esos criterios, pero siempre hay que tener presente que no se debe confundir la idoneidad de la amenaza con la capacidad efectiva del autor para ocasionar o hacer ocasionar el daño que anuncia.

§ 775. *MEDIOS Y MODALIDADES.* – La amenaza puede ser verbal (oral o escrita), real (ademanos o actitudes figurativas del daño futuro; p.ej., pasar el cuchillo por el cuello) o simbólica (signos o diseños figurativos, como sería enviar un dibujo de un cráneo con tibias cruzadas), pero siempre tiene que formularse de manera que resulte inteligible como amenaza para el sujeto pasivo. Dentro de

la amenaza real queda comprendido el despliegue de violencia sobre el sujeto pasivo como indicativa del futuro daño que constituiría su continuación o repetición, o sea cuando se la aplica "a título de paradigma de lo que puede ocurrir" (Rodríguez Devesa).

§ 776. *ELEMENTO SUBJETIVO.* – La amenaza tiene que ser usada para *alarmar* o *amedrentar al sujeto pasivo*. Alarma es la situación en que el sujeto espera algo que puede ocurrir y serle dañoso. Temor es el sentimiento de miedo suscitado por la alarma. Puede darse una situación de alarma que no llegue a producir temor en la persona, sin que por ello se desmerezca el carácter típico de la amenaza; pero ese carácter no aparece cuando el anuncio del daño no persigue la finalidad de suscitar alarma o temor (p.ej., la finalidad meramente expositiva), aunque por un error de la víctima se haya producido en ella aquel estado.

§ 777. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El delito se consuma cuando surge el peligro de que el anuncio del mal alarme o amedrente al sujeto pasivo, lo que pasa cuando llega a su conocimiento de tal modo que capte o tenga posibilidad de captar el carácter amenazador de ese anuncio. Aunque se ha negado la posibilidad de la tentativa, ella es posible, especialmente en los casos de amenazas por escrito o simbólicas, cuando el escrito o el símbolo que se han enviado no llegan al destinatario por causas ajenas a la voluntad del agente.

§ 778. *CONFLUENCIA DE FIGURAS. SUBSIDIARIEDAD DEL DELITO.* – Es un delito eminentemente subsidiario: lo absorbe cualquier otro para el que la acción de amenazar sea medio típico o circunstancia agravante (en la violación, el robo con intimidación, la extorsión, etcétera). En sí mismo el hecho de amenazar puede también transformarse en un delito distinto por la calidad del sujeto pasivo que lo sufre o las circunstancias en que se lo produzca (p.ej., en el desacato, actualmente derogado).

Pero si el agente infiere el daño con el que amenazó y que constituye en sí un ilícito penal, y entre el momento de la amenaza y el del infligimiento del daño se insertan circunstancias que permiten distinguirlos, la amenaza no queda desplazada, sino que concurre realmente con el delito de que se trate (p.ej., anunciar a alguien que se lo va a castigar y hacerlo varios días después de formulada la amenaza).

§ 779. *SUJETO ACTIVO. PARTICIPACIÓN.* – Sujeto activo del delito puede ser cualquier persona; incluso puede serlo quien va a compartir el daño con la víctima (p.ej., el condómino que amenaza con prender fuego a la propiedad común), y hasta admite la doctrina que lo sea aquel sobre el cual va a recaer exclusivamente el daño (p.ej., el hijo que amenaza al padre con suicidarse). Todas las formas de participación son admisibles.

§ 780. *SUJETO PASIVO.* – También puede ser sujeto pasivo cualquier persona que tenga suficiente capacidad de intelección para entender que se la amenaza. No pueden ser sujetos pasivos, por tanto (podría aparecer entonces un delito putativo), quienes carezcan de capacidad para captar el sentido de amenaza del anuncio por insuficiencias psíquicas o físicas, siempre que en el caso la captación sea totalmente imposible; no deja de ser sujeto pasivo quien puede sustituir su incapacidad por otros medios que le permitan captar la amenaza (el ciego que puede hacerse leer la carta amenazadora). Lógicamente, tiene que tratarse de un sujeto pasivo determinado o que pueda determinarse (p.ej., la amenaza dirigida a los socios de un club); la amenaza indeterminada (al público en general o a grupos raciales o religiosos) puede constituir delito perteneciente a otros títulos, pero no el que nos ocupa.

§ 781. *CULPABILIDAD.* – El dolo requiere el conocimiento de cada una de las circunstancias típicas precedentemente expuestas y la expresa voluntad de amenazar para suscitar alarma o temor en la víctima: el elemento subjetivo que trae el tipo excluye cualquier dolo que no sea el directo. El error puede llegar a excluir la culpabilidad, aun el que tiene carácter de error iuris, como ocurre cuando el agente cree erróneamente en la justicia del daño con que amenaza.

B) FIGURAS AGRAVADAS

§ 782. *EL TEXTO LEGAL Y SUS VARIACIONES.* – El art. 149 *bis*, párr. 1º, cláusula 2ª, eleva la pena de prisión a la de uno a tres años, “si se emplearen armas o si las amenazas fueren anónimas”. El texto de la ley 17.567 agravaba la pena cuando el hecho hubiese sido cometido “con armas de fuego o por tres o más personas reunidas o si las amenazas fueren anónimas”.

1) EMPLEO DE ARMAS

§ 783. *ARMAS COMPRENDIDAS. FUNDAMENTO DE LA AGRAVANTE.* La circunstancia de que la ley actual haya eliminado el complemento “de fuego” de las armas, que traía la ley 17.567, nos obliga a determinar qué armas quedan comprendidas.

No parece posible extender el concepto más allá de las armas propias (las destinadas ordinariamente a la ofensa o a la defensa activa) e impropias, equiparadas a las propias (que aunque tienen un destino distinto, son aptas para ofender, como el cuchillo de trabajo) o impropias en sí mismas (las que por sus características de punta o filo, su potencialidad contundente o su dañosidad, pueden utilizarse para ofender), puesto que aquí la razón de ser de la más intensa punibilidad reside en el mayor poder intimidatorio de la acción realizada con el instrumento; lo cual indica, por otra parte, que no es indispensable que la potencialidad del arma responda estrictamente a la que verdaderamente tienen las de su tipo, siendo suficiente que pueda aumentar la intimidación de la víctima por desconocer ésta las deficiencias de aquéllas (p.ej., pistola descargada).

§ 784. *MODO DE UTILIZACIÓN.* – El uso agravatorio del arma puede asumir distintas modalidades: apoyar una amenaza expresada en otra forma, o mostrándola de tal manera que su exhibición constituya en sí misma la amenaza. La simple portación oculta y aun patente no es de suyo apta para constituir la amenaza agravada, pero sí puede serlo cuando el agente le otorga carácter amenazador a la portación (por medio de ademanes, como puede ser palmear el revólver).

2) AMENAZAS ANÓNIMAS

§ 785. *FUNDAMENTO DE LA AGRAVANTE.* – Aquí la agravante viene determinada por el mayor temor o alarma que producen estas especies de amenazas al no poderse conocer su origen, lo cual dificulta tomar las medidas necesarias para evitar el daño amenazado.

§ 786. *MODOS DEL ANONIMATO.* – El anonimato reside en la imposibilidad o en las graves dificultades para descubrir la identidad del autor; comprende todos los supuestos en que el agente procura

que la víctima no sepa quién la amenaza. Así, en la amenaza oral puede producirse el anonimato por la ausencia del sujeto (p.ej., utilizando el teléfono) o, si se realiza en su presencia, por medio de cualquier procedimiento que deforme la voz, la imagen (disfraces) o no permita ver al agente (p.ej., ocultándose en las sombras). En la escrita puede darse por medio de la ausencia de indicación del remitente, o firmando con un seudónimo desconocido por el receptor (sabiendo que no lo conoce), atribuyéndose la identidad de una persona distinta (existente o no) o utilizando la denominación de un grupo o asociación.

VII. COACCIONES

A) FIGURA BÁSICA

§ 787. *EL TEXTO LEGAL Y SUS VARIACIONES.* – El art. 149 *bis*, párr. 2º, del Cód. Penal reprime con prisión o reclusión de dos a cuatro años al que “hiciera uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad”. El texto anterior (ley 17.567) se refería al que “mediante amenazas graves o violencias compeliere a otro a hacer, no hacer o tolerar algo a lo que no está obligado”.

§ 788. *EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.* – Podemos decir que lo amparado por la ley es “la autonomía de las voliciones y las acciones” (Maggiore). La protección se extiende desde la libertad para determinarse a hacer o no hacer, hasta la libertad de obrar según esa determinación. Si en las amenazas se ataca la libertad mediante la creación de un estado que influye en las determinaciones del sujeto, aquí se la ataca anulando esa determinación o las manifestaciones concretas de ella. En las coacciones, la ilicitud consiste en la prevalencia ilegítima de la voluntad ajena sobre la propia, la cual puede verse eliminada tanto en su etapa de formación como en la de ejecución. De más está decir que, consecuentemente, el delito reclama la existencia de una voluntad contraria a la del agente: el consentimiento del sujeto pasivo, prestado sin tener en cuenta la imposición de aquél (aunque hubiera existido), queda al margen de la tipicidad (p.ej., que el paciente no haya realizado lo que se le

exigía por el hecho de la exigencia, sino porque convenía a sus intereses).

§ 789. *ACCIÓN TÍPICA. LA EXCLUSIÓN DE LA VIOLENCIA COMO MEDIO COMISIVO.* – La conducta típica es la de *usar amenazas*; a diferencia de lo que ocurría en el texto anterior, no se enuncia la utilización de la violencia para lograr la finalidad típica. Desde luego, la enunciación taxativa de un determinado medio para coaccionar excluye otros distintos; en principio, pues, la violencia queda fuera del tipo (y únicamente como medio de vulneración de otros aspectos de la libertad podrá ser considerada en virtud de tipos que de ese modo la contemplen); así como también quedan excluidos de la tipicidad los medios idóneos para sustituir una voluntad por otra que impliquen procedimientos no coactivos (el engaño).

Pero la circunstancia de que se haya excluido la violencia como medio comisivo no descarta que, en ciertas condiciones, pueda ella operar en las coacciones, lo cual ocurre cuando se la ejerce más propiamente como medio compulsivo (como amenaza) que como vencimiento puramente físico, o sea cuando se obra por la intimidación que ocasiona creando un estado de alarma o temor que lleva a la víctima a hacer algo que no quiere o a dejar de hacer algo que quiere. Por lo tanto, la *vis compulsiva* constituida por una acción física actual, demostrativa de una continuación, repetición o intensificación futuras de ella condicionada al acatamiento de la voluntad del agente por parte del sujeto pasivo, constituye una amenaza cuyo desarrollo queda comprendido en el tipo de coacciones; lo mismo puede decirse de la violencia que se ejerce sobre terceros para influir sobre el sujeto pasivo.

§ 790. *LA AMENAZA COMO MEDIO COMISIVO. PRINCIPIOS APLICABLES.* – Las amenazas, como medio comisivo de las coacciones, siempre son condicionadas en cuanto la inferencia del daño se hace depender de la decisión del sujeto pasivo sobre la conducta que de él pretende el agente. En lo demás, los principios que hemos expuesto al referirnos al delito del art. 149 *bis*, párr. 1º, son de aplicación al de coacciones: el daño amenazado tiene que ser futuro, presentarse al sujeto pasivo como dependiente de la voluntad del agente, y puede recaer sobre la propia víctima de las coacciones o sobre un tercero. Pero algunos de estos criterios presentan particularidades

cuando se trasvasan al delito de que aquí tratamos; así ocurre, p.ej., con relación al tema de la idoneidad de las amenazas como medio de coacción. En el delito de coacción la cuestión tiene que encasarse desde el punto de vista de su aptitud para constreñir al sujeto pasivo a que doblegue su voluntad ante la del agente.

§ 791. *EL ELEMENTO SUBJETIVO.* – El tipo se construye poniendo el acento sobre la ilegitimidad del propósito del agente de *obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad*. La amenaza tiene que constituir para el agente el medio de obtener una determinada conducta de la víctima, formada por un hacer (realización positiva de un acto), un no hacer (omisión de un acto) o un tolerar (que no es más que una forma de no hacer: no impedir que otro haga algo). El contenido de la imposición tiene que ser una conducta determinada; si no lo es (p.ej., portarse bien), el ilícito sólo podrá caber en el delito de amenazas. Además, la exigencia debe resolverse en un hacer o en un omitir que sea posible para el sujeto pasivo; cuando para él sea imposible (material o jurídicamente), la acción también deberá ser examinada como amenaza.

Lo exigido puede ser algo lícito (opcional para el sujeto pasivo según el derecho) o ilícito, trátase o no de un delito. Si lo que se exige es la comisión de un delito, cuando la motivación del agente haya sido la de perpetrarlo por medio del coaccionado, responderá como autor mediato del que se haya tentado o consumado, quedando de ese modo desplazada la figura de coacciones.

§ 792. *INJUSTICIA DE LA AMENAZA.* – También aquí el daño amenazado tiene que ser injusto; pero la injusticia de las amenazas que se utilizan en las coacciones depende tanto de la ausencia de una obligación jurídica de hacer o no hacer lo exigido por parte del amenazado, como de la ausencia de facultades jurídicas en el agente para formular la exigencia, aunque en este segundo caso el paciente tenga la obligación jurídica de hacer o no hacer lo que se le requiere. La expresión de la ley *contra su voluntad* indica que la injusticia de la amenaza no depende exclusivamente de la voluntad contraria del sujeto pasivo, sino, básicamente, de su *voluntad contraria jurídicamente admisible*; la coacción alcanzará tipicidad cuando el derecho admita –otorgándole validez– su oposición a la exigencia del agente. Lo que está en juego es la “injusticia de la imposición”

(Manzini) y no exclusivamente la injusticia intrínseca del daño anunciado.

La injusticia de la amenaza coaccionante puede provenir de la injusticia del daño anunciado cuando éste no constituya el ejercicio de una facultad jurídica del agente, porque la exigencia no se refiere a una acción u omisión debida por el sujeto pasivo o porque la forma en que se lo quiere obligar a que cumpla con lo que le es exigible, es de suyo ilícita (p.ej., amenazarlo de muerte si no paga una deuda). Esta última situación está contemplada en otros derechos en un tipo autónomo (el *ejercicio arbitrario del propio derecho*), pero en nuestro sistema queda comprendido en el delito de coacciones. La injusticia de la imposición puede proceder también de la finalidad perseguida por el agente, aunque el daño anunciado no sea intrínsecamente injusto, al proceder de una facultad que le sea jurídicamente reconocida (p.ej., querellar, denunciar), si el anuncio se esgrime para exigir del sujeto pasivo algo que no está jurídicamente obligado a soportar, lícito (p.ej., casarse con determinada persona) o ilícito (p.ej., cometer un delito).

La coacción será justa, y por lo tanto atípica, en todas las circunstancias en que jurídicamente el sujeto pasivo no pueda hacer algo distinto de lo que trata de imponerle el agente (p.ej., que se abstenga de cometer un delito).

§ 793. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – Lo que para la fórmula de la ley 17.567 era un delito de resultado, que se consumaba cuando el sujeto pasivo hacía u omitía según lo exigido, a partir de la ley 20.642 se convirtió en un delito formal, que se consume con la mera utilización de la amenaza con la finalidad de obligar al amenazado, independientemente del resultado obtenido por el procedimiento compulsivo.

La tentativa es admisible en la misma medida que en el delito de amenazas, pese a las dudas que su reconocimiento ha suscitado en la doctrina.

§ 794. *CONFLUENCIA DE FIGURAS. SUBSIDIARIEDAD DEL DELITO.* Tanto como el de amenazas, también el de coacciones es un medio represivo suplementario. Trátase de un delito subsidiario, cuyo presupuesto de aplicación es la no previsión del hecho por otros tipos particulares, en los cuales la coacción funcione instrumentalmente pa-

ra la vulneración de distintos bienes jurídicos (incluso el de la libertad en otras manifestaciones); esos tipos absorben el de coacciones.

Por supuesto que el efecto de la subsidiariedad no se da cuando, en cumplimiento de la amenaza previamente formulada, el agente infiere después el daño (habrá entonces un concurso real), ni cuando la amenaza fue formulada por medio de una violencia intimidatoria que produjera lesiones (las cuales concurrirán idealmente con las coacciones si su entidad no supera el mínimo normal indispensable para el despliegue de la violencia, p.ej., equimosis de poca importancia).

§ 795. *SUJETO ACTIVO. PARTICIPACIÓN.* – Autor puede ser cualquier persona; pero, en algunos casos, la calidad del sujeto activo en unión con la naturaleza de la exigencia, puede cambiar el título (así ocurre, p.ej., en las exacciones ilegales). Admite todos los grados de participación.

§ 796. *SUJETO PASIVO.* – El sujeto pasivo tiene que presentar las mismas características que en el delito de amenazas; pero, además, tiene que ser un sujeto capaz de determinarse, es decir, tiene que poseer, cuando menos, la capacidad de querer, aunque no sea plena.

§ 797. *CULPABILIDAD.* – El dolo requiere en el agente el conocimiento del carácter injusto de la amenaza y la voluntad de utilizarla para coaccionar según las finalidades típicas. Únicamente cabe el dolo directo que impone el elemento subjetivo típico. El error sobre la ilegitimidad de la coacción puede eliminar la culpabilidad.

B) FIGURAS AGRAVADAS

§ 798. *EL TEXTO LEGAL.* – En las coacciones, el art. 149 *ter*, en el inc. 1º, eleva la pena a la de tres a seis años de reclusión o prisión, “si se emplearen armas o si las amenazas fueren anónimas”; y en el inc. 2º establece que la pena será de cinco a diez años de reclusión o prisión, en el ap. *a*, “si las amenazas tuvieran como propósito la obtención de alguna medida o concesión por parte de cualquier miembro de los poderes públicos” y en el ap. *b*, si “tuvieren como

propósito el de compeler a una persona a hacer abandono del país, de una provincia o de los lugares de su residencia habitual o de trabajo”.

§ 799. **FUNDAMENTOS DE LAS AGRAVANTES.** – Se advierte, pues, que en la fórmula vigente, las agravantes de las coacciones responden a una doble orientación, en unas, el legislador ha tenido en cuenta, como en las amenazas, la mayor eficacia intimidatoria del medio empleado; en otras, la importancia del modo con que se vulnera la libertad de la víctima a tenor del contenido de las exigencias del agente.

**1) COACCIONES AGRAVADAS POR EL MAYOR PODER
INTIMIDATORIO DEL MEDIO EMPLEADO**

§ 800. **REMISIÓN.** – El art. 149 *ter*, inc. 1º, del Cód. Penal enuncia el *uso de armas* y el *anonimato* en las amenazas utilizadas. Todos los principios que explicamos al comentar idénticas agravantes en el supuesto de amenazas tienen aplicación aquí.

**2) COACCIONES AGRAVADAS POR LOS PROPÓSITOS
PERSEGUIDOS POR EL AUTOR**

§ 801. **AGRAVANTES COMPRENDIDAS.** – De las dos que prevé la ley, en la una se toma en cuenta la influencia que el delito puede ejercer sobre el orden administrativo y la correcta ejecución de las leyes; en la otra, las consecuencias que la exigencia puede producir en la vida del sujeto pasivo.

a) COACCIONES A MIEMBROS DE LOS PODERES PÚBLICOS

§ 802. **EL CONTENIDO DE LA EXIGENCIA.** – El propósito que agrava es el de *obtener alguna medida o concesión de un miembro de los poderes públicos*. Por *medida* se entiende cualquier disposición o resolución; la *concesión* importa el otorgamiento de algo. El contenido de la exigencia puede ser un acto lícito o ilícito; la injusticia de la coacción se apoya, primordialmente, en el medio seleccionado para obtener la medida o la concesión.

§ 803. *SUJETO PASIVO.* – Para que se dé la agravante, el sujeto pasivo tiene que ser un miembro de los poderes públicos. Puede ser cualquier componente de los poderes del Estado nacional o de los Estados provinciales o de los municipios, en cuanto tengan posibilidad de disponer, resolver u otorgar lo que se exige de ellos; cuando tal posibilidad no exista la amenaza carecerá de idoneidad agravante, pudiendo quedar comprendida en la figura básica (p.ej., requerir al empleado de plazas y paseos que ponga en libertad a un detenido que guardan las autoridades del servicio penitenciario); pero, dándose aquella posibilidad, es indiferente que se trate de un funcionario o de un empleado.

§ 804. *CONFLUENCIA DE FIGURAS.* – En estas cuestiones no se tiene que perder de vista el carácter subsidiario del delito de coacciones; por consiguiente, cuando la amenaza contra el miembro de los poderes públicos constituye el medio coactivo típico de otros delitos, la coacción agravada queda desplazada por ellos, aunque su escala penal sea menor (p.ej., el atentado del art. 237, Cód. Penal).

No hay mayores dificultades para distinguir estas coacciones agravadas de los delitos de rebelión y sedición (arts. 226 y 229, Cód. Penal), en los que la finalidad del agente sea *arrancar concesiones a los poderes públicos*, puesto que esos tipos no se refieren a un miembro particular de los poderes, y requieren además el específico medio del alzamiento grupal.

b) COMPELIMIENTO AL ABANDONO DEL PAÍS, DE UNA PROVINCIA O DE LOS LUGARES DE RESIDENCIA HABITUAL O DE TRABAJO

§ 805. *CONCEPTO DE LOS LUGARES MENCIONADOS EN EL TIPO.* – Cuando la ley se refiere al país, lo hace refiriéndose a la República Argentina; no queda comprendida en el tipo la pretensión de que la víctima abandone un país distinto. Cuando lo hace a una *provincia*, se refiere a cualquier provincia de la República, aunque el sujeto pasivo no resida en ella.

Los lugares de *residencia habitual* o *de trabajo* son los que ocupa actualmente el sujeto pasivo; el hecho de tratar de impedir que cambie de residencia o asuma un trabajo queda comprendido en el tipo básico de coacciones.

§ 806. *CONCEPTO DE ABANDONO.* – El propósito del agente no se refiere a un abandono que no implique sólo un alejamiento fugaz y temporal de los lugares indicados, sino a un alejamiento más o menos definitivo o relativamente prolongado. La utilización de amenazas para lograr un alejamiento que no tenga estas características, tampoco pasa de la esfera de la figura simple.

CAPÍTULO II

VIOLACIÓN DE DOMICILIO

§ 807. *EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. RESERVA DE LA INTIMIDAD.* – Una de las manifestaciones de la libertad individual es, como vimos, el mantenimiento de una esfera de reserva dentro de la cual el individuo puede desenvolverse sin la injerencia de terceros. Esa esfera de reserva se traduce, entre otras manifestaciones, en el ámbito de intimidad del individuo constituido por su domicilio. Los delitos de este capítulo protegen, precisamente, ese ámbito de la intromisión de terceros contra la voluntad de su titular.

I. EL TIPO GENERAL

§ 808. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 150 del Cód. Penal establece que será reprimido con prisión de seis meses a dos años “si no resultare otro delito más severamente penado, el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo”.

§ 809. *ACCIÓN TÍPICA.* – La acción punible es la de *entrar*, o sea, pasar desde afuera al interior. Es la persona del agente la que debe entrar; no basta que penetre en el interior una parte de su cuerpo, como el brazo o el pie, o que asome la cabeza, introduciéndola más allá del límite del domicilio (contra: Gómez).

Dos cuestiones se han planteado con relación a la acción punible; si constituye el delito la conducta de quien, encontrándose legalmente en un lugar del domicilio ajeno, se introduce en otro lugar del mismo contra la voluntad expresa o presunta del titular (p.ej., quien estando en el recibidor de la casa, se introduce en el dormitorio), y si lo constituye la conducta de quien, habiendo entrado legalmente en el domicilio ajeno, permanece en él contra la voluntad expresa del titular. La generalidad de la doctrina niega la tipicidad de estas acciones, porque en ninguna de ellas el agente *entra* (contra: Soler). Aunque con relación al segundo de los hechos mencionados la solución parece adecuada (sin perjuicio de la comisión de otros delitos, p.ej., el de coacciones para que el titular del domicilio tolere la presencia del agente), no lo parece respecto del primero, ya que en él, de cualquier modo, el agente entra en un recinto habitado por otro, violando su intimidad, aunque el titular de la morada hubiera autorizado su presencia en otra parte de ella.

§ 810. *DOMICILIO*. – El concepto de *domicilio* que la ley enuncia aquí como objeto de protección, no es el de la ley civil, o sea el asiento principal de la residencia o negocios, que puede o no estar realmente habitado por el titular. En ciertos aspectos, el concepto penalmente típico es más amplio, puesto que comprende lugares que no constituyen ese asiento, y en otros más restringido, ya que exige la ocupación real y actual del lugar por el titular del domicilio. Lo primero se nota con la extensión del concepto a los de morada, casa de negocio y recinto; lo segundo surge del bien jurídico protegido, no se puede vulnerar la intimidad en un lugar donde ella no se desarrolla. El lugar debe estar aplicado, en el momento del hecho, a constituir la esfera de reserva de la intimidad de vida del titular, aunque con eso no se exija que, en el momento de la acción, ese titular se halle presente en el lugar, sino que es suficiente que mantenga la calidad de domicilio en el sentido de la ley penal.

Por otro lado, el domicilio así entendido tiene que ser *ajeno* respecto del agente, lo cual ocurre cuando él no es su titular o no tiene derecho a habitar en él como accesorio del derecho del titular (el hijo, el cónyuge, etcétera).

§ 811. *MORADA*. – Es el lugar donde una persona vive, manteniendo en ella su intimidad y la de quienes habitan con él y de las

cosas de que se sirve, aunque esté destinada a ser habitada sólo en determinados lapsos del día (p.ej., para pernoctar) y aunque la persona posea varias (p.ej., quien tiene distintas moradas que habita alternativamente). Puede estar constituida por un inmueble edificado, total o parcialmente destinado a moradas, o por inmuebles no destinados a habitación, pero que se utilizan para ese fin (p.ej., una cueva natural), o por muebles afectados a vivienda (casas rodantes, construcciones flotantes, vagones, etcétera).

§ 812. *CASA DE NEGOCIO.* – Es el recinto destinado por su titular a realizar en él una actividad de cualquier carácter (comercial, científica o artística, lucrativa o no), que no esté destinado al público, es decir, al ingreso de un número indeterminado de personas (contra: Soler); si esto último no es así (sin perjuicio del derecho de exclusión que tiene el titular y de la comisión de otros delitos), no constituye violación de domicilio la entrada al lugar de acceso público (Núñez), aunque se la haya realizado contra la voluntad expresa del titular (p.ej., la prohibición del acceso de una determinada persona a un supermercado); sí lo constituiría la penetración a los lugares de la casa de negocio que no están librados al acceso del público (p.ej., las oficinas del supermercado).

§ 813. *DEPENDENCIAS.* – Son dependencias de la morada o casa de negocio los espacios o recintos unidos materialmente a ella y que sirven como accesorios para las actividades que se despliegan en el local principal (jardines, cocheras, azoteas, etc.), siempre que sean lugares cerrados por cercamientos que, aunque fácilmente superables, indiquen la voluntad del titular de preservar su intimidad dentro de ellos y que requieran la acción de *entrar* por parte del agente (no lo sería una simple raya en el piso). No lo son los lugares que están afectados a un uso común o al cual puedan acceder personas indeterminadas (p.ej., el pasillo común a varios departamentos interiores de un inmueble).

§ 814. *RECINTO HABITADO.* – Es *recinto habitado por otro* el lugar transitoriamente destinado a la habitación de una persona, dentro del cual ella tiene derecho a la intimidad (habitación de hotel, camarote, etc.), aun con independencia del titular del dominio, posesión o tenencia del inmueble o mueble a que aquél pertenezca.

§ 815. *VOLUNTAD DE EXCLUSIÓN.* — Puesto que se trata de un delito contra la libertad individual, el agente tiene que actuar sin el consentimiento del sujeto pasivo, contra su voluntad. La ley lo dispone taxativamente, indicando que la penetración debe realizarla el agente “contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo”. En realidad, como bien se ha dicho, es un elemento subjetivo del tipo: el agente entra conociendo que el titular ha resuelto expresamente excluirlo del domicilio o presumiendo que lo quiere excluir. Lo primero acaece cuando al agente se le ha hecho conocer por cualquier medio esa voluntad de exclusión; lo segundo cuando, de acuerdo con las circunstancias de lugar, tiempo, conocimiento personal, etc., el agente pensó o debió pensar que existía la voluntad de exclusión respecto de su persona.

Estas relaciones se dan del mismo modo respecto de todos los lugares designados en la disposición como *domicilios* (aunque alguna doctrina establece diferencias: en la morada la regla sería la presunción de la voluntad de exclusión; en la casa de negocios abierta al público la regla sería la presunción de admisión y la voluntad de exclusión necesitaría expresarse para que se diera el delito; así opinan Soler y Fontán Balestra).

§ 816. *TITULAR DEL DERECHO DE EXCLUSIÓN.* — La voluntad de exclusión debe ser la de quien tiene *derecho a excluir*. Ese derecho lo posee quien a título legítimo mora, realiza actividades o habita con carácter de principal (el jefe de familia, el prior del convento, el dueño o el gerente de la empresa, etcétera). Otros moradores o habitantes del lugar pueden ejercer el derecho de modo accesorio, dentro de los límites de la voluntad expresa o presunta del titular (p.ej., los hijos, el personal de servicio, los conventuales, etcétera). Estos límites indican que el derecho de admisión que se expresa mediante la prestación del consentimiento para la penetración del agente en el domicilio, únicamente lo tiene el titular de éste y no quienes pueden excluir actuando accesoriamente a nombre de él: comete, por tanto, violación de domicilio quien penetra sabiendo o presumiendo que ha sido excluido por el titular, aunque lo haga con el consentimiento de alguna de las personas que hemos mencionado (p.ej., quien entra invitado por una persona del servicio de la casa, sabiendo que el titular le ha prohibido la entrada o debiendo presumir tal circunstancia); por el contrario, no comete violación de do-

micilio el que habiendo sido admitido por el titular se enfrenta con la expresa manifestación de exclusión de alguna de dichas personas.

§ 817. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El delito se consuma, como vimos, cuando la persona del agente ha penetrado, toda ella, en el recinto del domicilio. Es delito material y admite tentativa.

§ 818. *CONFLUENCIA DE FIGURAS. SUBSIDIARIEDAD.* – Es la misma ley la que consagra la violación de domicilio como delito subsidiario: el art. 150 del Cód. Penal se aplica si del hecho “no resultare otro delito más severamente penado”.

Para explicar esta subsidiariedad no basta con afirmar que, en la especie, no rigen los principios generales del concurso de figuras (Fontán Balestra), lo cual sólo parcialmente es exacto; tampoco es aceptable sostener que la violación de domicilio queda descartada cuando ha sido el medio seleccionado por el autor para cometer otro delito (p.ej., penetrar en el domicilio para violar sexualmente), porque la ley claramente determina que el desplazamiento se produce cuando el hecho mismo de la violación de domicilio pasa a ser otro delito más severamente penado, lo cual sucede cuando esa violación es un elemento que ha integrado la tipicidad de la acción del otro delito (p.ej., penetración con escalamiento para hurtar), o cuando en sí mismo el hecho constituye el *corpus* del delito más grave (p.ej., cuando la penetración y permanencia en el domicilio ajeno sea el hecho que el agente hace tolerar a la víctima por medio de coacciones); en esos casos, la norma de mayor punibilidad descarta la aplicación de la del art. 150. El desplazamiento no se produce, por supuesto, si de la violación de domicilio resulta un delito de pena menor (p.ej., si para penetrar en el domicilio, se dañó la puerta); entonces es el art. 150 el que desplaza los tipos de pena menor, pero, si la violación de domicilio puede catalogarse como hecho distinto del otro delito de pena menor o mayor (p.ej., el que viola el domicilio para acceder carnalmente a una persona), ambos hechos operan en concurso real.

§ 819. *CULPABILIDAD.* – Es un delito doloso, cuyo elemento subjetivo (conocimiento o presunción –previsión– de la voluntad de exclusión) exige el dolo directo. El error sobre la existencia de una voluntad de admisión puede llegar a eliminar la culpabilidad.

II. ALLANAMIENTO ILEGAL

§ 820. *EL TEXTO LEGAL. RAZÓN DE LA PROTECCIÓN.* — El art. 151 del Cód. Penal impone la misma pena de prisión de seis meses a dos años, más la de inhabilitación especial por el mismo tiempo, al “funcionario público o agente de la autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina”.

La norma no hace sino preservar la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio contra los ataques inmotivados de la autoridad (art. 18, Const. nacional).

§ 821. *CONCEPTO DE ALLANAMIENTO.* — El *allanamiento* de un domicilio es el acto por el cual la autoridad, en función de tal, penetra en alguno de los recintos enunciados en el art. 150, contra o sin la voluntad del titular. El allanamiento es legítimo cuando la autoridad lo practica en los casos determinados por la ley y con las formalidades requeridas por ella; de ahí que la punibilidad se establece para el allanamiento practicado sin observar estas formalidades o para el llevado a cabo fuera de los casos establecidos.

En cuanto a las formalidades, normalmente las constituciones locales y las leyes nacionales y locales exigen una orden de juez competente, que el allanamiento haya sido dispuesto fundando su razón de ser, que la orden sea exhibida al titular del domicilio o, en su defecto, a la persona mayor de edad que se encuentre en él, debiéndose realizar el registro en presencia de ellas y levantando acta de lo actuado. Además, se suelen fijar limitaciones horarias para el allanamiento (en las horas de luz), aunque se dan excepciones; la omisión de cualquiera de estas formalidades puede tornar ilícito el allanamiento.

En cuanto a lo segundo, el allanamiento puede ser dispuesto cuando sea necesario para practicar un registro domiciliario porque en el lugar pueden encontrarse cosas relacionadas con un delito que se ha cometido, o puede hallarse el imputado a quien se procura detener, o un prófugo de la justicia, o alguien de quien se sospecha que ha cometido o está cometiendo un delito en aquél.

El allanamiento es ilegal cuando se lo realiza fuera de esos supuestos —o de otros taxativamente establecidos por las reglamentaciones procesales—, a menos que razones de seguridad o de otra índole autoricen el llamado *allanamiento sin orden*, al que nos referiremos al comentar el artículo siguiente.

§ 822. *SUJETO ACTIVO. CARÁCTER DE ABUSO FUNCIONAL DEL DELITO.* — Autor sólo puede serlo un funcionario público o un agente de la autoridad; éste puede ser un funcionario o un empleado público a quien la autoridad competente para ordenar y llevar a cabo el allanamiento le haya delegado la realización de éste. Es improbable que existan leyes que autoricen esa delegación en la persona de un particular, quien, en todo caso, se convertiría en funcionario *ad hoc* en virtud de la delegación. Pero, de todos modos, el allanamiento ilegal constituye un abuso funcional, por lo cual el tipo requiere que el agente actúe en ejercicio de la función que desempeña; la actuación de quien es funcionario en calidad de simple particular queda comprendida en el art. 150 del Cód. Penal.

§ 823. *CULPABILIDAD.* — Requiere el dolo directo de querer allanar con conocimiento de que se actúa sin observar las formas o fuera de los casos en que se puede llevar a cabo esa actividad funcional. El *error iuris* (creencia de se actúa legalmente) puede excluir la culpabilidad; el error de hecho (creencia de que se actúa justificadamente), por el contrario, puede llegar a excluir la ilegalidad del allanamiento, como más adelante veremos al exponer el art. 152.

III. SITUACIONES DE IMPUNIDAD

§ 824. *EL TEXTO LEGAL.* — Dice el art. 152 del Cód. Penal: “Las disposiciones de los artículos anteriores no se aplicarán al que entrare en los sitios expresados, para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hiciere para cumplir un deber de humanidad o prestar auxilio a la justicia”.

§ 825. *NATURALEZA DE LA LICITUD.* — La consecuencia práctica del instituto es declarar expresamente la licitud de la violación de

domicilio y del allanamiento, pese a que el agente ha penetrado en alguno de los lugares mencionados por el art. 150 contra la voluntad expresa o presunta del titular del domicilio, o actuando en función pública, lo hiciese sin observar las formalidades legales.

Aunque considerados objetivamente todos los supuestos del art. 152, constituyen situaciones de justificación y esa naturaleza le asigna el grueso de la doctrina; tenemos que reconocer que no coinciden exactamente con las justificantes del art. 34 del Cód. Penal. Las exigencias difieren: falta aquí el requerimiento de la inminencia del mal respecto del estado de necesidad y no es indispensable una estructura objetiva; como veremos, los hechos pueden convertirse en legales por el sólo impulso anímico del agente, aunque se equivoque sobre esa estructura (p.ej., quien penetró en la morada de la cual salen voces de auxilio, creyendo que se está produciendo un mal grave para los moradores, cuando en realidad ellos están ensayando un aria de ópera).

§ 826. *CONTENIDO SUBJETIVO.* – La autorización que concede el art. 152 se da, pues, aun en los casos en que objetivamente no se presentan las circunstancias enunciadas; basta con que subjetivamente el agente haya actuado en la creencia de que se daban y, por lo tanto, que lo hiciera en procura de alguna de las finalidades típicas; o sea, es suficiente con que la acción se intente *para* evitar el mal, cumplir con un deber humanitario o auxiliar a la justicia, aunque esa disposición anímica no encuentre corroboración en la realidad de lo que ocurre.

Aquí, a diferencia de lo que acaece con el error excusante de culpabilidad en los casos llamados de justificación putativa (Soler los equipara, sin embargo), aquel error tiene la virtualidad de convertir en legales las acciones típicas de los arts. 150 y 151; en resumidas cuentas, crea justificantes (autoriza) de raigambre subjetiva (fenómeno no muy corriente en derecho penal).

§ 827. *CONSECUENCIAS SOBRE LA ANTIJURIDICIDAD Y LA CULPABILIDAD.* – Lo que demuestra que nada obsta a que los hechos de los arts. 150 y 151 del Cód. Penal, puedan justificarse con algunas de las circunstancias del art. 34 y que el error sobre la existencia de ellas pueda llegar a exculparlos independientemente de que no resulte de aplicación lo dispuesto por el art. 152. Así, puede ocurrir, p.ej., en

algunos casos de los llamados “allanamientos sin orden”, que en situaciones excepcionales autorizan ciertas leyes procesales.

§ 828. *FINALIDADES COMPRENDIDAS.* – Las finalidades previstas por el art. 152 son las de *evitar un mal grave* “a sí mismo, a los moradores o a un tercero”, “cumplir un deber de humanidad o prestar auxilio a la justicia”. El mal a que refiere la norma es el daño de cualquier interés del agente o de terceros que ni aquél ni éstos están jurídicamente obligados a soportar; el peligro de daño puede provenir de un hecho del hombre o de un hecho de la naturaleza; en el primer caso es indiferente que el agente haya o no sido extraño a la producción, siempre que no se hubiese colocado en situación de tener que soportar obligatoriamente el mal (p.ej., el agresor que, perseguido por el agredido, se refugia en un domicilio ajeno, quedará comprendido en el art. 152, pero no quien habiéndose constituido en prófugo se oculta de la autoridad que lo persigue en aquel domicilio); puede tratarse de un mal inminente o que no lo sea, pero la concreción del peligro en la producción del daño tiene que indicarse con proximidad suficiente para que su invocación no sea una mera excusa; y tiene que ser un peligro de mal *grave*, es decir, cualquiera que sea el interés amenazado (personales en sentido físico, patrimoniales, la libertad, la honestidad, etc.), tiene que tener importancia; pero no es indispensable una equivalencia o superación del eventual daño con relación al que se produce violando el domicilio.

El *deber de humanidad* se refiere a los actos de solidaridad humana en que el agente procura evitar el sufrimiento o salvar a un tercero de una situación conflictiva en que se encuentra (no quedan comprendidos los actos de piedad para con los animales, sin perjuicio de que en esos casos puedan producirse también situaciones de inculpabilidad).

Presta auxilio a la autoridad el que penetra en el domicilio ajeno para ayudar a la autoridad que en él actúa; no es el caso del allanamiento sin orden previsto por las leyes procesales (p.ej., introducción en el domicilio de un prófugo a quien se va persiguiendo, denuncia de penetración de personas extrañas en el domicilio del tercero con indicios manifiestos de que van a cometer delitos), ya que en esos casos la autorización legal justifica el hecho enrolándolo en los carriles del art. 34 (ejercicio del derecho y cumplimiento del

deber; contra, comprendiéndolos en el art. 152, Molinario y Fontán Balestra).

CAPÍTULO III

VIOLACIÓN DE SECRETOS

§ 829. *LA INTIMIDAD Y LA PROTECCIÓN DE LO SECRETO.* – La esfera de reserva de la persona, dentro de la cual tiene que poder vivir su intimidad sin la intromisión ilícita de terceros, se completa respecto de todo lo que desea mantener fuera del conocimiento de extraños o reducirlo al conocimiento de un número limitado, ya se trate de sus pensamientos, sus acciones o acontecimientos o circunstancias que le conciernan.

En el presente capítulo, la ley trata de proteger esa manifestación de la libertad individual, prohibiendo la intromisión de terceros en la intimidad del sujeto pasivo o la comunicación de sus secretos a otros por parte de quienes, teniendo derecho a conocerlos o habiéndolos conocido sin intromisiones ilícitas, carecen del derecho de comunicarlos (el art. 157 constituye, como veremos, una excepción), ya porque efectivamente violan la esfera de reserva o porque crean peligro para ella.

I. VIOLACIÓN DE CORRESPONDENCIA Y PAPELES PRIVADOS

§ 830. *NOCIÓN DE CORRESPONDENCIA Y PAPELES PRIVADOS.* – Correspondencia es la comunicación escrita entre dos interlocutores, que uno de ellos envía, hace enviar, deja o hace dejar en poder del otro, y que contiene la expresión de su pensamiento, cualquiera que sea el procedimiento de escritura de que se valga (palabras, símbolos, caracteres ideográficos).

En los tipos que vamos a ver a continuación, únicamente se protege la correspondencia privada, no la oficial (la que se produce

dentro de la Administración y en la actividad funcional), aunque esté destinada a los particulares.

La protección también se extiende a los papeles privados, o sea, a los que, estando en la esfera de reserva de alguien, contienen la expresión escrita de su pensamiento, aunque no esté destinada a ser comunicada a un interlocutor.

A) APERTURA INDEBIDA DE CORRESPONDENCIA

§ 831. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 153, párr. 1º, cláusula 1ª, del Cód. Penal castiga con prisión de quince días a seis meses al que “abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza que no le esté dirigido”.

§ 832. *LA ACCIÓN TÍPICA.* – La acción de *abrir* es la de remover los obstáculos que impiden la lectura del contenido de la carta, pliego, etc., a raíz de su cerramiento, quebrantando o violando de cualquier modo, pero con significado material que recaiga sobre el obstáculo mismo: romper el sobre que cubre, el sello u oblea que cierra, etcétera. No es típico el procedimiento que permite la lectura sin remover materialmente el obstáculo, como puede ocurrir en el art. 154. Pero el delito se completa con el acto de abrir, aunque el agente no se entere del contenido de la carta, pliego o despacho.

§ 833. *ILEGITIMIDAD.* – Tiene que tratarse de una apertura *indebida*, o sea de la realizada sin derecho. Hay una serie de supuestos en que la ley otorga a terceros que no son los destinatarios, la facultad de abrir la correspondencia, como ocurre cuando la autoridad judicial puede ocupar y enterarse de la correspondencia por la autorización que le conceden las leyes procesales que regulan la investigación de los hechos delictuosos, o a la autoridad administrativa por razones de seguridad (apertura de correspondencia en institutos penitenciarios), o cuando la apertura es indispensable para el cumplimiento efectivo de la función (cartas rezagadas), o se da el ejercicio de una potestad de gobierno, educación o guarda de incapaces (patria potestad, tutela, curatela); en todos estos casos la apertura es atípica. Cuando la apertura de la correspondencia encuadra en otras causas jurídicamente reconocidas, pero que no responde a

una facultad expresamente otorgada por el derecho para abrir la correspondencia o los papeles privados, puede haber lugar a justificación, aunque el hecho no deje de ser típico, como acaecería si mediara un estado de necesidad (contra: Núñez, que comprende en la atipicidad todo supuesto de justificación).

§ 834. *OBJETOS DEL DELITO.* – Los objetos del delito son las cartas, los pliegos cerrados, los despachos telegráficos, telefónicos o de otra naturaleza.

En cuanto a los despachos telegráficos, la acción no está constituida por el hecho de interferir la comunicación enterándose de ella, ya que tal cosa no constituye *apertura*, sino que aquélla tiene que recaer sobre la versión escrita (contenida en un pliego) del despacho (p.ej., la que realiza un tercero que ha recibido la comunicación para transmitírsela a la víctima); lo mismo puede decirse de los despachos de otra índole constituidos por comunicaciones verbales (como el radiotelefónico); las cintas grabadas quedan comprendidas en esta última especie.

Dentro de los objetos típicos no se cuentan las encomiendas, pero sí las cartas o pliegos contenidos en ellas, siempre que, a su vez, estén cerrados.

Tratándose de correspondencia, es indiferente que haya sido enviada por vía oficial o privada. También es indiferente que la comunicación se encuentre en tránsito, reservada para su expedición, aún en poder del remitente o haya sido recibida ya por el destinatario o se encuentre perdida en el momento en que se produce la apertura.

§ 835. *CONDICIONES EN QUE DEBEN ENCONTRARSE LOS OBJETOS.* Aunque la ley asigna la expresión *cerrados* sólo a los pliegos, la acción de abrir indica que todos los objetos típicos tienen que encontrarse en esas condiciones para que pueda realizarse dicha acción. Las cartas están cerradas cuando son remitidas bajo cubierta que contiene la misiva; los pliegos están cerrados cuando, además de estar doblados sobre sí mismos, llevan algún signo que indica la voluntad de cerramiento del titular: costuras, sellos impresos en materiales distintos del papel (p.ej., lacre, cera), obleas, etcétera. Las versiones fonoelectricas están cerradas cuando el respectivo disco o cinta está contenido en una cubierta o clausurado de otra manera (p.ej., cerrados los bordes de la bobina con obleas).

Estando cerrados la carta, el pliego o la versión fonoelectrica, es típicamente indiferente que contengan o no *un secreto*; no es el secreto de la comunicación lo que aquí se protege específicamente, sino el *derecho al secreto* (Fontán Balestra), que se ataca con la sola apertura. El delito, pues, se comete aunque la comunicación resulte ininteligible para terceros (p.ej., por estar redactada en lenguaje cifrado).

§ 836. *SUJETO ACTIVO*. – Autor puede serlo toda persona que no sea el destinatario de la comunicación, lo cual surge claramente de la ley, que emplea la expresión “que no le esté dirigido”. El destinatario no comete este delito aunque por orden legítimamente expedida se le haya prohibido abrir la correspondencia (p.ej., por orden judicial), sin perjuicio de que pueda consumir otros delitos (como el de desobediencia).

El despacho dirigido a un destinatario imaginario o a uno que ya ha fallecido, sigue siendo un objeto cuya apertura es típica, porque (sin perjuicio del derecho de los sucesores en el segundo supuesto) el delito protege el derecho al secreto tanto del destinatario como del remitente, que de cualquier modo se verá violado en ambos casos.

§ 837. *CONFLUENCIA DE FIGURAS*. – La apertura con apoderamiento no multiplica la delictuosidad, porque el art. 153 del Cód. Penal plantea hipótesis alternativas.

§ 838. *CULPABILIDAD*. – El dolo necesita que el autor conozca que el despacho cerrado no le está dirigido a él y que obra sin derecho: la duda respecto de estas circunstancias equivale al conocimiento. A ello se debe sumar la voluntad de abrir la correspondencia; para esto último se requiere un dolo directo (Núñez admite el eventual). El error sobre la persona del destinatario o el *error iuris* sobre el carácter indebido de la apertura puede excluir la culpabilidad.

B) APODERAMIENTO INDEBIDO DE CORRESPONDENCIA

§ 839. *EL TEXTO LEGAL*. – También se pune con prisión de quince días a seis meses, al que “se apoderare indebidamente de una carta, de un pliego, de un despacho o de otro papel privado, aunque no esté cerrado” (art. 153, párr. 1º, cláusula 2ª).

§ 840. *LA ACCIÓN TÍPICA.* – Apoderarse equivale aquí a introducir o hacer permanecer el objeto en la propia tenencia; quedan comprendidos, por tanto, el acto de apoderamiento propio de las figuras de hurto y robo, en que el agente desapodera al legítimo tenedor para constituir su propia tenencia sobre la cosa, como el acto de quien se hace entregar el objeto por medios ardidosos o engañosos, o de quien teniendo legítimamente el objeto con una finalidad determinada (p.ej., entregar la carta), se queda con él, o de quien habiéndolo recibido erróneamente lo guarda para sí; hasta se comprenden actos funcionales abusivos, como el secuestro ilegal de correspondencia y papeles privados. Pero, en cualquiera de los casos, tiene que tratarse de un verdadero apoderamiento, es decir, de una introducción de la cosa en la esfera de tenencia del agente por un tiempo que autonomiche el apoderamiento de la mera finalidad de interiorizarse del contenido de la carta o el papel (p.ej., no constituirá este delito el hecho de tomar la carta para leerla y devolverla en seguida); se sostiene, sin embargo, que el apoderamiento definitivo de una correspondencia en curso dirigida a otro constituye una supresión de ella que cabe en el tipo que veremos a continuación (Núñez).

§ 841. *OBJETOS.* – Los objetos típicos pueden ser una *carta*, un *pliego* o un *despacho*, según los conceptos explicados en el tipo anterior, aunque en el que nos ocupa es indiferente que estén abiertos o cerrados. Pero aquí la protección se extiende a cualquier *otro papel privado*, o sea a todo el que contenga pensamientos o en el que se hayan plasmado imágenes, aunque no esté destinado a ser transmitido a otra persona (p.ej., un *diario íntimo*), se encuentre abierto o cerrado, esté en la actual tenencia de quien vertió sobre él sus pensamientos o en la de un tercero. Por supuesto que si el papel privado es un documento en el sentido del art. 292 y su apoderamiento implica suprimirlo, la figura del art. 294 puede llegar a desplazar a la que estudiamos (Núñez sostiene que se da un concurso ideal). Lógicamente los pensamientos, las imágenes o dibujos (Soler no considera comprendidos estos últimos), tienen que tener carácter *privado*, o sea, tienen que ser de tal naturaleza, que se pueda pensar en un interés del sujeto en mantenerlos reservados (p.ej., no lo sería la copia de un artículo periodístico aparecido en la prensa).

§ 842. *SUJETO ACTIVO.* – Autor puede serlo cualquier persona que no sea destinataria de la correspondencia (el apoderamiento anticipado de ella sin esperar la entrega, p.ej., en el curso de su distribución por parte del destinatario, no constituye el delito), o quien no ha expuesto el pensamiento o la referencia particular en el papel privado, aunque su apoderamiento pueda constituir un hurto (p.ej., el literato que vendió un manuscrito suyo y se apodera de él cuando ya está en la tenencia de un tercero).

§ 843. *CONFLUENCIA DE FIGURAS.* – En verdad, en muchos casos este apoderamiento puede constituir hurto o robo, pero estas figuras quedarán desplazadas por la que venimos considerando, en virtud del principio de especialidad (en contra, Núñez que considera la existencia de un concurso ideal).

§ 844. *CULPABILIDAD.* – Como en el tipo anterior, se requiere en el autor el conocimiento del carácter del objeto y de lo indebido del apoderamiento que perpetra (el error en estos aspectos podría excluir la culpabilidad), y sería sólo admisible el dolo directo.

C) SUPRESIÓN O DESVÍO DE CORRESPONDENCIA

§ 845. *EL TEXTO LEGAL.* – La misma pena que en los casos anteriores, según el art. 153, párr. 1º, cláusula 3ª, del Cód. Penal se aplica al que “suprimiere o desviare de su destino una correspondencia que no le esté dirigida”.

§ 846. *ACCIONES TÍPICAS.* – Las dos acciones enunciadas por la norma tienen un objetivo común: impedir que la correspondencia en curso llegue al destinatario a que va dirigida; por eso, impedir la circulación de un papel que no va dirigido a un particular destinatario (que no es, por consiguiente, una *correspondencia*), no constituye el delito.

El impedimento puede producirse suprimiendo o desviando la correspondencia. La *suprime* el que la desvía del curso que lleva; no es indispensable que la supresión se perpetre mediante la destrucción de la pieza; el solo hecho de apartarla del curso hacia el destinatario ya implica supresión, aunque no se la menoscabe mate-

rialmente (p.ej., reteniéndola, colocándola en un lugar donde es imposible que el curso se reanude, como sería introducirla en una bolsa de residuos). La *desvía* quien, manteniendo en curso la correspondencia, le da un destino distinto del que llevaba hacia el destinatario; esta acción, por consiguiente, importa imprimir a la correspondencia un curso distinto del que tenía (p.ej., enviar a Inglaterra una carta dirigida a Londres, pueblo de la República Argentina, o enviar a Santa Fe de la provincia española de Granada la dirigida a la ciudad de Santa Fe de la Argentina); no comete, pues, el delito, quien advirtiendo que la correspondencia sigue un curso indebido, no lo corrige pudiendo hacerlo.

El hecho se consuma, pues, al desviar la correspondencia del curso que lleva o al darle otro distinto, aunque la intervención de terceros haga reanudar el curso interrumpido o desviado (p.ej., que quien encuentra la carta arrojada en un baldío la ponga nuevamente en el correo) o el receptor de la carta desviada la remita después al verdadero destinatario.

§ 847. *CONDICIONES DE LOS OBJETOS.* – Como el ataque a la libertad se comete aquí por el impedimento a la concreción de la comunicación, es indiferente que la correspondencia esté abierta o cerrada y que contenga o no secretos o resulte de cualquier modo reservada.

§ 848. *CULPABILIDAD.* – El autor tiene que conocer el carácter del objeto y actuar con voluntad de suprimir o desviar. Pero aquí es admisible el dolo eventual (el cartero rural que toma un camino peligroso, que atraviesa un río donde probablemente perderá la correspondencia y acepta que se produzca ese efecto).

D) COMUNICACIÓN O PUBLICACIÓN ILEGÍTIMA

§ 849. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 153, párr. 2º, del Cód. Penal prevé la pena de prisión de un mes a un año “si el culpable comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito o despacho”.

§ 850. *CARÁCTER DEL TIPO. CONSECUENCIAS.* – La referencia de la ley al *culpable*, no sólo limita la autoría con referencia al tipo,

sino que plantea un interrogante en cuanto a su naturaleza. ¿Es una agravante o una figura autónoma? Aunque la acción aparezca con un contenido autónomo —en realidad es la de comunicar o publicar—, la ley trata la figura como una agravante de los hechos previstos en el art. 153, párr. 1º: la comunicación o publicación son circunstancias que se suman a la apertura indebida, al apoderamiento, al desvío o a la supresión, en cuya virtud se aumenta la pena. Es, pues, presupuesto del tipo que se hayan dado algunos de esos hechos y que sea el contenido de la correspondencia o del papel privado abierto, apartado de su legítimo tenedor, desviado o suprimido lo que se comunique o publique. Quedan fuera del tipo, sin perjuicio de que consumen otros delitos (como los de los arts. 154 y 155, Cód. Penal), la comunicación o publicación del contenido de una correspondencia del que se ha enterado el agente sin cometer aquellos hechos (p.ej., leyendo a través del sobre).

Por otra parte, el delito no exige indefectiblemente que el agente se entere él mismo del contenido: tanto la publicación como la comunicación pueden producirse sin que eso ocurra (p.ej., quien se apodera de una carta y se la da a otro para que la lea sin haberla leído él; quien envía a un editor, para que lo publique, un papel privado que quitó a su legítimo tenedor, sin enterarse de lo que decía; en contra, Fontán Balestra).

El tipo agravado es compatible con cualquiera de los supuestos previstos en el art. 153, párr. 1º, aun con el de desvío (que algunos excluyen), como ocurre en el caso en que alguien desvía la correspondencia hacia un destinatario distinto para que se entere de su contenido (hipótesis de *comunicación*).

Esto demuestra que no siempre es indispensable una doble actividad del autor (p.ej., apoderarse y comunicar después); aunque ésa será la hipótesis normal, no se puede descartar la posibilidad de que, en la misma acción, se conjuguen el hecho del art. 153, párr. 1º, con la circunstancia del art. 153, párr. 2º (como ocurre con el supuesto que hemos ejemplificado).

§ 851. *ACCIONES TÍPICAS.* — *Comunica* el que hace conocer a un tercero que no es el destinatario —suministrándole el conocimiento que él adquirió o poniendo a su disposición la correspondencia o el papel privado—, en todo o en parte, el contenido de las piezas que ha abierto, o de las que se ha apoderado, suprimido o desviado. *Pu-*

blica, quien por cualquier medio pone ese contenido al alcance de un número indeterminado de personas.

§ 852. *CULPABILIDAD.* – La agravante admite el dolo eventual (p.ej., quien desvía una correspondencia aceptando que pueda llegar a un tercero que la publique o que se entere de su contenido).

E) ABUSO DEL CARGO

§ 853. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 154 del Cód. Penal reprime con prisión de uno a cuatro años, al “empleado de correos o telégrafos que, abusando de su empleo, se apodere de una carta, de un pliego, de un telegrama o de otra pieza de correspondencia, se impusiere de su contenido, lo entregare o comunicare a otro que no sea el destinatario, la suprimiere, la ocultare o cambiare su texto”.

§ 854. *BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.* – Aunque alguna doctrina consideró el tipo una protección a la regularidad del servicio de correos, la colocación de él indica que esa protección se brinda a la libertad personal, que se vulnera atentando contra la comunicación entre los sujetos pasivos (el remitente y el destinatario) o con la indebida intromisión en la esfera de reserva de ellos que constituyen algunas de las conductas previstas.

§ 855. *CARÁCTER DEL TIPO.* – Si bien con referencia a algunos de los hechos enunciados, el art. 154 se presenta como figura agravada de los del art. 153, respecto de otros es un tipo autónomo, ya que sólo él los considera (enterarse del contenido, ocultación, cambio de texto).

§ 856. *ACCIONES TÍPICAS.* – Las acciones de *apoderarse y suprimir* son las que hemos visto al referirnos a la figuras del art. 153. La *entrega* a un destinatario distinto de aquel a quien va dirigida la correspondencia es aquí toda conducta que la pone a disposición de un destinatario distinto del indicado por el remitente, dándosela personalmente o colocándola en un lugar que importa recepción de ella por el mismo (p.ej., dejándola en su buzón privado). La *comunicación* del contenido comprende toda conducta que implique manifes-

tario a un tercero, sea dándoselo a conocer personalmente (por cualquier medio, verbal o escrito), sea dándole a leer la correspondencia sin entregársela en su original o en las copias reservadas (p.ej., de telegramas). El agente se *impone* del contenido de la correspondencia cuando llega a conocerlo por cualquier medio, abriéndola, leyéndola al trasluz, utilizando aparatos especiales que le permitan hacerlo, escuchando la grabación, etcétera. Se *oculta* la correspondencia cuando, sin suprimirla, se la coloca fuera del alcance del destinatario y de los que pueden hacérsela llegar, creando la imposibilidad por medio de la colocación de la pieza en un lugar desconocido por ellos; trátase, por supuesto, de una retención, pero que, además, requiere ese desconocimiento. El agente *cambia el texto* cuando lo varía totalmente (incluyendo otro distinto) o parcialmente (interlineándolo, suprimiendo signos de puntuación, cambiando la firma, intercalándole otra, cambiando una palabra por otra), pero tiene que tratarse de un cambio y no de la destrucción o supresión del texto (p.ej., eliminando todo lo que está escrito por medio de borrones o tachaduras o sacando el texto del sobre y colocando en él un papel en blanco), ya que entonces tendríamos la hipótesis de la supresión, lo cual también ocurrirá cuando la pieza postal sea sustituida por otra distinta (p.ej., cambiar el telegrama por otro completamente diferente).

§ 857. *OBJETO.* — El objeto de las acciones es la correspondencia (cartas, pliegos, telegramas u otras piezas) actualmente en curso o depositada para dársele curso (pues sólo entonces se puede cometer el abuso del empleado), no siendo indispensable tampoco que contenga secretos (como dijimos al comentar el art. 153); puede estar cerrada o abierta, salvo en los casos en que la conducta típica está constituida por la acción de imponerse del contenido, en que tiene que ser correspondencia cerrada, pues mal se puede vulnerar, por ese medio, la esfera de reserva del individuo que la remite abierta, ya que esa actitud implica el consentimiento de que terceros distintos del destinatario tomen conocimiento del contenido.

§ 858. *SUJETO ACTIVO.* — La autoría está reservada al *empleado de correos o telégrafos*; si bien esto restringe la calidad de sujetos activos a quienes intervienen en la prestación de ese servicio público, no es indispensable que se dé una relación de carácter ad-

ministrativo: puede ser autor tanto un empleado público como el empleado o prestador del servicio de una empresa de carácter privado que por concesión o convención de cualquier naturaleza realiza la tarea (p.ej., el empleado de la empresa privada de transporte que lleva correspondencia), pero de cualquier modo el autor tiene que ser quien cumpla actividades con relación al servicio público de correspondencia (no lo será el simple particular a quien el remitente utilizó como mensajero).

§ 859. *EL ABUSO FUNCIONAL.* – Las acciones deben ser cometidas por el agente *abusando de su empleo*; el delito se da, pues, cuando el autor aprovecha las oportunidades o facilidades que le brinda la función que realiza o el servicio que presta, ya se trate de una función o servicio específico (p.ej., el cartero) o no, siempre que lo coloque en situación de acceder a los objetos (p.ej., el ordenanza de limpieza del edificio de correos).

§ 860. *CULPABILIDAD.* – El carácter abusivo de la acción indica que el delito sólo es compatible con el dolo directo.

F) PUBLICACIÓN INDEBIDA DE CORRESPONDENCIA

§ 861. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 155 del Cód. Penal castiga con multa de un mil quinientos pesos a noventa mil pesos (según ley 24.286, BO, 29/12/93), a quien, “hallándose en posesión de una correspondencia no destinada a la publicidad, la hiciere publicar indebidamente, aunque haya sido dirigida a él... si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros”.

§ 862. *EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.* – La correspondencia dirigida a otro por cualquier persona no sale de la esfera de reserva del remitente más que con referencia al destinatario; la eliminación de esa reserva, en una medida mayor de la pretendida por aquél, viola su libertad –aunque no contenga secretos– y eso ocurre hasta en las hipótesis en que el ataque proviene del mismo destinatario.

§ 863. *ACCIÓN TÍPICA.* – La acción punible es la de *hacer publicar indebidamente*. Publica el que pone el contenido de la co-

rrespondencia al alcance del conocimiento de un número indeterminado de personas. No configura el delito (sin perjuicio de que se reúnan las tipicidades de los arts. 153 y 154) la acción de poner ese contenido en conocimiento de un número determinado de personas, por más extenso que sea (p.ej., el que muestra la carta, persona a persona, a todos los componentes de su regimiento).

Dentro del concepto de *hacer publicar* cabe tanto el que publica la correspondencia por sí mismo (p.ej., el editor de un periódico que la ha recibido), como el que la hace publicar por otro (el que entrega la carta al editor para que él la publique).

La publicación del contenido puede ser total o parcial, por medio de una transcripción auténtica (copia, facsímil, etc.) o de la publicación de los conceptos que lo forman, en su integridad o en compendio: la cuestión es que la publicación diga algo que la correspondencia dice.

Pero es evidente que, para que la libertad del remitente sea atacada por la introducción indebida de terceros en su esfera de reserva, es necesario que la forma adoptada por la publicación permita individualizarlo, directamente (transcribiendo su firma o su nombre) o indirectamente, cuando por las circunstancias que rodean a la publicación sea identificable (p.ej., en una disputa sobre la real ocurrencia de lo acontecido entre dos personas, una publica la carta de la otra sin indicar el remitente, pero indicando que procede de uno de los intervinientes en el suceso) o de los mismos términos de la publicación surja la posibilidad de identificación (p.ej., que la misma carta contenga datos identificatorios). Si no se dan las posibilidades de identificación, no habrá este delito.

La publicación puede realizarse por cualquier medio (oral, escrito, pictórico, si se trata de imágenes contenidas en la correspondencia).

§ 864. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El delito se consuma con el acto de la publicación, que entraña la condición objetiva requerida por la figura –a la que más adelante nos referiremos–, aunque por circunstancias extrañas al autor la correspondencia no llegue a ser conocida por terceros (contra: Gómez). Sin embargo, la tentativa es posible (p.ej., que se rompa la máquina en que ha comenzado a imprimirse el periódico en que se iba a publicar la correspondencia).

§ 865. *OBJETO DEL DELITO.* – El objeto del delito es la *correspondencia*, es decir, toda carta, pliego o despacho dirigido por una persona a otra u otras, expresándoles sus pensamientos por ese medio. Tiene que tratarse, por tanto, de una correspondencia procedente de un remitente determinado: si esa determinación falta, no habrá delito por ausencia del bien jurídico protegido (p.ej., la atribuida a una asociación). Y tiene que tratarse de una correspondencia privada o particular, aunque no sea confidencial (contra: Malagarriga, Moreno, Díaz) o secreta; no posee ese carácter la destinada a la publicidad; la ley excluye expresamente esos casos al mencionar que la correspondencia objeto del delito debe ser *no destinada a la publicidad*. Es destinada a la publicidad la que, por su propio contenido (p.ej., la propaganda epistolar de un producto de consumo masivo) o por voluntad expresa (manifestación expresa del consentimiento para que se publique) o tácita (p.ej., remisión de una carta a la sección “correo del lector” de una revista) del remitente, se destina a ser conocida por un número indeterminado de personas.

§ 866. *ILEGITIMIDAD.* – Para que la publicación de la correspondencia no destinada a la publicidad sea típica, tiene que ser *indebida*, es decir, que no constituya uno de los casos en que el agente tiene derecho –como ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber– a publicarla; generalmente estos casos coincidirán, por lo menos, con la expresión tácita del remitente otorgando su consentimiento para que la correspondencia sea dada a publicidad (p.ej., la persona que responde a la encuesta de un periodista sobre un hecho público).

Pero creemos necesario distinguir estos casos de aquellos en que la legitimidad proviene de situaciones de justificación de la conducta típica conforme a las demás disposiciones de esa naturaleza del art. 34 (la publicación para defenderse de un ataque público, o para evitar un mal grave, entre otros; en contra, Núñez, que considera que en todos los casos se da la atipicidad por ser legítima la publicación).

§ 867. *POSIBILIDAD DE PERJUICIO.* – Aunque el tipo se completa con la publicación *indebida de la correspondencia no destinada a la publicidad*, la punibilidad requiere que esa publicación *cause o hubiese podido causar perjuicio*. Es una condición objetiva que no

tiene necesariamente que estar comprendida en el conocimiento del autor (como certeza o como duda). Como se ve, la ley equipara el perjuicio que se causa efectivamente al meramente potencial, pero debe ser producido o poder ser producido por la publicación, por el mero hecho de ella o por la incidencia de ella junto con otras circunstancias (p.ej., la posición pública del remitente).

El perjuicio puede ser de cualquier naturaleza (moral, material, patrimonial o de otro carácter). Puede recaer sobre el remitente, el destinatario o sobre terceros extraños a la relación epistolar. Estos terceros pueden ser personas individuales o colectivas, públicas o privadas. Pero siempre es necesario que recaiga o pueda recaer sobre persona distinta del agente que hace publicar la correspondencia, aunque por supuesto que es indiferente para la punibilidad que el perjuicio que afecte al tercero pueda afectar también al agente del delito (p.ej., la publicación de una carta que revela una relación inmoral entre el remitente y el destinatario cuando es éste el que la hace publicar).

§ 868. *SUJETO ACTIVO.* – Puede ser cualquier persona distinta del remitente, incluso el destinatario (“aunque haya sido dirigida a él”, dice la ley), que se halle en *posesión legítima* de la correspondencia. Aunque la ley no califica expresamente de legítima la posesión, ello surge de que en los casos de posesión ilegítima previstos por el art. 153 se contempla la publicación como agravante del acto por el que se logró aquélla (art. 153, párr. 2º). Como dijimos, autor no puede serlo el remitente; la publicación que él haga de su propia correspondencia cuando causa perjuicio a terceros puede caer en otros delitos (p.ej., en los delitos contra el honor), pero no en el que estudiamos, puesto que nadie vulnera su propia esfera de reserva.

§ 869. *CULPABILIDAD.* – El dolo requiere en el autor el conocimiento del carácter de la correspondencia y la voluntad de hacerla publicar, aunque en este segundo aspecto es suficiente el dolo eventual (p.ej., quien pone en manos de un comentarista radial la correspondencia, aceptando que pueda utilizarla en sus emisiones); pero no es indispensable el conocimiento de que la publicación vaya a causar perjuicio (en contra: Núñez) y menos la voluntad de causarlo.

II. VIOLACIÓN DE SECRETO PROFESIONAL

§ 870. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 156 del Cód. Penal reprime con multa de un mil quinientos pesos a noventa mil pesos (según ley 24.286, BO, 29/12/93) e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, al que “teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa”.

§ 871. *BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.* – Es la libertad del individuo, en cuanto a la esfera de reserva que constituye su intimidad, lo que aquí se protege. Se prevé y se trata de evitar el peligro de que el agente llegue a doblegar la voluntad del sujeto pasivo con la amenaza, por lo menos implícita, de revelar secretos que captó de él a raíz de su actividad profesional o en razón de las relaciones propias de su estado. El fundamento de la punibilidad radica en “el interés público de amparar la libertad individual relativa a los secretos confiados por necesidad a personas que se hallan en determinados cargos, artes o profesiones” (Maggiore). El hecho de tener que comunicar a un profesional un secreto que puede afectar dañosamente a su titular, quien, por necesidad o utilidad (no cuando lo hace por otras razones) ha tenido que recurrir a aquél, podría poner en peligro su libertad si el profesional pudiera revelarlo a cualquiera cuando lo deseara.

§ 872. *LO SECRETO.* – El objeto del delito es un *secreto*. Secreto es lo no divulgado, lo no conocido por un número indeterminado de personas; a este concepto vulgar se le suma, en lo jurídico, que medie interés del titular en mantenerlo fuera de ese conocimiento (por eso el consentimiento dado para la revelación quita el carácter de secreto al hecho o circunstancia reservados). No es necesario que se trate de un interés expresamente manifestado: puede inferirse del carácter del secreto. Por eso, tanto es secreto lo que el sujeto pasivo conoce y quiere mantener en ese carácter, como aquello que, siéndole personal, no conoce (p.ej., que sufre de una determinada enfermedad), pero que, de conocerlo, tendría interés en que no se divulgara. La protección de la ley se extiende a ambas hipótesis.

Lo que no quiere decir que el mero interés del titular pueda convertir lo reservado en un secreto propio del tipo, ya que otras características indicadas por la ley y a las que más adelante nos referiremos, señalan que la naturaleza del hecho o la circunstancia que se quiere constituir en secreto, es un ingrediente necesario para constituir el objeto típico.

En principio, el secreto no desaparece porque lo conozca un número determinado de personas que, a su vez, están obligadas a guardarlo; pero sí cuando ese conocimiento se difunde a un número indeterminado, así como también cuando el titular manifiesta expresamente su carencia de interés en preservarlo, admitiendo que se lo comunique a terceros.

En nuestro derecho, el ámbito de lo secreto se extiende a todo lo que atañe a la persona, incluso las producciones, invenciones o procedimientos técnicos, en cuanto su específica protección no esté atendida por leyes especiales.

§ 873. *POSIBILIDAD DE DAÑO.* – Pero no todo lo que es secreto está protegido por el tipo, sino aquello cuya divulgación puede causar daño de cualquier índole (físico, patrimonial, moral) por la misma naturaleza del hecho o circunstancia, o por la particular situación en que se encuentre el sujeto pasivo (p.ej., poder ser sometido a proceso). Ésta es una característica típica del secreto: tiene que ser un juicio *a priori* el que indique la dañosidad de la eventual divulgación del mismo. Esa característica depende, desde luego, de las particularidades de cada caso concreto, pero, en general –sin perjuicio de ciertas excepciones–, no la presentan los hechos respecto de los cuales el interés por la reserva es “jurídicamente irrelevante (fútil, vanidoso, vicioso, etc.)”, según opinión de Manzini.

§ 874. *EL CONOCIMIENTO DEL SECRETO POR EL AGENTE.* – Para estar ante la figura delictiva del art. 156, el agente tiene que haber tenido noticia de lo secreto por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte. Secreto profesional, en el sentido típico es, por lo tanto, el conocido por razón profesional, o sea, el que ha conocido el agente por la actividad propia de su ejercicio profesional o en razón de su estado. No basta que se trate de un secreto conocido con ocasión de la actividad, sino que tiene que conocerse a causa de la actividad (el médico está obligado a guardar en secreto la de-

formidad de su cliente, pero no la discusión conyugal que ha sorprendido al visitarlo). En el tipo queda comprendido tanto el secreto que el agente llegó a conocer porque el sujeto pasivo se lo ha confiado, como el que ha conocido por otros medios en su actividad profesional o en la propia de su estado, aunque, como vimos, sean hechos o circunstancias que el mismo sujeto pasivo desconoce (p.ej., los que el profesional conoce por comunicaciones de terceros o por los exámenes que realiza de la persona del sujeto pasivo o de sus cosas, etcétera).

§ 875. *ACCIÓN TÍPICA.* – La acción típica es la de *revelar* el secreto así conocido. Vulgarmente revelar significa comunicar, poner en conocimiento de un tercero el secreto. En su acepción jurídico penal importa comunicar el secreto a personas que no están obligadas por él. Es suficiente que la revelación –que no importa divulgación, aunque, por supuesto, ésta incluye a aquélla– se haga a una sola persona extraña a la esfera en que debe mantenerse el secreto, aun en forma confidencial y requiriéndole que no lo comunique a otros. El hecho típico se da igualmente aunque la persona a quien el agente comunica el secreto ya lo conozca por otra vía: la revelación típica no requiere la ignorancia del secreto por parte del receptor.

Lo revelado debe ser lo conocido por el agente; no revela el que miente, refiriendo hechos o circunstancias inexistentes, sin perjuicio de que esa conducta sea delictiva a tenor de otras normas penales (p.ej., delitos contra el honor), aunque sí se da el comportamiento típico cuando la mentira sólo constituye una exageración o deformación del hecho o circunstancia que existen realmente.

Por otra parte, para que un hecho pueda decirse revelado en el sentido de la ley penal, es necesario que se lo haga de tal modo que pueda ser conocido por los terceros como atribuido o perteneciente al sujeto pasivo. No hay revelación típica cuando la comunicación se hace de tal modo que impide toda posibilidad de atribución a personas determinadas (p.ej., comunicaciones científicas sin mención del sujeto ni caracterizaciones que lo determinen).

§ 876. *AUSENCIA DE JUSTA CAUSA.* – Además, la tipicidad reclama que la revelación se realice *sin justa causa*. La ausencia de justa causa es un elemento normativo del tipo, por lo cual la revelación

justificada es atípica. Y lo es en todos los casos de justificación regulados por el art. 34 del Cód. Penal (defensa del propio interés o de terceros, cumplimiento del deber, ejercicio del derecho) o cuando hay leyes especiales que obligan a revelar el hecho a determinadas personas (p.ej., leyes de profilaxis), aunque en esos casos la atipicidad proviene sobre todo del hecho de que esas personas también están obligadas a guardar secreto.

§ 877. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El delito se consuma con la revelación, es decir, con la comunicación de lo secreto a un tercero extraño no obligado a guardar, a su vez, el secreto. No es necesario, como vimos, que lo reservado alcance divulgación, y menos todavía que ella haya producido efectivamente un daño. Puede consumarse tanto por una actividad como por una omisión, lo cual ocurre cuando el agente no impide (aunque fuere con dolo eventual, por supuesto) el acceso al secreto de personas no obligadas a guardarlo.

La consideración de que el daño que puede proceder de la divulgación, aunque sea meramente potencial, es suficiente para la tipicidad, ha inducido a muchos a negar la posibilidad de la tentativa (Manzini, Maggiore), pero si se tiene en cuenta que ésa es una característica del secreto, nada obsta a la admisión de aquélla, puesto que “es posible ejecutar actos tendientes a constituir la revelación y que no la impliquen ya; *verbi gratia*, si el portador destruye la nota por la que, en sobre cerrado, el autor revelaba el secreto a un tercero” (Núñez).

§ 878. *SUJETO ACTIVO.* – Es un delito propio o de sujeto calificado, puesto que autor es quien tiene un estado, ejerce un empleo, oficio o profesión o practica un arte. Por *profesión* se entiende aquí la actividad que realiza el sujeto mediante una autorización del Estado y que normalmente requiere un título habilitante; el *arte*, en nuestra ley, se refiere a la práctica de las bellas artes; *oficio* es toda actividad privada, por lo común de carácter manual; *empleo*, la actividad laborativa realizada en relación de dependencia; *estado*, la especial condición del individuo que lo constituye en determinados roles sociales (clérigo, militar), o que por razones jurídicas lo pone en contacto con algunas de las personas que pueden conocer secretos profesionales (p.ej., la esposa del abogado, el hijo del médico, etcétera). Pero únicamente es sujeto activo del delito el que desem-

peña jurídicamente la actividad: el falso profesional podrá cometer otros delitos, pero no el que nos ocupa.

Es posible participación en todos sus grados.

§ 879. *CULPABILIDAD.* – Es delito doloso, que admite también el dolo eventual, como puede ocurrir cuando el profesional deja en manos de un tercero los medios para conocer el secreto (p.ej., el sobre que contiene los análisis), aceptando que pueda interiorizarse de él. Es indiferente que el agente haya tenido o no presente la posibilidad del daño que puede originar la divulgación del secreto que revela. El error sobre el carácter secreto del hecho o circunstancia que se comunica a terceros o sobre la existencia de una causa de justificación de la revelación, puede excluir la culpabilidad.

§ 880. *INFORMACIÓN CONFIDENCIAL.* – Un régimen particular de secreto introduce la ley 24.766 (confidencialidad sobre informes comerciales), cuyo art. 12 equipara a la violación de secretos, según el Código Penal, a quienes violen la *confidencialidad* señalada por aquella ley.

III. VIOLACIÓN DEL SECRETO OFICIAL

§ 881. *TIPO CONTEMPLADO. COLOCACIÓN.* – Si, como vimos, el art. 156 del Cód. Penal protege el secreto de los particulares, el art. 157 protege el secreto que se origina y mantiene dentro de la Administración pública. Por esa razón no resulta muy congruente su colocación en este título sobre la libertad personal; hubiera resultado más adecuada su inserción entre los delitos contra la Administración, ya que, sólo indirectamente y en determinados casos, la revelación del secreto administrativo puede revertir sobre la intimidad de las personas vulnerando su esfera de reserva.

A) VIOLACIÓN DEL SECRETO OFICIAL POR EL FUNCIONARIO PÚBLICO

§ 882. *EL TEXTO LEGAL.* – En el art. 157 ha reaparecido el texto de la ley 16.648: “Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por uno a cuatro años el funcionario

público que revelare hechos, actuaciones o documentos que por la ley deben quedar secretos". La ley 21.338 punía, además (en una segunda cláusula), al "que divulgare actuaciones o procedimientos que por la ley deban quedar secretos" con "prisión de seis meses a dos años". Recordemos que esta última era la única disposición que contenía el texto original del Código, que castigaba indiferentemente a cualquiera que asumiese la conducta de divulgar lo secreto, con independencia de su calidad. La ley 16.648 prefirió crear un delito propio del funcionario ampliando la acción violatoria a la de *revelar*. La ley 21.338, manteniendo el delito propio, agregó la cláusula mencionada, que en su estructura no podía concebirse más que como "violación del secreto oficial por el particular"; la punibilidad de éste, por dicha conducta violatoria del secreto, ha sido eliminada y la responsabilidad penal por ella sólo podrá provenir de su integración a la tipicidad de otro delito.

§ 883. *ACCIÓN TÍPICA.* – La acción consiste en *revelar* el secreto, para lo cual es suficiente con que se lo comunique a cualquier persona que no sea una de las que, como el agente, están obligadas a guardar el secreto. Por supuesto que si lo que hace el funcionario es divulgar el secreto, su conducta queda *a fortiori* comprendida en el tipo.

§ 884. *OBJETO.* – El objeto de la revelación tienen que ser hechos, actuaciones o documentos que por disposición de la ley deban guardarse secretos. *Hecho* es cualquier acontecimiento (actividades, manifestaciones, etc.) producido dentro de la Administración o fuera de ella que ha llegado a conocimiento de los funcionarios, cuyo secreto interesa mantener por la incidencia que su conocimiento por terceros puede asumir respecto de aquélla. *Actuaciones* son las resoluciones o las diligencias realizadas o dispuestas por la autoridad. *Documento* es todo escrito o elemento expresivo de ideas que se encuentre en el seno de la Administración, originado en ella o que haya llegado a ella, produzca (documentos en el sentido del art. 292) o no (informes, comunicaciones, planos, etc.) efectos jurídicos entre partes, siendo indiferente, por lo tanto, que estén o no firmados y que se conozca o se ignore su origen (un anónimo recibido en la Administración puede ser un documento en el sentido del tipo).

Pero tiene que tratarse de hechos, actuaciones o documentos *respecto de los cuales la ley haya dispuesto que permanezcan en secreto*, es decir, que sólo puedan ser conocidos por determinadas personas que hayan intervenido en su producción, conocimiento o manejo. Esa disposición de la ley puede ser directa (indicando determinados documentos como secretos o reservados) o indirecta, esto es, delegando en determinados funcionarios la facultad de determinar lo que es secreto por medio de reglamentos, resoluciones u órdenes. Por supuesto que carecerá del carácter de secreto lo que el funcionario de que se trate haya decidido mantener reservado arbitrariamente, por una decisión que no pertenezca a su competencia o que, aun perteneciéndole, sea sustancialmente carente de fundamento por no tratarse de los casos en que la ley autoriza a disponer la reserva.

No interesa que lo administrativamente secreto contenga, a la vez, el secreto de algún particular, ya que no es la libertad personal la fundamentalmente protegida por el tipo, sino el secreto que atañe a la función pública.

§ 885. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* — El delito se consuma cuando lo secreto ha llegado a conocimiento de un tercero extraño al círculo de personas que tienen derecho a conocerlo y, a la vez, el deber de guardarlo. No es indispensable que se produzca algún perjuicio para la Administración. Es posible la tentativa (la carta en que se comunica el secreto que no llega a destino), aunque parte de la doctrina niega su posibilidad (Soler).

§ 886. *SUJETO ACTIVO.* — Autor únicamente puede serlo el funcionario que tenga obligación de guardar el secreto: basta esa obligación para que se dé la característica típica del autor; no es necesario que se trate de un secreto que haya conocido en razón de su función (porque es de su competencia conocerlo); puede ser un secreto conocido en ocasión de la función (contra: Núñez, Fontán Balestra), o aun fuera de ella, cuando por razones extrañas al derecho el funcionario toma conocimiento del secreto sabiéndolo como tal; lo mismo comete el delito el funcionario que revela el documento secreto confeccionado por él, que quien lo ha leído en oportunidad de encontrarse en el despacho del colega que lo redactó, que el que, encontrándolo extraviado en la calle, sabe que es de naturaleza

secreta; aquí no estamos ante la figura del secreto profesional y la razón de ser de la protección no autoriza a hacer las distinciones que allí se formulaban.

§ 887. *CONFLUENCIA DE FIGURAS.* – Cuando la calidad del secreto (p.ej., secretos políticos o militares) nos coloca frente a tipos específicos (p.ej., art. 222, Cód. Penal) la figura del art. 157, párr. 1º, queda, por supuesto, desplazada.

§ 888. *CULPABILIDAD.* – El dolo requiere el conocimiento del carácter secreto del objeto (el error, aun el *error iuris* sobre la ley que lo dispone, puede excluir la culpabilidad) y la voluntad de comunicarlo a terceros no autorizados a conocerlo, aunque es admisible el dolo eventual (p.ej., quien deja el documento en poder del tercero sabiendo que éste puede enterarse de su contenido y aceptando esa consecuencia de su acción).

B) LA FIGURA DE VIOLACIÓN DE SECRETO DEL ARTÍCULO 51 DEL CÓDIGO PENAL

§ 889. *EL DELITO DE VIOLACIÓN DE SECRETO OFICIAL SOBRE DATOS DE REGISTROS PENALES.* – Hay que tener en cuenta que la disposición del art. 157 queda desplazada cuando aparece la figura –específicamente más propia– del párrafo final del art. 51 según la reforma de la ley 23.057, referido al secreto de las constancias registrales penales (“la violación de la prohibición de informar será considerada como violación de secreto en los términos del art. 157, si el hecho no constituyere un delito más severamente penado”).

La figura compone la especificidad de su acción con la revelación (comunicación) de los documentos a los que las disposiciones de la 1ª y 2ª parte del art. 51 imponen –directa o indirectamente– el carácter de secreto; al respecto trátase de una de las hipótesis en que la determinación del secreto está taxativamente atribuida por la ley. Además, la especificidad del tipo se completa con la circunstancia de que la esfera del secreto oficial se extiende, incluyendo entre los sujetos no autorizados a conocerlos, a personas que normalmente están entre aquéllas respecto de quienes la comunicación del dato reservado no constituye violación de secreto.

En los demás aspectos es posible remitirse al art. 157 del Cód. Penal, ya que la equiparación establecida por el art. 51 no es sólo a los fines de la pena.

Sin embargo, con relación a los autores, se tiene que aclarar que autor del delito que estamos viendo es el funcionario del *ente oficial* que tiene competencia para informar; cualquier otro funcionario o empleado que carezca de ella, sin perjuicio de encuadrar su conducta en la figura genérica del art. 157, no será autor del delito previsto por el art. 51; menos lo puede ser, por supuesto, quien carezca de toda relación de carácter administrativo con el ente registral.

Quedan comprendidos por la ley como *entes oficiales que llevan registros penales*, el Registro Nacional de Reincidencia, las secciones de *Prontuarios* de las reparticiones policiales y fuerzas que llevan a cabo funciones de esa naturaleza, así como las oficinas de registros de procesos tramitados por organismos jurisdiccionales, etcétera.

También quedarían comprendidos dentro de los autores típicos los secretarios judiciales en cuanto a los informes que puedan ser extraídos de los protocolos de sentencias y autos y de los registros de procesos.

En cuanto a las cuestiones relacionadas con la culpabilidad, se puede, en principio, sostener lo mismo que con relación a la figura del art. 157; el dolo reclama, en la faz cognoscitiva, que el autor conozca el carácter prohibido de la información; pero esa prohibición tendrá que conocerse por medio de la advertencia de las circunstancias que la motivan (p.ej., saber que el proceso del cual se informa está terminado por sobreseimiento).

Es posible, entonces, un error excluyente de la culpabilidad en hipótesis de error o ignorancia sobre las circunstancias condicionantes del secreto.

Cabe advertir que en el aspecto volitivo es menester querer proporcionar el dato, pero como la conducta típica no es genéricamente la de revelar, sino la de no abstenerse de informar, parecería inadmisibles el dolo eventual.

Lógicamente queda completamente al margen de la figura la conducta negligente e imprudente que facilitó la toma del dato reservado por parte de un tercero (Creus, Olazábal).

CAPÍTULO IV

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE TRABAJO Y ASOCIACIÓN

§ 890. *BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.* – La libertad personal que aquí se ampara es la relacionada con las actividades laborales: la libertad de cualquier sujeto a trabajar cuando quiere, a integrar asociaciones laborales (p.ej., impedir la asociación de una persona a un club social puede ser una coacción, pero si lo que se impide es la integración de un obrero a un sindicato, tendremos entonces las figuras del capítulo). Aun en la llamada *concurrencia desleal* está en juego la libertad de trabajo a través del ordenado ejercicio de la actividad comercial o industrial, sin interferencias desleales que la modifiquen arbitrariamente.

I. COMPULSIÓN A LA HUELGA O BOICOT

§ 891. *EL TEXTO LEGAL. CARÁCTER DEL DELITO.* – El art. 158, parte 1ª, del Cód. Penal, reprime con prisión de un mes a un año al “obrero que ejerciere violencia sobre otro para compelerlo a tomar parte en una huelga o boicot”.

Repetidamente se ha señalado que el artículo no castiga la huelga –cuya licitud se apoya en preceptos constitucionales– o el boicot, sino el ejercicio arbitrario de esos procedimientos, por medio del compelmiento violento sobre otros para que tomen parte en ellos.

§ 892. *ACCIÓN TÍPICA.* – La acción es la de *ejercer violencia*, o sea, desplegar medios físicos –incluidos los equiparados por el art. 78 del Cód. Penal– sobre el sujeto pasivo. La fuerza en las cosas no entra en el tipo, salvo que, a la vez, represente una violencia sobre la persona (p.ej., derribar la escalera sobre la cual está trabajando el obrero). Puede ser una violencia directamente ejercida por el agente por medio de un contacto físico con la víctima, a través

de terceros inculpables o mediante animales (arrojarle los perros) o cosas (aparatos mecánicos que detienen el paso con peligro para las personas).

§ 893. *ELEMENTO SUBJETIVO.* – Lo que da el tono al tipo es su elemento subjetivo: la violencia tiene que ser ejercida sobre la víctima para compelerla a tomar parte en una huelga o boicot, es decir, en una suspensión colectiva del trabajo de un sector de personas que trabajan en relación de dependencia (huelga) o en una concertación para no prestar o utilizar los servicios a, o de determinadas empresas (boicot).

Por compulsión se entiende aquí tanto el impedimento físico, como el impedimento moral que importa el uso de la violencia como amenaza de su repetición o intensificación condicionadas a la no adopción de la conducta deseada por el agente de parte de la víctima. No queda comprendida en el tipo, por consiguiente, la violencia desplegada con motivo o en ocasión de una huelga o de un boicot (p.ej., a raíz de una discusión sobre sus razones), si no obedece a la finalidad que dejamos expuesta. Por supuesto que la violencia debe ser desplegada antes o durante el conflicto, ya que la posterior no puede dirigirse a lograr la finalidad típica.

§ 894. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El delito se consuma con la aplicación de la violencia física sobre el sujeto pasivo, sin necesidad de que se logre la finalidad perseguida. Es posible la tentativa.

§ 895. *SUJETO.* – Autor sólo puede ser un obrero, o sea, el que realiza tareas en relación de dependencia; aunque es preciso reconocer que la limitación no es científicamente correcta (Núñez), ya que personas que no tengan exactamente la calidad señalada pueden atentar igualmente y del mismo modo contra la libertad de trabajo; ella no puede dejar de observarse, porque surge de la letra expresa de la ley.

Sujeto pasivo también tiene que ser un obrero, lo que asimismo surge de la descripción típica.

Cuando falta la calidad mencionada en el sujeto activo o en el pasivo podremos estar en otros delitos contra la libertad (la privación de libertad del art. 141 o coacciones, si la violencia física tiene carácter de compulsión moral).

§ 896. *CULPABILIDAD.* – El dolo sólo puede ser directo, a causa de la vigencia del elemento subjetivo típico.

II. COMPULSIÓN AL “LOCK-OUT”

§ 897. *EL TEXTO LEGAL. SENTIDO DE LA PROTECCIÓN.* – Según el art. 158, parte 2ª, del Cód. Penal, la misma pena que en el caso anterior se aplica al “patrón, empresario o empleado que, por sí o por cuenta de alguien, ejerciere coacción para obligar a otro a tomar parte en un *lock-out*”.

También aquí se protege la libertad de trabajo aunque ya no referida al sector obrero, sino al patronal o empresarial y, como en el caso anterior, no se prohíbe el *lock-out*, sino la coacción que se ejerce para que alguien, contra su voluntad, participe en él.

§ 898. *ACCIÓN TÍPICA.* – La acción es la de *ejercer coacción*. En verdad, se trata de una figura de coacción especializada, ya que lo que queda comprendido en ella es la utilización de medios morales o materiales (éstos en cuanto se los utilice como procedimientos compulsivos) para dobligar la voluntad del sujeto pasivo, con la finalidad de que obre de una manera determinada.

§ 899. *ELEMENTO SUBJETIVO.* – Dicha finalidad es la de obligar al sujeto pasivo a que tome parte en un *lock-out*, o sea en un cierre de establecimientos comerciales o industriales como medio de lucha contra las pretensiones del sector obrero, actualmente en curso o que va a producirse. Si la conducta del autor se dirige a proceder por sí (p.ej., mediante el uso de la violencia), y no a través de la actividad obligada de la víctima, al cierre del establecimiento o anulación de la actividad que en él se realiza, constituirá otros delitos, pero no el que venimos considerando. Lo mismo ocurrirá cuando el cierre al que se procura obligar no tenga la finalidad del *lock-out*, sino otra cualquiera (p.ej., monopolizar la producción de determinados bienes o productos; elevar los precios, etc.), en cuyos casos podrán darse otros delitos (p.ej., monopolio, coacciones en concurso con fraudes comerciales o industriales), pero no el presente.

§ 900. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – Como en el delito anterior, el delito se consuma con el acto de coacción, sin que sea necesario que se haya conseguido el fin que se perseguía. La tentativa puede darse en los mismos casos en que es posible la tentativa en el delito de coacciones.

§ 901. *SUJETOS.* – Autor puede ser un patrón o empresario que obre por sí, o el empleado de un patrón o empresario que obre por ellos u obre por sí, pero en su condición de empleado de aquéllos.

Sujeto pasivo también tiene que ser un patrón, empresario o empleado en cuanto tenga facultades (Núñez) o posibilidades materiales de cerrar el establecimiento haciendo cesar su actividad.

§ 902. *CULPABILIDAD.* – Asimismo, es aquí imprescindible el dolo directo.

III. COMPULSIÓN ASOCIATIVA

§ 903. *EL TEXTO LEGAL. SENTIDO DE LA PROTECCIÓN.* – Idéntica pena que en los casos anteriores impone el art. 158, parte 2ª, del Cód. Penal al “patrón, empresario o empleado que, por sí o por cuenta de alguien, ejerciere coacción para obligar a otro... a abandonar o ingresar a una sociedad obrera o patronal determinada”.

Sólo indirectamente puede considerarse protegida por la norma la libertad de trabajo, pues lo que el tipo procura preservar es la libertad personal de un sujeto para afiliarse a una asociación o permanecer en ella.

§ 904. *ACCIÓN TÍPICA.* – También la conducta está constituida por una coacción; se da, pues, con el mismo contenido y extensión que en el delito anterior. Los principios que rigen la tentativa y consumación son iguales.

§ 905. *ELEMENTO SUBJETIVO.* – Difiere, sin embargo, en el aspecto subjetivo, pues aquí la coacción está enderezada a lograr que el sujeto pasivo abandone una sociedad obrera o patronal a la que está ya afiliado o ingrese en una determinada a la que aún no se afilió.

Nada dice la ley sobre el carácter de la sociedad, y puesto que la libertad de asociación se vulnera cualquiera que sea ese carácter, puede tratarse de una asociación con fines gremiales (p.ej., sindicatos, uniones), culturales, económicos (p.ej., cooperativas), religiosos (p.ej., una liga obrera católica o protestante), siempre y cuando se encuentre consolidada alrededor de una determinada actividad obrera o patronal, puesto que no se protege la libertad de asociarse con fines laborales, sino la libertad de asociarse entre sí de quienes trabajan.

§ 906. *SUJETOS.* – Según la enunciación de la ley, únicamente pueden ser autores las personas que puedan serlo en el delito anterior: patrón, empresario o empleados de ellos, aunque los sujetos pasivos no son exactamente los mismos, puesto que pueden ser un obrero (que forma parte de asociaciones obreras), un patrón o un empresario. Parece que la ley no ha tomado en cuenta la compulsión que puede sufrir un obrero por parte de otro con las mismas finalidades; tal hecho iría a parar a la figura más grave de las coacciones, lo cual no deja de ser injusto, aunque dogmáticamente resulte exacto.

§ 907. *CULPABILIDAD.* – También se trata de una figura que requiere dolo directo.

IV. CONCURRENCIA DESLEAL

§ 908. *EL TEXTO LEGAL. SENTIDO DE LA PROTECCIÓN.* – El art. 159 del Cód. Penal reprime con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil (según ley 24.286, BO, 29/12/93), a quien, “por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratare de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial”.

Esta figura (también llamada *competencia* o *propaganda desleal*) tiene evidentemente un trasfondo económico: el agente procura, mediante fraude, lucrar con la clientela ajena; pero el legislador ha preferido incluirla entre los delitos contra la libertad de trabajo, acentuando la protección del normal ejercicio de la competencia como marco dentro del cual el comerciante o industrial pueden desa-

rollar libremente sus actividades. Nada tiene que ver este delito con los previstos en la ley 22.262, cuyo contenido, en todo caso, tendrá influencia en el art. 300 del Cód. Penal.

§ 909. **ACCIÓN TÍPICA.** – La estructura del tipo parece agotarse en la finalidad del agente (tratar de desviar por medio de), pero, en realidad lo que aquél requiere desde el punto de vista material, es que éste lleve a cabo maquinaciones fraudulentas, despierte sospechas malévolas o realice cualquier otro medio de propaganda desleal, con la finalidad de desviar en su provecho la clientela del establecimiento comercial o industrial del sujeto pasivo.

Maquinación fraudulenta es cualquier clase de ardid o engaño utilizados con la finalidad típica, como puede ser el uso de miembros o características del producto ajeno, en cuanto sea medio para quitar la clientela y no una simple falsificación de la marca que queda cubierta por la ley especial (p.ej., vender un producto de baja calidad en envases similares a los del establecimiento cuya clientela se desea desviar, Soler).

Las sospechas malévolas y la propaganda desleal son, al fin, especies particulares de maquinaciones fraudulentas. El agente utiliza las *sospechas malévolas* como fraude con el cual procura desviar la clientela cuando trata de suscitar en el ánimo de quienes componen aquélla, dudas sobre la utilidad del producto, sobre la exactitud de las especificaciones que traen sus envases (p.ej., en cuanto a peso, medida o elementos) o sobre los efectos que produce su utilización (p.ej., hacer correr la voz de que una bebida hecha con jugo de alcáuciles contiene un alcaloide que produce acostumbramiento; o que una empresa que atiende servicios de lunch junta los restos para servirlos transformados, etcétera). *Propaganda desleal* no es la que exagera las bondades del producto propio, sino la que desacredita las bondades del producto de la víctima en comparación con aquel otro (p.ej., la que utiliza un envase con las características del de la competencia en un corto comercial televisivo en que el protagonista lo rechaza para adoptar el producto del agente); nada obsta a que la propaganda desleal esté constituida por sospechas malévolas, pero no es indispensable que así ocurra.

§ 910. **ELEMENTO SUBJETIVO.** – El suscitamiento de sospechas malévolas, la realización de propaganda desleal o de cualquier otra

maquinación fraudulenta, deben tener por finalidad *tratar de desviar la clientela de un establecimiento comercial o industrial en provecho del agente*.

Cientela es el conjunto de personas que habitualmente utilizan productos que elabora o comercia el sujeto pasivo; tiene que tratarse de una clientela actualmente existente, que es la que puede desviar: la futura clientela de un establecimiento puede ser *captada* por otro (aquí las actitudes desleales pueden quedar cubiertas por leyes especiales), pero no desviada. Además, tiene que tratarse de la clientela de un establecimiento comercial o industrial (el desvío de la clientela de un médico o de un abogado no constituye el delito; en esos casos la sospecha malévola puede configurar delitos de otra índole, p.ej., contra el honor).

La clientela es desviada cuando se la aparta de la utilización del producto o servicios del establecimiento del sujeto pasivo; pero la figura es de mero peligro y la constituye la subjetividad del agente de *tratar de desviarla* por medio de las maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o propaganda desleal, con la finalidad de aprovecharla en el propio beneficio: el tipo requiere, pues, la objetividad del procedimiento empleado y la finalidad de lucrar con la clientela que se procura desviar; si este ánimo no existe, o si existiendo no se piensa satisfacerlo con la clientela desviada sino por otros medios (p.ej., una baja en los valores de acciones con la finalidad de adquirirlas; lograr que la autoridad cierre el establecimiento de la competencia por razones de seguridad o salubridad), no se dará el tipo.

§ 911. *SUJETOS*. – Autor puede ser tanto quien ya es comerciante o industrial como quien trata de desviar la clientela del sujeto pasivo en provecho del establecimiento que todavía no ha instalado, pero piensa instalar (por lo que no es aún comerciante o industrial). Pero sujeto pasivo necesariamente tiene que ser quien ya es comerciante o industrial, puesto que sólo así puede tener clientela.

No es indispensable que el establecimiento en beneficio del cual se trata de desviar la clientela sea del mismo ramo que aquel del cual se la procura sustraer; puede haber servicios o productos sustituibles (p.ej., que se den maquinaciones fraudulentas para que los reumáticos dejen de consumir determinados medicamentos y concurren a unas termas, Soler) o aun actividades comerciales relativamente disímiles que permitan la actividad típica (p.ej., la sospecha

malévola de que una determinada feria ganadera venda animales enfermos, para que los abastecedores concurren a proveerse de carne en un frigorífico).

§ 912. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – Lo que hemos dicho con relación a la acción indica que el delito se consuma con la realización de la maquinación fraudulenta, el suscitamiento de la sospecha malévola o la difusión de la propaganda desleal, aunque el agente no logre la finalidad propuesta.

La tentativa es posible (p.ej., habiéndose confeccionado una propaganda desleal impresa, no se la llega a difundir porque se accidenta el rodado que la distribuía).

§ 913. *CULPABILIDAD.* – Como en los casos anteriores, el elemento subjetivo insertado en el tipo indica que la figura sólo es compatible con el dolo directo.

CAPÍTULO V

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE REUNIÓN

§ 914. *BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.* – El derecho de reunión aquí tutelado es el de agruparse para comunicar o manifestar algo, si se lo hace de modo y con fines lícitos. Los delitos contra la libertad de asociación protegen la libertad de congregarse de modo más o menos permanente en pos de objetivos. Los delitos contra la libertad de reunión, la libertad de hacerlo de manera accidental pero concertada con un objetivo que se cumplimenta en breve plazo, cualquiera que sea el motivo (religioso, cultural, político) siempre que resulte lícito. El capítulo consta de una sola disposición, aunque compuesta de dos tipos.

IMPEDIMENTO O TURBACIÓN DE REUNIÓN LÍCITA

§ 915. *TIPOS COMPRENDIDOS.* – El art. 160 del Cód. Penal castiga con prisión de quince días a tres meses, al que “impidiere ma-

terialmente o turbare una reunión lícita, con insultos o amenazas al orador o a la institución organizadora del acto”.

En realidad se trata de dos tipos distintos, que tienen en común el hecho de que el ataque se dirige contra una *reunión lícita*, o sea contra el agrupamiento accidental, pero concertado, de personas que no tienen fines ilícitos (como podría ser la reunión de asonada del art. 230, Cód. Penal) y que observa las disposiciones legales y reglamentarias dispuestas por la autoridad por razones de orden público en general (seguridad, higiene, moralidad, etc.); no será lícita, en cambio, la reunión expresamente prohibida por la autoridad. El agente actúa típicamente impidiendo o turbando la reunión lícita.

A) IMPEDIMENTO MATERIAL DE REUNIÓN LÍCITA

§ 916. *ACCIÓN TÍPICA.* – Impide el que logra que la reunión no se realice actuando antes de que haya comenzado o disolviéndola una vez que está en curso.

§ 917. *MODO COMISIVO.* – Pero el tipo requiere que se trate de un impedimento que se haya concretado por *actos materiales*, lo cual tiene el significado de un actuar físico que haga abortar la realización en su comienzo o que fuerzan a las personas a disgregarse. No son, pues, suficientes, las instancias de orden moral que eventualmente podrían caer en el tipo siguiente. Tampoco caben en el tipo la prohibición o la orden abusivas del funcionario público, que no hayan trascendido a su ejecución material; pero, si esto último ocurre, el abuso de autoridad puede concurrir materialmente con el delito que venimos examinando.

§ 918. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – Es delito material que se consuma cuando efectivamente la reunión se ha imposibilitado, por haber impedido que se concrete o por haber sido disuelta. Los actos materiales que no logran concretar el impedimento sólo pueden ser atribuidos a título de tentativa.

§ 919. *CULPABILIDAD.* – El dolo, que debe ser directo, requiere el conocimiento del carácter lícito de la reunión; el error sobre la licitud (aun *error iuris*) puede llegar a excluir la culpabilidad.

B) TURBACIÓN DE REUNIÓN LÍCITA

§ 920. **ACCIÓN TÍPICA.** – Se turba la reunión cuando, sin impedírsela, se la desordena, alterando su desarrollo, tornando difícil o aun imposible (sin que se disuelva la reunión) el cumplimiento de sus objetivos.

§ 921. **MODO COMISIVO.** – Pero no cualquier turbación resulta típica, sino la que se logra por medio de *insultos* (ofensas verbales) o *amenazas* (anuncio de males futuros de cualquier especie) al *orador*, es decir, a la persona que hace uso de la palabra o a quien va a hacer uso de ella, aunque todavía no haya comenzado a hablar, o a la *institución organizadora*, sea el grupo que ha convocado la reunión, sea a la institución a la que dicho grupo pertenece y en pos de cuyos objetivos se convoca (p.ej., el partido político con cuyo apoyo se la ha organizado).

La turbación perpetrada de otro modo, es decir, aquella en cuya producción no se han empleado insultos o amenazas (p.ej., hacer redoblar tambores, dar voces de alarma, etc.) o cuando los insultos o amenazas han sido dirigidos a terceros que no son ni el orador ni la institución organizadora, podrán constituir otros delitos, como los de los arts. 149 *bis* y 211, o algún delito contra el honor, pero no el del art. 160.

§ 922. **CONFLUENCIA DE FIGURAS.** – Por supuesto que cuando los insultos o las amenazas al orador o a la institución lleguen a constituir otros delitos y, a la vez, hayan turbado la reunión lícita, aquéllos (delitos contra el honor) operarán en concurso real con el del art. 160, pues son dos hechos independientes, aunque se originen en la misma acción.

§ 923. **CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.** – Es delito material, cuya consumación requiere que la reunión se haya turbado efectivamente. Si los insultos o las amenazas dirigidas al orador o a la institución no han conseguido ese efecto, el hecho puede quedar en tentativa.

§ 924. **CULPABILIDAD.** – El dolo puede ser eventual (p.ej., el agente cuya intención es sólo la de insultar públicamente a quien

hace uso de la palabra, pero acepta el resultado de turbación que puede implicar su acción).

C) IMPEDIMENTO MATERIAL DE ESPECTÁCULOS DEPORTIVOS

§ 925. *EL TIPO CREADO POR LA LEY 24.192.* – El art. 7º de la ley castiga con prisión de un mes a tres años al “que impidiere mediante actos materiales, aunque sea momentáneamente, la realización de un espectáculo deportivo en un estadio de concurrencia pública”.

Con relación a los tipos contemplados en el art. 160 sólo se asemeja al de impedimento material; no basta, pues, la mera turbación del espectáculo. Pero al introducirse la cláusula “aunque sea momentáneamente” se varía la estructura de aquél ya que no será necesario que el espectáculo se haya imposibilitado efectivamente; bastará su interrupción transitoria o la demora en su realización para que se produzca la situación de punibilidad, por lo que las características de consumación serán diferentes.

CAPÍTULO VI

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE PRENSA

§ 926. *BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.* – Lo que se protege en este capítulo es la libre circulación de libros o periódicos ya impresos. Los impedimentos a la impresión misma, sin perjuicio de que puedan constituir otros delitos, no quedan comprendidos aquí. También este capítulo está formado por un solo artículo.

IMPEDIMENTO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LIBROS O PERIÓDICOS

§ 927. *ACCIONES TÍPICAS.* – El art. 161 castiga con prisión de uno a seis meses, al que “impidiere o estorbare la libre circulación de un libro o periódico”.

Las acciones típicas son las de impedir o estorbar la libre circulación. La *impide* el que hace imposible la distribución del libro o periódico, sea en su totalidad (p.ej., destruyendo toda la edición), sea parcialmente, aun con relación a determinados ejemplares (p.ej., destruyendo los que están en una librería); no constituye este delito impedir que una o varias personas determinadas los lean, lo cual no es más que un atentado a la libertad personal de ellas. *Estorba* la circulación quien la entorpece o la convierte en más difícil (p.ej., retrasándola), siempre que los obstáculos interpuestos no hayan llegado a impedirla.

La ley no limita los medios, por lo cual pueden ellos implicar violencia, fuerza en las cosas, fraude y hasta constituir medios que, autónomamente considerados, serían lícitos, pero que se transforman en ilícitos a causa de la finalidad perseguida por el agente (p.ej., comprar todos los periódicos que están depositados en una distribuidora para hacerlos desaparecer).

§ 928. *OBJETOS.* – Son los libros o periódicos. Por *libro* entiende la doctrina cualquier impreso que conste de una pluralidad de páginas; quedan excluidos los volantes u hojas sueltas (contra: Gómez, González Roura). Los folletos y las revistas que no sean periódicos (Núñez) quedarán incluidos en el concepto típico de libro. Por *periódico* se entiende todo impreso que se publica con periodicidad (todos los días, todas las semanas, etcétera).

Pero como lo que hay que impedir es la circulación, el libro o periódico que sea objeto típico tiene que estar *en circulación*, entendiéndose por tales todos aquellos que se encuentren en las operaciones propias de la circulación, desde el momento en que el impreso se halla depositado para ser lanzado a la circulación o está en camino a los destinatarios o a disposición del público en lugares de venta o distribución directa. Los actos que recaen sobre libros o periódicos que ya han sido distribuidos, o sea, que han llegado a las personas que pueden leerlos, constituirán otros delitos (contra la propiedad, contra la libertad individual), pero no atacarán la libertad de prensa en el sentido del tipo estudiado.

§ 929. *CUESTIÓN SOBRE LA ANTIJURIDICIDAD.* – La ley ha omitido toda referencia al contenido del libro o periódico (el proyecto de 1906 excluía los que contenían *escritos ilícitos*), lo cual no obsta

para que el hecho se justifique cuando el impedimento proviene del legítimo ejercicio de una facultad jurídica (p.ej., de la autoridad por razones de tranquilidad o moralidad públicas) o de otras circunstancias justificadas, como la legítima defensa (p.ej., el que destruye una edición de un libro que ataca su honor calumniándolo, cuando se encuentra en un lugar para ser distribuido) o el estado de necesidad (p.ej., el que procura evitar un daño más grave que el causado por la propia acción típica, como sería un detrimento territorial del país).

§ 930. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – Es un delito material que se consuma cuando la distribución ha sido efectivamente imposibilitada o estorbada. Los actos cometidos con esa finalidad que no consigan los objetivos constituirán tentativa.

§ 931. *CONFLUENCIA DE FIGURAS.* – El delito puede concurrir material o idealmente, según los casos, con el abuso funcional que implique la orden o actividad del funcionario que impide o estorba la circulación, o con los delitos contra la propiedad que se cometan para conseguir esos resultados (hurtos, daños).

§ 932. *CULPABILIDAD.* – Es delito doloso que hasta llega a admitir el dolo eventual (como puede ocurrir en el caso de quien, queriendo simular un siniestro en un depósito, acepta la destrucción impositiva de la circulación del libro o periódico que resulte de esa acción).

§ 933. *EL DELITO DEL ARTÍCULO 161 Y LA LEY 23.592 (ACTOS DISCRIMINATORIOS).* – La amplitud que nuestra jurisprudencia ha otorgado a la libertad de prensa –en cuanto garantía constitucionalmente consagrada– nos ha colocado, sin embargo, ante otros problemas más difíciles de resolver. Si resumiéramos dicha jurisprudencia –especialmente la procedente de la Corte Suprema– tendríamos que concluir en que, por más ilícito que fuere el contenido del libro o periódico, no se podría impedir su circulación, sin perjuicio de aplicar al autor o responsable las sanciones correspondientes (penales y civiles), lo cual importaría admitir que se produzcan los mismos efectos del delito cometido: el agraviado por la violación del secreto profesional (art. 156, Cód. Penal) no podría demandar que cese la difusión del escrito (impreso) donde se comunica a terceros el secreto que le puede causar perjuicio; el magistrado, con compe-

tencia para intervenir en el delito de que se trate (p.ej., art. 3º, ley 23.592 de *actos discriminatorios*) carecería de poder para interferir la circulación del libro o periódico (en los que se realizan propagandas basadas en ideas o teorías "que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa") con los cuales se viola la ley. Se trata de un conflicto de valoración que interfiere radicalmente en la interpretación aplicativa de las normas penales que merece un tratamiento especial.

TÍTULO VI

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

§ 934. *LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS.* – Los delitos que hasta ahora hemos visto protegían al individuo en los bienes que le eran inherentes como persona, o sea que, siéndole intrínsecos, constituyan sus atributos indispensables (vida, integridad física, libertad, honor, estado). El Título VI cierra la parte del Libro II del Código Penal destinada a la protección preferentemente individual, refiriéndola a bienes que no son atributos esenciales de la personalidad (la persona humana se presenta completa incluso sin ellos) y que le son extrínsecos.

§ 935. *EL CONCEPTO PENAL DE PROPIEDAD.* – Esa protección de la ley penal no se reduce a la propiedad en el sentido de *dominio* de la ley civil (art. 2506, Cód. Civil), sino que se extiende a los que le otorga el art. 17 de la Const. nacional (aunque no todos están de acuerdo en esto), que comprende no sólo el dominio y demás relaciones jurídicas con las cosas, constitutivas de derechos reales, sino también el poder que se tiene sobre bienes o que se puede llegar a tener en virtud de derechos que reconocen su fuente en relaciones personales (obligaciones). La protección penal se extiende, pues, tanto a la tenencia, posesión, dominio y demás derechos reales, cuanto al poder sobre las cosas procedente de otros títulos o de situaciones jurídicas que conceden facultades idóneas para aumentar los bienes de una persona, ya se encuentren dentro del patrimonio del sujeto, ya operen todavía como expectativas ciertas (p.ej., derecho al pago de una indemnización por daños), en tanto *pertenezcan* a una determinada persona física o jurídica. Y más todavía, la ley penal no titubea en proteger la *pertenencia* que tiene origen en un

título vicioso y hasta ilícito, frente a terceros sin derecho a poner fin a la pertenencia inválida o ilegítima (p.ej., al ladrón se le puede hurtar la cosa que él, a su vez, hurtó, cuando el que se la quita no es el legítimo tenedor anterior de ella).

§ 936. *PROPIEDAD COMÚN Y ESPECIAL. OBJETOS DE LOS DELITOS.* Pero en el Código Penal vamos a encontrar exclusivamente la protección de la llamada *propiedad común*. La *especial* (derechos intelectuales: ideas, inventos, patentes, etc.), queda reservada a la protección de leyes especiales (p.ej., ley de propiedad intelectual), procedimiento legislativo que viene impuesto por la naturaleza de los pertinentes derechos.

De lo dicho se infiere que los bienes mencionados en los distintos delitos contra la propiedad son los que poseen la característica de ser apropiables por determinadas personas con exclusión de otras, en cuanto tienen naturaleza económica, aunque su valor sea exiguo en relación al cambio, como veremos al tratar del hurto.

§ 937. *CARACTERÍSTICA COMÚN DE LAS ACCIONES TÍPICAS.* — Se ha indicado que el resultado común de los delitos contra la propiedad no es el de alterar el patrimonio del sujeto pasivo, sino el de *disminuirlo* (Soler), reduciendo su activo o aumentando su pasivo. Esto es exacto si se consideran en sí los hechos constitutivos de las acciones típicas, aunque, en algunos casos, por actos anteriores, posteriores o concomitantes el agente compense la pérdida experimentada por ese patrimonio al consumarse el delito (p.ej., quien deseando apoderarse de una cosa de escaso valor de un tercero, sin producirle un detrimento económico, le hace una donación de bienes de superior valor y luego se apodera de la cosa: la donación aumentó el patrimonio del sujeto, pero al quitársele la cosa igualmente se produce una disminución de él).

§ 938. *CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD.* — La multiformidad de los delitos contra la propiedad indujo a los tratadistas a proponer clasificaciones de distinta índole. Carmignani siguiendo a los comentaristas del derecho romano, los distinguía por la naturaleza de los bienes (delitos que atacan la propiedad de inmuebles, de muebles y de semovientes); Carrara prefería clasificar-

los por la índole de la motivación del agente (avidez de lucro, venganza); no pocos —y cada vez se acentúa más esta tendencia en la doctrina— los agrupan por el modo comisivo (fuerza, violencia, fraude, intimidación). Pero, sin duda alguna, la única clasificación que permite seguir idóneamente los esquemas de la ley es la que atiende al núcleo de las acciones descriptas en los tipos fundamentales; tenemos así un grupo de delitos constituidos por la acción de *apoderarse* de la cosa quitándosela a quien la tiene (cosas muebles) o excluyendo de ella a quien la ocupa (cosas inmuebles); otro constituido por la acción de *hacerse dar* la cosa, obligando a quien la tiene (extorsión) o engañándolo (defraudación); otro constituido por la acción de *quedarse* con la cosa (abuso de confianza o de situaciones, p.ej., apropiación de cosas halladas), y un último grupo constituido por la *destrucción* de la cosa (daño).

A este esquema responden, en general —salvo casos particulares que indicaremos—, los distintos capítulos que informan el título: el primero contempla los supuestos de *hurto*; el segundo, los de *robo* (formas de apoderamiento); el tercero, los de *extorsión* (formas de hacerse dar las cosas por medio de coacción); el cuarto, los de *defraudación* (formas de hacerse dar las cosas fraudulentamente o abusando de la confianza o de situaciones); el quinto, los de *quebrados* y *deudores punibles* (formas en las cuales se conjugan abusos de confianza y de situaciones); el sexto, los de *usurpación* (formas de apoderarse de inmuebles) y, por fin, el séptimo, los de *daño* (que son formas de destruir la cosa). La *usura*, sin podérsela encuadrar en este esquema, es, al fin, un abuso de situaciones.

§ 939. *EL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO.* — Como se ve, en todos los delitos contra la propiedad, el agente actúa contra la voluntad (explícita o implícita) del sujeto pasivo, o viciando esa voluntad (por fraude o por coacción). Éste es un presupuesto ineludible de los delitos contra la propiedad; el consentimiento del sujeto pasivo, prestado sin vicio alguno, es jurídicamente válido en esta materia (a diferencia de lo que ocurre en otros títulos), puesto que se trata en ella de bienes jurídicos renunciables, y elimina la tipicidad de la conducta del agente, pese a su configuración, de acuerdo con las distintas tipicidades. Aunque tal afirmación es sólo relativamente cierta en la usura, ella no deja de ser una forma de coacción en ciertos casos.

§ 940. **DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD DEL ESTADO EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994.** – Aunque el tema puede ser de tratamiento más apropiado en los delitos contra la Administración, no cabe duda de que el párr. 5º del art. 36 de la Const. nacional, reformada en 1994, abarca a los delitos contra la propiedad, al reglar: “Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos”. Veremos luego que algunos delitos contra la propiedad tienen pena de inhabilitación especial perpetua (p.ej., art. 174, Cód. Penal), pero, en su amplitud, la norma constitucional se refiere a cualquier delito “contra el Estado que conlleve enriquecimiento” de alguien, sea partícipe en el delito o tercero; sin embargo, hay que subrayar que la referencia de aquélla al “tiempo que las leyes determinen” torna inoperante la sanción constitucional en tanto una ley particular no haya determinado en un tipo concreto la pena de inhabilitación *para ocupar cargos o empleos públicos*. Volveremos sobre la cuestión al tratar los delitos contra la Administración (ver § 1817 y siguientes).

CAPÍTULO I

HURTO

§ 941. **LA PROTECCIÓN DE LA TENENCIA.** – En el hurto no se protege el dominio de las cosas sino su *tenencia*, contra los actos de apoderamiento realizados por quienes no tienen derecho a hacerlo. El ataque al dominio sin vulneración de la tenencia de la cosa no constituye hurto (luego veremos que puede quedar encuadrado en las defraudaciones). El hurto requiere el actual mantenimiento corporal de la cosa, que constituye la tenencia, por parte de alguien; si no existe una cosa tenida por otro, el agente no puede cometer el delito. Por eso el hurto no puede recaer sobre la cosa sin dueño (*res nullius*), la abandonada por su dueño (*res derelicta*), las perdidas y las que tiene el mismo agente, aunque su dominio pertenezca a otro; con referencia a esta última situación, hay que aclarar que no *tiene* en el sentido de la ley quien sólo es servidor de la tenencia

de otro, sin tener él de modo autónomo (p.ej., el custodio, el empleado), que sí puede cometer el delito de hurto respecto de las cosas a cuya tenencia sirve, pero si quien tiene es representante de la tenencia de otro con facultades dispositivas (p.ej., el administrador), no puede cometer hurto sobre las cosas que están en la esfera de tenencia a cuyo titular representa.

§ 942. *EL DESAPODERAMIENTO Y SU REPERCUSIÓN ECONÓMICA.* — El hurto, por lo tanto, tiene que constituir el desapoderamiento de la cosa del poder material de otro, que importa una disminución de su patrimonio en su integridad material, aunque no constituya, necesariamente, un ataque a su integridad económica (p.ej., el hurto de una cosa cuyo mantenimiento requiere ingentes gastos y no suministra beneficio alguno).

I. HURTO SIMPLE

§ 943. *EL TEXTO LEGAL.* — El art. 162 del Cód. Penal reprime con prisión de un mes a dos años al que “se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena”.

§ 944. *LA ACCIÓN DE APODERARSE. TEORÍAS SOBRE EL MOMENTO CONFIGURATIVO DEL HURTO.* — La acción típica es la de *apoderarse*. Esta noción no coincide exactamente con ninguna de las teorías que históricamente han seleccionado distintos momentos como determinantes de la consumación de este delito, a saber: la de la *aprehensión* (*aprehensio*), para la que basta con que el agente ponga mano sobre la cosa; la de la *remoción* (*amotio*), que requiere una remoción o traslado de la cosa del lugar donde se encontraba; la de la *privación* (*ablatio*), que exige quitar la cosa de la esfera de custodia de su tenedor, que es la más cercana al concepto legal de nuestro *apoderamiento*, y la de la *destinación* (*illatio*) que alarga el momento consumativo a aquel en el cual el agente ha logrado trasladar la cosa al lugar al cual la destinaba para aprovecharla o utilizarla de cualquier modo.

§ 945. *CONCEPTO DE APODERAMIENTO. EL DESAPODERAMIENTO.* Hoy no se discute que la noción de *apoderamiento* utilizada por

nuestra ley se construye con un concepto compuesto de un aspecto objetivo y de otro subjetivo.

Objetivamente requiere, en primer lugar, el *desapoderamiento* de quien ejercía la tenencia de la cosa, lo cual implica quitarla de la llamada *esfera de custodia*, que no es otra cosa que la esfera dentro de la que el tenedor puede disponer de ella; no se trata, pues, de una noción necesariamente referida a un determinado lugar, sino a una determinada situación de la cosa, que permite el ejercicio del poder de disposición de ella: hay desapoderamiento cuando la acción del agente, al quitar la cosa de aquella esfera de custodia, impide que el tenedor ejerza sobre ésta sus poderes de disposición. Justamente es esa posibilidad de disposición lo que define la esfera de custodia, que se extiende hasta donde el tenedor pueda hacer efectivas sus facultades sobre la cosa, la que, por lo tanto, no requiere imprescindiblemente un contacto físico con ella y que, en muchas ocasiones, sólo se revelará simbólicamente (p.ej., el que tiene una pila de ladrillos en la calle o en un sitio apartado). Ya vimos, por otra parte, que la constitución de esa esfera de custodia no tiene que arrancar, necesariamente, de un origen lícito: la tenencia del ladrón o del estafador también está protegida contra todo aquel que no tenga derecho a procurar la restitución de la cosa.

§ 946. *EL APODERAMIENTO.* – Pero –siempre en el aspecto objetivo– el desapoderamiento del tenedor no basta; es necesario el *apoderamiento* material de la cosa por parte del agente. El desapoderamiento no implica, por sí mismo, el apoderamiento (como ocurre en el ejemplo de Mezger: quien desapodera al tenedor de un pájaro abriéndole la jaula y logrando que escape de ella, sin lograr asirlo), en tanto que el apoderamiento exige, como presupuesto indefectible, el desapoderamiento. El desapoderamiento sin apoderamiento puede constituir una tentativa de hurto, como más adelante veremos.

El apoderamiento se caracteriza por la posibilidad de que el agente pueda realizar sobre la cosa actos materiales de disposición y que haya tenido su origen en la propia acción, por haber carecido antes de ella (cuando el agente ha tenido esa posibilidad antes de realizar la acción, se podrá estar ante otros delitos, pero no el del hurto).

En el hurto hay, pues, una sustracción de la cosa de la esfera de disponibilidad del tenedor que la hace pasar a la esfera de dis-

ponibilidad del agente, lo cual implica, en aquélla, un desplazamiento de un sujeto por otro; el agente quita al tenedor la titularidad de la esfera de disponibilidad de la cosa para constituirse él en titular de ella.

Estas nociones demuestran que la sustracción constitutiva del hurto no siempre reclama la remoción de la cosa de un lugar a otro; hay manifestaciones de la acción que importan sustracción sin que, propiamente, se pueda hablar de remoción, como ocurre cuando se consume la cosa en el lugar en que se encuentra (el que quema el combustible en el hogar del propio tenedor, el que consume la bebida en la misma casa del tenedor, etcétera). Tampoco la sustracción hurtadora reclama un contacto físico directo entre la cosa y el agente: además de los casos de autoría mediata, los hay de autoría inmediata que no importan ese contacto (utilizar animales e instrumentos mecánicos; p.ej., animales a los que se hace comer el heno del vecino).

§ 947. *ASPECTO SUBJETIVO DEL APODERAMIENTO.* — Pero, en el tipo del art. 162 del Cód. Penal, al aspecto objetivo del apoderamiento que dejamos expuesto debe corresponder un aspecto subjetivo constituido por la voluntad de someter la cosa al propio poder de disposición; no es suficiente el querer desapoderar al tenedor: es necesario querer apoderarse de aquélla. Lo cual no importa requerir para este aspecto subjetivo, el llamado *animus rem sibi habendi*, con la extensión desmesurada que alguna doctrina le ha otorgado (querer tener la cosa como verdadero dueño), pero que coincide con aquella subjetividad en cuanto no se lo mire más que como el propósito de llevar a cabo actos de disposición que el legítimo tenedor puede realizar, dentro de lo cual queda comprendida toda “finalidad de uso, goce, afectación o destino” (Núñez), aun cuando el agente no pretenda prolongar la tenencia que ha obtenido en el tiempo. Mas, cuando ese propósito está ausente, y la sustracción se motiva en finalidades distintas (hacer una broma, comprobar la vigilancia, dañar la cosa inmediatamente), faltará la coincidencia subjetiva que el apoderamiento típico requiere y no se dará el tipo de hurto.

§ 948. *EL LLAMADO “HURTO DE USO”.* — Tal modo de entender el aspecto subjetivo requerido por el apoderamiento resuelve la cuestión atinente al llamado *hurto de uso*, en nuestro derecho. Admiti-

da su inclusión en el tipo del art. 162 por algunos (Soler), rechazada por otros (Fontán Balestra), no parece ofrecer mayores dificultades si se distingue, como es debido, el que puede denominarse hurto de uso, del hurto de uso impropio: aquél lo comete quien teniendo la cosa legítimamente la utiliza a pesar de que sus poderes de tenedor no lo autorizan a hacerlo; éste lo consume quien se apodera de la cosa ajena —cuya tenencia no tiene— para usarla (aun con intención de devolverla; p.ej., el que toma una bicicleta para dar un paseo, un caballo para trasladarse a otra localidad, etc.) y es indudable que si la primera hipótesis no cabe en el art. 162, la segunda entra perfectamente dentro de su descripción típica.

§ 949. *ILEGITIMIDAD DEL APODERAMIENTO.* — La ley indica que el apoderamiento tiene que ser *ilegítimo*. Insiste la doctrina en la significación subjetiva de este requisito típico: el autor debe saber que obra ilegítimamente (Fontán Balestra); constituye “la síntesis de los datos objetivos del hurto, tal como se ha representado en la conciencia del autor” (Soler), y así se lo ha mirado como una circunstancia subjetiva del tipo (Núñez). Quizá se haya sobredimensionado la función subjetiva de este elemento cuando se indica que no habría apoderamiento típico si el autor no lo perpetra con la conciencia de que no puede legítimamente apoderarse de la cosa, lo cual, al fin, es un conocimiento propio de las exigencias de la culpabilidad.

Aunque no deja de ser exacto que la exigencia típica de la ilegitimidad del apoderamiento no hace referencia a la no concurrencia de causas de justificación, parece claro que, como elemento típico, se muestra como un dato francamente objetivo: excluye del artículo los casos en que el agente puede jurídicamente apoderarse de la cosa ajena, es decir, ejercer derechos sobre ella. Reconozcamos que hay aquí una referencia a una de las causas de justificación (ejercicio de un derecho) que opera dentro de la tipicidad. Las demás causas de justificación siguen girando en la propia órbita de la antijuridicidad.

§ 950. *OBJETO DEL DELITO: COSA MUEBLE AJENA.* — El objeto del apoderamiento es una cosa mueble ajena. Los datos con que se caracteriza a la cosa como objeto del delito son su *corporeidad* y su *valor patrimonial*.

La corporeidad de la cosa no es un concepto muy unánimemente reconocido en la doctrina, ya que para algunos exige la ocupación

de un lugar determinado en el espacio, sea en forma autónoma, sea como parte integrante de otra mayor (Soler), mientras que para otros basta su materialidad, con lo cual desaparece el requisito de corporeidad en sentido físico de objeto con extensión (Núñez), de manera que bastaría que un objeto pudiera ser detectado materialmente para que se lo considerara cosa. Y hay que reconocer que la reforma de la ley civil (art. 2311, párr. 1º, del Cód. Civil, según ley 17.711) da razón a esta segunda apreciación en una estricta aplicación de las reglas interpretativas de la ley penal. Por eso sería más conveniente hablar, antes que de corporeidad, de materialidad de la cosa.

Dentro del concepto de cosa así delimitado quedan comprendidos los sólidos, líquidos, fluidos, gases y la energía —cualquiera que sea su naturaleza—, en cuanto sea detectable materialmente y, como tal, pueda pertenecer a un patrimonio.

§ 951. *EL HURTO DE ENERGÍA.* — Lo dicho viene a resolver un problema arduamente debatido entre nosotros; la posibilidad del hurto de energía. Negado por una gran parte de nuestra doctrina y de nuestra jurisprudencia, fundándose en la ausencia de corporeidad, esa negativa se ha mantenido aun después de la reforma de la ley civil, porque —se dice— de “nada vale elevar la electricidad... a la condición jurídica de cosa, cuando con ello dejamos subsistente el problema de otras formas de energía que difícilmente los juristas se atreverán a decir que son *cosas*” y que “es tan terminante la analogía... que las principales reformas legislativas modernas, expresamente han considerado el caso como sustracción” (Soler); pero, evidentemente, esta opinión no atiende al cambio de exigencia para la caracterización de cosa, operada en el art. 2311, párr. 1º, del Cód. Civil, y al hecho de que las mencionadas reformas legislativas extranjeras se han limitado a resolver expresamente un problema dudoso (lo que también ha hecho el párr. 2º del art. 2311), atendiendo a las peculiaridades de las leyes civiles de sus sistemas. No pudiéndose negar carácter material a la energía —aunque carezca de corporeidad— ésta podrá ser objeto de hurto en tanto y en cuanto esté incorporada a un patrimonio.

§ 952. *LOS DERECHOS.* — Sólo los derechos, por su carácter inmaterial, como componentes de un patrimonio, no pueden ser con-

siderados objetos del delito de hurto (su pertenencia está protegida por otros tipos), aunque sí lo pueden ser sus documentos representativos (probatorios).

§ 953. *VALOR PATRIMONIAL.* – El otro dato es el del valor patrimonial, lo cual implica, fundamentalmente, que se trate de una cosa que esté incorporada a un patrimonio. Para que ello ocurra es necesario que se trate de una cosa *apropiable* por las personas para satisfacer sus necesidades, utilidades o placeres, sin que importe la licitud o ilicitud de la finalidad a la que se aplica. Quedan, pues, excluidas las cosas que no son susceptibles de apropiación y las que, siendo susceptibles de ella, no están actualmente incorporadas al patrimonio de alguien.

El valor patrimonial de la cosa no coincide estrictamente con su *valor económico*, en cuanto éste se entienda como valor de uso o cambio; la cosa que puede carecer de valor para cualquier persona que no sea su propietario, pero en cuanto esté actualmente incorporada a su patrimonio, tiene valor patrimonial; ello resuelve cualquier cuestión que se plantee en orden a la entidad del valor económico o de cambio: el nulo o ínfimo valor de la cosa en ese sentido no le quita el carácter de objeto del delito.

§ 954. *COSA MUEBLE.* – La cosa objeto del hurto debe ser *mueble*. La noción penal de este carácter del objeto no coincide estrictamente con la civil. Para ésta son cosas muebles “las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, sea que sólo se muevan por una fuerza externa” (art. 2318, Cód. Civil), pero el principio de la transportabilidad sufre excepciones por la accesoriedad (arts. 2315 y 2316, Cód. Civil) y representatividad (art. 2317, Cód. Civil). Para el criterio penal, el principio de la transportabilidad rige sin excepciones: no sólo quedan comprendidos en la noción de cosa mueble los casos en que ella es transportable por una fuerza propia o externa a ella (incluyéndose aquí los inmuebles por carácter representativo y accesorio según el art. 2316, Cód. Civil), sino también aquellos en que el propio agente la ha convertido en transportable, separándola del inmueble al cual estaba adherida (hurto de un molino, hurto de tierra, etcétera). Cosa mueble en el derecho penal puede serlo, pues, la que es inmueble según el derecho civil: es suficiente con que pueda ser desplazada

de modo que permita su apoderamiento por el agente, según el concepto que de dicha acción hemos dado.

§ 955. *AJENIDAD.* – Para ser objeto de hurto la cosa mueble tiene que ser *total o parcialmente ajena*. Este carácter de ajenidad tiene que ser encarado desde el punto de vista del sujeto activo del delito: cosa ajena es toda aquella que pertenece a un patrimonio que no sea el del agente; es totalmente ajena cuando éste no tiene ni una parte ideal de ella en comunidad con sus propietarios; es parcialmente ajena si tiene en propiedad parte de ella como condómino o comunero hereditario; quien es propietario en estas últimas condiciones puede cometer el delito de hurto con referencia a la cosa parcialmente ajena si no es el que ejerce su tenencia en el momento de la acción. Hay que aclarar, sin embargo, que la cosa perteneciente a una sociedad, constituida por una persona jurídica distinta de los socios, es ajena para cada uno de ellos.

La cosa sigue siendo ajena aun cuando no se conozcan ni su propietario ni quien ejerce actualmente su tenencia. Pero hay cosas que sin pertenecer al patrimonio del agente, al no pertenecer tampoco a un patrimonio distinto, no se pueden catalogar como ajenas y, por tanto, no serán objetos del delito de hurto; trátase de aquellas que son apropiables por cualquiera: así ocurre con las *res nullius*, o sea, las que no tienen dueño (art. 2527, Cód. Civil) y con las *res derelictae*, es decir, las abandonadas por su dueño, que se ha desprendido de su posesión “con la mira de no continuar en el dominio de ellas” (art. 2526, Cód. Civil); mas no posee esa condición la *cosa perdida* que no deja de pertenecer a su dueño (art. 2528, Cód. Civil) –respecto de las que falta la voluntad de abandonarlas–, aunque éstas tampoco pueden ser objeto de hurto; su apropiación –en tanto nadie ejerza su actual tenencia– queda cubierta por el tipo del art. 175, inc. 1º, del Cód. Penal; pero no es cosa perdida la cosa olvidada por el legítimo tenedor –que puede proceder a su búsqueda–, pues no se ha desarmado todavía su esfera de disposición sobre ella: el hecho de quitarla del lugar adonde dicho tenedor puede regresar a buscarla, apropiándosela, constituye hurto.

§ 956. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – Como vimos, el hurto se consuma con la completividad del apoderamiento de la cosa, es decir, con la creación de las posibilidades de disposición de ella por

parte del agente. El solo hecho de haber logrado el desapoderamiento —con la intención de apoderarse— constituye tentativa; ésta se extiende aun a la simple penetración en la esfera de custodia de la cosa cuando ella puede considerarse materialmente acotada, aunque no se haya alcanzado a perpetrar el desapoderamiento (p.ej., entrar en el chiquero para hurtar un cerdo sin conseguir asirlo; meter la mano en el bolsillo sin alcanzar la cartera que se pretendía extraer). Pero penetrar en una esfera de custodia para sacar una cosa que no se encontraba en ella constituye un delito putativo, como tal impune, sin perjuicio de que esa conducta importe otro delito diferente (p.ej., violación de domicilio).

§ 957. *CONFLUENCIA DE FIGURAS.* — El tema no ofrece mayores complejidades, salvo en lo concerniente a situaciones que reclaman un cuidadoso examen para distinguir el hurto de otros delitos contra la propiedad, a los que más adelante nos referiremos.

§ 958. *CUESTIONES SOBRE ANTIJURIDICIDAD.* — Dijimos que salvo el ejercicio del derecho, que convierte en legítimo —y por tanto en atípico— al apoderamiento, las demás causas de justificación funcionan normalmente, eliminando la antijuridicidad de la conducta típica.

Especial referencia hacen los tratadistas al llamado *hurto famélico*, lo cual no implica, por supuesto, desconocer el funcionamiento de otras causales de justificación, las que —eso sí— operan como tales en cuanto haya mediado un verdadero apoderamiento, con todos los caracteres objetivos y subjetivos que enunciamos; si tal cosa no ocurre no estaremos en presencia de un hurto; p.ej., quien previendo que camino de su casa se va a atentar contra su vida quita un arma de la esfera de tenencia de otro yéndose con ella, típicamente la hurtó, pero su acción no sería antijurídica; pero quien siendo atacado en el lugar donde se encuentra, quita un arma de manos de un tercero para defenderse, no se habría apoderado de ella, ya que su subjetividad no coincide con los requisitos exigidos por la acción típica.

§ 959. *SUJETOS. PARTICIPACIÓN.* — Sujeto activo puede ser cualquier persona respecto de la cual la cosa mueble sea total o parcialmente ajena. Sujeto pasivo, que, como dijimos, es el tenedor de la cosa, también puede ser cualquier persona, física o jurídica, aunque ya veremos que en el caso del llamado *hurto calamitoso* se plantea

un especial problema con respecto a la posibilidad de quien ha dejado de ser persona por haber fallecido.

Ninguna dificultad plantea la aplicación de todos los principios de la participación.

§ 960. *CULPABILIDAD.* – El dolo requiere el conocimiento de las circunstancias típicas, incluidas las que componen los elementos normativos (ajenidad de la cosa e ilegitimidad del apoderamiento). El error sobre cualesquiera de ellos excluye la culpabilidad. La voluntariedad del apoderamiento que, como adelantamos, requiere especiales disposiciones anímicas, tornaría incompatible este delito con el dolo eventual, aunque alguna vez se haya sostenido lo contrario.

II. HURTOS CALIFICADOS

§ 961. *FUNDAMENTO DE LAS AGRAVANTES.* – El art. 163 del Cód. Penal eleva la pena a la de uno a seis años de prisión en una serie de casos que a continuación veremos.

En general, tres son las vertientes básicas motivadoras de los tipos de hurtos agravados: una atañe a las dificultades de custodia de los bienes por parte del tenedor, la otra a la función del bien y la tercera a la naturaleza del obstáculo que tiene que vencer el autor para perpetrar el apoderamiento.

§ 962. *INDEFENSIÓN DE LOS OBJETOS.* – No cabe duda de que en varios de los tipos de hurtos agravados, lo que se hace es brindar mayor protección a bienes respecto de los cuales se dan dificultades para que el tenedor ejerza sobre ellos una custodia efectiva o pueda oponerse con éxito al apoderamiento ilegítimo, sea en razón de la situación en que esos bienes tienen que ser dejados (abigeato, hurto campestre), sea por particulares circunstancias que afectan al sujeto pasivo (hurto calamitoso), sea por ambas causas a la vez (hurto de mercadería transportada).

§ 963. *LA NATURALEZA DEL OBJETO Y LA ACTIVIDAD DEL AUTOR.* Pero también se dan tipos agravados para cuya formulación se ha tenido en cuenta la naturaleza del objeto sobre el cual recae el apoderamiento, o de otros objetos que, aunque no constituyan el objeto

del delito, quedan afectados en su función por la conducta típica. Lo primero es lo que ocurre respecto del hurto de elementos de los cercos: lo fundamental no es la situación de los cercos, sino la función que desempeñan ("Constituyen ellos mismos una forma simbólica de custodia"); lo segundo pasa cuando el autor, para apoderarse del objeto ha debido vencer obstáculos que ejercen efectivamente la guarda de aquél (hurto con escalamiento, hurto con ganzúa, llave falsa o llave verdadera sustraída o hallada, o con instrumentos si-milares).

A) HURTOS CAMPESTRES

§ 964. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 163, inc. 1º, del Cód. Penal pune como hurto calificado el que "fuese de ganado mayor o menor o de productos separados del suelo o máquinas o instrumentos de trabajo, dejados en el campo; o de alambres u otros elementos de los cercos, causándose destrucción total o parcial".

§ 965. *TIPOS CONTEMPLADOS.* – Dentro del inciso pueden distinguirse cuatro tipos con relativa autonomía: el abigeato, el hurto campestre propiamente dicho, el hurto de maquinaria o implementos y el hurto de elementos de los cercos. Aunque la distinción entre ellos se realiza por los objetos, se da un elemento común concerniente a la situación de todos ellos: los objetos deben estar situados en el *campo*, entendiéndose por tal los lugares sitios fuera de los radios poblados y respecto de los cuales el titular de la tenencia de los objetos no puede ejercer una vigilancia directa o inmediata continua o una particular defensa de ellos. No constituyen campo, por más que se encuentren en zonas rurales, las casas habitaciones, galpones y otras dependencias de ellas (patios, graneros, tambos). Pero dándose las condiciones indicadas, carece de influencia el hecho de que el predio rural esté abierto o cerrado por medio de cercos. Dentro del concepto de campo quedan comprendidos los caminos que circundan o cruzan los predios.

1) ABIGEATO

§ 966. *EL OBJETO DEL DELITO.* – La misma etimología de la expresión abigeato señala ya una primera limitación al objeto del hurto: tiene que tratarse de animales que normalmente deben ser arrea-

dos o conducidos para llevárselos, no de los que, para transportarlos, se *cargan* (Carrara), lo cual se confirma con la locución *ganado*, que hace referencia a cuadrúpedos de cierta alzada que normalmente forman grey o rebaño y de especie doméstica. Quedan, pues, excluidos, las aves y cuadrúpedos domésticos menores (p.ej., conejos) y los animales salvajes domesticados (p.ej., nutrias), cuyo apoderamiento, aun en el campo, constituye hurto simple.

En tanto que la fórmula derogada decía: "cuando el hurto fuere de una o más cabezas de ganado mayor o menor", la actual dice: "cuando el hurto fuere de ganado mayor o menor". En oportunidad de sancionarse la ley 17.567, el legislador exponía que la mención a "una o más cabezas de ganado" tendía a eludir las diferencias de interpretación "en cuanto al número de animales objeto del apoderamiento". Recordemos que una gran corriente doctrinaria (Gómez, Malagarriga, Moreno, etc.) y jurisprudencial, atendiendo al significado específico de la voz *ganado* ("conjunto de bestias mansas y de una especie que se apacientan o andan reunidas", según el diccionario Escriche) e insistiendo en el antecedente de las Partidas (Ley XIX, Tít. XIV; P. VII) que determinaba números mínimos de animales, negábase a considerar como hurto calificado el apoderamiento de una sola cabeza. Sin embargo, la crítica moderna, indicando que el significado gramatical de *ganado* está tomado en la norma en su acepción genérica que el invocado antecedente de la ley de las Partidas no coincide con la razón de ser de la protección más intensa que se procura para el bien jurídico y que la disposición no emplea expresiones como la de "animales de rebaño", deduce, con exactitud, que el artículo se refiere también aquí al hurto de una sola cabeza de ganado, en cuanto se dé el motivo legal de la mayor protección (que esté "dejada en el campo"; Soler, Núñez). Tal solución aparece ahora con mayor claridad frente a la ley 23.588 que agregó un párr. 2º al inc. 1º del art. 163, consagrando una calificante del hurto de ganado: "La pena será de dos a ocho años de prisión si el hurto fuere de cinco o más cabezas de ganado mayor o menor, y se utilizare un medio motorizado para su transporte".

Dos circunstancias tienen que reunirse para que funcione la agravante: que el apoderamiento se perpetre sobre cinco o más cabezas de ganado, en el mismo hecho constitutivo del hurto se entiende, y que se utilice "un medio motorizado para su transporte", siendo esta última disposición la que plantea mayores dudas. Evidentemente no

se trata de que el transporte se realice en un momento cualquiera posterior a la consumación del apoderamiento (p.ej., no quedará comprendido en el tipo agravado quien habiéndose ya apoderado de los animales, días después utiliza un transporte motorizado para llevarlos a la feria donde piensa venderlos); pero la norma no requiere que, indispensablemente, tal circunstancia calificante se de en el momento en que se produce el desapoderamiento (aunque, por supuesto, dicha conducta quedará *a fortiori* comprendida en el tipo; p.ej., cargar los animales en el transporte en el mismo campo donde se encuentran para sacarlos de allí); será suficiente que el medio se emplee para perfeccionar el apoderamiento (p.ej., también quedaría comprendido en el tipo agravado la acción de sacar los animales del campo donde se encuentran por arreo, conduciéndolos a un brete donde son cargados en un camión-jaula, para trasladarlos al lugar previsto por el autor como destino de éstos).

§ 967. *SITUACIÓN DE LOS OBJETOS.* – Pero la aplicación de la calificante se condiciona a que los animales estén *dejados en el campo*, lo cual indica que el animal no debe estar bajo la custodia directa del tenedor o de un tercero que la ejerza por él. La ley no distingue en cuanto al motivo de la dejación: puede haberse originado en una necesidad, en el desarrollo normal de la explotación ganadera, hasta en circunstancias independientes de la voluntad del tenedor (p.ej., yeguarizo que rompiendo la atadura que lo mantenía en el palenque de un corral retorna al campo).

Ha planteado algunas dudas el carácter del apoderamiento perpetrado sobre animales que se hallan en establos o corrales situados en el campo, alejados de la custodia directa del tenedor (p.ej., hacienda encerrada en un brete muy alejado de la casa habitación, para realizar tareas en ella al día siguiente). Para algunos, tratándose de *resguardos especiales*, que constituirían un modo de vigilancia directa, no darían lugar a la calificante (parece ser la opinión de Núñez); para otros, en cambio, mientras no se trate de establos o corrales que sean dependencias inmediatas de la casa habitación o destinada a habitación, se daría igualmente la razón de ser de la calificante (Soler); esta última es la opinión que condice con la motivación de la agravante: ella no depende tanto de las mayores o menores dificultades para el apoderamiento, cuanto de las menores posibilidades que el propio tenedor tiene para impedirlo.

2) HURTO CAMPESTRE PROPIAMENTE DICHO

§ 968. **OBJETOS DEL DELITO.** – Reservamos la denominación para el hurto de *productos separados del suelo dejados en el campo*. La noción penal de *productos* no corresponde estrictamente al concepto civil, en el cual se distinguen los frutos naturales (los “que la cosa regular y periódicamente produce sin alteración ni disminución de su sustancia”), que no son accesorios del suelo, y los productos (que son los objetos que se “separan o sacan de ella y que una vez separados, la cosa no los produce”) que sí son accesorios del suelo (ver art. 2329, Cód. Civil, y su nota). La noción penal abarca ambos objetos.

§ 969. **LOS PRODUCTOS MINERALES.** – Sin embargo, se advierte en la doctrina argentina una fuerte tendencia a excluir de la calificante los productos minerales (Díaz, Núñez), teniendo en cuenta que el inc. 1º parece destinado a la protección de la actividad agropecuaria y al hecho de que esos productos no se *separan* sino que se *sacan o extraen del suelo*. Con todo, la indistinción de la ley no permite semejante limitación (Soler), tanto más cuanto que la expresión *separar* puede adquirir un sentido genérico de hacer cesar la adherencia del objeto a otro y la protección más intensa no se da por la protección de la actividad agropecuaria, sino por la situación de indefensión de los objetos.

§ 970. **SITUACIÓN DE LOS OBJETOS.** – Para que proceda la calificante, los productos tienen que hallarse *separados del suelo* en el momento del apoderamiento, esto es, quitados de su natural adherencia (estibados, embalados o sueltos), por una acción humana que no haya sido la propia del agente. Que esta separación debe ser una obra humana se deduce al coordinar los conceptos de *separados y dejados*, ya que éste señala una dirección estrictamente voluntaria, pero no es indispensable que la separación la haya realizado el legítimo tenedor de la cosa: quien se aprovecha de la separación realizada por un tercero –sin connivencia con él– sin derecho a hacerla, comete también hurto calificado. La calificación no opera cuando la separación la ha hecho el propio agente o un tercero en connivencia con él. Tampoco opera, a nuestro entender, según lo expuesto precedentemente, cuando la separación no se debe a obra

humana, sino que procede de acontecimientos naturales (quien recoge la fruta caída, después de una tormenta, sólo podría cometer hurto simple).

La calificante requiere, además, que el producto separado del suelo haya sido *dejado en el campo*, o sea, en situación en que el tenedor no pueda ejercer una vigilancia inmediata sobre él, como lo explicamos al referirnos al hurto de ganado.

3) HURTO DE MAQUINARIA O INSTRUMENTOS DE TRABAJO

§ 971. *OBJETOS DEL DELITO.* – De acuerdo con la expresión de la ley, tanto puede tratarse de máquinas que multiplican mecánicamente o facilitan el despliegue de la fuerza humana (tractores, arados, rastras, etc.), como de cualquier otro instrumento que no cumpla mecánicamente esa función (guadañas, hoces puntales, lonas, etcétera). Pero tienen que ser maquinarias o instrumentos destinados al trabajo, es decir, específicamente destinados a la producción, separación, recolección, extracción, etc., de los frutos o productos, incluidos los minerales (wagonetas, perforadoras, etc.), de acuerdo con la extensión que otorgamos a la protección de la ley. El hurto puede afectar a la totalidad o a parte de la maquinaria o del instrumento (p.ej., apoderarse de la bomba inyectora de un tractor).

No quedan comprendidos en la calificante las maquinarias o los instrumentos que aunque se utilicen con ocasión del trabajo, no están destinados específicamente a él por su naturaleza (p.ej., camionetas, automóviles) o quienes, en el momento del apoderamiento, no estaban afectados al trabajo según el concepto expuesto, aunque por naturaleza estén destinados a él (p.ej., el hurto de un tractor dejado en un camino rural por desperfectos).

§ 972. *SITUACIÓN DE LOS OBJETOS.* – Para que opere la calificante, la maquinaria y los instrumentos tienen que haber sido *dejados en el campo*, de acuerdo con el sentido que otorgamos a este concepto, en razón de su afectación al trabajo. Dándose tal circunstancia, no importa la razón de ser de la dejación: puede originarse en una necesidad (p.ej., no haber podido mover la maquinaria del lugar por acontecimientos naturales u obstáculos de otra índole), en razones de la explotación misma (máquina que no se puede trasladar una vez instalada), por comodidad en la realización de la ex-

plotación (arado que se desengancha para seguir la tarea al día siguiente en el mismo lugar), aun por culpa del propio tenedor o de un tercero (instrumento olvidado en el lugar de la explotación).

4) HURTO DE ELEMENTOS DE LOS CERCOS

§ 973. *OBJETOS COMPRENDIDOS.* – Dijimos que en este tipo no resulta tan fundamental, como razón de ser de la agravante, la situación del cerco cuanto su función de cerramiento protector (aunque sea simbólico) del ganado y de los frutos agrícolas. Contra lo que antes hemos opinado, no creemos, sin embargo, que ésta sea una razón exclusiva, puesto que no parece justo que se aumente la punibilidad en los casos en que los cercos se encuentren bajo la vigilancia directa del tenedor, aunque cumplan aquella función. El hecho de que la ley no se refiera a ellos como “dejados en el campo”, como lo hace en los casos anteriores, no puede interpretarse en el sentido de que se incluyan en la agravante los cercos que no son rurales, ya que el silencio de la ley en tal sentido se justifica, puesto que los cercos no pueden ser *dejados*, sino que son *plantados o contruidos*. Esta interpretación que restringe la agravante a los cercos rurales, está más justificada todavía después de la reforma, según veremos más adelante.

Tiene que tratarse de un cerco campestre (conf.: Ramos, Díaz, Soler; contra: Núñez) que, a la vez, en el momento del hecho, esté cumpliendo o pueda cumplir la función de cerramiento y, al menos simbólicamente, la de seguridad; el hurto de elementos de cercos ya destruidos, de tal manera que cuando se produce el apoderamiento no cumplen esa función, como el de los que únicamente están destinados a *acotar*, pero no a encerrar o asegurar, constituye hurto simple.

§ 974. *CARACTERÍSTICAS.* – No obstante la opinión contraria de alguna doctrina (Núñez), queda comprendida en la agravante toda especie de cerco: alambrados, pircas, cercos de ramas, de palo a pique, etc.; no se le puede otorgar a la mención ejemplificativa del *alambre* que trae la ley, una extensión tal, que excluya del objeto típico todo otro cerco que no sea de ese material.

§ 975. *RESULTADO DE LA ACCIÓN.* – En el hurto de elementos de los cercos, mientras que el texto de la ley 21.338 castigaba con

la pena agravada al hurto “de alambres u otros elementos de los cercos”, el actual, reflatando el original, pune dicha conducta cuando *hubiere causado la destrucción total o parcial del cerco*. La ley 17.567 había decidido eliminar esta última exigencia para “evitar las frecuentes dificultades en cuanto a la distinción de este caso con el robo y el robo agravado”; pretensión en la que no tuvo mayor éxito, ya que numerosa doctrina siguió considerando que aun la destrucción con despliegue de fuerza anormal seguía comprendida en esta figura y no en las de robo o robo calificado. Pero la cuestión más urgente que ahora suscita este hurto calificado es, precisamente, determinar si la exigencia típica de la *destrucción total o parcial del cerco* hace que se aplique el art. 163, inc. 1º, con desplazamiento de las figuras de robo, cuando el apoderamiento se ha perpetrado con la fuerza en las cosas que consideramos propia de éstas (cortando, hachando, quebrando, etcétera). Para algunos, la destrucción típica del hurto calificado implica *daño en las cosas*, por lo que —merituando además la congruencia de penas— consideran que el delito del art. 163, inc. 1º, absorbe al del art. 164, aunque en ciertos casos aquella figura puede ser desplazada por la del art. 167, inc. 4º (Soler) y otros ni siquiera admiten esta última posibilidad (Núñez); pero no se trata de una solución pacífica y no ha faltado jurisprudencia que se ha pronunciado en contra.

Creemos que si se está ante la destrucción *para apoderarse de los elementos del cerco* destruido, aquella conclusión es correcta; lo que resulta discutible es que ella sea igualmente adecuada cuando la destrucción se ha practicado con la finalidad de consumir otros apoderamientos, p.ej., de ganado, pero ése es otro tema.

De lo que, no cabe duda es que la norma vigente nos devuelve la exigencia de que para aplicar la agravante, a raíz de la conducta del agente, el cerco en su totalidad, o en parte, debió dejar de cumplir su función de impedir el paso de animales (Núñez) o el tránsito de vehículos o maquinarias; ya no bastará el mero debilitamiento de dicha función (Soler, Núñez).

B) HURTO CALAMITOSO

§ 976. *EL TEXTO LEGAL*. — El art. 163, inc. 2º, del Cód. Penal agrava también el hurto cuando “se cometiere con ocasión de un incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril,

asonada o motín o aprovechando las facilidades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado”.

§ 977. *CIRCUNSTANCIAS TÍPICAS.* – El desastre se concibe aquí como todo daño de magnitud que afecta o hace correr peligro a un número indeterminado de bienes o personas de una sociedad o comunidad (aunque no son más que ejemplos el incendio, la explosión, la inundación, el naufragio, el accidente ferroviario). La característica que lo distingue de los daños que no se pueden calificar como tales, es la noción de peligro común (que daremos al hablar de los delitos contra la seguridad común), por lo que es necesario que el desastre extienda o pueda extender sus resultados a un número indeterminado de personas o bienes; no es estrago el daño que sólo puede afectar a un número determinado de personas o bienes, aunque sea ingente. Pero no es indispensable para que se dé la calificante, que el hurto se consuma sobre bienes jurídicos de las personas que materialmente han sido afectadas por el desastre; puede darse sobre objetos de personas que se ven afectadas de otro modo (efectos morales: temor, ansiedad, atención a la evitación de los eventuales peligros, etcétera). Algunos han pretendido restringir la circunstancia típica a la ocurrida en zonas pobladas o cercanas a ellas (Fontán Balestra), lo cual no tiene razón de ser.

§ 978. *CONMOCIÓN PÚBLICA.* – Es toda situación de perturbación pública, o sea, generalizada a una sociedad o comunidad procedente de actividades tumultuarias producidas por grupos más o menos extensos de personas, aunque no alcancen a tener las características de asonada o de motín.

§ 979. *INFORTUNIO PARTICULAR.* – Por infortunio, la ley entiende toda situación de padecimiento físico (enfermedad, lesión, etc.) o moral (desgracias de índole afectiva), que normalmente influye sobre el tenedor del objeto, aminorando la vigilancia que suele ejercer sobre él. Pero tienen que ser situaciones de *infortunio*, es decir, desgraciadas: el sueño, por ejemplo, es una situación que aminora la vigilancia, pero no es un infortunio en el sentido de la ley; sí lo son el estado de ebriedad, un desmayo o cualquier otra pérdida de conocimiento.

La situación de infortunio puede proceder de cualquier causa extraña al que lo sufre (naturales o no), imputables a él mismo (p.ej., la ebriedad o la inconsciencia por ingestión de drogas) o creada por el propio agente del hurto en forma casual, culposa (p.ej., haberlo lesionado culposamente) o hasta dolosa (remitirle un telegrama dándole cuenta de la muerte de un familiar), salvo que, en este último caso, el infortunio sea el resultado de un despliegue de violencia o intimidación que lleve el supuesto a las figuras de robo.

El infortunio puede ser imprevisible o inesperado (como un accidente) o previsible (como la muerte de un familiar muy enfermo); puede haber sobrevenido poco antes del apoderamiento o preexistir a él: no obstante el pronunciamiento contrario de alguna doctrina (Oderigo, Díaz), no se puede negar a la enfermedad o a los estados crónicos de padecimientos físicos el carácter de infortunios, ya que la razón de ser de la agravante no estriba en la imprevisión, sino en la efectiva disminución de las posibilidades de custodia (el hurto a un ciego de nacimiento también es calificado).

El infortunio tiene que ser *particular del damnificado*; o sea, tiene que sufrirlo el titular de la tenencia a quien el agente ataca, ya que es él quien tiene que reducir las defensas sobre la cosa para que se dé pie a la mayor punibilidad; en estos casos se admite la posibilidad de que la persona que ha muerto aparezca como sujeto pasivo del delito, cuando ha sido precisamente la muerte el infortunio sufrido y un tercero no lo haya sustituido aun en la tenencia de la cosa que sustrae el agente.

§ 980. *EL APROVECHAMIENTO DE LAS CIRCUNSTANCIAS.* – El texto actual no asigna taxativamente la agravante al aprovechamiento de las facilidades brindadas por los estragos que enumera en la parte 1ª, sino a la *ocasión* en que el hurto se comierte; aquel *aprovechamiento* se menciona con referencia a las facilidades proporcionadas por *cualquier otro desastre o conmoción pública* y a las que provienen de un *infortunio particular del damnificado*. La pregunta que deviene de esta constatación es si el aprovechamiento de las facilidades que resulta de un ingrediente necesario del tipo respecto de las tres últimas situaciones mencionadas por la norma, lo es o no para las primeras (incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada, motín). Si atendemos, sin mayor cuidado, a la estructura normativa parecería que para estas

situaciones bastaría con que el hurto se hubiese realizado en ocasión de ellas, aun cuando no mediase aprovechamiento de facilidades creadas por las mismas respecto del apoderamiento; pero la doctrina ha quitado importancia a la infortunada distinción que se apunta en dicha estructura, requiriendo el aprovechamiento de facilidades para la totalidad de las hipótesis incluidas (Núñez), indicando que, en todo caso, lo que la ley hace es remarcar la necesidad del aprovechamiento en las que el *desastre* no alcanza la característica de ser *común*, puesto que en los enunciados de la parte 1ª, “la situación de alarma es tan manifiesta o común, que puede decirse que envuelve o comprende también al ladrón, el cual, naturalmente la conoce y la aprovecha” (Soler).

En realidad, la referencia de la fórmula al *aprovechamiento de las facilidades de cualquier otro desastre*, permite, sin ningún agobio, extender la exigencia del aprovechamiento a cada uno de los desastres que enunciamos en forma taxativa.

Desde otro punto de vista, tiene que aclararse que tal enunciación circunstanciada no plantea diferencias dogmáticas con la fórmula genérica empleada por la ley 21.338 (“facilidades provenientes de un estrago”), dada, precisamente, dicha referencia a *cualquier otro desastre*.

C) HURTO CON GANZÚA O LLAVE FALSA

§ 981. *EL TEXTO LEGAL.* – Según el art. 163, inc. 3º –con las modificaciones introducidas por la ley 24.721–, el hurto se califica cuando “se hiciere uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante o de la llave verdadera que hubiere sido sustraída, hallada o retenida”.

La razón de ser de la agravante estriba aquí, como vimos, en la mayor actividad del autor (que por ende revela su mayor peligrosidad) para vencer obstáculos que se oponen al apoderamiento.

§ 982. *EL CERRAMIENTO DEL LUGAR DEL HECHO COMO PRESUPUESTO.* – El obstáculo es, en el caso, el cerramiento del lugar donde se encuentra la cosa o de la atadura que la une a otros objetos o que de otro modo impide o dificulta su apoderamiento. Es un presupuesto de la agravante, por tanto, que la cosa esté protegida por una

cerradura –o sea, por un mecanismo que funcione mediante llave–, con la llave echada. Después de la reforma de la ley puede tratarse de un lugar que sea un recinto (cubierto o no), de cualquier material, o un contenedor de cualquier especie (vitricas, cajas, etc.), así como cualquier instrumento que se oponga a la sustracción por medio de cerraduras que unen la cosa a otras (p.ej., cadena cerrada con candado que une herramientas al puntal de un techo).

No se da la agravante cuando la cerradura no es el medio de protección, sino un mecanismo para dar movimiento al objeto (p.ej., llave de ignición de un automotor, pero no hay que olvidar que el automotor mismo constituye un contenedor cuyas cerraduras en las puertas pueden constituir el presupuesto de la calificante; es, por tanto, hurto calificado tanto el hecho de abrir sus puertas por medio de los instrumentos típicos para apoderarse de cosas que están en él, como para apoderarse del propio automotor).

§ 983. *LOS INSTRUMENTOS TÍPICOS. GANZÚA.* – Los instrumentos típicos son las ganzúas, llaves falsas o instrumentos semejantes y la llave verdadera sustraída, hallada o retenida.

Ganzúa es un instrumento que, sin ser una llave, está destinado a actuar sobre el mecanismo de la cerradura para, cuando menos, abrirla o liblarla.

§ 984. *LLAVE FALSA U OTRO INSTRUMENTO SEMEJANTE.* – Es la llave o instrumento que no es el que legítimamente se usa para abrir o liblar la cerradura. Hay que aclarar que por llave *verdadera* no se entiende exclusivamente el instrumento con propia forma de llave que utiliza quien legítimamente puede abrir la cerradura, sino cualquier implemento al que se le dé ese uso (p.ej., un picaporte que se quita una vez cerrada la puerta, los llavines; hasta puede serlo una ganzúa que el legítimo tenedor utiliza para hacer funcionar el mecanismo); la condición de llave verdadera “no depende de la forma o aptitud del instrumento, sino de su destino. Verdadera sólo es la llave o el instrumento destinado para abrirla por quien tiene el uso legítimo de la cerradura” (Núñez).

§ 985. *LLAVE SUSTRÁIDA.* – Es la llave verdadera, según el alcance que a ese concepto otorgamos en el párrafo anterior, tomada por el autor a un tercero o a la víctima, en contra o sin la voluntad

de su tenedor, sea que dicha sustracción constituya, a su vez, un hurto (que podría o no, según los casos, quedar absorbido por el hurto calificado) o un propio hurto de uso impune (p.ej., tomar la llave del propietario dormido, usarla y dejarla en el lugar de donde se la había tomado). No es, por tanto, llave sustraída la entregada erróneamente por el tenedor, ni la que éste ha dejado en la cerradura o en un lugar visible para que la utilicen terceros, pero sí lo es la que se encuentra en un lugar escondido que revela la voluntad del tenedor de permitir su uso sólo por aquellas personas que conocen legítimamente aquel escondite. Por supuesto que cuando la sustracción de la llave la ha realizado un tercero, el autor debe tener conocimiento del carácter de la llave que utiliza para perpetrar el apoderamiento para que se dé la calificante.

§ 986. *LLAVE HALLADA.* – Es la que ha sido encontrada por el autor o un tercero después de haberla extraviado el tenedor. Es indiferente que el autor o el tercero la hayan buscado o la hayan encontrado sin proponérselo, pero no lo es que haya sido encontrada por ellos en el lugar donde había sido colocada expresamente por su tenedor, que, por lo tanto, no la ha perdido (ésa tiene el carácter de llave sustraída). En cuanto al aspecto subjetivo, nos remitimos a lo expuesto en el párrafo anterior.

§ 987. *LLAVE RETENIDA.* – El texto vigente reintroduce la llave *retenida* volviendo a los precedentes de las leyes 17.567 y 21.338. El sentido de llave retenida de la actual ley 24.721 es el mismo que el de aquellas leyes: es la llave cuya tenencia el sujeto prolonga más allá de los límites de su legitimidad.

§ 988. *ILEGITIMIDAD Y MODO DE UTILIZACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS.* – De lo dicho se infiere que la calificante requiere que el uso de los instrumentos enumerados sea ilegítimo por parte del agente; si no lo es, sólo se estará en un supuesto de hurto simple (p.ej., el empleado que tiene legítimamente la llave de la caja fuerte de la empresa y la utiliza para sustraer dinero de ella). Además, los instrumentos tienen que ser utilizados como *llave*, es decir, para hacer funcionar el mecanismo de la cerradura; si se los utiliza de otro modo (p.ej., una llave de gran tamaño como palanca) podrá darse otro tipo (p.ej., robo), pero no este hurto calificado.

§ 989. *MODOS DE COMISIÓN DEL HECHO.* – Recordemos que el texto original del Código consagraba la calificante cuando al instrumento se lo empleaba “para penetrar al lugar donde se halla la cosa objeto de la sustracción”, texto que lo fue también de las leyes 20.509 y 23.077. Tanto la ley 17.567 cuanto la ley 21.338, dejaron de lado ese requisito del tipo, tal como ahora lo hace la ley 24.721. Dicha eliminación permitió, en su momento, sostener que bastaba con que el instrumento hubiese sido aplicado a perpetrar el apoderamiento, aunque con ello no se emplee para penetrar a aquel lugar (p.ej., abrir el mueble donde está la cosa; Núñez) y a nosotros afirmar que también se daba la calificante si el instrumento se empleaba para salir del *lugar* con la cosa, cuando es con dicha acción que puede considerarse consumado el apoderamiento.

§ 990. *CULPABILIDAD.* – En materia de culpabilidad, como en cualquier calificante, es imprescindible que el autor tenga conocimiento de la existencia de la circunstancia de agravación. Como lo hicimos notar, en la que ahora explicamos, ese principio adquiere importancia sobre todo cuando ha mediado la intervención de un tercero en la entrega de una llave falsa, o en la sustracción de la verdadera, circunstancia que, por lo menos, tiene que conocer el agente, si es que no actuó en connivencia con aquél.

D) HURTO CON ESCALAMIENTO

§ 991. *EL VENCIMIENTO DE LAS DEFENSAS PREDISPUESITAS Y LA NECESIDAD DEL ESCALAMIENTO.* – El art. 163, inc. 4º, del Cód. Penal califica el hurto “cuando se perpetrare con escalamiento”. Indudablemente la ley atiende a la mayor peligrosidad del autor, que debe vencer defensas que se oponen al apoderamiento.

La doctrina ha calificado esas defensas de *predispuestas*; con ello no se atiende tanto a la intención del legítimo tenedor de la cosa de haber construido la defensa *para* protegerla, cuanto al desempeño de una función de efectivo cercamiento que realmente protege la cosa, dificultando su apoderamiento; así, una verja colocada con una principal finalidad estética o un seto colocado con la principal finalidad de otorgar privacidad a un predio, pueden perfectamente desempeñar aquella otra función; la predisposición defensiva depende,

pues, más que de la intención del eventual sujeto pasivo, de la naturaleza del obstáculo y de las demás circunstancias que se relacionan con la cosa (colocación, lugar, etcétera). Por otro lado, dándose esa función, no interesa el carácter de su materialidad: pueden ser construcciones sólidas, permanentes o temporales (p.ej., cerco de chapas de una obra en construcción), o de cercos que no permiten el paso a través de éstos (como ocurre con los de alambre tejido), que pueden ser vivos (p.ej., el cerco de plantas).

No tienen el carácter de defensas predisuestas los obstáculos que permiten el paso a través de ellos (p.ej., el alambrado de hilos separados entre sí), ni aquellos cuya función defensiva no se ejerce de modo efectivo por voluntad o por negligencia del tenedor (p.ej., la tapia en la cual el propietario abrió un sector para acceder él con mayor facilidad y que no cuidó de cerrar). En estos casos, no siendo el escalamiento *necesario* para perpetrar el apoderamiento, considera la doctrina que no se da la agravante y se trata de un hurto simple, aun cuando el autor haya escalado para perpetrar el apoderamiento (aunque alguna jurisprudencia lo discute, otorgando primacía al aspecto subjetivo de la conducta).

§ 992. *NOCIÓN DE ESCALAMIENTO.* – Aunque la literalidad de la voz *escalamiento* parece implicar la idea de ascender, está de acuerdo la doctrina en que, en el sentido de la ley, significa también un descender; asimismo comete hurto agravado quien tiene que usar cuerdas y aparejos para descender al subterráneo donde se encuentra la cosa.

Tradicionalmente se concibió el escalamiento como la penetración al lugar donde se encuentra la cosa por una vía no destinada al efecto, mas como se advirtió que en muchos casos esas vías podían no exigir escalamiento (p.ej., una ventana con alféizar muy bajo, que se transpone prácticamente andando), se trasladó la esencia del agravamiento al hecho de que el autor tenga que superar una verdadera defensa mediante un esfuerzo físico, actividad o artificio; sin embargo, este último criterio, autónomamente considerado, no deja de plantear dudas, ya que, en última instancia, puede depender de las características físicas del autor (un hombre alto podrá transponer sin esfuerzos una ventana baja, pero el de pequeña estatura la escalaría), pero asume un sentido correcto cuando se lo relaciona con el de defensa predispuesta al que antes nos hemos referido: cuando

el esfuerzo, actividad o artificio se llevan a cabo para vencer la defensa predispuesta, tendremos un escalamiento típico, pero la superación de obstáculos que carecen de ese carácter (p.ej., ascender la escalera exterior que lleva a una puerta situada en una segunda planta), no constituye el escalamiento típico por más esfuerzo que demande (puesto que si se tratara de una vía destinada a la penetración, ello quitaría al obstáculo carácter de defensa predispuesta); en resumidas cuentas, no es la fatiga del autor lo que califica, sino el vencimiento de la particular defensa predispuesta.

§ 993. *ESCALAMIENTO INTERNO Y EXTERNO.* – No hay duda de que nuestra ley califica el hurto tanto en el caso del escalamiento *externo*, como en el del escalamiento *interno*. Tanto da que el agente haya superado el tapial que rodea la casa, como que habiendo penetrado en ella por la puerta, acceda a la pieza donde se encuentra la cosa escalando a través de una claraboya. Tal extremo no se discute mayormente en doctrina.

§ 994. *MODOS DE COMISIÓN.* – Lo que se discute es si la calificante exige, necesariamente, la *penetración* del agente al lugar donde se encuentra la cosa. En primer término hay que admitir que *escalar* denota actividad de una persona: escala el que sube o baja, pero no el que hace subir o bajar una cosa y, por lo tanto, se descarta el hurto calificado en los casos en que el agente utiliza aparatos, no para bajar o subir él, sino para apoderarse de la cosa no obstante el obstáculo (p.ej., lanzando un sedal con anzuelo por encima de una tapia para adquirir piezas en el gallinero protegido por aquélla). Pero, habiéndose dado el escalamiento de la persona del agente, sea por su esfuerzo físico puro, sea por medio de aparatos, ¿es indispensable que penetre en el lugar donde se encuentra la cosa para que se dé la calificante? Reconozcamos que la doctrina tradicional exige ese requisito, pero el significado gramatical del término no ratifica esa interpretación (el *escalamiento* no supone *introducirse en ni pasar de fuera adentro*); tampoco es exacto que la tesis contraria lleve a soluciones injustas, como la de considerar hurto calificado cuando el autor se sube a un árbol para sacar la fruta (allí falta la defensa predispuesta a vencer como requisito de este particular hurto calificado, por lo cual se estaría ante un hurto simple); además, hay que tener en cuenta la advertencia de Soler en cuanto

a que la exigencia de penetración procede de doctrina extranjera fundada en otros textos legales distintos de los nuestros. No se puede decir que quien subió a la tapia y una vez encima de ella estiró la mano para tomar la cosa o se apoderó de ella por otro medio, no haya superado la defensa predispuesta escalando. La razón de ser de la agravante, por otro lado, se da exactamente igual en este supuesto que en aquel en el cual el autor lanzó toda su persona más allá de la tapia. En concreto la figura requiere el ascenso o descenso corporal del agente (o del tercero que actúa por él), pero no indispensablemente la penetración al lugar donde se encuentra la cosa.

§ 995. *EL ESCALAMIENTO PARA "SALIR".* – Los argumentos aportados para llegar a la solución de la cuestión anterior son válidos para reconocer la agravante en los casos en que el escalamiento es necesario para salir con la cosa del lugar donde se encuentra, lo cual rechaza nuestra doctrina tradicional (salvo Soler y Moreno), fundándose, precisamente, en que el escalamiento exige penetración corporal en el lugar. No podría negarse carácter de defensa predispuesta a la que, sin impedir el acceso al lugar, impidiera el apoderamiento de la cosa (ya vimos que la predisposición se mide en razón de la función protectora que cumple el obstáculo que se debe superar). Además, cuando la vulneración de la esfera de custodia y, por consiguiente, la consumación del hurto (Soler), tienen que realizarse escalando, aunque el agente haya podido llegar hasta la cosa por otros medios, no parece posible sostener que el hurto se haya perpetrado sin escalamiento. No se puede decir, en efecto, que el que habiendo penetrado por la puerta al lugar donde se encontraba la cosa, advirtiendo que no podía ser extraída por allí, la sube al muro y una vez en él, elevando su persona hasta el mismo lugar descendiendo con ella del otro lado, no haya vencido la defensa predispuesta por medio de escalamiento, como lo hace también quien penetrando en el predio durante el día por el portón abierto, espera la noche para escalarlo cuando está cerrado, con la cosa en sus manos. Es exacto no calificar el hurto cuando se trata de la simple elevación de la cosa (p.ej., el que arroja la cosa del otro lado de la tapia), pero es distinto que el agente salga con la cosa escalando: en un caso la defensa predispuesta se vence sin escalamiento, en el otro se la vence escalando.

§ 996. *ASPECTO SUBJETIVO: FINALIDAD DEL ESCALAMIENTO.* – En el aspecto subjetivo, la doctrina requiere que el escalamiento se realice *para perpetrar el hurto* (Núñez); el agente debe haber escalado para hurtar. Si lo hizo por otras razones y aprovecha la circunstancia para hurtar, o si se ve impedido de salir por el lugar por donde penetró sin escalar por haber sido sorprendido y escapa con la cosa escalando, no se daría la razón de ser de la agravante y el hurto no dejaría la figura básica.

E) HURTO DE MERCADERÍA TRANSPORTADA

§ 997. *EL TIPO CREADO POR LA LEY 23.468.* – Esta ley agregó al art. 163 un inc. 5° que agrava el hurto cuando el mismo “fuese de mercaderías u otras cosas muebles transportadas por cualquier medio y se cometiere entre el momento de su carga y el de su destino o entrega, o durante las escalas que se realizaren”.

Trátase de una protección al transporte, aunque ella se extienda al momento de la carga, es decir a aquel en el que el medio de transporte está siendo cargado y la ocasión de la agravante se prolonga durante todo el viaje hasta que las cosas llegan a destino o, en el caso que deban ser entregadas a un tercero, hasta que se realiza dicha entrega.

Es indiferente el medio de transporte que se utilice: puede ser terrestre, acuático o aéreo.

F) HURTO DE VEHÍCULOS

§ 998. *TRANSFORMACIONES DEL TEXTO LEGAL.* – Tanto la ley 17.567 como la ley 21.338 preveían el hurto de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público como agravante. La ley 20.509 y luego la ley 23.077 dejaron sin efecto esa agravante, aunque al hacer recuperar vigencia al decr. ley 6582/52, en sus aspectos penales, mantuvieron la pena intensificada para el hurto de *automotores*. La ley 24.721 volvió a la situación de las leyes 17.567 y 21.338 al introducir un inc. 6° en el art. 163 del Cód. Penal, desaparece la agravante circunscripta al hurto de automotores para extenderse a cualquier clase de vehículos cuya utilización normal importe tenerlos que dejar en los lugares indicados en la norma.

§ 999. *EL "HURTO DE USO DE AUTOMOTORES"*. – No está de más remarcar que, asimismo, en virtud de la ley 24.721 ha desaparecido de nuestros elencos legales el tipo de uso ilegítimo de automotor ajeno, que preveía el art. 37 del decr. ley 6582/52, no siendo necesario examinar su comparación entre esta figura (que no era su realidad de hurto, sino de uso ilegítima) y la del hurto del art. 162 del Cód. Penal, con la pena agravada por el art. 38 del decr. ley 6582/52.

G) HURTO EN OCASIÓN DE ESPECTÁCULOS DEPORTIVOS

§ 1000. *AGRAVANTE INTRODUCIDA POR LA LEY 24.192*. – La ley 24.192 ha introducido la misma agravante que hemos visto al tratar de los delitos contra las personas, para la figura de hurto. No podemos pensar aquí en la agravante en cuanto el delito se haya *motivado* en el espectáculo deportivo, sino exclusivamente en relación a la *ocasión* de éste y en cuanto aprovechamiento de las particulares circunstancias de concentración de espectadores o de quienes de otra manera participan en el espectáculo (p.ej., hurto de elementos dejados en los vestuarios).

CAPÍTULO II

ROBO

§ 1001. *CARÁCTER DE LA FIGURA*. – Aunque la doctrina discute la cuestión, a nuestro criterio no pueden quedar dudas de que el robo es una figura calificada del hurto (como cualquiera de las del art. 163, Cód. Penal), con la cual se encuentra en relación de género a especie.

El robo, pues, es un hurto agravado por la violencia que se ejerce como fuerza en las cosas o como violencia sobre las personas, o sea por los medios perpetrados para lograr el apoderamiento o consolidarlo. Por lo tanto, los principios expuestos a propósito de la acción del hurto son aquí plenamente válidos.

I. FIGURA BÁSICA

§ 1002. *EL TEXTO LEGAL Y SUS VARIACIONES.* – El texto que vuelve a ser vigente es el original del Código: “Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad” (art. 164).

Se parifican, en cuanto a la pena, las situaciones de apoderamiento por medio de fuerza en las cosas con las de apoderamiento por medio de violencia en las personas, que la ley 21.338 –como lo hizo la ley 17.567– distinguía, gravando con más intensidad a la última.

A) ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS

§ 1003. *LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS OBJETOS Y EL DESPLIEGUE DE LA FUERZA TÍPICA.* – El hurto se califica de robo cuando se ha utilizado la fuerza para lograr el apoderamiento.

Como veremos, el concepto de fuerza requerido por el tipo no es nada unánimemente reconocido, pero puede decirse que depende de las cosas sobre las que recae el apoderamiento y de la particular característica de la actividad desplegada por el agente.

La fuerza supone, en primer lugar, una cosa que, por sí misma o por los reparos relacionados con ella, opone una resistencia al apoderamiento. La fuerza se emplea para lograr este último cuando el agente dirige su actividad a superar aquella resistencia. La cosa opone en sí misma resistencia cuando por sus características requiere una actividad en quien se apodera de ella que va más allá del esfuerzo necesario para transportarla o simplemente removerla del lugar donde estaba (el esfuerzo debido al peso de la cosa o a su volumen no constituye la fuerza típica), como ocurre cuando forma parte de un todo del cual debe ser separada (p.ej., cortar un trozo de perfil de hierro para apoderarse de él, dejando el resto; de una parte de cañería, etcétera). La cosa opone resistencia por sus repa-

ros cuando éstos son los que exigen del agente aquella actividad; puede tratarse de reparos intencionalmente dispuestos para evitar el apoderamiento (p.ej., un anillo de hierro que une un cofre a la pared) o colocados con distinta intención, pero que, no obstante, realizan esa función (p.ej., la mezcla que une los azulejos a la pared); los reparos pueden ser de ocultamiento de la cosa (intencional o no): admite la doctrina que quien utiliza fuerza física para buscar la cosa (p.ej., romper la caja donde se encuentra la llave de paso de la energía eléctrica para encender luces que le permitan penetrar a un lugar) queda comprendido en la tipicidad.

Pero donde las discrepancias doctrinarias son más profundas es con relación a las características de la fuerza que se ejerce. La mayoría exige que la fuerza sea *destructiva y anormal*. Lo primero implica que se altere dañosamente (romper, cortar, deformar) lo que rodeaba a la cosa, como parte de ella o como reparo. Lo segundo, que la actividad del agente represente algo más de la actividad normal que el legítimo tenedor haya de realizar para tomar él mismo la cosa, aunque ésta exija una actividad alteradora de su estado; la anormalidad o normalidad dependerá, por tanto, del modo del apoderamiento (cortar con el cuchillo la cerda del caballo para apoderarse de ella no será robo, pero sí lo sería matar el caballo para hacerlo; cortar la fruta para apoderarse de ella no será robo, pero sí aserrar el árbol para recoger la fruta; cortar el árbol para apoderarse de la leña no será robo, pero sí cortar los alambres de un cerco para sacarla; matar la oveja para apoderarse de su carne no será robo, pero sí matar al perro ovejero que la protege, etcétera).

Quizá las dificultades que plantea ese subjetivismo direccional del agente ha llevado a parte de la doctrina a rechazar la necesidad de las enunciadas características de la fuerza típica, afirmando que no se trata de requisitos típicos (Núñez) y que ella se da siempre que el apoderamiento exija del agente el despliegue de una energía que importe el vencimiento de resistencia, sea que ésta se origine en la unión natural de la cosa a otras o en las particularidades del mecanismo de unión, aunque ese despliegue sea idéntico al que tiene que realizar el legítimo tenedor para remover la cosa (será igualmente robo la acción de quien, para apoderarse de la rueda de un vehículo, corta los bulones que la unen a la punta del eje, que la de quien, empleando una herramienta, desenrosca esos bulones, porque también en este caso ha habido vencimiento de la resistencia que se

oponía al apoderamiento). Pero, como se advierte seguidamente, esta tesis tiene que arrancar de una pauta mucho más difícil de determinar, como es la cantidad de energía necesaria para el apoderamiento, ya que sus propugnadores se cuidan de señalar que “no basta que una cosa esté adherida a otra”, puesto que hay casos “de adhesión que no presentan resistencia” (unión de la fruta al árbol, de un farol con los tornillos flojos, etcétera). Posiblemente por eso esta opinión ha quedado en minoría y se aceptan pluralmente los criterios del ejercicio de una energía destructiva y anormal para determinar la tipicidad de la fuerza ejercida, tanto si la energía desplegada por el agente es puramente física, como si la ejerce por medio de mecanismos (p.ej., gatos hidráulicos) u otros procedimientos dañadores (p.ej., utilización de ácido para corroer las adherencias de la cosa), siempre y cuando se trate de una actividad realizada por el agente del apoderamiento o por un tercero que actúa por él o participa en su hecho (el simple aprovechamiento de la fuerza realizada por un tercero extraño al apoderamiento del agente, no califica el hurto como robo).

§ 1004. *VINCULACIÓN DE LA FUERZA CON EL APODERAMIENTO.* — Para que la fuerza convierta el hurto en robo tiene que estar vinculada objetiva y subjetivamente con el apoderamiento en algunas de las circunstancias enunciadas en la parte final de la norma. Podemos adelantar que la necesidad de dicha vinculación deja fuera del tipo la fuerza que se da en oportunidad del apoderamiento, pero sin relación con él. La *vinculación objetiva* requiere que la fuerza haya sido el procedimiento empleado para perpetrar o consolidar el apoderamiento, pero no es indispensable que haya sido un procedimiento *necesario* en el caso: quien para apoderarse de la lana de la oveja, en vez de enlazarla, prefirió matarla y después esquilarla comete robo, aun cuando hubiese podido adoptar aquel otro procedimiento. *Subjetivamente* la fuerza debe haber sido querida por el agente (con cualquier especie de dolo: directo o necesario o eventual) como procedimiento relacionado con el apoderamiento; el daño meramente culposo de la cosa misma o de sus adherencias no confiere tipicidad a la energía desplegada (p.ej., quien al tomar una estatua erigida sobre un pie de mármol derriba éste y lo quiebra); la fuerza realizada con distinta motivación tampoco da pie a la tipicidad (p.ej., quien habiéndose apoderado de la cosa decide destruir otras por espíritu

vandálico). En este último caso, el daño operará en concurso con el hurto o, en su caso, con el robo, si tal constituye el apoderamiento de que se trate, no así cuando el daño sea resultado de la fuerza desplegada voluntariamente en orden al apoderamiento, en cuyo caso, cualquiera que sea en el momento en que se realice, quedará subsumido por el robo, que desplazará a la figura del art. 183 del Cód. Penal.

B) ROBO CON VIOLENCIA EN LAS PERSONAS

§ 1005. *LOS MEDIOS DE COMISION: LA VIOLENCIA.* – También el hurto se califica de robo cuando el apoderamiento o su consolidación se realiza con violencia en las personas.

La violencia es, en este tipo, el despliegue de energía física para vencer materialmente la resistencia que el sujeto pasivo opone o puede oponer al apoderamiento (*vis absoluta*). Ese despliegue, por tanto, puede estar destinado a vencer una resistencia en actual ejecución (para hacerla cesar) o destinado a evitar que la persona sobre la que recae pueda, eventualmente, ponerla en ejecución cuando todavía no lo ha hecho (violencia ablativa), con lo cual el robo se da igualmente cuando el agente ejerce violencia sobre quien está incapacitado para desplegar resistencia (p.ej., violencia sobre un parálítico). La resistencia que hay que vencer, por consiguiente, puede ser real, presunta o imaginada como posible por el agente. Lo cual demuestra que la energía desplegada por el autor no requiere una determinada intensidad, sino que basta su relación con el apoderamiento, cualquiera que sea aquella, así como tampoco requiere imprescindiblemente un contacto físico del cuerpo del agente con el de la víctima (será robo el apoderamiento de la cartera arrebatada de un tirón; Soler).

La violencia puede recaer sobre el mismo sujeto pasivo del robo o sobre un tercero que se oponga o pueda oponerse físicamente al apoderamiento o a la consolidación de él (p.ej., el golpe dado al cliente del banco que se está asaltando para impedirle que salga de él).

§ 1006. *CONFLUENCIA DE FIGURAS.* – Si algún problema plantea la violencia en el robo es el de la confluencia de figuras cuando el ejercicio de ella ha producido daños a las personas (muerte o le-

siones) o privado de libertad ambulatoria (privación de libertad), o el modo de ejercer la violencia constituya en sí otro delito autónomo (p.ej., abuso de armas de fuego, agresión).

Con referencia al homicidio y las lesiones, no obstante la amplia gama de opiniones que brinda la doctrina, la circunstancia de que la misma ley castigue como agravantes del robo el homicidio y las lesiones graves y gravísimas producidas en ocasión o con motivo o por las violencias ejercidas para cometerlo (arts. 165 y 166, Cód. Penal), indica que las lesiones leves (art. 89, Cód. Penal) producidas por las violencias quedan absorbidas por la figura del art. 164, cualquiera que fuese su entidad. Eso sí, operan en concurso real con el robo los homicidios *criminis causa* (art. 80, inc. 7º, Cód. Penal), no así las lesiones *criminis causa* (art. 92, Cód. Penal), como lo explicaremos al tratar el art. 166.

En cuanto a la privación de libertad, la que constituye el ejercicio mismo de la violencia tipificante del robo, queda absorbida por él, pero no la que se autonomiza de ese ejercicio (p.ej., queda absorbida por el robo la inmovilización del sereno de la obra para impedir su reacción mientras se produce el apoderamiento, pero no la toma de un rehén para impedir la posterior persecución policial).

En cuanto a los abusos de armas, el carácter eminentemente subsidiario de tales delitos (tanto del disparo de arma de fuego como de la agresión) indica que en todos los casos quedan absorbidos por el robo cuando ellos mismos constituyen el modo de ejercer la violencia propia de él.

§ 1007. *LA INTIMIDACIÓN.* — Sólo se hace referencia a la *violencia física en las personas* como circunstancia calificatoria, ya no a la *intimidación* que enunciaba la fórmula de la ley 21.338. La exclusión nos plantea dos problemas: a) ¿cualquier intimidación queda marginada del robo?, y b) de acuerdo con ello, ¿todo procedimiento intimidatorio en pos de un apoderamiento ilegítimo, lleva la conducta a la figura de extorsión?

a) El grueso de la doctrina había reconocido que una forma de intimidación quedaba comprendida en la violencia física propia del robo: la amenaza con armas ejercida por el agente para apoderarse de la cosa ajena (que conforme con la reforma de la ley 20.642 sólo puede ser figura del robo calificado), considerando que en ese caso

se desplegaba contra la víctima una verdadera energía física que, aun sin operar sobre su cuerpo, vence *materialmente* su resistencia (Núñez), tanto más cuanto el empleo de armas está previsto como hipótesis de robo en la figura calificada. Soler comparte esta idea, pero formula un planteo más general, no restringido a la intimidación por el empleo de armas; para él “debe considerarse comprendida dentro del concepto de violencia física no solamente la acción que recae sobre la víctima puramente como cuerpo, con absoluta prescindencia de su voluntad, sino también aquella que quebranta o paraliza la voluntad sin motivarla”.

b) Al explicar la reforma que introducía en el art. 164, decía el legislador de la ley 17.567 en la Exposición de motivos: “incluimos la intimidación, que debe entenderse como amenaza de violencia o mal físico inminente para la víctima; en la extorsión el mal amenazado puede ser de otro género y suponer cierto intervalo temporal entre la amenaza y su cumplimiento”. En realidad, quienes como Soler consideraban que la intimidación paralizante y no motivante de la voluntad (aunque no se utilizaran armas) estaba incluida en la violencia propia del robo, la distinción entre éste y la extorsión se establecía, más que por el procedimiento del agente, por el intervalo que separaba el momento de la intimidación del momento de la disposición patrimonial, distinción ésta que, a nuestro juicio, imponía la fórmula del art. 164, inc. 2º, de la ley 21.338. Pero, con la fórmula actual, esa distinción tiene que volver a los cauces anteriores: todo lo que es violencia física por sí o porque tiene que considerarse como tal, empleada como medio del apoderamiento, constituirá robo; todo lo que radique en un procedimiento intimidatorio no equiparable a la violencia física para apoderarse o lograr una disposición patrimonial estará, en principio, comprendido en la extorsión, fuere cual fuese la secuencia temporal (Núñez), aunque, por supuesto, la solución es discutida y no pocos siguen atando la distinción a las características de esta secuencia. Por nuestra parte pensamos que la distinción tiene que venir por el lado de la acción: cuando hay *apoderamiento* del agente hay robo; cuando hay *disposición* de la víctima, extorsión; aunque teóricamente parece algo complicado en la práctica no es tan difícil.

§ 1008. *VINCULACIÓN DE LA VIOLENCIA CON EL APODERAMIENTO.* Como en los supuestos de fuerza, también aquí es necesaria una

vinculación objetiva y subjetiva de la violencia con el apoderamiento. Lo primero supone que ha sido la violencia lo que permitió al agente apoderarse o consolidar el apoderamiento. En cuanto a la vinculación subjetiva, el agente debe dirigir la acción al apoderamiento o a su consolidación: no basta que la violencia lo haya producido si el agente no las ejerce con ese sentido (p.ej., quien por hacer una broma asustó al compañero de pieza, que, creyéndose en presencia de un atraco, le entrega un reloj).

C) MOMENTO DE LA FUERZA Y LA VIOLENCIA

§ 1009. *LA EXTENSIÓN DEL TIPO A LOS MOMENTOS ANTERIORES Y POSTERIORES AL APODERAMIENTO.* – Normalmente los medios tipificadores de una acción operan como tales cuando se emplean en la ejecución misma de ella, pero aquí la ley extiende esa función a momentos anteriores y posteriores a los actos ejecutivos.

En tanto que la ley 21.338 consideraba, para la tipificación del robo, tanto a la fuerza en las cosas, la violencia o intimidación, sea que “tengan lugar antes del hecho, para facilitarlo, o en el acto de cometerlo o inmediatamente después, para lograr el fin propuesto o la impunidad”, el texto ahora vigente dice, como vimos, “sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad”. ¿Es que ahora la fuerza en las cosas anterior o posterior a los actos ejecutivos de consumación queda excluida como tipificadora del robo? Aunque algunos dudaron, creyendo que también todos esos momentos se referían a la fuerza en las cosas (Cossio), lo cierto es que la enunciación de la ley es harto clara: la fuerza en las cosas posterior a la consumación queda excluida del tipo; la anterior (facilitadora) a los actos ejecutivos de apoderamiento quedará comprendida en él en cuanto importe una integración –aunque distinta en el tiempo– del procedimiento mismo del apoderamiento (p.ej., quebrantamiento de la defensa practicado por la noche para apoderarse de la cosa durante el otro día), pero no en otros casos.

§ 1010. *EN LA COMISIÓN.* – Cuando la ley habla del *acto de cometerlo*, se refiere a todos los pasos normalmente punibles del *iter criminis*, es decir, desde el momento del comienzo de la ejecución

del hecho hasta el momento de su consumación, es decir, hasta que se completó el apoderamiento, según el sentido penal del término que hemos visto en el hurto, incluyéndose, por supuesto, la violencia que se comete en el acto de remover la cosa para desapoderar al tenedor.

§ 1011. *EN LA FACILITACIÓN.* – La violencia que se emplea antes de la ejecución, califica el hecho de robo cuando se la utiliza para facilitar el apoderamiento y se la realiza antes de llevar a cabo el primer acto ejecutivo; requiere una conexión ideológica: que el autor las haya asumido con miras a posibilitar o hacer menos difícil el apoderamiento. Si los medios fueron utilizados con anterioridad a la ejecución, del modo antes dicho, el hecho es de robo, aunque en aquélla, es decir, en la perpetración misma del apoderamiento, no se haya ejercido violencia (p.ej., atar durante el día al cuidador para poder penetrar por la noche al corral a sustraer una oveja); también en esos casos, cuando el apoderamiento no ha llegado a consumarse, el hecho queda calificado de tentativa de robo.

Cuando la ejecución de la violencia constituye un delito autónomo, la consumación o el emprendimiento de los actos ejecutivos del apoderamiento hacen que el robo o su tentativa absorban dichos delitos, salvo en los casos en que la ley expresamente tiene en cuenta la finalidad de robo como agravante de ellos (p.ej., homicidio *criminis causa*, en cuyo caso se da un concurso real según los principios que detallamos al hablar de la violencia). Pero si los actos ejecutivos del apoderamiento no se emprenden, la conexión ideológica de aquellos delitos con el robo no obstan a la punición de ellos según los tipos específicos.

§ 1012. *EN PROCURA DE LA IMPUNIDAD.* – La violencia que se emplea con posterioridad al apoderamiento ilegítimo califica la acción de robo cuando reúne dos caracteres: uno objetivo, subjetivo el otro. El objetivo es que esos medios sean empleados *inmediatamente después* de cometido el hecho, o sea, de consumarse el apoderamiento; este carácter no se refiere tanto al tiempo que media entre la consumación y el empleo de los medios, cuanto a la exigencia de que no se dé, entre ambas circunstancias, solución de continuidad que convierta el empleo del medio en una actividad posterior independiente.

Tampoco la ley vigente mantiene la calificación de *inmediato* a la consumación con que significaba la fórmula de la ley 21.338 al empleo posterior de los procedimientos calificativos; las cosas, sin embargo, no han cambiado mayormente, ya que, reconstruyendo la fórmula original (la ahora vigente), la generalidad de los autores y de la jurisprudencia se pronunciaban en contra del encuadre como robo cuando se daba solución de continuidad entre el apoderamiento ilegítimo y el ejercicio de la violencia.

El carácter subjetivo se manifiesta en que el autor emplee el medio con posterioridad a la consumación del apoderamiento para *procurar su impunidad*.

Lograr la impunidad es procurar asegurarse que no será perseguido penalmente por el hecho (p.ej., intimidando al testigo que lo vio consumarlo). Lo que sí puede complicar la interpretación como antes lo hizo, es el cambio de la expresión "la impunidad" por la de *su impunidad*, ya que respecto de ésta se discutía si ella comprendía la impunidad del delito respecto de todos sus intervinientes (tesis que compartimos), o sólo la impunidad del sujeto que ejerce la violencia, sobre lo cual la expresión suplantada no permitía dudar.

El empleo del medio con posterioridad en los supuestos enunciados convierte el apoderamiento, consumado sin él, en robo, pero entonces este delito se considera consumado a partir del momento en que se ha empleado la violencia; claro está que el empleo posterior del medio, cuando el apoderamiento no ha llegado a consumarse, en procura de la impunidad, conduce el hecho a la calificación de tentativa de robo. También en esta hipótesis los delitos autónomos constituidos por el ejercicio de la violencia quedan absorbidos por el robo o su tentativa, salvo disposición expresa de la ley que considere la intencionalidad del robo como agravante del otro delito (p.ej., el homicidio calificado del art. 80, inc. 7º, Cód. Penal, cuando se ha perpetrado para procurar la impunidad del robo consumado o tentado), en cuyo caso se da un concurso real entre ambas figuras.

La ley vigente no prevé el empleo de violencia posterior más que para *procurar la impunidad*; no menciona la que se despliega para lograr el "fin propuesto" como motivación del hecho, una vez consumado el apoderamiento; por lo tanto, la que se despliegue con este objetivo exclusivamente, ya no tipificará el delito como robo, en tanto no importe, a la vez, una procuración de la impunidad.

II. ROBOS CALIFICADOS

§ 1013. *FUNDAMENTOS DE LAS AGRAVANTES.* – Prácticamente puede decirse que las razones de agravación del robo atañen a dos órdenes de motivaciones legislativas: en el primer grupo se contemplan agravantes que toman en cuenta los resultados que la acción violenta del agente produce sobre las personas; en el segundo se exponen los casos en que las agravantes tienen presente la mayor indefensión de los objetos, sea por los medios o los modos de comisión, por el lugar, por la mayor actividad del agente dirigida a superar defensas predispuestas o a colocar al sujeto pasivo en situación de indefensión, por el aprovechamiento de circunstancias personales que dificultan la protección de las cosas, etcétera.

A) ROBO CALIFICADO POR HOMICIDIO

§ 1014. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 165 del Cód. Penal impone reclusión o prisión de diez a veinticinco años, “si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio”.

§ 1015. *CASOS COMPRENDIDOS EN LA AGRAVANTE.* – El hecho de que la ley describa la relación entre el robo y la muerte haciendo mención a que *si con motivo u ocasión del robo* resulte aquélla, sin otra distinción, indica, por una parte, que no es indispensable que el agente haya ejercido violencia sobre la persona, ya que es posible la calificante también cuando emplea fuerza sobre las cosas y, por otra, que no es indispensable una relación de causalidad con sustento subjetivo en el autor, entre la fuerza y la violencia y la muerte.

Quedan comprendidas en la calificante las muertes provenientes de la fuerza o de la violencia ejercidas por el agente para facilitar el robo, cometerlo o para lograr el fin propuesto o la impunidad, pero también las muertes producidas por la fuerza o la violencia ejercidas por el autor en ocasión del robo, aunque no asuman aquellas relaciones típicas con él (p.ej., la muerte producida por un golpe dado a la víctima ya inmovilizada porque reprochaba al agente su conducta), o por la fuerza o violencia ejercidas por la víctima o terceros con motivo del robo al desplegar resistencia contra el apo-

deramiento (p.ej., disparo de la víctima que da en un transeúnte). Esto permite adelantar la solución en lo que atañe a qué homicidios quedan computados como agravantes del robo, ya que, por un lado, la posibilidad de que la muerte proceda de la aplicación de la fuerza sobre las cosas además de la violencia en las personas (en el simple ejercicio de la fuerza sobre las cosas es difícil encontrarnos ante un dolo de homicidio) y, por el otro, la circunstancia de que la ley no exija una relación causal condicionada subjetivamente entre la fuerza y la violencia llevadas a cabo por el agente, y la muerte, indican que aquellos homicidios pueden ser tanto de carácter doloso, como culposos y, dentro de estos últimos, quedan perfectamente comprendidos los cometidos con la llamada culpa inconsciente.

§ 1016. *DISTINCIÓN CON CASOS DE HOMICIDIOS FINALMENTE CONEXOS.* – La problemática arranca, en gran medida, de la necesidad de distinguir (en los casos en que el homicidio puede ser atribuido a la acción del agente) los casos en que el homicidio perpetrado con motivo o en ocasión del robo es un robo calificado, de aquellos en que es un homicidio calificado en los términos del art. 80, inc. 7º, del Cód. Penal.

Al respecto podemos señalar tres tesis fundamentales en nuestra doctrina, en donde no se discute cuáles son los casos incluidos en el art. 80, inc. 7º, del Cód. Penal, pero sí cuáles son los incluidos en el art. 165: a) Según una (Soler), en el art. 165 del Cód. Penal, quedan comprendidos los homicidios que revisten carácter de resultados preterintencionales de la actividad del agente; en otras palabras, la responsabilidad del agente del robo con referencia a la muerte tendría que ser de carácter culposo; la consecuencia de esta tesis es que, como no todos los homicidios dolosos cometidos en ocasión del robo pueden encuadrarse dentro del art. 80, inc. 7º, del Cód. Penal, sino únicamente los que, además de realizarse con un dolo directo de muerte, tienen una particular conexión ideológica con el robo (el homicidio que ha sido cometido con las específicas finalidades de preparar, facilitar, consumar, ocultar, asegurar los resultados, procurar la impunidad o por el hecho de no haber logrado el fin propuesto), parecería que otros homicidios dolosos (p.ej., los cometidos con dolo eventual, o con un dolo directo que no importa la mentada conexión ideológica con el robo, como es la muerte infligida para hacer cesar las quejas de la víctima por el hecho del

robo) no quedarían comprendidos en el art. 165, sino que se daría un concurso real entre el robo simple y el homicidio simple; *b*) según otra (Núñez), descartados los supuestos del art. 80, inc. 7º, quedan comprendidos en el art. 165 todos aquellos homicidios, tanto culposos como dolosos; en este último caso, cuando el dolo no se haya particularizado del modo exigido por el primero de esos artículos para el *criminis causa*, y *c*) por otra parte (Fontán Balestra), si bien puede aceptarse que en la figura del art. 165 quedan comprendidos todos los homicidios dolosos que no se puedan encuadrar dentro del art. 80, inc. 7º, no es aceptable que se comprendan en aquél los homicidios culposos (incluso el preterintencional del art. 82), ya que la pena del art. 165 es muy superior a la que surgiría de la aplicación de las reglas del concurso real. Precedentemente hemos adelantado nuestra opinión en el sentido de que dentro del art. 165 quedan comprendidos todos los homicidios que no caen en las prescripciones del art. 80, inc. 7º, sea que puedan atribuirse a una responsabilidad dolosa o culposa al autor del robo. Ya dijimos también que cuando estamos en presencia de un homicidio *criminis causa*, por imperio del mismo art. 80, inc. 7º, éste funciona en concurso con la figura de robo del art. 164.

§ 1017. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – Para que esta figura agravada de robo pueda considerarse consumada, es necesario que se conjuguen la acción propia del robo con la ocurrencia de la muerte. Pero dándose esta última con motivo u ocasión de un robo cuyo apoderamiento quedó truncado en tentativa, constituye ya el tipo consumado del art. 165, porque éste no requiere que el robo se haya consumado. Pero el robo tentado o consumado, con cuyo motivo o en cuya ocasión se ha tentado un homicidio, no nos sitúa en el tipo del art. 165, porque, normalmente, el dolo directo exigido por la tentativa nos llevará a los supuestos del art. 80, inc. 7º, y, en todo caso, faltando ese dolo y no dándose el resultado de muerte, tampoco podremos estar en la agravante del art. 165: tendremos dos tipos funcionando en concurso.

§ 1018. *EXTENSIÓN DE LA AGRAVANTE EN EL CASO DE PLURALIDAD DE PARTICIPES.* – Rige, claro está, el principio de individualidad de la responsabilidad; por tanto, responderá por robo calificado quien ejerció la fuerza o violencia, con cuyo motivo o en cuya ocasión

resultó el homicidio. Los partícipes del robo que no hayan convergido intencionalmente con ese modo de perpetración, responderán por el tipo básico, no por el agravado. Por supuesto que esa convergencia puede manifestarse a través de la mera conformidad con la utilización de determinados medios para ejercer la fuerza o la violencia: en el partícipe que estuvo de acuerdo en que otro utilizara explosivos para volar una puerta, de cuya explosión resultó la muerte de una persona, no se podrá negar esa convergencia; tampoco en quien estuvo de acuerdo en cometer el hecho con un arma de fuego, debidamente habilitada para ser disparada letalmente, ya que no queda marginada de su voluntariedad su eventual utilización; pero sí se puede negar la convergencia en el partícipe que aunque dispuesto a ejercer violencia física sobre la víctima, ignoraba que el copartícipe portaba el arma con la que causó la muerte de aquélla.

B) ROBO CALIFICADO POR LESIONES

§ 1019. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 166, inc. 1º, castiga con pena de reclusión o prisión de cinco a quince años “si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los arts. 90 y 91”.

§ 1020. *CARACTERÍSTICA DE LA ESTRUCTURA TÍPICA.* – Estas calificantes se diferencian de las anteriores: *a)* porque contienen una estricta referencia a la *violencia*, con lo cual el ejercicio de la fuerza para el robo no da pie a la agravante, y *b)* porque mientras el homicidio califica cuando ocurre con motivo o en ocasión del robo, las lesiones graves o gravísimas califican cuando han sido causadas por las violencias ejercidas *para realizar* el robo; quedan, pues, marginadas de la agravante todas las que no procedan estrictamente de las violencias llevadas a cabo por el agente del robo en cualquiera de las circunstancias enunciadas en la parte final del art. 164.

§ 1021. *RESULTADOS COMPRENDIDOS.* – Sin duda quedan comprendidas en las agravantes las lesiones de carácter culposas y las de carácter doloso no preordenadas al robo (el hecho de que la violencia tenga que estar preordenada, no necesariamente implica que la lesión lo esté, aunque no serán fáciles de encontrar casos de esa naturaleza). En cuanto a las lesiones preordenadas al robo –que

quedarían comprendidas en el art. 92 del Cód. Penal— una corriente de la doctrina y la jurisprudencia consideró que funcionaban en concurso con el robo del art. 164 (Díaz, Molinario y otros), pero esta tesis fue censurada con razón (Soler, Núñez), pues ella conduciría a aplicar al agente una pena menor que la prevista por el art. 166; en consecuencia, también las lesiones *criminis causa* producidas por el ejercicio de la violencia en cualquiera de las circunstancias del art. 164 *in fine*, situarían la conducta del agente en el tipo del art. 166, desplazando cualquier hipótesis de concurso.

§ 1022. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* — Como en el caso anterior, para que se dé el tipo calificado se requiere la ocurrencia de la lesión y la consumación o la tentativa del apoderamiento ilegítimo. La lesión preordenada al robo, sin que éste haya alcanzado la etapa de ejecución, queda en el art. 92 del Cód. Penal. El robo consumado o tentado con actividad del agente finalmente encaminada a lesionar, pero que no se concretó en lesión, tampoco sitúa el supuesto en el art. 166, ya que faltando el *resultado de la violencia* que la disposición requiere, esa actividad, no obstante su preordenación, quedará subsumida por la figura de robo del art. 164.

§ 1023. *PLURALIDAD DE PARTICIPES.* — En cuanto a la responsabilización por la agravante de los partícipes en el robo que no han ejercido la violencia productora de las lesiones, rigen los mismos principios que expusimos al estudiar el art. 165 del Cód. Penal.

C) ROBO CON ARMAS

§ 1024. *EL TEXTO LEGAL. VARIACIONES. FUNDAMENTOS.* — El art. 166, inc. 2º, cláusula 1ª, impone también pena de reclusión o prisión de cinco a quince años, “si el robo se cometiere con armas”.

En el texto original del Código no se preveía el robo con armas en este artículo, sino en el art. 167, cuyo inc. 1º agravaba el hecho cometido “en despoblado y con armas”; el art. 166, inc. 2º original, agravaba el robo cometido “en despoblado y en banda”; las reformas de estas figuras proceden de la ley 20.642.

Dos son las razones que se conjugan para intensificar la pena: por un lado el mayor poder intimidante del arma y, por otro, el pe-

ligro que constituye para el agraviado la utilización del arma por parte del agente.

§ 1025. *ARMAS COMPRENDIDAS.* – En el concepto de *arma* propio del tipo, se comprenden las armas *propias*, como las *impropias equiparadas* a las propias, y las verdaderamente *impropias* que, por sus características, se adecuen a las razones de ser de la agravante, como serían ciertas herramientas de punta o filo (guadañas, horquillas, azadas) o los objetos de gran poder contundente (bastones ferrados, garrotes, etcétera). No sería exacto extender el concepto en la misma forma que se puede hacer en el delito de agresión del art. 104 *in fine* del Cód. Penal, puesto que no todas las armas idóneas para cometerlo tienen el poder intimidante y la vigencia de peligrosidad de las enunciadas.

§ 1026. *EL ARMA SIMULADA.* – Pero, en cualquier caso, tiene que tratarse de un arma. No lo es el *arma simulada* o *falsa arma*, que aunque pueda resultar apta para aumentar la intimidación de la víctima, no tiene idoneidad para hacer correr peligro a su persona. Dentro del concepto de arma falsa o simulada hay que considerar las armas propias que no son funcionalmente aptas para su destino, por defectos de mecanismos (p.ej., falta de percutor en el rifle) o por otras insuficiencias (p.ej., ausencia de proyectiles en ellas), salvo que en la emergencia se utilicen como armas impropias en el sentido expuesto en el parágrafo anterior (p.ej., esgrimir un pesado máuser como maza contundente); fuera de este último supuesto la utilización del arma falsa o simulada deja la conducta en la figura básica del art. 164.

§ 1027. *MODO DE COMISIÓN.* – Para que se dé la agravante el robo debe haber sido *cometido con armas*; lo cual acarrea dos consecuencias en la interpretación de la norma: a) el arma debe haber sido utilizada o empleada por el agente en una efectiva acción violenta o intimidatoria para doblegar o evitar la resistencia de la víctima de esa acción (que puede ser el mismo sujeto pasivo del robo o un tercero), disparándola, apuntando con ella, blandiéndola o mostrándola significativamente; el robo no se agrava por el hecho de que el agente solamente haya llevado o portado arma, aun a la vista de la víctima (para algunos derechos basta esa actitud, pero no en

el nuestro), y *b*) el arma debe haber sido utilizada en la *comisión* del hecho, esto es, en la etapa ejecutiva del apoderamiento hasta su consumación; la utilización del arma con anterioridad a esos actos ejecutivos (para preparar o facilitar) o con posterioridad (para lograr el fin propuesto o la impunidad) no sirven para calificar, sino que dejan vigente la figura del art. 164.

D) ROBO EN DESPOBLADO Y EN BANDA

§ 1028. *EL TEXTO LEGAL. FUNDAMENTO. ESTRUCTURA DEL TIPO.* – Por el art. 166, inc. 2º, cláusula 2ª, se da también pena de reclusión o prisión de cinco a quince años, “si el robo se cometiere... en des poblado y en banda”.

Las razones de agravación son complejas: a la situación de indefensión de la víctima o de la cosa, se une el mayor poder vulnerable de la actuación de la banda.

Como se ve, la agravante exige que coexistan dos circunstancias: una relativa al lugar del hecho –en des poblado–, otra a la pluralidad y al modo de actuar de los agentes –en banda–.

§ 1029. *NOCIÓN DE DESPOBLADO.* – Es un concepto relativo, cuya significación en el tipo atiende, fundamentalmente, a los lugares donde la víctima tiene grandes dificultades para proveerse de auxilio de terceros, o el apoderamiento de la cosa se ve facilitado por la impunidad en que se lo puede perpetrar. La doctrina ha construido la noción de des poblado sobre la base de las siguientes pautas: *a*) exige un lugar fuera del radio poblado de la ciudades, villas o parajes; el hecho de que un sitio, dentro de esos radios, pueda catalogarse como des poblado por la ausencia de personas (p.ej., baldíos, parques) no convierte el lugar en des poblado según el tipo; *b*) los sitios fuera de esos radios son des poblados si se dan las circunstancias de las dificultades del auxilio de terceros o del favorecimiento de la impunidad por ausencia de pobladores (un campamento, compuesto por un gran número de personas en campo abierto, no es, por tanto un lugar des poblado), y *c*) el concepto no requiere que se trate de campo abierto; no es la ausencia de construcciones la nota exigida para que un lugar sea típicamente des poblado sino la ausencia de pobladores (un casco o un puesto de estancia puede, por tanto, ser un lugar des poblado).

§ 1030. *NOCIÓN DE BANDA.* – Las reformas introducidas en el art. 167, resucitan las dudas sobre el concepto de *banda* que aquí utiliza el Código. Recordemos que durante la anterior vigencia del texto original se debatió si dicho concepto debía adecuarse a la tipicidad del art. 210 o si se trataba de un concepto autónomo, propio del tipo que estamos examinando. Nosotros, teniendo en cuenta la razón de ser de la protección intensificada del bien jurídico y las particularidades de su eventual vulneración, participamos de la segunda opinión; pero cuando la ley 21.338 introdujo en el art. 167, inc. 4º (por su remisión al art. 163) la agravante del robo por la simple pluralidad de partícipes ejecutivos, tuvimos que reconocer que, dogmáticamente, únicamente resultaba admisible la otra solución: la agravante de *banda* del art. 166, inc. 2º, no podía punir, también, aquella simple pluralidad, por lo cual la única posibilidad interpretativa era referirla a la asociación ilícita del art. 210; pero los textos actuales hacen decaer esta última imposición interpretativa y nos vuelven a la creencia de que tal *banda* no hace otra cosa que indicar una pluralidad de partícipes ejecutivos de por lo menos tres sujetos, aunque no se den en ella los demás requisitos típicos del art. 210.

§ 1031. *MODOS DE COMISIÓN.* – El robo que puede ser calificado por la agravante es tanto el que se comete con violencia en las personas como el que se lleva a cabo con fuerza en las cosas. Esto es así porque en el esquema del art. 166 las agravantes por lesiones están taxativamente referidas a la utilización de la violencia; la agravante por la utilización de armas sólo puede referirse a la violencia, aunque expresamente el texto no lo enuncie; pero la agravante que ahora vemos, ni explícitamente está referida por la ley a la violencia ni implícitamente esa conclusión es ineludible, como ocurre con la utilización de armas. Lo cual indica que no es imprescindible para la agravante la presencia de una víctima de la violencia para que aparezca esta última agravante, como algunos lo han pretendido.

E) ROBO EN DESPOBLADO

§ 1032. *EL TEXTO LEGAL. DISTINCIÓN CON LA AGRAVANTE ANTERIOR.* – El art. 167, inc. 1º, del Cód. Penal, aplica reclusión o prisión de tres a diez años, “si se cometiere el robo en despoblado”.

Ya dijimos que el texto original contemplaba bajo esta numeración el “robo en despoblado y con armas”; la formulación actual proviene de la ley 20.642.

Aquí, a diferencia de lo que pasa en la agravante anterior, es la sola circunstancia del lugar en que el robo se perpetra lo que califica; ese robo puede o no ser cometido por una pluralidad de agentes, siempre que no constituyan una *banda* en el sentido que se le da a dicha expresión en el art. 166, inc. 2º (en cuyo caso se estará en el supuesto anterior).

F) ROBO EN POBLADO Y EN BANDA

§ 1033. *EL TEXTO LEGAL. FUNDAMENTOS. REMISIÓN.* – En el art. 167, inc. 2º, del C6d. Penal, la misma pena que en el tipo anterior se aplica si el robo “se cometiere en lugares poblados y en banda”.

En realidad lo que constituye la razón de ser de la agravante es la actuación en banda. La mención de la ley de lugares poblados es sólo una forma de distinguir sin dificultades esta agravante de la del art. 166, inc. 2º.

El concepto de banda y el alcance de la intervención plural de partícipes son los mismos que vimos en la agravante del último artículo citado.

§ 1034. *NOCIÓN DE LUGAR POBLADO.* – El concepto de lugar poblado se determina por oposición a lo que dijimos que era lugar despoblado. Quedan comprendidos, pues, los lugares situados dentro de los radios poblados de las ciudades, villas o parajes, aunque sean desolados por ausencia de vivencias o de gente y los lugares que, aunque situados fuera de esos radios están habitados por un número tal de pobladores, permanentes o transeúntes, que permitan a la víctima acudir al auxilio de terceros o la impunidad del apoderamiento se vea dificultada, o pueda verse dificultada, por esa circunstancia.

§ 1035. *MODOS DE COMISIÓN.* – También aquí, como en el caso del art. 166, inc. 2º, quedan calificados tanto los robos con violencia, como los que se cometen con fuerza sobre las cosas.

G) ROBO CON PERFORACIÓN O FRACTURA

§ 1036. *EL TEXTO LEGAL. VARIACIONES. FUNDAMENTOS.* – El art. 167, inc. 3º, del Cód. Penal aplica también reclusión o prisión de tres a diez años si el robo “se perpetrare con perforación o fractura de pared, cerco, techo o piso, puerta o ventana de un lugar habitado o sus dependencias inmediatas”.

El texto actual es el original del Código Penal. La ley 17.567 lo había reemplazado, contemplando el caso en el art. 166, inc. 1º, castigando el robo cometido “con perforación o fractura de pared, cerco, techo, piso, puerta o ventana del lugar donde se halla la cosa sustraída”, que fue dejado sin efecto por ley 20.509. La ley 21.338 prefirió mantener el texto original, que la ley 23.077 ha respetado.

La agravante proviene tanto de la peligrosidad revelada por el agente, al utilizar medios muy vulnerantes para vencer las defensas que se oponen al apoderamiento, como del hecho de que con su acción viola el domicilio del sujeto pasivo, pudiendo crear eventualmente peligro para las personas.

§ 1037. *EL EJERCICIO DE LA FUERZA. CONFLUENCIA DE FIGURAS.* – Basta la fuerza ejercida del modo y en las defensas enunciadas en el tipo para que el apoderamiento constituya el robo calificado, sin que sea necesario que a ella se sumen otras fuerzas o violencia encaminadas al apoderamiento. Quien perforó una ventana para acceder a la casa donde está la cosa, comete robo calificado, aunque después la haya removido sin dificultad y sin necesidad de emplear otra fuerza. Lo cual demuestra, además, que la perforación o la fractura a las que se agregan violencia sobre las personas, anterior, concomitante o posterior al apoderamiento, según la parte final del art. 164, obligan a la aplicación del art. 167, inc. 3º, exclusivamente: la calificante, aunque constituida por una particular fuerza, se refiere también a los robos en que se conjugan pluralmente los medios comisivos contemplados por el art. 164.

§ 1038. *PERFORACIÓN Y FRACTURA.* – La particular fuerza agravatoria es la *perforación* o la *fractura*. Esta última exige el quebrantamiento, corte, destrucción con daño de características especiales (romper a hachazos una puerta, hacer volar con explosivos los barrotes de una reja); no hay fractura cuando la defensa no se la ha

quebrantado destructivamente (p.ej., cuando se han separado los barrotes sin quebrarlos). Pero la perforación es un concepto que no participa estrictamente de esas exigencias; importa la idea de horadar o atravesar la defensa por cualquier medio (fuerza humana, mecánica, química —ácidos— o energía de otras clases, como el fuego; contra: Núñez, quien sostiene que estos dos últimos casos no son supuestos de fuerza), aunque no tenga un resultado destructivo en el sentido que acabamos de exponer para la fractura (p.ej., quien levanta sin romper, una chapa o las tejas de un techo, lo perfora, aunque no lo destruya quebrantándolo).

Tanto la perforación como la fractura tiene que realizarlas el autor del apoderamiento o un tercero en connivencia con él, sin que importe la oportunidad, en cuanto estén relacionadas con la perpetración del robo (p.ej., el que días antes perforó el cerco, para poder penetrar cuando decida apoderarse de la cosa); la acción de quien aprovecha la perforación o fractura realizadas por un tercero que no participa en su acción o sin que aquél participe de la acción de éste, no califica el hecho (ni siquiera llega a ser robo si no hay otra fuerza ejercida por el agente), aun cuando el tercero las haya practicado para perpetrar, con anterioridad, otro robo.

§ 1039. *DEFENSAS SOBRE LAS QUE DEBE RECAER LA FUERZA*, — Las defensas que deben ser perforadas o fracturadas para que se presente la calificante son las paredes, cercos, techos, pisos, puertas o ventanas. La fuerza tiene que recaer sobre los elementos que lo forman y dotan de seguridad o solidez al conjunto (tableros, jambas, cemento, tirantes, cubiertas, etc.), o incluso sobre los sistemas de seguridad que están adheridos a las defensas, formando un todo con ellas (p.ej., el pestillo de la cerradura); pero se puede razonablemente dudar en la aplicación de la agravante cuando la fuerza se hace recaer sobre accesorios que no integran el *corpus* de la defensa, aunque tengan por función aumentar su seguridad (p.ej., el candado colocado fuera de la puerta; el madero que apuntala la ventana). Los objetos de la fuerza tienen que constituir defensas opuestas al apoderamiento de la cosa, lo cual reclama, en primer lugar, que cumplan verdadera función de defensa (no lo son los que tienen una función distinta, como ocurre con los vidrios comunes y las telas protectoras contra insectos, aunque la cuestión se discute), y no que simplemente importen una simbólica función de cercamiento (p.ej., precintos)

y, en segundo lugar, que estén dotados de suficiente solidez para oponerse realmente al apoderamiento, porque su naturaleza compacta (maderas, hierros, ladrillos, etc.) o su colocación (p.ej., un techo de paja) exigen un esfuerzo para superarlos (p.ej., no sería calificado el robo en el cual se hubiera horadado una pared de papel de arroz).

§ 1040. *LUGAR HABITADO. DEPENDENCIAS INMEDIATAS.* – Para que se dé la agravante, el lugar que esas defensas cierran tiene que ser un *lugar habitado*, es decir, debe tratarse de un lugar actualmente destinado a habitación de alguna persona, aunque en el momento del hecho los habitantes no se encuentren allí. No hay calificante cuando el robo se perpetra en lugares destinados a ser habitados, pero en los que actualmente nadie habita, aunque el abandono actual de ese destino sea temporal (casas de fin de semana cuando no están habitadas, casas cerradas durante la temporada de vacaciones por ausencia de sus dueños, etcétera).

La perforación o la fractura también conducen a la agravante cuando se las realiza sobre defensas de las *dependencias inmediatas* del lugar habitado, es decir, de los lugares que prestan servicios a los habitantes, aunque sólo ocasionalmente se ocupen en el ejercicio de la habitación (galerías, cocheras, patios) y que están situados dentro del recinto de intimidad de la habitación, pues tal es el sentido de la inmediatez exigida por la norma. Pero no sirven para la calificación los lugares que, aun estando inmediatos al lugar habitado, no son dependencias destinadas a la habitación (p.ej., un galpón de herramientas, un local de negocio separado de la casa, aunque se encuentre en el mismo predio, el gallinero), salvo que estén integrados en unidad edificada con el lugar donde se vive (p.ej., el local de negocio que comunica por medio de una puerta con el dormitorio del propietario, la pieza de la casa que se dedica a guardar herramientas), pues entonces sí se da el peligro que es razón de ser de la agravante.

La ley 17.567, como vimos, había eliminado el requisito típico de *lugar habitado*, exigiendo que se tratase del *lugar donde se hallara la cosa sustraída*; por lo tanto, la perforación o fractura practicada en un lugar distinto, aunque hubiese tenido por finalidad la perpetración del robo, dejaba el hecho en la figura simple del art. 164. Ésta no parece ser la solución adecuada al texto vigente: cuando el lugar en que se ejerce la particular fuerza típica es un lugar habitado, aunque no sea el lugar donde se halla la cosa y este

último no sea un lugar habitado, si la perforación o fractura realizadas en aquél fueron los medios para perpetrar el robo, igualmente se dará la calificante. puesto que ya vimos –al hablar del tipo básico– que la predisposición de las defensas no depende tanto de la voluntad del tenedor cuanto de la función que desempeñan en concreto y, además, el eventual peligro para las personas, que es la razón de ser de la agravante, se daría igualmente en esos casos, aunque no recayera sobre el tenedor de la cosa o sus representantes, sino sobre terceros extraños, ya que la ley no distingue esas situaciones; así, será robo calificado la acción de quien, para llegar a la bóveda de un banco, perfora la pared de la casa vecina, que está habitada.

§ 1041. *MODOS DE COMISIÓN.* – Si tenemos en cuenta la particularidad del bien jurídico protegido (violación de la intimidad del domicilio y peligro para los habitantes), queda muy claro que aquél tiene que ser vulnerado o puesto en peligro por la acción de fuerza del sujeto. Cuando esa vulneración o este peligro existieron antes de practicarse la perforación o fractura, no podremos decir que se trata de una fuerza típicamente agravatoria; de ahí que no califiquen ni la *fractura o perforación internas*, ni la *fractura o perforación hechas para salir de la casa*, cuando el agente ya irrumpió por otros medios en el lugar habitado, salvo en los casos, muy excepcionales, en que antes de tomar la cosa el agente no haya violado el domicilio, pero para consumar el apoderamiento tenga que violarlo mediante la fractura o perforación (p.ej., el ladrón de banco que se escondió durante las horas de trabajo dentro de él y para sacar el dinero perfora la pared de la casa vecina habitada).

§ 1042. *LA TENTATIVA.* – La perforación o la fractura realizadas con finalidad de apoderamiento, sin haberlo conseguido, deja el hecho en tentativa de robo calificado que, tanto como el delito consumado, absorbe el daño causado. El delito de daño sólo opera, pues, cuando el robo o su tentativa resultan impunes (p.ej., en el caso en que el ladrón se apoderó de la cosa propia creyendo que era ajena, o cuando ha desistido voluntariamente de perpetrar el robo).

§ 1043. *CULPABILIDAD.* – El dolo requiere el conocimiento de las circunstancias típicas y la voluntad de usar la perforación o fractura para perpetrar el apoderamiento. El error sobre aquellas cir-

cunstancias excluye la culpabilidad requerida por la agravante (p.ej., quien cree que roba en un lugar deshabitado, que, en realidad, está habitado), dejando el hecho en robo simple, lo cual también ocurre cuando el delito calificado es putativo (autor que cree robar en un lugar habitado cuando, en realidad, está deshabitado).

H) ROBO EN CIRCUNSTANCIAS DE HURTOS CALIFICADOS

§ 1044. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 167, inc. 4º, pune con reclusión o prisión de tres a diez años el robo en el que “concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el art. 163”.

§ 1045. *CONEXIÓN TEMPORAL.* – Como lo que califica las circunstancias del art. 163 es el robo, y éste encuentra su configuración típica en la fuerza o en la violencia anterior, concomitante o posterior al apoderamiento en cuanto estén preordenadas a él, si bien es cierto que aquellas circunstancias del art. 163 tienen que estar presentes en el momento del apoderamiento, los medios violentos no tienen por qué coincidir temporalmente con éste y aquéllas: será robo calificado el de quien durante la noche inmovilizó al guía del ciego, para sorprenderlo al otro día, cuando sabe que acostumbraba a contar su dinero y, allegándose calladamente a él, quitárselo. Sin embargo, tenemos que aclarar que alguna doctrina exige que las circunstancias que califican el hecho como robo y la circunstancia calificativa del hurto que concurre para agravar aquél, coincidan “en el mismo contexto del apoderamiento y no en contextos independientes, aunque estén vinculadas” (Núñez), pero eso no se presenta como una exigencia típica.

§ 1046. *CUESTIÓN CON RELACIÓN A LA CALIFICACIÓN DEL HURTO PREVISTA POR EL ARTÍCULO 163, INCISO 1º.* – De las circunstancias calificantes del hurto enunciadas en el art. 167, inc. 4º, han planteado dificultades las del art. 163, inc. 1º. No se discute que cuando la calificación de robo proviene de la violencia, el apoderamiento de los objetos y en las circunstancias del art. 163, inc. 1º, queda agravado por la norma que venimos estudiando. La misma solución se da para los robos campestres en que la fuerza se ejerce sobre reparos que no son cercos (p.ej., cortar la cadena que une la maquinaria a un árbol, romper la soga del caballo atado a un poste, pero dejado en el campo, etcétera). Pero cuando la fuerza se ejerce sobre los

cercos rurales, ya dijimos que un sector de la doctrina sostiene que el hurto de sus elementos por medio de fuerza (p.ej., cortar los hilos, tronchar los postes), hace que el hurto calificado desplace la figura del robo y, por ende, no se admite que se trate de un robo calificado; advertíamos entonces que no eran atendibles las razones que se daban en apoyo de la tesis, y concluíamos en que el apoderamiento de elementos de los cercos será hurto calificado cuando no se haya empleado fuerza sobre las cosas y robo calificado cuando se haya empleado esa fuerza. La tesis que rechazamos se ha extendido al apoderamiento de ganado que se encuentra en las circunstancias del art. 163, inc. 1º, afirmándose que como esa agravante tiene como razón de ser la falta de protección de los animales y estando esa protección establecida por el cerco, se violaría el principio *non bis in idem*, “suponiendo, primero, que la cosa no estaba protegida y afirmando, después, que existe violación de defensas...” (Soler), pero este argumento decae si se piensa que la ausencia de defensas a la que se refiere el art. 163, inc. 1º, es la que deriva de la vigilancia directa del tenedor, ejercida por sí o por intermedio de otros, o la constituida por obstáculos distintos de los cercos; la función de éstos es impedir que el ganado salga del predio, pero, a la vez, constituyen un obstáculo opuesto al apoderamiento, cuyo vencimiento por la fuerza sitúa el caso de abigeato en el robo calificado del art. 167, inc. 4º.

I) ROBO EN OCASIÓN DE ESPECTÁCULOS DEPORTIVOS

§ 1047. *AGRAVANTE INTRODUCIDA POR LA LEY 24.192.* – La agravante que hemos visto con relación al hurto se traslada también al robo a raíz de la reforma de la ley 24.192 que operó en la redacción del art. 2º, según constaba en la ley 23.184.

CAPÍTULO III

EXTORSIÓN

§ 1048. *CARACTERÍSTICAS DE LOS DELITOS.* – En todas las figuras que hemos visto hasta ahora, el desplazamiento de las cosas y, por ende, el perjuicio patrimonial, se produce prácticamente sin in-

tervención de la acción de la víctima: es la propia actividad del agente la que produce el desplazamiento y, correlativamente, concreta ese perjuicio; es él quien se *apodera*. En las hipótesis de extorsión, por el contrario, el desplazamiento de la cosa objeto del delito se produce por la actividad de la misma víctima, que es quien entrega o pone la cosa a disposición del autor, pero con su voluntad viciada por coerción.

En la extorsión hay, por consiguiente, un ataque a la libertad de la persona, que se lleva a cabo mediante una intimidación (propia o engañosa), la que tiene por finalidad forzar o constreñir su libre determinación en cuanto a la disposición de sus bienes o de los que están a su cuidado. Ese ataque a la libertad individual no es aquí un fin en sí mismo, sino un medio para atacar la propiedad. En principio, la extorsión es “un ataque a la propiedad cometido mediante un ataque a la libertad” (Schönke - Schröder; Soler).

I. EXTORSIÓN COMÚN

§ 1049. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 168, párr. 1º, del Cód. Penal reprime con reclusión o prisión de cinco a diez años a quien “con intimidación o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos”.

§ 1050. *LA ACCIÓN TÍPICA.* – Es la de obligar a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero.

La expresión *obligar* indica la existencia de una voluntad contraria que el agente debe vencer; cuando ese presupuesto falte, cuando la disposición económica se haya producido por propia decisión del sujeto pasivo, sin plegarse a la actividad intimidatoria del agente, o sea, cuando se esté al margen de toda relación causal entre la intimidación de éste y la disposición de aquél, se estará fuera del tipo de la extorsión.

Entregar es dar al agente o a un tercero indicado por él. *Enviar* es mandar o dirigir el objeto al agente o a dicho tercero. *Depositar* es dejar o colocar el objeto en el lugar indicado por el agente

o convenido con él. *Poner a disposición* es colocar el objeto en condiciones de que puedan disponer de él el agente o el tercero indicado.

§ 1051. *OBJETOS DEL DELITO.* – Los objetos de esas acciones, a las que se ha obligado al sujeto pasivo, son cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos. Por *cosas* entiéndense las cosas muebles, según el concepto que de ellas hemos dado en el tipo de hurto; *dinero* es la moneda con valor corriente en el país, o sea, la que tiene curso legal en él; antes de la reforma civil, la que no tenía esa característica podía ser objeto de la extorsión, pero en su carácter de “cosa”.

La expresión *documentos* plantea problemas un poco más complejos. El concepto genérico de documento como manifestación escrita, firmada por el otorgante, que produce efectos jurídicos, es válido aquí, pero la circunstancia de que la ley califique expresamente el documento objeto del delito como aquel que *produzca efectos jurídicos* ha suscitado dudas: para una acentuada corriente doctrinaria se tiene que tratar de documentos cuyos efectos jurídicos importen una lesión patrimonial, pues de otro modo –se dice– no aparecería la lesión al bien jurídico protegido por el tipo (Moreno, Gómez, Molinario, Levene, etc.); otros, advirtiendo que el tipo de art. 168, párr. 2º, se refiere a *documentos de obligación o crédito*, que son los que normalmente producen efectos patrimoniales, consideran que dentro de la expresión “documentos” del párr. 1º, queda comprendida toda especie de documentos, aun aquellos que, sin producir efectos jurídicos actuales, tienen un valor en sí (p.ej., un documento histórico o de gran valor cultural), ya que también en estos casos se ataca la propiedad (Soler, Núñez, Fontán Balestra). No es discutible que en ellos la entrega, depósito, etc., del documento, obligada por la acción del agente, constituye una extorsión, pero allí el objeto del delito es una cosa, que no obra como documento. Los sostenedores de esta última opinión olvidan que cuando la ley habla de documentos que *produzcan efectos jurídicos* se refiere a los efectos jurídicos del documento, no a los efectos jurídicos de la extorsión, como también que existen documentos que producen efectos jurídicos patrimoniales y que no son propiamente de obligación o de crédito (los que reconocen o liberan de una obligación o de un crédito); son, pues, esos documentos que, sin ser de obligación o de crédito, pueden

producir efectos jurídicos lesivos para el patrimonio (declaraciones sobre el estado civil de una persona, reconocimiento de autoría de un delito, etc.) los objetos del delito. Otras manifestaciones escritas que carezcan de ese carácter, pero tengan en sí valor patrimonial, como vimos, pueden ser objeto del delito de extorsión, pero como cosas, no como documentos. Por su capacidad para producir efectos jurídicos, aun con limitaciones, caben en el tipo los documentos otorgados en blanco, los anulables y los que se refieren a obligaciones prescriptas (Núñez), pero no los que resultan absolutamente nulos, ya que ningún efecto pueden producir.

§ 1052. *EL MEDIO COMISIVO. LA INTIMIDACIÓN.* – Pero ya vimos que lo que caracteriza a la extorsión es el modo como se ataca a la propiedad, en cuanto se procede por medio de un ataque a la libertad; este ataque a la libertad tiene que realizarse por medio de la *intimidación*. La ley contempla lo que podemos llamar una intimidación propia y dos casos de intimidación engañosa.

§ 1053. *LA INTIMIDACIÓN PROPIA.* – Estamos ante la intimidación propia cuando la forma de obligar al sujeto pasivo es exigirle el hacer por medio de una amenaza, o sea, por el anuncio de un daño, dependiente de la voluntad del agente, cuya realización se condiciona al no cumplimiento de lo exigido.

En general, los requisitos de esa amenaza son los mismos que hemos visto al tratar el art. 149 *bis* del Cód. Penal, pero la doctrina, sobre todo la que se redactó antes de que en nuestro sistema apareciera esta última figura, trata en particular algunos de aquéllos al referirse al delito de extorsión. Por supuesto que el daño amenazado tiene que ser *futuro*; no es una amenaza extorsiva la que se refiere a un daño ya producido en la propia esfera patrimonial del sujeto pasivo (p.ej., no devolver lo hurtado), pero sí puede serlo el anuncio de un abstenerse de hacer cesar el mal que actualmente sufre aquél (p.ej., no aplicarle el remedio para curar su enfermedad); el daño puede recaer sobre su persona, bienes o intereses legítimos, o sobre la persona, bienes o intereses legítimos de un tercero, en la medida que señalamos al tratar de las amenazas. Debe ser *grave*, en el sentido de su suficiencia para obligar al sujeto pasivo a cumplir con las exigencias del agente; al respecto, mucho se ha discutido sobre el tema de la *idoneidad* de la intimidación en el delito de ex-

torsión, pero este problema queda circunscripto a los casos en que la intimidación no ha llegado a producir las consecuencias dañosas del delito, es decir, por su consumación; cuando ésta se ha producido, cuando la entrega, el envío, el depósito o la puesta a disposición la ha realizado el sujeto pasivo a raíz de la intimidación, dicha idoneidad no puede ser puesta en duda; trátase de un tema propio de la tentativa, al que nos remitimos.

Pero lo que sí se puede adelantar aquí es que la intimidación no tiene por qué alcanzar una gravedad extraordinaria: basta con que ella esté configurada por el anuncio de un mal suficiente para colocar al sujeto pasivo ante la opción de salvar el bien amenazado aceptando la exigencia del agente.

La enunciación de la intimidación plantea la exclusión de la violencia como medio comisivo. Recuérdese, sin embargo, que puede darse una violencia compulsiva que actúe por la vía psíquica, como vimos en el delito de amenazas, en cuyo caso adopta ella carácter de intimidación. Pero no cualquier violencia compulsiva es medio apto para constituir el tipo de extorsión: en ésta queda excluida no sólo toda forma de violencia absoluta o ablativa, sino también aquellas formas de *vis compulsiva* que se ejerzan de manera *inmediata e ininterrumpida* con respecto a la decisión lesiva del patrimonio del sujeto pasivo, "aun cuando actúe por vía psíquica" (Soler); éstos son procedimientos exclusivos del robo; en la extorsión quedan enmarcadas la intimidación pura (sin aplicación de violencia física) y la violencia intimidatoria que se lleva a cabo como paradigma de un nuevo ejercicio de ella, transcurrido un intervalo, si el sujeto pasivo no accede durante él a cumplir las exigencias del agente.

El tipo requiere, además, que se trate de una exigencia *injusta*, pero aquí la injusticia de la exigencia se determina por la ilicitud del perjuicio patrimonial que se irroga a la víctima. Será injusta la exigencia y, por tanto, tendrá carácter de extorsiva, en todos los casos en que el agente persiga con ella, para sí o para otro, un beneficio ilegítimo, al cual él o el tercero no tienen derecho; caracterizándose esa injusticia de *sustancial*, la justicia o injusticia del medio constituido por el contenido mismo de la amenaza carece de importancia con respecto a la tipicidad: quien teniendo derecho a la prestación que exige al sujeto pasivo, formula su petición a él por procedimientos intimidatorios, no comete extorsión (aunque puede cometer el

delito de coacciones), por más que el contenido de la amenaza formulada sea un daño injusto, y, al revés, cuando el daño amenazado sea en sí mismo justo (p.ej., formular una denuncia), pero la prestación indebida sea injusta, estaremos ante el tipo de extorsión.

§ 1054. *LA INTIMIDACIÓN ENGAÑOSA.* – La que hemos llamado intimidación engañosa aparece en el tipo, en la enunciación de dos procedimientos extorsivos: la simulación de autoridad pública y la simulación de falsa orden de la autoridad pública. Ambos procedimientos requieren, en este delito, no sólo el engaño sobre la calidad del que exige o de la procedencia de la exigencia misma, sino su utilización como procedimientos intimidatorios, es decir, que fuerzan al sujeto pasivo a realizar la prestación por temor a sufrir un daño futuro de parte de la autoridad. Requisito imprescindible es, también aquí, por tanto, la injusticia de la exigencia y que esa injusticia sea conocida por la víctima: quien decide entregar lo que realmente debe o lo que cree deber a la Administración, al que invoca falsamente ser su agente, es estafado, pero no extorsionado, ya que ahí el engaño no se suma a la intimidación, que es imprescindible para la extorsión.

Simula ser autoridad pública, quien, sin serlo, invoca ese carácter para formular la exigencia. Cuando la ley habla de *autoridad*, se refiere a quien tiene competencia para formular la exigencia; por lo cual puede ser autor de este modo extorsivo el empleado o el funcionario público que no tiene esa competencia y que, por tanto, no es “autoridad” en el sentido de la ley (contra: Fontán Balestra). *Invoca falsa orden de autoridad pública* quien, sin presentarse como autoridad pública, invoca una falsa orden de esa autoridad para fundamentar su exigencia.

§ 1055. *DISTINCIÓN CON EL ROBO CON INTIMIDACIÓN.* – Durante la vigencia de la fórmula original del Código Penal, que no consideraba expresamente la intimidación como uno de los medios del robo, la distinción entre esta figura y la extorsión se establecía precisamente en razón de los medios: cuando el perjuicio patrimonial de la víctima se producía por medio de una violencia física (del carácter que fuese), se daba la figura del robo; cuando se producía por medio de la pura intimidación, la extorsión, afirmándose que la ley había “prescindido de considerar como característica de la extorsión

la existencia de un intervalo entre la amenaza y la prestación, o entre la amenaza y el mal" (Núñez).

La circunstancia de que la fórmula en la ley 21.338 del robo incluyera también la intimidación como medio comisivo, exigió volver a la distinción clásica entre ambas figuras, fundada en el intervalo que separa esos momentos; en la figura de la extorsión siempre se da la amenaza de un daño futuro para lograr una prestación actual o futura, o sea hay una desarticulación entre dos momentos. El de la prestación no se produce en el mismo contexto de acción en que se puede producir el daño con el que se amenaza; en el robo, por el contrario, la intimidación y la eventual producción del daño, es un procedimiento que se desarrolla ininterrumpidamente con referencia a la prestación de la víctima: ésta se produce o se debe producir mientras se ejerce la actividad intimidatoria del agente que se refiere a un daño que se producirá en el mismo contexto de acción (amenazar de muerte para que la víctima se deje quitar el dinero); por eso, en el robo la intimidación es un medio de realizar el apoderamiento, en la extorsión un medio para obligar a la entrega.

Pero el regreso al texto original del art. 164 ha vuelto a plantear la cuestión en los términos anteriores, conforme lo vimos al examinar ese artículo.

§ 1056. *SUJETO PASIVO.* – Sujeto pasivo puede ser cualquier persona. Asume esa calidad quien es objeto de la exigencia que produce o puede producir el perjuicio patrimonial. Como se trata de un agravio a la tenencia, para ser sujeto pasivo no es indispensable que se trate del propietario de la cosa. El daño con que se amenaza, como dijimos, puede hacerse recaer sobre el propio sujeto pasivo o sobre un tercero, con relación al cual el sujeto pasivo tenga cualquier interés en preservar el bien que se le va a afectar como propio (p.ej., padre a quien se amenaza con la muerte del hijo).

§ 1057. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – Aunque se ha discutido sobre el momento consumativo, nuestra doctrina se pronuncia unánimemente por la tesis que podemos llamar del desapoderamiento: el delito se consume cuando el sujeto pasivo *se ha desapoderado de la cosa*, sin que sea indispensable que el agente o el tercero hayan llegado a apoderarse de ella y, mucho menos, que se realice el beneficio ilícito (Feuerbach). Claro está que ese momento dependerá

de la especie de acción de desapoderamiento que haya de realizar la víctima, cuando ésta sea la de enviar, depositar o poner a disposición el principio antes enunciado no puede ponerse en duda: la consumación se da cuando se haya enviado la cosa, aunque no haya llegado a destino, o depositado o puesto a disposición, aunque no haya sido ocupada por el agente o por el tercero; pero eso no pasa con la entrega, en la que el delito se consuma cuando el objeto es dado al autor o al tercero, en cuyo caso el momento del desapoderamiento se confunde con el del apoderamiento.

La tentativa se determina por la formulación intimidatoria de la exigencia a través del comienzo de la formulación de la amenaza o de la falsa invocación de autoridad u orden de ella. Aquí sí es necesario examinar con detenimiento la *idoneidad* del procedimiento intimidatorio empleado, pues si el fracaso de la intimidación se origina en su inidoneidad, estaremos ante una tentativa de delito imposible (art. 44, Cód. Penal), en tanto que si el fracaso depende de otras causas ajenas a la voluntad del agente, siendo el medio idóneo para intimidar, estaremos ante la figura principal de tentativa (art. 42, Cód. Penal). Se ha sostenido que esa idoneidad depende de la posibilidad intimidatoria del procedimiento utilizado, según el *criterio del hombre medio*, lo cual no deja de ser exacto, siempre y cuando no se tome ese criterio como medida absolutamente objetiva: la idoneidad depende de las circunstancias concretas de cada caso, tanto de las subjetivas que atañen a la particular víctima, como de las objetivas que rodean el hecho y que, como tales, pueden influir sobre esa subjetividad; pero, como lo vimos en el delito de amenazas, el hecho de que la víctima no se haya intimidado efectivamente nada dice contra la idoneidad del medio intimidatorio utilizado, si es que pudo haber producido ese estado en un individuo corriente: la gravedad de las amenazas en correlación con los bienes jurídicos que pueden ser atacados por el delito, asumirá aquí importancia, según dijimos precedentemente.

§ 1058. *CULPABILIDAD*. – El dolo reclama, en el aspecto cognoscitivo, el conocimiento del carácter ilegítimo de la exigencia que se formula. El error sobre esta circunstancia puede llegar a excluir la culpabilidad de este delito, aunque no es suficiente la mera duda: la exclusión la produce la certeza en la errónea creencia de la legitimidad. Volitivamente la extorsión requiere el dolo directo de utili-

zar la intimidación para obligar a la víctima a desapoderarse del objeto por alguno de los modos expuestos en la norma; no basta con la aceptación de esos resultados cuando la intimidación está destinada a lograr otras finalidades.

II. EXTORSIÓN DE DOCUMENTOS

§ 1059. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 168, párr. 2º, del Cód. Penal dispone la misma pena de cinco a diez años de reclusión o prisión para quien “por los mismos medios o con violencia, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito”.

§ 1060. *ACCIÓN TÍPICA.* – También en este tipo la acción del agente es la de *obligar*, según el concepto dado en el apartado anterior, lo cual, como allí dijimos, supone la voluntad contraria de la persona sobre la que se ejerce dicha acción.

Pero aquí la exigencia va dirigida a que la víctima suscriba o destruya un documento. *Lo suscribe* el que lo firma, indicando con ello que el documento es expresión de su voluntad; *lo destruye* el que anulando la materialidad del documento (destruyéndolo, borrándolo, etc.), lo torna inútil para hacerlo valer según sus finalidades.

En consecuencia, en el primer caso, la ofensa patrimonial se determina en el hecho de que el documento crea una carga para el patrimonio de la víctima o de un tercero; mientras que en el segundo, en la eliminación de la prueba de la carga patrimonial que pesa sobre el patrimonio de otro en beneficio del patrimonio de la víctima o de un tercero.

Cuando la acción del agente no persiga el logro de cualquiera de estas dos conductas del sujeto pasivo, aunque la exigencia extorsiva se refiera a un documento (p.ej., entrega o puesta a disposición de un documento ya existente en su plenitud), estaremos en el caso del art. 168, párr. 1º, pero la circunstancia de que dentro de la exigencia se comprendan conductas del sujeto pasivo que están enunciadas en el art. 168, párr. 2º, como en el párr. 1º, no produce ese efecto: quien exige de la víctima intimidatoriamente que suscriba un documento y luego se lo envíe, comete el delito que ahora estamos viendo, que desplaza la extorsión común del art. 168, párr. 1º.

§ 1061. *OBJETO DEL DELITO.* – El tipo requiere que el documento sea *de obligación o de crédito*, es decir, que acredite una deuda que pesa sobre alguien o un crédito que favorece a alguien. Por eso, la suscripción de documentos que produzcan efectos patrimoniales sin ser de obligación o de crédito, en el sentido antes expuesto, deberá castigarse, en su caso, por medio del tipo previsto en el art. 168, párr. 1º, y la destrucción de documentos con efectos patrimoniales, aunque vulnere la propiedad, si no queda comprendida en alguno de los otros tipos de este capítulo, únicamente podrá perseguirse como delito de coacción, lo cual ocurrirá también cuando la exigencia se refiera a la suscripción o destrucción de documentos que no tengan efectos patrimoniales (p.ej., reconocer la comisión de un acto deshonesto), pese a las dudas que, como vimos, plantea actualmente nuestra doctrina.

Tratándose de documentos de obligación o de crédito, no interesa el carácter público o privado de ellos: cualquiera queda comprendido en el tipo, aunque el carácter puede repercutir sobre cuestiones de concurso de delitos, como veremos.

§ 1062. *DOCUMENTO EN BLANCO.* – Una cuestión que ha preocupado a la doctrina es la concerniente a la firma de un documento en blanco. Si se trata de un documento parcialmente en blanco, probatorio de una obligación o de un crédito, en el que la ausencia de datos se refiere sólo a la determinación de cantidades u objetos o de fecha, no por eso el documento deja de tener la característica requerida por el art. 168, párr. 2º: tanto la suscripción como la destrucción de él quedarán insertadas en el tipo. Pero la solución no es tan simple cuando la ausencia de datos no permite afirmar el carácter de documento mientras que no se lo complete; para algunos, estando destinada la firma lograda en blanco a servir para la confección de un documento de obligación o crédito, se estará en una tentativa del delito previsto por el art. 168, párr. 2º; para otros se tratará de la extorsión del art. 168, párr. 1º, que se consuma con la entrega o puesta a disposición obligada del papel firmado en blanco (Núñez, Fontán Balestra), lo cual parece más correcto si se piensa que en la opinión enunciada en primer término, la consumación del delito se hace depender de la acción de llenar el documento por parte del agente o de un tercero. Cuando se trata de la destrucción de un papel firmado en blanco, que no sea revelador, por sí mismo, o

por otras circunstancias indudables, de una obligación o de un crédito, no tratándose de ninguna de las exigencias tipificadas en el art. 168, párr. 1º, no parece que se dé otra cosa que no sea el delito de coacción.

§ 1063. *VALIDEZ DE LOS DOCUMENTOS.* – Como la extorsión es un ataque a la propiedad, para que se dé el delito es indispensable que el documento que se hace suscribir (sin perjuicio del vicio creado por la intimidación o violencia del agente –arts. 937 y 1045, Cód. Civil–) o el que se hace destruir, sean idóneos para producir efectos jurídicos patrimoniales. En otras palabras, no deben regir, a su respecto, vicios distintos de los creados por la intimidación o la violencia que los tornen nulos. Únicamente responden a la tipicidad los documentos que, de no mediar aquellos vicios, serían válidos o, en todo caso, cuando más, anulables, pero no los absolutamente nulos ni los que, aun siendo formalmente válidos, no puedan producir efectos “respecto del patrimonio que debieron ofender” (Núñez, que ejemplificaba con el caso de falta de representación), como sería el caso en que el documento se refiriera a un patrimonio inexistente: el error del agente sobre semejante circunstancia nos enfrenta con supuestos de delitos putativos.

§ 1064. *LOS MEDIOS COMISIVOS. LA VIOLENCIA.* – Otra característica fundamental en este modo de extorsión atañe a los medios comisivos, porque a los previstos por el art. 168, párr. 1º (intimidación propia o engañosa), se suma la *violencia*. No se puede dudar de que aquí la violencia que operará será la compulsiva; la *vis absoluta*, en la que la víctima no actúa, sino que es *actuada* por el agente, no puede conformar el tipo de extorsión, donde el núcleo está centrado en la exigencia de que aquélla realice un determinado acto (así, no será extorsión, p.ej., ejercer fuerza sobre las manos del paciente para que destruya el documento). Mas, tratándose de una violencia compulsiva, o sea, que opera por vía psíquica, es indiferente que ella sea *expresa*, en el sentido de que se despliegue efectivamente sobre el cuerpo de la víctima, o *tácita*, cuando no haya alcanzado efectivamente el cuerpo de la víctima (lo cual alguna vez se discutió en nuestra doctrina); ambas, en puridad, funcionan como intimidación: tanto cabe en el tipo la conducta de quien propinándole golpes logra que la víctima firme el documento al procurar ésta

de ese modo que cese el castigo, como la de quien dispara su arma a un costado de la víctima para obligarla a firmar, como la de quien amenaza con cualquier otro daño futuro, aunque sea inminente (colocándole el arma en la sien).

§ 1065. *DISTINCIÓN CON EL ROBO.* – El hecho de que la violencia compulsiva se ejerza sin intermitencia con respecto al logro de los objetivos del autor, no confunde esta extorsión con el robo, ya que las acciones son completamente distintas: en éste es el apoderamiento de la cosa mueble, en aquélla la destrucción o la firma del documento; el apoderamiento posterior del documento después de su suscripción es, en todo caso, el agotamiento de la acción típica de la extorsión. En ésta, el agente actúa teniendo en sus miras el valor representativo del documento, con la finalidad que el mismo no funcione, o para hacerlo funcionar en el futuro, logrando por ese medio perpetrar el ataque al patrimonio; pero, aunque se ha insistido en ello, no es una diferencia fundamental con el robo: aunque el agente haya tenido en cuenta el carácter representativo del documento, si por violencia sobre su tenedor se apoderó de él para destruirlo, se tratará de un robo; sólo si obligó al tenedor a destruirlo será extorsión. La diferencia básica es, pues, la que expresamos en primer lugar.

§ 1066. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El ataque a la propiedad se determina aquí en el peligro que la existencia del documento suscripto importa para el patrimonio a que se refiere su eventual ejecutividad, o por el hecho de eliminar la prueba del crédito que al no poderse acreditar importa una disminución del patrimonio afectado; por eso, el momento consumativo no es exactamente igual en ambos casos. Si se trata de la destrucción de un documento, el delito se consuma cuando la destrucción se ha producido; la tentativa se da, por tanto, en el ejercicio de la intimidación o la violencia con la finalidad típica, sin haber logrado que el tenedor lo destruya. Si se trata de la acción de suscribir un documento, la consumación no se da con el logro de la suscripción, sino cuando el documento ha salido del poder del firmante, ya que sólo entonces surge el peligro de vulneración del bien jurídico protegido (aunque el agente o el tercero a quien estaba destinado no hayan llegado a apoderarse de él); la tentativa se prolonga hasta ese momento: quien por inti-

midación o violencia logró la firma del documento, pero sin conseguir desapoderar de él a quien lo firmó, no ha consumado el delito, sólo lo ha tentado.

§ 1067. *CONFLUENCIA DE FIGURAS.* – El delito puede confluir con figuras de falsedad documental. No ocurre así con la del art. 292 del Cód. Penal, porque, en todo caso, el documento firmado extorsivamente no es *falso* en el sentido de dicho tipo, pero sí con las figuras de los arts. 293 y 294 del Cód. Penal; en cuanto a la primera, porque la suscripción se puede exigir en un documento público que contenga declaraciones falsas; con respecto a la segunda, porque no cabe duda de que la destrucción del documento público o privado también puede quedar comprendida en el art. 168, párr. 2º. Según la doctrina común, en ambos casos se daría un concurso ideal; sin embargo, es preciso pensar que cuando la posibilidad de perjuicio no es otra que el daño a la propiedad que constituye aquel patrimonio que se trata de atacar con la destrucción del documento, sin poderse extender más allá, el delito del art. 294 del Cód. Penal quedaría absorbido por el del art. 168, párr. 2º.

§ 1068. *SUJETO PASIVO.* – Sujeto pasivo de la extorsión es el paciente de la exigencia del agente; si el patrimonio afectado no es el propio, su titular será, en todo caso, damnificado, pero no adquirirá carácter de sujeto pasivo.

§ 1069. *CULPABILIDAD.* – Lo dicho en la figura anterior a propósito de la culpabilidad, es válido aquí en cuanto a los requisitos cognoscitivos del dolo y a la posibilidad de su exclusión. También en este delito es inadmisibles el dolo eventual.

III. CHANTAJE

§ 1070. *EL TEXTO LEGAL. DENOMINACIÓN DEL DELITO.* – El art. 169 del Cód. Penal reprime con prisión o reclusión de tres a ocho años a quien, “por amenaza de imputaciones contra el honor o de violación de secretos, cometiere alguno de los hechos expresados en el artículo precedente”.

Aunque la voz extranjera que se utiliza en el epígrafe no se adecua –por exceso– al contenido del tipo, es suficientemente explicativa para que se admita su uso.

§ 1071. *ACCIÓN TÍPICA.* – La remisión que se hace a los tipos anteriores indica que en esta figura la acción es la de obligar a otro a entregar, enviar, depositar o poner a disposición propia o de terceros, cosas, dinero, documentos que produzcan efectos jurídicos o a suscribir o destruir documentos de obligación o crédito. Lo que distingue esta figura de las anteriores es el medio comisivo, puesto que en ella es la intimidación constituida por amenazas con un especial contenido: el daño anunciado es el derivado de *imputaciones contra el honor* o de la *violación de secretos*.

§ 1072. *IMPUTACIONES CONTRA EL HONOR.* – Las imputaciones contra el honor a que se refiere la ley pueden ser de cualquier especie, responder a una circunstancia o hecho tanto verdaderos como falsos; de concretarse podrían constituir calumnias o injurias difamatorias. No es indispensable que al anunciarla a la víctima la imputación contra el honor sea formulada circunstanciadamente, siempre que el sujeto pasivo pueda determinar que se tratará de un ataque contra dicho bien jurídico (p.ej., amenazarlo con “hacerlo quedar mal”). Dándose ese carácter, no requiere la ley otras características específicas, ni que la amenaza contenga la promesa de la publicidad de la imputación que se vaya a formular, ni una particular configuración del futuro ataque contra el honor, aunque estos elementos pueden dar las pautas para determinar la idoneidad intimidatoria de la amenaza, cuando sea necesario.

§ 1073. *VIOLACIÓN DE SECRETOS.* – La violación de secretos se refiere a cualquier hecho que el sujeto pasivo quiera o pueda querer mantener en una determinada esfera de reserva. Pero, a diferencia de lo que ocurriría con la imputación contra el honor, tiene que tratarse de un hecho o circunstancia que se haya dado en la realidad; aunque la doctrina parece entender lo contrario, no se puede *viol*ar un secreto cuando él no existe por no responder a una realidad; sin perjuicio, por supuesto, de que siendo falso, la extorsión pueda darse como amenaza de imputaciones contra el honor. No es indispensable que la violación del secreto con que se amenaza se adecue

a las previsiones del art. 156 del Cód. Penal, por lo cual es indiferente el carácter del secreto y la forma en que él llegó a conocimiento del agente: aquí el concepto de violación de secreto significa la acción de quitar el carácter secreto del hecho o circunstancia que el sujeto pasivo quiere mantener en reserva, sea o no delictuosa esa eventual violación. Tampoco es necesario para la tipicidad que el agente determine en su amenaza la forma o modo en que va a violar el secreto (divulgándolo o sólo comunicándolo a otro), aunque, como ocurriría con la amenaza de imputaciones contra el honor, pueden ser elementos útiles para determinar la idoneidad intimidatoria de aquélla. De lo dicho se infiere que tampoco interesa el carácter del secreto en tanto se trate de algo que se quiere mantener en reserva, aunque carezca de gravedad objetiva, ni que su divulgación o revelación puedan causar perjuicios.

§ 1074. *PERTENENCIA DEL HONOR AMENAZADO.* – El honor que se amenaza o el secreto que se va a violar pueden pertenecer a un tercero distinto del sujeto que recibe la amenaza, en los mismos casos en que el anuncio de daños a terceros puede constituir el contenido de la amenaza extorsiva para el sujeto pasivo, según vimos en las figuras anteriores.

§ 1075. *CULPABILIDAD.* – Lógicamente que el dolo requiere el conocimiento del significado agravante para el honor de la imputación o del carácter secreto del hecho o circunstancia que se va a revelar o divulgar, que se anuncian en la amenaza extorsiva. El error sobre esos caracteres puede excluir el dolo; el error sobre su existencia (creer que existen cuando no es así), puede trasladarnos a la tentativa de un delito imposible (inidoneidad intimidatoria del medio). También aquí es necesario el dolo directo.

IV. SECUESTRO EXTORSIVO

§ 1076. *EL TEXTO LEGAL. VARIACIONES. FUNDAMENTACIÓN.* – El art. 170 del Cód. Penal pune con reclusión o prisión de cinco a quince años, “al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona para sacar rescate”, y dispone en la parte 2ª que, “si el autor lograre su propósito”, el mínimo de la pena se elevará a ocho años.

El texto original del Código Penal punía al que “detuviere en rehenes a una persona para sacar rescate”. La ley 17.567 reformó la figura, castigando “al que secuestrare a una persona para sacar rescate”, contemplando su agravación cuando “el autor logra su propósito”. La fórmula actualmente vigente (procedente de la ley 20.642) ha preferido, como se ve, reemplazar la descripción genérica de la conducta (“detener en rehenes”, “secuestrar”) por una enunciación circunstanciada de acciones en la figura básica.

Dijimos que en toda extorsión hay un ataque a la libertad como medio para vulnerar a la propiedad, pero en este delito hay un doble ataque a la libertad: el que se dirige contra la libertad de determinación, que es común a todo tipo de extorsión, y el que menoscaba la libertad ambulatoria de la misma víctima de la extorsión o de un tercero.

A) FIGURA BÁSICA

§ 1077. *LAS ACCIONES TÍPICAS.* – Como delito contra la propiedad, trátase de una figura de peligro que se conforma con la mera finalidad del agente de causar un perjuicio de orden patrimonial; la acción es, objetivamente, la de *sustraer*, *retener* u *ocultar a una persona*. Prácticamente, son tres acciones, pero todas ellas equivalen a la de *secuestrar*, que era el vocablo empleado por la ley 17.567, o a la de *detener en rehenes*, que era la locución utilizada por el texto original, ya que esta última tenía un sentido típico más amplio que el de la significación común, refiriéndose a toda privación de libertad de una persona perpetrada con la finalidad típica.

La acción de *sustraer* importa la de apartar a la persona de la esfera donde desenvuelve su vida en libertad –aunque ésta no sea completa– o bajo la guarda ejercida por terceros (p.ej., cuando se sustrae a un detenido); la de *retener* es hacer permanecer a la persona fuera de aquella esfera durante un lapso que puede ser más o menos prolongado; la de *ocultar* vale tanto como *esconderla* y alcanza tipicidad en cuanto procura impedir que la persona sea reintegrada a aquella esfera, dificultando la acción de quienes puedan hacerlo. Véase, por tanto, que la sustracción implica un desplazamiento de la persona, el que no es indispensable en la retención, acción en la que el acto de impedir la libertad ambulatoria del sujeto ya implica mantenerlo fuera de su esfera de libertad; en tanto que

la acción de ocultar tiene que referirse a una persona ya sustraída o retenida –no constituye una acción con punibilidad autónoma–, que alcanza importancia dogmática cuando quien la realiza es un agente que no ha intervenido en el secuestro o en la retención, porque la realización sucesiva de esas acciones por parte del mismo autor no multiplica la delictuosidad. Pero todas las acciones enunciadas importan, de uno u otro modo, la detención de la víctima, su encierro o abducción. En todos los casos hay una privación ilegítima de libertad: la exigencia de un precio para hacer cesar una detención legítima no es una extorsión, sino un delito contra la Administración, que en unos casos será exacción y en otros cohecho (cuando no se trate de una exigencia sino de un pacto venal).

§ 1078. *EL ELEMENTO SUBJETIVO.* – Lo que caracteriza el delito, como delito contra la propiedad, es la finalidad que guía al autor de *sacar rescate*. *Rescate* es el precio por la liberación de la persona a quien se ha privado de la libertad: puede consistir en dinero o en cualquier otra prestación de contenido económico. Cuando la exigencia de carácter económico no tiene como objetivo la cesación del estado de privación, sino que se apoya en cualquier otra motivación (hacer menos gravosa la detención, trasladar al privado de libertad a un determinado lugar, etc.), no estaremos en el tipo de secuestro extorsivo. Tampoco basta para que se dé el tipo que el agente haya actuado con *ánimo de lucro* (que en algunos textos anteriores del Código Penal figuró entre los delitos contra la libertad, como agravante de la privación ilegítima del art. 141), si es que dicho ánimo no se traduce en la pretensión de obtener rescate: quien instigado por otro priva de libertad a un tercero por el precio que aquél le paga para que cometa el delito, no sale del título de los delitos contra la libertad. El agente, además, tiene que actuar para obtener el rescate (la mera representación subjetiva de que puede obtenerlo no es suficiente; no llena, tampoco, las exigencias de la culpabilidad típica). Sin embargo, la circunstancia de que todo caso de privación de libertad es acción de carácter permanente hace posible que la naturaleza de la acción típica pueda variar a lo largo de la permanencia; así, lo que pudo ser en sus comienzos una simple privación de libertad, puede convertirse en un secuestro extorsivo cuando el agente decide *sacar rescate*, o lo que inicialmente fue un secuestro extorsivo puede transformarse en una simple privación de

libertad si el agente desecha esa finalidad, adscribiendo otra distinta a su acción. Es indiferente a quién vaya a beneficiar el precio que constituye el rescate: puede ser al mismo autor o a un tercero.

§ 1079. *CONFLUENCIA DE FIGURAS.* – La especificidad de la figura hace que absorba todas las que están compuestas por una privación de libertad, en particular la del art. 142 *bis* (privar de libertad para compeler), sin consideración a que la víctima de la privación pueda no ser la misma que la de la extorsión, como veremos. Pero, cuando por cualquier circunstancia deje de ser aplicable el tipo del art. 170, adquiere autonomía el delito de privación ilegítima de libertad, en cualquiera de las figuras básicas o agravadas de que se trate.

§ 1080. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – Está de acuerdo la doctrina en que el delito se consuma con la privación ilegítima de libertad realizada con la finalidad típica. En realidad hubiera sido más propio que la consumación se determinase, cuando menos, con la comunicación de la exigencia, pero la estructura del tipo no permite dudar sobre lo correcto de la solución anterior; en la sustracción o en la retención, la consumación se da cuando la persona ha sido sacada de su esfera de libertad o se le ha impedido volver a dicha esfera, y en la ocultación cuando se ha realizado cualquier acto tendiente a impedir que terceros pongan fin al estado de privación de libertad en que se encuentra la persona. Cuando el rescate se *ha obtenido*, la figura básica desaparece para dar paso a la agravada de la parte 2ª del artículo.

La tentativa es admisible y se configura en los actos ejecutivos para privar de la libertad con la finalidad típica cuando esa privación no alcanzó a perfeccionarse o cuando se inician los actos de ocultación sin conseguir su efecto (p.ej., que al recibir la persona para ocultarla, intervenga la policía poniendo fin a los efectos del delito).

§ 1081. *SUJETO PASIVO.* – Sujeto pasivo de esta particular extorsión es aquel a quien se le formula la exigencia de rescate. Es indiferente que el privado de libertad sea ese mismo sujeto o un tercero. En este último caso, aunque la acción objetiva típica recae sobre el tercero, éste no adquiere carácter de sujeto pasivo, aunque se trata de un damnificado por el delito. También tiene este carácter el titular del patrimonio afectado cuando es una persona distinta

de aquella a quien se le formula la exigencia, salvo que ella la haya recibido como un simple vehículo para que la exigencia llegue a la otra persona (p.ej., comunicar la exigencia al gerente del banco al que se quiere hacer pagar el rescate).

§ 1082. *CULPABILIDAD.* – Dado el elemento subjetivo del tipo, la culpabilidad sólo se conforma con el dolo directo. Cuando la acción es la de ocultar, el agente tiene que conocer que oculta a quien ha sido sustraído o retenido para exigir rescate; pero es menester advertir que, en ciertos casos, puede ser el mismo ocultador quien convierta una simple privación de libertad en el secuestro extorsivo del art. 170 del Cód. Penal, cuando, encontrándose en la tarea de ocultar a quien un tercero privó de libertad con distinta finalidad, injerta en su acción la finalidad típica de obtener rescate; por supuesto que, en esos casos, el tercero responderá por el título de imputación que tuvo en su intención al cometer el hecho, no por el de secuestro extorsivo, que sólo le corresponderá al ocultador (arg. art. 47, Cód. Penal).

B) FIGURA AGRAVADA

§ 1083. *EL RESULTADO TÍPICO.* – El secuestro extorsivo se agrava cuando el autor *lograre su propósito*, es decir, cuando ha conseguido sacar el rescate que pretendía al privar de la libertad.

El logro del propósito implica que el agente o el tercero a quien podía beneficiar el rescate obtuvo lo que constituye el *precio de la libertad* del secuestrado. No alcanza a llenar el tipo la sola circunstancia de que la víctima de la extorsión se haya desprendido de los bienes que componen ese precio si ellos no han ingresado en la esfera de disposición del agente o del tercero; en este último caso no se pasa de la figura básica; la agravada se consuma con la ocupación de los bienes por aquéllos.

V. SUSTRACCIÓN DE CADÁVERES

§ 1084. *EL TEXTO LEGAL. FUNDAMENTOS.* – El art. 171 del Cód. Penal castiga con prisión de dos a seis años, al que “sustrajere

un cadáver para hacerse pagar su devolución". Trátase de una extorsión en la que la exigencia pesa sobre el sujeto pasivo por el valor afectivo que el objeto sustraído puede tener para él o para terceros.

§ 1085. *ACCIÓN TÍPICA.* – Es la de *sustraer*, lo que supone quitar el cadáver del lugar en que se encuentra. En este tipo no aparecen las acciones de retener y ocultar; cuando éstas sean llevadas a cabo por el mismo autor de la sustracción, no serán otra cosa que los efectos permanentes de la consumación delictiva; cuando las realice un tercero, que no haya intervenido en la sustracción, podrá él ser cómplice del delito.

Por tanto, no es indispensable que el agente conserve el cadáver de modo que pueda devolverlo (Fontán Balestra); igualmente incurre en el delito quien sustrajo el cadáver con la finalidad típica y se deshizo de él por cualquier motivo (p.ej., por las dificultades para guardarlo).

§ 1086. *OBJETO DEL DELITO.* – El objeto de la sustracción tiene que ser un *cadáver*, es decir, los restos de lo que fue una persona que vivió; se ha sostenido que no lo son los restos de un feto que no alcanzó conformación humana (Núñez), lo que puede ser una solución dudosa. Pero no se discute que son objeto del delito las cenizas de quien ha vivido, pues el ataque al bien jurídico en ese caso asume las mismas modalidades que si se tratase de un cadáver con otra consistencia. Por supuesto que no es cadáver el cuerpo de una persona viva sustraída con intención de exigir el pago para devolverlo una vez producido su fallecimiento; en tal caso, si no se admite que se trata de la figura del art. 170, será un delito contra la libertad (art. 142, inc. 6º, Cód. Penal). Aun siendo cadáver, no constituyen objeto típico los restos que se han convertido en una cosa que está en el comercio (p.ej., una momia egipcia, una pieza de estudio anatómico), que carecen de valor afectivo, núcleo de la exigencia extorsiva, sobre esos objetos pueden cometerse otros delitos contra la propiedad (hurtos, robos, defraudaciones).

§ 1087. *ELEMENTO SUBJETIVO.* – La acción debe ir acompañada de un elemento subjetivo: la sustracción hay que realizarla para *hacerse pagar la devolución del cadáver*; la realizada con otra fina-

lidad (p.ej., ultrajes, finalidades científicas) no es típica según el art. 171, aunque el autor se haya representado la posibilidad de que se le formulen ofertas de pago para que devuelva el objeto. Tampoco es típica, sin perjuicio de la existencia de otro delito, la acción de quien, habiendo sustraído el cadáver con una finalidad distinta, cumplida o no ella, requiera un precio para devolverlo, el elemento subjetivo mencionado debe estar presente en la acción misma.

El pago por la devolución puede consistir en dinero o en cualquier prestación de contenido económico –no olvidemos que se trata de un delito contra la propiedad–; exigencias de otra índole dejan la conducta fuera de la tipicidad (p.ej., concesiones de carácter político).

§ 1088. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El hecho se consuma con la sustracción del cadáver. Algunos requieren, para considerar consumado el delito, que se haya *manifestado* de alguna forma el propósito de hacerse pagar por la devolución del cadáver (Soler, Fontán Balestra), pero ello no es un requisito de la tipicidad. Ya vimos en el tipo anterior que la formulación de la exigencia no es un extremo necesario para la consumación, aunque ésta sea una solución inadecuada de la ley; lo mismo ocurre en el que ahora examinamos: aunque el propósito del autor no se haya manifestado con la formulación de la exigencia, igual se dará el delito consumado.

Cabe advertir que, en realidad, la apreciación doctrinaria que rechazamos no tiene tanto en cuenta la estructura del tipo, cuanto las dificultades de prueba que, en definitiva, son comunes a todos los casos en que la punibilidad depende de un elemento subjetivo de la conducta.

Es admisible la tentativa que se da con los actos ejecutivos de la sustracción del cadáver realizados con la finalidad típica, sin que se haya podido completar aquélla quitando el objeto del lugar donde se encontraba.

§ 1089. *CULPABILIDAD.* – La vigencia del elemento subjetivo influye en la culpabilidad a través de la exigencia del dolo directo y el rechazo de toda posibilidad de considerar la vigencia del eventual, como indicamos precedentemente.

CAPÍTULO IV

ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES

§ 1090. *CARACTERÍSTICAS DE LOS DELITOS. SENTIDO DE LA PROTECCIÓN LEGAL.* – Hemos visto que los delitos de hurto y robo atacan la tenencia de las cosas sin intervención de una acción de la víctima, mientras que en la extorsión la intervención de la actividad de la víctima, por medio de su voluntad viciada por coacción, es imprescindible para la tipicidad. Esto último también pasa en los delitos que vamos a ver a continuación, pero en ellos la acción de la víctima se origina en su voluntad viciada por un error suscitado en ella, como también puede ocurrir que ese error induzca a la víctima a omitir conductas, cuyas omisiones facilitan la actividad ilícita del sujeto activo; ésta es una regla principal, mas no absoluta, pues presentaremos supuestos específicos en que los delitos de defraudación se asemejan al hurto; pero, de cualquier modo, en todos estos delitos el desplazamiento material de los bienes o se produce por obra de la propia víctima o, cuando menos, por circunstancias que no necesitan la actividad material del agente, quien sólo se aprovecha del desplazamiento ya realizado sin su intervención.

La protección de la propiedad no se manifiesta aquí a través de la intangibilidad de la tenencia de las cosas, sino de la permanencia constitutiva de la propiedad misma (Núñez) en el estado en que se encontraba antes del hecho delictivo.

§ 1091. *DENOMINACIONES DE LOS DELITOS.* – Aunque el epígrafe del capítulo en nuestra ley puede originar equívocos, la expresión genérica que designa de modo común a estos delitos es el de *defraudaciones* (la estafa es una especie que queda comprendida dentro de esa denominación general: “estafar es una determinada manera de defraudar”). Con la expresión *defraudación* se designa toda lesión patrimonial en que el desplazamiento del bien se produce por la actividad del propio sujeto pasivo o por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, quien provoca aquélla o se aprovecha de éstas.

§ 1092. *CLASIFICACIÓN DE LAS DEFRAUDACIONES.* – Pese a que, como exactamente se ha dicho, toda pretensión clasificatoria entraña el peligro de construir “agrupaciones algo forzadas y deformantes” (Soler), sí puede señalarse un triple origen del perjuicio defraudatorio, que permite desentrañar la naturaleza de las distintas figuras que integran el capítulo. Enumeramos las siguientes defraudaciones: *a*) las que se perpetran por medio de *fraude*, en las que el agente (con dolo al comienzo, según Carmignani) provoca con su actividad (que constituye un despliegue de ardid o engaño) un error en el sujeto pasivo, lo cual motiva que éste realice la prestación perjudicadora de su propio patrimonio o del de un tercero; puede decirse, por tanto, que es el fraude del agente el que determina la prestación; *b*) las que se perpetran abusando de la confianza depositada en el agente; las figuras de *abuso de confianza* presentan la característica de que el desplazamiento del bien se ha producido por un acto anterior no vicioso, en el que el sujeto pasivo otorga al agente un poder de hecho sobre aquél, constituyendo la buena fe del agente la principal garantía de la ejecución de lo pactado y donde el perjuicio defraudatorio se produce por el incumplimiento de mala fe de ese pacto, abusando el agente del poder de hecho que se le ha concedido; aquí el dolo se inserta en el momento del abuso, no en el del desplazamiento del bien, que se ha producido por un acto jurídico preexistente; no se trata, pues, del abuso de una confianza personal, sino de la creada por aquel negocio jurídico, y *c*) aquellas en que el agente aprovecha situaciones que le facilitan o le permiten consumir el perjuicio patrimonial o crear el peligro de producirlo, ejerciendo anormalmente derecho y facultades que, de no existir tales situaciones, constituirían actividades perfectamente lícitas; en estos casos, por lo común, el bien ya ha salido del poder de un legítimo tenedor por un acto o hecho extraño a la voluntad del agente, quien no hace otra cosa que materializar su desplazamiento ocupándolo (art. 175, incs. 1º y 2º, Cód. Penal), o por un acto jurídico anterior de la víctima, que ha otorgado un poder de hecho al agente que le permite vulnerar la propiedad de aquélla (art. 175, inc. 3º), o por el acto propio del agente que se inserta en una particular situación de la víctima (art. 175, inc. 4º).

§ 1093. *LAS DEFRAUDACIONES “DAÑOSAS”.* – Junto a esta esquematización de las defraudaciones, distintas figuras incorporadas

por las reformas del Código Penal (leyes 17.567, 21.338 y 23.077) nos obligan a consignar otra pauta clasificatoria. Tradicionalmente, el resultado de la defraudación es un perjuicio patrimonial que se irroga con miras a su conversión en beneficio para el agente o para un tercero, pero ahora aparecen figuras que se conforman con ese perjuicio, sin que se haya perseguido tal beneficio; son las defraudaciones que podemos calificar de *dañosas*, en las que es suficiente que el agente actúe para dañar el patrimonio de la víctima, como ocurre en ciertos casos de administración infiel y, quizá también, en determinados supuestos de desbaratamiento de derechos.

I. ESTAFA

§ 1094. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 172 del Cód. Penal reprime con prisión de un mes a seis años, al que “defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño”.

§ 1095. *CARACTERÍSTICAS. LA ACCIÓN TÍPICA.* – La estafa es una defraudación por fraude, que no ataca simplemente a la tenencia de las cosas, sino a la completividad del patrimonio; después de un hurto, como vimos, el patrimonio puede no verse disminuido y aun puede haberse aumentado; después de la estafa no ocurre tal cosa, siempre se verá disminuido. Y esa disminución se produce por el error provocado en una persona que dispone del bien detrayéndolo del patrimonio afectado, acción que realiza, por lo tanto, desconociendo su significado perjudicial para dicho patrimonio.

La estafa puede describirse, en general, como el hecho por medio del cual una persona toma, a raíz de un error provocado por la acción del agente, una disposición patrimonial perjudicial, que dicho agente pretende convertir en beneficio propio o de un tercero. La secuencia causal en la estafa –como en toda defraudación por fraude– es la siguiente: el agente despliega una actividad engañosa que induce en error a una persona, quien, en virtud de ese error, realiza una prestación que resulta perjudicial para un patrimonio. La conducta punible es, pues, la de *defraudar por medio de ardid o engaño*.

Veamos los elementos indicados atendiendo primeramente al resultado de la acción y después a los medios empleados.

§ 1096. *EL DETRIMENTO PATRIMONIAL.* – La defraudación constituye un ataque a la propiedad que se configura en un detrimento patrimonial. Éste puede abarcar cualquiera de los elementos que integran el concepto de propiedad en el derecho penal: la tenencia o posesión valiosa, el dominio, el lucro que se espera de una actividad propia (p.ej., valor del trabajo o servicio) o de la atención de un crédito, las seguridades constituidas por un embargo o por un documento liberatorio de una deuda, etcétera. Los objetos de la estafa, son, pues, múltiples, pero todos ellos están referidos a valores que conforman la completividad del patrimonio atacado en el momento de la conducta estafatoria. Este patrimonio se ve disminuido, después de ese momento, por la *disposición patrimonial* realizada por el sujeto pasivo del engaño, es decir, por su acción u omisión, que puede ser un acto jurídico (firmar un contrato), o un simple hecho (dar algo), que puede crear derechos de terceros sobre el patrimonio o extinguir deudas de terceros en favor del patrimonio.

§ 1097. *EL PERJUICIO.* – La disposición debe ser *perjudicial* para el patrimonio de que se trate, o sea, tiene que concretarse en una disminución del patrimonio. No se da esa circunstancia cuando la disposición de la propiedad importa un valor compensatorio para el patrimonio, lo que pasa cuando, a cambio de la prestación realizada, el agente, o un tercero por él, le da a quien la realizó, una contraprestación que él acepta sin error sobre su carácter, o cuando él está jurídicamente obligado a realizar la disposición, o cuando ésta es legal o materialmente imposible, o cuando en virtud de la acción misma del agente incorpora al patrimonio un valor superior o equivalente al de la disposición. En todos estos casos, la circunstancia de que haya mediado fraude para lograr la disposición, carece de importancia típica, como más adelante veremos.

Por otro lado, tiene que tratarse de un perjuicio *efectivo y actual*: la disposición en sí debe haber producido el perjuicio; cuando únicamente ha creado ella una carga para el patrimonio de futura ejecución, que sólo entraña el peligro del perjuicio (p.ej., lograr fraudulentamente la firma de un pagaré), se estará en el terreno de la tentativa, pero no de la tipicidad completa de la acción punible.

§ 1098. *EL FRAUDE: EL ARDID Y EL ENGAÑO.* – El medio para lograr la disposición patrimonial perjudicial es el *fraude*, que está integrado por las acciones tendientes a simular hechos falsos, disimular los verdaderos, o falsear de cualquier modo la verdad, dirigidas al sujeto a quien se pretende engañar con ellas. El fraude puede estar integrado por *ardides* o por *engaños*; en el sentido de la ley, la diferencia entre ambos conceptos atiende a la forma de perpetrar la acción engañosa que constituye el fraude. El ardid indica la utilización de maniobras o artificios destinados a engañar; para el engaño basta la afirmación o la negación contraria a la verdad; y si la primera forma de fraude no ofrece mayores dificultades en torno a su idoneidad típica, sí las ofrece la segunda, como más adelante veremos.

§ 1099. *EL SUSCITAMIENTO DEL ERROR EN EL SUJETO PASIVO.* – El fraude tiene que haber causado el error del sujeto a quien se dirige la acción, lo cual no se da cuando no fue la actitud engañosa del agente la que originó el error, sino una circunstancia o conducta totalmente extraña a él y con la cual no contaba. Por otra parte, el fraude tiene que estar enderezado a crear un error patrimonialmente relevante: cuando no recae sobre el alcance patrimonial de la disposición a la que se pretende inducir al sujeto pasivo, sino sobre circunstancias accesorias, no estaremos en el terreno de la estafa (vender un automotor con un motor común, desfigurándolo para que parezca de competición puede ser una estafa, pero, en principio, no lo será vender un auto de competición asegurando que con él se podrá ganar determinada carrera).

Algunos equiparan las situaciones en que el fraude *crea* el error de la víctima, a aquellas en que *mantiene* el error ya provocado en ella por causas extrañas al agente, pero hay que distinguir el caso en que se da todo un despliegue de ardid o engaño para evitar que aquélla salga de ese error, que sí constituye la estafa del art. 172 del Cód. Penal, de lo que es un simple aprovechamiento del error preexistente de la víctima, ajeno a la conducta del agente, que únicamente podrá ser punido en hipótesis específicas, según la disposición del art. 175, inc. 2°, del Cód. Penal.

El hecho de que en la producción del error haya mediado una culpa (no haber extremado los recaudos para descubrir la verdad, que no es lo mismo que la indiferencia ante el posible engaño, que

puede dejar el hecho en la atipicidad) o hasta dolo de la víctima (el que pretendió estafar y fue estafado), no empece, en principio, a la existencia de la estafa, si fue el engaño del agente el que determinó el error, aunque lo sea insertándose en aquella culpa o en este dolo.

De lo dicho se infiere que la maniobra de fraude tiene que determinar el error de la persona; si, por ejemplo, aquélla tiende a equivocar los controles de una máquina expendedora para que acuse más de lo debido, no hay estafa, sino hurto. Pero, por supuesto, eso no ocurre cuando la alteración de la máquina es el medio al que se acude para engañar a la persona que la emplea para controlar la medida de la prestación que debe realizar (p.ej., alterar una computadora que se utiliza en la determinación de los sueldos).

§ 1100. *IDONEIDAD DEL ARDID O DEL ENGAÑO.* – Este tema ha conducido al tratamiento de lo que se ha llamado *idoneidad* del ardid o el engaño. Como ocurre con otros delitos, puede decirse que en orden al que ha sido consumado, cuando, por lo tanto, el ardid o el engaño han tenido éxito, cualquiera que sea su carácter, no se podrá dudar de su idoneidad. Por el contrario, en los casos de tentativa, el descubrimiento de la idoneidad del ardid o del engaño será fundamental para distinguir los casos de tentativa propia de los supuestos de tentativa de delito imposible y, en ellos, habrá que atender a la capacidad o aptitud de las maniobras para inducir en error en conjunción con las particulares circunstancias del hecho, dentro de las cuales quedarán incluidas, por supuesto, la calidad y demás circunstancias personales del sujeto pasivo.

§ 1101. *LA SIMPLE MENTIRA Y EL SILENCIO.* – No se refieren específicamente a la idoneidad las cuestiones que la doctrina trata con relación a ciertos medios que pueden emplearse para engañar, respecto de los cuales lo que se discute es si se los puede considerar ardidés o engaños en el sentido típico.

Niegan algunos que la *simple mentira* llegue a configurar el ardid o el engaño propio de la estafa, puesto que ella “supone una falsedad, cuya creencia queda librada a la buena fe del tercero”, en tanto que en el engaño se da algo más: “cierta entidad objetiva que permite reconocer la existencia del nexo causal entre el engaño y el error, de modo que éste no pueda ser atribuido a la credulidad únicamente” (Fontán Balestra), pero no cabe duda de que, muchas ve-

ces, entre la simple mentira y el error se puede distinguir nítidamente el nexo causal; la simple mentira puede ser engañosa en el sentido del art. 172, sea al insertarse en especiales circunstancias de hecho, sea en circunstancias propias del paciente del engaño que el agente conoce y con las que cuenta, por lo cual no parece posible establecer reglas *a priori* que la descarten como medio estafatorio; su carácter engañoso dependerá del hecho concreto en que se produzca; muy distinto es que alguien crea sin ser engañado (p.ej., el componente del público del charlatán de feria que cree en las hiperbólicas alabanzas que éste formula sobre lo que vende); en ese caso, a lo más, podemos estar en presencia de ciertas contravenciones (contra la fe pública), pero no de la estafa. Por supuesto que cuando la simple mentira va reforzada por hechos engañosos presentados por el mismo agente, de ninguna manera se puede dudar de su carácter de engaño estafatorio, pero, insistimos, no es el único caso en que lo asume (como parece entenderlo Soler).

En cuanto al *silencio*, se afirma que cuando la ley ha querido darle carácter de ardid o engaño, lo ha señalado expresamente, lo cual no es del todo exacto, pues en ocasiones lo hace implícitamente. No es erróneo sostener que puede asumir ese carácter cuando existe el deber de no guardarlo, por disposición de la ley, en virtud de una convención o de un hecho precedente atribuible al propio agente, pues sólo en esos casos se podrá afirmar que el silencio implica una omisión determinante del error de quien debió saber la verdad, y no el simple aprovechamiento del error que no originó la conducta del agente y que, como vimos, no encuadra dentro del marco de la estafa.

§ 1102. *RELACIÓN CAUSAL ENTRE EL ERROR Y LA DISPOSICIÓN PATRIMONIAL.* – Así como debe darse una relación causal entre el fraude del agente y el error de la víctima, la estafa reclama también una relación causal entre este error y la disposición patrimonial perjudicial. Es el error en que incurre la víctima a raíz de la conducta del agente, el que tiene que determinar la disposición patrimonial de aquélla; lo cual no ocurre cuando la disposición ha sido determinada por una causa extraña al error que el agente suscitó en la víctima, como sería una creencia equivocada de ella engendrada en su propia conducta o en la conducta de un tercero extraña a la del autor (p.ej., cuando el agente, simulando ser funcionario público, trata de

cobrar un derecho, pero la víctima paga porque cree que se trata de un particular a quien debe dinero, o porque un tercero que nada tiene que ver con aquél lo convence de que efectivamente es el funcionario recaudador, cuando la víctima no le había creído al agente); en esos casos, la conducta ilícita no va más allá de la tentativa. De más está decir que tal relación causal no existe cuando el engaño no va dirigido a inducir en error a la víctima para hacerla disponer del bien de que se trate, sino a facilitar el apoderamiento ilegítimo por parte del mismo autor (p.ej., quien distrae mediante un ardid al custodio de los caudales para que no ejerza la debida custodia y poder apoderarse de ellos, cometerá hurto, no estafa).

§ 1103. *ASPECTO SUBJETIVO DE LA ACCIÓN.* – Se han señalado dos elementos como integrativos del aspecto subjetivo de la acción típica. Uno se refiere al ardid y su destino y otro a la motivación de la conducta del agente. En cuanto a lo primero se dice que si la conducta se despliega en orden a producir el error de la víctima, se requiere que el agente conozca la falsedad de la idea que transmite (Rodríguez Devesa); no puede engañar quien, a su vez, ya está engañado: la falsedad requiere la incongruencia entre lo que se sabe y lo que se transmite; quien en la creencia de que no hace otra cosa que proponer un negocio a otro, aunque arriesgado, lo convence para que aporte capital, no lo engaña, por más que la pérdida sea segura, si esto lo desconocía el agente. Sin embargo, éste es un tema que se encara mejor en el estudio de la culpabilidad.

§ 1104. *EL BENEFICIO PERSEGUIDO.* – Lo segundo se refiere a la *ilegitimidad del beneficio perseguido* por el agente. Muchas leyes requieren taxativamente la obtención de un beneficio para el agente o para un tercero como elemento típico indispensable para la consumación de la estafa, lo cual no pasa con la nuestra: habiéndose producido la disposición patrimonial perjudicial, es indiferente que haya llegado o no a convertirse en beneficio para el autor o para un tercero. Pero está de acuerdo la doctrina en que el proponerse un beneficio ilegítimo como resultado de la acción estafadora es un requisito subjetivo de ella, ya que se trata de una exigencia propia de la noción de defraudación. Tiene que ser un beneficio ilegítimo: cuando la prestación de la víctima es debida por ella al agente o al tercero, no habrá estafa; quien utiliza un ardid para lograr que al-

guien le pague lo que le debe realmente o le devuelva lo que tiene que devolverle, no lo habrá estafado, ya que el patrimonio del sujeto pasivo del engaño no se verá *perjudicado* por quitarse de él lo que debía quitarse; no se tratará, por tanto, de una prestación no compensatoria que, como dijimos, es elemento imprescindible de la figura.

§ 1105. *ARDIDES ESPECÍFICOS.* – Aunque la descripción legal no permite dudar sobre el carácter de la estafa como defraudación cometida por ardid o engaño, cualquiera que fuere la naturaleza de éstos, agrega referencias a determinados modos de cometer el ardid que sólo tienen trascendencia ejemplificativa, de ningún modo limitativa.

§ 1106. *NOMBRE SUPUESTO.* – Emplea nombre supuesto el que se presenta ante la víctima del engaño con un nombre que no tiene o con un nombre que habitualmente no usa. Puede ser un seudónimo, un nombre correspondiente a otra persona o a una persona inexistente; hasta puede tratarse del propio nombre del agente haciéndolo corresponder a la persona de un homónimo. Lo fundamental es que el empleo del nombre falso lo realice el agente para aparentar ser una persona distinta de la que es y que ese error sea el que determine la prestación no compensatoria (la víctima entrega el bien porque cree que lo hace a otra persona). Si el nombre falso se utiliza con otra finalidad (p.ej., para ocultar la identidad simplemente, o para poder tener acceso al lugar donde se halla el sujeto pasivo, a fin de entrevistarle), no se dará la estafa del art. 172 (sin perjuicio de que se cometan otros delitos).

§ 1107. *CALIDAD SIMULADA.* – Por calidad se entiende aquí el estado, la situación personal, la condición que tiene un individuo en las relaciones de familia, o sus condiciones jurídicas o sociales en general (estado de esposo o pariente, cargos, dignidades, funciones, nacionalidad, etcétera). Trátase de una atribución *actualmente falsa*, que puede obedecer a una simulación total (invocar un cargo que no se tiene) o a la invocación de una calidad que se ha tenido, pero que ya no se tiene, o que se va a tener pero que todavía no se posee. Como en el caso anterior, la simulación debe inducir a la víctima a un error que lo impulse a hacer la disposición patrimonial; no queda comprendida la que sólo se emplea para facilitar el contacto personal o la permanencia en determinado lugar (p.ej., en un sala de

remate de acceso restringido), es decir, cuando la invocación de la calidad no haya sido determinante de la prestación no compensatoria.

§ 1108. *FALSOS TÍTULOS.* – El empleo de falsos títulos es, en resumidas cuentas, la simulación de una calidad representada por un título otorgado o reconocido por el Estado (p.ej., títulos profesionales), instituciones universitarias (grados meramente académicos), culturales (distinciones honoríficas) o reconocidos por la costumbre (títulos de nobleza), etc., nacionales o extranjeros, correspondientes a la realidad o totalmente inexistentes (p.ej., invocar el doctorado de una universidad que no existe), cuya utilización determina la prestación no compensatoria. Cuando la realización del ardid constituido por el empleo del falso título implique, a la vez, el uso público que reprime el art. 247 del Cód. Penal, puede darse un concurso ideal entre ambas figuras.

§ 1109. *INFLUENCIA MENTIDA.* – La influencia significa aquí todo poder o valimiento que se tenga entre personas, grupos o componentes de una institución, y es *mentida* cuando el agente no la posee efectivamente. Cuando el agente la posee y la invoca para que el sujeto pasivo realice la prestación no compensatoria, sin intención de hacerla valer como lo dice, podrá tratarse de un engaño también estafatorio, pero no de un caso de influencia mentida.

§ 1110. *ABUSO DE CONFIANZA.* – No se trata aquí del abuso de la confianza originada en un negocio jurídico. Ésta no es una figura de abuso de confianza, según la clasificación precedentemente realizada, sino de fraude. Aquí el abuso de confianza constituye un ardid y, como tal, exige un despliegue de actividad destinada a engañar. Y puesto que se trata de un abuso, tanto puede referirse a una confianza suscitada por el mismo agente que persigue el logro de la prestación no compensatoria (p.ej., promesa de matrimonio para obtener dinero con miras a supuestas inversiones comunes futuras), como de una confianza ya existente que el agente aprovecha engañosamente en un determinado momento (invocar la amistad para que el amigo pague una deuda inexistente y quedarse él con el dinero).

§ 1111. *APARIENCIAS ENGAÑOSAS.* – Aparenta el que muestra algo que no es tal como lo muestra; se trata, pues, de simular. La

generalidad de la doctrina requiere la exhibición (exterior) falsa, o sea, que se trate de un *aparentamiento ardidoso*; sin embargo, no pocos admiten la forma puramente engañosa, lo cual es exacto (p.ej., una manifestación de bienes mentirosa, en determinadas circunstancias, puede constituir perfectamente la apariencia estafatoria).

Aparenta *bienes* el que muestra que tiene cosas o derechos que en realidad no integran su patrimonio. Aparenta *crédito* el que simula la obtención de un respaldo económico de terceros. Aparenta *empresa*, quien simula la existencia de una organización destinada a la producción económica lucrativa, la reunión de medios económicos sin fines de lucro (p.ej., una fundación de bien público) o muestra como existentes características que una empresa real no tiene. Aparenta *negociación* el que simula la existencia de una transacción que se realiza o se va a realizar, o muestra características distintas de una transacción que se está llevando o se llevó a cabo. Aparenta *comisión* el que simula cualquier especie de representación de un tercero para realizar un acto o llevar a cabo un hecho o exhibe una extensión de esa representación distinta de la que realmente se le ha otorgado.

§ 1112. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El delito se consuma cuando el sujeto pasivo realiza la disposición patrimonial perjudicial, sin que interese, como vimos, que ella se transforme en beneficio para el autor o para un tercero. Los actos posteriores a ese momento que compensan el perjuicio, como es su reparación, la actitud del agente que voluntariamente devuelve la prestación, etc., no dejan sin efecto el delito. Pero la consumación no se da cuando el sujeto pasivo sólo asumió la obligación de realizar la prestación sin haberla realizado todavía, en cuyo caso la acción no pasa de la faz de tentativa.

Esta última comienza con el despliegue del procedimiento ardidoso o engañador para lograr del sujeto pasivo la disposición patrimonial perjudicial. Cuando, en el caso concreto, el medio es totalmente inidóneo para inducir en error al sujeto pasivo (p.ej., quererlo engañar sobre algo que es perfectamente conocido por él), podríamos encontrarnos con una tentativa de delito imposible, lo cual es distinto de querer estafar a un sujeto que no puede realizar la disposición patrimonial perjudicial que el agente persigue, pues entonces se dará un caso de delito putativo.

§ 1113. *SUJETOS.* – Cualquier persona puede ser autor del delito, pero no ocurre lo mismo con el sujeto pasivo, que tiene que ser alguien con capacidad psíquica para tener una noción correcta respecto de aquello sobre lo cual lo induce en error el agente, puesto que, de otra manera, no podrá ser *engañado* en el sentido de la ley. Quien despliega medios ardidosos para hacerse dar algo por un infante de pocos años o por un enfermo mental que no sabe lo que hace, comete hurto, no estafa. Además, como ya dijimos, el sujeto pasivo tiene que ser alguien que pueda tomar la disposición patrimonial perjudicial: no lo será quien no tenga el bien que integraría la prestación o que no puede disponer materialmente de él por la situación en que se encuentra (p.ej., el empleado de banco que custodia cajas de seguridad, pero no posee llaves de ellas). Cuando el sujeto pasivo del fraude no es el titular del patrimonio ofendido, éste es el perjudicado, pero aquél es el sujeto pasivo de la estafa y el que debe reunir las características propias de esa figura de sujeto; en tales casos basta con que pueda tomar la disposición patrimonial perjudicial para el patrimonio del tercero, aunque no tenga una facultad jurídica para disponer por éste; es suficiente, pues, con que disponga materialmente del objeto que constituye la prestación o que pueda decidir de algún modo sobre ella (p.ej., en los casos de estafa procesal en que el *engañado* es el juez que debe decidir sobre la procedencia de la prestación por parte de quien resulta perjudicado).

§ 1114. *CULPABILIDAD.* – El dolo del delito requiere el conocimiento del carácter perjudicial de la disposición que se pretende del sujeto pasivo y la voluntad de usar ardid o engaño para inducirlo en error a fin de que la realice. El error sobre el carácter perjudicial de la disposición puede excluir la culpabilidad típica. Las exigencias subjetivas de la acción que expusimos precedentemente demuestran que el único dolo admisible es el directo.

II. DEFRAUDACIONES ESPECIALES

§ 1115. *ESPECIFICIDAD DE LAS FIGURAS DEL ARTÍCULO 173.* – De las defraudaciones especiales que se contemplan en el art. 173 del Cód. Penal (asignándoseles la misma pena que a la estafa del art.

172), responden unas al género de la estafa y otras a supuestos de abuso de confianza. Las primeras se distinguen del tipo que acabamos de examinar en el apartado anterior por las formas particulares que asume el fraude o por el particular objeto del delito; muchas de ellas no pasan de ser *ejemplos de estafa* que se mantienen en los elencos legislativos casi por tradición (Soler), con lo cual la figura del art. 172 viene a ser prácticamente subsidiaria de los fraudes especiales del art. 173; cuando estos tipos no son aplicables por defecto de alguno de sus elementos especiales, nada obsta a que el hecho pueda quedar comprendido en la estafa genérica del art. 172, lo cual está claramente expresado por la frase inicial del artículo que comentamos (“Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente...”).

A) DEFRAUDACIONES EN EL CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS U OBLIGACIONES SOBRE LA ENTREGA DE COSAS DEBIDAS

§ 1116. *EL TEXTO LEGAL. CARÁCTER DEL DELITO.* – El art. 173, inc. 1º, del Cód. Penal castiga al que “defraudare a otro en la sustancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de contrato o de un título obligatorio”.

Es una defraudación por fraude que, por lo tanto, requiere la vigencia de un fraude y de un perjuicio.

§ 1117. *EL FRAUDE.* – El fraude tiene que estar constituido por un ardid o engaño, como ocurre en la estafa. No se trata aquí de la simple diferencia entre lo debido y lo entregado, sino de la vigencia de un engaño que induce a la víctima en error, suscitando en ella la falsa creencia de que recibe lo debido. No constituye este fraude la simple propaganda exagerada o engañosa, que no impide al receptor verificar las características de lo que se le entrega, sino del acto positivo de engaño que lo hace errar pese a la posible verificación. Puede darse por medio de un verdadero ardid constituido por maniobras tendientes a inducir en error (p.ej., mezclar mercadería de una calidad con otra de distinta calidad, haciendo que la verificación se haga sobre los continentes de mercaderías de la calidad debida, falsear las inscripciones del peso neto en los continentes, etc.), o por una simple mentira y aun por el silencio enga-

ñoso cuando la ley obliga al vendedor a entregar mercadería de determinada calidad o de determinadas proporciones, al margen de la verificación del adquirente (p.ej., en el caso de los medicamentos).

§ 1118. *EL PERJUICIO.* – El perjuicio se determina en esta particular defraudación por la diferencia en menos entre lo que realmente se entrega y lo que se debía entregar: el valor de lo que se entrega tiene que ser inferior al valor realmente debido, ya sea porque la *sustancia* –la naturaleza de lo entregado– es distinta, la *calidad* –las características que hacen que una cosa se adecue mejor o peor al objeto para el que haya de utilizársela– diferente, o porque la *cantidad* de lo entregado, en número, peso o medida, no es la debida; pero cuando se trata de una diferencia en el peso de las cosas, el ardid no tiene que estar constituido por el uso de falsas pesas o medidas, pues en ese caso se daría la defraudación agravada del art. 174, inc. 2°.

Para que el perjuicio se produzca, es menester que la víctima del engaño o un tercero –que puede no ser el titular del patrimonio afectado en los casos de desdoblamiento del sujeto pasivo y perjudicado– hayan cumplido la correlativa obligación que les correspondía como parte del negocio jurídico que motivó la entrega de la cosa; cuando, habiéndose realizado la entrega fraudulenta, esa obligación no se ha cumplido, el delito ha quedado en grado de tentativa.

§ 1119. *OBJETOS DEL DELITO.* – Son las cosas en cuanto objetos corporales susceptibles de valor. Pueden ser muebles o inmuebles; respecto de estos segundos sería poco probable que se pudiera defraudar en la sustancia, pero no lo sería en cuanto a la calidad (p.ej., disimulando la tierra mala implantando vetas de tierra buena; ejemplo de Moreno) o a la cantidad (p.ej., mostrando títulos falsos que señalen una extensión mayor que la que realmente tiene el campo que es objeto del contrato).

§ 1120. *ELEMENTO NORMATIVO.* – La entrega de la cosa defectuosa en la medida, calidad o sustancia, tiene que realizársela por debérsela en *virtud de un contrato* o *de otro título obligatorio*; en esta última calificación queda comprendido cualquier negocio jurídico que no sea propiamente un contrato, aun cuando sea impuesto por decisiones jurisdiccionales, como sería el caso de quien entre-

gara cosas distintas de las debidas en virtud de una sentencia que lo obligaba a hacerlo, obteniendo el respectivo documento liberatorio. Tiene que tratarse de títulos válidos; el título nulo no genera obligación alguna; pero puede operar un título anulable, que sí la genera, si el hecho ocurre mientras no haya sido declarada su nulidad. Además, es obvio que sólo quedan comprendidas las obligaciones que provienen de títulos que crean relaciones onerosas; los gratuitos (p.ej., una donación) no pueden provocar el perjuicio patrimonial requerido típicamente, ya que no implican contraprestación alguna.

§ 1121. *CULPABILIDAD.* – El dolo de este delito exige el conocimiento de las diferencias entre lo que se entrega y lo que se debe; el error sobre esta circunstancia puede excluir la culpabilidad. Exige, asimismo, la voluntad de utilizar el fraude para perjudicar a un patrimonio por medio del error creado en el sujeto pasivo, con lo cual sólo es admisible el dolo directo.

B) APROPIACIÓN Y OMISIÓN DE RESTITUIR INDEBIDAS

§ 1122. *EL TEXTO LEGAL. VARIACIONES. CARÁCTER DEL DELITO.* – El art. 173, inc. 2º, sanciona al que “con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble, que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver”.

Las leyes 17.567 y 21.338 incluyeron la conducta de *apropiarse* y cambiaron la expresión “negarse a restituir” por la de “no entregar”. La ley 23.077 ha vuelto al texto original.

Es una defraudación por abuso de confianza. No es el abuso de confianza que vimos al exponer el art. 172, en el que funciona como engaño para inducir en error a la víctima y lograr por ese medio la disposición patrimonial perjudicial, sino del abuso de confianza que constituye una de las especies defraudatorias que enunciamos en la introducción al capítulo, donde el bien que es objeto del delito se encuentra ya en poder del agente en virtud de un negocio jurídico preexistente y el perjuicio se produce porque el agente dispone de tal objeto en violación a las obligaciones creadas por dicho negocio.

§ 1123. *LA TENENCIA DE LOS OBJETOS.* – Es presupuesto del delito que el autor tenga los objetos *bajo su poder o custodia* (así expresado taxativamente en el texto derogado). Es, pues, indispensable que esa tenencia se le haya transferido con implicancias jurídicas (poder) o como mero poder de hecho (custodia), pero siempre tiene que tratarse de una tenencia que se ejerza autónomamente respecto de la que ejercía quien ha entregado la cosa. La mera entrega que no excluye la tenencia anterior no queda comprendida en el tipo; tal ocurre en las relaciones de servicio en que el empleado cumple funciones de guarda de los objetos dentro de la esfera de tenencia del principal (domésticos, encargados de hacienda, capataces, etc., aunque se discute la situación de los serenos y de los cajeros), en las que el servidor que se apodera de las cosas que guarda comete hurto y no esta particular defraudación. Sin embargo, la existencia de una relación de servicio no descarta por sí la vigencia del tipo, ya que si la guarda que en cumplimiento de esas relaciones se realiza queda fuera de la esfera de poder del principal, asume caracteres de custodia y hasta de poder autónomo, que coloca los objetos en la tenencia del servidor (p.ej., cuando al servidor se le otorgan facultades de mandatario, como puede ser el capataz encargado de transportar y vender la hacienda en el mercado). Tampoco caben en el tipo los supuestos de entrega momentánea sin ánimo de transferir la tenencia de los objetos (guarda que recibe un billete para cambiarlo, lector que recibe un libro para leerlo en la biblioteca; Núñez), cuyo apoderamiento ilegítimo no pasa de ser un hurto.

§ 1124. *ORIGEN DE LA TENENCIA. OBLIGACIÓN DE ENTREGAR O DEVOLVER.* – Para nada modifica la tipicidad la circunstancia de que la designación genérica del texto que ha resultado derogado (“en virtud de contrato o de un título obligatorio”) haya sido sustituida por la enunciación circunstanciada de algunos particulares negocios jurídicos, pues –sin perjuicio de la remisión final de la disposición– la dimensión de la obligación de entregar o devolver como base del abuso de confianza que aquella designación genérica describía, es la misma que expone esta enunciación circunstanciada.

Por tanto, el poder adquirido por el agente sobre la cosa tiene que ser un poder no usurpado: debe engendrarse en el otorgamiento que de él le ha hecho el anterior titular de la tenencia, en virtud de un negocio jurídico; la ley requiere la existencia de un *título* por

el cual se haya hecho la transferencia. Dicho título puede ser un acto jurídico privado (convención o hecho unilateral con relevancia jurídica), o público (actos funcionales que otorguen custodia, siempre que no entre en la esfera de la malversación propia o equiparada). Y tiene que tratarse de un título que produzca *obligación de entregar* o *devolver* por parte del agente, constituyéndolo en una tenencia temporal. Quedan descartados, como títulos creadores de la obligación típica, los que otorgan al agente la facultad de disponer de la cosa o apropiársela, ya por habersele dado en propiedad, ya por habersele autorizado a sustituirla por otra, como en las hipótesis de depósito irregular (art. 2220, Cód. Civil); pero no aquellos en que la cosa, sin ser transferida en propiedad al agente, le es entregada, supeditando su devolución, o la del objeto equivalente, a una determinada condición (p.ej., entrega en comisión, en la que si no se produce la venta, la cosa debe ser devuelta, y si se produce, tiene que entregarse el precio cobrado). Es el título el que tiene que haber fundamentado la entrega y no surgir la obligación de ésta, con posterioridad, en virtud de otras circunstancias negociales (p.ej., no devolver la cosa adquirida y no pagar el precio que se estipuló por ella).

De lo dicho se infiere que no se da el delito cuando el agente no recibió la cosa de un anterior tenedor en virtud de uno de los títulos antes mencionados, sino que fue el mismo agente quien creó su poder sobre ella, lícita (p.ej., fabricándola) o ilícitamente (p.ej., cobrando ilícitamente la acreencia de un tercero); en el primer caso, aunque el agente haya asumido el poder sobre la cosa por encargo de otro, no habrá delito, puesto que la cosa no le fue *entregada* en el sentido de la ley; en el segundo sólo puede darse una estafa en perjuicio de quien entregó mal la cosa.

§ 1125. *LAS ACCIONES TÍPICAS.* – Las acciones típicas importan el abuso del poder que el agente ejerce en virtud de la entrega que se le ha hecho por el título creador de su obligación de entregarla o devolverla. Ellas son las de negarse a restituir o no restituir.

Negarse a restituir importa la omisión de realizar el acto debido con la cosa, contenido en la obligación de entregársela a un tercero distinto de aquel que la había entregado al agente. *No restituirla* implica también la omisión del cumplimiento de la obligación creada por el título, que en este caso se traduce en la devolución de la cosa a quien se la entregara al agente en cumplimiento de aquél.

Estas dos acciones se refieren a la omisión del cumplimiento de esas obligaciones a *su debido tiempo*, es decir, al tiempo fijado expresamente en el título mismo o, en su defecto, al tiempo determinado según los principios generales del derecho civil (art. 509, Cód. Civil); por lo tanto, cuando el tiempo de la devolución no surja del título, hay que constituir en mora al agente para que su omisión resulte penalmente típica.

No se dará ilicitud y, por consiguiente, no habrá delito, en los casos en que la omisión del obligado esté justificada, como son aquellos en que puede retener legítimamente la cosa (p.ej., art. 510, Cód. Civil).

Las omisiones pueden referirse a la totalidad o a parte de lo entregado, ya se trate en este segundo caso de una pluralidad de cosas separables, ya la separación la haya realizado el propio agente (p.ej., devolver el anillo sin la piedra que lo adornaba).

La ley 21.338, siguiendo a la ley 17.567, también enunciaba como conducta prohibida la de *apropiarse*, que ahora ya no obra en la disposición. De algún modo se había hecho primar, con ello, una de las soluciones propuestas en la doctrina y la jurisprudencia, en pos de la reconstrucción dogmática de la norma. Decía la Comisión redactora de la ley 17.567: "Las modificaciones tienden a aclarar que, como es indudable, el delito ya se comete apropiándose", pero ello no era tan indudable, pues si bien una fuerte corriente sostenía que el delito se consumaba por medio de cualquier acto de apropiación, aun cuando se hubiese realizado antes del momento en que el agente debía entregar o devolver la cosa (Ramos, Gómez, Ure), una apreciable cantidad de tratadistas, y no pocos tribunales, insistían en que el delito no había sido construido por la ley en función de la conducta de *apropiarse*, por lo cual no bastaba para redondear la tipicidad la mera apropiación del objeto, hasta tanto no se diesen las conductas típicamente omisivas que requieren la actualidad de las obligaciones de entregar o devolver (Terán Lomas); no nos cabe duda de que esta última interpretación es la que corresponde ahora.

§ 1126. **OBJETOS DEL DELITO.** – Son cosas muebles, dinero o valores ajenos (*effectus*), o sea que no hayan pasado a ser propiedad del agente. Quedan fuera del tipo los inmuebles, cuya no restitución obligatoria o su apropiación puede constituir el delito de usurpación.

§ 1127. *EL PERJUICIO.* – Como cualquier defraudación, requiere que se perjudique un patrimonio, que puede ser el de quien realizó la entrega al agente o el de un tercero (p.ej., el propietario de la cosa depositada por otro, el tercero a quien por cualquier concepto debía entregarse la cosa).

En los casos de omisión de entrega o restitución, el perjuicio se consume con la mera privación temporal del bien por parte de quien tuvo que disponer legítimamente de él en un momento determinado y no logró adquirir ese poder; tal privación temporal constituye una lesión patrimonial.

§ 1128. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El delito se consume con la realización del perjuicio. La tentativa es imposible. En ciertas hipótesis la determinación de la conducta abusiva requerirá una rendición de cuentas, pero ella no es una cuestión prejudicial ni siquiera previa, sino simplemente una prueba referente a dicha conducta.

§ 1129. *EL ÁNIMO DE BENEFICIO.* – Pero también aquí es indispensable el ánimo de beneficiar a un tercero o a sí mismo con la acción abusiva. Cuando ese ánimo falte en el agente, podremos estar ante otros delitos (p.ej., ante un daño cuando el incumplimiento de la restitución haya tenido origen en la destrucción de la cosa), pero no ante esta defraudación.

§ 1130. *CULPABILIDAD.* – El dolo se constituye por el conocimiento de la obligación de entregar o devolver creada por el título y del carácter ajeno del objeto y por la voluntad de omitir las obligaciones respectivas.

C) SUSCRIPCIÓN ENGAÑOSA DE DOCUMENTOS

§ 1131. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 173, inc. 3º, castiga al que “defraudare, haciendo suscribir con engaño algún documento”.

§ 1132. *LA ACCIÓN TÍPICA.* – Siendo ésta la de defraudar haciendo suscribir con engaño un documento, es necesario que el agente despliegue un engaño para obtener la firma de un documento apto para defraudar. Cuando lo que se obtiene por medio del engaño es

un documento ya firmado, podremos encontrarnos ante una estafa del art. 172.

§ 1133. *EL FRAUDE.* – El fraude propio de esta especie defraudatoria lo constituye, como dijimos, el engaño que induce en error al sujeto pasivo sobre el carácter del documento o su contenido y, por lo tanto, sobre su trascendencia en el orden patrimonial; cuando el error no se hace versar sobre esos extremos, sino sobre otros elementos (p.ej., la víctima cree obligarse con una persona, pero lo hace con otra distinta), tampoco se dará esta defraudación, sino una estafa del art. 172.

§ 1134. *OBJETO DEL DELITO.* – El objeto es *algún documento*. Éste puede ser público o privado, pero siempre tiene que tratarse de un documento cuyo contenido implique un daño patrimonial o plantee la posibilidad de causarlo. Lograr la firma de un documento que carezca de esos efectos no cabe en la hipótesis del art. 173, inc. 3º, aunque su utilización engañosa pueda colocar al agente en alguno de los casos del art. 172 (p.ej., en la simulación de una empresa con una carta-intención).

§ 1135. *CARÁCTER DEL DELITO. CONSUMACIÓN.* – Tratándose de una defraudación, para su consumación es indispensable que se irroque el perjuicio patrimonial. Una gran parte de la doctrina había sostenido que se trataba de un delito de peligro, que se consumaba con el logro de la firma del documento por el sujeto pasivo. Pero la circunstancia de que la acción típica esté constituida por la de *defraudar* no permite dudar del carácter de delito de resultado que asume el descripto por la norma.

Cuando en virtud de la existencia del documento mismo se produzca el perjuicio patrimonial, como pasará en los casos en que el documento que se hace firmar sea liberatorio de una obligación que favorecía al patrimonio, o en sí implique la pérdida del bien de que se trate (p.ej., firma de una escritura traslativa de dominio en favor de quien ya posee el inmueble), el delito se consuma con la suscripción del documento, y la tentativa se presentará con el despliegue de los medios engañosos para lograr la firma. Cuando el documento faculte al agente o a un tercero para obtener algo del patrimonio que el agente ha tratado de ofender, la consumación ocurrirá cuando

se haya obtenido la prestación utilizando el documento suscrito a raíz del engaño; antes de esa circunstancia, aunque se haya conseguido la firma del documento, estaremos ante una tentativa.

En este último caso de duplicidad de acciones, cuando el uso del documento para obtener la prestación sea, a su vez, engañoso (p.ej., engañar al librado de la letra de cambio), la estafa del art. 172 consumirá la acción imperfecta del art. 173, inc. 3°. Así también, el logro de la firma con la finalidad de engañar a un tercero no constituirá una tentativa de ese delito, sino una tentativa de estafa si se empleó el documento con esa finalidad.

D) ABUSO DE FIRMA EN BLANCO

§ 1136. *EL TEXTO LEGAL. CARÁCTER DEL DELITO.* – El art. 173, inc. 4°, pune al que “cometiere alguna defraudación abusando de firma en blanco, extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo que la dio o de tercero”.

No queda muy claro en la doctrina si se trata de una figura de fraude o de una figura de abuso de confianza. Para algunos se trata de una “estafa especializada por la forma particular de fraude” (Núñez), para otros de un delito en que se conjugan ambas formas, la de fraude y la de abuso; éste se determina por la acción de extender abusivamente el documento, y aquél por la “inducción a error, con la cual se determina la prestación consumatoria del perjuicio” (Soler), pero ya veremos que esto último, además de no ser típicamente necesario, puede llevar el hecho al campo de la estafa y, si pensamos que en la obtención de la firma en blanco no tiene que mediar engaño, no parecerá inexacto sostener que es una figura de defraudación por abuso de confianza: el agente abusa del poder jurídico que una persona le ha otorgado al darle la firma en blanco y por ese medio defrauda; no engaña, sino que abusa.

§ 1137. *ACCIÓN TÍPICA. PREEXISTENCIA DE “FIRMA EN BLANCO”.* – Siendo la acción típica la de defraudar, extendiendo con la firma en blanco que se ha dado, un documento perjudicante para el patrimonio de quien había otorgado esa firma o de un tercero, el delito requiere, por tanto, la preexistencia de una *firma en blanco* en poder del agente.

La firma en blanco puede estar constituida por un pliego firmado en blanco o por un documento firmado que sólo ha sido parcialmente extendido, dejando en blanco espacios correspondientes al monto de la obligación o a otras modalidades del negocio jurídico que pueden tornarlo más o menos gravoso para el obligado; pero no es típico aquel cuyas omisiones no tengan esa influencia patrimonial.

Para que se trate de una firma en blanco en el sentido de la ley, el suscriptor tiene que haber tenido la voluntad de obligarse, otorgando un mandato al tenedor del pliego para que extienda en él un documento (determinado o indeterminado, como ocurre en los casos de mandatos generales) o complete el parcialmente extendido. No lo es, por consiguiente, el documento que estando completo en sus enunciaciones, contiene espacios en blanco que son aprovechados por el agente para insertar declaraciones perjudiciales para el otorgante o para un tercero; entonces se dará una falsificación y, eventualmente, una estafa. Como tampoco cabe en el tipo del art. 173, inc. 4º, el documento firmado en blanco que se ha entregado al agente en custodia, pero sin mandato para que él lo llene, que también puede configurar una estafa al ser utilizado para obtener una prestación. En un caso faltará la materialidad de la acción, en el otro el abuso de una actividad que de no existir hubiese sido legítima, que es la hipótesis del delito que estudiamos.

§ 1138. *LA TENENCIA DE LA FIRMA EN BLANCO.* – Requiere el delito que el pliego firmado en blanco o con blancos que pueden llenarse con efectos patrimoniales, haya sido *dado* por el firmante o por un tercero autorizado, al agente; tiene que tratarse de una entrega legítima; cuando el agente ha usurpado ilícitamente el poder sobre el pliego firmado en blanco o el documento parcialmente extendido en blanco (p.ej., cuando lo hurtó u obtuvo extorsivamente), o por cualquier otra causa lo tiene sin que le haya sido *entregado* en la forma antedicha (p.ej., por haberlo encontrado) el hecho de completarlo y utilizarlo para defraudar deja el caso en el supuesto de estafa (es integrativo del ardid del art. 172).

§ 1139. *EL ABUSO.* – El agente abusa de la firma en blanco cuando extiende con ella algún documento distinto de aquel para el cual se le había otorgado el pertinente mandato, o completa el parcialmente extendido con cláusulas distintas de las que sabía que había

dispuesto incluir el firmante. Teniendo en cuenta que el documento es aquí el medio defraudatorio, el abuso se concreta con la confección de un documento o con la introducción de cláusulas que tengan por efecto gravar el patrimonio de modo no debido, como veremos.

§ 1140. *CONSUMACIÓN.* – Al tratarse de una defraudación, el delito requiere *perjuicio efectivo* para el patrimonio del firmante o de un tercero. Aunque parte de la doctrina ha pensado que la consumación se da con el uso del documento, aunque no se irrogue el perjuicio, y aunque no han faltado quienes opinaron que aquélla se presentaba al extenderse el texto o completarse abusivamente el parcialmente confeccionado, no cabe duda de que tales soluciones no responden al carácter defraudatorio del delito y esos actos pueden no ir más allá de la tentativa. El perjuicio se constituye por el efectivo menoscabo del patrimonio.

Ahora bien, como en el supuesto del tipo anterior, el perjuicio se puede irrogar por medio del documento en sí mismo o por medio de su utilización por el propio agente o por terceros; se dan, por tanto, las mismas circunstancias de consumación y tentativa que hemos visto al tratar del inc. 3°.

De más está decir que, para que el perjuicio se produzca, es menester que el documento abusivamente extendido no contenga una obligación compensatoria (p.ej., no sería delito extender un recibo en el pliego en blanco con el que se acreditara un pago que realmente se había realizado, aunque la firma en blanco no se hubiera dado con ese objeto).

El perjuicio puede recaer sobre el patrimonio del propio firmante o sobre el de un tercero, pero, en este segundo caso, es necesario que el firmante posea facultades jurídicas para obligar al tercero; si ello no fuese así, el uso del documento abusivamente llenado podría consistir en el ardid estafatorio del art. 172.

E) FRUSTRACIÓN DE LOS DERECHOS ORIGINADOS EN UNA TENENCIA ACORDADA (HURTO IMPROPIO)

§ 1141. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 173, inc. 5°, sanciona al “dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de tercero”.

§ 1142. *CARÁCTER DE LA FIGURA.* – La primera cuestión que se plantea es la referente a la localización de este tipo. Evidentemente no se trata de un hurto, puesto que el agente no actúa sobre una cosa ajena (por esa misma razón tampoco es un daño), sino de una defraudación, ya que se frustra el derecho que legítimamente ejerce el ofendido. Pero, en cuanto defraudación, tampoco es posible situarla entre las clasificaciones que hemos visto, por lo menos no con facilidad, porque el fraude no es indispensable, aunque en algunos casos pueda existir; tampoco es propiamente un supuesto de abuso de confianza (como pretendió Soler), porque el agente, en el momento de actuar, carece de poder de hecho sobre la cosa y es precisamente la ausencia de él un presupuesto del delito; más bien, como en el caso de desbaratamiento de derechos del art. 173, inc. 11, está más cerca de ser una especie de abuso de situaciones, ya que al quitar la tenencia ejercida por el ofendido se frustra su derecho.

§ 1143. *TENENCIA DE LA COSA.* – Es presupuesto del delito que la cosa la *tenga un tercero por un título legítimo*. La cosa de cuya tenencia se priva tiene que estar actualmente en poder del ofendido; no basta el derecho de él a tenerla si no ha entrado en esa tenencia: la falta de entrega de la cosa propia respecto de la que alguien puede tener derecho a tenerla, no es más que un incumplimiento contractual, excluido de los límites del ilícito penal. Y esa tenencia en ejercicio tiene que ser legítima por parte del tercero, es decir, debe proceder de un título válido, entendiéndose por tal en el tipo, al que sin transferir el dominio de la cosa otorgue su tenencia en cualquier carácter (como garantía o con finalidades de uso o goce), siempre que importe la concesión de un derecho sobre ella al que la ha recibido (no basta la tenencia en la que el tenedor es un mero guardador, como ocurre en ciertos casos de depósito judicial); el título puede originarse en un convenio de partes, en un acto de autoridad (embargo y depósito en poder del embargante), o en el ejercicio de un derecho (derecho de retención); tratarse de un acto oneroso o gratuito, ya que el perjuicio defraudatorio no se constituye en una disposición patrimonial del actual tenedor, sino en la frustración del derecho que está ejerciendo. Por supuesto que no hay delito cuando el tenedor detenta la cosa por un título ilegítimo, como ocurre cuando ha intervertido el título por el cual tenía, o cuando ese título

es nulo o ha caducado en sus efectos en el momento en que se realiza la acción típica.

§ 1144. *ACCIONES TÍPICAS.* – El texto derogado (ley 21.338) punía al “dueño de una cosa mueble que privare de ella a quien la tuviera legítimamente en su poder, la dañare o inutilizare, frustrando así en todo o en parte el derecho de éste” y al tercero que “obrar en beneficio del propietario o en connivencia con él”.

Las diferencias refieren, pues: *a)* a la conducta típica; *b)* al resultado, y *c)* a la punibilidad del partícipe.

Actualmente la acción típica es la de *sustraer* la cosa, con lo cual la tradicional denominación de este delito de *hurto impropio* ya no resulta tan anacrónica. En verdad, la amplitud que la doctrina que consideramos más correcta había dado a la expresión “sustraer”, considerando abarcados por ella no sólo conductas de apoderamiento propias del hurto, sino cualquier otro procedimiento mediante el cual se quitase la cosa de la tenencia legítima del sujeto pasivo, sea para desplazarla a una distinta esfera de tenencia, sea, cuando menos, para colocarla fuera de aquélla (Núñez, Fontán Balestra), no restringe mayormente el tipo. Pero sí lo restringe la eliminación de las conductas de *dañar o inutilizar* como procedimientos para privar de la cosa al tenedor legítimo; en tanto esas conductas se realicen sin implicar sustracción del objeto de la esfera de aquella tenencia (p.ej., destruirla sin quitarla) quedarán en zona de atipicidad, salvo que integren el *corpus* de un delito distinto.

§ 1145. *OBJETO DEL DELITO.* – Es una *cosa mueble*, según el sentido que tiene esta expresión en el delito de hurto.

§ 1146. *CONSUMACIÓN.* – Tratándose de una defraudación, se requiere, como en los demás casos, un perjuicio efectivo.

El texto derogado requería, como resultado de la acción, la *frustración, en todo o en parte*, del derecho del legítimo tenedor. La norma vigente reclama el *perjuicio*; si consideramos que el posible perjuicio se determinará en aquella frustración, en principio poco cambiará el tipo en ese aspecto (Núñez). Pero sí lo extiende la comprensión en él del perjuicio de cualquier tercero, aunque no fuese el actual tenedor de la cosa (Soler, Ramos), lo que no ocurría con el texto de la ley 21.338 (Núñez).

Es aceptable la tentativa, ya que cualesquiera de las acciones posibles son susceptibles de realizarse mediante distintas etapas ejecutivas antes de llegar a la consumación.

§ 1147. *AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.* – Autor es el dueño de la cosa mueble que está en la legítima tenencia del sujeto pasivo del delito. Tiene que tratarse del dueño de la totalidad de la cosa; cuando se trata de un condómino, que no obra en connivencia con los otros condóminos, su hecho será hurto, estafa o daño, según cuál sea la acción que haya llevado a cabo sobre la cosa.

Ha quedado derogada la cláusula final del inciso según la fórmula de la ley 21.338: “la misma pena será aplicable a un tercero que obrare en beneficio del propietario o en connivencia con él”, que tenía la virtualidad de convertir en *autor* del delito a quien no era dueño de la cosa. Ahora, por consiguiente, los terceros únicamente pueden asumir papeles de partícipes (coautores o cómplices) y a las figuras de la participación irán a parar las intervenciones ejecutivas de aquéllos, que tenían distinta configuración en la norma derogada.

§ 1148. *CULPABILIDAD.* – La culpabilidad dolosa del tipo exige el conocimiento de la legitimidad de la tenencia ejercida por el sujeto pasivo y de su subsistencia en el momento de la acción (el error sobre tales presupuestos puede excluirla) y la voluntad de privar a aquél de la cosa, sustituyéndosela.

F) CONTRATACIÓN SIMULADA Y FALSOS RECIBOS

§ 1149. *EL TEXTO LEGAL. CARÁCTER DE LA FIGURA.* – El art. 173, inc. 6º, pune al que “otorgare en perjuicio de otro, un contrato simulado o falsos recibos”.

Es, evidentemente, una figura especial de fraude, ya que la autonomía como tipo penal particular se condensa en el hecho de que el contrato simulado o el falso recibo constituyen, en sí, ardidess perjudicantes o pueden emplearse como medios de maniobras engañosas que induzcan en error a la víctima para hacerle disponer de su propiedad de modo no compensatorio. En la primera hipótesis, la simulación *es* un engaño; en la segunda, *integra* el engaño.

§ 1150. *ACCIÓN TÍPICA.* – Es la de *otorgar* el contrato simulado o el falso recibo. Cuando el contrato o el recibo no han sido otorgados, sino que han sido confeccionados (materialmente) por el agente con el fin de perjudicar mediante su utilización, dicho agente incurrirá en una figura de estafa que operará en concurso con la de falsificación, pero no en esta defraudación.

§ 1151. *LA CODELINCUENCIA.* – Tal carácter de la acción indica la exigencia de una *codelincuencia* en la figura: todos los otorgantes del contrato tienen que actuar con la culpabilidad típica y todos son autores; todos los que otorguen o admitan el recibo falso deben obrar también con ese dolo y adquieren, igualmente, carácter de autores.

§ 1152. *CONTRATO SIMULADO Y FALSOS RECIBOS.* – Es *contrato simulado* el que se da en los casos del art. 955 del Cód. Civil; puede ser una simulación absoluta o relativa (art. 956, Cód. Civil); pero no cualquier simulación civilmente ilícita (art. 957, Cód. Civil, *a contrario*) cae dentro del tipo penal, sino la que está destinada a engañar, o sea a inducir en error a un tercero sobre una prestación que ha hecho o va a hacer, para perjudicarlo.

Por otra parte, las simulaciones que tienen por objeto frustrar la efectividad de las ejecuciones de los acreedores en procura del pago de sus créditos o del cumplimiento de las obligaciones civiles en general, o sea, los casos en que la simulación no origina por sí la procedencia de la prestación por parte del eventual perjudicado, caben dentro de los límites del Capítulo V de este título y, normalmente, en la insolvencia fraudulenta del art. 179 *bis*, no del art. 173, inc. 6°.

El *falso recibo* también es un caso de simulación; se entiende por tal toda constancia que acredite un pago, cualquiera que sea la forma que adopte (la redacción de un documento, la inserción de la expresión “pagado” en una factura). El recibo es falso tanto cuando se refiere a un pago no realizado, o no realizado en la cantidad que se expresa, como cuando se dice realizado por persona distinta o a persona distinta de las que intervinieron realmente o en fecha distinta de la que se hace constar (p.ej., el falso recibo dado por el proveedor al habilitado de una empresa para que éste lo deduzca de las ganancias o lo exija como gasto realmente realizado).

§ 1153. *EL RESULTADO TÍPICO. CUESTIONES REFERENTES A LA CONFLUENCIA DE FIGURAS.* – Vimos que la acción es la de otorgar los documentos en *perjuicio de otro* y dijimos que ese perjuicio debe tener origen en la simulación misma, ya porque el acto en sí dispone engañosamente de la propiedad, ya porque del mismo modo elimina del patrimonio del perjudicado un crédito que éste no podrá ya exigir, o las seguridades que avalaban su efectividad, ya porque crea una obligación a su cargo que carece de causa real. Pero, para que el acto simulado pueda originar el perjuicio, es necesario que, al menos, entre uno de los otorgantes del contrato simulado y el dador, requirente o aceptante del falso recibo, medie una relación jurídica con el sujeto pasivo que permita que el engaño surgido de la simulación pueda efectivamente perjudicar al titular del patrimonio: la existencia de un mandato u otra condición jurídica que le permita disponer o contratar con efectos jurídicos por o para aquél, o de admitir o dar recibos por él. Esta condición típica permite distinguir la figura de la de desbaratamiento de derechos del art. 173, inc. 11, en la que el derecho o seguridad que se desbaratan son los mismos que el agente ha otorgado o creado en favor del perjudicado, en tanto que en el inc. 6º, lo que se frustra es el derecho o la seguridad ya existentes otorgados por un tercero distinto del agente que los desbarata con su simulación; debiéndose insistir, sin embargo, en que, pese a tal exigencia, no es una figura de abuso de confianza, puesto que el procedimiento utilizado es el engaño.

Claro está que en muchos supuestos del art. 173, inc. 6º, estaremos ante la actividad de un administrador infiel, mas cuando el acto de administración infiel se determina en una de las simulaciones enunciadas por ese inciso, éste desplaza la figura del art. 173, inc. 7º.

El perjuicio puede producirse con el mismo otorgamiento (cuando el contrato o recibo implican por sí la disposición de la propiedad; p.ej., el otorgamiento de una escritura traslativa de dominio, la entrega del recibo liberador de una deuda) o con la utilización posterior del contrato simulado (p.ej., cuando por él se ha creado un crédito en favor de un tercero). En este segundo supuesto es admisible la tentativa: el otorgamiento es el acto de tentativa, el logro del cobro del crédito creado alcanza la ejecución.

Claro está que cuando el contrato simulado o el falso recibo sólo procuran disimular un perjuicio ya causado, no es ésta la figura

aplicable, sino la correspondiente al acto que causó el perjuicio; así, el administrador infiel que retiró indebidamente dinero de la sociedad y después se hace otorgar falsos recibos para disimular aquellas extracciones, comete el delito del art. 173, inc. 7º, y no el del inc. 6º.

§ 1154. *CULPABILIDAD.* – La culpabilidad requiere la dirección de la voluntad al otorgamiento del acto simulado para perjudicar engañosamente con él; no admite, pues, más dolo que el directo. Es lógico que el conocimiento de la simulación del acto y de su destino perjudicante hayan de poseerlo todos los codelincuentes, aun aquellos con quienes no se da la relación jurídica preexistente que signa la delictuosidad de este fraude.

G) ADMINISTRACIÓN INFIEL

§ 1155. *EL TEXTO LEGAL. LAS VARIACIONES LEGISLATIVAS.* – El art. 173, inc. 7º, castiga al que “por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos”.

El texto original punía “al comisionista, capitán de buque o cualquier otro mandatario que cometiere defraudación, alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo gastos o exagerando los que hubiese hecho”.

El tipo actual, como se ve, es mucho más amplio, abarcando situaciones más genéricas y, además, antes que una defraudación por fraude es, principalmente, una defraudación por abuso de confianza, ya que no necesita el engaño para que se produzca el perjuicio, sino el abuso de los poderes que el autor ejerce en virtud de un acto anterior preexistente, de ahí que no sea adecuada la denominación de “administración fraudulenta” que algunos siguen utilizando.

§ 1156. *LA ACCIÓN TÍPICA. PRESUPUESTO.* – La acción es la de perjudicar los intereses confiados u obligar abusivamente al titular de ellos, violando los deberes que se originan en el ejercicio del poder que ejerce el agente.

Se advierte, por consiguiente, que es presupuesto del delito que el agente ejerza un poder sobre los bienes o intereses de otro, por disposición de la ley —como ocurre con los representantes legales—, de una autoridad —como los tutores o curadores designados judicialmente— o por cualquier otro acto jurídico —como ocurre con la institución de mandatarios, la elección de representantes y directores de una sociedad o la concesión de cualquier facultad de administración, aunque fuere específica—.

El poder ejercido puede ser el de *manejo* de los bienes e intereses, es decir, el uso o utilización de ellos (uso y usufructo), la *administración*, que implica la facultad de disposición o el *cuidado* de tales bienes, que tiene quien, sin poder disponer autónomamente de ellos, está encargado de su vigilancia, conservación y aplicación (albaceas, liquidador). Claro está que todas estas facultades pueden coincidir en el mismo agente sin que por ello se multiplique la delictuosidad. Tales facultades pueden ejercerse sobre bienes (cosas, derechos patrimoniales) o intereses (gestiones, concreción de negocios jurídicos), total o parcialmente (p.ej., condóminos que administran la cosa común) ajenos.

Por lo tanto, autor de este delito únicamente puede serlo quien maneja, administra o custodia los bienes e intereses; los terceros que intervengan en las acciones perjudicantes con conocimiento de su carácter, sólo pueden ser cómplices.

§ 1157. *VIOLACIÓN DE LOS DEBERES.* — Las acciones tienen que constituir una violación de los deberes del agente en sus funciones de manejo, administración o custodia; en tal sentido, puede decirse que el delito se conforma en una infidelidad defraudatoria. Los límites de esos deberes son los determinados por la ley, las disposiciones de la autoridad o las cláusulas de los convenios o estatutos que dan origen a la facultad o que la han regulado con posterioridad (p.ej., modificaciones del mandato), o por las instrucciones válidas del principal. Las violaciones pueden concretarse por medio de acciones no permitidas o ilícitas en su modo (p.ej., operar con divisas extranjeras cuando el principal expresamente instruyó que se operara en moneda nacional), o por omisiones que importen incumplimiento de los deberes (abandono de los bienes, dejar de ejercer actos de preservación de los intereses), extensión que se afirma con la consideración de la circunstancia de que los intereses perjudicados

tienen que ser los *confiados* al agente, que comprenden, además de los que le han sido entregados para cumplir con sus funciones, los que se han producido en relación con ellos en el transcurso de su función, incluidos los que ha originado el propio agente al desempeñar su gestión (p.ej., las ganancias que ha obtenido con la realización de un negocio).

Si el perjuicio lo consuma el agente al margen de sus deberes o sin relación con los bienes o intereses que son el objeto de su gestión, la circunstancia de que esté unido con el perjudicado por la relación jurídica antes explicada, no lo constituye dentro de esta figura, sino en otras del título (p.ej., hurtos) o de este mismo capítulo (p.ej., apropiación ilícita de un mueble entregado para cumplir con él las funciones, pero no para cumplirlas sobre él, como puede ser un automóvil para trasladarse al lugar de las gestiones).

§ 1158. *RESULTADOS TÍPICOS. CONSUMACIÓN.* – Para redondear la tipicidad, la violación de los deberes tiene que haber originado cualquiera de estos resultados: perjudicar los intereses confiados, o haber obligado abusivamente al titular del patrimonio.

El *perjuicio* es aquí cualquier menoscabo que sufra el patrimonio por la acción u omisión infiel del agente. En este caso, el delito se consuma con la efectiva causación del perjuicio, o sea, cuando se ha producido la disposición económica que reduce el patrimonio. No es indispensable que se traduzca en beneficio para el agente o para un tercero (recordemos que ello puede integrar el aspecto subjetivo, pero no el objetivo de la figura); tampoco se necesita, como paso previo, el debate sobre rendición de cuentas, si es que el perjuicio surge de otros elementos; pero cuando aquello ocurre, es decir, cuando únicamente puede determinárselo a través de la rendición de cuentas, el delito queda consumado cuando el agente deja de pagar la diferencia en el tiempo fijado o cuando, mediando una falaz rendición, ha obtenido la aceptación de su gestión o el recibo por el saldo falso, aunque esos actos se produzcan por medio de una sentencia judicial (en este sentido, la cosa juzgada civil no es óbice a la existencia del delito y a la aplicación de la punibilidad, pese a la opinión contraria de Soler).

En consecuencia, si el perjuicio no ha llegado a producirse, el acto violatorio de los deberes perpetrado por el agente, con las finalidades típicas, podrá constituir tentativa.

El agente *obliga abusivamente* al titular del patrimonio cuando erige créditos en favor de terceros contra ese patrimonio que no están justificados, por no ser ni necesarios ni útiles para su gestión. Aquí la consumación no recaba el perjuicio efectivo por medio de la atención de la obligación a cargo del patrimonio: basta con que se lo haya *obligado*, es decir, con que se haya hecho nacer la posibilidad del perjuicio que puede materializarse en el correspondiente pago. Aunque la tentativa podrá ser menos común que, en el caso anterior, no deja de ser posible.

§ 1159. *ELEMENTO SUBJETIVO.* – El tipo contiene un elemento subjetivo que asume una doble dirección: la acción que perjudica u obliga abusivamente tiene que haber sido encarada por el autor para lograr un *lucro indebido* para él o para un tercero, o sea, para convertir en su provecho o en el de un tercero el perjuicio patrimonial, o para que dicho perjuicio le reporte otro provecho de carácter económico (p.ej., abandonar una gestión en perjuicio del mandante ante una institución bancaria, para obtener en ella un préstamo a bajo interés en su favor), o para que el crédito constituido por la obligación abusiva entre en su patrimonio o en el de un tercero u obtener cualquier otra ventaja relacionada con aquélla; también admite la ley que la acción haya sido emprendida para *dañar* el patrimonio, o sea, para disminuirlo sin voluntad de convertir directa o indirectamente el perjuicio, en beneficio del agente o tercero.

§ 1160. *CULPABILIDAD.* – Tales direcciones del elemento subjetivo indican la exclusividad del dolo directo. No es admisible el eventual, ni siquiera cuando no se busca un lucro indebido, porque la acción tiene que ser emprendida con la voluntad expresa de dañar: no hay culpabilidad típica (contra lo que cree Soler), en la acción de quien la ha emprendido sabiendo que viola sus deberes y que de ella puede resultar daño, si no quiere expresamente causarlo.

H) DEFRAUDACIÓN POR SUSTITUCIÓN O SUPRESIÓN DE DOCUMENTOS

§ 1161. *EL TEXTO LEGAL. CARÁCTER DEL DELITO.* – El art. 173, inc. 8º, castiga a quien “cometiere defraudación, sustituyendo, ocultando o mutilando algún proceso, expediente, documento u otro papel importante”.

Aquí estamos en presencia de una defraudación por fraude; las acciones tienen que estar dirigidas a inducir en error a quien tiene la facultad de producir una disposición patrimonial perjudicante o decidir sobre ella.

§ 1162. *ACCIONES TÍPICAS.* – La acción típica es la de defraudar por medio de sustituciones, supresiones o mutilaciones. Si tenemos en cuenta cuáles son los objetivos de estas actividades, veremos que ellas deben recaer sobre instrumentos que prueben algo relacionado con una disposición patrimonial pendiente de realización (p.ej., acreditación de la existencia de una obligación) o que se haya realizado (p.ej., acreditación de un pago).

Sustituye el que cambia la prueba por otra de distinto sentido o significación; *mutila* el que destruye parcialmente la prueba existente, variando de ese modo su sentido o significación; *oculta* el que hace desaparecer, impidiendo su utilización en el momento oportuno, los instrumentos que acreditan una determinada circunstancia o incumple con la obligación de presentarlos cuando la ley, la convención, o un hecho precedente suyo (p.ej., haberse apoderado ilícitamente del documento) se la impone; en este último caso tenemos un supuesto de comisión por omisión.

§ 1163. *OBJETOS DEL DELITO.* – Los objetos de esas actividades pueden ser *procesos*, es decir, la prueba que constituye u obra en un expediente judicial; *expedientes*, es decir, la prueba obrante en actuaciones labradas por la autoridad pública no judicial (p.ej., un sumario administrativo) o *documentos*. La ley requiere que se trate de instrumentos *importantes* –calificación que se extiende a los distintos objetos no obstante el singular empleado por el texto–, estando de acuerdo la doctrina en que esa calidad se refiere a que aquéllos tengan una significación patrimonial tal, que puedan producir efectos de ese carácter. Reuniendo tal calidad, es indiferente que el documento sea verdadero o falso (p.ej., una falsa acreditación de una rendición de cuentas), ya que no es la fe pública el bien jurídico protegido, sino el patrimonio; es suficiente con que la acción determine un falso juicio que tenga repercusiones patrimoniales, aunque el documento no sea verdadero; pero si lo es, puede darse un curso ideal entre la falsificación por supresión del art. 294 del Cód. Penal, y esta particular defraudación.

§ 1164. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – Como cualquier defraudación, ésta se consuma con el perjuicio patrimonial derivado de la sustitución, mutilación u ocultación, pero no ya simplemente con el completamiento de estas acciones. Su realización sin que se haya llegado a producir la disposición patrimonial perjudicante, deja el hecho en tentativa, aunque también constituye tentativa el emprendimiento de esas acciones con la finalidad típica, cuando no se las haya completado por causas ajenas a la voluntad del autor.

§ 1165. *ASPECTO SUBJETIVO DE LA ACCIÓN.* – Esa finalidad, implícitamente reclamada por la ley, es la de inducir en error a una persona, que puede ser el titular del patrimonio o un tercero con facultades para disponer de aquél, con el objetivo de que se haga la disposición perjudicante o se deje de requerir o disponer el beneficio que tiene que corresponder al patrimonio (p.ej., el cobro de un crédito en favor de él). Las acciones que, aunque respondiendo a la descripción legal, no obedezcan a esa finalidad, podrán quedar comprendidas en otros tipos (p.ej., en el art. 255, Cód. Penal, o en las falsedades), pero no en esta defraudación.

§ 1166. *CULPABILIDAD.* – Se acredita que el dolo requerido por la figura es sólo el directo, puesto que en el agente debe mediar la voluntad de realizar las acciones para inducir en error con el fin de perjudicar.

I) ESTELIONATO

§ 1167. *EL TEXTO LEGAL. SUS VARIACIONES. CARÁCTER DE LA FIGURA.* – El art. 173, inc. 9°, sanciona a quien “vendiére o gravare como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados; y el que vendiere, gravare o arrendare como propios, bienes ajenos”.

La ley 21.338 punía al “que recibiendo una contraprestación, vendiera, permutare, gravare o arrendare bienes litigiosos, embargados o gravados, callando u ocultando la condición en que se encuentran”. Las diferencias saltan a la vista: *a)* la ausencia en el texto actual de la locución *recibiendo una contraprestación*; *b)* la no consideración en él de la permuta de los bienes objetos del delito; *c)* la

ausencia de la referencia al silencio y a la ocultación de la situación jurídica del bien, y *d*) la inclusión en dicho texto de la venta de cosa ajena como conducta típica, lo que el derogado no preveía. Se trata de una defraudación por fraude: el adquirente, el que obtiene la seguridad constituida por el bien o el uso de él, lo hace engañado sobre su calidad jurídica, inducido a ello por el silencio o la ocultación del autor.

§ 1168. *ACCIONES TÍPICAS.* – Las acciones son las de vender, gravar y arrendar. *Vende* el que con las formalidades exigidas por la ley (escritura pública, cuando se trata de inmuebles, art. 1184, inc. 1º, Cód. Civil) se obliga a transferir a otro la propiedad de una cosa por un precio (art. 1323, Cód. Civil); no es indispensable que se haya efectuado la tradición de la cosa, ya que la venta a que se refiere el Código Penal es el respectivo contrato, no la adquisición perfecta del derecho real; pero no se puede decir que ha vendido quien sólo ha prometido la venta, como ocurre en los casos en que el contrato no se ha perfeccionado por falta de las formalidades legales (p.ej., el simple boleto de compraventa de inmueble, aunque se discute la cuestión), sin perjuicio de que el hecho pueda constituir estafa.

Grava el que constituye sobre la cosa un derecho real de garantía (hipoteca, prenda, anticresis); pero no lo hace quien sólo constituye una obligación personal sobre la cosa (p.ej., obligarse a devolver la cosa en virtud de un pacto de retroventa); tampoco constituye gravamen la inhibición general que ha recaído sobre el agente, ni la afectación del bien a un privilegio derivado de un acto jurídico cualquiera que no creen aquellos derechos reales de garantía a los que nos hemos referido.

Arrienda el que, por un precio, concede a otro el uso o goce de una cosa (art. 1493, Cód. Civil).

La ausencia de mención de la *permuta*, excluye dicho negocio como eventual situación base del delito de estelionato, conforme lo había reconocido la doctrina (Núñez) con acuerdo de la jurisprudencia.

§ 1169. *OBJETO DEL DELITO.* – Los objetos del delito son cosas –muebles o inmuebles– que sean litigiosas o estén embargadas o gravadas, o sean *ajenas*. El bien es *litigioso* cuando actualmente

es motivo de un juicio en el que se discute su dominio o su condición (p.ej., si está o no gravado); está *embargado* cuando, por un acto jurisdiccional, ha sido individualizadamente afectado al pago de un crédito, sea que haya sido secuestrado o que el embargo se encuentre asentado en el respectivo registro, es decir, tiene que tratarse de un embargo efectivamente *trabado*, no bastando la existencia del pedido de parte ni la orden del juez mientras ésta no se haya cumplido; está *gravado* cuando pesa sobre él un derecho real de garantía, según dijimos, debidamente constituido con las formalidades exigidas por la ley para que el gravamen pueda ser opuesto a terceros.

La eliminación de la venta de bienes ajenos como conducta de estelionato operada por la ley 21.338, tuvo origen en la ley 17.567 que, a su vez, respondió al proyecto de 1960 (art. 215, inc. 1º), del cual Soler prefirió excluirla posiblemente a raíz de las dudas erigidas por cierta doctrina que creyó ver en el art. 173, inc. 9º, la prohibición de la venta de cosa ajena, por lo menos admitida por la ley comercial y por las complejidades del concurso en los supuestos de venta de cosas hurtadas o robadas (Soler). Habíamos señalado que tal exclusión no descartaba la punibilidad de la conducta, ya que ella podía quedar cubierta por el tipo de estafa cuando se diesen sus requisitos.

El texto vigente nos hace retornar a la situación que encontramos antes de las modificaciones establecidas por la ley 17.567; la venta de cosa ajena como propia puede constituir la estafa del art. 172 cuando ha mediado un ardid estafatorio por parte del agente para aparentar ser propietario de la cosa, o un engaño ocultador de la condición de ajena de ella (Núñez), o un estelionato cuando el autor se ha limitado a venderla silenciando dicho carácter, incumpliendo su obligación de revelarlo al adquirente.

§ 1170. *EL FRAUDE.* – Vale la pena transcribir el párrafo en el que la Exposición de motivos de la ley 17.567 explica la razón por la cual incluyó en la descripción típica la expresión “callando u ocultando la condición en que se encuentran” (desaparecida en el texto vigente): “La idea central del nuevo texto consiste en exigir en el sujeto activo el deber positivo de informar la condición en que una cosa se encuentra, cuando recibe una contraprestación por el trato que a ella refiere. El silencio y la ocultación juegan, pues,

como el ardid propio de una estafa". Por su parte, Núñez, comentando el inc. 9º según la ley 21.338, indica que, en él, "como fraude determinante del error ajeno, basta que el autor calle u oculte la verdadera condición del bien... El silencio engañoso y patrimonialmente perjudicial, teniendo el autor la obligación de hablar diciendo la verdad, constituye un caso de comisión de una defraudación por omisión".

Durante la anterior vigencia del texto original se discutió si el estelionato de este inc. 9º requería un *ardid* estafatorio (Etkin, Ure, Jiménez de Asúa) o se conformaba no sólo con el mero engaño, sino hasta con el silencio (Núñez), tesis esta última que nos parece exacta y aplicable, por tanto, como extensión de la tipicidad –pese a la eliminación de la expresión comentada–, puesto que, además de los argumentos deducibles de la misma estructura normativa por la interpretación sistemática de la ley, se tiene que concluir en que éste es uno de los casos en que es exigible el deber de decir la verdad (art. 1179, Cód. Civil), con lo que estamos en un supuesto de silencio calificado, configurador de defraudación por omisión (Núñez).

Como todo fraude defraudatorio, el que nos ocupa tiene que estar dirigido a inducir en error al sujeto pasivo sobre la condición del bien respecto del cual contrata; esto resulta claro cuando se trata de un acto de ocultación: la disimulación no puede tener otra finalidad que el engaño; pero está presente también en el silencio: el agente calla para que el sujeto pasivo no conozca la condición del bien y contrate como si ella no existiera o fuera distinta.

§ 1171. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El perfeccionamiento del delito se da con la concurrencia del perjuicio. El perjuicio se da, en los casos de venta, en el pago del precio o en la transferencia de su cosa por el sujeto pasivo, ya que el dominio se adquiere sobre un bien del que no se podrá disponer libremente a causa de su condición; en el caso del arriendo, cuando se paga el precio, porque el uso o goce de la cosa puede verse restringido en las modalidades de su ejecución o en el tiempo, a raíz de la condición del bien, y, en el supuesto de gravamen, cuando se realizó la prestación patrimonial que aquél aseguraba, o si ya estaba realizada, cuando se lo constituyó, porque la seguridad jurídica que brinda no tiene la efectividad o la extensión que erróneamente el sujeto pasivo creyó que poseía, a causa del desconocimiento de la condición del bien; claro está que,

en este último caso, si el gravamen que se constituye prevalece sobre el que ya existía, no se da perjuicio (se podrá estar, eso sí, ante un desbaratamiento de derechos otorgados respecto del titular de este último).

La circunstancia de que el texto vigente ya no contenga la expresión “recibiendo una contraprestación”, no parece que pueda plantear mayores discrepancias en cuanto al momento consumativo, puesto que los comentarios reconocen que el perjuicio defraudatorio de esta figura se concreta en el momento en que el sujeto pasivo efectúa su prestación (Núñez, Oderigo).

En concreto, el delito se consuma, pues, con la recepción de la prestación por parte del agente; no basta que el sujeto se haya desprendido de aquélla en virtud del negocio engañoso, si el agente —o un tercero por él— no la recibió; en este supuesto, el delito queda en tentativa, como tampoco pasa de tentativa el perfeccionamiento formal del negocio jurídico de que se trate, en las circunstancias típicas, sin que el sujeto pasivo se haya desprendido del bien que constituye su prestación.

§ 1172. *CULPABILIDAD.* — La culpabilidad requiere, por supuesto, el conocimiento por parte del agente de la condición en que el bien se encuentra y la voluntad de negociar con él, a fin de recibir la prestación del sujeto pasivo, sin que éste conozca aquélla al llevar a cabo el negocio.

J) DEFRAUDACIÓN SO PRETEXTO DE REMUNERACIÓN

§ 1173. *EL TEXTO LEGAL. CARACTER DEL DELITO.* — El art. 173, inc. 10, sanciona al que “defraudare, con pretexto de supuesta remuneración a los jueces u otros empleados públicos”.

También se trata de una defraudación por fraude, ya que es el engaño que sufre la víctima sobre el hecho o la procedencia de la remuneración, lo que determina su prestación.

§ 1174. *DIFERENCIAS CON LOS SUPUESTOS DE INFLUENCIA MENTIDA.* — No está muy clara en la doctrina la diferencia entre este delito y el caso de influencia mentida del art. 172 del Cód. Penal. Para algunos ésta queda reservada a la influencia invocada sobre particu-

lares, en tanto que la que se invoca sobre jueces o funcionarios sale de este tipo para venir a parar al art. 173, inc. 10 (Soler), lo cual evidentemente no es exacto: en el art. 172, el agente *cobra* para usar la influencia que tiene ante cualquiera (que puede ser un particular o un funcionario público); en la figura del art. 173, inc. 10, obtiene la prestación para aplicarla al pago de una remuneración que promete falsamente dar a un juez o un empleado público.

§ 1175. *CONTENIDO DEL ENGAÑO.* – El engaño que produce el agente reside en la falsa afirmación de que debe remunerar al juez o funcionario para obtener o por haber obtenido algo de la actividad funcional de ellos. Tiene que ser una remuneración *supuesta*, es decir, la que no sólo no es debida sino que, además, el agente no está dispuesto a entregar y quiere convertir en provecho propio o de un tercero.

Sostiene la doctrina que tal remuneración puede referirse, tanto al contenido de cohecho activo o pasivo, cuanto a una dádiva ilícita de otro carácter; pensamos, sin embargo, que en tales casos el error de la víctima no merece protección jurídica: quien, de hacerse la remuneración al funcionario, se convertiría en autor de cohecho –y lo sabe– no puede verse ilícitamente defraudado, porque de ningún modo yerra sobre lo *debido* de la prestación que entrega; el error que es relevante típicamente en estos casos es el que reside en la creencia de que *jurídicamente* se debe la remuneración y a él debe tender el fraude del agente; no es, pues, sujeto pasivo de este delito quien entrega la prestación sabiendo que no debe hacerla, aunque crea erróneamente que el agente se la va a entregar al funcionario. En realidad, en un sistema como el nuestro, en que los particulares no tienen que remunerar la actividad de los funcionarios públicos, la supervivencia histórica de este tipo no se justifica.

§ 1176. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El perjuicio se concreta con la entrega de la prestación que no va a ser aplicada a la remuneración. Se dice que si el agente aplica realmente lo recibido a esa finalidad, el perjuicio desaparece y, por tanto, no se dará el tipo. Sin embargo, de conformidad con lo apuntado precedentemente, aquí es necesario formular algunas distinciones: si el sujeto pasivo creyó de buena fe que la remuneración era debida y el agente la aplicó a un cohecho u otra dádiva ilícita, la defraudación sigue existiendo

igualmente, porque la prestación no es jurídicamente *compensatoria* (contra: Núñez, Fontán Balestra); si el sujeto pasivo sabía que la prestación estaba destinada a una *remuneración* ilícita, no existiría defraudación por ausencia de error relevante en la víctima, y si la prestación se hace o trata de hacerse, el eventual sujeto pasivo pasa a ser autor de cohecho activo o de su tentativa o de la presentación de dádiva.

La consumación se da, pues, en los casos que hemos indicado como realmente delictuosos, con la dación de la prestación al agente por parte del sujeto pasivo. Es perfectamente concebible la tentativa.

§ 1177. *CULPABILIDAD.* – El dolo reside en el conocimiento de la falsedad de la procedencia de la remuneración y en la voluntad de invocarla para lograr la prestación de la víctima.

K) DESBARATAMIENTO DE DERECHOS ACORDADOS

§ 1178. *EL TEXTO LEGAL. CARÁCTER DE LA FIGURA.* – El art. 173, inc. 11, castiga al que “tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento, en las condiciones pactadas, de una obligación referente al mismo, sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, sea removiéndolo, reteniéndolo, ocultándolo o dañándolo, siempre que el derecho o la obligación hubieran sido acordados a otro por un precio o como garantía”.

El tipo fue incorporado a nuestro derecho por la ley 17.567. Aunque se lo ha presentado como una defraudación por abuso de confianza (Soler), si tenemos en cuenta que aquí el agente no es el que ha obtenido el poder de hecho sobre el objeto en virtud de una preexistente relación jurídica, sino el que continúa en poder del objeto o conserva sobre él facultades dispositivas de cualquier orden en virtud de la naturaleza o condiciones del negocio jurídico realizado, vemos que en realidad se trata de una defraudación por abuso de la situación jurídica o de hecho. No es, pues, ni un caso de fraude ni un caso de abuso de confianza.

§ 1179. *PRESUPUESTO: EXISTENCIA DE UN NEGOCIO JURÍDICO.* – El delito requiere la preexistencia de un negocio jurídico en virtud

del cual el agente haya otorgado a otro *un derecho sobre un bien o haya pactado sobre el mismo una obligación de carácter personal*. Tiene que tratarse de un negocio jurídico válido, y, en principio, oneroso, ya que el derecho debe haber sido *acordado por un precio o como garantía* del cumplimiento de una obligación o la obligación *debe ser asumida por un precio*.

El derecho a que se refiere el tipo es cualquier derecho real sobre un bien mueble o inmueble (el concepto de bien no se extiende aquí a los inmateriales), resultando indiferente que aquél se encuentre en poder del sujeto pasivo o del agente (siempre que el primero sea ya el titular del derecho, por el perfeccionamiento formal del respectivo negocio), puesto que, en cualquiera de esos supuestos, se puede *desbaratarlo* en el concepto típico.

La obligación personal se refiere también a un bien de la naturaleza antes dicha, con lo que, en principio, sólo quedarán comprendidas las obligaciones de dar.

El delito requiere que el precio acordado por la concesión del derecho o la asunción de la obligación haya sido pagado en su totalidad o en la medida pactada hasta el momento en que el agente realiza la acción típica, o la garantía ya se encuentre constituida, pues de otro modo no existiría posibilidad de perjuicio.

§ 1180. *EL PERJUICIO*. – Dicho perjuicio se determina en el hecho de que, no obstante el pago del precio, el sujeto pasivo ve frustrado el derecho sobre el bien al no poder ejercerlo o al no poder hacerlo con la libertad y certidumbre propias del modo en que lo adquirió, o al ver disminuida la medida o la efectividad de la garantía constituida por el bien, o al no poder exigir normalmente del agente el cumplimiento de la obligación sobre el mismo bien en las condiciones que se pactaron y con miras a las cuales pagó o comenzó a pagar.

Los resultados de las acciones típicas los enuncia la ley: la frustración del derecho sobre el bien consiste en tornarlo *imposible, incierto o litigioso*; lo primero ocurre cuando el derecho real tiene que dejarse de ejercer; lo segundo, cuando su existencia se torna jurídicamente dudosa; lo tercero, cuando la continuación del ejercicio del derecho queda supeditada a un litigio jurisdiccional con un tercero. Con referencia al cumplimiento de la obligación, el delito se da cuando la acción del agente lo incapacita para ese cumplimiento,

o éste se hace dudoso o queda pendiente del litigio jurisdiccional con un tercero.

§ 1181. *LOS MEDIOS.* – Los medios con que el autor puede producir tales resultados pueden ser actos jurídicos o hechos. El *acto jurídico* puede ser la enajenación de la cosa o cualquier otro que otorgue derecho a un tercero sobre ella, pero tiene que tratarse de un acto real; si fuera simulado, entraría en los esquemas del art. 173, inc. 6°, en que la simulación está destinada a frustrar, pero engañando, lo que ya vimos que no ocurre en el art. 173, inc. 11. Los hechos pueden ser los de *remover*, es decir, quitar el bien del lugar donde se encontraba, siempre que no estuviera en poder del sujeto pasivo, puesto que entonces se trataría del delito previsto en el art. 173, inc. 5°; *retenerlo*, es decir, negar su entrega para que el sujeto pasivo no ejerza o continúe ejerciendo el derecho o gozando de la garantía constituidos sobre el bien (la simple falta de entrega del bien, a lo que se obligó el agente en virtud del negocio jurídico, mientras no frustre un derecho o una garantía constituidos, sino que se traduzca en un mero incumplimiento de las obligaciones asumidas, no es en sí delictuoso; la doctrina aún no se ha pronunciado claramente sobre esta distinción); *ocultarlo*, es decir, hacerlo desaparecer para que no se pueda ejercer el derecho o lograr el cumplimiento forzado de la obligación; y *dañarlo*, es decir, menoscabarlo en su integridad o en sus posibilidades de utilización normal.

§ 1182. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El hecho se consuma con la realización de las acciones frustratorias, puesto que el perjuicio se produce cuando, ya realizada la disposición patrimonial por la adquisición del derecho o por la constitución de la obligación, aquéllas impiden los normales efectos de la contraprestación. Por consiguiente, la tentativa no es admisible, puesto que a la realización de esas acciones le es inherente la frustración del derecho o la garantía (Núñez, aunque antes había sostenido lo contrario).

§ 1183. *CULPABILIDAD.* – La culpabilidad exige en el autor el conocimiento del derecho que pesa sobre el bien, de la garantía u obligación constituidas sobre él y la voluntad de realizar las acciones típicas; no parece indispensable que haya querido directamente frustrar el ejercicio de los unos o el cumplimiento de la otra, por lo

que el dolo eventual, al menos en ciertos casos, podría ser compatible con la figura; lógicamente, en ese caso, el agente debe haber previsto el efecto frustratorio de las acciones que quiere realizar.

L) TIPOS AGREGADOS POR LA LEY 24.441

§ 1184. *EL ARTÍCULO 82 DE LA LEY 24.441.* – Bajo el rubro “modificaciones al Código Penal”, el título XI de esta ley (sobre “financiamiento de la vivienda y la construcción”), incorpora los siguientes incisos al art. 173 del Cód. Penal.

“12) El titular fiduciario, el administrador de fondos comunes de inversión o el dador de un contrato de *leasing*, que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes y de esta manera defraudare los derechos de los contratantes.

13) El que encontrándose autorizado para ejecutar extrajudicialmente un inmueble lo ejecutara en perjuicio del deudor, a sabiendas de que el mismo no se encuentra en mora, o maliciosamente omitiera cumplimentar los recaudos establecidos para la subasta mediante dicho procedimiento especial.

14) El tenedor de letras hipotecarias que en perjuicio del deudor o de terceros omitiere consignar en el título los pagos recibidos”.

En principio, cualquiera de estas conductas quedarían comprendidas tanto en el tipo genérico del art. 172 del Cód. Penal, como en algunos de los ya existentes como especializados en el art. 173 (p.ej., incs. 7º y 11), pero el legislador ha preferido describirlos de modo particular a los fines de la punición.

§ 1185. *DEFRAUDACIONES DEL TITULAR FIDUCIARIO, EL ADMINISTRADOR DE FONDOS COMUNES Y EL DADOR DE CONTRATO DE “LEASING”.* – El titular fiduciario es quien ha recibido una cosa en fideicomiso, obligándose a ejercer dicha propiedad “en beneficio de quien se designe en el contrato” y a transmitirla “al cumplimiento del plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario” (art. 1º, ley 24.441). Recordamos que el art. 2662 del Cód. Civil describía el dominio fiduciario (en cuanto dominio imperfecto), como aquel que se adquiere “en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir

la cosa a un tercero". Por tanto, la ley 24.441 ha modificado dicha norma sustituyéndola por la siguiente: "Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley" (art. 73, ley 24.441).

En realidad, el titular fiduciario es un verdadero administrador del fideicomiso, por lo cual la conducta punible será, en general, la de *perjudicar los bienes* que lo constituyen, disponiendo indebidamente de ellos, gravándolos o disminuyendo de otro modo su entidad. El administrador de fondos comunes de inversión es quien está encargado de la inversión y custodia de esos fondos, que constituyen "el patrimonio integrado por valores mobiliarios con oferta pública, metales preciosos, divisas, derechos y obligaciones derivados de operaciones futuras y opciones, instrumentos emitidos por entidades financieras autorizadas por el Banco Central de la República Argentina, y dinero, pertenecientes a diversas personas a las cuales se les reconocen derecho de copropiedad representados por cuota partes cartulares o escriturales..." (art. 78, ley 24.441, modificatorio del art. 1º, ley 24.083).

Dador del contrato de *leasing* es quien da cosas en locación, por medio de un contrato al que se agrega una opción de compra a ejercer por el tomador-locatario (art. 27, ley 24.441). Alguna dificultad puede presentar la circunstancia de que la ley requiere que el dador sea "una entidad financiera, o una sociedad que tenga por objeto la realización de este tipo de contratos" (art. 27, inc. a, ley 24.441); se entiende, entonces, que la respectiva punición ha de recaer sobre los directivos de la entidad o sociedad.

§ 1186. *EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE INMUEBLES.* – Además, la ley 24.441 (art. 52) dispone un régimen de ejecución de hipotecas por parte del acreedor, siempre que se trate de hipotecas "en las cuales se hayan emitido letras hipotecarias" o aquellas "en que se hubiese convenido expresamente someterse a las disposiciones" de la ley en el aspecto ejecutivo. El sujeto activo es, por consiguiente, el acreedor hipotecario; quien lo represente no puede caer en el particular tipo penal, sin perjuicio de que quede comprendido en otros de carácter defraudatorio.

El tipo describe dos conductas punibles: ejecutar la hipoteca en perjuicio del deudor a sabiendas que éste no se encuentra en mora; omitir *maliciosamente* los recaudos establecidos para la ejecución extrajudicial; esto último no significa, empero, una elevación de la tentativa a delito consumado, como en cualquier defraudación la consumación requiere perjuicio, la malicia de la omisión refiere aquí al medio, es decir, ella debe estar enderezada en procura de ese perjuicio.

§ 1187. *DEFRAUDACIÓN DEL TENEDOR DE LETRAS HIPOTECARIAS.* Las letras hipotecarias “son títulos valores con garantía hipotecaria” (art. 35, ley 24.441), que emite el deudor (art. 38) y son transmisibles por endoso (art. 40).

Tiene directa relación con el tipo penal el art. 41 de la ley 24.441: “Las letras hipotecarias tendrán cupones para instrumentar las cuotas de capital o servicios de intereses. Quien haga el pago tendrá derecho a que se le entregue el cupón correspondiente como único instrumento válido acreditativo. Si la letra fuere susceptible de amortización en cuotas variables podrá omitirse la emisión de cupones; en ese caso el deudor tendrá derecho a que los pagos parciales se anoten en el cuerpo de la letra...”.

El nuevo tipo penal del art. 173, inc. 14, del Cód. Penal se refiere, pues, a esta segunda modalidad de la letra hipotecaria; comprender en ésta la primera modalidad implicaría una integración analógica de la ley, aunque la omisión de la entrega de cupones puede quedar abarcada en el tipo del art. 172 del Cód. Penal.

III. DEFRAUDACIONES AGRAVADAS

§ 1188. *FUNDAMENTOS DE LAS AGRAVANTES.* – Las razones de agravación de la pena en las hipótesis que vamos a ver a continuación habíanse determinado en “la cantidad del daño que se puede causar con el delito” y “en la menor defensa que puede oponerse a éste” (Exposición de motivos del Proyecto de 1891). Aunque la doctrina ha dudado de que esas razones aparezcan en todos los casos del art. 174 del Cód. Penal, es apreciable que, en la mayoría de ellos, el agente puede ver facilitada su actividad defraudatoria por la si-

tuación en que los objetos se encuentran, por las particulares circunstancias que abren mayores posibilidades a la disimulación o al engaño defraudatorio, o por la especial calidad del sujeto pasivo. Pero tenemos que reconocer que ese entorno no se da con referencia al inc. 5º, en el que, en apariencia, el legislador atendió a la necesidad de proteger más intensamente al patrimonio del Estado por su naturaleza o por las finalidades a que se afecta (repercusión general del perjuicio), más que a las facilidades que se pueden ofrecer a la actividad del agente y, en el inc. 4º, ha tenido fundamentalmente en cuenta las repercusiones de la acción sobre otros bienes jurídicos. De cualquier manera, tenemos que admitir que estas agravaciones responden a una opción bastante arbitraria del legislador, ya que algunos de los casos que vimos en el art. 173 del Cód. Penal, presentan razones de punibilidad muy similares a las que apoyan las disposiciones que pasamos a estudiar.

A) ESTAFA DE SEGURO O PRÉSTAMO A LA GRUESA

§ 1189. *EL TEXTO LEGAL. CARÁCTER DEL DELITO.* – El art. 174, inc. 1º, del Cód. Penal impone prisión de dos a seis años, al “que para procurarse a sí mismo o procurar a otro un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador o de un dador de préstamo a la gruesa, incendiare o destruyere una cosa asegurada o una nave asegurada o cuya carga o flete estén asegurados o sobre la cual se haya efectuado un préstamo a la gruesa”.

Trátase de una defraudación por fraude, en la cual éste se determina en un ardid “especialmente definido” (Soler), por medio del cual el agente procura inducir en error al sujeto pasivo para que lo pague lo no debido, o para que no le exija la devolución de lo debido, aparentando la existencia de circunstancias que justificarían aquel pago o esta no devolución. El delito vulnera, pues, el derecho del asegurador a no pagar la indemnización o la del dador del préstamo a la gruesa a exigir la devolución de lo prestado.

§ 1190. *PRESUPUESTO DEL DELITO: SEGURO, PRÉSTAMO A LA GRUESA.* – Como se ve, es presupuesto del delito la existencia de un seguro o de un préstamo a la gruesa. El contrato de seguro existe cuando una persona (el asegurador) se ha obligado “mediante una

prima o cotización a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto" (art. 1º, ley 17.418). El préstamo a la gruesa es, como establecía el art. 1120 del Cód. de Comercio, el contrato por el cual "una persona [dador] presta a otra, cierta cantidad sobre objetos expuestos a riesgos marítimos, bajo la condición de que, pereciendo esos objetos, pierde el dador la suma prestada, y llegando a buen puerto los objetos, devuelva el tomador la suma con un premio estipulado". El contrato debe conformarse, claro está, en un título válido y las acciones típicas tienen que aparentar las circunstancias, según las cuales el asegurador debe pagar la indemnización o el dador no poder exigir la devolución de lo prestado con la suma en más que se hubiera estipulado, ya que de otro modo no se daría la posibilidad de perjuicio (p.ej., si el agente aparenta circunstancias de pérdida por su propia culpa, cuando ese supuesto esté excluido de la procedencia de la indemnización).

Si bien el régimen del préstamo a la gruesa no ha sido contemplado en la ley 20.094 de navegación, que derogó los artículos respectivos del Código de Comercio —por haber caído en desuso el instituto—, el contenido del tipo, empero, no desaparece del todo en ese aspecto, ya que, por no ser un contrato prohibido, existe la posibilidad de que pueda ser utilizado; sus conceptos, por lo tanto, deben seguirse adecuando a los que, en la época de la sanción de la ley penal, eran integrativos del tipo.

§ 1191. *ACCIONES TÍPICAS.* — Las acciones que constituyen el ardid propio de la tipicidad y que concretan el fraude, son las de *incendiar* o *destruir* la cosa asegurada, la nave o su carga, o los fletes asegurados o sobre los cuales se ha realizado el préstamo a la gruesa. Por consiguiente, cualquier otra acción que se lleve a cabo para cobrar indebidamente un seguro (p.ej., lesionar a pasajeros o tripulantes para que los mismos cobren la indemnización), podrá encuadrarse en la figura genérica de estafa, no en esta defraudación, no sólo por la falta de idoneidad típica de la acción, sino también del objeto.

El incendio o la destrucción pueden importar la pérdida parcial o total del bien; en el primer caso es suficiente con que alcance a constituir el daño indemnizable o la circunstancia que, según el contrato de préstamo a la gruesa, hace improcedente la reclamación de la devolución de la suma prestada o el pago del premio estipulado.

§ 1192. *CONFLUENCIA DE FIGURAS.* – Con relación a las acciones típicas se ha planteado un delicado problema de confluencia de figuras. El incendio o la destrucción del bien asegurado puede constituir un delito contra la seguridad común (arts. 186 y ss., y 190 y ss., Cód. Penal), cuando ha creado una situación de peligro de aquella naturaleza; prácticamente en forma unánime la doctrina se ha pronunciado en el sentido de que en esos casos la figura del art. 174, inc. 1º, queda desplazada por la correspondiente al delito contra la seguridad común y que, de consumarse el perjuicio (p.ej., el pago de la indemnización), se daría un concurso real entre esta última figura y la estafa del art. 172 del Cód. Penal; se invoca como razón de ser de la consumación propuesta como solución, la mayor punibilidad de las figuras contra la seguridad común, lo cual no parece correcto, ya que en el art. 174, inc. 1º, hay un elemento subjetivo que autonomiza el hecho delictivo y no permite insertar el caso propuesto en ninguno de los principios del concurso aparente, además de que, si se tomase como criterio de consunción la mayor punibilidad, nos hallaríamos con que en los casos de creación culposa de peligro común (arts. 189 y 192, Cód. Penal; p.ej., que el incendio haya adquirido una magnitud no querida), debería ser la figura del art. 174, inc. 1º, la desplazante, lo que resultaría notoriamente inexacto. En verdad puede estimarse que lo más adecuado dogmáticamente es que, cuando el incendio o la destrucción han originado un peligro común y fueron emprendidos con la finalidad típica del art. 174, inc. 1º, hay un concurso ideal entre esta figura y la correspondiente al delito contra la seguridad común.

§ 1193. *ASPECTO SUBJETIVO.* – Subjetivamente las acciones de incendiar o destruir tienen que ser realizadas por el agente *para* procurar para sí o para otro un provecho ilegal. Este provecho está constituido por el pago de la indemnización por el asegurador o el impedimento al reclamo del préstamo o de su premio, o ambas cosas por el dador del préstamo a la gruesa. Mas, para que aparezca este elemento, no es indispensable que haya habido una contratación maliciosa del seguro o del préstamo –es decir, originalmente hechas con la voluntad de defraudar–, ni lo elimina la circunstancia de que el valor de la cosa destruida o incendiada sea superior al valor de la indemnización o del préstamo, ya que aquí *provecho* significa el cobro indebido o la indebida no devolución.

§ 1194. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – Está de acuerdo la doctrina en que el delito se consuma con la realización de las acciones de incendiar o destruir con la finalidad típica. En el caso del seguro es evidente que la ley no requiere más que un perjuicio potencial: la consumación típica se da antes que aquél se haga efectivo mediante el pago de la indemnización; si se lo logra, trátase ya de una consecuencia agotadora del delito, que no agrava ni cambia el título de la imputación; ni siquiera es necesario que se haya intentado el cobro: el delito se perfecciona con la acción destructiva. Pero no se puede sostener lo mismo respecto del préstamo a la gruesa, donde la prestación ha sido hecha ya por el sujeto pasivo antes del incendio o la destrucción, con lo cual el perjuicio realmente se hace efectivo (no es meramente potencial) cuando tales acciones se producen, por lo menos en lo que atañe a la cantidad prestada, aunque la relación perjudicante puede ser igual a la del caso del seguro con relación al premio estipulado. Es posible la tentativa en todos los supuestos.

§ 1195. *SUJETOS.* – Autor puede ser el beneficiario del seguro o del préstamo o un tercero que procure el provecho de aquél en connivencia con él o al margen de una colusión delictiva.

Sujeto pasivo es el asegurador o el dador del préstamo a la gruesa, sea el que originalmente contrató o el que se ha transformado en titular de las obligaciones y derechos por cesión posterior de ellos.

§ 1196. *CULPABILIDAD.* – La culpabilidad requiere, como en todas las defraudaciones por fraude, el dolo directo.

B) DEFRAUDACIONES A MENORES E INCAPACES (CIRCUNVENCIÓN DE INCAPACES)

§ 1197. *EL TEXTO LEGAL. CARÁCTER DE LA FIGURA.* – El art. 174, inc. 2º, del Cód. Penal castiga con la misma pena que en el delito precedente al que “abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo”.

Es ésta una defraudación que no requiere, necesariamente, el engaño del sujeto pasivo, por lo cual no se la puede colocar en el es-

quema de los fraudes; ni se trata de un abuso de confianza, ya que, precisamente, el modo de comisión indica que no es la utilización de un poder otorgado sobre los bienes de aquél, en virtud de una preexistente relación jurídica, lo que el agente emplea abusivamente, sino que se prevalece de la particular situación en que, por sus limitaciones, se encuentran el menor o el incapaz.

§ 1198. *EL ABUSO DE LA SITUACIÓN.* – El abuso de la situación se refiere al aprovechamiento, por parte del agente, de las necesidades, pasiones o inexperiencia del menor o incapaz con la finalidad de lograr el resultado típico. Abusa el que explota esas manifestaciones del ánimo o este menor grado de conocimientos del sujeto pasivo; no basta que esas circunstancias hayan servido en provecho del autor; es necesario que éste se haya propuesto aprovecharlas; pero lo que no es necesario es que el mismo agente haya suscitado o exacerbado la necesidad o la pasión, ni dado pie a un error al que contribuyera la inexperiencia; es suficiente con que se valga de aquéllas o de éste, aunque también queda inserto en el tipo quien para valerse de ellos suscita, mantiene o enardece la pasión o la necesidad o utiliza la inexperiencia para engañar al sujeto pasivo. El delito, pues, no es incompatible con ciertas formas de engaño, siempre que éste se funde en el desconocimiento de la víctima originado en su falta de experiencia o en las perturbaciones anímicas provenientes de los otros factores.

Entiéndese por *necesidad* todo interés o inclinación pronunciada del ánimo como manifestación de la edad o incapacidad, no los que proceden de situaciones que objetivamente pueden afectar a cualquier persona, aunque no se hallen en la situación del incapaz. *Pasiones* son los afectos o apetitos que la inmadurez o la inexperiencia no permiten dominar como lo haría una persona sin esas limitaciones. *Inexperiencia* es la falta de conocimientos, generalmente de índole práctica, sobre un negocio o actividad, derivada de las escasas oportunidades para realizarlos que ha tenido el menor o incapaz.

§ 1199. *LOS SUJETOS PASIVOS.* – Evidentemente, al agravar esta figura de defraudación la ley ha tomado en cuenta las menores posibilidades de discernimiento del sujeto pasivo para comprender el carácter dañoso del acto que realiza o su efecto patrimonial. Esto

fija los límites interpretativos con respecto a quién puede ser sujeto pasivo.

Menor es quien no alcanzó aún la edad fijada por la ley civil (art. 126, Cód. Civil) para realizar por sí los actos de la vida civil (art. 129, Cód. Civil), es decir, el que no ha cumplido los veintún años. Pero si se trata de un menor emancipado (arts. 131, 134 y 135, Cód. Civil) o autorizado para ejercer el comercio (arts. 10 a 12, Cód. de Comercio), el delito no puede cometerse respecto de los actos en que la ley permite al menor actuar válidamente por sí mismo, ya que en ellos es, precisamente, la plenitud del discernimiento del menor sobre sus consecuencias a lo que se atiende para permitir su habilitación; las defraudaciones contra estos menores y con relación a esos actos, aunque el autor se haya aprovechado de las deficiencias propias de la edad, quedarán comprendidas en las figuras básicas correspondientes.

Es *incapaz*, en el sentido de la ley penal, todo el que, por circunstancias permanentes o transitorias, en el momento del hecho, se encuentra afectado por disminuciones de su inteligencia, voluntad o juicio (Núñez), que lo prive o amengüe aquel discernimiento; este concepto surge de las palabras mismas de la ley (“declarado o no declarado tal”); por lo tanto, esa condición puede coincidir o no con alguna de las categorías de personas que pueden ser declaradas incapaces (arts. 141, 152 *bis* y 153, Cód. Civil). No serán sujetos pasivos de este delito, por consiguiente, las personas cuyas incapacidades se determinan exclusivamente en la imposibilidad de hecho de realizar los actos civiles, como ocurre con los penados, según el art. 12 del Cód. Penal (contra: Soler, pensando que el agente puede abusar de la situación del penado, pero está claro que en el caso no se da la razón de ser de la agravante).

§ 1200. *LA ACCIÓN TÍPICA.* – El abuso de las deficiencias del sujeto pasivo tiene que ir enderezado a lograr que *él firme un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo.*

El efecto jurídico del documento que el sujeto pasivo ha de firmar tiene que ser de carácter patrimonial, pues de otro modo no habría agravio a la propiedad. Ese efecto jurídico debe surgir del mismo documento (reconocimiento de una deuda, liberación de una obligación, etc.) o poder surgir del mismo (documento en blanco

destinado a asentar manifestaciones de voluntad de índole patrimonial); no es suficiente con que el efecto patrimonial pueda motivarse indirectamente en el documento (reconocimiento de culpa en un accidente, carta injuriosa por la cual se pueda demandar indemnización). El documento debe ser de tal índole que, en principio, pueda considerárselo hábil para producir un daño en el patrimonio del menor o de un tercero, o sea que potencial o efectivamente pueda producir un detrimento en él por medio de una prestación no compensatoria. La prestación compensatoria, aunque resulte superflua o económicamente inconveniente, no queda comprendida dentro de los límites del abuso típico, aunque el autor se haya prevalido de las deficiencias del sujeto pasivo (p.ej., el vendedor que, advirtiendo la inexperiencia del menor, le hace firmar un contrato de compra de un automotor de gran precio o de un lote de animales de raza, que constituyen erogaciones inconvenientes para su patrimonio o para la explotación de campo que realiza; para Soler se trata de aquellos casos en que el agente no obtiene otro lucro que el normal en la especie de negocio que se realiza).

El hecho es punible *aunque el acto sea civilmente nulo*: la ley se refiere aquí a cualquier nulidad del documento, aun a la que se motive en causas que no respondan específicamente a la incapacidad civil de los otorgantes.

§ 1201. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El delito se consuma con la firma del documento por parte del sujeto pasivo; es suficiente el peligro potencial que nace en ese momento para el patrimonio de aquél o de un tercero, sin que sea necesario que el daño se haya concretado efectivamente, ni siquiera que el agente haya pretendido utilizar el documento para hacerlo efectivo. El perjuicio inferido no agrava el hecho, ni el ilícito desaparece por la ratificación posterior del firmante ya en pleno uso de su capacidad civil, ni por el desistimiento del agente a la reclamación que puede motivar el documento.

Es posible la tentativa, que puede estar constituida por los actos de abuso tendientes al logro de la firma, sin que ésta haya llegado a imprimirse en el documento.

§ 1202. *CULPABILIDAD.* – La culpabilidad, formada exclusivamente por dolo directo, exige el conocimiento de la minoridad o incapacidad del sujeto pasivo; la ley no requiere que estas calidades

sean *notorias*: es suficiente su conocimiento por el agente y la voluntad de abusar de los defectos propios de las situaciones para lograr la firma del menor o incapaz en el documento con efectos patrimoniales dañosos.

C) DEFRAUDACIÓN POR USO DE PESAS O MEDIDAS FALSAS

§ 1203. *EL TEXTO LEGAL. CARÁCTER DE LA FIGURA.* – El art. 174, inc. 3º, del Cód. Penal castiga con igual pena al que “defraudare usando de pesas o medidas falsas”.

Es una defraudación por fraude, que se caracteriza por la peculiar naturaleza del ardid empleado: el uso de pesas o medidas falsas. Es, por lo tanto, una especie agravada de la defraudación contemplada en el art. 173, inc. 1º.

§ 1204. *FALSEDAD DE LAS PESAS O MEDIDAS.* – Usa pesas o medidas falsas quien emplea las que son inexactas con conocimiento de su inexactitud; justamente la falsedad estriba en la circunstancia de que la pesa o medida es utilizada por el agente ante la víctima como si fueran exactas y por ese medio la induce en error sobre lo que le da o sobre lo que recibe de ella; es la facilidad para perpetrar este ardid la que –junto con la eventual repetición de los actos– ha motivado al legislador para calificar el delito.

§ 1205. *AUTORIA.* – Como el daño patrimonial se establece en la diferencia entre lo que la víctima cree recibir o dar y lo que efectivamente recibe o da, únicamente puede ser autor el que utiliza las pesas o medidas para pesar o medir lo que da, o para pesar o medir lo que recibe.

§ 1206. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El delito se consuma cuando se *defrauda*, esto es, cuando se produce efectivamente el perjuicio patrimonial; eso ocurre cuando por lo pesado o medido el sujeto pasivo entrega la contraprestación correspondiente, o cuando, habiendo entregado ya esa contraprestación, recibe lo inexactamente pesado o medido, que resulta con diferencia en menos de aquello que creyó pagar o entrega más de lo que creyó entregar en virtud de la falsedad de la pesa o medida. Antes de esos momentos,

si la pesa o medida falsa ha sido ya utilizada con la finalidad típica, sin que el sujeto pasivo entregue la contraprestación o las cosas, el hecho permanece en grado de tentativa.

§ 1207. *CULPABILIDAD.* – Siendo un hecho de falsedad, el dolo requiere el conocimiento del autor de la inexactitud de la pesa o medida y la voluntad de utilizarlas para engañar al sujeto pasivo con el fin de perjudicarlo patrimonialmente. Sólo cabe, pues, el dolo directo.

D) FRAUDE CON MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN.

FRAUDE DEL EMPRESARIO O CONSTRUCTOR Y DEL VENDEDOR

§ 1208. *EL TEXTO LEGAL. VARIACIONES.* – Al retornarse al texto original del Código se ha mantenido sólo lo que era la parte 1ª del inc. 4º, en la versión de la ley 21.338, que pune con la pena agravada al “empresario o constructor de una obra cualquiera o el vendedor de materiales de construcción que cometiere en la ejecución de la obra o en la entrega de los materiales, un acto fraudulento capaz de poner en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del Estado”.

§ 1209. *FIGURA BÁSICA. SU CARÁCTER.* – Aunque el núcleo de la figura es el fraude en la entrega de cosas similar al del art. 173, inc. 1º, que se especializa aquí por las particulares circunstancias en que se produce y el peligro que crea, alguna doctrina ve en ella una manifestación del abuso de confianza por el hecho de que en algún caso se comete en la ejecución de un contrato preexistente (Soler), lo cual no es exacto, ya que no se trata de contratos que creen un poder en el agente sin el contralor del otro contratante. Es, pues, una figura de fraude, en la que se engaña al sujeto pasivo sobre la calidad o cantidad de los materiales que se emplean o suministran.

§ 1210. *ACCIÓN TÍPICA.* – La acción está constituida por *cualquier acto fraudulento*, o sea, por cualquier acto de engaño que, en este delito, puede consistir en no ejecutar la obra en la forma convenida o debida, ocultando la diferencia al sujeto pasivo, o en no

suministrar los materiales de la calidad o en la cantidad que se entendió adquirir, sin hacérselo conocer al adquirente.

Lo primero no se da en la construcción de la obra con defectos técnicos, sino en una ejecución en que el constructor o empresario logra costos menores, en detrimento del propietario, disminuyendo la calidad o cantidad de los materiales o no ejecutando trabajos necesarios para otorgarle la seguridad debida.

Lo segundo se da cuando la calidad o cantidad de los materiales son distintas de las convenidas, siendo su valor menor que el de los materiales que debieron haberse entregado.

Cuando el valor de los materiales utilizados, entregados o de la ejecución es igual a los que debieron utilizarse o entregarse o a la forma de ejecución que se debió realizar, podrán darse otros delitos (contra seguridad común), pero no una defraudación, ya que no hay entonces posibilidad de perjuicio por medio de una contraprestación no compensatoria.

§ 1211. *CALIDAD DEL ACTO DE FRAUDE.* – El acto fraudulento debe ser capaz de poner en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del Estado, lo que pasa cuando a raíz de las deficiencias de los materiales o de la ejecución se crea la posibilidad de que la destrucción total o parcial de las obras cause daños materiales a bienes o personas indeterminados o que las deficiencias de ellas amenazan la seguridad del Estado en su integridad territorial o soberanía, por no resultar adecuadas a las finalidades de resguardo de esa seguridad, para cuya función se la convino o estaba destinada, siendo indiferente que la ejecución se haya realizado en tiempo de paz o de guerra.

No es indispensable que este peligro revierta sobre la persona damnificada por el fraude o sus bienes, ni que el perjuicio respectivo ataque el patrimonio del Estado; basta que haya peligro respecto de cualquier persona, cualquier bien o la seguridad del Estado, aunque éste no sufra una pérdida de carácter económico distinta de la consumada mediante el fraude.

§ 1212. *EL RESULTADO TÍPICO Y LA CONSUMACIÓN.* – La creación de aquel peligro es un requisito que califica como típico el acto de fraude según el art. 174, inc. 4°; si no se da podremos estar ante una

estafa genérica o ante la defraudación del art. 173, inc. 1º; pero no es determinante del momento consumativo, que, como en la generalidad de las defraudaciones es aquel en que se produce el perjuicio económico, sea con el pago del precio por el material o la obra ejecutada, sea con la entrega del material o de la obra realizada si el precio se ha pagado antes. Cuando el precio no se ha pagado y el material o la obra se han suministrado o ejecutado fraudulentamente, el delito no supera la etapa de la tentativa.

§ 1213. *AUTORÍA.* – Autores del delito son el empresario, es decir, el titular de la empresa que ejecuta la obra; el constructor, es decir, el que dirige técnicamente la construcción de la obra decidiendo sobre los materiales a emplear y los modos de ejecución, y el vendedor de los materiales; en este último caso es sujeto activo sólo el que entrega materiales por un contrato de venta (art. 1323, Cód. Civil, y art. 450, Cód. de Comercio), pero no el que lo hace en otro concepto. Si quien vende los materiales es, a la vez, empresario o constructor, no se multiplica la delictuosidad de la acción, lo que tampoco ocurre si se da connivencia entre el vendedor y cualquiera de los otros autores: cada uno de ellos responde por su propia acción a título de autor.

Sujeto pasivo puede ser el propietario de la obra o el empresario cuando éste ha sido adquirente de buena fe de los materiales.

§ 1214. *CULPABILIDAD.* – El dolo requiere el conocimiento de las diferencias de los materiales que se proveen o utilizan respecto de los convenidos y de las deficiencias en la ejecución de la obra y la voluntad de proveer o utilizar aquéllos o realizar ésta de ese modo, ocultándolo o, por lo menos, no manifestándoselo al sujeto pasivo, con el fin de perjudicarlo patrimonialmente.

§ 1215. *FIGURAS AGRAVADAS. SU DEROGACIÓN.* – Pese a la resistencia de los senadores, se dejó sin efecto la parte 2ª del inc. 4º, que disponía la aplicación de la pena del art. 187 cuando, a raíz del acto fraudulento, “se hubiere producido desmoronamiento o el derumbe del edificio”. Esa norma –procedente de la ley 18.953– permitía extender la pena del art. 187 a los casos en que el hecho ruinoso apareciese como resultado preterintencional de la conducta defraudatoria; con su eliminación, esa extensión ya no es posible,

por lo que en aquéllos sólo queda el expediente de concursar esta particular figura de defraudación agravada con el estrago culposo del art. 189, lo que no dejará de presentar dificultades dogmáticas de distinto orden.

También queda derogado el párr. 2º del inc. 4º, según la ley 21.338, que castigaba las omisiones de “vigilar o controlar debidamente la ejecución de las obras estando obligados a ello por convenio o reglamentación” (asimismo la Cámara de Senadores proyectó su mantenimiento), por lo que estas conductas –en cuanto no resulten contribuciones, convergentemente intencionales, al acto fraudulento del autor de las acciones prohibidas en el texto tal como ha quedado– se marginan de la responsabilidad penal, salvo lo que resulte de la configuración de omisiones fundadoras de delitos contra la seguridad común o en la que se desprenda de una eventual tipicidad de delitos contra la Administración.

E) FRAUDE EN PERJUICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

§ 1216. *EL TEXTO LEGAL. RAZÓN DE SER DE LA AGRAVANTE.* – El art. 174, inc. 5º, del Cód. Penal aplica también la misma pena de dos a seis años de prisión para “el que cometiere fraude en perjuicio de alguna Administración pública”.

La determinación típica de la agravante no se da por la calidad ni del sujeto activo ni del sujeto pasivo de la actividad de fraude, sino por el ofendido, es decir, en razón de la titularidad del bien que es objeto del delito.

§ 1217. *LA REMISIÓN A LAS FIGURAS ANTERIORES.* – Si bien el tipo habla de *fraude*, la doctrina está de acuerdo en que la remisión de la ley es a todas las formas defraudatorias que hemos visto precedentemente, ya se las cometa por fraude, ya se utilice el abuso de confianza o de situaciones para defraudar a la Administración.

§ 1218. *TIPICIDAD DE LA OFENSA.* – El delito se comete cuando el patrimonio ofendido es la Administración pública en cualesquiera de sus ramas, lo cual ocurre cuando la propiedad que él ataca pertenece a una entidad que es persona de derecho público. La vulneración de la propiedad perteneciente a personas de derecho privado

(p.ej., ciertas fundaciones) no queda comprendida en el tipo, aunque se haya reconocido un interés público en su funcionamiento.

Por el contrario, si la propiedad pertenece a una entidad de carácter público, ya constituya uno de los poderes del Estado, o de las municipalidades, o que posea autarquía dentro de la Administración, no interesa ni el origen del bien que el delito afecta directamente (p.ej., puede tratarse de una sociedad con capitales mixtos), ni el hecho de que la actividad desplegada por la entidad no sea de estricto carácter público (p.ej., que sea una actividad comercial o industrial).

§ 1219. *SUJETOS.* – Autor del delito puede ser cualquier persona: particular, funcionario o empleado; con respecto a estos dos últimos al tratar de los delitos contra la Administración veremos los problemas de confluencia de figuras que puedan plantearse.

En cuanto al sujeto pasivo, en los casos de abuso de confianza o de situaciones, puede coincidir con la persona del ofendido, es decir, tratarse de la misma Administración pública, no así en los casos de fraude, donde el sujeto pasivo del engaño tiene que ser una persona individual, que tanto puede ser un empleado o funcionario como un particular que, por cualquier causa, se encuentre a cargo del bien defraudado (p.ej., en virtud de un contrato de obra pública).

§ 1220. *CONSUMACIÓN.* – El perjuicio que en cada caso concreta la consumación de estas defraudaciones es el que directamente se causa a la propiedad de la Administración, pero no quedan comprendidos por el tipo los perjuicios que sólo indirectamente provienen del hecho fraudulento o abusivo (p.ej., el costo de una auditoría para detectar la existencia o inexistencia del dinero que se defraudó). Por supuesto que no elimina la existencia del perjuicio, ni releva de la responsabilidad penal, el hecho de que un responsable civil (p.ej., el contratista) deba responder por él.

§ 1221. *CULPABILIDAD.* – El dolo requiere, por supuesto, el conocimiento de la titularidad del patrimonio afectado por la defraudación; si tal conocimiento no existe, la agravante no funciona y la conducta quedará encuadrada en cualquiera de las figuras básicas o en las de este art. 174, incs. 1º, 3º y 4º.

F) PUNIBILIDAD DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

§ 1222. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 174, párrafo final, dispone que “en los casos de los dos números precedentes [incs. 4º y 5º], el culpable, si fuere empleado público, sufrirá además inhabilitación especial perpetua”.

§ 1223. *CONCEPTO DE “EMPLEADO”.* – Es indudable que el término empleado está utilizado aquí con mayor amplitud que en el art. 77 del Cód. Penal, que se refiere al funcionario, es decir, al que participa en la función pública. En la disposición del art. 174 queda comprendido todo el que se encuentre en relación de dependencia administrativa, ya se trate de un funcionario en el sentido precedentemente expuesto, o de quien sólo coadyuva a esa función sin participar en ella, o sea, de un empleado propiamente dicho.

§ 1224. *LA INTERVENCIÓN DEL EMPLEADO.* – La intervención del funcionario o empleado en los delitos previstos por el art. 174 en sus incs. 4º y 5º, puede asumir cualquier carácter: el de autor, cómplice o instigador y, en el caso del inc. 4º, comprende tanto la figura básica de fraude, como la agravada por el resultado.

IV. DEFRAUDACIONES ATENUADAS

§ 1225. *CARACTERÍSTICA COMÚN.* – Las defraudaciones atenuadas, previstas por el art. 175 del Cód. Penal, tienen en común que en todas ellas el agente abusa de las situaciones en que se encuentran las cosas que son objeto de la acción o el sujeto pasivo de ella.

A) APROPIACIÓN ILÍCITA DE COSAS PERDIDAS O TESOROS

§ 1226. *CARÁCTER DEL DELITO. PRESUPUESTO.* – El art. 175 del Cód. Penal –que determina una pena de pesos un mil a pesos quince mil (según ley 24.286, BO, 29/12/93), para todos los delitos que prevé– castiga en su inc. 1º al que “encontrare perdida una cosa que no le pertenezca o un tesoro y se apropiare la cosa o la parte

del tesoro correspondiente al propietario del suelo, sin observar las prescripciones del Código Civil”.

Es una defraudación porque el agente no se apropia de la cosa quitándola de la tenencia de un tercero, sino que lo hace abusando de la situación en que lo coloca su hallazgo, frustrando de ese modo los derechos que a ella tienen su propietario o el dueño del predio donde se encontró el tesoro.

La cosa o el tesoro deben ser *encontrados*, es decir, hallados, sea por casualidad (en el sentido vulgar, no en el del Código Civil, que no corresponde estrictamente a él), sea porque específicamente el agente programó su búsqueda, siempre que lo haya hecho por sí; no *encuentra* el que busca por el propietario de la cosa perdida o por el dueño del predio donde el tesoro se halla y si se apodera de ellos una vez localizados comete hurto, ya que esa localización hace entrar la cosa en la tenencia de aquél. Tampoco queda comprendida en esta particular defraudación sino en el hurto, la actividad del que se apropia de la cosa hallada por un tercero.

§ 1227. *OBJETOS DEL DELITO.* – Es cosa perdida toda cosa mueble, con valor económico, que ha salido involuntariamente de la tenencia del propietario o de quien la tenía por él, sin que sepa donde está o, sabiéndolo, no pueda llegar a ella (p.ej., si se encuentra en el fondo del mar) y sin que otro se haya apoderado de ella. La pérdida puede obedecer a un olvido o inadvertencia del tenedor o a un acto realizado por necesidad (p.ej., arrojarla por la borda para evitar naufragio, art. 2528, Cód. Civil). No es cosa perdida la que se ha extraviado dentro del propio ámbito en que se ejerce la tenencia del propietario o su representante (p.ej., herramienta de jardinería que ha caído en medio de un seto del parque de la casa) y su apoderamiento ilegítimo constituye hurto.

Tesoro es “todo objeto que no tiene dueño conocido, y que está oculto o enterrado en un inmueble, sea de creación antigua o reciente, con excepción de los objetos que se encuentren en los sepulcros, o en los lugares públicos, destinados a la sepultura de los muertos” (art. 2551, Cód. Civil).

Pero mientras la cosa perdida sigue siendo propiedad de su dueño, el tesoro pertenece por mitades al descubridor y al propietario del predio donde se hallare. La conducta defraudatoria en el primer

caso se refiere al objeto en su totalidad y a cada una de sus partes, en tanto que el segundo se relaciona a la mitad correspondiente al propietario del predio donde el tesoro fue encontrado, siempre y cuando se trate de un descubridor legítimo (arts. 2552, 2553 y 2563, Cód. Civil); el descubridor ilegítimo o subrepticio no tiene derecho a parte alguna del tesoro que pertenece en su totalidad al dueño del lugar donde fue hallado (art. 2561, Cód. Civil).

§ 1228. *LA ACCIÓN TÍPICA. EL ELEMENTO NORMATIVO.* – La conducta típica es la de *apropiarse* de la cosa perdida o de la parte que no corresponde al descubridor del tesoro, *sin observar las prescripciones del Código Civil*. Se apropia, en el sentido del tipo, el que se adueña de la cosa o de la parte del tesoro que no le corresponde, sea realizando actos de dueño (vender, destruir, dar, transformar) o reteniéndolas sin cumplir esas obligaciones durante un lapso suficiente para haber tenido oportunidad de hacerlo. Tales obligaciones, en el caso de cosas perdidas, son las de dar inmediata noticia al dueño si lo conoce o hubiera podido conocerlo (art. 2532, Cód. Civil) o, en su defecto, entregarlas al juez o a la policía del lugar (art. 2534, Cód. Civil) y, en el caso de los tesoros, entregar la parte correspondiente al propietario del predio donde lo encontró (o su totalidad, según fuese el caso).

No comete este delito el hallador de la cosa perdida *que no la toma* porque no coincide su acción con la descripción típica y la ley lo autoriza expresamente a asumir esa actitud (art. 2531, Cód. Civil), ni el que la toma y la abandona sin apoderarse de ella, aunque haya omitido dar noticia al dueño o no la haya puesto a disposición de la autoridad, sin perjuicio de las responsabilidades civiles que puedan incumbirle (art. 2531, Cód. Civil).

§ 1229. *CONSUMACIÓN.* – El delito se consuma con la realización de actos expresos de apropiación o con la retención de la cosa o el tesoro más allá del tiempo en que normalmente se ha tenido oportunidad de proceder de acuerdo con las prescripciones civiles sin haber cumplido las respectivas obligaciones. Es admisible la tentativa y se pone como ejemplo la disimulación de la cosa en el lugar del hallazgo o descubrimiento con el fin de disponer inmediatamente de ella, que se frustra por causas ajenas a la voluntad del agente (apoderamiento por un tercero extraño), pero la retención en

ese lugar por un tiempo prolongado puede constituir consumación según lo vimos precedentemente.

§ 1230. *CUESTIÓN CON RELACIÓN A LOS DOCUMENTOS REPRESENTATIVOS DE VALORES.* – Se discute la presencia de la tipicidad en los casos de documentos representativos de valores o que otorgan facultades para tomar determinadas cosas como son las contraseñas que permiten retirar objetos depositados; para la doctrina mayoritaria quien los encuentra y los utiliza comete la estafa del art. 172 del Cód. Penal, lo cual es exacto cuando el autor tiene que utilizar un ardid o engaño sobre su personalidad (p.ej., cuando tiene que utilizar un nombre supuesto o invocar una calidad simulada), pero no cuando simplemente le basta con presentar el documento hallado para obtener la cosa, en que la presentación es la forma de apropiarse de lo hallado; en este caso, aunque lo valioso sea la cosa representada, parece más congruente pensar que es igualmente una hipótesis contemplada por el art. 175, inc. 1º.

§ 1231. *CULPABILIDAD.* – El dolo requiere el conocimiento de que es una cosa perdida o un tesoro el objeto de la apropiación; no es indispensable la certeza de este conocimiento, es suficiente la duda sobre tales calidades (posibilidad de que lo sean) y la voluntad de apoderarse de ellos. El error sobre esas circunstancias o la creencia de que se actúa en forma jurídicamente correcta al apoderarse, por un error sobre la ley extrapenal, pueden excluir el dolo.

B) APROPIACIÓN POR ERROR O CASO FORTUITO

§ 1232. *CARÁCTER DEL DELITO. ACCIÓN TÍPICA.* – El art. 175, inc. 2º, pune al que “se apropiare de una cosa ajena, en cuya tenencia hubiera entrado a consecuencia de un error o de un caso fortuito”.

Es una defraudación en la que el agente abusa de la situación en que se encuentra respecto del objeto que llegó a su tenencia por circunstancias ajenas a la voluntad dolosa propia, frustrando el derecho que tiene otra persona a que le sea restituido.

También la acción es la de *apropriarse* realizando sobre la cosa actos propios de dueño o reteniéndola después del tiempo en que normalmente pudo ser restituida; pero, a diferencia de lo que ocurre

en el art. 175, inc. 1º, la tenencia no procede aquí de una actividad anterior del agente (encontrar y tomar la cosa), sino de la actividad de terceros o de hechos acaecidos sin intervención de persona alguna: o sea, de un error de alguien o de un caso fortuito.

§ 1233. **EL ERROR.** – El error típico puede ser el del dador de la cosa, siempre que no haya tenido origen en la actividad dolosa del agente o un tercero en connivencia con él; o puede ser el error del mismo agente que toma la cosa que se le da creyendo que debe o puede hacerlo (de otro u ocupándola sin que le haya sido dada). Cuando el error del dador de la cosa proceda de la actividad dolosa de un tercero conocida por el receptor, estaremos en el terreno del fraude, si éste no sólo se aprovecha del error suscitado por aquél, sino que lo mantiene con ardid o engaño; si se limita a aprovecharlo, sí estaremos en la figura estudiada.

§ 1234. **CASO FORTUITO.** – Caso fortuito es aquí todo hecho humano involuntario (p.ej., caída a la finca del vecino de la herramienta con que se trabaja), o de los animales (p.ej., animal doméstico que escapa de su dueño) o de la naturaleza (p.ej., vendaval, que arroja chapas de una finca sobre el terreno de otra), que hace entrar al agente en la tenencia de la cosa. No es necesario, como se ve, que se den los requisitos de *imprevisibilidad* e *inevitabilidad* del caso fortuito como causal de eliminación o atenuación del cumplimiento de las obligaciones (art. 514, Cód. Civil), aunque, claro está, el que reúne esas características queda comprendido *a fortiori* como circunstancia típica.

A diferencia de lo que pasa en el hurto calamitoso, en que la tenencia de la cosa es lograda por el agente aprovechando el hecho que puede constituir un caso fortuito, aquí es el hecho fortuito mismo el que, sin actividad del agente, ha colocado la cosa en su tenencia. Pero no constituye caso fortuito aquella situación en que el anterior tenedor de la cosa ha tenido que dejarla por necesidad, convirtiéndose la cosa en pérdida para su propietario, pues entonces se aplica el art. 175, inc. 1º, no el 2º.

§ 1235. **CONSUMACIÓN.** – En este delito la tenencia debe ser consecuencia del error del perjudicado o de un tercero –no provocado voluntariamente por el autor–, del propio agente o del caso

fortuito. Y la consumación se da cuando, preexistiendo tal tenencia, el agente realiza actos de apoderamiento, positivos u omisivos al quedarse con la cosa sin disponer lo necesario para devolverla por un lapso superior al normalmente necesario para hacerlo; pero también puede consumarse en el mismo momento en que recibe la cosa de otro conociendo que se la da por error (p.ej., el cliente de banco que advierte en la ventanilla que el cajero le está pagando de más, y callando recibe lo indebido). En otras palabras, el apoderamiento inocente remite la consumación al momento de la apropiación culpable (Giurati), pero el apoderamiento culpable constituye la consumación de esta apropiación ilícita.

Puede admitirse la tentativa en ciertos casos, como es aquel en que el agente está por realizar un acto de apropiación y no lo lleva a cabo por la intervención de un tercero que conoce al propietario del bien.

§ 1236. *CULPABILIDAD.* – El dolo reclama el conocimiento de que se trata de una cosa ajena en cuya tenencia se ha entrado por uno de los modos típicos o la duda sobre esa circunstancia (p.ej., vender un animal que se hallaba en el campo propio, dudando si es propio o ajeno), y la voluntad de apropiarse de la cosa no obstante la certeza o la duda sobre el origen de su tenencia.

C) DISPOSICIÓN ILEGAL DE OBJETO PRENDADO

§ 1237. *CARÁCTER DEL DELITO. PRESUPUESTO.* – El art. 175, inc. 3º castiga al que “vendiére la prenda sobre que prestó dinero o se la apropiare o dispusiere de ella, sin las formalidades legales”.

También se trata de una defraudación desde que el autor abusa de la situación en que el ejercicio de un derecho lo ha colocado en la tenencia de una cosa; pero aquí, más que en otros tipos, estamos ante un ejercicio anormal de facultades que el negocio jurídico hizo nacer.

El tipo requiere la existencia de un contrato válido de prenda con desplazamiento; es el contrato regulado por el art. 3204 del Cód. Civil, y el art. 580 del Cód. de Comercio, según los cuales está constituido por el negocio jurídico en que el deudor o un tercero por él entrega al acreedor una cosa mueble en garantía (seguridad) del pago oportuno de la deuda. Pueden ser objeto de la prenda los títulos de

crédito o los documentos representativos de valores (arts. 3209, 3211, 3212 y conec., Cód. Civil y arts. 580 y 583, Cód. de Comercio), sobre los cuales el acreedor también puede llevar a cabo las acciones ilícitas.

§ 1238. *ACCIONES TÍPICAS.* – Son la de vender, apropiarse o disponer del objeto que constituye la prenda sin observar las formalidades legales. *Vende* el que transfiere la cosa prendada a un tercero por un precio (art. 1323, Cód. Civil). Se *apropia*, quien realiza cualquier acto que importe disponer de la cosa como dueño. *Dispone* el que sin vender, ni apropiarse en el sentido precedentemente señalado da al objeto un destino que impide al deudor recuperarlo en el momento en que jurídicamente podría hacerlo; no se trata de un simple abuso, es decir del uso indebido de la cosa, que el deudor puede impedir solicitando el secuestro, lo cual importaría quitar la tenencia al acreedor (art. 3220, Cód. Civil), sin perjuicio de las reparaciones civiles por daños, sino de la frustración del derecho del acreedor en el momento en que debe o puede ser ejercitado.

Tales acciones, para ser típicas, deben ser realizadas por el acreedor *sin observar las formalidades legales*. Civilmente, si no hay una cláusula por la que se hubiese convenido que la prenda pasará al dominio del acreedor “por la estimación que de ella se haga al tiempo del vencimiento” en caso de que la deuda no se pague (art. 3223, Cód. Civil), aquél, para cobrarse con la prenda, tiene que pedir que se haga la venta de la cosa en público remate, salvo que su valor permita su venta privada según el art. 3224 del Cód. Civil (art. 585, Cód. de Comercio). El delito, por lo tanto, se da cuando el acreedor, sin ejecutar legalmente el contrato de prenda según esas disposiciones, es decir, sin reclamarlo judicialmente cobrándose la deuda con el producto de su venta en público remate o por gestión privada o sin que le sea adjudicada por el juez en el caso de la cláusula a que hicimos referencia (art. 3224 *in fine*, Cód. Civil), la vende él mismo, se la apropia o dispone del objeto prendado; por esa razón algunos denominan este delito “ejecución ilegal de prenda”.

§ 1239. *DISTINCIÓN CON LA DEFRAUDACIÓN DEL ARTÍCULO 173, INCISO 2º.* – El elemento normativo, al que acabamos de referirnos, indica que el delito únicamente se puede cometer cuando el acreedor tiene el derecho de hacer efectiva la garantía constituida por la pren-

da ante el incumplimiento de las obligaciones por parte del deudor. Si el acreedor dispone del objeto prendado, tornando imposible su restitución, o si lo retiene cuando aquél ha cumplido ya totalmente con sus obligaciones (arts. 3229 y 3238, Cód. Civil), no incurre en el delito que estamos estudiando, sino en la defraudación del art. 173, inc. 2º.

§ 1240. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El perjuicio defraudatorio está constituido por la frustración del derecho del deudor o del tercero que había otorgado la garantía, a que se le restituya el objeto prendado una vez satisfecha la obligación. No es indispensable que este perjuicio patrimonial importe cuantitativamente un verdadero detrimento; también se da el delito cuando el valor del objeto prendado es inferior al de la deuda, y comete el delito el acreedor que decide apropiarse del objeto sin exigir el cumplimiento de esa deuda de menor valor. El perjuicio estriba en la indisponibilidad del objeto por parte del que otorgó la garantía cuando jurídicamente puede volver a disponer de él. Por lo tanto, la consumación se da con la transferencia de la cosa para su venta a un tercero, con la realización del acto que importe apoderamiento o disposición, después del momento –insistimos en ello– en que el acreedor puede ejecutar la prenda, sin que lo hiciese. Es muy difícil pensar en hipótesis de tentativa.

§ 1241. *AUTORÍA.* – Autor sólo puede serlo el acreedor prendario, ya que expresamente la ley designa como tal a quien vende, se apropia o dispone de “la prenda sobre la que prestó dinero”, pero sin perjuicio de que se apliquen las reglas generales de la participación.

§ 1242. *CULPABILIDAD.* – La culpabilidad requiere el conocimiento de la calidad en que se tiene el objeto y la voluntad de venderlo, apropiárselo o disponer de él a pesar de ese conocimiento; únicamente sería compatible, por tanto, con el dolo directo.

D) DESNATURALIZACIÓN DE CHEQUE

§ 1243. *CARÁCTER DEL DELITO. DESNATURALIZACIÓN Y USURA.* El art. 175, inc. 4º, sanciona al “acreedor que a sabiendas exija o acepte de su deudor, a título de documento, crédito o garantía por

una obligación no vencida, un cheque o giro de fecha posterior o en blanco”.

Considera alguna doctrina que no es del todo adecuada la colocación de este delito entre las defraudaciones, ya que no se distinguiría cuál es el perjuicio patrimonial que se irroga. Pero se trata, sin embargo, de una figura de peligro por la que el patrimonio del sujeto pasivo puede verse comprometido más de lo debido a causa del carácter ilegal de la seguridad obtenida por el acreedor; únicamente pensando así se puede justificar la colocación que se le ha otorgado en nuestros elencos penales.

En verdad es un abuso de carácter extorsivo, en el que el acreedor, prevaleciéndose de la situación de deudor de la víctima, procura asegurarse su crédito con la amenaza que constituye, para su libertad, la no atención del cheque cuando éste sea presentado al cobro.

Se desnaturaliza el documento dejando de lado su carácter de instrumento de pago que legalmente posee para convertirlo ilegalmente en un instrumento de seguridad.

Aunque el legislador haya pretendido reprimir un procedimiento extorsivo utilizado generalmente por los usureros —no la usura en sí misma, lo cual resulta aún más exacto a partir de la incorporación del art. 175 *bis*—, esa finalidad no aparece concretamente corroborada en el texto legal, ya que cualquiera que sea el carácter del negocio creador de la obligación (usurario o no), el delito se puede cometer igualmente.

§ 1244. *ACCIONES TÍPICAS.* — Las conductas típicas son las de *exigir* (reclamar imperativamente) o *aceptar* (a proposición del deudor) el cheque o giro del deudor. Lógicamente, el agente se prevalece (abusando) de la situación en que se encuentra el deudor por la calidad misma que asume en el negocio jurídico, pero no es indispensable que *abuse de su necesidad* (como ocurre en la usura); también es típica la desnaturalización cuando el deudor no se halla en situación de necesidad derivada de apremios económicos (aunque en la práctica comercial sea esto común).

Pero el delito no se consuma con la mera exigencia o aceptación del documento, sino con su *recepción* por parte del acreedor, ya que es en ese momento cuando nace el peligro para el patrimonio que entraña la garantía eventualmente extorsiva. En este sentido se ha discutido si es o no admisible la *tentativa*: para algunos la cons-

tituye el acto de exigencia del agente por parte del acreedor sin lograr su entrega (Núñez); para otros esa exigencia es un acto preparatorio impune y el delito no admite tentativa (Soler).

§ 1245. *OBJETO DEL DELITO*. – El objeto del delito es un *cheque o giro*; según la doctrina los términos están utilizados como sinónimos; en realidad la ley se refiere al documento que, constituyendo una orden de pago librada por el deudor o un tercero, coloca a éstos en situación de responder penalmente por su no atención en tiempo, ya que ése es el sentido de la punición del procedimiento de garantía, que de ese modo puede resultar extorsivo. En concreto, el documento al que se refiere el tipo es el que la ley comercial denomina *cheque*.

Tiene que ser un cheque de *fecha posterior o en blanco*; es de fecha posterior cuando la que se inscribe es posterior a la del momento en que se entrega al acreedor; en blanco cuando la fecha no se ha indicado, dejando por tanto, librada al tenedor su determinación; no interesa que se hayan dejado en blanco otras referencias del documento si la fecha no lo está y la que se ha indicado corresponde al momento de la entrega o designa una fecha anterior a ese momento; esto último no parece haberlo advertido con claridad la doctrina. Además, tiene que tratarse de un cheque válido, en el sentido de que obligue a su librador a responder por él. Es indiferente que la respectiva cuenta esté o no provista de fondos en el momento de la entrega, así como también que sea pagado en el momento de su presentación; esos datos son completamente inútiles en orden a la tipicidad.

Y el cheque tiene que haber sido recibido –por exigencia o por simple aceptación– desnaturalizando su función de orden de pago, o sea, convirtiéndolo en una constancia que *documenta* la operación realizada, es decir, que demuestra la existencia de la obligación, o que constituye un *crédito* con la finalidad de reasegurar el cumplimiento de una obligación ya documentada por medio de la concertación de otra, o una garantía que asegura el cumplimiento de la obligación pactada, funciones todas ellas que la ley no asigna al cheque.

Ahora bien, estas funciones ilegítimas se las debe hacer cumplir al cheque con relación a una *obligación no vencida*, es decir, a una obligación cuyo cumplimiento no es todavía exigible cuando el agente

recibe el documento. Cuando ya el acreedor tiene derecho a ser pagado, la exigencia o la aceptación de un cheque, aun con las características típicas, no son delictuosas. Sin embargo, cuando la obligación vencida es renovada o novada y al cheque se le hacen cumplir aquellas funciones con relación a la obligación renovada o con relación a la que ha sustituido a la anterior vencida, nada obsta a la comisión del delito. No interesa la naturaleza de la obligación: puede ser de dar, de hacer o de no hacer, en cuanto el cheque se haya motivado en ella; en cualquier caso puede servir para exigir extorsivamente el cumplimiento; en este sentido, la indistinción de la ley no permite aseverar que sólo quedan comprendidas las obligaciones de dar sumas de dinero, aunque, por supuesto, será ésa la situación más corriente.

§ 1246. *ELEMENTO SUBJETIVO.* – La ley exige que el cheque haya sido recibido *a sabiendas* por parte del acreedor. Este elemento subjetivo requiere la certeza del conocimiento del autor y no se refiere a la circunstancia de que el cheque no será atendido en el momento de su presentación –pues vimos que ello es un dato posterior a la consumación del delito– ni a la eventual necesidad de que puede acuciar al deudor –que puede darse o no sin mengua de la tipicidad–, sino de las características del cheque y la obligación, y que aquél cumple, por consiguiente, funciones distintas de aquella para la cual fue creado legalmente.

§ 1247. *SUJETOS.* – Autor sólo puede serlo el acreedor, es decir, aquel a quien debe favorecer el cumplimiento de la obligación. Sujeto pasivo es el deudor, es decir, aquel que debe cumplir con la obligación, pero es indudable que la ley penal extiende la expresión *deudor*, en cuanto sujeto pasivo del delito a quien, mediante el cheque, documenta, acredita o garantiza la deuda que un tercero debe cumplir; por otra parte, el cheque puede pertenecer a la cuenta de un tercero distinto del deudor de la obligación no vencida y, en ese caso, será aquél el sujeto pasivo del delito, aunque el cheque lo haya entregado el deudor propiamente dicho.

§ 1248. *CULPABILIDAD.* – Dado el elemento subjetivo insertado en el tipo, la culpabilidad se funda, cognoscitivamente, en el conocimiento cierto de las características típicas del objeto del delito

y de las circunstancias en que se lo entrega y voluntariamente en la finalidad de hacer cumplir al cheque las funciones ilegítimas enunciadas en la norma; no es indispensable –como algunos han pretendido– una expresa acreditación de la finalidad extorsiva del agente, pues ella va implícita en la asignación de aquellas funciones al documento.

CAPÍTULO IV BIS

USURA

§ 1249. *USURA REPRIMIDA. SUPUESTOS CONTEMPLADOS.* – Aunque el legislador de 1921 pretendió reprimir la usura con el delito que acabamos de ver, ya dijimos que no lo consiguió. La represión de la usura individual apareció en algunos códigos de faltas provinciales y sólo en 1971 la ley 18.934 la introdujo en el Código Penal, insertando este capítulo que reprime, en un solo artículo, la usura propiamente dicha, el negocio de crédito usurario, y contiene agravantes comunes para ambas figuras.

I. USURA PROPIAMENTE DICHA

§ 1250. *EL TEXTO LEGAL. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.* – El art. 175 bis, párr. 1º, del Cód. Penal castiga con prisión de uno a tres años y con multa de pesos tres mil a pesos treinta mil (según ley 24.286, BO, 29/12/93), al que “aprovechando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona le hiciere dar o prometer, en cualquier forma, para sí o para otro, intereses u otras ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con su prestación, u otorgar recaudos o garantías de carácter extorsivo”.

El bien jurídico protegido en éste y en los otros tipos contenidos en la disposición, es la propiedad, que puede lesionarse por medio de contraprestaciones exageradas que disminuyan gravemente el patrimonio del sujeto pasivo.

§ 1251. **PRESUPUESTO DEL DELITO: LA PRESTACIÓN DEL AGENTE.** El tipo reclama, como presupuesto del delito, la preexistencia de una prestación otorgada por el agente al sujeto pasivo o a un tercero, que es la que se trata de resarcir o asegurar por medio de la conducta típica. No es indispensable que se trate de una prestación dineraria, basta con que sea de contenido económico; tanto puede tratarse de un préstamo de dinero, como del facilitamiento de maquinaria, de mercaderías, etc., pero debe ser una prestación determinada en un dar algo (bienes); no quedan comprendidas en la usura las exigencias correspondientes a las prestaciones de trabajos o servicios, es decir, lo que puede catalogarse como prestaciones de hacer.

§ 1252. **EL APROVECHAMIENTO DE LA SITUACIÓN DEL SUJETO PASIVO.** — La principal característica de la usura es el modo como el agente consigue la dación o la promesa de la contraprestación exagerada o la seguridad extorsiva, esto es, *aprovechando de la necesidad, la ligereza o la inexperiencia* del sujeto pasivo.

Este aprovechamiento no es el abuso que vimos al tratar el art. 174, inc. 2º, no es necesario que el agente se haya propuesto aprovecharse de aquellas circunstancias para lograr el resultado; es suficiente con que ellas le hayan permitido realizar el negocio usurario en la forma que lo realizó, aunque él no haya hecho nada para provocar los efectos de ellas; en este sentido, la usura se conecta con una actitud pasiva del agente: se beneficia con ellas, no las usa en sentido defraudatorio.

Aquí la *necesidad* se manifiesta en apremios de carácter económico, de dinero o de cosas; tiene que tratarse de una situación patrimonial coactiva (Núñez), aunque no sea una necesidad que enfrente al sujeto con opciones extremas (como ocurre en el estado de necesidad del art. 34, inc. 3º, Cód. Penal), pero siempre tiene que superar, por su carácter de relativa urgencia, el simple deseo de lograr la prestación. La usura, por supuesto, es incompatible con el mero afán especulativo (p.ej., es víctima del delito quien necesita dinero para salvar su negocio, no quien lo necesita simplemente para realizar una especulación que le promete pingües ganancias); pero es indiferente la razón por la cual el sujeto llegó a la situación de necesidad. La necesidad puede ser propia o de un tercero a quien el sujeto pasivo trata de solventar su situación. *Ligereza* es la irreflexión que se presenta en el sujeto pasivo, ya como defecto de su

carácter, ya como resultado de una especial situación de hecho; normalmente es incompatible con la necesidad y siempre se refiere a situaciones en que el sujeto pasivo no medita sobre las proyecciones de su acción (p.ej., en una mesa de juego). *Inexperiencia* es —como lo dijimos al referirnos al art. 174, inc. 2º— la falta de conocimientos con relación al negocio de que se trate.

§ 1253. *ACCIONES TÍPICAS.* — La acción usuraria es la de *hacerse dar* (entregar) o *hacerse prometer* (lograr que el sujeto pasivo asuma el compromiso), *intereses o ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con su prestación o recaudos o garantías de carácter extorsivo*. Esos intereses o ventajas son los notablemente desproporcionados con la prestación del agente (art. 954, Cód. Civil); desproporción que podrá inferirse de la naturaleza de la prestación o de las circunstancias en que se la hizo; no es indispensable que la ventaja sea dineraria: lo que la ley quiere decir al hablar de pecuniaria, es que pueda ella ser dinerariamente mensurable, según los términos de la ley civil (art. 954, Cód. Civil). Los recaudos o garantías extorsivos son las seguridades del cumplimiento de la obligación que asumen carácter intimidatorio respecto del deudor, por sus proyecciones patrimoniales exageradas, por los efectos que pueden tener sobre su persona o sobre la de terceros; por supuesto que cuando la garantía extorsiva está constituida por un cheque en las condiciones del art. 175, inc. 4º, esta norma desplaza por especialidad a la del art. 175 *bis*, salvo que, a la vez, se hayan pactado intereses o ventajas desproporcionadas, en cuyo caso la usura operará en concurso real con la desnaturalización de cheque; pero, fuera de ese caso, la utilización de ambos modos en la misma operación (pactar el interés o la ventaja desproporcionada y lograr seguridades extorsivas) no multiplica la delictuosidad; se habrá cometido un único delito de usura.

§ 1254. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* — El delito se consuma cuando el acreedor recibe la ventaja desproporcionada o se le entrega el objeto que constituye la seguridad extorsiva, o cuando se perfecciona el pacto de la ventaja o de constitución de la garantía de manera que sea ésta ejecutable, pues de otro modo no surge el peligro patrimonial que constituye la razón de ser del delito. La doctrina sostiene que no es admisible la tentativa.

§ 1255. *CULPABILIDAD.* – Requiere el conocimiento de la situación de necesidad, ligereza o inexperiencia del sujeto pasivo y del carácter desproporcionado de los intereses o ventajas o del carácter extorsivo de las seguridades y la voluntad de hacerse dar o prometer aquéllos o de hacer constituir éstas.

II. NEGOCIACIÓN DE CRÉDITO USUARIO

§ 1256. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 175 *bis*, párr. 2º, asigna la misma pena de la usura “al que a sabiendas adquiere, transfiere o hiciere valer un crédito usurario”.

§ 1257. *ACCIONES TÍPICAS.* – *Adquiere* el crédito quien se convierte en titular de él; *lo transfiere*, quien interviene para trasladar su titularidad de una persona a otra; *lo hace valer*, el que requiere el cumplimiento al deudor o procura, por otro medio, hacerlo efectivo. Esas acciones pueden realizarse a título oneroso o gratuito, pero deben ser asumidas por una persona distinta de la del acreedor original: cuando éste transfiere o hace valer su crédito realiza actividades de agotamiento impunes del delito de usura previsto en la primera parte de la norma, que es la disposición aplicable.

§ 1258. *CRÉDITO USUARIO.* – Es el que se contrata en las condiciones previstas por el art. 175 *bis*, párr. 1º, y para que las acciones antes enunciadas resulten típicas, el mismo debe mantener su carácter sin que ellas lo desnaturalicen; no será típica, por ejemplo, la conducta de quien adquiere el crédito para liberar al deudor o para hacerlo valer sin exigir los intereses usurarios pactados.

§ 1259. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – La consumación se da con la realización de las acciones, sin que sea necesaria la producción de resultado específico alguno: la adquisición, cuando se ha perfeccionado el traslado de la titularidad del crédito; la transferencia, también cuando el cambio de titularidad se ha operado; el hacer valer, con la reclamación del cumplimiento, aunque no se haya obtenido la satisfacción de él. Algunos admiten la tentativa, al menos en los casos de transferencia, la que se daría con la proposición del negocio a un tercero.

§ 1260. *ELEMENTO SUBJETIVO Y CULPABILIDAD.* – La ley requiere que la operación haya sido realizada *a sabiendas*, es decir, con conocimiento cierto del carácter del crédito. La duda sobre él no es suficiente, ni llena los requisitos del aspecto cognoscitivo del dolo típico.

III. FIGURAS AGRAVADAS

§ 1261. *EL TEXTO LEGAL. SUPUESTOS COMPRENDIDOS.* – El art. 175 *bis*, párr. 3º, eleva la pena de los hechos anteriores a la de prisión de tres a seis años y multa de pesos quince mil a pesos ciento cincuenta mil (según ley 24.286, BO, 29/12/93), “si el autor fuere prestamista o comisionista usurario profesional o habitual”.

Tanto la usura propiamente dicha como la negociación de crédito usurario se agravan para el prestamista o el comisionista (quien interviene como gestor en la contratación de créditos usurarios o en sus transferencias) que realicen las actividades típicas en forma profesional o habitual.

§ 1262. *PROFESIONALIDAD Y HABITUALIDAD.* – Ejerce la actividad profesionalmente quien la utiliza o procura utilizarla como medio de vida; lo hace habitualmente quien la realiza en forma común, aunque no se trate propiamente de un medio de vida. Ya veremos que la profesionalidad no requiere una pluralidad de actos: basta con uno que la revele, pero sí requiere esa pluralidad la habitualidad.

CAPÍTULO V

QUEBRADOS Y OTROS DEUDORES PUNIBLES

§ 1263. *BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.* – El capítulo, por medio de sus distintos delitos, tiende a proteger la incolumidad del patrimonio como prenda común de los acreedores, procurando que puedan ellos cobrar sus deudas, ejecutando los bienes que lo componen, en igualdad de condiciones con los otros acreedores.

§ 1264. *RELACIONES ENTRE LA LEY COMERCIAL Y LA PENAL.* — Poco a poco la doctrina —a la que ha respondido la ley civil y comercial en sus reformas— ha ido poniendo de manifiesto que las relaciones con la ley penal como sancionadora de hechos ilícitos relacionados con los procedimientos ejecutivos, no pasa de referirse a la estructuración de los presupuestos jurídicos de los delitos (declaración de quiebra del comerciante, situación de concurso civil, existencia de proceso, etc.), pero no se da otra influencia de la una sobre la otra; la decisión penal sobre el delito no se ciñe a las calificaciones hechas por el juez civil o comercial, ni éstas revisten carácter de cuestiones prejudiciales con respecto a lo penal; por el contrario, la decisión sobre la cuestión penal puede llegar a modificar, en ciertos casos, las calificaciones dadas al resolver las cuestiones civiles o comerciales (arts. 242 y 243, ley 19.551). La nueva ley sobre concursos y quiebras (24.522) ha eliminado el capítulo de la ley anterior que hemos citado, referido a la calificación de la conducta del fallido o terceros, respondiendo a críticas muy antiguas, una de las cuales fue, precisamente, la falta de “armonización entre el derecho penal y el concursal”. Si bien es cierto que los redactores de la ley 24.522 trataron de desprenderla de “todo resabio penal”, ello es cierto en lo que atañe a las consecuencias de la quiebra sobre las personas físicas, lo que no es del todo exacto en otros aspectos; así, por ejemplo, el art. 233 mantiene el criterio que informaba el art. 234 de la ley 19.551, considerando como “presunción de fraude” la clausura del procedimiento por falta de activo y el juez del concurso, de oficio, debe “comunicarlo a la justicia penal”.

I. QUIEBRA FRAUDULENTA

§ 1265. *EL TEXTO LEGAL. CARÁCTER DEL DELITO.* — El art. 176 del Cód. Penal, reprime, “como quebrado fraudulento”, con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de tres a diez años, al “comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores, hubiera incurrido en alguno de los hechos siguientes: 1) simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas; 2) no justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener; sustraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa; 3) conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor”.

Puede decirse que la quiebra fraudulenta constituye una verdadera defraudación a los acreedores, porque las acciones típicas que constituyen el delito están destinadas a disminuir ficticia o realmente el patrimonio del deudor con respecto a la masa de acreedores compuesta por la totalidad de ellos o por algunos (en el caso de las ventajas indebidas), engañando sobre la completividad de aquél o disminuyéndolo efectivamente con abuso del poder que el agente tiene sobre las cosas que lo componen, en cuanto poder de hecho o como posibilidad de realizar actos jurídicos sobre ellas.

§ 1266. *LA DECLARACIÓN DE QUIEBRA.* – El delito requiere la declaración de quiebra, es decir, el dictado de la resolución que la declare (art. 88, ley 24.522). Dicha declaración funciona con relación al delito, en un doble carácter: como su presupuesto, ya que tiene que haber una quiebra a la que haya que calificar de fraudulenta y como característica del autor, que tiene que tratarse de un comerciante declarado en quiebra.

Como presupuesto del delito se discutió si se trataba de una cuestión prejudicial, de una cuestión previa o, simplemente, de un elemento objetivo del delito. Que se trate de una cuestión prejudicial hay que descartarlo, si por tal se entiende la que resuelta, no puede ser revista por el juez penal. Tampoco es una cuestión previa que implique una condición de procedibilidad: el proceso por quiebra fraudulenta se puede iniciar aunque no exista todavía declaración de quiebra (contra: Soler), sin perjuicio de que no pueda prosperar la atribución de responsabilidad penal por falta de tipo. Es un elemento del tipo (no una condición objetiva de punibilidad), ya que las acciones del autor son típicas en relación a una quiebra declarada, no a una simple cesación de pagos.

Para cumplimentar esa función la quiebra tiene que estar declarada por sentencia que haya adquirido firmeza, es decir, que ya no pueda ser revisada por los recursos normales (art. 94 y ss., ley 24.522, o los que reglamenten los códigos procesales), incluida la nulidad. La posible circunstancia de un avenimiento (art. 225, ley 24.522), así como la posterior rehabilitación del fallido (art. 236, ley 24.522, que prevé una *rehabilitación* automática) no obstan a la existencia del elemento típico: la quiebra ha sido declarada y el fallido podrá ser igualmente condenado por el delito de quiebra fraudulenta. Recordemos que la ley 19.551 preveía un *acuerdo resolu-*

torio en su art. 222, que tampoco obstaba a la eventual condena penal del quebrado. Dicho acuerdo resolutorio ha desaparecido en la nueva ley 24.522, que prevé en su reemplazo un régimen de *conversión* del trámite de la quiebra en concurso preventivo (art. 90 y ss.), cuya admisión no tiene los mismos efectos que aquel *acuerdo resolutorio*, pues, para admitir el pedido del deudor, el juez debe dejar “sin efecto la sentencia de quiebra” (art. 93), con lo cual habría desaparecido la declaración de quiebra como requisito del tipo, es decir, no sería reconocible la responsabilidad penal sobre esa base.

§ 1267. *EL FRAUDE A LOS ACREEDORES.* – Los hechos deben ser realizados por el agente en fraude de *sus acreedores*. Es evidente que la expresión fraude está tomada en su sentido original de engaño; el engaño se determina aquí por la simulación del pasivo o la disimulación del activo o por la disminución subrepticia del acervo patrimonial a espaldas de los acreedores o de algunos de ellos. Lo cierto es que a raíz de los hechos, los acreedores deben encontrarse, en un momento dado, con que el patrimonio que es su garantía común, no posee la capacidad de solvencia que se podría haber esperado. Por supuesto que el concepto implica que el autor *ha querido defraudar* a los acreedores con sus acciones; sin ese contenido subjetivo no se da este delito, pues éste, como vimos, está en la esencia del fraude.

La doctrina ha discutido si ello importa la exigencia de un perjuicio efectivo o sólo estamos en presencia de un delito de peligro. El hecho de que la norma no adoptase una expresión como “el que defraudare a sus acreedores” u otra similar, hizo pensar que se trataba de un delito de peligro que no requiere un perjuicio efectivo. En verdad, encarando los efectos del delito desde el punto de vista del patrimonio de cada uno de los acreedores en particular, no se requeriría el efectivo perjuicio de ellos: la comisión de alguno de los actos típicos con el específico contenido subjetivo de querer actuar “en fraude” constituye el delito, aunque el resto del patrimonio del quebrado baste para pagar el total de las acreencias de aquéllos. Pero, mirándolo desde el punto de vista del patrimonio del quebrado, es un delito de resultado, ya que es necesario que los actos realizados por él hayan disminuido efectivamente ese patrimonio como prenda común de los acreedores, aunque esa disminución no alcance a repercutir en perjuicio del patrimonio particular de ellos.

Si la mencionada disminución no se opera (p.ej., si la ventaja concedida sobre un bien a uno de los acreedores lo es por una contraprestación que aumenta el patrimonio del quebrado), no se puede dar delito.

La frase “en fraude a cualquiera de sus acreedores” de la ley 21.338, ha sido sustituida por la de “en fraude de sus acreedores”, sin que por ello cambie el sentido de la norma (Núñez).

§ 1268. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – La consumación del delito depende del momento en que se realiza el acto fraudulento: si se lo llevó a cabo antes de la declaración de quiebra y también antes de ese momento produjo el resultado de disminuir el patrimonio, la consumación se produce al declararse la quiebra, ya que es a partir de esa declaración cuando se completa el tipo y el autor adquiere calidad de tal; si fue posterior a esa declaración, la consumación se da cuando efectivamente se operó la disminución del patrimonio. Tomar en cuenta otros momentos consumativos (p.ej., la fecha de la declaración de quiebra o la fijada por el juez como la de presunta cesación de pagos) sin tener en cuenta el resultado producido, no condice con la naturaleza del delito.

En los actos que son anteriores a la declaración de quiebra, no hay posibilidad de tentativa, ya que si la quiebra no se declara no hay tipicidad a la que pueda referirse el acto ejecutivo, aunque la finalidad del autor haya sido la de perjudicar su patrimonio, teniendo presente su afectación a la eventual quiebra. En los actos posteriores a la declaración de quiebra la tentativa es posible (p.ej., será tentativa el acto ejecutivo de sustracción de un bien sin que se haya logrado completarla).

§ 1269. *LOS ACTOS DE FRAUDE.* – Los actos de fraude a los que la ley otorga tipicidad están taxativamente enunciados por ella; por consiguiente, todo acto que no pueda incluirse en esa enunciación, aunque se lo haya hecho en fraude a los acreedores, no quedará comprendido en el tipo, aunque pueda constituir otro delito.

Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas son acciones que están destinadas a disimular el activo, simulando el pasivo. Simula la deuda o las erogaciones constituidas por las enajenaciones, gastos o pérdidas, quien las aparenta por medio de un acto

jurídico realizado con un tercero (arts. 955 y 956, Cód. Civil); el tercero es, en ese caso, un partícipe principal (para Núñez es un coautor). Las supone quien, sin realizar el acto jurídico simulado, presenta una deuda o erogación ficticia como real (p.ej., declarando una deuda que no existe, en la presentación). Por supuesto que, en estos casos, la consumación se da sin perjuicio de que, posteriormente, probada la simulación o suposición, se hagan regresar los bienes a la masa: en un momento dado estuvieron fuera de ella y allí se consumó el delito.

No justifica la salida o existencia de bienes que debiera tener quien no justifica que haya dado a estos bienes un destino determinado o no prueba la existencia de bienes que debían estar en su poder y no lo están, cuando, de más está decirlo, se acreditó su preexistencia; claro está que la ley se refiere a los bienes que constituyen la garantía común de los acreedores, no a los que no integran ese acervo (p.ej., un bien de familia).

Sustrae u oculta cosas que corresponden a la masa quien las saca o esconde materialmente o calla su existencia, impidiendo de ese modo que los procedimientos concursales se extiendan a ellas.

Concede ventajas indebidas a un acreedor el agente que paga efectivamente a uno de ellos cuando ya pesa sobre él la prohibición de hacerlo a consecuencia de la declaración de quiebra; el que pacta privilegios con el acreedor que no los tenía, en desmedro de los demás acreedores o le permite lograrlos omitiendo los actos de defensa que debiera haber ejercido (p.ej., dejando de contestar una demanda). Tiene que tratarse de verdaderos acreedores, pues si no es así, se estará ante el supuesto de simulación. El acreedor, en estos casos, puede llegar a ser partícipe principal del delito del fallido. Además, tiene que tratarse de una ventaja indebida, o sea, de una ventaja de la cual el acreedor de que se trate, no pueda gozar jurídicamente respecto de los demás; si, por el contrario, es una ventaja que legítimamente le corresponde, no se dará el tipo.

§ 1270. *RESULTADO DE LOS ACTOS DE FRAUDE.* — Como ya lo adelantamos, estos hechos se castigan en cuanto hayan disminuido el acervo del patrimonio que es garantía común de los acreedores, aunque no sean ellos los que produzcan la insolvencia, ni —como también dijimos— lleguen a afectar el cobro de los derechos de los acreedores. El tipo no exige, por tanto, que sean actos que hayan

provocado la cesación de pagos, y como el resultado antes dicho puede concretarse antes o después de la declaración de quiebra, se los puede haber realizado en cualquiera de esos momentos si son actos de fraude tendientes a menoscabar el patrimonio *ejecutable* del deudor; incluso participa de este principio la concesión indebida de ventajas a un acreedor, sobre la que alguna doctrina ha dudado (Soler).

§ 1271. *SUJETOS.* – El autor es calificado: debe ser un comerciante declarado en quiebra. La característica de comerciante, que es, a la vez, presupuesto de la declaración de quiebra, la determinan las reglamentaciones comerciales y tiene que decidirla el juez de la quiebra, cuya declaración al respecto no puede ser revisada por el juez penal. Pero, en lo que al derecho penal interesa, tiene esa calidad quien, aunque realice los hechos típicos cuando ya había dejado de ser comerciante, ha sido declarado en quiebra en virtud de una deuda contraída cuando lo era.

Sujeto pasivo es la masa de los acreedores, cuya garantía común se ve menoscabada (no cada acreedor en particular, que sólo adquiere el carácter de perjudicado por el delito cuando aquella disminución no le ha permitido ingresar en su patrimonio los montos reales de sus acreencias).

§ 1272. *CULPABILIDAD.* – La culpabilidad, como en todos los hechos de fraude, sólo se informa con el dolo directo de querer menoscabar el patrimonio afectado al procedimiento concursal, mediante alguno de los hechos típicos.

II. QUIEBRA CAUSADA CULPABLEMENTE

§ 1273. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 177 del Cód. Penal reprime, “como quebrado culpable”, con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial de dos a cinco años, al “comerciante que hubiere causado su propia quiebra y perjudicado a sus acreedores, por sus gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de su familia, especulaciones ruinosas, juego, abandono de sus negocios o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta”.

§ 1274. *CARÁCTER DEL DELITO.* — Tradicionalmente se ha considerado este delito como una quiebra causada culposamente, es decir, por imprudencia o negligencia, en parte siguiendo los esquemas calificatorios comerciales y en parte porque la redacción del artículo, al referirse a “cualquier *otro* acto de negligencia o imprudencia manifiesta”, da pie a esa idea; en concreto, se ha pensado que aquí se pune la quiebra originada en una cesación de pagos en la que el agente se ha colocado por su culpa.

Debemos tener presente, sin embargo, que el artículo anterior pune una quiebra dolosa, pero no todas las quiebras dolosas, sino sólo aquellas en las que el quebrado actúa fraudulentamente. Si afirmamos, entonces, que el art. 177 del Cód. Penal lo hace únicamente con las causadas culposamente, dejaríamos al margen de la punibilidad los supuestos en los que el comerciante haya causado dolosamente su propia quiebra aunque sin realizar los actos fraudulentos del art. 176: sería absurdo que se castigara su culpa, pero no su dolo no fraudulento (Núñez).

Hay que concluir, pues, que cuando la ley se refiere a *otro* acto de negligencia o imprudencia, pune *también* la causación culposa, pero sin excluir los hechos de causación dolosa no comprendidos en el art. 176, ya se trate de un dolo directo (querer causar su propia quiebra colocándose en situación de cesación de pagos) o eventual (admitir la probabilidad de esa cesación como resultado de los actos), porque aquí sí se castiga, como veremos, la real insolvencia del deudor y no las simulaciones, como podía ocurrir en la quiebra fraudulenta.

§ 1275. *ACCIÓN TÍPICA.* — La acción punible no es propiamente la de haber realizado determinados actos en orden a la quiebra, sino la de *haber causado su propia quiebra*. El tipo requiere, por consiguiente: a) una relación de causalidad entre los actos realizados por el agente y la cesación de pagos determinante de la declaración de quiebra: tienen que ser esos actos, por sí mismos o en unión con otros, culpables o no, los que originaron la cesación; lo que implica que en este tipo sólo se punen los actos *anteriores* a la declaración de quiebra, ya que a los posteriores no puede atribuírseles esa relación causal, y b) que se haya declarado la quiebra del comerciante en la jurisdicción comercial mediante resolución firme, pues mientras ello no ocurra, no se podrá decir que la quiebra haya

sido *causada*; no basta la mera insolvencia derivada de la cesación de pagos.

§ 1276. *LOS RESULTADOS.* – La tipicidad necesita que la insolvencia en que el agente se ha colocado haya *perjudicado a sus acreedores*. Debe darse, por consiguiente, una real situación de insolvencia del comerciante que produzca, como resultado, el impedir a sus acreedores o a algunos de ellos que satisfagan sus créditos en la forma que se había pactado al dar origen a la correspondiente obligación. A diferencia de lo que ocurre en el caso del art. 176, en que el tipo se da igualmente aunque los patrimonios particulares de los acreedores no se vean perjudicados, no habrá delito aquí, si ellos pueden satisfacer de modo completo sus créditos.

§ 1277. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – Podemos decir, por consiguiente, que el delito reclama como resultado que el acreedor haya causado su propia quiebra perjudicante para los acreedores. Y como prácticamente el perjuicio ya se da desde que el autor llegó a estar en cesación de pagos, la consumación aparece cuando la tipicidad se completa mediante la declaración de quiebra firme. Tal estructura típica muestra la imposibilidad de la tentativa, no sólo en los casos en que hay culpa, sino también en los supuestos de dolo.

§ 1278. *ACTOS PRODUCTORES DE LA CESACIÓN DE PAGOS.* – Como ocurre en el delito anterior, la ley enuncia una serie de actos por medio de los cuales se puede producir la cesación de pagos, pero, a diferencia de lo que pasa en aquél, es una enunciación simplemente ejemplificativa. *Gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de su familia*, son los que exceden las erogaciones normales de atención de las necesidades o utilidades personales del agente y su familia con relación a lo que constituye su capital; no se mide por su cantidad sino por la razonabilidad (la compra de un artículo de lujo de alto costo puede quedar comprendida, pero no un gran gasto para atender una enfermedad); *especulaciones ruinosas* es un concepto que comprende toda clase de operaciones que tengan por finalidad obtener ganancias arriesgando el propio patrimonio; la especulación es ruinosa cuando el riesgo es extraordinario, cualquiera que fuese la expectativa de ganancia; *juego* es cual-

quiera, de azar o habilidad, realizado por dinero o arriesgando de otro modo el patrimonio; *abandono de los negocios* es el descuido o el desinterés por atenderlos, sin que sea necesaria la dejación total de ellos; estos actos, como vimos, pueden ser culposos o dolosos en orden a la causación de la quiebra (dirigidos, si son dolosos, directamente a la cesación de pagos o admitiendo su eventual producción).

Pero, además, puede quedar comprendido *cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta*, lo cual indica, por un lado, que aquellos otros actos enunciados también pueden ser culposos, así como que siempre que se trate de actos de esa naturaleza, la culpa, para ser típica, tiene que ser *manifiesta*, es decir, tiene que surgir sin duda alguna del carácter de la operación realizada, sea por la imprudencia en afrontarla, sea por la negligencia en no observar el debido cuidado en ella o en la atención general de los negocios; no queda inserto el simple actuar arriesgado cuando se trate de un riesgo normalmente afrontable sin que llegue a alcanzar los ribetes de especulación ruinosa, ni la simple inobservancia de alguna actividad que se debió desplegar en orden a la marcha de los negocios (p.ej., dejar de realizar los controles diarios de caja puede no constituir una negligencia típica, pero sí puede serlo no realizar jamás esos controles).

§ 1279. *SUJETO ACTIVO.* – Autor es el *comerciante quebrado*, de conformidad con las pautas que hemos señalado al estudiar el art. 176 del Cód. Penal. La ley agrega la expresión *culpable*, que tradicionalmente ha sido referida a un actuar culposo, pero que, en realidad, sólo hace mención a la atribuibilidad subjetiva de los actos en cuanto productores de la quiebra; en otras palabras, esa calificación sólo tendría como efecto la exclusión del tipo de la llamada *quiebra casual* en la esfera comercial.

§ 1280. *CULPABILIDAD.* – En cuanto a la culpabilidad, ya vimos que típicamente tanto es abarcable el dolo como la culpa. En el primero puede darse el dolo directo de querer causar la propia quiebra (siempre que no se trate de uno de los supuestos del art. 176), como el eventual de aceptar esa ocurrencia, aunque la finalidad directa de los actos hubiera sido otra; la culpa se revelará, por supuesto, cuando la ocurrencia de la cesación de pagos y la quiebra

consiguiente sea previsible, aunque el agente no los haya previsto en el caso concreto (culpa inconsciente).

III. QUIEBRA DE PERSONAS JURÍDICAS Y LIQUIDACIÓN SIN QUIEBRA DE ENTIDADES FINANCIERAS

§ 1281. *EL TEXTO LEGAL Y SUS VARIACIONES. FUNDAMENTOS.* — El art. 178 del Cód. Penal dispone que “cuando se tratare de la quiebra de una sociedad comercial o de una persona jurídica que ejerza el comercio, o se hubiere abierto el procedimiento de liquidación sin quiebra de un banco u otra entidad financiera, todo director, síndico, administrador, miembro de la comisión fiscalizadora o gerente de la sociedad o establecimiento fallido, o del banco o entidad financiera en liquidación sin quiebra, o contador o tenedor de libros de los mismos, que hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos a que se refieren los artículos anteriores, será reprimido con la pena de la quiebra fraudulenta o culpable, en su caso. Con la misma pena será reprimido el miembro del consejo de administración o directivo, síndico, miembro de la junta fiscalizadora o de vigilancia, o gerente, tratándose de una sociedad cooperativa o mutual”.

El texto original de la ley sólo contemplaba los supuestos de quiebra de una sociedad comercial o de una persona jurídica que ejerciera el comercio; las demás hipótesis se fueron agregando a lo largo de una evolución legislativa impuesta por las nuevas realidades jurídicas del comercio.

La circunstancia de que las personas enunciadas no puedan ser consideradas *autores* de los delitos castigados por los arts. 176 y 177 del Cód. Penal, ya que no se trata del “comerciante declarado en quiebra”, y el hecho de que son ellas las que realizan los actos con relación a la quiebra o liquidación de la entidades mencionadas, ha determinado la creación de un verdadero tipo autónomo.

Este tipo deja de lado el principio de la responsabilidad penal de los representantes de las personas jurídicas cuando los actos realizados en ellas son delictivos, ya que incluye a los contadores y tenedores de libros que no tienen ese carácter de representantes, lo cual no deja de ser una solución criticable, pues la situación de ellos

hubiera quedado perfectamente cubierta por los principios generales de la participación (Núñez); además, veremos también que estos mismos principios sufren aquí excepciones.

§ 1282. *PERSONAS JURÍDICAS INCLUIDAS. REQUISITOS DEL DELITO.* – No creemos que la enunciación genérica del art. 2º de la ley 24.522 haya modificado la circunstanciada de la ley 19.551 (arts. 2º y 256), de modo tal que llegue a una modificación del tipo del art. 178 del Cód. Penal, tal como lo formuló la ley 21.338 (ratificada por ley 23.077). Podemos mantener, por tanto, que los casos comprendidos en el tipo son: quiebra de una sociedad comercial; quiebra de una persona jurídica que ejerza el comercio; liquidación sin quiebra de un banco u otra entidad financiera; quiebra de una sociedad cooperativa o de una mutual. En los supuestos de quiebra, el delito requiere la declaración de quiebra; en los de liquidación sin quiebra, basta la apertura del procedimiento de liquidación, como taxativamente lo expresa la misma ley.

Lo que sí resulta interesante señalar es la innovación introducida por la ley 24.522 en cuanto a la inclusión de concursos y quiebras de “las sociedades en las que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación”, que repercute sobre el carácter de la responsabilidad de los representantes públicos en dichas sociedades.

Quedan excluidas las sociedades no comerciales, aunque la ley pudiera autorizar su declaración de quiebra, y las sociedades comerciales colectivas o en comandita que carezcan de personería jurídica; en estos últimos casos, puesto que los socios son comerciantes, la punibilidad de ellos queda cubierta por los arts. 176 y 177 del Cód. Penal, sin necesidad de recurrir al art. 178 del Cód. Penal.

§ 1283. *AUTORES.* – Trátase de delito propio o especial, en que sólo puede ser autor alguna de las personas enunciadas en el tipo: directores, síndicos, administradores, miembros de comisiones fiscalizadoras o de vigilancia, gerentes, contadores y tenedores de libros. Otras personas que actúen en la entidad, pero que no tengan esos cargos, sólo podrán ser sancionados a título de partícipes. Esas calidades deben ostentarlas los autores en el momento en que ejecutan los actos de fraude del art. 176 o los dolosos o culposos del art. 177, siendo indiferente que hayan cesado en los cargos antes de

que se produzca la declaración de quiebra o se abra el procedimiento de liquidación sin quiebra.

§ 1284. *LA ACCIÓN TÍPICA.* – Es la de *cooperar a la ejecución de alguno de los actos a que se refieren los arts. 176 y 177 del Cód. Penal*; el hecho de que todo grado de cooperación quede comprendido en el tipo, deroga en él los principios generales de la participación: cualquiera que sea el carácter de la intervención en esos actos, siempre que importen ejecución de ellos, desde la autoría hasta la participación secundaria de las personas indicadas, la ley las coloca en un plano de igualdad con respecto a la punibilidad. Quedan excluidos los instigadores y los auxiliadores *subsequens*, ya que ellos no cooperan en la ejecución.

La circunstancia de que la palabra *cooperación* implique convergencia intencional con el acto de otro, ni excluye la actuación unipersonal (como puede ser el acto de especulación ruinosa de un gerente con suficiente poder para disponerlo), ni la cooperación en un acto que culposamente determine la quiebra de la entidad colectiva, ya que éste requiere la voluntariedad de la actuación de los componentes de los órganos plurales de ella y es con respecto a esa voluntariedad que se debe dar la coincidencia.

Pero lo que deroga el tipo es la unidad de la culpabilidad: si para algunas de las personas enunciadas el acto puede quedar comprendido en el art. 176 del Cód. Penal, las que hayan *cooperado* en la ejecución de él por simple negligencia, es decir, por culpa, responderán en los términos del art. 177 del Cód. Penal. El principio en virtud del cual no hay participación culposa en delito doloso, no queda desconocido y cada uno responde según los términos de su propia culpabilidad.

Los actos típicos pueden realizarse tanto en interés de la persona colectiva, como en interés del agente que los lleva a cabo; pero cuando el acto se realiza en interés del agente o de un tercero en contra de los intereses de aquélla, si el hecho importa otro delito (como podría ser una defraudación), podrá concurrir realmente con el art. 178 del Cód. Penal.

§ 1285. *CULPABILIDAD.* – La culpabilidad no ofrece dificultades: se refiere a la propia de cada uno de los tipos de los arts. 176 o 177, según sea el caso.

IV. CONCURSO CIVIL FRAUDULENTO

§ 1286. *EL TEXTO LEGAL. FUNDAMENTOS.* — El art. 179, párr. 1º, del Cód. Penal, reprime con prisión de uno a cuatro años, al “deudor no comerciante concursado civilmente que, para defraudar a sus acreedores, hubiere cometido o cometiére alguno de los actos mencionados en el art. 176”.

También la circunstancia de que el no comerciante no pueda ser autor de los delitos previstos por los arts. 176 y 177 (justamente por ausencia de su calidad de comerciante), ha conducido a la creación de esta particular figura, en que el procedimiento concursal que se toma en cuenta no es ya la quiebra, sino el concurso civil, que es el que corresponde al deudor que no posee aquella calidad.

§ 1287. *ACCIONES TÍPICAS.* — Pero lo que se pune es la realización de alguno de los actos previstos en el art. 176 para defraudar a los acreedores. Por lo tanto, el deudor no comerciante, antes o después de la apertura del concurso civil (“hubiere cometido o cometiére”, dice la ley), tiene que haber simulado o supuesto deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas, o no justificado la salida o existencia de bienes que debiera tener, o sustraer u ocultar alguna cosa que corresponda a la masa, o haber concedido ventajas a cualquier acreedor. Basta con que el autor haya actuado con la intención de defraudar a sus acreedores, *apareciendo en este tipo, con mucha mayor claridad que en el art. 176, que se trata de una dirección subjetiva de la acción que no necesita traducirse en un perjuicio efectivo para los acreedores, siempre que los actos hayan menoscabado la completividad del patrimonio del deudor en forma real o simulada.* La taxativa remisión de la ley excluye de la punibilidad los actos dolosos o culposos del deudor civil que la determinan para el comerciante en los términos del art. 177 del Cód. Penal.

§ 1288. *AUTOR.* — Sólo puede serlo el *no comerciante concursado civilmente*. No existiendo respecto del concurso civil una norma como la del art. 178 del Cód. Penal, los representantes de una sociedad civil concursada que hayan realizado alguno de los actos previstos por el art. 176 no son deudores punibles en este capítulo,

sin perjuicio de que se los pueda introducir en los cuadros de las defraudaciones.

Hay que señalar que el auto de apertura del concurso civil equivale aquí a la declaración de quiebra del art. 176 y cumple las mismas funciones: como presupuesto del delito, ya que su existencia depende de su vigencia firme, y como característica calificadora del autor.

§ 1289. *CULPABILIDAD.* – En cuanto a la culpabilidad típica, se da ella en los mismos términos que en el delito previsto por el art. 176 del Cód. Penal.

V. INSOLVENCIA FRAUDULENTA

§ 1290. *EL TEXTO LEGAL. SENTIDO DE LA PROTECCIÓN.* – El art. 179, párr. 2º, reprime con prisión de seis meses a tres años, al que “durante el curso de un proceso o después de una sentencia condenatoria, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuir su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles”.

El ataque a la propiedad procedente de este delito (incorporado a nuestros elencos penales por la ley 17.567) conlleva a que puede impedir a los acreedores satisfacer sus créditos con los bienes del deudor.

§ 1291. *LA ACCIÓN TÍPICA.* – Está constituida por la de *frustrar*, en todo o en parte, *el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles.* En verdad lo que se frustra –como bien lo ha señalado la doctrina– es la posibilidad de que la sentencia que declara la existencia de la obligación y la obligatoriedad de su cumplimiento por parte del deudor, juntamente con los agregados originados en el juicio (costas, intereses), pueda ser ejecutada con los bienes del deudor si él no paga lo dispuesto por ella. Lo cual indica que la existencia de una sentencia firme es un presupuesto necesario del delito, ya que si ella no existe no habrá prestación típica; por tanto, el juez penal no puede rever lo que en este sentido haya de-

clarado el juez civil. Indica también que no se da el tipo si el deudor paga lo ordenado por la sentencia dentro del plazo que ella dispone, aunque con anterioridad haya realizado actos de disminución de su patrimonio con miras a no cumplir, ya que dicho pago aventa la posibilidad de que se dé el resultado típico de la frustración.

Ésta puede ser total o parcial; basta que se torne imposible el cumplimiento de una parte de la deuda –según el monto total señalado por la sentencia– para estar en la esfera de la tipicidad.

§ 1292. *OBLIGACIONES CIVILES COMPRENDIDAS.* – Es cualquier obligación civil procedente de convenciones, hechos lícitos o ilícitos (que hayan generado la obligación de indemnizar) o relaciones civiles de cualquier carácter (p.ej., de familia). No es una obligación civil la originada por el pago de una multa penal, ni siquiera se convierte en civil por el hecho de que ya esté impuesta por una sentencia firme (contra: Núñez), porque su régimen de ejecución es distinto (conversión en penas corporales); también se ha negado ese carácter a las obligaciones procedentes de deudas impositivas (Núñez). Por supuesto que, en principio, sólo quedan comprendidas las obligaciones de *dar*; las de *hacer* no pueden frustrarse con los medios establecidos en el artículo; pero sí puede serlo la indemnización debida por el incumplimiento de una obligación de *hacer*, que al fin no es más que una obligación de *dar*.

§ 1293. *LOS MEDIOS FRUSTRATORIOS.* – La ley no castiga el incumplimiento doloso de la obligación, sino la dolosa frustración de su cumplimiento forzado por los medios enunciados en el tipo. Ellos son la *destrucción*, la *inutilización*, el *daño* o la *ocultación* de bienes del patrimonio, ya se trate de cosas o, en el caso de la ocultación, también de bienes inmateriales cuya existencia sea disimulable, con lo cual se ve que, en ese caso, las acciones tanto pueden estar constituidas por hechos como por actos jurídicos.

Pero tiene que tratarse de una actividad *maliciosa*; la malicia no responde aquí necesariamente a una finalidad de lucro en el agente, sino a la finalidad de perjudicar el crédito del acreedor, tornando imposible su efectivización; o sea, debe tratarse de una acción realizada con la intención de que la deuda resulte inejecutable.

Además, el resultado típico reclama que la insolvencia del deudor –aparente o real– que haga imposible la ejecución, tenga su ori-

gen en esos actos: cuando la insolvencia no proceda de ellos, sino de causas distintas, no habrá delito.

El otro medio previsto por la ley es la *disminución fraudulenta del valor de los bienes que integran el patrimonio*. Aquí la actividad sólo puede realizarse por medio de actos jurídicos que tengan ese efecto; se trata, pues, primordialmente, de acciones simuladoras de la insolvencia (constitución de gravámenes u obligaciones ficticias, ventas simuladas); su fraude tiene, además de una significación de dañosidad, otra de engaño, pero nada obsta a que asimismo queden comprendidas acciones efectivamente creadoras de insolvencia (venta efectiva de los bienes, donaciones, etc.), en las que el fraude se determina en el abuso de la situación en la que el deudor se encuentra respecto de los bienes con los cuales deberá afrontar sus obligaciones. Por supuesto que cuando el acto jurídico es simulado, el delito surge independientemente del resultado de la acción de simulación que pueda entablarse.

§ 1294. *ELEMENTO CIRCUNSTANCIAL*. — El tipo contiene también un elemento circunstancial de carácter más bien temporal: la acción debe realizarse *en el curso de un proceso o después de una sentencia condenatoria*. Es obvio que la ley se refiere al proceso judicial en el que se reclama el cumplimiento de la obligación civil y a la sentencia que reconoce la existencia de ésta disponiendo su cumplimiento, e indica que, para ser típicos, los actos deben ser realizados en el lapso que va desde el momento en que el proceso se inicia hasta que la sentencia se cumple; los actos realizados con anterioridad o con posterioridad (p.ej., cuando la sentencia ha sido cumplida por un tercero, aun sin conocimiento del deudor) son atípicos.

Si algo se discute en esta materia es desde qué momento se considera iniciado el proceso; en las obligaciones derivadas de convenciones u otras relaciones civiles lícitas o de ilícitos no penales se considera que el proceso está en curso para el deudor desde el momento en que se le notifica la demanda; nosotros habíamos extendido ese momento, cuando se realizaban medidas preparatorias o precautorias previas, a aquel en que éstas se ponen o llegan a conocimiento del deudor, lo cual rechaza la generalidad de la doctrina. La solución depende, sin embargo, del punto de vista de la tipicidad, si es que con ellas se puede o no tener por iniciado el proceso, puesto que lo que debe quedar en claro es que no es imprescindible el

nacimiento del juicio en sí por medio de la traba de la litis. Pero en lo que no se han puesto de acuerdo los tratadistas es acerca de las obligaciones nacidas de hechos ilícitos de carácter penal; para algunos, el delito que estudiamos se puede dar desde la comisión de ese hecho, pues desde ese momento existe la obligación de indemnizar (Soler), olvidando que no es la existencia de obligación y el conocimiento de ella, sino la existencia del proceso lo que determina el surgimiento de la responsabilidad penal, según el art. 179, párr. 2º, del Cód. Penal; para otros basta con la notificación de la querrela (Ure), pero en realidad esto se refiere a la acción penal, no al proceso civil; la solución no varía, pues, con respecto a la dada en el caso anterior: debe haberse iniciado el respectivo proceso y puesto en conocimiento del deudor; es indispensable, por tanto, la notificación de la reclamación civil que se haya introducido en el proceso penal —si ello ha ocurrido— por cualquiera de los medios procesalmente admisibles en las distintas reglamentaciones.

§ 1295. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* — El delito se consuma cuando efectivamente se ha frustrado el cumplimiento de la obligación en su totalidad o en parte; ya vimos que dentro de la obligación hay que considerar comprendidos, no solamente la deuda original, sino también sus accesorios de intereses y costas judiciales. El momento consumativo no puede ser el de la realización del acto o hecho eventualmente defraudatorio (Ure, Bacigalupo), porque la frustración se da cuando el cumplimiento debe efectivizarse, ejecutándose forzosamente la sentencia: es, pues, en el momento en que la frustración aparece como realidad cuando se configura la consumación. La existencia de una garantía anterior o posterior (fianza, constitución de embargo) que se tiene que demandar o ejecutar *a posteriori*, no elimina la consumación; tampoco lo hace el pago posterior al surgimiento de la frustración, pero sí elude el delito el realizado antes que los procedimientos ejecutivos hayan revelado la vigencia de aquella (Soler sostiene que aun el pago posterior a la concreción de la frustración elimina el delito consumado, lo que no parece posible). La realización de los actos típicos con finalidad frustratoria no concretada en la realidad (p.ej., que un tercero pague por el deudor o que la sentencia se ejecute sobre otros bienes que han pasado con posterioridad a integrar su patrimonio, como puede ser una herencia) puede constituir tentativa.

§ 1296. *SUJETOS.* – Es un delito propio cuyo autor sólo puede ser el deudor contra quien se dirige el proceso, ya se trate de un deudor principal o del fiador o garante de la deuda de otro, pero aquel carácter no es óbice para el reconocimiento de la intervención de partícipes (p.ej., puede serlo el que se prestó para ser parte en el acto simulado).

Sujeto pasivo es el acreedor de la particular obligación cuyo cumplimiento se frustra, puesto que aquí no se pune la insolvencia relacionada con la masa de acreedores de un procedimiento concursal; claro que si los actos frustratorios se producen dentro de una relación de esa naturaleza, la figura queda desplazada por cualquiera de las que hemos visto precedentemente.

§ 1297. *CULPABILIDAD.* – El dolo de este delito, dada la subjetividad requerida para la acción típica, sólo puede ser directo, es decir, el constituido por la específica dirección hacia la frustración.

VI. COLUSIÓN

§ 1298. *FIGURAS CONTEMPLADAS. CARACTERÍSTICA COMÚN.* – Son dos, como veremos, las figuras contempladas en el art. 180 del Cód. Penal; ambas tienen en cuenta una connivencia dolosa que, eventualmente, puede perjudicar a la masa de acreedores mediante la adopción de procedimientos que detienen el progreso del proceso concursal o lo extinguen.

A) CONNIVENCIA DEL ACREEDOR

§ 1299. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 180, párr. 1º, del Cód. Penal reprime con prisión de un mes a un año al “acreedor que consintiere en un concordato, convenio o transacción judicial, en virtud de una connivencia con el deudor o con un tercero, por la cual hubiere estipulado ventajas especiales para el caso de aceptación del concordato, convenio o transacción”.

§ 1300. *ACCIÓN TÍPICA.* – Es la de consentir en un acuerdo preventivo o resolutorio o en un convenio o transacción, en connivencia

con el deudor o un tercero que implique la estipulación de ventajas especiales para el agente si el acuerdo, convenio o transacción es aceptado en el juicio concursal.

El delito requiere, de parte del agente (acreedor), una doble actividad: convenir con el deudor o el tercero ventajas especiales para el caso de la aceptación del acuerdo, convenio o transacción y después prestar su consentimiento válido en el juicio para que ese acuerdo, convenio o transacción sea aceptado. En concreto, lo que el agente promete como contraprestación de las ventajas especiales que se le otorgan, es su apoyo para que se apruebe el acuerdo, convenio o transacción.

§ 1301. *EL ACUERDO FRAUDULENTO.* – La connivencia, pues, es un acuerdo fraudulento dirigido a impedir –a espaldas de los demás acreedores– la continuación del juicio concursal o a extinguir sus efectos ejecutivos.

El convenio no exige formalidades de ninguna especie; puede ser escrito o verbal; basta con que se acredite su existencia. Pero tiene que contener ventajas especiales para el acreedor que va a dar su voto favorable al acuerdo, convenio o transacción, condicionadas a la aceptación de éstos en el juicio por parte de la masa de acreedores. Esas ventajas están integradas por beneficios de cualquier índole, pero su atención no debe estar a cargo de los bienes que integran el patrimonio garantizador de las acreencias de la masa (puesto que si ello ocurriera se trataría de las ventajas indebidas punidas por los arts. 176 y 179, Cód. Penal), sino de bienes del deudor que están excluidos de ese patrimonio afectado al procedimiento concursal o de los que le queden una vez liberado, o de bienes de terceros. La ventaja es *especial* ya que se otorga exclusivamente al acreedor confabulado.

Como se ve, la connivencia es el motivo del voto corrupto del acreedor; no se da el tipo cuando la ventaja se otorga al acreedor que ya ha votado, como agradecimiento por su intervención.

§ 1302. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – Típicamente el acreedor consiente el acuerdo, convenio o transacción cuando vota favorablemente por ellos en el correspondiente acto procesal y es en ese momento cuando se produce la consumación. Ésta no requiere que se acepte el acuerdo, convenio o transacción: es suficiente la dación

del voto favorable en virtud de la connivencia estipuladora de la ventaja especial. Menos todavía es necesario que el deudor o el tercero cumplan con la promesa del otorgamiento de la ventaja. La estipulación, sin que se haya llegado a producir la dación del voto favorable al acuerdo, convenio o transacción del agente, puede constituir tentativa, que sería impune si el voto no se llegara a dar por desistimiento del propio acreedor de cumplir con lo prometido por él en la estipulación fraudulenta.

§ 1303. *AUTORÍA.* – El hecho de que aquel a quien la norma pune específicamente sea el acreedor, no deja a éste sólo en la autoría, pues estando integrada la acción por una connivencia con el deudor o con un tercero, éstos, más que cómplices, son codeincentes; sin embargo, es un delito *de participación necesaria*, que presenta una particularidad: en tanto que para el acreedor el delito se consuma con su voto, para el deudor o el tercero se consumaría con la actividad típica de la estipulación; a su respecto sería inadmisibles la tentativa, pues sus intervenciones típicas están completas aunque el acreedor no haya llegado a votar favorablemente. Esta solución, aparentemente extraña desde el punto de vista dogmático, motivó que la situación del deudor fuese contemplada autónomamente en el párr. 2º del artículo. Pero como no ocurre lo mismo con el tercero, su responsabilidad se rige por las reglas generales de la participación: es, por tanto, un cómplice principal, cuya punibilidad dependerá del grado que haya alcanzado la acción del acreedor.

§ 1304. *CULPABILIDAD.* – Como el fin del delito está constituido esencialmente por la compra y la venta del voto corrupto, la culpabilidad típica exige un dolo directo.

B) CONNIVENCIA DEL DEUDOR Y REPRESENTANTE DE PERSONA JURÍDICA

§ 1305. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 180, párr. 2º, del Cód. Penal dispone la misma pena que en el delito anterior para “todo deudor o director, gerente o administrador de una sociedad anónima o cooperativa o de una persona jurídica de otra índole, en estado de quiebra o de concurso judicial de bienes, que concluyere un convenio de este género”.

§ 1306. *CARACTER DEL DELITO.* – Las particularidades de la co-delincuencia del deudor, a la que ya hicimos referencia, motiva su tratamiento especial en esta disposición. La específica referencia a los representantes de las personas jurídicas comprometidas en procedimientos concursales se justifica, ya que siendo ellos los que pueden concluir convenios de la índole de los punidos y no siendo los “deudores”, su situación podía plantear dudas; a su respecto la norma cumple la misma función que el art. 178 del Cód. Penal, respecto de los arts. 176 y 177.

§ 1307. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – Ya adelantamos que aquí la consumación se da con la conclusión del convenio, sin que sea necesaria la posterior actividad del acreedor de otorgar el voto favorable, así como que es inadmisibile la tentativa.

§ 1308. *CULPABILIDAD.* – La distinta estructura del tipo en cuanto a la consumación no cambia la naturaleza de la culpabilidad que es la misma que vimos en el delito anterior.

CAPÍTULO VI

USURPACIÓN

§ 1309. *OBJETOS DE LOS DELITOS.* – En los delitos que a continuación vamos a ver el objeto es siempre un inmueble, respecto del cual se protege todo derecho real que se ejerza sobre él, aun en sus formas más simples, de todo acto que impida ese ejercicio o lo turbe. Debemos distinguir, dentro del capítulo, los tipos que se refieren a inmuebles consistentes en terrenos, de aquellos que se refieren a derechos que se ejercen sobre las aguas.

I. USURPACIÓN DE INMUEBLES

§ 1310. *CAMBIOS INTRODUCIDOS.* – Grandes cambios han sufrido aquí los textos, no solamente referidos al aspecto de la punibilidad que ahora es en el art. 181 la de prisión de seis meses a tres

años, sino porque al retornarse a la versión original, las diferencias con la ley 21.338 resultaron notables. Esta ley 21.338 no había hecho más que seguir la fórmula de la ley 17.567 en la reforma del art. 181 (la cual había sido dejada sin efecto en 1984 por la ley 23.077). La ley 24.454, al redactar un nuevo inc. 1º de dicho artículo, regresó a la fórmula de las leyes 17.567 y 21.338.

§ 1311. *CONCEPTO DE INMUEBLE.* – El concepto de inmueble en el sentido penal del art. 181 es exclusivamente el de inmueble por naturaleza, según el art. 2314 del Cód. Civil: el suelo y las partes sólidas o fluidas (salvo el agua que integra el objeto del art. 182, Cód. Penal) que foman su superficie o profundidad y lo que está incorporado al suelo de manera orgánica o se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre; pero lo que puede ser objeto del delito es el suelo mismo así formado: lo que integra el suelo o se adhirió a él orgánica o inorgánicamente no puede ser objeto de usurpación separadamente, ya que para ello debe ser, precisamente, separado y entonces se convierte en un objeto mueble susceptible de hurto o robo. Menos constituyen objeto de los delitos los inmuebles por accesión física (art. 2316, Cód. Civil): su ocupación únicamente puede constituir usurpación si se la realiza mientras siguen adheridos al suelo; si se los separa para ocuparlos también se darán aquellos otros delitos.

§ 1312. *EXTENSIÓN DE LA PROTECCIÓN LEGAL.* – Lo que la ley protege no es propiamente el dominio sobre el inmueble, sino el ejercicio de facultades originadas en derechos reales que se ejercen sobre él, ya procedan del dominio o de otras circunstancias o relaciones; o sea, la tenencia, la posesión o el ejercicio de otro derecho real que permite la ocupación total o parcial del inmueble.

Tiene en el sentido de los derechos reales civiles el que posee efectivamente la cosa a título autónomo, por sí o por medio de sus representantes, ocupándola total o parcialmente, aun reconociendo que su dominio pertenece a otro; no es imprescindible un contacto físico permanente del tenedor con el inmueble: basta que lo ocupe, usándolo y gozándolo materialmente (arts. 2352, 2461 y 2462, Cód. Civil); ostentan ese carácter el locador, el sublocador y sus sucesores, el comodatario, no los que sólo tienen en representación de otros, sea en forma independiente (mandatario, depositario), sea como servidor de la tenencia de un tercero (empleados), aunque en

algunos casos la ley civil los designe “simples tenedores”. Se discute la situación del que retiene un inmueble ejerciendo un derecho (arts. 3939 y 3944, Cód. Civil), aun en el caso del constructor; pero allí se trata de una tenencia *en garantía*, que responde a un derecho personal y no constituye el ejercicio de un derecho real, por lo cual, en principio, el desalojo de esa tenencia puede ser materia de otro delito, pero no de usurpación (contra: Núñez).

Posee el que tiene el inmueble con la intención de someterlo a su derecho de dominio (art. 2351, Cód. Civil), aunque, como en el caso anterior, no lo haga por medio de un contacto físico permanente.

Ejercen derechos reales sobre inmuebles todos los que usan o gozan del inmueble ajeno por un título de aquel carácter (uso, usufructo, servidumbre, habitación, anticresis); también en este caso, como en los anteriores, es indispensable el efectivo ejercicio actual de los derechos.

§ 1313. *CARÁCTER DEL TÍTULO DEL SUJETO PASIVO.* – A diferencia de otras legislaciones que requieren la *legitimidad* del título que funda la tenencia en cualquiera de los modos que acabamos de ver, la nuestra no contiene referencia alguna en ese sentido, por lo cual se ha entendido que esa legitimidad no es un presupuesto del delito; sólo sería necesaria la “existencia de un poder de hecho y consolidado sobre la cosa” (Soler); el delito de usurpación podría ser cometido, por lo tanto, por el propietario contra el simple tenedor, aunque aquél pudiera prevalerse de un interdicto de recobrar o pudiese tener éxito en una acción civil de despojo, salvo en los casos en que el art. 2470 del Cód. Civil autoriza el uso de la fuerza para recobrar la posesión, ya que en ellos no se habría dado todavía la consolidación de la tenencia que justificaría la protección del poder de hecho contra la actuación del particular al margen de la intervención de la autoridad pública; por supuesto que la determinación de cuándo ese poder está consolidado o no (“sin intervalo de tiempo”, dice la ley civil) es una cuestión de hecho librada, en cada caso, a la estimación de los jueces.

A) USURPACIÓN POR DESPOJO

§ 1314. *EL TEXTO LEGAL. VARIACIONES LEGISLATIVAS.* – El art. 181, inc. 1º, del Cód. Penal, según ley 24.454 asigna una pena de

prisión de seis meses a tres años –común a los casos previstos en los dos incisos del artículo– al que “por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes”.

El texto original del Código Penal punía al que “por violencia, engaño o abuso de confianza, despojare a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble”. La fórmula actual, que procede de la ley 17.567, no ha cambiado esencialmente la figura, salvo quizás en lo que se refiere a la inclusión de la clandestinidad como medio comisivo, puesto que las demás reformas no han hecho sino responder a las interpretaciones que la doctrina y la jurisprudencia habían dado a la disposición original, ya que dentro de la *violencia* se consideraba comprendida la *vis moral*, que ahora se menciona como amenazas; en cuanto a los distintos modos de despojo que actualmente se enuncian taxativamente, habían sido también ya reconocidos y la expresión “del ejercicio de un derecho real” cubre los supuestos que en la fórmula reemplazada se enumeraban circunstanciadamente.

§ 1315. *ACCIÓN TÍPICA.* – Es la de *despojar*, lo cual tiene un sentido de quitar, de sacar de la ocupación o impedir la ocupación del inmueble total o parcialmente, por parte del sujeto pasivo; puede darse, por consiguiente, desplazando al tenedor, poseedor o ejercitador del derecho real de que se trate, del lugar (terreno) que constituye el inmueble u oponiéndose a que aquél continúe realizando los actos propios de su ocupación tal como los venía ejecutando. Pero, para ser típico, el despojo debe estar signado por la finalidad de permanecer en el inmueble ocupándolo: el que priva de la tenencia al sujeto pasivo fugazmente, con voluntad de no permanecer en él, podrá quedar comprendido en otros tipos (p.ej., el que sólo lo hace para turbar la posesión), pero no en el que estudiamos.

El despojo puede ser *total* o *parcial*. Es total cuando se priva al sujeto pasivo de todo el inmueble; es parcial cuando se lo priva de la tenencia de la parte del inmueble que aquél ocupa (p.ej., en una tenencia común, impedirle el ejercicio de los derechos que como te-

nedor común le corresponden), o cuando el autor excluye al sujeto pasivo de la ocupación de una parte del inmueble que ocupaba en su totalidad, o cuando trata de ejercer juntamente con él la ocupación.

La expresa regulación de los modos por los que el agente puede llevar a cabo el despojo corrobora esta interpretación. Esos modos son la *invasión* del inmueble, en la cual el agente penetra en el inmueble aun sin expulsión de sus ocupantes, para ocuparlo él conjuntamente en su caso, privando a aquéllos en alguna medida del ejercicio de los derechos que como tenedores ejercían; el *mantenimiento* en el inmueble, impidiendo al ocupante seguir ejerciendo los derechos sobre él cuando le corresponden, lo cual se da generalmente en los casos de *intervención de título*, en los cuales el agente invoca un título de ocupación que no es aquel en virtud del cual se encontraba en el inmueble, aunque éstos no agotan los supuestos delictivos, como más adelante veremos; la *expulsión* de los ocupantes para hacerse el agente con esa ocupación en forma exclusiva sobre la totalidad o parte del inmueble.

§ 1316. *MEIOS TÍPICOS.* – Pero para que la acción de despojo resulte típica tiene que perpetrársela por alguno de los medios taxativamente enunciados en la ley; si se la realiza por cualquier otro medio, no habrá tipicidad. Por otro lado, esos medios tiene que usarlos para consumar el despojo en cualquiera de los modos señalados precedentemente; por lo tanto, si las situaciones de violencia, amenazas, etc., son concomitantes con el despojo, pero no fueron los *medios* para llevarlo a cabo, no se habrá cometido la usurpación de que aquí tratamos.

La *violencia* es aquí la *vis física* que el agente despliega sobre las personas para vencer la resistencia que oponen o impedir la que pueden oponer a la ocupación que aquél procura, pero también comprende la fuerza que despliega sobre las cosas que le impiden o dificultan la penetración invasiva o el mantenimiento de su ocupación exclusiva (p.ej., cambiar las cerraduras); esto último, que alguna vez puso en duda la doctrina (Núñez, Fontán Balestra), no parece que pueda plantear dificultades en la taxatividad de la nueva fórmula: si la fuerza sobre las cosas es el medio de mantenerse en el inmueble, es un medio comisivo y, por tanto, típico.

Las *amenazas* constituyen la violencia moral; el concepto válido aquí es el del art. 149 *bis* del Cód. Penal, figura ésta que queda

desplazada por la usurpación a causa del carácter subsidiario de aquélla, aunque erróneamente alguna doctrina ha sostenido lo contrario.

El *engaño* es cualquier conducta que disimule la verdad; puede consistir en un ardid o en una manifestación simplemente mentirosa que haya inducido en error al sujeto pasivo o a un tercero, permitiendo la ocupación del agente en cualquiera de los modos previstos; cuando el engaño no está destinado al logro de la ocupación del inmueble sino a la privación del título por el cual el sujeto pasivo ejercía la tenencia, la posesión o el derecho real de que se trate, no estaremos ante una usurpación, sino ante una defraudación.

El *abuso de confianza* no se considera en el tipo como el vicio de la posesión que regula el art. 2372 del Cód. Civil, sino como la conducta del que despoja al sujeto pasivo aprovechando la confianza que se le ha otorgado al permitirle el acceso o el uso del inmueble, manteniéndose en él como ocupante, o *intervirtiendo* el título en virtud del cual se le permitía la tenencia o el goce de un determinado derecho real sobre el inmueble. La *intervención* del título requiere, por parte del agente, la invocación de una distinta naturaleza de la ocupación que ya ejerce a título propio o en representación de otro para mantenerse en aquélla desplazando a quien debe ocupar: que el servidor de la tenencia ajena invoque ser tenedor autónomo, que el tenedor invoque ser poseedor; en este sentido, no basta que quien ya ejerce la tenencia o la posesión del inmueble invoque un título distinto del que fundamenta su ocupación cuando ésta debe igualmente continuar (p.ej., quien siendo usufructuario invoque ser propietario), ya que entonces no realiza la actividad desplazante del ocupante anterior que el despojo requiere; tampoco es usurpador en el concepto típico quien simplemente se niega a dejar el inmueble sin invocar título alguno, en cuanto no utilice ninguno de los medios típicos para mantenerse en él; estas situaciones son penalmente impunes y, en principio, sólo solucionables por la vía civil (Núñez).

La *clandestinidad* se refiere a la ocultación de los actos de ocupación respecto de las personas que tienen derecho a oponerse a ella (art. 2369, Cód. Civil), aunque aquéllos no sean ocultos para terceros; en realidad, siguiendo los lineamientos civiles, aquí se considera ocultación tanto los actos realizados con precauciones para evitar que sean conocidos por los que tienen derecho a oponerse, como aquellos en que el agente aprovecha la ausencia de esos sujetos o

de sus representantes. Claro está que la clandestinidad sólo puede admitirse respecto de los modos de invasión y mantenimiento; normalmente será difícil que pueda compaginársela con el modo de expulsión de los ocupantes.

§ 1317. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El despojo usurpador se consuma cuando se produce la invasión del inmueble constitutiva de la ocupación, aunque no se expulse a los ocupantes anteriores; o cuando se los expulsa como manifestación de ocupación; o cuando, *interviniendo* o no el título, el agente que está en el inmueble rechaza o impide la actividad del sujeto pasivo que importa la continuidad de la ocupación que ejercía.

Puesto que se trata de un delito de resultado, es admisible la tentativa, que está conformada por la utilización de alguno de los medios típicos, con la intención de desplazar, total o parcialmente, la ocupación del sujeto pasivo, para asumirla el agente. Cuando los medios empleados son los de violencia o amenazas, la tentativa de usurpación por despojo puede confundirse con la turbación de la posesión o tenencia que prevé la parte final del art. 181: la circunstancia de que el despliegue de la violencia o las amenazas para despojar hayan llegado a turbar la posesión o tenencia no quita al hecho su carácter de tentativa de usurpación por despojo; pero si aquellos medios fueron utilizados para turbar la posesión o tenencia, se aplica la parte final del art. 181, aunque el objetivo del agente sea el de lograr que el ocupante abandone su ocupación: es el dolo directo correspondiente a cada culpabilidad típica el que soluciona el conflicto de figuras.

§ 1318. *CUESTIONES ATINENTES A LA ANTIJURIDICIDAD.* – No dejan de ser aplicables los principios generales de la justificación, entre ellos el del ejercicio del derecho. Pero no es una situación de justificación la repulsa violenta admitida por el art. 2470 del Cód. Civil, en que el agente expulsa por la fuerza a quien lo desplazó de su anterior ocupación, puesto que en ese caso no se da aún ocupación consolidada, lo que marginará el hecho de la usurpación típica: tratase de una situación de atipicidad, no de justificación.

§ 1319. *CULPABILIDAD.* – El dolo es necesariamente el directo, puesto que requiere en el autor la voluntad de despojar al tenedor

por alguno de los medios señalados en la descripción típica. La ignorancia y el error (p.ej., sobre la existencia de la tenencia por parte de un tercero) puede llegar a eliminar la culpabilidad.

B) DESTRUCCIÓN O ALTERACIÓN DE LÍMITES

§ 1320. *EL TEXTO LEGAL. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.* – El art. 181, inc. 2º, castiga al que “para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo”.

A diferencia de lo que ocurre en la usurpación por despojo, en este delito, no sólo se ataca la posesión o tenencia, sino que la acción puede repercutir sobre el dominio mismo del inmueble, ya que las modificaciones introducidas por ella pueden menoscabar los elementos probatorios de su extensión.

§ 1321. *ACCIÓN TÍPICA.* – La acción puede ser la de *destruir* o la de *alterar*. Destruye el que de cualquier modo elimina los límites o términos, sea deshaciéndolos, sea quitándolos, hasta hacerlos desaparecer; la característica del elemento subjetivo del tipo indica que la destrucción debe tener por objeto la total eliminación de los términos o límites; su destrucción parcial, que permita seguir estableciendo con precisión la delimitación de los inmuebles (p.ej., quitar parte del alambre de un cerco) no consuma el tipo, aunque eventualmente pueda quedar comprendida en una tentativa. Altera el que cambia de lugar los términos o límites, variando de ese modo la extensión de los terrenos linderos, haciendo avanzar la delimitación sobre el del sujeto pasivo; la simple alteración que no tenga esa repercusión y no esté guiada por ese significado de la acción, es atípica (p.ej., cambiar de lugar un mojón, pero sobre la misma línea de demarcación).

§ 1322. *OBJETOS.* – Los objetos son los términos o los límites. *Términos* son las señales colocadas expresamente para delimitar un inmueble de otro (como son los mojones). *Límites* son los signos afectados a esa función, aunque no se hayan creado expresamente para ella y cumplan a la vez otras funciones distintas; pueden ser naturales (árboles, vías de agua, fallas del terreno, piedras, etc.) o artificiales (cercos, edificaciones). Pueden delimitar inmuebles urbanos o rurales; la ley no hace distinciones.

La alteración de la línea ideal fijada en documentos no constituye este delito.

§ 1323. **ELEMENTO SUBJETIVO.** – El tipo está dominado por el elemento subjetivo, puesto que la alteración o la destrucción de los términos o límites debe ser realizada *para apoderarse de todo o parte de un inmueble*.

El apoderamiento a que se refiere la ley se satisface con la finalidad de ocupar la parte del inmueble ocupada por el sujeto pasivo que queda comprendida dentro de la alteración o la parte o la totalidad del inmueble que deja de estar delimitado, a causa de la destrucción. No es necesario que el agente actúe *animus domini*.

Este elemento subjetivo permite distinguir el delito del previsto en el art. 181, inc. 1º. El del art. 181, inc. 2º, no requiere el despojo, como más adelante veremos, pero si ello ocurre, cuando el hecho se hubiese perpetrado por destrucción o alteración de términos o límites exclusivamente, se dará el tipo que venimos estudiando, pero si el despojo que viene acompañado de esas acciones se perpetró por alguno de los medios previstos en el art. 181, inc. 1º, nos encontraremos ante una usurpación por despojo y no ante una destrucción o alteración de límites o términos.

§ 1324. **CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.** – La consumación se da cuando, guiado por la particular finalidad típica, el agente ha conseguido destruir o alterar los términos o límites, de forma tal que haya llegado a anular la delimitación de los inmuebles o hecho avanzar los límites de uno sobre otro. Si no ha conseguido eso, pero ha emprendido la acción de destruir o alterar con la finalidad expresada, el hecho puede quedar en tentativa.

Es indiferente para la consumación que por medio de la alteración o destrucción se haya llegado a perpetrar el despojo de todo o parte del inmueble afectado por su ocupación por el agente.

§ 1325. **SUJETO ACTIVO.** – Sólo puede serlo el ocupante del fundo vecino al que se ve afectado por la acción destructiva o alteradora, ya que es el único que se puede apoderar por esos medios. Un tercero que realice esos actos, estará invadiendo el inmueble, con lo cual, y en la medida en que su acción implique violencia sobre las personas o fuerza sobre las cosas o se haya perpetrado desple-

gando alguno de los otros medios enunciados en el art. 181, inc. 1º, podría ser perseguido en virtud de dicha norma, pero no la del art. 181, inc. 2º. No es igual la solución en los derechos que construyen el tipo sobre el elemento subjetivo constituido por el logro de cualquier provecho (no sólo por la ocupación), en cuyo caso cualquier persona puede ser autor.

§ 1326. *CULPABILIDAD.* – Requiere la específica voluntad de utilizar el desplazamiento o supresión de los límites o términos como medio para ocupar todo o parte del inmueble vecino; cuando la acción no tiene esas miras, podrá constituir otros delitos (p.ej., hurto si se ha querido apoderar de las cosas que constituyen los términos o límites; daño, si sólo se ha pretendido su destrucción), pero no el que aquí nos ocupa.

C) TURBACIÓN DE LA POSESIÓN O TENENCIA

§ 1327. *EL TEXTO LEGAL. DISTINCIÓN CON LOS TIPOS ANTERIORES.* – El art. 181, inc. 3º, castiga al que “con violencia o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble”.

Los dos tipos que hemos visto hasta ahora son situaciones de despojo, aunque en el segundo no es indispensable su efectivización. El que ahora veremos está caracterizado porque la acción del agente lo que hace es restringir el ejercicio pleno de la posesión o la tenencia, pero sin importar una ocupación total o parcial del inmueble por parte de aquél, ni ello constituye su finalidad inmediata. Evidentemente, cuando hay ocupación, aunque sea parcial, o se pretende ejercer derechos reales juntamente con el anterior ocupante, habrá despojo o voluntad de despojar, lo cual elimina de los actos simplemente turbatorios todos los que implican ocupación con pretensión de que sea consolidada.

§ 1328. *LA ACCIÓN TÍPICA.* – La acción de *turbar* la posesión la realiza quien, sin ocupar el inmueble en el sentido expresado al hablar del art. 181, inc. 1º, restringe temporal o permanentemente el ejercicio de los derechos que corresponden a la posesión del sujeto pasivo. El acto de turbación puede llevarse a cabo en alguno de los modos previstos por ese inciso, siempre que las acciones no se las realice con intención de ocupar el inmueble, aunque sea sin preten-

der excluir al anterior ocupante (p.ej., obreros que impiden la entrada del dueño de la empresa en apoyo de una actitud de huelga; para el derecho penal el hecho previsto por el art. 2496, Cód. Civil, es un acto de usurpación por despojo y lo mismo ocurre con el del art. 2498, Cód. Civil). Vimos, por otra parte, que la actividad de ocupar total o parcialmente el inmueble con intención de consolidar esa ocupación sin lograrlo, no es acto de turbación, sino de tentativa de usurpación por despojo.

Los actos más claros de turbación son los que coartan derechos del poseedor sin que se dé la presencia del agente en el inmueble afectado, en un sentido físico, como puede ser el hecho de cortar cables de energía eléctrica u obturar caños de agua corriente para que el sujeto pasivo no reciba los fluidos; una obra nueva hecha en otro inmueble que impide o dificulta el paso del sujeto pasivo a su inmueble (art. 2499, Cód. Civil); expulsar animales de un potrero (la doctrina habla de hacer pastar los animales propios en el inmueble de otro, pero ello también puede constituir un acto de invasión que se incluya en la usurpación por despojo); volar un puente establecido en una servidumbre de paso, etcétera.

Pero los actos que realice el agente tienen que ser efectivamente restrictivos del ejercicio de la posesión; si sólo son idóneos para hacer más molesto el ejercicio, la doctrina considera que se trata de molestias personales que no afectan aquél en la forma requerida por el tipo, de manera que quedan marginados de él (p.ej., arrojar sistemáticamente cascotes al techo de una vivienda, dirigir intencionalmente el humo de la chimenea sobre la finca de un vecino, etc.; generalmente estos hechos se prevén como simples faltas).

El párr. último del art. 181 de la ley 21.338 determinaba una pena menos severa que la atribuida para los hechos que preveía en los incs. 1º y 2º, para quien "con violencia o amenazas turbare la posesión o tenencia de un inmueble". El texto vigente, además de asignarle la misma pena que para los otros hechos incluyendo la descripción de la figura en un inc. 3º, castiga la turbación, violenta o amenazante, de la *posesión de un inmueble*, con lo que retorna al erróneo criterio de no punir los hechos turbatorios, llevados a cabo por los medios típicos, en los que el sujeto pasivo fuere un mero tenedor del inmueble (Soler, Gómez, etcétera). La conducta turbatoria inmediatamente dirigida contra el mero tenedor sólo podrá caer en el tipo cuando implique una turbación para el poseedor (Nú-

ñez); fuera de esa hipótesis, las violencias contra las personas y las amenazas producidas con finalidad turbatoria de la tenencia, tendrán que considerarse a través de los delitos contra las personas o la libertad si las acciones respondiesen a sus tipicidades.

§ 1329. *MEDIOS TÍPICOS Y MODOS DE COMISIÓN.* – Los actos de turbación son penalmente típicos cuando se los realiza con *violencia o amenazas*. La violencia, como en los supuestos ya vistos, puede recaer sobre las personas o constituir una fuerza sobre las cosas. La circunstancia de que la ley utilice la preposición *con* en vez de *por* (como ocurre en el inc. 1º) ha llevado a parte de la doctrina a sostener que no es indispensable que entre el despliegue de violencia o la amenaza medie una relación de causa a efecto con la turbación, bastando “que la violencia o las amenazas acompañen de alguna manera la ejecución del delito” (Núñez); sin embargo, no cabe duda de que la ley menciona a la violencia y las amenazas como *medios* de la turbación y, por tanto, se impone el reconocimiento de aquella relación causal: la turbación tiene que ser lograda por medio de la violencia o por medio de amenazas. Ésta es, por otra parte, la solución que se adecua a la sistemática de la ley, si tenemos en cuenta la taxatividad de los medios previstos para la usurpación por despojo.

§ 1330. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* – El delito se consuma cuando la turbación se ha realizado, es decir, cuando la limitación al ejercicio de la posesión se hizo efectiva impidiendo la respectiva actividad del sujeto pasivo. Es posible la tentativa.

§ 1331. *QUESTIONES SOBRE ANTIJURIDICIDAD.* – Como con referencia a los otros delitos, son aplicables los principios generales de la justificación, no constituye un caso de esa índole la pretensión, por parte del agente, de hacer valer, por los medios típicos de la violencia o las amenazas, el título que tenga a la posesión; se estará entonces en la esfera de la ilegalidad, ya que la ley civil lo prohíbe expresamente, requiriendo que el sujeto demande “por las vías legales” (art. 2468, Cód. Civil).

§ 1332. *CULPABILIDAD.* – Puesto que, como vimos, las violencias o amenazas tienen que estar dirigidas al logro de la turbación, no es admisible otro dolo distinto del directo.

D) USURPACIONES AGRAVADAS

§ 1333. *DEROGACIÓN DE LAS FIGURAS AGRAVADAS.* – La ley 23.077 derogó el art. 181 *bis* que traía distintas figuras agravadas, cuyas conductas pasaron a integrarse en las figuras básicas.

II. USURPACIÓN DE AGUAS

§ 1334. *COMPARACIÓN DE LOS SISTEMAS.* – El art. 182 dice: “Será reprimido con prisión de quince días a un año:

1) El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro sacare aguas de represas, estanques u otros depósitos, ríos, arroyos, fuentes, canales o acueductos o las sacare en mayor cantidad que aquella a que tenga derecho.

2) El que estorbare el ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas.

3) El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro represare, desviare o detuviere las aguas de los ríos, arroyos, canales o fuentes o usurpare un derecho cualquiera referente al curso de ellas.

La pena se aumentará hasta dos años, si para cometer los delitos expresados en los números anteriores, se rompieren o alteraren diques, esclusas, compuertas u otras obras semejantes hechas en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos”.

De su simple lectura se desprende el profundo cambio operado en la sistemática de esos delitos, además del referente a la punibilidad, que en la ley 21.338 era, exclusivamente, la de dos meses a dos años de prisión.

El sistema en esta ley era el siguiente: *a)* desvío ilegítimo de aguas (inc. 1º), y *b)* estorbo o impedimento a la utilización del agua (inc. 2º); no se preveían agravantes.

Actualmente, el sistema queda estructurado de la siguiente manera: *a)* figuras básicas: sustracción de aguas (inc. 1º); estorbo a la utilización de aguas (inc. 2º); represamiento, desvío o detención de aguas (inc. 3º), y *b)* figura agravada: quebrantamiento o alteración de obras (párr. último).

§ 1335. *EL AGUA COMO INMUEBLE.* – El agua, para ser objeto de estos delitos, tiene que tener carácter de inmueble (art. 2314, Cód. Civil) y no debe perderlo por la acción del agente. Debe tratarse, pues, del fluido incorporado como parte del suelo, no el que se encuentra en recipientes, separado de aquél, que únicamente puede ser objeto de hurto. Si el agente convierte en transportable el agua con su propia acción (p.ej., sacándola con baldes) tampoco será una hipótesis de usurpación, sino de hurto; la acción del agente, por tanto, debe mantener el carácter de inmueble del agua para que su conducta se sitúe en alguna de las figuras que a continuación vamos a ver: desviar el agua por medio de canales o cañerías, represarla para que no corra sobre el fundo vecino, contaminarla de modo que impida o estorbe su utilización.

§ 1336. *EL ELEMENTO SUBJETIVO.* – En tanto que la ley 21.338 requería, como elemento común a todos los tipos que describía, “el fin de obtener un provecho”, el texto actual trae una exigencia subjetiva para los casos de los incs. 1º y 3º, que es *el propósito de causar perjuicio*, que no es lo mismo. El provecho implica una ventaja de cualquier orden, el perjuicio puede darse subjetivamente sin el deseo de obtener tal ventaja por parte del agente.

Es verdad que las críticas a la exigencia de una finalidad perjudicante en el agente han planteado dificultades de no escasa entidad, puesto que reduciría considerablemente la punibilidad excluyendo de ella los supuestos en que aquél no quiere *perjudicar*, sino meramente beneficiarse con el empleo del agua cuando legítimamente no le corresponde (Soler), en tanto por “propósito de causar perjuicio” se entienda una finalidad dañina trascendente al hecho mismo constitutivo del delito (que se agosten los sembrados, que enflaquezcan los animales, etc.; González Roura). Para eludir esa consecuencia se propuso interpretar la norma diciendo que “el perjuicio que constituye su objeto (del delito) no es un efecto” del hecho, sino que debe entenderse que la conducta “es perjudicial cuando afecta la posibilidad normal del uso y goce del agua por su derechohabiente” y, así, por ejemplo, “el propósito de perjudicar a otro mediante la sustracción de agua es... la intención de hacerlo de esa manera” (Núñez), y en el caso del inc. 3º, el propósito de causar perjuicio “no es de dañar los bienes ajenos, sino de afectar de manera apreciable la posibilidad del uso y goce del curso del agua por su

derechohabiente" (Núñez); en concreto: "El criterio para determinar la perjudicialidad del propósito no es, por tanto, la inocencia o maldad del motivo del autor" (Núñez). Nos parece que esa interpretación, si bien llegaría a solucionar la inoperancia punitiva de la norma, no hace sino equiparar el elemento subjetivo a un dolo común, desconociendo la especialidad que a éste le otorga la ley por intermedio de aquél.

La cuestión, claro está, no se plantea con relación al *estorbo* del inc. 2°.

§ 1337. *PERTENENCIA DEL AGUA.* – En tanto la ley 21.338 se refería expresamente a las aguas *públicas* o *privadas*, esas calificaciones no aparecen en el texto vigente. Sin embargo, la doctrina que ha versado sobre este último llegó a la conclusión de que, siendo el bien jurídico protegido el uso y goce de las aguas fundado en un derecho personal o real cualquiera, nada se opone a que aquéllas sean del dominio público (Núñez).

§ 1338. *SUSTRACCIÓN DE AGUAS.* – Aunque sobre el elemento normativo (*ilícitamente*) la doctrina no cambia y sobre el subjetivo ya hemos referido las cuestiones que plantea, retornarán las dudas suscitadas por la acción material constitutiva del delito: *sacar aguas*. La doctrina más corriente se había conformado con señalar que se trata de una "figura semejante al hurto" (Soler) a la que "se puede denominar hurto de agua" (Fontán Balestra), lo que, en verdad, no es muy exacto. Núñez, sin embargo, intentando distinguir la conducta de *sacar agua* de la de *desviarla*, en casos que pueden ser confundidos por el origen o la localización de aquélla, teniendo presente, además, que si el hecho se comete mediante la utilización de recipientes (p.ej., llevándose el agua en un camión cisterna) ya no sería usurpación sino hurto, porque la misma conducta del agente le ha hecho perder al agua sustraída el carácter de inmueble que caracteriza al delito como usurpación, sostiene que el tipo pune "la sustracción del agua ajena para usarla o gozarla el autor del hecho o un tercero". Pero ése, que pudo ser un requisito de tipicidad (a través de la finalidad del aprovechamiento del agua) en las leyes 17.567 y 21.338, no lo es ahora. Por supuesto que la norma está imperfectamente construida, ya que es difícil pensar en un modo de sacar el agua sin quitarle el carácter de inmueble y sin acudir al

procedimiento de desviarla o hacerla correr (la misma escasez de fallos ha demostrado su inoperancia), pero tampoco es descartable un procedimiento que permita sacar el agua sin anularla como inmueble (p.ej., lograrlo por evaporación).

§ 1339. *ESTORBO A LA UTILIZACIÓN DE AGUAS.* – El inc. 2º –con excepción de la mención de la conducta de *impedir*– es similar al que traía la ley 21.338. En cuanto a lo que constituye la acción de *estorbar*, nada ha cambiado. El problema es saber si dentro de ese concepto queda comprendido el *estorbo total* de convertir en imposible para el sujeto pasivo el ejercicio de su derecho sobre el agua (aunque fuere temporariamente) sin emplear el procedimiento del desvío que nos colocaría en la hipótesis del inc. 3º. Si pensamos que el *impedir* de la fórmula de la ley 21.338 no mencionaba un impedimento permanente en cuanto extinción del derecho, los actos de impedimento no van a quedar excluidos de la punibilidad, pese a la restricción de la norma vigente que no los enuncia (p.ej., no abrir la compuerta que permita el paso del agua).

§ 1340. *REPRESAMIENTO, DESVÍO O DETENCIÓN DE AGUAS.* – El texto actual restringe la acción ilícita a las aguas que corren (en vez de la extensión que asumen en el inc. 1º); es decir, a las de los ríos, arroyos, canales o fuentes.

Las conductas mencionadas en el inc. 3º son varias; una de ellas, la de *desviar*, ya estaba prevista en el inc. 1º según la ley 21.338; *represa* el agua quien la estanca no permitiendo que fluya normalmente; la *detiene*, quien anula totalmente su corriente (Núñez).

Pero, en el mismo inciso, la ley contempla lo que podemos caracterizar como una usurpación *genérica* del curso de las aguas (que algunos tratan como tipo autónomo), puniendo al que *usurpare un derecho cualquiera referente al curso de ellas*. Para nosotros, esta usurpación tiene que constituirse –aquí sí, por la especial referencia a la nominación de esa figura– a través de una acción material que signifique el ilegítimo ejercicio de un derecho real que pertenece a otro y que implique, en todo caso, el goce del agua (Oderigo) por parte del autor o de un tercero; Núñez, dado el particular sentido que asigna a la acción de *sustraer* del inc. 1º, llega hasta otorgarle al tipo significado registral que creemos que no entra en lo que es una usurpación, bajo cuya rubricación, como se dijo, inscribe la ley a este delito.

§ 1341. *FIGURAS AGRAVADAS.* – A diferencia de la ley derogada que no contenía agravantes, el último párrafo del art. 182 califica los delitos de los incs. 1º a 3º en virtud de los procedimientos empleados para cometerlos: *rompimiento o alteración de diques, esclusas, compuertas u otras obras semejantes, depósitos, canales o acueductos*; es decir, por la destrucción total o parcial de tales obras o por la alteración de sus estructuras (Núñez), siendo indiferente quién sea su titular (puede serlo hasta el mismo agente).

Sin embargo, la agravante quedará desplazada cuando los hechos constituyeren los delitos de los arts. 186 y 187, párr. 1º (Soler, Fontán Balestra), en cuyo caso la figura básica de usurpación de aguas de que se tratase podrá concurrir con aquellas figuras de delitos contra la seguridad común.

CAPÍTULO VII

DAÑOS

§ 1342. *EL SENTIDO DE LA PROTECCIÓN PENAL.* – Los delitos que hemos estudiado hasta ahora importaban, en su consumación, una transferencia ilegítima de poderes sobre cosas del sujeto pasivo al sujeto activo, o el impedimento de la transferencia legítima de esos poderes a quien debía serlo. En el delito de daño ni se da esa transferencia ni este impedimento; lisa y llanamente el agente extingue o menoscaba los poderes que el sujeto pasivo puede ejercer sobre la cosa, por medio de un atentado contra la cosa misma, cuyo valor económico de cambio o utilitario elimina o reduce.

En ningún capítulo del título como en éste se acerca tanto la noción penal de propiedad como bien jurídico protegido a la noción de dominio del derecho civil; es en verdad este dominio el objeto de la protección penal, que procura impedir los ataques a la incolumidad de las cosas que son propiedad de otro, aun en los casos en que la acción se dirige contra un tercero (p.ej., contra el locatario, pero el daño lesiona al propietario).

§ 1343. *OBJETOS DEL DELITO.* – Son las cosas inmuebles y muebles, incluidos los animales, en cuanto son ajenas, es decir, en

cuanto no sean propiedad del autor ni *res nullius*. Tratándose de cosa ajena, es indiferente quién ejerza la tenencia de ella en el momento del hecho; hasta puede ser que no exista en ese momento tenencia alguna: las cosas pérdidas también pueden ser objeto del delito; hasta pueden ser cosas que estén en la tenencia legítima del agente (en virtud del ejercicio de un derecho que no sea el de dominio) o ilegítima (quien la obtuvo ilegítimamente para dañarla). No existe daño sobre la cosa enteramente propia, sin perjuicio de que ese daño pueda constituir otro delito, como lo hemos visto al referirnos a algunas especies de defraudaciones y lo veremos en los delitos contra la seguridad común.

§ 1344. *ASPECTO SUBJETIVO DEL DELITO.* – Se ha insistido mucho en las características subjetivas del delito de daño. Desde Carrara se viene sosteniendo que en él, el menoscabo de la propiedad ajena *es un fin en sí mismo*; lo cual es exacto sólo en cuanto se lo considere desde el punto de vista de la subsidiariedad de la figura: ésta opera con autonomía cuando el daño no constituye un medio para consumar otro delito (p.ej., la fuerza en las cosas en el robo, aunque ya veremos la particularidad que esta subsidiariedad alcanza en nuestra ley) y su finalidad se compatibilice con el dolo directo de dañar.

A) FIGURA BÁSICA

§ 1345. *EL TEXTO LEGAL.* – El art. 183 del Cód. Penal reprime con prisión de quince días a un año, al que “destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañar una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajeno, siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado”.

§ 1346. *LA ACCIÓN TÍPICA.* – Concretando lo expuesto precedentemente, puede decirse que la acción de *dañar* está constituida por todo ataque a la materialidad, utilidad o disponibilidad de las cosas, que elimine o disminuya su valor de uso o de cambio. Se ataca la materialidad de las cosas cuando se altera su naturaleza, forma o calidades; se ataca su utilidad cuando se elimina su aptitud para el fin o los fines a que estaba destinada o se disminuye esa aptitud; se ataca su disponibilidad cuando el acto del agente impide que el propietario pueda disponer de ella.

El delito puede perpetrarse por acciones u omisiones comisivas (p.ej., dejar de dar de comer al animal o de regar los vegetales cuando el agente tenía obligación de hacerlo); puede cometérselo sin disminuir la composición de la cosa (p.ej., alterando el orden de los componentes de una cosa compuesta, como una máquina), o quitándole o agregándole algo (p.ej., agregándole pintura a una estatua de mármol).

Pero esas acciones deben tener como resultado la producción de un perjuicio para la cosa en sí, constituido por un detrimento de su materialidad o funcionalidad futura; las acciones que no produzcan ese detrimento y sólo importen alteraciones pasajeras, fácilmente eliminables, no llegan a alcanzar la tipicidad (p.ej., ensuciar con tiza una pared, inyectar al animal una sustancia que le produce molestias pasajeras, alterar la dirección de las señales sin modificar la materialidad), aunque, como ocurre en el hurto, ese perjuicio no es necesario que tenga repercusión patrimonial (p.ej., hacer desaparecer una cosa cuyo costo de mantenimiento supera su valor de uso o de cambio).

§ 1347. *MODOS DE COMISIÓN EXPRESAMENTE ENUNCIADOS.* — Aunque el concepto general de daño hubiera bastado para acotar la figura, la ley ha preferido incluir una enunciación de ciertos modos de dañar, enunciación que no tiene carácter limitativo, sino meramente ejemplificativo (así lo dice claramente la expresión “de cualquier modo dañar”).

Destruye la cosa el que la deshace o arruina de manera total o parcial, alterando su naturaleza (p.ej., agitando el vino) o estructura con los efectos que dijimos precedentemente; la *inutiliza*, quien aun sin alterar su naturaleza o estructura, consigue que la cosa deje de ser apta para la función a que estaba destinada (p.ej., anular, por medios químicos, la potencia generatriz de un semental); la hace *desaparecer* el que la coloca fuera de las posibilidades de disposición del propietario, quitándola de su esfera de tenencia o de quien la tiene, legítima o ilegítimamente en el momento de la acción (p.ej., dejar volar al pájaro abriéndole la puerta de la jaula), siempre y cuando, por supuesto, no la introduzca en su esfera de disponibilidad, ya que entonces sería hurto.

§ 1348. *CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.* — El delito se consuma con el menoscabo del valor de uso o cambio de la cosa, es decir, con

la producción del daño en ella. La acción emprendida con ánimo de dañar, pero que no alcanza a producir aquel menoscabo puede constituir tentativa (p.ej., arrojar una piedra contra una ventana para romperla sin dar en el blanco).

§ 1349. *SUBSIDIARIEDAD DEL DELITO.* – El de daño es un delito subsidiario, ya que la acción de dañar es uno de los medios generales para la comisión de ilícitos (junto con la violencia física o moral sobre las personas, el fraude y el abuso); en principio, por consiguiente, la figura quedaría descartada en todos los casos en que aquella acción fuera voluntariamente utilizada como medio para cometer otro delito. Sin embargo, nuestro derecho penal restringe esa subsidiariedad exclusivamente a los casos en que el delito perpetrado por medio de la acción dañosa *esté más severamente penado*. Lo cual quiere decir que únicamente cuando el delito fin sea más grave a causa de su punibilidad que el de daño, aquél tendrá virtualidad para desplazar a éste; pero cuando el delito fin sea menos grave –en el sentido indicado–, el de daño que se empleó como medio concurrirá idealmente con él (p.ej., daño y actos de crueldad para con los animales, ley 14.346).

§ 1350. *CULPABILIDAD.* – Vimos cómo tradicionalmente se ha caracterizado este delito por su aspecto subjetivo. No son pocos los que en la historia de la doctrina penal lo han considerado como un *damnum iniuria datum*, es decir, como un daño injuriosamente infligido, lo que en resumidas cuentas –así se infiere de las explicaciones de esta idea– no significa más que sostener que tiene que tratarse de una acción directamente lanzada a infligir el daño, a querer el daño de la cosa *como delito en sí*. Pero algunos extendieron esa característica de la culpabilidad del agente a la exigencia de finalidades trascendentes al daño mismo y así se reclamó la intención de perjudicar al propietario de la cosa por odio o venganza (Gómez). Como contrapartida de lo que se pensó que era una apreciación exagerada, sostuvieron otros que bastaba el conocimiento de la calidad dañosa de la acción y la voluntad de cometerla a pesar de ese conocimiento, con lo cual sólo quedarían excluidos del tipo los supuestos de culpa (es decir, los casos en que el resultado dañoso no fuera admitido por el autor); sería suficiente el dolo eventual para configurar la culpabilidad típica (Soler). Sin embargo, parece que

la tesis más correcta está en el justo medio: el delito de daño requiere un dolo directo, constituido por la voluntad de querer dañar la cosa en sí, pero sin que sean necesarias finalidades trascendentes (como la de querer perjudicar patrimonialmente al propietario) o motivaciones especiales (odio, venganza); una acción dañosa en la que se haya querido expresamente el daño, aunque la acción no haya sido guiada por esas finalidades o engendrada en esas motivaciones (p.ej., el daño cometido para dar una broma grosera, como cortarle la cola a un perro de raza) queda comprendida en el tipo; fuera de él se situarían, no sólo los supuestos de culpa, sino también los de dolo eventual (poner un petardo cerca de la ventana del amigo para darle un susto, sabiendo que eventualmente puede quebrar algunos vidrios y aceptar esa consecuencia con indiferencia).

B) FIGURAS AGRAVADAS

§ 1351. *EL TEXTO VIGENTE. DEROGACIONES.* – El art. 184 dice: “La pena será de tres meses a cuatro años de prisión, si mediare cualquiera de las circunstancias siguientes:

1) Ejecutarse el hecho con el fin de impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones.

2) Producir infección o contagio en aves u otros animales domésticos.

3) Emplear sustancias venenosas o corrosivas.

4) Cometer el delito en despoblado y en banda.

5) Ejecutarlo en archivos, registros, bibliotecas, museos o en puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público; o en tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos”.

Han quedado, pues, derogadas las agravantes de los incs. 4º y 5º del texto del art. 184 según la ley 21.338 y el reagravamiento que imponía su párrafo final. En cuanto a las que contenían sus incs. 1º a 3º, sólo de modo muy parcial y con diferente tipicidad, pueden considerarse integradas en el inc. 5º del texto vigente.

De éste, si bien los incs. 2º y 3º no crearán mayores dificultades, sí podemos encontrar algunas en los demás.

Con respecto a la del inc. 1º, su descripción típica, sus contactos y diferencias con la sedición y la resistencia a la autoridad, algu-

nos de los elementos particulares de la tipicidad, han sido suficientemente desarrollados (Soler, Núñez, Fontán Balestra); pero creemos que, por lo menos su inc. 1º, puede causar problemas concursales con delitos contenidos en el Capítulo I del Título XI, a los que no se ha atendido con el cuidado que merecen. No puede dudarse que, cuando el daño ha sido utilizado como procedimiento con contenido final de atentar o resistir a la autoridad, las figuras de los arts. 237 y 239 desplazan a la del art. 184, inc. 1º. Pero, ¿pasa lo mismo cuando el daño fue empleado como medio para impedir o estorbar un acto funcional (art. 241, inc. 2º)?; véase, por un lado, la similitud en las expresiones de las normas y, por el otro, considérense los ejemplos que la doctrina trae del delito que ahora comentamos (Núñez) que, poco más o menos, son los mismos a los cuales se acude para corroborar la explicitación dogmática del art. 241, inc. 2º. Pese a la mala técnica de la ley pensamos que hay que acudir a la regla de la especialidad: el atentado menor atiende a cualquier procedimiento que no sea el daño realizado con el fin específico del art. 184, inc. 1º; cuando esto último ocurra será esta norma la desplazante y la del art. 241, inc. 2º, la desplazada; con lo cual, sin duda, tenemos injertado —y del modo más atravesado— dentro de los delitos contra la propiedad, un delito contra la Administración.

La agravante del inc. 4º replanteará, en este lugar, el conflicto doctrinario sobre el concepto de banda, en los mismos términos que vimos al tratar del robo.

En cuanto a las del inc. 5º, conviene que nos detengamos en ellas, para distinguirlas de las que obraban en los incs. 1º a 3º del art. 184, según la ley 21.338, para dar cuenta de la polémica suscitada por la compleja redacción de la norma.

Podemos pasar por alto lo primero, pues las diferencias surgen del mero cotejo de las fórmulas. Sobre lo segundo nos enfrentamos, básicamente, con dos tesis encontradas. Una que considera que el inc. 5º hace referencia a dos categorías de bienes: *a)* archivos, registros, bibliotecas, museos, puentes, caminos u otros bienes de uso público, y *b)* signos conmemorativos, monumentos, estatuas u objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos (Moreno). Otra que distingue en aquél tres categorías de bienes: *a)* archivos, registros, bibliotecas y museos, que pueden ser públicos o privados, de uso público o no; *b)* puentes, caminos, paseos o bienes de uso público, pertenezcan o no al dominio público, y *c)* tumbas, signos con-

memorativos, monumentos, estatuas, cuadros u objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos, que son los destinados al servicio o al uso del público (Soler, Núñez). Para colmo, no faltan quienes creen que los bienes de uso público son, exclusivamente, los bienes públicos del Estado (Ojeda Gómez), ni los que equiparan los edificios públicos a bienes de uso público.

C) AGRAVANTE INTRODUCIDA POR LA LEY 24.192

§ 1352. *EL TIPO PENAL.* – El art. 8º de la ley 24.192 reprime con prisión de seis meses a tres años al que “destruyere o de cualquier modo dañare una cosa mueble o inmueble total o parcialmente ajena en las circunstancias del art. 1º”, es decir, con motivo o en ocasión de un espectáculo deportivo en estadios de concurrencia pública o inmediatamente antes o después de él.

CAPÍTULO VIII

DISPOSICIONES GENERALES

§ 1353. *EXCUSA ABSOLUTORIA. FUNDAMENTOS.* – El art. 185 del Cód. Penal declara “exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren: 1) los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en la línea recta; 2) el consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro; 3) los hermanos y cuñados, si viviesen juntos”, y dispone, además, que “la excepción establecida... no es aplicable a los extraños que participen del delito”.

La excusa absolutoria así consagrada se funda en la prevalencia que el legislador ha otorgado al mantenimiento del vínculo familiar sobre el interés patrimonial que atacan los delitos enunciados. Algunos pensaron que su fundamento se hallaba en la comunidad familiar de bienes, pero esta tesis es rechazada por la doctrina actual.

§ 1354. *DELITOS COMPRENDIDOS.* – En cuanto es una excusa absolutoria que plantea una excepción a la punibilidad, la enuncia-

ción de los casos comprendidos por ella es taxativa. Sólo abarca los hurtos, defraudaciones y daños, aunque, dentro de cada uno de ellos se entienden incluidas tanto las figuras simples como las calificadas, salvo, por supuesto, en lo concerniente al hurto, pues si a su respecto se opera la excusa absolutoria en lo que atañe a los hurtos calificados del art. 163 del Cód. Penal, no ocurre lo mismo con el robo, ya que si bien, como vimos, ésta es una figura calificada de hurto, las distinciones de su regulación en la ley y su denominación propia indican con claridad que el legislador ha querido excluirla del art. 185.

§ 1355. *SUJETOS COMPRENDIDOS.* – También es restrictiva la enunciación en cuanto a las personas.

Los cónyuges son los que están unidos en legítimo matrimonio según las formas de la ley nacional o leyes extranjeras, pero, en este último caso, cuando es reconocido como válido en nuestro derecho. La excusa sigue vigente aunque medie separación de hecho y sólo desaparece con la disolución del matrimonio, sea por nulificación, divorcio, muerte de uno de los cónyuges o nuevas nupcias que uno de ellos haya contraído después de la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento del otro.

La ley, como en todos los casos en que se refiere a los ascendientes o descendientes, lo hace respecto de los que están unidos por vínculo de sangre, hayan sido o no reconocidos por tales. Aunque la razón de ser de la excusa sería la misma para los adoptantes y los adoptados, no estando ellos incluidos en la enunciación de la ley, la doctrina los ha considerado excluidos.

En los afines en línea recta se comprenden a los suegros, yernos y nueras y los padrastros, madrastras y entenados (art. 363, Cód. Civil); como este parentesco subsistiría aunque se hubiera disuelto el matrimonio que le dio origen, lo mismo ocurriría con la excusa.

Ésta se extiende al consorte viudo cuando cometa alguno de los delitos enunciados sobre objetos que han sido del cónyuge fallecido, ya se trate de bienes propios de éste o de gananciales, siempre y cuando el hecho se lleve a cabo cuando aún esos bienes no han entrado en la tenencia (cualquiera que sea el título que la haya originado) de un tercero.

Dándose esa condición, la excusa es procedente, siendo indiferente que cuando se cometió el delito el agente se encontrara to-

davía en estado de viudez o hubiese contraído ya nuevo matrimonio.

La excusa referente a los hermanos (unilaterales o bilaterales, legítimos o no) y cuñados (art. 363, Cód. Civil), se da *si viviesen juntos*; se entiende que la razón de ser de la excusa procede cuando habitan regularmente bajo el mismo techo, es decir, en la misma casa, aunque no exista entre ellos una efectiva vida doméstica común; basta la habitación en el mismo domicilio de manera regular en el momento en que se comete el hecho; no es, pues, suficiente que lo hayan hecho anteriormente o que lo estén haciendo accidentalmente en el momento de la perpetración.

La excusa procede cualquiera que haya sido el grado de participación del sujeto activo en el delito y se da únicamente cuando el sujeto pasivo es una de las personas enunciadas; si también es sujeto pasivo del delito un tercero (p.ej., en los casos de tenencia común) la punibilidad continúa vigente.

§ 1356. *EXCLUSIÓN DE LOS PARTICIPES QUE NO REVISTAN LAS CALIDADES ENUNCIADAS. REPARACIONES CIVILES.* — La declaración de la ley de que la excusa no se extiende a los terceros extraños a las relaciones típicas que hayan participado de cualquier modo en el delito, es aplicación del principio consagrado por el art. 48 del Cód. Penal. Y en lo que atañe a la permanencia y exigibilidad de la reparación civil, ella es explicable porque el hecho ilícito no desaparece como tal en virtud de la circunstancia de la impunidad penal de sus autores.

La fotocomposición y armado de esta edición se realizó en EDITORIAL ASTREA, Lavalle 1208, y fue impresa en sus talleres, Berón de Astrada 2433, Ciudad de Buenos Aires, en la segunda quincena de agosto de 1998.