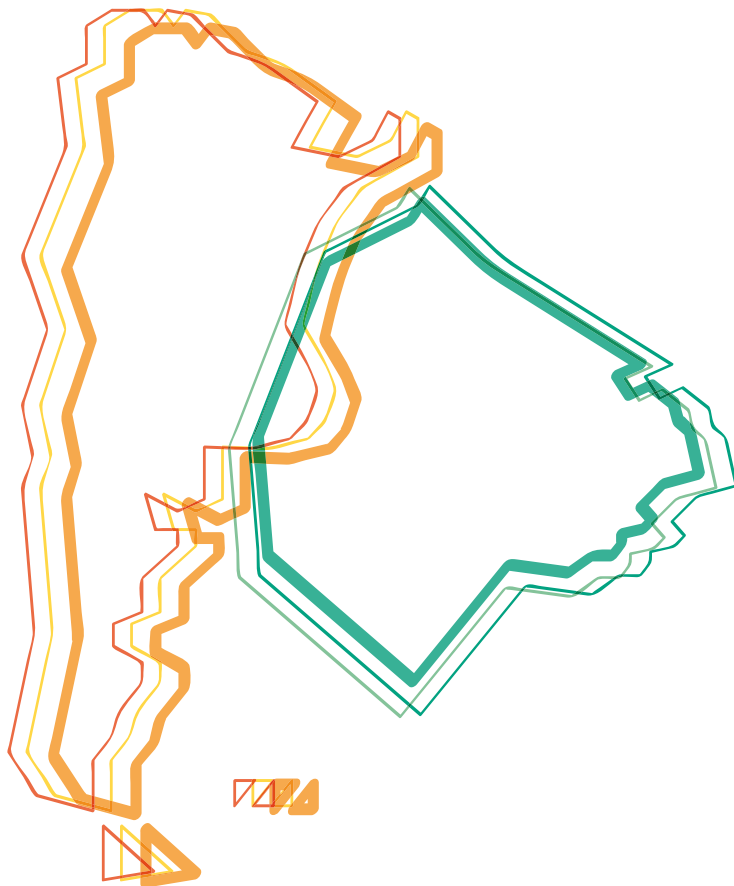


TRANSFERENCIA DE LA JUSTICIA PENAL ORDINARIA EN EL PROCESO DE AUTONOMÍA DE LA CABA



**TRANSFERENCIA DE LA JUSTICIA
PENAL ORDINARIA EN EL PROCESO
DE AUTONOMÍA DE LA CABA**

Bailone, Matías	Iosa, Juan
Beloff, Mary Ana	Jozami, José
Bombini, Gabriel Adrián	Kierszenbaum, Mariano
Breglia Arias, Mónica Viviana	Larrandart, Lucila E.
Bruera, Matilde M.	Levene, Ricardo [nieto]
Cabral, Cristian Javier	López Gastón, Rodrigo D.
Canda, Fabián Omar	Mancini, Matías Alejandro
Canese Millo, Florencia Belén	Nascimbene, Juan
Castelnuovo, Mabel Elena	Orgeira, José María
Chiara Díaz, Carlos A.	Pitlevnik, Leonardo G.
De Luca, Javier Augusto	Ramos, María Ángeles
Días, Leandro A.	Robert, Jonatan
Di Iorio, Eduardo Javier	Romero Villanueva, Horacio J.
Echevarría, Marcelo H.	Salatino, Edgardo Horacio
Figari, Rubén E.	Sánchez Antelo, Victoria Inés María
Freedman, Diego	Sancinetti, Marcelo A.
Gallino, Sebastián	Terragni, Marco Antonio
García, Jorge Amílcar	Terragni, Martiniano
González del Solar, Matías	Torres, Sergio Gabriel
Huergo, María Victoria	



www.editorial.jusbaire.gov.ar
editorial@jusbaire.gov.ar
fb: /editorialjusbaire
Av. Julio A. Roca 534 [C1067ABN]
+5411 4011-1320

Transferencia de la justicia penal ordinaria en el proceso de autonomía de la CABA / Marcelo A. Sancinetti... [et al.]; prefacio de Darío E. Reynoso; prólogo de Enzo Luis Pagani. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Jusbaire, 2016.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-4057-35-8

1. Derecho Penal. I. Sancinetti, Marcelo A. II. Reynoso, Darío E., pref. III. Pagani, Enzo Luis, prolog.
CDD 345

© Editorial Jusbaire, 2016
Hecho el depósito previsto según Ley N° 11723

Consejo Editorial

Enzo Pagani
Marcela I. Basterra
Lidia Ester Lago
Marta Paz
Fernando Juan Lima

Departamento de Coordinación de Contenidos

María Alejandra Perícola; Daiana P. Fernández; María del Carmen Calvo
Corrección: Daniela Donni; Luis Schiebeler

Oficina de Diseño

Coordinación de Arte y Diseño: Mariana Pittaluga
Diagramación: Carla Famá; Gonzalo Cardozo

Unidad Asesora y de Seguimiento de Políticas de Transferencia

Ana María Martínez; Flavia Lorenzo Piñón; Cecilia Guglielmi; Emma Torres; Ricardo De Giovanni

La presente publicación ha sido compuesta con las tipografías *Geogrotesque* del tipógrafo argentino Eduardo Manso y *Alegreya* de la fundidora argentina Huerta Tipográfica.



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

Autoridades 2016

Presidente

Enzo Pagani

Vicepresidenta

Marcela I. Basterra

Secretario

Lidia Ester Lago

Consejeros

Alejandro Fernández

Vanesa Ferrazzuolo

Juan Pablo Godoy Vélez

Carlos E. Mas Velez

Darío Reynoso

Marcelo Vázquez

Administrador General

Alejandro Rabinovich

SUMARIO

PRÓLOGO

Enzo Luis Pagani..... 17

PRESENTACIÓN

Darío E. Reynoso..... 19

PALABRAS PRELIMINARES

Marta Paz..... 23

CARTA DEL DIRECTOR DE LA UNIDAD ASESORA Y DE SEGUIMIENTO DE POLÍTICAS DE TRANSFERENCIA

Julio De Giovanni..... 27

CAPÍTULO 1

LESIONES [ARTÍCULOS 89-94 DEL CÓDIGO PENAL]

INTRODUCCIÓN AL DELITO DE LESIONES

por Marcelo A. Sancinetti, Leandro A. Díaz y Juan Nascimbene..... 31

Jurisprudencia..... 59

CAPÍTULO 2

ABUSO DE ARMAS [ARTÍCULOS 104-105 DEL CÓDIGO PENAL]

EL DELITO DE ABUSO DE ARMAS Y LAS COMPLICACIONES DERIVADAS DE LA MORA INSTITUCIONAL EN TRANSFERIR LA COMPETENCIA PENAL A LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

por Jorge Amílcar García..... 111

Jurisprudencia..... 125

CAPÍTULO 3

VIOLACIÓN DE DOMICILIO [ARTÍCULOS 150-152 DEL CÓDIGO PENAL]

VIOLACIÓN DE DOMICILIO Y ALLANAMIENTO ILEGAL

por Rodrigo D. López Gastón..... 133

Jurisprudencia..... 147

CAPÍTULO 4

INCENDIOS Y OTROS ESTRAGOS [ARTÍCULOS 186-189 DEL CÓDIGO PENAL]

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA

por Sergio Gabriel Torres y Mabel Elena Castelnuovo..... 155

Jurisprudencia..... 179

CAPÍTULO 5

TENENCIA, PORTACIÓN Y PROVISIÓN DE ARMAS DE GUERRA DE USO CIVIL CONDICIONAL [ARTÍCULO 189 BIS, INCISOS 2 Y 4 DEL CÓDIGO PENAL]

LA TENENCIA Y PORTACIÓN DE ARMAS EN EL CÓDIGO PENAL. LA LEY N° 25886 Y LA FIEBRE PUNITIVA

por Matías Bailone..... 207

Jurisprudencia..... 219

CAPÍTULO 6

IMPEDIMENTO U OBSTRUCCIÓN DE CONTACTO [LEY N° 24270]

BREVES COMENTARIOS SOBRE LA LEY N° 24270

por Mary Ana Beloff, Diego Freedman, Mariano Kierszenbaum y Martiniano Terragni..... 233

Jurisprudencia..... 249

CAPÍTULO 7

PENALIZACIÓN DE ACTOS DISCRIMINATORIOS [LEY N° 23592]

BREVES COMENTARIOS SOBRE LA LEY N° 23592

por Mary Ana Beloff, Diego Freedman, Mariano Kierszenbaum y Martiniano Terragni..... 261

Jurisprudencia..... 273

CAPÍTULO 8

DELITOS Y CONTRAVENCIONES EN EL DEPORTE Y EN ESPECTÁCULOS DEPORTIVOS [LEYES N° 20655 Y 23184]

LOS DELITOS EN EL DEPORTE

por José Jozami..... 279

Jurisprudencia..... 311

CAPÍTULO 9

ATENTADO CONTRA LA AUTORIDAD (ARTÍCULOS 237-239 DEL CÓDIGO PENAL)

ATENTADO Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD por Leonardo G. Pitlevnik y Matías Alejandro Mancini.....	331
Jurisprudencia.....	347

CAPÍTULO 10

FALSA DENUNCIA (ARTÍCULO 245 DEL CÓDIGO PENAL)

FALSA DENUNCIA DE DELITOS CUYA COMPETENCIA SE ENCUENTRA TRANSFERIDA A LA CABA (ARTÍCULO 245 DEL CÓDIGO PENAL) por José María Orgeira.....	363
Jurisprudencia.....	381

CAPÍTULO 11

USURPACIÓN DE AUTORIDAD, TÍTULOS U HONORES (ARTÍCULOS 246, INCISOS 1, 2 Y 3, Y 247 DEL CÓDIGO PENAL)

por Marco Antonio Terragni.....	395
Jurisprudencia.....	403

CAPÍTULO 12

ABUSO DE AUTORIDAD Y VIOLACIÓN DE LOS DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS (ARTÍCULOS 248-253 DEL CÓDIGO PENAL)

ABUSO E INCUMPLIMIENTO FUNCIONAL PUNIBLE por Horacio J. Romero Villanueva.....	415
Jurisprudencia.....	483

CAPÍTULO 13

VIOLACIÓN DE SELLOS Y DOCUMENTOS (ARTÍCULOS 254-255 DEL CÓDIGO PENAL)

LOS DELITOS DE VIOLACIÓN DE SELLOS Y DOCUMENTOS por Cristian Javier Cabral.....	491
Jurisprudencia.....	501

CAPÍTULO 14

COHECHO Y TRÁFICO DE INFLUENCIAS [ARTÍCULOS 256-259 DEL CÓDIGO PENAL]

LINEAMIENTOS SOBRE LOS DELITOS DE COHECHO Y TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN EL DERECHO ARGENTINO

por María Victoria Huergo.....	507
Jurisprudencia.....	521

CAPÍTULO 15

MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS [ARTÍCULOS 260-264 DEL CÓDIGO PENAL]

LOS TIPOS DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

por Lucila E. Larrandart.....	527
Jurisprudencia.....	553

CAPÍTULO 16

MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS, PECULADO Y NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS [ARTÍCULOS 260-265 DEL CÓDIGO PENAL]

NOTA INTRODUCTORIA A LOS DELITOS DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS, PECULADO [ARTÍCULOS 260 AL 264 CP] Y NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA [ARTÍCULO 265 CP]

por Fabián Omar Canda.....	561
Jurisprudencia.....	597

CAPÍTULO 17

EXACCIONES ILEGALES [ARTÍCULOS 266-268 DEL CÓDIGO PENAL]

DELITOS DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS, EXACCIONES ILEGALES Y CONCUSIÓN

por Marcelo H. Echevarría.....	603
Jurisprudencia.....	611

CAPÍTULO 18	
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS	
[ARTÍCULO 268 (2) DEL CÓDIGO PENAL]	
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIO PÚBLICO. FUNDAMENTOS	
ACERCA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA FIGURA PENAL	
por Marcelo H. Echevarría.....	625
Jurisprudencia.....	641
CAPÍTULO 19	
PREVARICATO [ARTÍCULOS 269-272 DEL CÓDIGO PENAL]	
por Ricardo Levene [nieto].....	649
Jurisprudencia.....	657
CAPÍTULO 20	
DENEGACIÓN Y RETARDO DE JUSTICIA [ARTÍCULOS 273-274 DEL	
CÓDIGO PENAL]	
por Ricardo Levene [nieto].....	667
Jurisprudencia.....	677
CAPÍTULO 21	
FALSO TESTIMONIO [ARTÍCULOS 275-276 DEL CÓDIGO PENAL]	
ACERCA DE TRES CUESTIONES PROBLEMÁTICAS EN EL DELITO DE	
FALSO TESTIMONIO	
por Edgardo Horacio Salatino.....	685
Jurisprudencia.....	695
CAPÍTULO 22	
EVASIÓN Y QUEBRANTAMIENTO DE PENA [ARTÍCULOS 280-281 BIS	
DEL CÓDIGO PENAL]	
EVASIÓN, FAVORECIMIENTO DE EVASIÓN Y QUEBRANTAMIENTO DE	
INHABILITACIÓN	
por Jonatan Robert.....	717
Jurisprudencia.....	753

CAPÍTULO 23

FALSIFICACIÓN DE SELLOS, TIMBRES Y MARCAS [ARTÍCULOS 288, 289 INCISO 1, 290 Y 291 DEL CÓDIGO PENAL]

COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS 288, 289 INCISO 1, 290 Y 291 DEL CÓDIGO PENAL

por Carlos A. Chiara Díaz y Sebastián Gallino.....	759
Jurisprudencia.....	775

CAPÍTULO 24

FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS EN GENERAL [ARTÍCULOS 292-298 DEL CÓDIGO PENAL]

FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS

por Rubén E. Figari.....	783
Jurisprudencia.....	829

CAPÍTULO 25

DELITOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL [ARTÍCULOS 143 Y 144 QUINTO DEL CÓDIGO PENAL]

TORTURAS Y OTROS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS [ARTÍCULOS 143 Y 144 QUINTO DEL CÓDIGO PENAL]

por Gabriel Adrián Bombini y Eduardo Javier Di Iorio.....	843
Jurisprudencia.....	947

CAPÍTULO 26

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE TRABAJO Y ASOCIACIÓN [ARTÍCULOS 158-159 DEL CÓDIGO PENAL]

por María Ángeles Ramos y Javier Augusto De Luca.....	959
Jurisprudencia.....	975

CAPÍTULO 27

ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES [ARTÍCULO 172 DEL CÓDIGO PENAL]

ESTAFA PROCESAL

por Rubén E. Figari.....	979
Jurisprudencia.....	1001

CAPÍTULO 28

FRAUDE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA [ARTÍCULO 174, INCISO 5 DEL CÓDIGO PENAL]

por Mónica Viviana Breglia Arias.....	1019
Jurisprudencia.....	1031

CAPÍTULO 29

LEY N° 25761. DESARMADO DE AUTOMOTORES Y VENTA DE SUS AUTOPARTES

EL GUARDABARROS QUE UNE DOS HISTORIAS. COMENTARIO A LOS DELITOS DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY N° 25761

por Javier Augusto De Luca y Florencia Belén Canese Millo.....	1049
Jurisprudencia.....	1073

CAPÍTULO 30

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD EN EL TRÁNSITO [ARTÍCULO 193 DEL CÓDIGO PENAL]

por Marco Antonio Terragni.....	1083
Jurisprudencia.....	1089

CAPÍTULO 31

LEY N° 12331. ORGANIZANDO LA PROFILAXIS DE LAS ENFERMEDADES VENÉREAS EN TODO EL TERRITORIO DE LA NACIÓN

EL ESTATUS CONSTITUCIONAL DE LA SANCIÓN PENAL DEL PROXENETISMO EN EL CÓDIGO PENAL Y LA LEY N° 12331 DE PROFILAXIS ANTIVENÉREA

por Juan Iosa y Matías González del Solar.....	1099
Jurisprudencia.....	1119

CAPÍTULO 32

ESTUPEFACIENTES [LEYES N° 23737 Y 26052]

LOS DISCURSOS Y LAS PRÁCTICAS INSTITUCIONALES EN MATERIA DE ESTUPEFACIENTES

por Matilde M. Bruera.....	1125
Jurisprudencia.....	1141

CAPÍTULO 33

**DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA (TÍTULO VII, CAPÍTULO IV DEL
CÓDIGO PENAL)**

FÁRMACOS, MEDICALIZACIÓN DE LA VIDA COTIDIANA Y SALUD.
REFLEXIONES SOCIOLOGICAS SOBRE “SUMINISTRO INFIEL E
IRREGULAR DE MEDICAMENTOS”. ARTÍCULOS 204, 204 BIS, 204 TER
Y 204 QUATER DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

por Victoria Inés María Sánchez Antelo..... 1159

Jurisprudencia..... 1179

PRÓLOGO

El camino para consolidar la autonomía que el artículo 129 de la Constitución Nacional reconoce a la Ciudad en materia jurisdiccional, se inició a través del proceso de transferencia progresiva de competencias penales, mediante el dictado de las Leyes Nacionales N° 25752, N° 26357 y N° 26702; y las Leyes de aceptación N° 597 y N° 2257 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, correspondientes a las dos primeras leyes nacionales de transferencias.

A estos primeros pasos, se añade el pronunciamiento dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 9 de diciembre de 2015, en el caso “Corrales, Guillermo Gustavo y otros s/hábeas corpus”, en el cual se modificó la tradicional jurisprudencia que equiparaba a los jueces nacionales ordinarios con los federales, al sentenciar:

Que en atención a que la Constitución federal le reconoce a la Ciudad de Buenos Aires su autonomía no puede sino concluirse que el carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio y su continuidad se encuentra supeditada a que tengan lugar los convenios de transferencia de competencias antes aludidos.

Y al agregar que

... si bien el carácter nacional de los tribunales de la Capital Federal pudo tener sustento en el particular status que esta tenía con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, lo cierto es que, producida esta modificación fundamental, las competencias que actualmente ejerce la justicia nacional ordinaria, que vale reiterar, no son federales, deben ser transferidas a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De esta forma, al igual que ocurre en otras jurisdicciones provinciales, estos asuntos deben ser resueltos por la justicia local.

Hoy nos encontramos definiendo la transferencia de la Justicia Nacional ordinaria con asiento en la Ciudad de Buenos Aires al ámbito del Poder Judicial de la CABA. Desde el Consejo de la Magistratura, continuamos trabajando mancomunadamente para garantizar la institucionalidad judicial de este proceso autonómico, y la Justicia de la

CABA brinda este compendio de doctrina y jurisprudencia como aporte para seguir impulsándolo.

Prestigiosos académicos de nota han examinado y reflexionado en esta obra colectiva acerca de los delitos de lesiones; abuso de armas; tenencia, portación y provisión de armas de guerra de uso civil y condicional; violación de domicilio; incendios y otros estragos; atentado contra la autoridad; falsa denuncia; usurpación de autoridad, títulos u honores; abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos; violación de sellos y documentos; cohecho y tráfico de influencias; malversación de caudales públicos; negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas; exacciones ilegales; enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados; prevaricato; denegación y retardo de justicia; falso testimonio; evasión y quebrantamiento de pena; falsificación de sellos, timbres y marcas; falsificación de documentos en general; delitos de los funcionarios públicos contra la libertad individual; delitos contra la libertad de trabajo y asociación; estafas y otras defraudaciones; fraude a la administración pública; delitos contra la seguridad en el tránsito; y delitos contra la salud pública.

El volumen incluye, asimismo, comentarios que analizan y se refieren a las Leyes N° 24270 sobre impedimento u obstrucción de contacto; N° 23592 de penalización de actos discriminatorios; N° 20655 y 23184 sobre delitos y contravenciones en el deporte y espectáculos deportivos; el desarmado de automotores y venta de sus partes regulado por la Ley N° 25761, la Ley N° 12331 de profilaxis venérea; y N° 23737 y 2605 en materia de estupefacientes.

Editorial Jusbaire integra este libro a su acervo de publicaciones, cumpliendo así con la finalidad de facilitar el acceso a las normas que ratifican la plena autonomía de la Ciudad de Buenos Aires en materia penal.

Dr. Enzo Pagani

Presidente del Consejo de la Magistratura
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

PRESENTACIÓN

La reforma constitucional operada en 1994 reconoció la autonomía política plena de la Ciudad de Buenos Aires, estableciendo un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción conforme lo establece su artículo 129. Esa falta de reconocimiento de la Ciudad como ente autónomo generaba una situación desigual entre los porteños y el resto de los habitantes de la Nación, al no permitírseles elegir a sus propias autoridades, administrar sus recursos, dictar sus normas y establecer su propio sistema de justicia.

Sin embargo, a más de 20 años de haberse sancionado dicha reforma, la posibilidad de ejercer plenamente las facultades jurisdiccionales aún forma parte de un proceso inconcluso, resultando imperioso garantizar la igualdad de los porteños con los habitantes de las demás provincias argentinas, a través del reconocimiento efectivo de la plena autonomía de la Ciudad y la vigencia de la Constitución Nacional.

En este sentido y a pesar del obstáculo que constituyó la Ley Nacional N° 24588, la Ciudad ha avanzado en el proceso de transferencia de competencias jurisdiccionales de la Nación, a través de dos convenios: el primero, del año 2000, tuvo por objeto la transferencia de la competencia para investigar y juzgar hechos vinculados con el delito de tenencia, portación y suministro de armas de uso civil (Ley Nacional N° 25752 y Ley N° 597 de la CABA); y el segundo, de 2004, contempló la transferencia de competencias penales en la investigación y juzgamiento de trece delitos (Ley Nacional N° 26357 y Ley N° 2257 de la CABA).

En 2011 fue aprobada por el Honorable Congreso de la Nación la Ley N° 26702, que transfiere la competencia al ámbito de la CABA para investigar y juzgar más de treinta delitos vinculados a hechos que resultan complementarios de las competencias ya transferidas, delitos contra la Administración Pública, contra la fe pública y vinculados a materias de competencia pública local. A pesar de haber transcurrido poco más de cinco años desde su sanción, la vigencia de dicha norma se encuentra sujeta aún a su aceptación por parte de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

A los fines de fortalecer el traspaso de la Justicia nacional al ámbito de la Ciudad, el 16 de junio de 2016 la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sancionó la Ley N° 5569, creándose dentro de los órganos del Consejo de la Magistratura una nueva Comisión de Transferencia del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público de la Nación a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, encargada de diseñar y ejecutar proyectos vinculados tendientes a lograr una efectiva transferencia de la Justicia nacional al ámbito local.

Sabemos que se trata de un proceso que insumirá tiempo y requerirá de una consistente y permanente decisión política por parte de nuestros legisladores y de la Administración local para su efectiva implementación. La presentación en el Senado de la Nación del proyecto 47/16, de fecha 1° de junio de 2016, que propugna transferir la jurisdicción, competencia y órganos no federales del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público de la Nación a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en un período no mayor de siete años, augura un camino auspicioso en ese reconocimiento de plena autonomía en el ámbito jurisdiccional. Sin duda, la aprobación de dicho proyecto implicará un paso más en este largo recorrido tendiente a generar una Justicia con una mayor participación ciudadana, con plena vigencia de la oralidad, como metodología para fortalecer el contradictorio y brindar a las partes involucradas una genuina potestad de ejercer sus derechos frente a un juez.

A ello hay que sumarle el reconocimiento expreso que, en fecha reciente, realizó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Corrales”, del 9 de diciembre de 2015, donde asentó que: “no puede sino concluirse que el carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio”, exhortando a “las autoridades competentes para que adopten las medidas necesarias a los efectos de garantizarle a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el pleno ejercicio de las competencias ordinarias en materia jurisdiccional” (considerandos 8 y 9). El horizonte actual permite proyectar un panorama alentador en el fortalecimiento de la autonomía de la CABA que exigirá a los integrantes del Consejo de la Magistratura y el Poder Judicial local estar a la altura de las circunstancias, acompañando esta etapa con proyectos tendientes a fortalecer los valores democráticos y republicanos que todo sistema de justicia debe tender a tutelar.

En esta oportunidad, con el fin de sensibilizar a los operadores del sistema y responsables de las políticas públicas que involucran el proceso de transferencia, y en mi carácter de Presidente de la Comisión creada a tal fin, me honro en contribuir a la publicación de esta obra, que contiene jurisprudencia actualizada y doctrina de acreditados autores nacionales sobre algunos de los delitos vinculados a la transferencia de competencias penales establecidos por la Ley N° 26702, con el fin de fortalecer su conocimiento y estudio.

No tengo dudas de que esta obra será un aporte fundamental para el trabajo de magistrados, funcionarios y empleados de nuestro Poder Judicial y una contribución al proceso transitado en más de 20 años para lograr la plena autonomía de nuestra Ciudad.

Dr. Darío E. Reynoso

Presidente de la Comisión de Transferencia
del Poder Judicial de la Nación
y del Ministerio Público de la Nación a la CABA

PALABRAS PRELIMINARES

En esta importante obra que publica la Editorial Jusbairens participan reconocidos expertos en Derecho Penal exponiendo sobre diversos temas, todos ellos de gran actualidad.

La Ley nacional N° 24309 declaró la necesidad de reforma de la Constitución Nacional. Estableció entre los temas que debían ser tratados por la Convención Constituyente que se iba a reunir a tal efecto, entre otros, la elección directa del jefe de gobierno por votación popular; dotar a la ciudad de un estatus constitucional especial que reconociera su autonomía y facultades propias de legislación y jurisdicción; la necesidad de garantizar los intereses del Estado nacional mientras la Ciudad de Buenos Aires continuara siendo capital de la Nación. Ello significaba redefinir el estatus político y jurídico de la Ciudad de Buenos Aires en el marco del diseño republicano, representativo y federal adoptado por la Constitución Nacional de 1853/1860.

Sobre la base de lo expuesto, el artículo 129 del texto de la nueva Constitución Nacional que se aprobó en 1994 consagró para la Ciudad de Buenos Aires un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción.

Con respecto a la transferencia específica de las competencias judiciales a asignar a los tribunales de la ciudad, los legisladores optaron por una transferencia gradual de estas desde la Nación hacia aquella.

De conformidad con lo expuesto, al día de hoy se han celebrado dos convenios de transferencia progresiva de competencias penales de la justicia nacional al Poder Judicial de la Ciudad, suscriptos entre el Poder Ejecutivo Nacional y el Jefe de Gobierno de la Ciudad.

El primero, celebrado el 7 de diciembre de 2000, fue aprobado por la Legislatura de la Ciudad el 31 de mayo de 2001 a través de la Ley N° 597 y por el Congreso Nacional el 2 de julio de 2003 por Ley N° 25752. El segundo, celebrado el 1° de junio de 2004, fue aprobado por la Legislatura local el 14 de diciembre de 2006 por la Ley N° 2257 y por el Congreso Nacional el 28 de marzo de 2008 por la Ley N° 26357.

En la actualidad, se encuentra pendiente de aprobación por la Legislatura de la Ciudad la transferencia de diversas competencias cuyo

traspaso fue aprobado por el Poder Legislativo Nacional por Ley N° 26702, sancionada el 7 de septiembre de 2011, que incluye diversas figuras, entre las cuales se encuentran las que son objeto de análisis en este libro.

El Derecho Penal, desde un punto de vista objetivo, es un sistema normativo que define ciertas conductas como delito, a las que le asocia determinada consecuencia jurídica, como la pena o la medida de seguridad.

La existencia de un Código Penal separado en dos partes no significa que estas funcionen de forma independiente, con principios y reglas propias, en tanto las normas de la parte general no son aplicables sin la especial, sino que se complementan, están interconectadas y se exigen mutuamente. La principal distinción entre uno y otro sector radica en que la primera no contempla bienes jurídicos concretos ni tampoco señala injustos específicos.

La parte especial del Derecho Penal tiene por objeto fundamental establecer con la mayor exactitud posible cuáles son los actos prohibidos por la ley bajo amenaza de pena, y qué relaciones existen entre ellos, es decir en la descripción de las conductas socialmente dañosas a los bienes merecedores de protección legal.

En definitiva, la clasificación de los delitos tiene la importancia de constituir un soporte garantista para la libertad de los ciudadanos, permitiéndoles conocer de antemano qué conductas están prohibidas y castigadas con pena por el Estado, y cuáles no.

De esta manera, la clasificación delictiva se convierte en un real y efectivo complemento del principio constitucional de legalidad. La determinación del bien jurídico tutelado es la mejor guía para la correcta interpretación de la ley.

En el marco de esta clasificación, la presente obra se aboca al estudio de algunas materias que corresponden a la parte especial del Derecho Penal.

Se trata de una obra que contiene un conjunto de temas diversos pero unificados por tener la nota común de pertenecer a una disciplina jurídica, un compendio de las figuras típicas del Código Penal que fueron incluidas en el tercer convenio de transferencia de competencias penales que lamentablemente no fue ratificado por la Legislatura de la Ciudad, aunque pretende ser un nuevo paso en pos del pleno ejercicio de la autonomía legislativa, jurisdiccional y administrativa de la Ciu-

dad de Buenos Aires, consagrada a partir de la reforma constitucional llevada a cabo hace ya más de 20 años.

Esta publicación no sólo facilita el esfuerzo de quienes se introducen en el estudio de esta materia, sino que tiene por objeto proporcionar y contribuir de modo dinámico a los operadores y profesionales del Poder Judicial de la Ciudad, en la medida de lo posible a un mejoramiento en la administración de la justicia penal.

La obra puede resultar de guía y apoyo, orientando correctamente y facilitando la tarea a los operadores del Poder Judicial del Derecho Penal que pretendan tener una visión más rápida y totalizadora sobre las figuras típicas previstas y reprimidas por el Código Penal, cuya investigación y juzgamiento le compete a la administración de justicia local.

Este trabajo contiene sumarios de jurisprudencia de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, y artículos de doctrina elaborados por académicos y doctrinarios de reconocido prestigio, correspondientes a los delitos cuya investigación ha sido transferida a la justicia de la Ciudad a través de la ley nacional antes mencionada, que la hacen de una utilidad incuestionable.

En ese sentido, esta obra continúa el sendero trazado con el primer libro de la colección de jurisprudencia publicado por la Editorial Jusbaire a principios de 2015 sobre “Tenencia y Portación de arma de fuego de uso civil sin contar con la debida autorización”, que seguramente resultará de suma utilidad a todos aquellos que integran la administración de justicia local, quienes podrán conocer a través de ella jurisprudencia relevante sobre la diversidad de los temas que aquí se abordan, y las distintas opiniones que a través de la misma han manifestado magistrados con amplia experiencia en dichos temas.

Dra. Marta Paz

Presidenta de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA

CARTA DEL DIRECTOR DE LA UNIDAD ASESORA Y DE SEGUIMIENTO DE POLÍTICAS DE TRANSFERENCIA

El proceso de transferencia de competencias se inició con la firma del primero de los Convenios Interjurisdiccionales el día 7 de diciembre del año 2000.

A partir de entonces, con mayor y menor premura, se ha promovido la transferencia gradual de competencias penales a nuestra Ciudad, con diversos resultados.

Desde el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires hemos desarrollado, en todos estos años, numerosas Jornadas y Seminarios con el fin de difundir la transferencia de las nuevas competencias, y estimar el impacto que habría de causar tanto en el Fuero Penal, Contravencional y de Faltas, como en el Ministerio Público de nuestra Ciudad.

Pero también creímos necesario sumar nuestro aporte en la difusión de las tendencias actuales que, tanto nuestra doctrina más destacada, como los tribunales actualmente en ejercicio de estas competencias, reconocen para cada uno de los delitos objeto de su transferencia.

Para ello, decidimos convocar a prestigiosos doctrinarios y académicos, especialistas en los temas propuestos, quienes con absoluta generosidad han elaborado cada uno de los artículos que preceden los sumarios de Jurisprudencia seleccionados por la doctora Valeria Rebagliati, a cargo de la Secretaría de Jurisprudencia y Biblioteca de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

A todos ellos, nuestro mayor reconocimiento y nuestra gratitud.

Dr. Julio De Giovanni

CAPÍTULO 1

LESIONES

ARTÍCULOS 89-94 DEL CÓDIGO PENAL

INTRODUCCIÓN AL DELITO DE LESIONES

Por Marcelo A. Sancinetti*, Leandro A. Dias** y Juan Nascimbene***

1. EL DELITO DE LESIONES EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO: ASPECTOS GENERALES

El Estado argentino tiene una obligación constitucional de proteger la integridad física y psíquica de las personas frente a ataques ilegales ajenos. El artículo 5.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH), tratado de jerarquía constitucional conforme al artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, establece: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”. En este sentido, La Corte Suprema de Justicia de la Nación interpretó que “el derecho a la integridad personal no sólo implica que el Estado debe respetarlo (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlo (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana”.¹

Consecuentemente, deberían ser tipificadas como delito conductas que atenten contra la integridad física de los individuos y el resultado de eso se halla desde siempre, en el Código Penal argentino (CP), en su Libro Segundo, Título Primero (Delitos contra las personas), Capítulo

* Abogado, Universidad de Buenos Aires (UBA). Doctor, Universidad de Buenos Aires, tesis en Derecho Penal. Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor regular de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Derecho Penal y Contravencional en el Instituto Superior de Seguridad Pública (ISSP). Profesor de Posgrado de diversas universidades nacionales.

** Abogado, Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente en la asignatura “Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal”, cátedra de Marcelo A. Sancinetti (UBA). Profesor adjunto en la asignatura “Derecho Penal”, Instituto Superior de Seguridad Pública (ISSP).

*** Abogado, Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente en la asignatura “Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal”, cátedra de Marcelo A. Sancinetti (UBA). Profesor adjunto en la asignatura “Derecho Penal” en el Instituto Superior de Seguridad Pública (ISSP).

1. Fallos: 328:1146.

Segundo (lesiones). Básicamente, hay tres grados de lesiones: lesiones leves (artículo 89), lesiones graves (artículo 90) y lesiones gravísimas (artículo 91). Estos tres tipos de lesiones son lesiones dolosas y el artículo 94 tipifica sus variantes imprudentes, en caso de una violación del deber de cuidado. El artículo 92, por su parte, da lugar a un tipo agravado genérico para cualquier clase de lesiones dolosas, en caso de que medie alguna de las causales descriptas en el artículo 80 (homicidio agravado) y el artículo 93 establece las lesiones por emoción violenta, como una circunstancia atenuante.

El presente trabajo introductorio brindará ciertos criterios interpretativos sobre el delito de lesiones y para ello analizará, en la sección 2, el bien jurídico protegido y el objeto del hecho; en la sección 3, diversas particularidades de la conducta típica de las lesiones dolosas e imprudentes. En la sección 4 será tratada la cuestión de si son aplicables “agravantes genéricas”. Por último, serán planteadas ciertas reflexiones finales. Cabe señalar que la presentación que será realizada a continuación es meramente un esbozo de ciertos temas relacionados con estos hechos punibles.

2. BIEN JURÍDICO Y OBJETO DE LA ACCIÓN

2.1 Bien jurídico “protegido”

Según la doctrina mayoritaria, el bien jurídico protegido por esta clase de delitos es el de la integridad corporal de las personas, bajo lo cual se hayan su bienestar corporal y su salud en general.² Sin perjuicio de ello, las opiniones individuales suelen diferir en las formulaciones. Así, puede observarse cómo distintos autores consideran que, además, se protege el interés en la intangibilidad corporal o el derecho de autodeterminación de quien se ve imposibilitado de consentir, y así sucesivamente.³ A partir de lo expuesto, y en tanto se protege la integridad corporal de las personas, solamente de forma excepcional pueden ser

2. Wessels, Johannes / Hettinger, Michael, *Strafrecht. Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeits und Gemeinschaftswerte*, Heidelberg / München / Landsberg / Frechen / Hamburg, C. F. Müller, 35ª. ed., 2011, n.º m. 245.

3. Véase las distintas formulaciones en Lackner, Karl / Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, C. F. Müller, 27ª. ed., 2011, § 223, n.º m. 1, con referencias. Ya en la obra de Feuerbach podía observarse que se hablaba de una “lesión a la integridad de las potencialidades humanas”. Véase, von Feuerbach, Paul Johann Anselm, *Tratado*

punibles, como lesiones, los simples perjuicios mentales.⁴ Así, el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), ha considerado que las meras molestias en el estado de salud mental no resultan suficientes para dar lugar al delito de lesiones, a menos que también agraven el estado corporal de la víctima de un modo no solamente insignificante.⁵

Lo dicho aquí respecto del “bien jurídico” es una presentación general del estado de las opiniones, pero no constituye una toma de posición definida en torno de la cuestión de si la “teoría del bien jurídico” en sí aporta algo realmente significativo en la dogmática general del hecho punible o si se reduce a una “forma de hablar” o a un “juego de abalorios”,⁶ en cuyo lugar debería estar en el primer plano la “vigencia de la norma” respectiva, como pauta de orientación del contacto social.⁷ Asimismo, el giro “*protección del bien jurídico*” también es un circunloquio que puede ser fuente de malentendidos. La pena cumple la función de compensar, a costa del infractor de la norma, la pérdida de confianza cognitiva en la efectiva vigencia de la norma, que el delito produce de hecho en la conciencia jurídica de la comunidad; con la

de derecho penal común vigente en Alemania, trad. de la 14ª ed. alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Buenos Aires, Hammurabi, [1801] 2007, p. 145.

4. Murmann, Uwe, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte*, München, C. H. Beck, 2ª. ed., 2013, n.º m. 22/1. Crítico, con especial énfasis en las sentencias de los últimos años del Tribunal Supremo español, véase: Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 19ª. ed., 2013, pp. 98-100.

5. BGHSt 48, 34, 36. Esta es, a su vez, la doctrina dominante en Alemania. Sobre el tema, véase, Lackner, Karl / Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, C. F. Müller, 27ª. ed., 2011, § 223, n.º m. 5.

6. Una confrontación relativamente moderna entre ambas posiciones, se halla en la compilación de Hefendehl, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de ablorios dogmático?*, Barcelona-Madrid, Marcial Pons, 2007. Por otro lado, en el Derecho Penal alemán también está produciéndose una tendencia a reemplazar la función de garantía que supuestamente ofrecería el concepto de bien jurídico en la doctrina tradicional por el análisis constitucional de *proporcionalidad* que se realiza ante toda limitación a derechos fundamentales por parte del Estado. A modo de ejemplo, aunque sin renunciar a la teoría del bien jurídico como “base preservada de la argumentación de toda política criminal racional”, cf. Hilgendorf, Eric / Valerius, Brian, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München/Landsberg, C. H. Beck, 2ª. ed., 2015, ap. 1, n.º m. 41.

7. Cf. Jakobs, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin / New York, De Gruyter, 2ª. ed., 1991, 2/12 ss. (en la trad. esp., ap. 2, n.º m. 12 ss.).

aplicación de la pena, la sociedad comunica que sigue confiando en la vigencia de la norma, y que es el comportamiento del infractor lo que está en lo erróneo, y la sociedad en lo correcto, es decir, que no es el comportamiento desviado lo que marca la pauta. Eso es lo que justifica la pena. En cambio, la conminación penal en sí no es ninguna “protección” en un sentido real y físico, como si con ella se alzara un vidrio blindado entre los bienes y los potenciales infractores.⁸

2.2 Objeto de la acción

El objeto de la acción debe ser una persona natural distinta a la del agente y, en ese sentido, las autolesiones no están abarcadas por el delito de lesiones.⁹ Esto significa que la participación en las autolesiones tampoco está conminada con pena, mientras que la autoría mediata del hombre de atrás resulta, de todos modos, punible.¹⁰ Ejemplo: quien coacciona a otro a infligirse a sí mismo una lesión es autor mediato de lesiones, utilizando a la víctima como instrumento, y ya la injerencia sería sobre la víctima de un modo inminente a la posible lesión es comienzo de ejecución de la tentativa respectiva (más allá del concurso con las coacciones en sí consumadas, artículo 149 bis, segundo párrafo, CP).

Por otro lado, al ser necesaria una persona natural como objeto de la acción, las injerencias sobre un feto, antes del comienzo del nacimiento,¹¹ no están abarcadas por los tipos penales de lesiones, así como tampoco las deformidades o daños causados antes del comienzo de la personalidad que persisten y continúan en sus efectos después

8. Sobre todo esto, en una versión evolucionada respecto del Lehrbuch, cf. Jakobs, Günther, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn / München / Wien / Zürich, Ferdinand Schöningh, 2004.

9. Wessels, Johannes / Hettinger, Michael, *Strafrecht. Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeits und Gemeinschaftswerte*, Heidelberg / München / Landsberg / Frechen / Hamburg, C. F. Müller, 35ª. ed., 2011, n.º m. 245.

10. Lackner, Karl / Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, C.F. Müller, 27ª. ed., 2011, § 223, n.º m. 2.

11. Lackner, Karl / Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, C. F. Müller, 27ª. ed., 2011, § 223, n.º m. 2. Para un desarrollo de la discusión, en el marco de los delitos contra la vida, véase: Roxin, Claus, “La protección de la vida humana mediante el Derecho Penal”, en López Barja de Quiroga, Jacobo y Zugaldía Espinar, José Miguel (Coords.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid / Barcelona, Marcial Pons, T. II, pp. 1189-1206.

del nacimiento del niño.¹² Estas nociones resultan importantes para el análisis de los efectos secundarios de medicamentos que mujeres embarazadas pueden llegar a consumir durante el embarazo,¹³ sin perjuicio de que la obligación de derecho civil de indemnizar los daños permanece, de todos modos, intacta.¹⁴

Esa es la situación normativa actual. Pero es evidente que la obligación de “proteger” —en el sentido figurativo antes indicado— la *vida humana en germen*, por un lado (artículo 4, CADH), y el valor intrínseco de que esa vida en germen pueda fructificar libre de injerencias arbitrarias, de modo de ser llevada adelante, en el futuro, con la mayor potencialidad al alcance de cada ser humano según su naturaleza, así como también la protección del libre desarrollo de la personalidad futura, haría imperioso introducir un tipo penal referido a conductas de lesión sobre la base biológica, desarrollada en más o en menos, del *nasciturus*.¹⁵

3. LA CONDUCTA TÍPICA BÁSICA

3.1 Lineamientos

El tipo básico del delito de lesiones se encuentra en el artículo 89, CP (lesiones leves), que establece lo siguiente: “*Se impondrá prisión de*

12. Wessels, Johannes / Hettinger, Michael, *Strafrecht. Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeits und Gemeinschaftswerte*, Heidelberg / München / Landsberg / Frechen / Hamburg, C. F. Müller, 35ª. ed., 2011, n.º m. 246.

13. En profundidad, Kaufmann, Armin, “Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan. Consecuencias para el derecho en vigor y la legislación”, *Nuevo Pensamiento Penal*, año 2, N° 1, 1973, pp. 7-35.

14. Wessels, Johannes / Hettinger, Michael, *Strafrecht. Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeits und Gemeinschaftswerte*, Heidelberg / München / Landsberg / Frechen / Hamburg, C. F. Müller, 35ª. ed., 2011, n.º m. 246, con cita a BGHZ 8, 243; 58, 48. Como señalan estos autores, distinta es la pregunta, desde ya, de si los errores de tratamiento médico, que provocan la muerte del feto, pueden ser sancionadas como lesiones imprudentes respecto de la mujer embarazada.

15. El caso referido anteriormente en el texto, y la referencia de nota 13, alude al llamado “caso Contergan” (de la *Talidomida*), en el cual se discutía si la droga dada a las mujeres embarazadas como inductor del sueño había causado efectivamente las malformaciones en el feto o no (según un perito que actuó en el procedimiento, no se podía descartar que la droga hubiera evitado un aborto natural por deficiencias en la formación del producto de la concepción). Pero en todo caso no se trataba de acciones directas dolosas de lesión sobre la vida humana en germen, que evidentemente debería constituir delito.

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". Una interpretación de esta disposición permite afirmar que se presentan dos alternativas típicas:¹⁶ tanto un maltrato corporal, como un deterioro en la salud.¹⁷

Lo primero que debe decirse al respecto es que las reglas dogmáticas generales resultan aplicables al delito de lesiones. Así, las conductas típicas pueden ser realizadas tanto por medio de un comportamiento activo, como por el de una omisión, hallándose el omitente en posición de garante (por ejemplo, privar de alimentos o de asistencia médica).¹⁸ Se trata, a su vez, de un delito de resultado de *lesión* (daño en la integridad corporal), y entre este último y la conducta debe existir una relación de causalidad y de imputación objetiva.¹⁹ Esta última cuestión es una de las menos desarrolladas en la jurisprudencia argentina. Así, puede observarse en esta compilación de fallos la regla común en la jurisprudencia de que, en el tráfico vial, la persona que embiste a otra con su auto resulta *prima facie* responsable por las lesiones del embestido.²⁰ Sin embargo, que un vehículo "embista" no es ninguna demostración de que el agente obró de forma imprudente. A modo de ejemplo, el "embestido" podría haber avanzado sin tener prioridad de paso. En el fallo referido, se menciona a quien embiste, pero no se hace mayores referencias respecto del resto de las circunstancias, es decir, en qué contexto se da la embestida. Una jurisprudencia de esa índole, formulada con tal generalidad, destruye el *derecho de prioridad* y debilita el *principio de confianza*, lo que lleva en las consecuencias a un estado caótico del tránsito vial, debido a que los conductores deben desconfiar así, permanentemente, de los demás intervinientes en el tránsito.²¹ A la vez, tal punto de vista incita a quien carece

16. Schönke, Adolf / Schröder, Horst / Eser, Albin / Sternberg-Lieben, Detlev, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, C. H. Beck, 28ª. ed., 2010, § 223, n.º m. 2.

17. Murmann, Uwe, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte*, München, C. H. Beck, 2ª. ed., 2013, n.º m. 22/6.

18. Lackner, Karl / Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, C. F. Müller, 27ª. ed., 2011, § 223, n.º m. 3.

19. Lackner, Karl / Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, C. F. Müller, 27ª. ed., 2011, § 223, n.º m. 3.

20. Así, C. N. Crim. y Correc., Sala IV, c. 520.062.493/12, "ARIOLA, Carmelo", rta.: 11/09/2013.

21. Para una brevísima síntesis del principio de confianza, véase: Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996, pp. 24-26.

de la prioridad en determinado cruce a infringir las reglas de cuidado, envalentonado por el hecho de que, en caso de ser embestido por quien sí tenía prioridad, la jurisprudencia lo tendría “por víctima”, cuando –correctamente interpretado– ese conflicto es consecuencia, al menos prevalente, del propio afectado (competencia de la víctima).

Además, en ese mismo fallo se dice que “la concurrencia de culpa de la víctima carece de relevancia para determinar la responsabilidad penal del encausado porque en el ámbito penal no se admite la compensación de culpas”. Pero esta afirmación directamente desconoce todo el desarrollo reciente que se ha producido en el marco de la teoría de la imputación objetiva respecto del comportamiento de la víctima, tanto en la creación de un riesgo reprobado como de su realización en el resultado.²² Incluso en los casos en los que sí se menciona el principio de autorresponsabilidad de la víctima,²³ las circunstancias fácticas

22. Sobre estos problemas, véase, sólo a modo de ejemplo: Cancio Meliá, Manuel, “La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (‘imputación a la víctima’)”, en Sancinetti, Marcelo, Ferrante, Marcelo y Cancio Meliá, Manuel, *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Buenos Aires Ad-Hoc, 1998, pp. 75-140.

23. Así, C. N. Crim. y Correc., Sala VI, c. 740053027/12, “FURFARO, Silvana Raquel”, rta.: 16/09/2013. En este caso, en principio sería correcto lo afirmado por el juez Pinto en su disidencia: si una persona, con bicicleta o moto, intenta ir en paralelo a un vehículo que va a su izquierda no debería intentar pasarlo y siempre debería ir atendiendo a si el vehículo dobla a la derecha o no (en caso de ser calle mano hacia la derecha). Claro que, a su vez, el auto debería poner luz de giro, pero no más que eso. Si bien se suele mirar por el espejo retrovisor, a los fines de determinar si aun así alguien quiere sobrepasar, este recaudo excede lo normativamente exigido: le incumbe a quien se adelanta mal el *no adelantarse*, y él es el que debe soportar los costos de un adelantamiento. En el caso puntual, parecería haberse dado un supuesto en el que tanto la imputada, quien al parecer no colocó la luz de giro, como la víctima realizaron maniobras imprudentes. En estos casos se produce una situación similar a la de la compensación de culpas en Derecho Civil, cuyas repercusiones en el Derecho Penal deben ser al menos evaluadas. Véase: Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996, pp. 16-17. Lamentablemente, en el Código Penal argentino falta una causal de imputación disminuida, para los casos en que, con notoria infracción de la víctima de sus cargas de autoprotección, aun así subsiste un riesgo reprobado imputable al otro sujeto. En estos casos, sería de desear al menos una creación pretoriana de la reducción del marco penal del artículo 44, primer párrafo, CP, y, en caso de notoria prevalencia de la infracción de la víctima, llegar incluso a la eximición de la pena, cuando subsistiere un reproche residual ínfimo (artículo cit., cuarto párrafo). La escala penal menor de la tentativa ha sido empleada por el legislador para otros casos de culpabilidad menor (así, por ej., en el Derecho Penal de menores).

no han sido descriptas de un modo apropiado, de modo tal que resulta en extremo complejo derivar conclusiones que puedan luego ser aplicadas a casos análogos.

3.2 Maltrato corporal

Esta noción ha sido interpretada de un modo amplio desde su génesis²⁴ y, según la definición convencional, un maltrato corporal es un comportamiento desagradable e impropio que disminuye el bienestar corporal de la víctima de un modo no sólo insignificante.²⁵ En especial, se tienen en cuenta la causación de daños materiales (ejemplo, chichones, contusiones, heridas) o pérdidas materiales (ejemplo, la pérdida de un diente), pero también otros tratos desagradables pueden satisfacer las exigencias en el caso concreto, por ejemplo bofetadas, puñetazos, sujeciones con “llaves de estrangulamiento”, si han dado lugar a dolores en la nuca y semejantes.²⁶ Esto último se debe a que la disminución del bienestar corporal no requiere, según la doctrina mayoritaria, ni de una sensación de dolor ni tampoco de una disminución del cuerpo en su sustancia.²⁷ Podrían subsumirse en el tipo penal, por lo tanto, cortes de cabello, del mismo modo que la desfloración de una mujer.²⁸

24. Wessels, Johannes / Hettinger, Michael, *Strafrecht. Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeits und Gemeinschaftswerte*, Heidelberg / München / Landsberg / Frechen / Hamburg, C. F. Müller, 35^a. ed., 2011, n.º m. 255, con referencia a la jurisprudencia del Tribunal del Reich (RGSt 25, 375).

25. Por todos, Fischer, Thomas, *Strafgesetzbuch*, München, C. H. Beck, 62^a. ed., 2013, § 223, n.º m. 4.

26. Wessels, Johannes / Hettinger, Michael, *Strafrecht. Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeits und Gemeinschaftswerte*, Heidelberg / München / Landsberg / Frechen / Hamburg, C. F. Müller, 35^a. ed., 2011, n.º m. 256.

27. Murmann, Uwe, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte*, München, C. H. Beck, 2^a. ed., 2013, n.º m. 22/7; Wessels, Johannes / Hettinger, Michael, *Strafrecht. Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeits und Gemeinschaftswerte*, Heidelberg / München / Landsberg / Frechen / Hamburg, C. F. Müller, 35^a. ed., 2011, n.º m. 256.

28. Lackner, Karl / Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, C. F. Müller, 27^a. ed., 2011, § 223, n.º m. 4; Murmann, 130, n.º m. 22/7; Wessels, Johannes / Hettinger, Michael, *Strafrecht. Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeits und Gemeinschaftswerte*, Heidelberg / München / Landsberg / Frechen / Hamburg, C. F. Müller, 35^a. ed., 2011, n.º m. 256. En estos casos casi con seguridad se estará en presencia, a su vez, con un delito contra la integridad sexual, por lo que deberán solucionarse los diversos problemas que

Según la doctrina dominante en Alemania, el maltrato corporal que deriva en un daño debe también superar un umbral de importancia para poder ser considerado típico.²⁹ Se trata, en definitiva, de una manifestación del principio de *ultima ratio* en Derecho Penal³⁰ y, en ese sentido, suele mencionarse como ejemplo que un escupitajo es un trato desagradable, pero al producir solamente una repugnancia a corto plazo no superaría dicho umbral.³¹ Lo mismo sería aplicable, por ejemplo, en los casos en los que se realizan golpes o empujones en el pecho de la víctima, pero sin una especial fuerza.³² También resultan particularmente relevantes algunos fenómenos actuales, cuya subsunción en el delito de lesiones es, en líneas generales, *dudosa*. Así, los casos de *stalking* y *cyberstalking*, entendidos como un hostigamiento continuo contra la víctima, ya sea en persona o por medios de comunicación interpersonal, en principio no podrían dar lugar al delito de lesiones,³³ al no existir un verdadero maltrato corporal.³⁴ Algo similar sucede con

se producen en materia de concursos de delitos (por ejemplo, si quien desflora a una virgen, sin su consentimiento, puede ser imputado por lesiones leves y por abuso sexual con acceso carnal, en concurso ideal, o si, por el contrario, se está en presencia de un concurso aparente, en el que las lesiones serían desplazadas por consunción o subsidiariedad). Un análisis de este tipo, de todos modos, excede los límites de este trabajo.

29. Por todos, Wessels, Johannes / Hettinger, Michael, *Strafrecht. Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Per-sönlichkeits und Gemeinschaftswerte*, Heidelberg / München / Landsberg / Frechen / Hamburg, C. F. Müller, 35^a. ed., 2011, n.º m. 256.

30. Murmann, Uwe, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte*, München, C. H. Beck, 2^a. ed., 2013, n.º m. 22/7.

31. Murmann, Uwe, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte*, München, C. H. Beck, 2^a. ed., 2013, n.º m. 22/7; Wessels, Johannes / Hettinger, Michael, *Strafrecht. Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeits und Gemeinschaftswerte*, Heidelberg / München / Landsberg / Frechen / Hamburg, C. F. Müller, 35^a. ed., 2011, n.º m. 256.

32. Wessels, Johannes / Hettinger, Michael, *Strafrecht. Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeits und Gemeinschaftswerte*, Heidelberg / München / Landsberg / Frechen / Hamburg, C. F. Müller, 35^a. ed., 2011, n.º m. 256, con referencias a BGH StV 01, 680.

33. Lackner, Karl / Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, C. F. Müller, 27^a. ed., 2011, § 223, n.º m. 4.

34. De todos modos, debe decirse que esta clase de conducta podrían estar abarcadas, si las circunstancias del caso así lo permiten, por el artículo 52 del Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que establece la contravención conocida como hostigamiento: “Hostigar. Maltratar. Intimidar. Quien intimida

los casos de *mobbing*, o acoso laboral, que sólo podrían subsumirse en el artículo 89, CP cuando el accionar del autor conduzca a la causación de una irritación en el sistema nervioso central de la víctima como consecuencia del stress al que fue sometida.³⁵

Se debe destacar que, además de esta definición básica de maltrato corporal como conducta típica de las lesiones, puede realizarse una descripción en los términos de la moderna teoría de la imputación objetiva. Así, autores como Murmann consideran que el maltrato corporal es la creación de un peligro jurídicamente reprobado contra la integridad corporal, que se realiza en un sentido objetivamente imputable en la lesión.³⁶ Las implicancias de esta clase de posturas, que siguen la tendencia actual de vaciar de contenido naturalístico a los elementos de los delitos y reemplazarlos por un análisis normativo-social, no pueden ser abordadas en detalle en este trabajo.³⁷

3.3 Deterioro en la salud

Por deterioro a la salud se comprende la causación o el aumento de situaciones (patológicas) perjudiciales para las funciones corporales normales.³⁸ Dentro de este marco, resulta indiferente el modo y la forma en que se causen y si la víctima siente dolor.³⁹ Los ejemplos clásicos de comportamientos que pueden ser considerados típicos son el contagio de una enfermedad (o la prolongación de una ya preexistente) y la merma de las funciones corporales por distintos medios (como el aturdi-

u hostiga de modo amenazante o maltrata físicamente a otro, siempre que el hecho no constituya delito, es sancionado con uno (1) a cinco (5) días de trabajo de utilidad pública, multa de doscientos (\$ 200) a un mil (\$ 1.000) pesos o uno (1) a cinco (5) días de arresto./ Acción dependiente de instancia privada”.

35. Lackner, Karl / Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, C. F. Müller, 27ª. ed., 2011, § 223, n.º m. 4.

36. Murmann, Uwe, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte*, München, C. H. Beck, 2ª. ed., 2013, n.º m. 22/8.

37. Sobre el tema, véase: Murmann, Uwe, “Die ‘üble, unangemessene Behandlung’ – ein von der Entwicklung der Dogmatik überholter Definitionsbestandteil der ‘körperlichen Misshandlung’”, en *Jura*, 2004, pp. 102-105.

38. Por todos, Fischer, Thomas, *Strafgesetzbuch*, München, C. H. Beck, 60ª. ed., 2013, § 223, n.º m. 6.

39. Lackner, Karl / Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, C. F. Müller, 27ª. ed., 2011, § 223, n.º m. 5.

miento, la causación de ebriedad absoluta, emisiones dañinas o puesta en circulación de productos nocivos para la salud).⁴⁰

La determinación de si la causación de una condición patológica representa más que sólo un insignificante perjuicio en la salud, está sujeta también a evaluación normativa, al igual que en el caso de los maltratos corporales.⁴¹ Así, y tal como se mencionó previamente, una molestia en el estado de salud mental sólo resulta suficiente si genera, objetivamente, un estado patológico, somático, que no sólo empeore el estado corporal de modo intrascendente.⁴²

En el marco de esta conducta típica también se presentan algunos casos relevantes cuyo estudio sería por demás provechoso. En ese sentido, en los últimos años se discutieron problemas de responsabilidad en el caso de aplicación de medios de *doping* en competencias deportivas,⁴³ así como las emisiones de ruidos excesivas, que suelen ser consideradas típicas.⁴⁴ Y si bien las crisis nerviosas o *shocks* pueden configurar el delito

40. Wessels, Johannes / Hettinger, Michael, *Strafrecht. Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeits und Gemeinschaftswerte*, Heidelberg / München / Landsberg / Frechen / Hamburg, C. F. Müller, 35ª. ed., 2011, n.º m. 259.

41. Wessels, Johannes / Hettinger, Michael, *Strafrecht. Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeits und Gemeinschaftswerte*, Heidelberg / München / Landsberg / Frechen / Hamburg, C. F. Müller, 35ª. ed., 2011, n.º m. 257, con cita a BGHSt 43, 346, 354.

42. Lackner, Karl / Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, C. F. Müller, 27ª. ed., 2011, § 223, n.º m. 5; Murmann, Uwe, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte*, München, C. H. Beck, 2ª. ed., 2013, n.º m. 22/9; Wessels, Johannes / Hettinger, Michael, *Strafrecht. Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeits und Gemeinschaftswerte*, Heidelberg / München / Landsberg / Frechen / Hamburg, C. F. Müller, 35ª. ed., 2011, n.º m. 258. En profundidad, Schönke, Adolf / Schröder, Horst / Eser, Albin / Sternberg-Lieben, Detlev, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, C. H. Beck, 28ª. ed., 2010, § 223, n.º m. 6.

43. Lackner, Karl / Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, C. F. Müller, 27ª. ed., 2011, § 223, n.º m. 5, con distintas referencias.

44. Wessels, Johannes / Hettinger, Michael, *Strafrecht. Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeits und Gemeinschaftswerte*, Heidelberg / München / Landsberg / Frechen / Hamburg, C. F. Müller, 35ª. ed., 2011, n.º m. 259. Debe señalarse que en los casos en los que no se supere este estándar normativo de insignificancia, la emisión de ruidos de todos modos podría subsumirse en el artículo 82 del Código Contravencional de la CABA: "Artículo 82 - Ruidos molestos. Quien perturba el descanso o la tranquilidad pública mediante ruidos que por su volumen, reiteración o persistencia excedan la normal tolerancia, es sancionado/a con uno (1) a cinco (5) días de trabajo de utilidad pública o multa de doscientos (\$ 200) a un mil (\$ 1.000) pesos.

de lesiones, se ha considerado que los llamados telefónicos nocturnos deliberados (“acoso telefónico”), que causan un desorden nervioso sin importancia médica como enfermedad, no resultan suficientes.⁴⁵

3.4 La diferencia en la gravedad de las lesiones

Las lesiones leves del artículo 89 se erigen por antonomasia como el tipo penal básico de lesiones. Luego, dependiendo de la gravedad de las acciones y resultados típicos se podrán imputar las acciones graves (artículo 90) o las acciones gravísimas (artículo 91).

Las lesiones graves implican una debilitación permanente a la salud, a un sentido, a un órgano o miembro o una dificultad permanente en el habla. Núñez era de la opinión de que el debilitamiento implica una producción de deficiencia respecto de la tarea que antes se desarrollaba o una menor resistencia a la enfermedad o al dolor.⁴⁶ En orden a la permanencia, la doctrina mayoritaria exige que la debilitación continúe durante un tiempo considerable, aunque no sea completamente incurable.⁴⁷ Por otra parte, la lesión gravísima comprende todos los casos en que las aflicciones causadas por las lesiones se erigen como incurables o permanentes. Ello empero, podría ocurrir que, por la evolución de la ciencia médica o de la tecnología, una enfermedad que en cierto momento histórico (“al momento del hecho”) fuese “ciertamente” incurable, deviniera posteriormente en “curable”, por ejemplo, por el descubrimiento de un tratamiento antes insospechado, que lograrse revertir una afección. En estos casos, al autor le cabría una acción de revisión, y el he-

Cuando la conducta se realiza en nombre, al amparo, en beneficio o con autorización de una persona de existencia ideal o del titular de una explotación o actividad, se sanciona a éstos con multa de seiscientos (\$ 600) a diez mil (\$ 10.000) pesos./ No constituye contravención el ensayo o práctica de música fuera de los horarios de descanso siempre que se utilicen dispositivos de amortiguación del sonido de los instrumentos o equipos, cuando ello fuera necesario./ Admite culpa./ Acción dependiente de instancia privada”.

45. Wessels, Johannes / Hettinger, Michael, *Strafrecht. Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeits und Gemeinschaftswerte*, Heidelberg / München / Landsberg / Frechen / Hamburg, C. F. Müller, 35^a. ed., 2011, n.º m. 259.

46. Núñez, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Lerner, Córdoba / Buenos Aires, Lerner, 1972, p. 204.

47. Núñez, Ricardo C., *op. cit.*, p. 204; Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, 2^a ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, T. IV, p. 282.

cho debería ser calificado del modo que impusiere la situación ulterior, si es que la afección de la víctima del caso concreto logra ser revertida. La nueva calificación jurídica, a primera vista, sería la del hecho consumado que correspondiera a la nueva situación (lesión leve, artículo 89, o grave, artículo 90, CP). Pero esta apariencia engaña. Si se considera que las lesiones graves y gravísimas tienen que ser alcanzadas por el dolo del autor, así más no fuese el conocimiento de un síndrome de riesgo característico de la posibilidad de la lesión de la gravedad respectiva, entonces subsistiría la tentativa, inamovible, de la lesión gravísima, si anteriormente hubiera sido considerada una lesión gravísima dolosa. La cuestión sería distinta, en caso de lesiones imprudentes.

Existe una divergencia de opiniones con relación a la categorización de la pérdida de órganos que no implican un menoscabo absoluto en la salud. La posición mayoritaria sostiene que los órganos se deben interpretar *integralmente*, a saber: el órgano *visual*, el *auditivo*, el *respiratorio*, el *renal* y el de la *reproducción* están constituidos por los dos ojos, los dos oídos, los dos pulmones, los dos testículos o los dos ovarios.⁴⁸ De manera que la pérdida de un ojo, una oreja, etc. sería una lesión grave y no una lesión gravísima.⁴⁹ Esta posición no merece aprobación. De por sí resulta chocante y contraintuitivo considerar que “un ojo” no es un órgano; pero ya el propio “tipo del texto” (órgano = “cada una de las partes del cuerpo animal o vegetal que ejercen una función” [RAE]) habla a favor de un “tipo de la interpretación” que ya considere como “pérdida de un órgano”, la de una parte corporal que de por sí ejerce una función, de modo que destruir un ojo, un pulmón, etc., es la destrucción de un órgano. A ello se une el hecho de que la distinción capital entre las lesiones graves y las gravísimas reside en el debilitamiento *versus* la pérdida irrecuperable de la salud. Por más que perder un ojo o una oreja no implique perder el sentido plenamente, sí implica un deterioro incurable en la salud de la víctima. Es más gravoso que el mero *debilitamiento* y, por ende, eso justifica la imputación de lesiones gravísimas.

48. Esta también es la posición de la doctrina española, ver Díez Ripollés, José Luis; Gracia Martín, Luis y Laurenzo Copello, Patricia, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, T. I, p. 96

49. Soler, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, Buenos Aires, TEA, T. III, 5ª ed. (actualizador: Manuel A. Bayala Basombrio), 1987, p. 129; Núñez, *op. cit.*, p. 206; Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, 6ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1997, T. I, p. 82.

3.5 El tipo subjetivo de las lesiones

Como ya se ha descrito, las lesiones dolosas se encuentran tipificadas en los arts. 89, 90 y 91, CP. Por otra parte, las lesiones causadas por imprudencia están penadas en el artículo 94.

Las lesiones dolosas exigen una representación concreta del riesgo que el sujeto está creando y de su posible consecuencia. De esta manera, si el sujeto activo se representa que está lesionando levemente al sujeto pasivo, pero de cualquier manera se produce el resultado típico de una lesión grave, entonces el sujeto activo responderá por lesiones *leves dolosas* y por lesiones *graves imprudentes*. A modo de ejemplo: A agrede físicamente a B, golpeándolo con el puño cerrado a la altura del hombro derecho. Debido al golpe, B da unos pasos hacia atrás, tropieza y se golpea la nuca contra una viga de perfil T que había en el lugar. Como consecuencia del golpe, B sufre la fractura de una vértebra cervical, sin desplazamiento y sin consecuencias neurológicas. No obstante, a causa del hecho queda imposibilitado para trabajar por un lapso superior a un mes. Es claro que objetivamente se da un delito de lesiones graves; no obstante, el sujeto tiene dolo de lesiones leves. Si se acepta este análisis sencillo del caso, debería serle imputado a A un delito de lesiones leves (artículo 89, CP) en concurso ideal con lesiones (graves) imprudentes (artículo 94, CP).

Ahora bien, la modificación del artículo 94, CP, por la Ley N° 25189, de 1999, ha creado la situación, por demás irregular, de que un tipo penal imprudente (lesiones del artículo 94, primer párrafo, CP) tenga prevista una escala penal superior al correspondiente tipo doloso, cuanto el resultado de la lesión sea leve (artículo 89, CP). El modo racional de resolver este problema, respetando el principio de *proporcionalidad*, y sin violación del “tipo del texto”, reside en considerar que, en caso de lesión imprudente de carácter leve, la escala penal del artículo 94, primer párrafo, CP (= prisión de un mes a tres años), debe ser entendido como limitado, por lo menos respecto de la pena privativa de libertad, por el marco penal del artículo 89, CP (= prisión de un mes a un año); pero, dado que la escala penal del artículo 94, CP, ofrece la alternativa de la pena *de multa*, sería más razonable pensar que, en caso de lesión imprudente leve, sólo es aplicable la pena *de multa*, y no

la de prisión. Si ninguno de estos límites restrictivos se considerara aplicable, sería violado el principio de *proporcionalidad*.⁵⁰

Ciertamente, en un Código Penal completamente reformulado, se podría pensar en un tipo penal imprudente *único* para todas las formas de creación de un riesgo reprobado (= violación al deber objetivo de cuidado) que puedan poner en peligro la vida o la integridad corporal de otro. Si en este tipo penal “general” de la imprudencia la escala penal estuviera vinculada más bien al *menor o mayor disvalor de la acción*, sería posible desvincular la ligazón de la escala penal a determinado resultado de la lesión. Un resultado típico cualquiera (referido a personas), podría ser visto sólo como la “condición objetiva de punibilidad” para reprimir el comportamiento en general imprudente *en sí*. La escala penal, por ej., podría ser dividida en tres tercios, y tener el juez la posibilidad de aplicar el tercio mayor de la escala *sólo* en caso de que pueda ser afirmada una imprudencia *grave*. Esta escala general podría partir de un mínimo similar al actual de la lesión imprudente, y culminar en una pena que fuera tangente con el mínimo de la escala penal del delito doloso de homicidio, o que incluso invadiera la escala penal del homicidio doloso en cierta medida (por ej., 9 años de pena privativa de libertad). Pues el dolo es más grave que la imprudencia *ceteris paribus*; en cuanto uno se representa un hecho *gravemente desconsiderado*, en el que podría morir una persona o más, o bien ser lesionadas éstas de modo indeterminado al momento de realizarse la acción, será producto de la *casualidad* mucho más de lo que ya lo es en el delito doloso, el que el hecho desemboque en tales o cuales consecuencias lesivas. Dicho a modo de ejemplo, una imprudencia de esa índole, con cualquier resultado de afección de una persona en su integridad corporal, podría ser menos grave que un homicidio doloso a petición, respecto de un enfermo terminal (sin que las circunstancias lleguen a habilitar una justificación a matar). Pero el derecho positivo vigente en la Argentina tiene aún una fijación “cuasi tribal” a los resultados, es decir, para remitir a Platón (*Las Leyes*), como si los resultados externos nos

50. Las soluciones ofrecidas en el texto, especialmente si se entiende como única solución posible la *de la pena de multa* para ese caso, parece preferible a las dos soluciones propuestas anteriormente por Sancinetti, Marcelo A., en *Casos de Derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005/2006, Caso 17 (solución de Günter Stratenwerth), anotación de pie de página 17 (T. I, p. 227; edición encuadernada, vol. único, p. 243).

hicieran inferir qué clase de homenaje ha de rendirse a las deidades por medio de una diferente reacción penal, según lo que haya terminado ocurriendo. Para alterar el sistema actual, haría falta una revisión profunda de las *bases racionales* que se hallan por detrás del sistema de la imputación penal. Por el momento, tenemos un sistema ligado, al menos en parte, a “resultados”, como si éstos marcaran la gravedad del hecho, en lugar de que la marque *el quebrantamiento de la norma*.

Pero el tipo subjetivo del delito doloso de lesiones graves y gravísimas plantea *otra dificultad*, a saber: cuál es el grado de representación de los elementos del tipo objetivo que *específicamente* tiene que “reflejarse en la consciencia del autor”, para que se pueda afirmar que obró con dolo. Si bien, entre nosotros, Sebastián Soler hizo afortunados esfuerzos para demostrar que las lesiones graves y gravísimas deben ser entendidas como *dolosas*, esto no cierra la puerta a un amplio campo de aplicación de la doctrina del *dolus indirectus* (Carpzov) o, en otras construcciones, de la llamada “ceguera de hecho”.⁵¹ Aquel que le pega a la víctima con un caño consistente en el rostro, a la altura del ojo, ya se representa una base de situación fáctica de que la que es naturalmente derivable la posibilidad de pérdida de un ojo. Al autor no debería beneficiarlo como “defensa” la excusa de que si bien él fue consciente de que le pegaba a su adversario en el rostro, con un caño consistente, a la altura del ojo, no dirigió ninguna *reflexión mental* a la consecuencia: “este hombre podría perder un ojo si hago esto”.⁵²

51. En contra de la doctrina de la “ceguera de hecho” como equivalente al dolo, pero con la posibilidad de concebir la base de representación efectivamente tenida por el autor como “dolo” (aquello que sí ve = golpe con un caño, en el rostro de un ser humano, a la altura de su ojo, etc.), Sancinetti, Marcelo A., *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Buenos Aires, Hammurabi, p. 323 ss. (349 ss.).

52. Sobre la doctrina del *dolus indirectus*, cf. Jakobs, Günther, “Indiferencia como dolo indirecto”, en *Dogmática y ley penal, Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Barcelona-Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 345 ss.; asimismo, Puppe, Ingeborg, *La distinción entre dolo e imprudencia, Comentario al § 15 del Código Penal alemán*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, n.º m. 14 ss. (p. 44 ss.), con cita de Carpzov: “... pues aquel que lo atraviesa [a otro] con la espada sólo con la intención de lesionarlo, actúa igualmente de modo doloso [respecto del homicidio], porque sabe o al menos tendría que saber que... no puede ocasionar una herida de forma segura y determinada, sobre todo con una espada..., no puede negarse, al producirse este efecto, que tiene una voluntad de matar, porque su voluntad se refiere

3.6 El tipo imprudente del artículo 94

El artículo 94, CP, prevé las lesiones imprudentes. La acción típica en sí es “causar a otro un daño en el cuerpo o en la salud”, y, en este sentido, no se diferencia de la acción típica dolosa. Sólo que la clase de riesgos alcanzados por la imprudencia son los más amplios posibles, dentro de la categoría de la creación de un riesgo reprobado (creación de riesgos abstractos). Diferenciar entre imprudencia, negligencia, inobservancia de reglamentos, etc., no es determinante. Los límites entre un concepto y otro son fluidos y los hacen intercambiables. Lo esencial es que se cause el resultado típico de manera objetivamente imputable (creación de un riesgo reprobado + realización del riesgo en el resultado). Naturalmente, esto puede ocurrir por acción o por omisión: dar una inyección a un paciente en una medida mayor a la que corresponde a su estado de salud, y, por ello, causar un daño, no se diferencia de dar una inyección en medida inferior a lo que requería el estado del paciente (conocido ejemplo de Schaffstein). Por lo demás, el primer párrafo del artículo 94, CP, no requiere una profundización mayor particular, salvo el hecho de que las lesiones imprudentes leves deben entenderse restringidas a la pena de multa (v. *supra*), y, en el peor de los casos, si se pensara referida la pena privativa de libertad también a ese respecto, no podría superar la escala del artículo 89, CP.

Sí presentan problemas particulares las agravantes del segundo párrafo, que provienen de una remisión al artículo 84, segundo párrafo, CP. Estas agravantes resultaron de la incorporación apresurada que motivó la producción de casos conmovedores en la vida social, pero no tienen por detrás una reflexión profunda, respecto del sistema general de la imputación.

Lo que requiere la responsabilidad por imprudencia es una revisión sistemática general; un menor apego al disvalor del resultado producido y una consideración mayor del grado de violación al deber de cuidado constituyente de la imprudencia en el caso concreto. Llevado al homicidio: no habría ninguna dificultad en elevar el máximo de la escala penal de tal modo que la parte superior de la escala ingresase parcialmente en el ámbito del homicidio doloso, pues –tal como ya se mencionó– la

al atravesamiento y a todo aquello que se produce directamente como consecuencia del atravesamiento doloso” ([1635] *questio* 1, n.º m. 28).

imputación por dolo es más grave que la imputación por imprudencia *ceteris paribus*, mientras que un homicidio causado por grave desconsideración de las reglas mínimas de cuidado, con frecuencia en acumulación de descuidos, puede ser más grave que un homicidio doloso a petición de la víctima. Sólo que una regulación como la propuesta debería dejar en claro que, para que la medición de la pena haga caer la condena en el tercio superior de la escala penal, el hecho tiene que poder ser calificado de “imprudencia grave” (temeridad: *culpa lata dolo aequiparatur*).

Yendo al punto de las agravantes del artículo 94, segundo párrafo, CP, esto sí está circunscripto a las lesiones graves y gravísimas; el efecto agravatorio no es drástico (mínimo de 6 meses de prisión, multa de \$ 3.000 e inhabilitación especial por dieciocho meses). Pero los casos incluidos son discutibles, como lo son en el artículo 84, segundo párrafo, CP. La primera situación agravante es la *pluralidad de víctimas* (si fueren *más de una* las víctimas fatales, que transformado en artículo 94 debe ser entendido en: si fueren más de una las víctimas que sufrieran lesiones graves o gravísimas). De este modo, se le agrega a la responsabilidad por imprudencia una cuota cada vez mayor de *vergonzante responsabilidad “por casualidades”* (en el auto de adelante había sólo una persona vs.: había dos personas). Lo decisivo debería ser, nuevamente, la gravedad de la infracción al deber de cuidado. La segunda agravante es también problemática: “... por la conducción... de un *vehículo automotor*”. “Conducir” requiere “guiar el eje del vehículo” en cierta dirección; por ello, no configura la agravante la acción de abrir descuidadamente una puerta del automóvil y causar un accidente de tránsito (esto puede pasarle también a la persona que no conduce, y que, por ejemplo, volvió al automóvil a buscar una campera en ausencia del responsable del automóvil; pero la cuestión no cambia si el que abre la puerta descuidadamente es el propio conductor: no es una maniobra de “conducir”). También es problemática la definición de “vehículo automotor”. En un sentido amplio, el tipo del texto podría abarcar a motocicletas y a aviones, pues en este sentido amplio son “vehículos de tracción mecánica” o que “realizan movimientos sin acción exterior” (RAE). Pero, al respecto, debe ser aplicada una interpretación *restrictiva*, pues el artículo 5, x, de la Ley de Tránsito 24449 define al “vehículo automotor” como: “todo vehículo de más de dos ruedas que tiene motor y tracción propia”.

4. AGRAVANTES DE LAS LESIONES DE CONSIDERACIÓN PARTICULAR

Además de las agravantes del artículo 80, CP, que, como ya se dijo, califican cualquier clase de lesión del mismo modo que califican a un homicidio (por remisión del artículo 92, CP), interesa aquí el tratamiento de agravantes derivadas de la incidencia *de otras* disposiciones legales. En particular, habremos de considerar la cuestión de si la agravante del artículo 41 bis, CP, es aplicable al homicidio y a las lesiones *o no*; por otro lado, se impone también una breve mención a la cuestión de cómo incide la Ley N° 24192 (“... prevención y represión de la violencia en espectáculos deportivos”), artículo 2, respecto de las lesiones, cuando éstas fueren cometidas “...con motivo o en ocasión de un espectáculo deportivo”.

4.1 Por qué razón la agravante genérica del artículo 41 bis, CP, no es aplicable ni al homicidio ni a las lesiones

El artículo 41 bis, CP, primer párrafo, establece que “[c]uando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego, la escala penal prevista para el delito de que se trate se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo...”. El segundo párrafo de dicho artículo establece –de modo *superfluo*– que “[e]ste⁵³ agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate”.

No es de *per se* nocivo incluir cláusulas superfluas, si el sustrato de lo que se dice es, de suyo, *acertado*. El trasfondo del segundo párrafo se fundamenta en la llamada “prohibición de doble valoración”,⁵⁴ se-

53. Si bien “agravante”, como sustantivo derivado de un participio activo (“de presente”), permite género masculino y femenino, en este caso es preferible el uso en femenino (esta agravante), en razón de que se alude al sustantivo “circunstancia”. Por cierto, uno podría pensar también en un “factor agravante”, pero el propio texto legal emplea inmediatamente el sustantivo “circunstancia”, por lo que debió haber sido dicho al comienzo: “Esta agravante...”. También la Real Academia aclara: “Ú. menos c. m.” (úsase menos como masculino).

54. Al respecto, cf. Ziffer, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, p. 106 ss. Algunos autores utilizan para esta cuestión la denominación *ne*

gún la cual una misma circunstancia no puede ser valorada más de una vez para determinar el ilícito y la culpabilidad, en particular, en la *medida de la pena*.

Ahora bien, la “doble valoración” no sólo ocurre cuando el tipo penal en cuestión menciona en forma *expresa* la circunstancia en cuestión, en el caso: el “arma de fuego” (o bien: “con armas”, en general), sino, asimismo, cuando el contenido de ilícito del delito respectivo corresponde a un delito de *lesión*, por oposición a la estructura de los delitos de *peligro*.

La constitucionalidad de las agravantes “genéricas” puede ser puesta en cuestión –ya de modo general–, en razón de que, con ellas, no se vincula de modo suficientemente preciso la circunstancia mencionada con el *delito particular* de que se trate, y aleja al legislador de una determinación precisa (*lex certa* = mandato de determinación) respecto de *en qué medida* ha tenido presente si la circunstancia en cuestión también agrava *tal o cual* delito, *de veras*, en el caso particular. No basta con decir “*alguno* de los delitos previstos en este Código”, pues esta fórmula, tan general, más bien pone en evidencia que el legislador no se ha tomado el trabajo de corroborar si efectivamente la agravante sería razonable para *cualquier clase* de hecho punible.⁵⁵ Por este motivo, junto a interpretaciones sistemáticas que toman en cuenta diversos textos (como el del artículo 104, CP), el artículo 41 bis, CP, ligado *al homicidio* (lo cual valdría también para *las lesiones*), ha sido tenido por inconstitucional en algunas sentencias.⁵⁶

bis in idem. Si bien esta idea no es en sí incorrecta, es preferible reservar esa rúbrica para el principio de carácter *procesal* que proscribe la persecución penal *plural* por un *mismo* hecho. Por cierto, la idea está emparentada con la “prohibición de doble valoración”, pero esta máxima es de carácter *material* y veda que una misma circunstancia sea valorada más de una vez para establecer el contenido de ilícito y culpabilidad de determinado hecho (aun perseguido en “un solo juicio”).

55. Al respecto, cf. Sancinetti, *Casos de derecho penal*, 3ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2005, T. 1, p. 215 ss.; 2006, volumen único encuadernado, p. 231 ss.

56. Así, en la causa “Arce”, Cám. de Acusación de Córdoba, auto 306 del 26/6/2009, con nota aprobatoria de Álvaro E. Crespo, *La discutida constitucionalidad del artículo 41 bis del Código Penal y algunas consideraciones sobre la interpretación de las leyes y la razonabilidad de las resoluciones judiciales*, hallable en Derecho Penal online, disponible en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,623,0,0,1,0> (última consulta: 14/7/2016), con abundantes referencias doctrinales y jurisprudenciales. Con posterioridad la cuestión ha sido vivamente discutida, y en forma preponderante la jurisprudencia aplica la agravante en cuestión también a casos de homicidio, lo cual, como se demuestra en el texto,

Pero si bien esa debilidad constitucional es en sí existente en todas las agravantes de esta índole,⁵⁷ para el caso del homicidio y las lesiones *no hace falta* una declaración de inconstitucionalidad, sino que el mismo principio de “prohibición de doble valoración” incorporado en el segundo párrafo explica *por qué razón* el empleo de armas de fuego no puede agravar un hecho que *ya valora el peligro de una lesión*, a tal punto que, justamente, se trata de un delito *de lesión*. Parando mientes, ante todo, en el delito de homicidio, este prevé ya la “destrucción de la vida” como *elemento del tipo*; por consiguiente, carece de sentido agravar el hecho por una circunstancia que generaría el *peligro de* que fuese causada una muerte o lesión. Dicho de modo más gráfico: sería irrazonable pensar que el autor estaría en mejor situación si dejase de lado un arma de fuego en sí accesible a él a medio metro de distancia, y, en su lugar –p. ej., en razón de haber leído un fallo que aplicaba la agravante del artículo 41 bis *¡a un homicidio!*–, se sirve de un *hacha* o de un *serrucho* igualmente a su alcance, para decapitar a la víctima. Un arma de fuego, cargada, p. ej., con un sólo proyectil, no podría producir *más peligro* que *la lesión* (muerte) implicada en el tipo penal de homicidio. Pero eso no se modifica si el autor ha disparado tres tiros contra la misma persona. Se podría pensar que, en el caso de repetición de disparos, podría caber el riesgo adicional de que resultaran heridas *otras* personas,

es erróneo. En favor de la aplicabilidad de la conjunción entre artículo 41 bis y el artículo 79, CP, véase, entre otros, el Acuerdo Plenario del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, causa 36.328, “Rodríguez, Fabián Andrés, s. recurso de casación”, sent. del 19/4/2013, hallable en: <http://www.iestudiospenales.com.ar/ejecucion-penal/jurisprudencia-provincial/1944-aplicabilidad-de-la-agravante-del-art-41-bis-al-homicidio-simple-art-79-cp-.html> (última consulta: 14/7/ 2016). Pero, como bien señala Crespo en otro contexto, si es preciso llegar a una discusión *plenaria*, esto mismo es al menos *indicio* de una lesión al mandato de determinación (*lex certa*).

57. Dicho a modo de ejemplo, si existiera una “agravante genérica” de “escalamiento” o bien de “nocturnidad”, ¿valdrían tales circunstancias también para intensificar el contenido de ilícito de un estupro o un libramiento *de cheques sin provisión de fondos*? Sólo las circunstancias *efectivamente referidas al delito en concreto* aclaran si el legislador ha reparado suficientemente en si la circunstancia del caso le da al hecho un contenido de ilícito mayor (o menor) a la situación que se daría si esa circunstancia *no concurriese*. Volviendo al artículo 41 bis, CP: ¿tiene un *mayor contenido de ilícito* la “ayuda al suicido” (artículo 83, CP), si el que auxilia al suicida le da un arma *de fuego* que si le proporciona *veneno* o un *arma blanca*, pero al fin y al cabo con éxito en la muerte del suicida? Si en la ayuda al suicidio el carácter absurdo de esta supuesta agravante “salta a la vista”, ¿por qué cuesta verlo en el homicidio?

además de la víctima en sí fallecida. Pero si esto diera fundamento a la agravante, la situación quedaría en desigualdad con todos los casos en que hubieran sido arrojados *varios objetos contundentes*: incluso un sólo “palazo” con un bate de béisbol sobre una persona que está junto a otra podría ocasionar una muerte y, adicionalmente, el peligro de la lesión de un tercero. Dicho brevemente: una agravante que se fundamenta en *el peligro* inherente al medio empleado no puede incrementar el contenido de ilícito de un delito *de lesión* (que supera a ese peligro).

Trasladado esto al delito de lesiones dolosas (arts. 89, 90 y 91, CP), uno podría preguntarse si el fundamento de la “prohibición de doble valoración” también concurre en el caso de las lesiones, y, entre éstas, cabría preguntarse si su eventual concurrencia se daría *por igual* en las lesiones leves, graves y gravísimas.

Mas existe *una* de las modalidades de las lesiones *graves* que responde con claridad ese interrogante. Pues el artículo 90, CP, incluye como lesión grave aquella que “hubiere puesto *en peligro la vida* del ofendido”. Pero, entonces, el lesionar por medio del uso de un arma de fuego no podría implicar “más peligro” que el de causar una muerte; y ocurre que esta circunstancia *ya está valorada* en el artículo 90, CP, como *calificante de la lesión* (arg. artículo 41 bis, segundo párrafo, CP). Si una lesión ya es grave cuando se causa *en efecto* el peligro de una muerte no puede resultar aun *más grave* por el hecho de que se haya empleado un medio que *podría* haber causado la muerte (“prohibición de doble valoración”). Y si la circunstancia del empleo de un arma de fuego no puede calificar más a una lesión del artículo 90, CP, *a minore ad maius* tampoco podrá calificar más a una lesión *gravísima*, es decir, una del artículo 91, CP, pues la gravedad de este delito está en *un grado* de contenido de ilícito *mayor* que el de la lesión grave (que ya contempla el *peligro de muerte*).

Queda entonces por preguntarse si no será posible agravar una lesión *leve*, del artículo 89, CP, por la circunstancia de que haya sido empleada un arma de fuego, en razón de que ésta habría podido causar un *peligro mayor* que el de una “lesión *leve*”. Uno podría sentirse tentado a decir “en este caso *sí*” podría implicar una agravación del contenido de ilícito el hecho de que haya sido empleado un instrumento que *podría* haber llevado a una lesión *mayor*, aunque, de hecho, esto *no haya ocurrido*. Pero esta conjunción entre el artículo 89 y el artículo 41 bis, CP—en sí posible, si no existieran otras disposiciones—, *no puede darse*, por la exclusión que

de ello produce el artículo 104, CP, en tanto este reprime con pena de uno a tres años de prisión el “disparar *un arma de fuego* contra una persona”, sea que no se la hiera (párr. 1) o que sí se la hiera, “siempre que el hecho no importe un delito más grave” (párr. 2). Este es el caso, precisamente, de la lesión leve, puesto que las lesiones graves (artículo 90, CP) y gravísimas (artículo 91, CP), prevén una escala penal más grave que la del artículo 104, CP. Por ende, la conjunción entre el artículo 41 bis y el artículo 89, CP, queda desplazada, en concurso aparente, por *especialidad*, por la escala penal más grave que prevé el artículo 104, CP.

Por consiguiente, por el *mismo principio* que da fundamento al artículo 41 bis, *segundo* párrafo, CP (“prohibición de doble valoración”) *no hay ningún caso de lesiones* que pueda resultar agravado por la circunstancia de que la lesión haya sido causada con el empleo de un arma de fuego. Para el acierto de esta conclusión, no es pertinente una declaración de “inconstitucionalidad”, sino que tanto para el caso de *lesiones* como para el de *homicidio*, la consecuencia deriva del *mismo principio* que informa la exclusión de las circunstancias ya *tenidas en cuenta* en la escala penal del delito respectivo, principio que el artículo 41 bis, *segundo* párrafo, CP, sólo menciona expresamente, pero, que ya valdría aun cuando ello no hubiera sido mencionado, por tratarse de un principio constitucional, que rige la *interpretación*.

Resulta curioso –y contraintuitivo– que las razones anteriores no alcancen para excluir de la aplicabilidad del art. 41 bis, CP, las lesiones imprudentes que pudieran ser causadas con armas de fuego. Pero existen dos razones que también abogan por la exclusión del art. 41 bis al caso referido. En primer lugar, da toda la impresión de que la agravante genérica pretendió agravar hechos dolosos, y probablemente ni siquiera se tuvo consciencia de que, expresado con tanta generalidad, literalmente quedaban implicados hechos imprudentes. Pero esta razón sería de menor peso que la siguiente: cuando el legislador reflexionó *en específico* sobre una agravante del homicidio imprudente (artículo 84, *segundo* párrafo, CP), aplicable a su vez a las lesiones imprudentes (artículo 94, *segundo* párrafo, CP), por el medio empleado: “... por la conducción imprudente... de un vehículo automotor”, sólo previó una agravación del mínimo de la escala penal. Por ende, sería por demás asistemático que una agravante genérica –ni siquiera pensada para estos casos– tuviera un efecto de incremento mayor. Esto demuestra nuevamente que las

“agravantes genéricas” se fundamentan en una pereza legislativa y que tienen de por sí un déficit de *lex certa*.

4.2 Lesiones en el contexto de “espectáculos deportivos”

La Ley N° 24192, que modificó a la Ley N° 23182, establece el régimen penal y contravencional para la prevención y represión de la violencia en espectáculos deportivos. A los fines de este trabajo, interesan los dos primeros artículos de esta ley. En particular, el artículo 1 establece que el régimen penal de la ley se aplicará a hechos que sean cometidos con motivo o en ocasión de un espectáculo deportivo, tanto en el ámbito de concurrencia pública en que se realizare como en sus inmediaciones, antes, durante o después de dicho espectáculo. A su vez, el artículo 2 señala que si, en las circunstancias del artículo 1, fueren cometidos los delitos previstos en el libro segundo, título I, capítulo II del Código Penal (entre otros), las penas mínimas y máximas serán incrementadas en un tercio (con la salvedad de que el máximo no podrá ser mayor al máximo previsto en el Código Penal para la especie de pena de que se trate). Es decir, se produce un incremento sustancial de la escala penal cuando cualquier lesión es cometida en el contexto de “espectáculos deportivos”.

Al momento de interpretar esta agravante, el aspecto más problemático se relaciona con la hermenéutica del artículo 1, especialmente de la frase “con motivo o en ocasión de un espectáculo deportivo”. Y es que parecería que la norma intenta abarcar distintos actos de violencia que suelen producirse en el marco de esta clase de espectáculos, en particular del fútbol (aunque no solamente), como las peleas espontáneas entre aficionados de distintos clubes o los actos de *hooliganismo*. Sin embargo, pueden darse supuestos de lesiones que sean cometidas en ocasión de un espectáculo deportivo, que parecerían alejarse de los fines de la norma, tendentes a prevenir la violencia *motivada de modo directo en el deporte*. A modo de ejemplo, puede darse una colisión de dos automóviles a causa de la conducción imprudente de uno de los conductores involucrados que termine generándole lesiones leves a otro, en las inmediaciones de un importante partido de fútbol. Pero, por las mismas razones aducidas respecto de la “agravante genérica” del art. 41 bis, CP, debe ser interpretado todo el contexto de la ley sobre violencia en espectáculos deportivos, como circunscripta a hechos dolosos.

Más allá de ello, la solución a casos problemáticos queda regida por la teoría de la imputación objetiva, que es mucho más que un “complemento” del análisis de la relación de causalidad entre acciones y resultados (en los delitos de resultado), pues constituye una verdadera *teoría general* que se encarga de normativizar, según parámetros socio-valorativos los elementos típicos.⁵⁸ En particular, si el fin de la norma está vinculado con la necesidad de prevenir y reprimir de modo más severo las lesiones relacionadas de modo directo con un contexto deportivo (en especial aquellas que estén *motivadas* por dicho contexto, como lo señala la redacción de la regla al utilizar la construcción “con motivo”), debe requerirse que el autor al menos aproveche dicho contexto para cometer una lesión vinculada de modo directo con dicho espectáculo. La conducta, entonces, debe tener un significado delictivo especial, que dé lugar a la comunicación al resto de la sociedad de que los espectáculos deportivos son ámbitos en los que la violencia es vista como algo natural y que eso *debe ser así* (como el caso del hincha del equipo local que aprovecha la llegada del equipo visitante al estadio para lanzarle piedras a los jugadores con dolo de lesiones). Empero, las lesiones que estén vinculadas con el espectáculo en términos espaciales, pero que no expresan un contenido comunicativo como el señalado por no vincularse de modo directo con el espectáculo, no estarán abarcadas por esta agravante. Así, si dos vecinos que viven en las inmediaciones de un estadio de fútbol se pelean y se generan lesiones recíprocas en la vereda justo cuando estaba teniendo lugar un importante partido, la subsunción de sus conductas no deberá abarcar esta agravante genérica.

5. CONCLUSIONES

En esta breve introducción se han presentado las características generales del delito de lesiones, con especial hincapié en el tipo básico de lesiones *leves*. Para cerrar la exposición, debe decirse que los problemas de parte especial que se generan en torno a los delitos contra la

58. Para un entendimiento similar de la teoría de la imputación objetiva, véase Ferrante, Marcelo, “Una Introducción a la Teoría de la Imputación Objetiva”, en Cancio Meliá, Manuel / Ferrante, Marcelo / Sancinetti, Marcelo, *Estudios sobre la Teoría de la Imputación Objetiva*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 17.

integridad corporal son complejos y que sería bienvenida una investigación en profundidad de los distintos temas. Sólo a modo de ejemplo, pueden mencionarse dos discusiones actuales que deberían tener un mayor desarrollo en el ámbito de la ciencia penal argentina.

La primera de ellas se relaciona con el consentimiento para la realización de intervenciones quirúrgicas. Hoy en día se discute arduamente el problema de cuánta información deben brindarles los médicos a los pacientes a los fines de obtener un consentimiento válido y si las nociones tradicionales en la materia no deberían ser reformuladas, teniendo en cuenta los procedimientos médicos actuales.⁵⁹ En segundo lugar, debe decirse que en los últimos años se ha producido una gran discusión en Alemania sobre la circuncisión de niños y niñas, en especial en casos en los que por cuestiones religiosas el procedimiento es realizado por personas con conocimientos médicos limitados y en malas condiciones de higiene.⁶⁰ Sobre el tema, suele decirse que, en principio, la circuncisión puede dar lugar al delito de lesiones,⁶¹ pero los problemas que se producen (como la vinculación entre el derecho a la libertad religiosa y las nociones tradicionales del Derecho Penal) son de difícil solución.

Otro problema vinculado a la práctica de la medicina y la falta de información debida al paciente de una intervención lo plantea la cuestión del llamado “consentimiento hipotético”, es decir, aquellos casos en que si bien el médico ni informó al paciente de la situación riesgosa ni de las consecuencias posibles de una intervención, se demuestra en el proceso que el afectado, si hubiera sido debidamente ilustrado, habría dado el consentimiento para un proceder del médico tal como el que se dio. La cuestión está discutida, y representa una configuración autónoma de la relevancia de los “cursos causales hipotéticos” y su cuestión emparentada, del “comportamiento alternativo conforme a derecho”, según lo cual, un resultado no debe ser considerado la concreción del riesgo reprobado creado por la acción, si se puede afirmar

59. Sobre el tema, véase: Puppe, Ingeborg, “La justificación de la intervención médica curativa”, *InDret*, 1/2007.

60. Para un repaso de la discusión que tuvo lugar en Alemania durante los últimos años, véase: Silva Sánchez, Jesús María, “Circuncisión infantil”, *InDret*, 1/2013.

61. Lackner, Karl / Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, C. F. Müller, 27ª. ed., 2011, § 223, n.º m. 5, con distintas referencias.

que, en caso de haber actuado el autor de modo correcto (alternativa: obrar conforme a derecho), el resultado también se habría producido o bien no existe una probabilidad lindante con la certeza de que, en esa hipótesis, se habría evitado. Una extensión de esta solución a los casos de “consentimiento hipotético” podría conducir a la anulación de los deberes de información a un paciente; pero, por otro lado, también podría ser previsto un tipo penal autónomo de peligro abstracto contra la integridad corporal, el comportamiento de un médico que toma injerencias lesivas sobre el cuerpo o salud de un paciente sin cumplir con el deber de información previa del estado de situación y de las consecuencias posibles de la intervención (cualquiera que fuera el valor del resultado posterior a una intervención exitosa).

JURISPRUDENCIA

Competencia. Juzgado correccional que se declara incompetente y remite las actuaciones a la Justicia de Instrucción. Imputado que provocó lesiones a su pareja y la obligó a mantener relaciones sexuales en diversas oportunidades pese a su negativa. Denuncia ante la Oficina de Violencia Doméstica en donde sólo instó la acción por las lesiones. Revocación. Competencia correccional. Disidencia: Necesidad de convocar a la damnificada en sede judicial. Presentación ante la OVD: Imposibilidad de considerarla “denuncia”. Confirmación de la resolución por la cual se declara incompetente el magistrado correccional por ser el fuero de instrucción el de competencia más amplia.

Fallo: (...) en razón de la concesión del recurso de apelación interpuesto a (...), por la Sra. defensora oficial, Dra. Ana Arcos, contra la resolución obrante a (...) que declaró la incompetencia de la justicia correccional para entender en las presentes actuaciones.

Sucintamente, se imputa a (...) haber insultado a (...), luego de lo cual la tomó de los pelos, la tiró al suelo y le pegó muchas patadas en el hombro, la espalda, la cola y en diversos lugares más, como el ojo, para luego arrojarle una caja de madera que contenía herramientas lo que le causó lesiones; suceso ocurrido (...), en el interior del inmueble ubicado en XXX de esta ciudad. (...) conforme surge de (...) la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, (...) la habría obligado a mantener relaciones sexuales en diversas oportunidades, pese a su negativa.

Los jueces Jorge Luis Rimondi y Luis María Bunge Campos dijeron: limitados al ámbito del recurso, entendemos que el auto en crisis debe ser revocado y, consecuentemente, mantenerse la competencia de la justicia correccional para intervenir en la causa. Ello por cuanto a poco de compulsar la declaración de la damnificada surge su deseo de instar la acción sólo por las lesiones que sufriera, dado que al ser preguntada “...si desea instar la acción penal por la violencia física por ella aquí relatada, y expresamente dice que sí desea instar la acción...” (...). Por todo

ello, sumado a los escasos datos brindados, (...), votamos por revocar el auto apelado y mantener la competencia en la justicia correccional.

El juez Alfredo Barbarosch dijo: Debo disentir con el voto que antecede, (...) la declaración ante la Oficina de Violencia Doméstica no puede considerarse a una denuncia, pues esta no resulta un órgano jurisdiccional, sino auxiliar de la justicia.(...), entiendo que corresponde convocar a (...) a prestar declaración, a los efectos de que manifieste si es su deseo de instar la acción penal por los hechos que relatara y, consecuentemente, a fin de evitar eventuales planteos nulificantes (...) corresponde asignar competencia al fuero de instrucción para investigar el caso de marras, en virtud de su más amplia competencia (...). (...) voto por confirmar el auto apelado. (...) el tribunal RESUELVE: REVOCAR (...) en cuanto fue materia de recurso (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala I, Rimondi, Barbarosch (en disidencia), Bunge Campos. (Sec.: Peluffo). c. 19767/13, V., J. A. Rta.: 01/10/2013.

Excepción de Falta de Acción. Rechazada. Denuncia sobre hechos de violencia doméstica ante la OVD de la CSJN Validez. Amenazas y lesiones leves. Concurso ideal. Hecho único. Manifestación inicial válida. Desistimiento posterior inválido. Confirmación.

Fallo: (...) Si bien una de las calificaciones legales asignada al hecho identificado como “1” constituiría un delito dependiente de instancia privada (lesiones leves dolosas), y en su declaración de (fs. ...) (...) manifestó que no deseaba instar la acción penal contra su pareja, (...), lo cierto es que en ocasión de declarar con anterioridad ante la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia, expresó su voluntad de promoverla (fs. ...), de manera tal que fue superado el requisito procesal exigido en el artículo 72 del Código Penal (1).

En respuesta al cuestionamiento formulado por la defensa sobre la validez de las denuncias efectuadas por la víctima ante la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha interpretado esta Sala que “si tanto en doctrina como jurisprudencia se ha aceptado la denuncia anónima como un medio válido para el inicio de la investigación por parte de la autoridad competente (2), esto es, con mero sustento en una comunicación formulada por alguien de identidad desconocida, con más razón constituye base para

el comienzo de la instrucción la presentación realizada por una persona claramente individualizada ante una oficina pública integrante del Poder Judicial de la Nación” (3).

Aún zanjada la cuestión con lo que hasta aquí se lleva dicho, debe también repararse en que el artículo 72 del Código Penal en su último párrafo establece la posibilidad de que el fiscal actúe de oficio “cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre algunos de estos y el menor”, hipótesis que podría resultar de aplicación al caso (4).

Si bien aquí las víctimas del hecho no fueron los menores sino su madre, no debe olvidarse que las agresiones denunciadas se habrían producido en presencia de dos de los hijos de (...), de un año y un mes de edad respectivamente “(fs. ...)”.

Por otra parte, la descripción efectuada por (...) acerca de cómo se desarrolló el suceso que motivó la formación de este legajo, da cuenta de que nos encontramos frente a un acontecimiento ocurrido en un único contexto. De hecho, el juez de grado hizo concursar los tipos penales asignados de manera ideal, conforme las pautas del artículo 54 del Código Penal.

Véase entonces que en definitiva uno de los tipos penales en que se ha encuadrado ese único episodio –amenazas coactivas– corresponde a un delito de acción pública, no dependiente de instancia privada, como el caso de las lesiones leves. Por tanto, la formación de estas actuaciones por un único acontecimiento y en orden al cual una de las posibles calificaciones legales no demanda de impulso de particular, lleva a descartar el planteo que se formula (5).

Por todo ello se RESUELVE: CONFIRMAR el pronunciamiento de (fs. ...), en cuanto fue materia de recurso. (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala IV, Palazzo, González, Seijas. (Sec.: Fuertes). c. 17760/13, S. C., B. Rta.: 19/05/2014.

Se citó: (1) C. N. Crim. y Correc., Sala IV, c. 5680/10 “G.”, rta. 6/5/2014. (2) Navarro, Guillermo Rafael y Daray, Roberto Raúl, “Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, 2010, t. II, pág. 50; C.N.C.P., Sala III, c. 11.685 “B., W.”, rta. 29/4/2010; Sala I, registro n° 8.349 “D. G. S.”, rta. 2/12/2002; Sala III, registro n° 4.778 “T., W. M.”, rta. 8/3/2002. (3) C. N. Crim. y Correc., Sala IV, c. 1849/12 “C.”, rta. 27/11/2012. (4) C. N. Crim. y Correc., Sala

IV, c. 38842/12 “L.”, rta. 18/3/2013. (5) C. N. Crim. y Correc., Sala IV, c. 47828/13 “R.”, rta. 7/3/2014.

Excepción de Falta de Acción. Rechazada. Lesiones leves. Denuncia que fue legalmente instada al momento de concurrir la damnificada tanto ante la Comisaría como ante la OVD de la CSJN Retracción posterior irrelevante. Confirmación.

Fallo: (...) IV-) De la falta de acción del evento del 28/10/11: Si bien (...) expresó a fs. (...) que desistía de la acción penal, no debe soslayarse que al radicar la denuncia ante la Seccional (...) de la Policía Federal (...) y en la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (...) la impulsó, lo que es suficiente para habilitar la jurisdicción en los términos del artículo 72 inciso 2 del Código Penal.

Además, los profesionales que confeccionaron el informe interdisciplinario de riesgo notaron en la damnificada características propias de una mujer víctima de violencia en la pareja: “naturalización y adaptación por parte de la víctima respecto de la violencia psicológica, situaciones de control, acoso y amedrentamiento constante...” (...).

Por ello, y por los argumentos esgrimidos por esta Sala, en la causa N° 415, “M., D.”, rta: 10/5/12, donde se citó N° 43.135 “S., J.” del 1/3/12 y la N° 40.408, “Ch. Q., I. J.” del rta.:15/11/10, a los cuales nos remitimos en honor a la brevedad, se homologará el punto apelado, ya que excitada legalmente la acción penal su posterior retractación no es relevante.

(...) Así las cosas, este Tribunal RESUELVE: Confirmar los puntos I, II y III del auto de fs. (...), en todo cuanto fueran materia de recurso. (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala VI, Filozof, Pinto. (Sec.: Oberlander). c. 7.783/13, S. V., D. S. Rta.: 30/07/2013.

Se citó: (1) C.N.C.P., Sala I, reg. 10789. 1, “García, Carlos”, rta.: 7/8/2007; Sala II, reg. 16363, “Ontiveros, Javier Maximiliano”, rta.: 3/5/2010; Sala III, reg. 1465.06.3, “Ostrowiecki, Guido”, rta.: 30/11/ 2006 y Sala IV, reg. 7958.4, “Lemos, Patricia”, rta.: 26/10/2006.

Excepción de Falta de Acción. Rechazada. Víctima que no instó la acción penal al exponer los hechos en la Oficina de Violencia Doméstica. Fiscal que entiende que se ve afectado el interés público. Defensa que recurre. Obligación del Estado asumida internacionalmente. Víctima que padece el “síndrome de indefensión aprehendida.” Análisis de los extremos referidos en la Convención “Belem Do Pará”. Confirmación. Disidencia: Alcance del vocablo “razones de seguridad o interés público”. Actuaciones en donde no hubo una instancia de acción penal inicial. Revocación.

Fallo: Recurso de apelación interpuesto por la defensa de (...), contra los puntos (...) que resolvió rechazar la excepción de falta de acción promovida por (...) quien denunció ante la Oficina de Violencia Doméstica que (...) la habría tomado de los brazos y empujado al suelo con las manos hacia atrás, provocándole lesiones.(...)...Los argumentos del recurrente versan sobre el arrepentimiento de la víctima en relación al avance del proceso, lo cierto es que no instó la acción al exponer los hechos en la dependencia de la Corte Suprema. No obstante, (...) el Fiscal analizó la situación (...) concluyendo en la valoración de un riesgo -altísimo- de la víctima (...) entendiendo que se veía afectado el interés público, por lo que mantuvo vigente el ejercicio de la acción (...).

El Juez Julio Marcelo Lucini dijo: El Fiscal correccional dedujo que debido a que el informe interdisciplinario elaborado (...) determinaba que el riesgo para la víctima era altísimo, se veía afectado el interés público y tal extremo permitía mantener vigente el ejercicio de la acción penal, aun sin la instancia de parte, conforme lo dispone excepcionalmente el artículo 72 del Código Penal.

(...) Meses después de ese dictamen, la damnificada se presentó ante la Defensoría Oficial interviniente haciendo saber que la causa se inició debido a una situación familiar sumamente conflictiva por la que atravesaba con su pareja, la cual fue definitivamente superada en la actualidad.

Allí se dejó asentado también que “al momento de realizar la denuncia no había tomado conciencia del significado de instar la acción y cuan perjudicial resultaría para su entorno familiar, por lo que en los términos del artículo 16 inc. d) de la Ley N° 24685 manifiesta en forma libre y voluntaria su deseo de no continuar con el trámite de la causa”. (...)

La hipótesis que abordamos es distinta a aquellos casos en los que la víctima pretende desistir de una acción ya promovida, supuestos en que ya me he expedido acerca de la improcedencia del “arrepentimiento”, pues este sólo es relevante en los delitos de acción privada, que dependen exclusivamente del impulso de un acusador particular (art. 73 Código Penal).

(...) Sin embargo, como ya quedara reseñado, (...) nunca instó la acción penal en este legajo, por lo que otros son los interrogantes que deben despejarse. (...) El primero radica en interpretar el alcance que debe darse a la expresión “razones de seguridad o interés público” al que se refiere la última parte del inciso 2° del artículo 72 del Código Penal.

(...) Recientemente esta Sala ha sostenido (1), que “...El concepto de seguridad pública ha sido explicado por la doctrina como sinónimo de “seguridad común” o, en su sentido más amplio, como “resguardo o protección de la colectividad... en tanto esas lesiones hayan de algún modo vulnerado los bienes antedichos, trascendiendo el interés individual y poniendo en riesgo concreto o comprometiendo un bien útil o necesario para la comunidad, corresponde actuar oficiosamente” (2)...

(...). La Ley de Protección Integral a las Mujeres define su objeto en promover y garantizar el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia, las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicarla, el desarrollo de políticas públicas para el abordaje de este tema, el acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia y su asistencia integral.

Luego el artículo 3° inc. k dispone que también se asegura “un trato respetuoso de las mujeres que padecen violencia, evitando toda conducta, acto u omisión que produzca revictimización”, lo que encuentra correlato en el inciso f del artículo 7°, que señala como principio rector: “el respeto del derecho a la confidencialidad y a la intimidad, prohibiéndose la reproducción para uso particular o difusión pública de la información relacionada con situaciones de violencia contra la mujer, sin autorización de quien la padece”.

(...) Entiendo que las expresiones utilizadas a lo largo del desarrollo de la norma, tales como “promover, garantizar, impulsar, fomentar”, justamente sugieren que la obligación del Estado nace recién ante el pedido de la damnificada de acceder a la justicia. (...) La irrupción del Estado con su pretensión punitiva no es prioritaria si la víctima expresamente

no la solicita, salvo que las características de la situación permitan inferir que su determinación se ve afectada y no es libre (...)

Potencialmente se vislumbra un riesgo que afecta su integridad psíquica o física y así se ve excedido el marco de intimidad en que se veía protegida y autoriza, que en garantía de “un interés público” que la involucra la acción pueda ser ejercida de manera oficiosa.

(...) Si no se verifica una situación particularmente grave que afecte -aun mínimamente- esa determinación debe respetarse la libertad que la víctima tiene en adoptar la vía penal -como última ratio- para solucionar el conflicto que denuncia a la autoridad.

(...) En este supuesto la damnificada debidamente instruida “no instó la acción”, es decir que hizo reserva de ello hasta considerarlo oportuno, criterio que mantuvo en el tiempo y que no puede luego ser equiparado con un desistimiento.

Debe aceptarse entonces, en el marco de libertad que prevalece en toda decisión que la víctima tiene derecho a entender que el derecho penal se presenta como una opción más a la que tiene derecho a acudir y que se la podría suplir cuando la gravedad del caso lo justifique (...).

En síntesis, opino que la instancia de la acción es necesaria en todos los casos de violencia doméstica, salvo aquellos que justificadamente evidencien razones para que el representante del Ministerio Público supla tal voluntad.

Una vez promovida la acción por el ofendido, el delito pasa a ser de acción pública y, por lo tanto, el desistimiento que aquel posteriormente pretendiera efectuar sólo puede incidir en la ponderación de los elementos de cargo y el descargo del imputado, mas no en su renuncia. (...) De acuerdo a tales conclusiones, voto por: Revocar la decisión en examen (...).

El Dr. Mario Filozof dijo: El artículo 72 del Código Penal establece que en el caso de las lesiones leves, sean dolosas o culposas, se podrá proceder de oficio cuando mediaren razones de seguridad o de interés público.

(...) La doctrina señala que “...el ‘interés público’ es asimilado al ‘interés jurídico del Estado’, es decir que se procura proteger las instituciones creadas por la Constitución y las leyes, que trascienden el interés individual y ponen en riesgo concreto o comprometen un bien útil o necesario para la comunidad”, siendo ello lo que habilita al Estado a promover la acción sin consultar la voluntad de la víctima”. (2)

(...). De momento y en el caso concreto existe ese interés público que habilita al Ministerio Público a actuar sin que se haya instado la acción.

(...) Respecto al caso concreto, debe ponderarse que los profesionales que entrevistaron a (...) concluyeron en que “se encuentra entrapada en una situación de violencia familiar y (...) se evalúa su situación y la de sus hijos como de altísimo riesgo, presenta una alta naturalización y adaptación respecto de la violencia”.

Además, puntualizaron que sus hijos son maltratados con la exposición a la violencia física, económica y emocional.

(...) Entonces, se ha tomado en cuenta la opinión de (...), pero valorada conforme cánones científicos por ende, existe en lo supuestamente acontecido el interés público, lo cual no implica una suerte de pretensión vindicativa cuando el titular de la acción pública sólo pretende avanzar en este estadio procesal y esto no se contradice con las medidas de prueba reclamadas por el esmerado defensor lo que puede plasmarse en el principal de considerarse necesario.

(...) No me encuentro en condiciones de sostener, se está en presencia de una innecesaria judicialización ya que se ha demostrado en infinidad de ocasiones como la “víctima” no es “libre” por cómo la afectan este tipo de acontecimientos.

(...) Cabe recordar algunos párrafos del Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “(3)” del 23 de abril de 2013 (cuya doctrina es obligatoria para los tribunales inferiores) lo que tal vez permita aportar algún esclarecimiento: “... la principal consecuencia de su concesión es la de suspender la realización del debate.

Posteriormente, en caso de cumplir el imputado con las exigencias que impone la norma durante el tiempo de suspensión fijado por el tribunal correspondiente, la posibilidad de desarrollarlo se cancela definitivamente al extinguirse la acción penal a su respecto (cfr. artículo 76 bis y artículo 76 ter. del citado ordenamiento)...”

“... desatiende el contexto del artículo en el que ha sido incluido el compromiso del Estado de sancionar esta clase de hechos, contrariando así las pautas de interpretación del artículo 31, inciso primero, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“Regla general de interpretación”. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”).

Esto resulta así pues, conforme a la exégesis que fundamenta la resolución cuestionada, la mencionada obligación convencional queda absolutamente aislada del resto de los deberes particulares asignados a los Estados parte en pos del cumplimiento de las finalidades generales propuestas en la “Convención de Belem do Pará”, a saber: prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra la mujer (cfr. artículo 7, primer párrafo).

Así, en base a la ley referida, la Convención conocida como de “Belem Do Pará” en su afirmación introductoria y los artículos 3, 4, 5, 7 (especialmente inciso f) y 13, entre otros, vienen para mí a darle a estos sucesos el alcance del interés público previsto en el ordenamiento sustantivo (art. 72 inc. 2 del Código Penal). (...) Por lo expuesto, mi propuesta se enmarca en: Homologar el decisorio examinado (...).

El Dr. Ricardo Matías Pinto dijo: (...) Si bien el planteo inicial versaba sobre el presunto desconocimiento de la denunciante respecto de los alcances de “instar la acción penal”, en la audiencia la defensa lo modificó parcialmente dándole un nuevo enfoque.

Así, sostuvo que en rigor la acción no fue instada y que el dictamen mediante el cual el Fiscal afirmó la existencia de una afectación a la seguridad pública es arbitrario, precisando además que no ha mediado siquiera una entrevista con la damnificada que sirva de razón suficiente para ello. (...)

La denunciante relató episodios que tienen entidad para constituir los delitos de lesiones leves y amenazas por lo cual el Sr. Fiscal Convencional efectuó el debido requerimiento postulando la incompetencia, y a su vez el Fiscal Correccional describió las conductas investigadas considerando que podrían constituir los delitos de lesiones leves.

(...) Como primera cuestión debe tenerse en cuenta que de no instar la acción penal la víctima, como en el caso respecto del delito dependiente de instancia privada, debe preservarse su voluntad para privilegiar la autonomía ética personal y el derecho a privilegiar su intimidad.

En este aspecto el análisis que cabe efectuar de la razonabilidad y proporcionalidad del impulso de la acción pública por existir interés público por parte del Sr. Fiscal sólo cabe respecto del delito de lesiones leves que es dependiente de instancia privada, y que el Ministerio Público puede proporcionar su pesquisa en caso de encontrarse conmovido el interés o seguridad pública (art. 72, inciso 2 del Código Penal).

(...) De la descripción de esta conducta en el dictamen se advierte que la conducta abarca agresiones verbales tales como haber tomado de los brazos, empujado y arrojado al suelo a la víctima causándole lesiones.

A su vez, también se le reprocha que en ese contexto se habría acercado a (...) mientras picaba hielo con un cuchillo, y le dijo “matame” “me voy a matar yo solo”, para luego expresar frases tales como “que venga alguien a decirme algo, vas a ver como lo voy a sacar”.

Sin embargo esta descripción del dictamen fiscal no concuerda en forma precisa con la denuncia (...) en la cual se advierte que la denunciante expuso que el día 21 de noviembre de 2012 el imputado la habría agarrado de su brazo, empujado y lesionado, y que en ese contexto la habría amedrentado expresándole que tome sus pertenencias y se retire (...)

La entidad de estas frases no permiten descartar en forma nítida que hubieran sido amedrentantes con entidad para afectar la libertad personal de la damnificada, y a su vez la forma poco clara y precisa de la defectuosa redacción del acta confeccionada por la O.V.D. afecta la posibilidad de comprender cuáles son los hechos a investigar.

(...) Por estos motivos, al no quedar claro si existe un concurso real o ideal entre el delito de acción pública, las amenazas, y el de lesiones leves que depende de instancia privada no es posible expedirse en forma definitiva (...) es indispensable que se amplíe el testimonio de la víctima para aclarar esta cuestión y poder definir el planteo en relación al delito que depende de instancia privada. (...)

El Tribunal RESUELVE: Confirmar el punto que rechaza la excepción por falta de acción y revocar el punto que impone las costas a la defensa (...)

C. N. Crim. y Correc., Sala VI, Filozof, Lucini (en disidencia), Pinto. (Prosec. Cám.: Gallo). c. 58017935/12, B., C. M. Rta.: 20/08/2013.

Se citó: (1) C. N. Crim. y Correc., Sala VI, causa 1601/12, C. C., O.H., 15/11/12, (2) Baigún, David - Zaffaroni, Raúl “Código Penal y Normas Complementarias”, Tomo 2B, pág. 394 y ss., 2da. Edición, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2007), (3) CSJN, G., G. A., c.: 14092, 23/04/2013.

Excepción de Falta de Acción. Rechazada. Lesiones leves. Instancia de la acción penal por parte de la víctima. Examen médico. Posterior manifestación de desinterés de continuar con el trámite. Acción instada debidamente. Potestad del Estado de seguir adelante a pesar del desistimiento posterior de la víctima. Confirmación.

Fallo: (...) Convoca a la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el auto documentado (...), en cuanto no se hizo lugar a la excepción de falta de acción.

Al respecto, advierte el Tribunal que conforme a las previsiones del artículo 72 del Código Penal, el 6 de mayo de 2012 (...) manifestó expresamente su deseo de instar la acción penal por el delito de lesiones leves ante la seccional preventora (...), al día siguiente se presentó en la División Medicina Legal para que se constataran sus lesiones (...) y el 8 de mayo de 2012 concurrió a la Oficina de Violencia Doméstica, donde se hizo constar que le explicaron “las previsiones establecidas en el artículo 72 del Código Penal” (...), ocasión en la que relató ampliamente la agresión sufrida (...).

En esta última oportunidad, además, se prestó al examen médico documentado (...).

Así, el supuesto desinterés en continuar el trámite de la causa que se consigna en el escrito que habría suscripto la damnificada (...) de los autos principales -aparece agregado inmediatamente antes de la declaración indagatoria del imputado (...)-, en nada modifica el curso de la pesquisa encaminada por la fiscalía, ya que una vez expresada la voluntad de instar la acción, la persecución penal escapa a las facultades de la denunciante.

Ello, en tanto en los delitos dependientes de instancia privada, aunque condicionado el inicio al acto de la instancia del agraviado, se verifican las características de la acción pública, que responde a los principios de legalidad procesal, indivisibilidad e irrevocabilidad, por lo que resulta indisponible para su promotor.

En consecuencia, esta Sala del Tribunal RESUELVE: CONFIRMAR el auto documentado (...) de este incidente, en cuanto fuera materia de recurso.

C. N. Crim. y Correc., Sala VII, Cicciaro, Divito, Scotto. (Sec.: Sánchez). c. 560.031.150/12, M., D. S. Rta.: 11/10/2013.

Leves en concurso ideal con amenazas. Procesamiento. Hecho de violencia doméstica. Damnificada que instó inicialmente la acción pero más tarde presentó un escrito refiriendo su deseo de que finalizaran las actuaciones. Informe de la Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN que considera que la situación de la víctima es de “altísimo riesgo”. Acción instada debidamente. Confirmación.

Fallo: (...) La imputación dirigida contra el nombrado por (...) ante la seccional (...) de la Policía Federal Argentina y en la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (...) resulta avallada por el informe social de situación de riesgo (...) y por el peritaje que constató la lesión sufrida por la damnificada en donde refiere (...).

Lo expuesto debe meritarse en consonancia con las pautas establecidas en la Ley N° 26485 de Protección Integral de las Mujeres, que ha reconocido como garantía de ellas la amplitud probatoria en el procedimiento, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia.

En referencia a la tipificación de la frase proferida “quiero que se vayan a la mierda los dos, vos y ese pendejo, pendeja de mierda, me tienen cansado vos, él, andate a la mierda, te voy a matar”, el contexto en que fueron vertidas verifica que “el mal anunciado” ha generado una afectación concreta al bien jurídico protegido por la norma, pues el ámbito de libertad y autodeterminación de la nombrada se habría visto vulnerado ante las expresiones de (...). Dicha situación se evidencia a fs. (...) donde la damnificada solicita ser acompañada por personal policial a su domicilio por temor a que le suceda algo debido a que, mediante un mensaje de texto que refiere haber recibido del celular del imputado, este le indicó que había cambiado la cerradura (...).

Posteriormente, fue acompañada a la vivienda de donde retiró prendas de vestir y efectos personales con el fin de pernoctar junto con su hijo en la casa de un compañero del colegio del menor (...).

En referencia al agravio de la defensa en cuanto a que la opinión de la damnificada no ha sido tenida en cuenta a raíz del escrito presentado a fs. (...) donde manifiesta su deseo de que finalicen las actuaciones, cabe recordar que se presentó en la seccional policial a fin de denunciar los hechos que aquí se investigan y fue informada de los alcances

de instar la acción penal, de lo cual expresó su conformidad (...) y la reiteró en la Oficina de Violencia Doméstica (...).

En cuanto a que la magistrada de la instancia anterior omitió considerar el artículo 16, inciso d, de la Ley N° 26485, el mismo debe ser evaluado armónicamente, en su conjunto y a través de las normativas constitucionales. Tal inciso no hace referencia específica a la instancia de la acción, sino al abordaje de la compleja situación multidimensional por la que atraviesa la víctima y su grupo familiar.

En ese sentido si bien es cierto que a fs. (...) (...) minimizó la imputación con la intención de que no se continúe con la investigación, no se puede pasar por alto lo informado por el equipo interdisciplinario de situación de riesgo que además de calificar el contexto como de “altísimo riesgo” destacó “marcadas características de sometimiento así como también una minimización y justificación de los hechos, relatados en forma tal que denotarían la naturalización de la violencia sufrida. Se evidenció una autoestima altamente deteriorada” (...).

Por lo expuesto, el Tribunal RESUELVE: CONFIRMAR el punto I del auto de fs. (...) en todo cuanto fue materia de recurso. (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala VI, Lucini, Pociello Argerich. (Prosec. Cám.: Asturias). c. 610051631/12, C., P. A. Rta.: 05/09/2013.

Leves. Procesamiento. Defensa que alega legítima defensa. Imputado que reacciona golpeando al conductor de un vehículo por haber cruzado la calle cuando el semáforo estaba en rojo. Desproporción entre el medio empleado y el bien jurídico protegido. Rechazo. Confirmación.

Fallo: (...) Más allá de la necesidad de ampliar en sede judicial los dichos vertidos ante la prevención y colectar el testimonio de (...), tanto la materialidad del hecho como la intervención culpable del imputado en su comisión se encuentran acreditadas con las declaraciones de (...) (fs. ...) y (...) (fs. ...) y con los informes médicos que reflejan la existencia de una equimosis en el pómulo derecho del damnificado (fs. ...) así como de otra en el nudillo de uno de los dedos de la mano derecha del imputado (fs. ...), lesiones que resultan compatibles con la mecánica del suceso descripta por la víctima.

De otro lado, si bien la instrucción se encuentra habilitada para convocar a los testigos (...) propuestos por la defensa (fs. ...) -al igual

que también para requerir la obtención de la filmación de lo ocurrido en el lugar del hecho- debe señalarse en el caso de los dos primeros, (...), que no fueron identificados por la prevención en el lugar del hecho, como sí en cambio lo fue (...), sus domicilios no se encuentran próximos a ese sitio y recién fueron aportados a la causa tres meses después de su inicio.

Dicho esto, el planteo de la defensa enderezado a enmarcar la situación en la causal de justificación contemplada en el artículo 34, inciso 6, del Código Penal, no puede ser atendido.

Véase que la prueba reunida en la causa en modo alguno exhibe que el imputado o las personas que viajaban en su camioneta junto a él hayan sido objeto de una agresión por parte del querellante que pudiera haber tornado necesaria una defensa.

Por el contrario, tanto de los dichos de (...) como de los de (...) se desprende que la cuestión se limitó a una discusión en la vía pública por cuestiones propias del tránsito vehicular, comenzada por el encausado, quien responsabilizó a (...) de haber efectuado un cruce de calles con la luz del semáforo en rojo.

La discusión iniciada en ese contexto, que no fue acompañada de una agresión actual o al menos inminente como pretende la parte, no puede de manera alguna ser considerada un ataque que justificara la posterior conducta violenta del imputado.

Cabe añadir, por otro lado, que los insultos que el querellante le habría propinado al prevenido, conforme su versión de lo ocurrido, aun cuando pudieran eventualmente implicar una afrenta a su honor, no trascendieron el plano verbal, en tanto no existió de su parte una agresión física.

Tiene dicho el tribunal que “La necesidad de defensa o, lo que es lo mismo, la oportunidad en que ella puede ejercerse, reclama no sólo la existencia de una agresión actual o inminente sino también la racionalidad del medio empleado para impedirla o repelerla, cuyo análisis no puede prescindir de la ponderación de la magnitud del peligro que corre el bien jurídico que se intenta defender y de la posibilidad de evitarlo por otros medios menos lesivos.”

Al respecto, la doctrina enseña que “...la necesidad en la justificación... supone oportunidad del empleo de la defensa; imposibilidad de usar otros medios menos drásticos; inevitabilidad del peligro por

otros recursos, pero todo ello en directa relación y subordinación al peligro que nos amenaza, a la entidad del bien jurídico amenazado y a la figura típica que surge de la reacción...” (1) (2).

De lo expuesto, se colige la desproporción entre el medio empleado para ejercer la defensa y el bien jurídico que habría pretendido salvaguardar (...), pues no es posible concebir ajustada a derecho una conducta que acuda a un medio lesivo de tal magnitud como es un ataque físico para replicar una supuesta afectación al honor.

En tales condiciones, el tribunal RESUELVE: CONFIRMAR el punto (...) del auto de fs. (...) en cuanto fuera materia de recurso. (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala IV, González, Seijas. (Prosec. Cám.: Fuertes). c. 550.073.244/13, (...). Rta.: 31/07/2013.

Se citó: (1) Código Penal Comentado y Anotado, dirigido por Andrés José D'Alessio y coordinado por Mauro A. Divito, comentario al Art. 34 del C.P., pág. 392, tomo I, edición marzo de 2007, con cita de Jiménez de Asúa. (2) C. N. Crim. y Correc., Sala IV, c. 32/12 “Orella”, rta. 29/2/2012.

Leves. Sobreseimiento. Conducta imputada que no puede ser catalogada dentro del poder correctivo que la ley civil acuerda al progenitor que goza de la patria potestad. Lesiones acreditadas. Exceso. Convención sobre los Derechos del Niño. Revocación. Procesamiento.

Fallo: (...) Asiste razón al acusador público en cuanto a que no puede admitirse que la conducta de (...) hubiera estado comprendida en el derecho de corrección que poseen los padres sobre los hijos (art. 278 del Código Civil).

Al respecto este tribunal ha dicho que “La potestad de aquellos en cuanto al derecho referido no resulta absoluta, sino que debe ajustarse a los límites justos, necesarios y razonables en el caso concreto, teniendo asimismo en consideración las características del niño. Debe ponderarse del mismo modo el estado de indefensión del menor, quien en su relación con los adultos se encuentra subordinado a los mandatos impuestos”.

Y también que: “Si bien no se considera acertada la criminalización de las relaciones familiares, puesto que tiende a profundizar los conflictos surgidos dentro del seno familiar, la indelegable función del Estado de salvaguarda de la integridad tanto física como psíquica del menor, torna necesaria su intervención en aras de resguardar los derechos de

aquel consagrados por la Carta Magna, y por los demás instrumentos internacionales incorporados en función del artículo 75, inciso 22, específicamente en cuanto se refiere a la Convención sobre los Derechos del Niño. Debe señalarse que una de las formas por la cual se avasalla los derechos del niño, resulta el ejercicio irracional de violencia física sobre aquel mientras se encuentra bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo (art. 19.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño)” (1).

En tal sentido, el plexo probatorio incorporado a la causa permite demostrar que (...) le provocó lesiones a su hija (...). Al respecto, se valora el informe médico legal de fs. (...), del cual surge que al momento del examen la menor presentaba “...múltiples excoriaciones en el brazo izquierdo y antebrazo izquierdo, una herida contusa cortante en el hombro izquierdo... y ...una herida (excoriación) en el abdomen...”. Asimismo, se dejó constancia que en dicha circunstancia la niña refirió que “las lesiones se las hizo su mamá...”.

De igual modo, (...), licenciada en trabajo social de la Brigada Móvil de Atención a Víctimas de Violencia Sexual, explicó que al momento de la revisión de la menor, los profesionales observaron “marcas” en su cuerpo y que al ser preguntada acerca de ellas, la damnificada refirió que “...me pegó mi mamá con el cinto” (fs. ...).

A ello se suma la historia clínica de la menor, quien fue atendida en el Hospital “Dr. I. Pirovano”, el dictamen realizado por el Cuerpo Médico Forense que corrobora las lesiones sufridas por la víctima y sus fotografías (fs. ...).

En el examen realizado en los términos del artículo 250 bis a la niña, relató que “...ella me pegó, acá me pegó, estaba medio mal mi mamá...” y “...yo le dije eso a mi mamá porque me pegó acá...”. La Licenciada en Psicología (...) concluyó que tales expresiones presentan “...adecuación contextual... su testimonio es espontáneo, con estructura lógica... y aportando suficiente cantidad de detalles específicos...” (fs. ...).

En tales antecedentes, no habrá de darse andamio al agravio de la defensa relativo a la ausencia del dolo que exige la figura prevista en el artículo 89 del Código Penal, toda vez que la concreta conducta que desplegó la imputada al tomar un cinturón y agredir con ese elemento a su hija precisamente traduce la existencia del elemento subjetivo que se analiza y, por tanto, permite afirmarlo, sin que el supuesto estado

de nerviosismo que habría afectado a (...) pueda modificar la ponderación hasta aquí efectuada.

Por ello, corresponde revocar lo decidido por el a quo, ya que las pruebas incorporadas al sumario permiten acreditar prima facie la responsabilidad penal de (...) en el suceso que se investiga, que será calificado como constitutivo del delito de lesiones leves, sin perjuicio de que de la incorporación de la documentación que acredite el vínculo entre la menor y la imputada, eventualmente haga variar tal provisoria subsunción legal.

Por ello, el tribunal RESUELVE: REVOCAR el auto traído a estudio, y disponer el procesamiento de (...), de las demás condiciones personales consignadas en autos, en calidad de autora penalmente responsable del delito de lesiones leves (arts. 45 y 89 Código Penal y 306 del Código Procesal Penal de la Nación), debiendo el juez de grado disponer las medidas cautelares pertinentes. (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala IV, González, González Palazzo, Seijas. (Prosec. Cám.: Godnjavec). c. 730.081.849/12, G. A., G. M. Rta.: 12/07/2013.

Se citó: (1) C. N. Crim. y Correc., Sala IV, c. 1271/10 "P.M.J.", rta. 10/9/10.

Lesiones agravadas por haber producido una lesión permanente en el rostro. Procesamiento. Elementos de prueba que impiden determinar quien resultó ser el agresor y quien actuó en modo de defensa. Revocación. Sobreseimiento.

Fallo: (...) mediante el cual se dictó, en el punto dispositivo I, el procesamiento de su asistido por considerarlo, en principio, autor penalmente responsable del delito de lesiones calificadas, sin prisión preventiva dado su condición de menor de edad (...).

(...) II. Hecho. En concreto, se le atribuye a (...) el hecho acaecido el día 18 de noviembre del año 2012 alrededor de las 01:05 horas, en la Av. XXXXXX de esta ciudad, consistente en haber causado lesiones con deformación permanente del rostro y en el cuello a (...) con un elemento filo cortante (...).

Llegado el momento de resolver, (...) consideramos que merecen ser atendidos, por lo que el auto apelado será revocado. En ese sentido, se

debe destacar que la intervención del subinspector (...) en nada aporta al esclarecimiento de lo ocurrido en la ocasión toda vez que ha manifestado haber llegado al lugar de los hechos luego de que culminaran, (...), sin mencionar la presencia de ninguna otra persona que pudiera haber estado involucrada en la pelea, ni testigos de lo acontecido (...). Por su parte, (...) refirió que: "...pasaron por delante suyo un grupo numeroso de jóvenes, los que empezaron a molestarlo, insultarlo, sin razones, ya que el dicente nada les había hecho.(...) alguien le tira una piedra al dicente, la que logró esquivar, allí el declarante los miró, y es que ellos los tomaron como provocación, por lo que comenzaron a acercársele más con el fin evidente de pegarle, (...) y es allí cuando se le vino primero un joven de ese grupo que el dicente no conocía con ademán de pegarle una trompada.... inmediatamente fue rodeado sintiendo varios golpes en su cuerpo, cree que le pegaron varios del grupo"; mientras que (...) manifestó que: "...el día que sucedió la pelea el dicente salía de la matinée de un boliche que está (...) cuando escucharon que detrás de ellos también venían caminando dos chicos de más o menos su edad, siendo que uno de esos jóvenes le dice al dicente 'vení, vamos a pelear' (sic), (...) el dicente no le dio importancia al principio, pero ese joven siguió molestándolo y diciéndole cosas, por lo que el dicente se dio vuelta y se le acercó cara a cara, siendo que imprevistamente ese joven le cortó la cara y el cuello con un elemento que no llegó a ver, pero al principio no le dio mucha importancia a la lesión y atinó a defenderse intentando darle un golpe de puño al agresor, cosa que no lo logró hacer ya que este lo esquivó y se alejó del lugar hacia el lado contrario de donde venían caminando, permaneciendo el dicente en el mismo lugar ya que comenzó a sangrar de la herida que le provocó. Pero aparentemente el joven que lo agredió fue rodeado por un grupo de otros jóvenes que el dicente no conoce, los que venían más atrás y al ver como el dicente fue agredido salieron en su defensa y le pegaron al joven que lo agredió al dicente. Que cuando vino la policía el grupo que lo agredió se dispersó, quedando solamente tendidos en el piso el dicente que estaba mareado y esperaba a la ambulancia y el otro joven que lo agredió. Reitera que el dicente no llegó a pegarle al joven que le provocó lesiones".

En definitiva, únicamente contamos con las versiones contrapuestas de los involucrados, las que no han podido ser corroboradas con ninguna otra prueba, por lo que entendemos que nos encontramos

ante una situación de dichos contra dichos, ello sin perjuicio de haberse constatado lesiones en ambas partes. (...).

Por otro lado, como ya mencionáramos, tampoco existen testigos presenciales que permitan arrojar luz a lo sucedido, por lo cual resulta imposible precisar quién comenzó la agresión.

(...) el Tribunal RESUELVE: (...) II. REVOCAR el punto dispositivo I de la resolución de (...) y DICTAR el SOBRESEIMIENTO de (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala I, Rimondi, Bunge Campos. (Sec.: Sosa). c. 45064/12, G. R., L. H. Rta.: 24/09/2013

**Leves. Dolosas. Procesamiento. Hechos de violencia doméstica. Su-
ficiencia de los dichos de la víctima. Lesiones acreditadas y visibles
al personal policial al momento de la denuncia. Necesidad de evaluar
los elementos de prueba sobre la base del estándar amplio y contex-
tualizado referido por la Ley N° 26485. Acción debidamente impulsada.
Desistimiento posterior de la acción: rechazo. Confirmación.**

Fallo: (...) Cobra especial trascendencia el relato ofrecido por (...) ante las autoridades policiales apenas unas horas después de acaecido el episodio, oportunidad en la que detalló las circunstancias en que el imputado la agredió aplicándole golpes de puño (fs. ...) y provocándole "...equimosis y excoriación en frente lateral izquierda, equimosis en mentón región central, equimosis en espalda región media lateral izquierda...", que por sus características, ubicación, modo y tiempo de producción resultan compatibles con la dinámica del suceso denunciado, sin perjuicio de que también se hubieran verificado lesiones en otras zonas, más allá de las indicadas inicialmente por la damnificada (fs. ...).

Frente a ello, el reproche encuentra respaldo suficiente para esta etapa del proceso, máxime teniendo en consideración que el encausado admitió haber mantenido una discusión con la víctima (fs. ...).

El agravio de la defensa en torno a la ausencia de elementos que permitan verificar la existencia del hecho investigado no puede ser atendido, máxime cuando su naturaleza se vincula a figuras delictivas de una exigencia probatoria menor que las inherentes a otras del catálogo sustantivo, desde que los hechos se desarrollan en la intimidad y sin testigos presenciales (1).

En esta línea, el art. 16 de la Ley N° 26485 de Protección Integral a las Mujeres en su inciso i) dispone que “los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la Nación Argentina, la presente ley y las leyes que en consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos”.

Por último, si bien en la presentación de fs. (...) la damnificada manifestó que era su deseo desistir del derecho y de la acción, dado que “...la relación se encuentra en muy buenas condiciones y la convivencia entre los miembros familiares es armoniosa...”, lo cierto es que en ocasión de declarar en sede policial expresó su voluntad de promover la acción penal (fs. ...), de manera tal que fue superado el requisito exigido en el artículo 72 del Código Penal.

En consecuencia, y sin perjuicio de que deban ampliarse en sede judicial los dichos reunidos ante la prevención, se RESUELVE: CONFIRMAR el pronunciamiento de fs. (...) punto (...), en cuanto fue materia de recurso. (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala IV, González Palazzo, Seijas. (Prosec. Cám.: Fuertes). c. 4.684/13, C., S. A. Rta.: 17/10/2013.

Se citó: (1) C. N. Crim. y Correc., Sala IV, c. 35618/13, “Santacruz Ferreira”, rta. 9/10/2013.

Leves en concurso ideal con amenazas. Procesamiento. Hechos de violencia doméstica. Discusión de pareja a resultados de la cual la denunciante habría resultado lesionada. Falta de precisión en los dichos de la damnificada. Necesidad de llevar a cabo medidas de prueba. Revocación. Falta de mérito.

Fallo: (...) Si bien no se encuentra controvertido que el 24 de octubre de 2012 la denunciante y el imputado mantuvieron una discusión en el interior del domicilio común sito en (...), las constancias adunadas al sumario no permiten, de momento, tener por acreditada la responsabilidad de (...) en el hecho lesivo.

Ello así, pues el prevenido remarcó en su descargo que en ningún momento tuvo la intención de lastimar a la víctima, explicando que debido a que esta lo estaba golpeando levantó su brazo para cubrirse y “...con el codo le pegué en alguna parte de la cara” (cfr. fs. ...). Tal versión se compeadece con lo manifestado por la propia (...) al afirmar que luego de haber consumido estupefacientes, ambos discutieron, forcejearon y “en un momento me dio un codazo en la nariz” (cfr. fs. ...).

La falta de precisiones en el relato de la nombrada aconseja ampliar sus dichos para lograr una descripción más detallada sobre las circunstancias en que habría sido golpeada por su pareja.

De igual modo, corresponde convocar a (...) a fin de determinar si el día del suceso escuchó algún tipo de amenaza proferida por el imputado a la denunciante, teniendo en cuenta que tal situación habría tenido lugar en horas de la noche y que aquel estaba presente allí (ver fs. ...).

Hasta tanto, el tribunal RESUELVE: Revocar el punto (...) del auto de fs. (...) y decretar la falta de mérito para procesar o sobreseer a (...) (artículo 309 del CPP). (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala IV, González, González Palazzo, Seijas. (Prosec. Cám.: Pereyra). c. 580.016.311/11, T, G. E. Rta.: 04/09/2013.

Sobreseimiento. Hecho en el que hubo una pelea entre la víctima y uno de los imputados y el coimputado no habría participado de las lesiones provocadas al damnificado. Autoría y participación. Ausencia de acuerdo previo y premeditación. Conducta atípica del coautor. Investigación donde quedó demostrada que no hubo aporte objetivo para producir el ilícito. Confirmación.

Fallo: (...) I. Inicialmente habremos de efectuar una reseña de los hechos que dieron origen a la formación de la causa, acaecidos el 21 de noviembre de 2012.

En esa línea, las constancias del expediente reflejan que en la fecha citada, alrededor de las 16:00, (...) se encontraba junto a su hermano (...) y la pareja de este (...), en la intersección de las calles (...) y (...) de esta ciudad, cuando habrían arribado al lugar los hermanos (...), en compañía de otras dos personas no identificadas. En ese contexto, (...) habría reclamado verbalmente a (...) por el ataque del que fuera víctima días antes un sujeto mencionado como “el chino” -que habita

el edificio de (...) de esta ciudad-, para luego agredirlo con un arma blanca, a consecuencia de lo cual (...) sufrió lesiones leves respecto de las que decidió no instar la acción penal (fs. ...).

Algunas horas más tarde, siendo aproximadamente las 21:00, los hermanos (...) habrían ingresado en la habitación que ocupa (...) en el inmueble sito en (...). Allí, (...) habría propinado al mencionado un golpe en la cabeza con un trozo de madera al tiempo que le refería “dale... salí, ya le abrí la panza a tu hermano, ahora te toca vos”. En tanto, (...) -quien, de acuerdo a lo manifestado por (...), llevaba un cuchillo en la mano-, le habría referido “le voy a abrir la panza a tu hermano” (fs. ...).

En ese momento, arribaron al edificio (...) y su hermana (...), golpeando el primero en forma insistente la puerta de entrada a la vez que exclamaba frases tales como “salgan... y ábranme a mí la panza” (fs. ...). Es dable destacar que, conforme surge de la declaración de fs. (...) y del acta de secuestro de fs. (...), (...) llevaba en sus manos una cadena recubierta en material tipo plástico de sesenta centímetros de longitud (ver imágenes de fs. ...).

Instantes después egresaron del interior los hermanos (...) y su mujer junto a otras personas, munidos de diversos elementos de ataque. Para ser más precisos, (...) advirtió que (...) y (...) llevaban cuchillos, en tanto que (...) mencionó que (...) poseía además un palo.

Ahora bien, a partir del cotejo de los testimonios del damnificado y de su hermana, es posible reconstruir la dinámica del enfrentamiento ocurrido: (...) se dirigió a (...) e intentó golpearla con un palo de madera, sin lograrlo. Inmediatamente, (...) se abalanzó hacia ella con su cuchillo, momento en el que (...) se acercó para impedirlo siendo golpeado en su cabeza con una botella que utilizó (...) y recibiendo en la zona baja de la espalda del lado izquierdo la puñalada que habría arrojado (...) a su hermana.

Fue entonces cuando el damnificado corrió al edificio ubicado en (...), siendo seguido por (...) y un grupo de personas. Los dichos del empleado de seguridad (...) permitieron establecer que (...) recibió una segunda puñalada -en la zona del esternón- que habría sido propinada por (...) cuando se hallaba en la entrada del inmueble mencionado (...).

(...) aclaró que (...) no estuvo presente durante este segundo tramo del hecho, ya que en forma previa había ingresado nuevamente a la casa de Saavedra.

En el sumario se dictó el procesamiento de (...) en orden al delito de homicidio simple en grado de tentativa en concurso real con lesiones leves -habiéndose elevado el sumario a juicio a su respecto- en tanto que el temperamento incriminatorio decidido con relación a (...) lo fue en orden a los delitos de lesiones leves en concurso real con robo -este último hecho con motivo de la acumulación de otro proceso- (ver fs. ... y certificación que antecede).

II. Al apelar el sobreseimiento de (...), y de acuerdo a la posición fijada al requerir la elevación a juicio con relación a (...), el representante del Ministerio Público Fiscal se agravió del temperamento adoptado por considerar que las lesiones que sufrió (...), en el contexto en que fueron producidas, configuraban el delito de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas en grado de tentativa.

Entiende el recurrente que medió en el caso un reparto de tareas y que (...) actuó junto a su hermano y a (...) sobre la base de un acuerdo común, que ya existía al momento en que egresaron de la finca con cuchillos y palos en sus manos. Explicó que los nombrados integraron un grupo de al menos tres personas que desde el tipo subjetivo se reunieron con el propósito de causar la muerte de (...) y que ello podía deducirse de las expresiones vertidas por estos (fs. ...).

Textualmente sostuvo que: “Debe ser materia de análisis y mérito las conductas de (...) al menos en aquella convergencia de voluntades que pudiera haber existido a la intención de dar muerte de (...) como también en aquella previa agresión en la que (...) golpeó con un palo en la cabeza a (...) en su habitación; cuando...tal agresión no sólo se conformó por parte de las tres personas que al unísono ingresaron armados a esa habitación sino que para el caso de (...) no es menor nuevamente destacar que era quien sostenía un arma filo cortante que (...) prometió usar a voz cantada para matar a otro, vociferación que era acompañada por la propia arenga del aquí sobreseído. Va de suyo que en relación al primer suceso aludido..., una vez que la víctima individualizó al autor de las puñaladas, la imputación formulada por V.S. alcanzó incluso a sus consortes de causa, ya que la forma de actuar -al enterarse que el hermano de dos sujetos que habrían lesionado se presentó en el inmueble... arengando a que lo lastimaran también a él, ante lo cual se muñeron de distintas armas (palos, cuchillos, etc.) y egresaron de la misma y se abalanzaron sobre el damnificado y sus

allegados...- permitiría extender a todos la responsabilidad derivada de los actos específicos de quien ejecutó por mano propia la conducta del verbo típico (en este caso el de intentar dar muerte), permitiendo la concreción del ilícito” (ver fs. ...).

En suma, se afirmó que el juez a quo parcializó el suceso y no ponderó en forma integrada las constancias de la causa.

III. La controversia, en los términos en que ha sido planteada, impone examinar el caso bajo las reglas de la coautoría y participación. En punto a ello, una primera aproximación a la problemática torna necesario referirnos, aunque someramente, a los conceptos jurídicos que permitan dar marco a la discusión.

Es sabido que, con frecuencia, concurren dos o más personas en la comisión de un hecho ilícito, con similares o diferentes roles. A este fenómeno la ley describe como “tomar parte” en el delito. El tenor de esa participación permitirá precisar la intervención asumida por cada quien en el suceso.

En este aspecto, la doctrina ha receptado ampliamente la teoría final objetiva como herramienta para distinguir entre el autor y el partícipe, sobre la base del dominio del hecho. Se dice que “autor es quien... retiene en sus manos el curso causal, [pudiendo] decidir sobre el sí y el cómo o -más brevemente dicho-, [sobre] la configuración central del acontecimiento” (1).

Ahora bien, en los casos de coautoría puede ocurrir que cada uno de los intervinientes realice la totalidad de la conducta típica, dando lugar a una coautoría concomitante. No obstante, también puede existir una coautoría por dominio funcional del hecho, debiendo constatarse un aspecto subjetivo (decisión común al hecho) y uno objetivo (ejecución de la decisión mediante división de trabajo).

En esta última hipótesis, la contribución a la ejecución es un presupuesto indispensable para la realización del resultado conforme al plan concreto. Entonces, es coautor quien hace un aporte que sea necesario para llevar adelante el hecho en la forma planeada (2).

IV. El objetivo de las normas jurídicas, y esencialmente el de las normas penales, es precisar la ambigüedad que caracteriza el mundo de los actos y delimitar el ámbito de lo prohibido/permitido. Si bien, en términos coloquiales, podría afirmarse que (...) no era ajeno al conflicto que se desarrolló el 21 de noviembre de 2012, esta apreciación

inicial debe ser sometida a una evaluación rigurosa bajo las reglas apuntadas en el acápite anterior. Se impone así la siguiente pregunta: la conducta que desplegó el imputado posee relevancia penal y, en su caso, de qué tipo.

Recapitemos. La fiscalía afirmó la responsabilidad de (...) como coautor del intento de homicidio de (...) por considerar que se encontraba en el escenario del hecho llevando consigo elementos de ataque y habiendo expresado en forma previa frases que daban cuenta de una intención de dar muerte a la víctima.

No coincide la Sala con esa valoración. Es que, si bien las circunstancias apuntadas podrían habilitar a sostener la concurrencia del primer elemento de la coautoría funcional, cual es, la decisión común al hecho, el cuadro fáctico plasmado no refleja una división de tareas ajustada a un plan homicida que hubiera sido acordado con anterioridad. Dicho extremo tampoco ha sido precisado por el recurrente.

Más allá de las expresiones que vertiera (...), las acciones desplegadas el día del hecho por cada uno de los intervinientes, lejos de reflejar una preordenación hacia un objetivo en común, se presentan como actos individuales de naturaleza diversa y que, por ende, merecen valoración individual desde el prisma legal.

Debe ser puesto de relieve que tanto (...) como los testigos no ubicaron a (...) en un rol de agresor hacia la persona del primero, como tampoco se indicó que hubiera prestado una colaboración concreta al accionar que desplegó su hermano.

Inclusive, (...) limitó el actuar de (...) al intento de agresión que emprendió en su contra con un palo de madera y en el que falló. Indicó, además, que luego que su hermano recibió el primer ataque, (...) ingresó al domicilio de Saavedra (fs. ...). En lo atinente al segundo tramo del hecho, (...) mencionó a un sólo autor de las lesiones producidas -(...)-, más allá de aludir a la presencia de otras personas que no identificó (fs. ...).

En estas condiciones, no se estima posible otorgar características de coautoría a lo que, en rigor, fue un emprendimiento de (...) y ejecutado de manera individual, no habiendo el aquí imputado intervenido de modo alguno en el hecho ajeno.

Por todo lo hasta aquí expuesto, considera el Tribunal que el temperamento liberatorio dictado resulta ajustado a derecho y a lo actuado en el legajo, de modo que habrá de recibir homologación.

En consecuencia, se RESUELVE: CONFIRMAR el punto (...) del auto de fs. (...) en cuanto fue materia de recurso. (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala IV, González, González Palazzo, Seijas. (Prosec. Cám.: Godnjavec). c. 45.737/12, (...) Rta.: 13/09/2013.

Se citó: (1) Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal. Parte General. Ediar, 2006, 608/611. (2) Rusconi, Maximiliano, Derecho Penal. Parte General. Ad Hoc, 2007, 1ra. ed., págs. 430 y 431.

Leves agravadas por el vínculo. Procesamiento. Hecho de violencia doméstica. Imputado que alega legítima defensa y la aplicación del principio de insignificancia. Rechazo. Confirmación.

Fallo: (...) II.- Compartimos el temperamento incriminante adoptado por el magistrado de grado.

(...) relató en la Oficina de Violencia Doméstica (...) que cuando discutía con su marido, la agarró del brazo y dio una cachetada fuerte “que la dejó atontada” (sic) y luego la siguió hasta el cuarto donde continuó golpeándola. En idéntico sentido se expidió en la denuncia que efectuó en sede policial a fs. (...).

Lo expuesto encuentra sustento en que a fs. (...) se constató una excoriación infra palpebral en su ojo izquierdo.

Ello excede una legítima defensa por parte del imputado tal como se invoca, máxime si se tiene en cuenta que no presentó ninguna herida al ser revisado por la División Medicina Legal el mismo día del hecho.

Finalmente, en lo que respecta al principio de insignificancia no tendrá acogida favorable ya que esta Sala anteriormente sostuvo que “... el daño en la salud se presenta cuando el equilibrio del organismo se ve alterado en su funcionamiento, lo que ocurre cuando se causa un dolor físico, por lo que este último implica el resultado exigido por el tipo objetivo de lesiones” (1).

Así las cosas, el descargo de (...) luce como un mero intento por mejorar su situación procesal y la prueba reseñada es suficiente para tener por acreditada, con el grado de provisoriedad requerido por esta etapa procesal, la materialidad del evento y su participación.

En consecuencia, el Tribunal RESUELVE: CONFIRMAR el auto de fs. (...), en todo cuanto fuera materia de recurso. (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala VI, Filozof, Lucini, Pinto. (Prosec. Cám.: Gallo). c. 730082428/13, P. L., E. E. Rta.: 03/10/2013.

Se citó: (1) C. N. Crim. y Correc., Sala VI, c. 42.215, “Heredia, Víctor s/ procesamiento” rta.: 15/09/11.

Agravadas por el vínculo. Leves. Sobreseimiento. Padre imputado que, en el marco de una discusión familiar le provocó lesiones a su hija menor de edad. Damnificada que al momento de realizar la denuncia instó la acción penal. Desistimiento posterior. Acción pública en cabeza del MPF Revocación.

Fallo: (...) recurso de apelación interpuesto por el fiscal, (...) contra (...), que resolvió declarar la excepción de falta de acción y, en consecuencia, sobreseer a (...) en orden al delito de lesiones dolosas leves agravadas por el vínculo (...).

(...) surge del acta de indagatoria (...) que se atribuye a (...) el hecho ocurrido (...), en el interior del inmueble sito en la Avenida XXX de esta ciudad. En tal oportunidad, y encontrándose la damnificada (...), quien es la hija del imputado, desayunando, y luego de haber mantenido una discusión con aquella, la habría tomado fuertemente de los brazos y del cuello, provocando que la nombrada (...), cayera al suelo, para después arrastrarla hasta la puerta de ingreso del domicilio, resultando la damnificada (...), lesionada en la cara anterior del brazo derecho y en la cara posterior del hombro derecho, en ambas zonas con excoriaciones; revistiendo dichas lesiones el carácter de leves, conforme el informe médico legal (...).

Llegado el momento de resolver, (...) los cuestionamientos (...) merecen ser atendidos, por lo que la resolución apelada será revocada. (...) el conflicto que se plantea en esta causa radica en el desistimiento de la damnificada, quien manifestó su deseo de no instar la acción penal contra su padre, (...) la defensa oficial de (...), planteó la excepción de falta de acción que nos convoca al considerar que, para la clase de delitos en el que nos encontramos -lesiones leves-, es presupuesto indispensable para que el Estado ejerza su actividad persecutoria, que el ofendido por el delito inste la acción penal y manifieste su deseo de continuar con la pesquisa, careciendo en el presente caso de esta última circunstancia dado que (...) desistió continuar con la acción penal. (...)

tal como lo destacara la Sra. fiscal (...), las actuaciones se iniciaron en virtud de la denuncia realizada por (...), (...), oportunidad en la que expresamente instó la acción y, luego concurrió al examen médico por las lesiones sufridas. De modo que su posterior manifestación no puede extinguir una acción que, por aquellas circunstancias había tornado en pública, quedando vigente y en cabeza del Ministerio Público Fiscal el impulso de la acción, razón por la cual corresponde revocar la resolución en crisis. (...), es criterio del tribunal que “la instancia privada motiva la intervención del acusador público una vez instada la acción penal”. (...). En consecuencia, el Tribunal RESUELVE: I. REVOCAR la resolución (...) en cuando ha sido materia de recurso (...). II. ACUMULAR el incidente de excepción de falta de acción a estos autos principales modificándose la foliatura a efectos que sea correlativa.

C. N. Crim. y Correc., Sala I, Rimondi, Garrigós de Rébora. (Prosec Cám.: Souto). c. 14738/12, G., R. Rta.: 02/10/2013.

Leves agravadas por el vínculo y amenazas. Sobreseimiento. Fiscal que aduce que no corresponde desvincular al imputado. Imputado, que en el marco de una discusión con su ex pareja la lesionó y le profirió frases de corte amenazante. Lesiones acreditadas. Oficina de Violencia Doméstica. Revocación. Falta de mérito.

Fallo: (...) contra la resolución de (...), en cuanto sobreseyó a (...) en orden a los delitos de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo y amenazas (...) I. Hechos: a) Se le imputa a (...) que el 7 de enero de 2013, alrededor de las 15 hs., frente al domicilio sito en Av. XXXXX, habría agredido de hecho a su ex pareja (...), empujándola, tomándola de los cabellos, de los brazos y apretándole el hombro izquierdo, consecuencia de lo cual la nombrada (...) resultó con lesiones de entidad leve, mientras que exhibiéndole en forma amenazante el puño, le habría referido “No te acerques más al coche porque sino otra vez te voy a pegar” (sic). b) Asimismo, en circunstancias de tiempo y lugar no precisadas, la habría amenazado refiriéndole “si vos me seguís contesando lo que yo te digo te voy a cortar la obra social y vas a terminar en un hospital” (sic).

Luego del examen de las actas escritas, entiende el tribunal (...), razón por la cual habremos de revocar la decisión impugnada. (...)

consideramos que con la prueba incorporada en el legajo, que en principio avala los términos de la imputación, no se puede concluir la investigación. (...) las lesiones denunciadas por (...) se encuentran acreditadas a través del informe médico efectuado en la Oficina de Violencia Doméstica (...). (...) las pruebas reseñadas lucen compatibles con la mecánica de la agresión física descrita por L. (...) en tanto el Dr. Sáenz en la audiencia no solicitó una medida más gravosa para el imputado, corresponde revocar el sobreseimiento, y disponer que se continúe con la pesquisa, dictándose auto de falta de mérito para procesar o sobreseer a (...) (...). (...) el tribunal RESUELVE: I. REVOCAR la resolución de (...) en cuanto ha sido materia de recurso (...). II. DICTAR auto de falta de mérito respecto de (...) (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala I, Rimondi, Barbarosch, Bunge Campos. (Prosec. Cám.: Castrillón). c. 73081911/13, A. B., E. Rta.: 08/10/2013.

Leves. Sobreseimiento. Exceso en el derecho de corrección de padres sobre hijos menores de edad (artículo 278, CC). Intervención de la Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN Fundamento. Revocación. Procesamiento por lesiones leves agravadas por el vínculo.

Fallo: (...) II. Las pruebas incorporadas al legajo, valoradas de acuerdo a las normas de la sana crítica (art. 241 del código de rito), ameritan revocar la decisión desvinculante adoptada respecto de (...) y dictar su procesamiento, pues estas resultan suficientes (...).

La imputación que se le dirige encuentra sustento en la declaración del menor, (...), quien expuso detalladamente las circunstancias que rodearon el suceso que lo damnificó. Nótese, al respecto, que explicó, pormenorizadamente, que el 21 de mayo del año en curso, alrededor de las 6.30 horas mientras dormía, su padre -(...)- lo agarró del brazo al tiempo que le refirió “No haces nada, siempre estás cansado”, luego le pegó en dos oportunidades en la cabeza con la mano abierta, y para defenderse él lo agarró del brazo, lo que provocó que su progenitor lo tomara del cuello y le propinara un golpe de puño en su boca, lo que le produjo sangrado en esa zona (ver fs...).

(...) se cuenta con los informes médicos practicados por la O.V.D. y la División de Medicina Legal, que acreditan las lesiones de carácter leve padecidas por el menor (ver fs...).

(...) se destaca el informe elaborado por la Oficina de Violencia Doméstica, donde un equipo interdisciplinario analizó el relato del damnificado y afirmó que corresponde meritar la situación como de riesgo medio -ver fs....-.

El análisis armónico de las pruebas detalladas permite acreditar con los extremos exigidos por el art. 306 del Código Procesal Penal los sucesos denunciados y la responsabilidad que le cupo a (...) en los mismos, ya que demuestran un exceso en el derecho de corrección que ostentan los padres sobre los hijos menores de edad, conforme surge del art. 278 del Código Civil.

La citada norma establece la exclusión de los malos tratos y castigos que menoscaben física o psíquicamente a los menores de edad. Esto no implica desconocer el poder disciplinario de los padres sobre sus hijos, pero el derecho analizado debe ser ejercido con moderación, debiendo quedar excluidos los golpes o malos tratos.

La potestad del padre sobre su hijo, en cuanto al derecho de corrección debe ajustarse a los límites justos, necesarios y razonables, máxime al ponderar el estado de indefensión en el que se encuentra el menor, que más allá de su edad, su relación con aquellos resulta caracterizada por la subordinación a los mandatos impuestos.

(...) entendemos que corresponde dictar el procesamiento de (...) como autor penalmente responsable del delito previsto en el artículo 92, en función del 89, del Código Penal.

III. (...) deberá trabarse embargo sobre los bienes de (...), en los términos del artículo 518 del C.P.P.N., (...)” Ahora bien, en cuanto a los eventuales reclamos que por indemnización civil pudieran requerírsele, es posible estimar provisoriamente la suma de cuatro mil pesos (\$ 4.000), tomando en consideración el daño causado, los intereses devengados por ello y la reparación moral y/o psicológica.

En relación a las costas del proceso, entiendo que corresponde fijarse en cinco mil pesos (\$ 5.000) a efectos de cubrir los posibles honorarios de los profesionales a los que se refiere el inciso 2° del art. 533 del C.P.P.N., y la suma de sesenta y nueve pesos con sesenta y siete centavos (\$ 69,67) -art. 6 de la Ley 23.898 y Resolución N° 498/91 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación-.

En definitiva, debe fijarse el embargo en la suma total de nueve mil sesenta y nueve pesos con sesenta y siete centavos (\$ 9.069,67). En cuanto

a la libertad del encausado, cabe señalar que el representante del Ministerio Público Fiscal en la audiencia solicitó que no se imponga la prisión preventiva, por lo tanto, y por no darse en el caso los extremos previstos en el artículo 312 del ordenamiento adjetivo, debe mantenerse la libertad que el nombrado viene gozando (...) el tribunal RESUELVE: REVOCAR el auto de fs... y disponer el procesamiento de (...), sin prisión preventiva, cuyas demás condiciones personales obran en autos, por considerarlo prima facie autor penalmente responsable del delito de lesiones leves agravadas por el vínculo (art. 92, en función del 89, del Código Penal), ordenando trabar embargo sobre sus bienes hasta cubrir la suma de nueve mil sesenta y nueve pesos con sesenta y siete centavos (\$ 9.069,67).

C. N. Crim. y Correc., Sala V, López González, Bruzzone. (Prosec. Cám.: González). c. 28.020/13, O., L. D. Rta.: 03/12/2013.

Sobreseimiento. Damnificada -querellante- que es mordida por perros que salieron del interior de una obra en construcción. Dudas respecto de quien sería el propietario. Confirmación. Disidencia: Defensa que alude a una imputación objetiva. Imposibilidad de aplicar una prohibición de regreso por ausencia del imputado en el lugar al momento de los hechos. Querella que recurre en solicitarlo. Confirmación.

Fallo: (...) Los jueces Mirta L. López González y Rodolfo Pociello Argerich dijeron: "(...) la querellante expresó que tras ser agredida por los perros permaneció en la puerta de la obra en construcción de donde estos habían egresado a la espera del sereno o responsable del lugar, quien nunca salió; y que instantes después se apersonaron en la obra algunos albañiles que, interiorizados de lo que le había ocurrido, le brindaron el teléfono de una persona a la que identificaron como (...), quien para ellos resultaba ser el propietario de los canes.

(...) resultó ser el contratista de la obra del lugar en donde se desarrolló el suceso (...). En virtud de ello fue que se lo convocó a prestar declaración indagatoria, oportunidad en la que negó que los animales fueran de su propiedad, alegando que si bien le pertenecieron en algún momento, luego se los obsequió al sereno de la obra y dependiente suyo, (...).

Esta negación de la imputación que se dirige en su contra no pudo ser contrarrestada con ninguna de las demás pruebas incorporadas a la

causa, ya que no se cuenta con el testimonio de los obreros que aportaron el celular del imputado ni con los dichos del sereno de la obra, a quien se le atribuye el dominio de los canes, quienes podrían a todo evento brindar una versión de los hechos distinta a la que narró el imputado.

En consecuencia, nos encontramos ante a un caso de dichos confrontados en el que no se puede asegurar que (...) sea el propietario de los perros, máxime si se tiene en cuenta que fue (...) quien, en definitiva, se encontraba al cuidado de los animales en el momento en que se produjo el hecho.

Descartado ello, su mera condición de contratista de la obra en modo alguno lo coloca en posición de garante por la omisión en que habría incurrido un dependiente suyo que habitaba en el lugar respecto de sus propias mascotas, dado que no existe relación de causalidad entre el resultado producido y alguna conducta que, de su parte, haya elevado el riesgo jurídicamente permitido para la tenencia y circulación de animales domésticos, conforme las previsiones de la Ordenanza N° 41831 de la Ciudad de Buenos Aires.

Por último y más allá del expreso reclamo que efectuó el recurrente en el marco de la audiencia, la garantía constitucional que prohíbe la auto-incriminación prevista en el art. 18 de la CN impide convalidar la primigenia declaración testimonial del imputado como elemento de incriminación eficaz para los fines del proceso.

Por los motivos expuestos, votamos por confirmar el sobreseimiento del imputado.

Por los fundamentos del juez Gustavo A. Bruzzone dijo: “(...) deseo destacar que, aún de considerarse que los canes le pertenecían, la posición de garante en que la querella coloca al imputado, atribuyéndole por ello la comisión por omisión impropia del delito de lesiones imprudentes (arts. 45 y 94 del CP), por no haberle provisto a su dependiente de los enseres correspondientes para contener a sus perros, violando así las disposiciones de la Ordenanza N° 41831 (en particular su art. 29), representa un claro caso de responsabilidad objetiva ajeno al derecho penal.

Ello porque por aplicación de los mismos institutos que se derivan de la imputación objetiva, la prohibición de regreso impide que se lo pueda imputar, porque al momento en que habría ocurrido el hecho denunciado no se encontraba presente, siendo en todo caso responsabilidad de su

dependiente el haber cumplido con la ordenanza. La responsabilidad, a todo evento, puede ser civil por hecho de la cosa (perro) o del dependiente, pero como se dice, ajena al derecho penal.

No obstante lo expuesto, existe a mi criterio una cuestión de índole formal que impediría el avance de la investigación. Así, es de destacar que el agente fiscal en cuya cabeza se encontró en un primer momento la dirección del asunto, luego de impulsar la acción mediante la proposición de diversas medidas de prueba, consintió tácitamente el sobreseimiento del imputado, al no recurrir esa decisión luego de ser debidamente notificado. Luego de ello, la querella alzó sus críticas contra esa decisión mediante el ejercicio de la vía recursiva correspondiente, lo que motivó la intervención de esta alzada.

Llegadas las actuaciones a esta instancia, se notificó al fiscal general, Dr. Sandro Abraldes (fs. ...) quien no adhirió al recurso de apelación deducido por la acusación particular ni compareció a la audiencia celebrada en el día de la fecha, demostrando su desinterés en continuar con el ejercicio de la acción penal pública, de la cual resulta titular exclusivo.

A mi criterio, esta circunstancia impide la continuación de la causa porque el juez, atendiendo al principio acusatorio y la distinción de funciones que nuestra Constitución Nacional expresamente ha consagrado para la sustanciación de los asuntos penales, no puede continuar investigando sin impulso fiscal, único titular de la acción penal pública (art. 5 del CPP y 120 CN). Más allá de ello, a través del análisis del fondo la jurisdicción le está ofreciendo a la querellante una respuesta concreta relativa a sus derechos como fuera indicado por la CSJN en “Santillán”, y no una remisión formal a la imposibilidad de hacerlo por carecer de pedido fiscal (en este sentido me remito, en general, a lo resuelto en el fallo “Abdelnabe” de la Sala I del tribunal; in re: causa N° 36.269, rta. 26/08/09, entre muchas otras).

Efectuada esta salvedad, voto por confirmar el sobreseimiento del imputado (...) (...) el tribunal RESUELVE: I) CONFIRMAR la resolución de fs. (...). II) TENER POR DESISTIDO el recurso interpuesto por la parte querellante contra la imposición de las costas procesales en el orden causado (art. 454, 3° párrafo del C.P.P.N.).

C. N. Crim. y Correc., Sala V, López González, Bruzzone (por sus fundamentos), Pociello Argerich. (Sec.: Poleri) c. 12.578/13, PEREZ ESCUDERO, V. Rta.: 12/07/2013.

Sobreseimiento. Motociclista que sufrió lesiones presuntamente resultantes de una mala maniobra del taxista. Dictamen fiscal y resolución del magistrado contradictoria. Nulidad. Apartamiento del magistrado. Disidencia: Revocación. Falta de mérito. Necesidad de llevar adelante medidas de prueba.

Fallo: (...) recurso de apelación interpuesto por el querellante (...) que dispuso el sobreseimiento (...) en orden al delito de lesiones culposas (...).

Se le imputa a (...) mientras se encontraba conduciendo el rodado (...), taxímetro de colores reglamentarios, (...) con pasajeros a bordo, al llegar a la intersección de dicha arteria (...) y sin perjuicio que no existe semáforo de giro que lo habilitara, de manera imprevista dobla hacia la izquierda para tomar esta última arteria, frenando bruscamente en el medio de la intersección de las arterias mencionadas por encontrarse una cuneta, provocando que una moto (...) en sentido contrario al que transitaba (...), le embistiera, a consecuencia de lo cual el damnificado (...) sale despedido de la moto cayendo a la cinta asfáltica, resultando con lesiones de carácter grave, conforme el informe médico del Cuerpo Médico Forense (...).

Los jueces Jorge Luis Rimondi y Luis María Bunge Campos dijeron: Tanto la resolución recurrida como el dictamen fiscal que resulta su precedente directo se sustentan en dos fundamentos concurrentes.

El primero estaría constituido por el hecho de que no se ha podido acreditar en autos que quien conducía el taxi hubiese violado algún deber de cuidado, deduciéndolo de que el giro a la izquierda en la intersección no está prohibido y de que no se pudo reconstruir pericialmente la mecánica del siniestro. (...) la motocicleta conducida (...) no sólo le asistía la prioridad por ingresar por la derecha de la intersección, sino que el taxi debía ceder el paso dado que pretendía girar para ingresar a otra vía (apartado 1 del inc. g de la norma citada).

Esta doble prioridad que asistía legalmente al damnificado no fue siquiera mencionada en las valoraciones del agente fiscal y del juez correccional. La circunstancia de que no se hubiere podido reconstruir pericialmente la mecánica del accidente, si bien cierta (dado que uno de los vehículos se retiró del lugar, infringiendo su conductor la obligación establecida por el inc. a, del art. 65 de la ley citada, y el restante fue removido) omite la valoración de una prueba que luce dirimente.

En este sentido, del acta escrita que recoge el testimonio de Apurado (pasajero del taxi) surge expresamente que su conductor no habría anunciado con la señal luminosa respectiva su intención de girar a la izquierda. (...). (...) las versiones aportadas por los testigos (...) deben tomarse, cuando menos, con suma cautela, dado el vínculo entre ellos y del segundo con el damnificado (...).

Frente a este panorama por demás contradictorio, y al que podría sumarse la pericia mecánica tardíamente realizada, contamos con dos testigos, cuya presencia en el lugar del accidente no se encuentra controvertida, (...) impide considerar a esta conclusión una derivación razonada de los hechos de la causa.

En virtud de lo expuesto, entendemos que, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 69 y 123 del Código Procesal Penal de la Nación, corresponde anular el dictamen fiscal (...), y la resolución recurrida (...), y consecuentemente apartar al Sr. Juez de la causa y notificar al Sr. Fiscal General, a los fines que estime correspondan.

El juez Alfredo Barbarosch dijo: (...) considero que el auto en crisis debe ser revocado, manteniéndose tal y como lo votara en nuestra anterior intervención, el criterio expectante del art. 309 del C.P.P.N.

En efecto, (...) impone la necesidad de establecer de manera fehaciente la participación, o no, de (...) en el suceso que damnificara a (...). (...) que se practique -tal como lo he sugerido en mi voto anterior-, una rueda de reconocimiento de personas, en la cual el testigo (...) participe en forma activa y el imputado lo haga en forma pasiva, a fin de dilucidar definitivamente la circunstancia apuntada. (...) corresponde que el Sr. Juez de la instancia analice la posibilidad de practicar una pericia mecánica más profunda (...).

Por todo ello, voto por revocar el auto (...) y estar a la falta de mérito (...). En virtud del acuerdo que antecede, el tribunal RESUELVE: DECLARAR LA NULIDAD del dictamen fiscal (...) y de la resolución recurrida (...). II.- APARTAR al Sr. Juez de grado (...). III.- NOTIFICAR al Sr. Fiscal General (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala I, Rimondi, Barbarosch (en disidencia), Bunge Campos. (Prosec. Cám.: Castrillón) c. 5028/12, CALOMINO, Héctor Daniel. Rta.: 14/08/2013.

Procesamiento. Vereda correspondiente a obra en construcción. Malas condiciones, escombros y desniveles. Responsabilidad del director de la obra en construcción. Incumplimiento de las obligaciones que tenía a su cargo. Confirmación.

Fallo: (...) convoca a la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la decisión extendida (...), en cuanto se dispuso el procesamiento de (...). Asimismo, se agravió en lo tocante al monto de \$ 42.069,70 en concepto de embargo (punto II de la resolución recurrida).

Se atribuyó al nombrado (...), en su calidad de director de obra, el haber violado los deberes de cuidado que tenía a su cargo, pues no construyó la acera del predio ubicado en la avenida (...) a la altura catastral (...) de esta ciudad, ni colocó una valla provisoria.

A consecuencia de ello, (...), que caminaba por dicha arteria, tropezó y cayó al piso, sufriendo lesiones, el día 20 de abril de 2010 a las 9:15.

Al respecto, entiende el Tribunal que los elementos reunidos en la encuesta permiten avalar la decisión de mérito puesta en crisis.

En efecto, el relato de (...) encuentra sustento en la versión ofrecida por (...), quien observó caer a la damnificada en la vereda correspondiente a la obra en construcción y describió que esta se hallaba en muy malas condiciones, con escombros y desniveles.

En cuanto a las discordancias puestas de manifiesto por el recurrente al tiempo de celebrarse la audiencia oral, entiende el Tribunal que las imprecisiones en las que pudieron haber incurrido tanto la denunciante como la testigo, no versaron sobre lo que estas relataron en orden a cómo ocurrió el episodio denunciado, sino más bien sobre cuestiones que no inciden en el núcleo de la imputación.

Así, de momento no se advierten motivos para descreer de la presencia de (...) en el lugar del hecho, pues si bien resulta ser vecina de la damnificada, no se evidencia que hubiere intentado favorecer a la querellante con su relato, sino que se limitó a describir lo que observó con las imprecisiones propias del tiempo transcurrido entre el hecho y su última declaración -casi un año después- (artículo 241 del Código Procesal Penal).

Los dichos de las nombradas se compadecen con las vistas fotográficas del lugar (...), en las cuales se observa el mal estado en el que se encontraba la vereda a pocos días de ocurrido el hecho investigado y

con lo informado por el cabo primero (...), en cuanto a que la “vereda se encuentra casi en su totalidad rota por debajo de su nivel original desde la línea de edificación hasta el cordón” (...).

Por lo demás, el Cuerpo Médico Forense informó que las lesiones sufridas por la víctima revistieron el carácter de leves (...).

De otro lado, se valora que al momento del hecho el imputado estaba a cargo de la obra, pues conforme la documentación agregada (...), se ha encargado de realizar los trámites ante el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires relativos a la obra que dirigió y recién con fecha 28 de abril de 2010, (...) encomendó la ejecución estructural y construcción al arquitecto (...), quien quedó a cargo de la dirección de la obra, y desligó en ese acto a (...).

Por lo expuesto, los elementos reunidos permiten homologar el juicio de reproche discernido en la instancia anterior, puesto que el imputado, en su calidad de director de la obra en construcción, no habría dado cumplimiento a las obligaciones que tenía a su cargo respecto de la acera del lugar, a consecuencia de lo cual se produjo el resultado lesivo investigado en autos.

Puntualmente, su responsabilidad viene determinada por el artículo 2.5.8 “a” del Código de Edificación de la Ciudad de Buenos Aires, que establece que “el Director técnico es responsable del fiel cumplimiento de las disposiciones en vigor hasta la presentación de la declaración jurada de finalización de obras de edificación o de obras de edificación no concluidas y la habilitación final de las instalaciones”.

En tal condición debió dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 4.3.1.2 y 4.3.1.3 del ordenamiento legal indicado, respecto a la ejecución de la acera, en función de que el artículo 4.3.1.1 último párrafo señala que su construcción es responsabilidad del director de la obra.

De otro lado, en cuanto a la discordancia horaria a la que hace alusión la defensa, pues conforme los dichos de la víctima el hecho acaeció a las 9:15 mientras que el agente fiscal en sus dictámenes lo ubicó a las 17:20 (...), entiende el Tribunal que ello no resulta relevante en el contexto de la imputación formulada, puesto que no se ve afectada la garantía de la defensa en juicio.

En efecto, al tiempo de ser intimado del episodio que se le atribuyó, (...) fue puesto en conocimiento acabadamente de las circunstancias

de modo y lugar en que ocurrió el episodio en cuestión y brindó las explicaciones que consideró pertinentes.

Así, no se vislumbra una afectación de la garantía constitucional de la defensa en juicio, máxime si se tiene en cuenta que luego de su descargo (...), efectuó una presentación más por escrito sobre el episodio endilgado (...) y que el dato relativo al horario no modifica sustancialmente la plataforma fáctica que constituye el objeto procesal.

Finalmente, habrá de declararse desierto el recurso de apelación interpuesto contra el monto del embargo, toda vez que la parte no mantuvo sus agravios en la audiencia oral.

Por ello, esta Sala del Tribunal RESUELVE: I. CONFIRMAR el auto documentado (...), punto I, en cuanto fuera materia de recurso. II. DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación interpuesto contra el monto del embargo dispuesto en el punto II de la decisión extendida (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala VII, Cicciaro, Divito, Scotto. (Sec.: Franco). c. 58.014.724/10, KUJAWSKI, Manuel. Rta.: 08/10/2013.

Procesamiento. Intoxicación de monóxido de carbono de las empleadas de una empresa. Omisión del deber objetivo de cuidado exigido. Infracción a la Ley N° 19587, de Higiene y Salubridad (artículo 8 inc. a y b). Posición de garante del socio gerente del comercio. Consentimiento de instalación irregular. Confirmación.

Fallo: (...) II. Se le imputó a (...) el haber violado el deber objetivo de cuidado, en infracción de la Ley N° 19.587 (art. 8 inc. a y b), exigido en su carácter de socio gerente de la empresa "(...) S.R.L.", a cargo de todo lo relativo al mantenimiento de las instalaciones del call center.

Ello, por no adoptar las medidas adecuadas de seguridad para garantizar las condiciones de trabajo necesarias y proteger la integridad física de las empleadas, a raíz de lo cual el 25 de noviembre de 2011, alrededor de las 22.00 hs., (...), (...), (...), (...) y (...), sufrieron diversas lesiones compatibles con "intoxicación de monóxido de carbono".

El magistrado de grado consideró que el imputado se encontraba en posición de garante, por lo que debió adoptar, mediante un quehacer activo, todas las medidas destinadas a que el grupo electrógeno que funcionaba en el local, no pusiera en peligro bienes jurídicos ajenos.

La recurrente, por su parte, planteó que (...) cumplió con su deber de control al reclamar a la empresa “(...)” que realizara el mantenimiento del equipo, pues la tarea estaba tercerizada y no era él, personalmente, quien debía arreglarlo.

(...) aportó a la instrucción copia de los reclamos realizados y constancia de mediación con representantes de la empresa (...) que datan de un año antes al día del suceso (...). De su lectura, surge que el conflicto entre las firmas comerciales se vinculaba con el mal funcionamiento del mecanismo electrónico de apagado automático, pero no con la evacuación de gases del equipo electrógeno.

Este punto es relevante, porque permite desestimar el agravio de la recurrente, que pretendió presentar el procesamiento como una resolución que contiene una imputación por responsabilidad objetiva.

No se acusa a (...) por cualquier mal funcionamiento del equipo, sino por consentir su instalación de modo deficiente; aspecto que estaba en su ámbito de conocimiento, por su profesión de ingeniero.

(...) el Subinspector (...), de la Superintendencia Federal de Bomberos, señaló que no era relevante si funcionaba o no el apagado automático “ya que si el equipo está evacuado bien, y el caño de escape está bien colocado, por más que funcione todo el día, no tendría que haber problemas”.

Incluso, de ser cierto el relato de (...), en relación a que el caño de evacuación se extendía un poco más a lo que se observa en la fotografía (fs...) y que tenía al final un “sombrecito”, y que este se voló, señalamos que ningún reclamo realizó al respecto ni procuró repararlo por sus propios medios.

Al consentir una instalación irregular, (...) generó un ambiente de insalubridad para el trabajo y elevó el riesgo para la salud de las trabajadoras.

El acusado tenía conocimiento de que el caño de escape no era eficiente para la evacuación de los gases de combustión, y en virtud de las tareas a su cargo, tenía suficiente dominio del hecho para evitar aumentar los riesgos propios de una fuente de peligro.

(...) nótese que el debido cuidado que habría infringido se encuentra determinada en la Ley N° 19587 de Higiene y Seguridad en el Trabajo, que establece que “todo empleador debe adoptar y poner en práctica las medidas adecuadas de higiene y seguridad para proteger la vida y la integridad de los trabajadores, especialmente en lo relativo: a) a la construcción, adaptación, instalación y equipamiento de los edificios

y lugares de trabajo en condiciones ambientales y sanitarias adecuadas (...) b) a la colocación y mantenimiento de resguardos y protectores de maquinarias y de todo género de instalaciones, con los dispositivos de higiene y seguridad que la mejor técnica aconseje...”

El Subinspector (...), informó que el equipo tenía un conducto evacuador de gases que no remataba a los cuatro vientos. Señaló que el caño de escape se hallaba próximo a una ventana, propiciando así que los gases en vez de desplazarse hacia el exterior, queden confinados en el interior del ambiente. También observó que en el lugar donde se encontraba el artefacto no había rejillas compensadoras de aire (fs. ...).

A fs. (...), ratificó sus conclusiones y aclaró que los equipos de aire acondicionado tipo splits, como el que se observa a fs. 28, funcionan como compresor y no toman aire del exterior. Por ello, no sería viable la hipótesis de que el aire acondicionado haya distribuido el monóxido de carbono absorbido desde afuera.

Por otra parte, la recurrente cuestionó el “grado técnico” del Subinspector y propició la nulidad de su informe por no haberse cumplido con las notificaciones previstas en el art. 258 del C.P.P.N.

(...) el informe de fs. (...), no es una pericia de las contempladas en la norma de mención, sino un examen técnico realizado por la prevención (art. 184 inc. 4 C.P.P.N.) ante la orden de la instrucción (fs...), cuya producción respondió exclusivamente a las necesidades de inmediatez y urgencia que obligaban actuar el mismo día de ocurridos los hechos.

(...) consideramos que los fundamentos del magistrado de grado se encuentran razonadamente expuestos y se ajustan a las constancias de la causa.

Finalmente, en relación al monto del embargo, (...) (...) cabe señalar que el pago de la A.R.T. no exime de vocación indemnizatoria al imputado, pues bien puede aquella instar una acción de repetición contra quien resulte responsable por las conductas lesivas.

(...) con sólo cotejar la cantidad de damnificadas, así como también valorar el tiempo que lleva el proceso en la tramitación y que interviene una abogada particular a quien se le regularán honorarios, resulta a las claras que doce mil pesos es un monto que no llega a ser excesivo; por lo que no advertimos agravio alguno que habilite reducir la medida cautelar.

(...) el tribunal RESUELVE: CONFIRMAR el auto de fs. (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala V, López González, Bruzzone, Pociello Argerich. (Prosec. Cám. Ad Hoc.: González) c. 62047409/11, BONELLI, Héctor. Rta.: 12/12/2013.

Procesamiento. Perro sin bozal paseado por su propietario por la calle. Violación a los deberes de cuidado (artículo 29, inciso a) de la Ordenanza N° 41831 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Confirmación.

Fallo: (...) Se imputa al nombrado el suceso acaecido el 2 de septiembre de 2012, a las 17:30 aproximadamente, consistente en no haber tomado las medidas de seguridad necesarias -colocar bozal y correa- para evitar que sus perros, con los cuales salía de su domicilio sito en (...), de esta ciudad, se abalanzaran sobre el menor (...), de modo que uno de ellos lo mordió en la mano izquierda y el abdomen, provocándole lesiones.

Al respecto, se destaca que el relato brindado por la víctima en cámara Gesell, en cuanto señaló que “...yo estaba adelante y un perro me ataca. Me mordió la mano y como yo tiré me tiró un tarasconazo en la panza (...) y me rompió la remera...”, según el informe documentado a fs. (...), resultó coherente, con estructura lógica, y con diversos detalles vinculados con el hecho investigado, lo que encaminó a la licenciada (...) a concluir en su verosimilitud.

Además, lo narrado por el menor también encuentra sustento en los dichos de su madre, (...), las constancias de atención del Hospital Argerich (...) y los informes médicos obrantes a fs. (...), que dan cuenta de las lesiones que habría sufrido (...).

Ante ello, las manifestaciones que realizó el imputado en su descargo, referidas a “...Que los canes nunca salieron a la calle. Que en ese momento yo salgo a la vereda y veo gente que viene caminando y como son angostas, frené y dejé los perros en el interior, con la puerta cerrada...”, se consideran desvirtuadas.

En cuanto a los testimonios de (...) y (...), si bien fueron coincidentes en indicar que vieron pasar corriendo a un “chico”, difieren en cuanto a la caída informada por el segundo, por lo que no es posible establecer que se estuvieran refiriendo a la víctima de autos, máxime

si se pondera que, como señaló (...), “...hay una placita cerca y por eso suele haber chicos...”.

También se pondera que el menor, al día siguiente del ataque del perro, comenzó el tratamiento de vacunación antirrábica en el Hospital Durand (...), lo que daría cuenta del origen de las lesiones sufridas y se valora -a título indiciario- para sostener que el can lo mordió.

Así, la prueba reseñada permite concluir, con la provisoriedad que requiere esta etapa del proceso, que el imputado violó sus deberes de cuidado al salir a la vía pública con sus mascotas sin adoptar los recaudos de seguridad que establece el artículo 29, inciso a) de la Ordenanza N° (...) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Es que, “...quien posee en su esfera de dominio una fuente de peligro (...animales...) para bienes jurídicos, es el responsable de que tal peligro no se realice” (1).

En consecuencia, conformado el marco de probabilidad contemplado en el artículo 306 del Código Procesal Penal, esta Sala del Tribunal RESUELVE: CONFIRMAR el auto documentado (...), punto I, en cuanto fuera materia de recurso.

C. N. Crim. y Correc., Sala VII, Divito, Scotto. (Sec.: Franco). c. 670.081.530/12, R., J. C. Rta.: 16/12/2013.

Se citó: (1) Santiago Mir Puig, Derecho Penal, Parte General, 9na. ed., Bdef, Montevideo, 2012, p. 334.

Graves. Procesamiento. Imputado que, mientras patinaba por la vía pública, realizó un giro quedando de espaldas a la víctima y sin verla la embistió haciéndola caer al suelo. Infracción a la obligación de cuidado en cabeza de todo usuario de la vía pública. Creación del riesgo no permitido para los que se desplazan en la vía pública. Confirmación.

Fallo: (...) La intervención culpable de (...) en el evento acaecido el 18 de marzo de 2012, alrededor de las 17.15, y que damnificó a (...), se encuentra avalada por los dichos del Oficial Principal (...) (fs. ...) y del Ayudante de Primera (...) (fs. ...), ambos de la Prefectura Naval Argentina, así como también por lo expuesto por (...) (fs. ...) y por el testigo (...) (fs. ...).

En tal sentido, la víctima refirió que en momentos en que se encontraba caminando por la vereda de la Avenida (...), fue embestida desde atrás por el imputado, quien se desplazaba en patines tipo “rollers”,

provocando su caída al piso y consecuentes lesiones en su pierna. Agregó haber oído a (...) manifestar al personal preventor que el incidente obedeció a que estaba mirando hacia atrás (fs. ...).

(...) y (...) corroboraron dicha circunstancia, al afirmar que el imputado espontáneamente les dijo que durante su recorrido en patines efectuó un giro en el aire, al caer lo hizo de espaldas, continuó su marcha mirando hacia atrás, y al querer “volver a avanzar hacia delante, no logró esquivar a la señora y la empujó” (fs. ...).

A ello se aduna el relato de (...), quien caminaba junto (...), y expresó que después de que aquella cayera al suelo, observó a dos jóvenes en patines, oportunidad en la que quien la había embestido le refirió “que no la había visto”.

Se cuenta también con los informes médicos de fs. (...), las copias del historial de la “Clínica (...)” (fs. ...) y la evaluación efectuada por el Cuerpo Médico Forense (fs. ...), que reflejan que la víctima sufrió una fractura del fémur izquierdo, lesión por la que debió ser intervenida quirúrgicamente y la inutilizó laboralmente por un lapso mayor al mes.

En definitiva, los elementos de convicción hasta aquí reseñados enervan la versión brindada por el imputado en su indagatoria (fs. ...), aún corroborada por su hermano -a quien le comprenden los alcances del artículo 242 del código de forma- (fs. ...), en cuanto a que fue empujado imprevistamente por un sujeto que se desplazaba con un “skate” y del que no pudo aportar dato alguno, pues tanto la damnificada como el testigo (...) y los preventores no dieron cuenta de la presencia de dicha persona.

Por el contrario, de sus testimonios surge con claridad que el propio (...) admitió que la caída se produjo a consecuencia de que había realizado un giro mientras se desplazaba por la vía pública, luego de lo cual circulaba de espaldas.

Véase que tanto la víctima como los testigos relataron aquello que percibieron al momento del hecho: entre ello se contaban las manifestaciones que de modo espontáneo efectuó el imputado apenas ocurrido el episodio. En modo alguno las declaraciones de esos sujetos sobre aquello que escucharon pueden llevar a sostener que se afectó la garantía constitucional que proscribe la autoincriminación forzada.

Por último, juzga el tribunal que el comportamiento asumido por (...) trasunta una infracción a la obligación de cuidado en cabeza de todo usuario de la vía pública que emerge del título V del Código de

Tránsito de la Ciudad de Buenos Aires (artículo 5.1.1), en tanto generó un riesgo no permitido para quienes también se desplazaban por ese sector, que se materializó en un concreto perjuicio a la damnificada.

Por lo dicho, al haberse conformado el grado de probabilidad que requiere el artículo 306 del Código Procesal Penal de la Nación, el tribunal RESUELVE: CONFIRMAR el punto (...) del auto de fs. (...), en todo cuanto fuera materia de recurso. (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala IV, González, Seijas. (Prosec. Cám.: Fuertes). c. 740.053.181/12, MONTENEGRO, Lucas M. Rta.: 04/09/2013.

Procesamiento. Omisión al deber objetivo de cuidado. Maniobra imprudente del conductor de un vehículo. Imputado que embistió a la víctima mientras circulaba en bicicleta. Inexistencia en el derecho penal del sistema de compensación de culpas. Incremento en el riesgo. Confirmación.

Fallo: (...) Las constancias agregadas a la causa sustentan en forma adecuada el pronunciamiento puesto en crisis, sin que los agravios del recurrente conmuevan esa decisión.

Es que si bien la materialización de una experticia accidentalológica hubiera permitido conocer mayores detalles acerca del suceso, tal como la velocidad a la que circulaba el automóvil del imputado al momento de la colisión, cierto es que el informe pericial glosado a fs. (...) evidencia los daños que presentaban los vehículos intervinientes y concluye que el “colisionante sería el Honda Accord y el colisionado sería la Bicicleta Milani azul” tripulada por el damnificado (...).

De tal modo, la violación al deber objetivo de cuidado de (...) se verifica en no conducir con la debida atención respecto de las circunstancias del tránsito pues, de adverso, habría advertido la presencia de la víctima circulando por delante suyo (1).

Ello ha quedado debidamente comprobado a través del testimonio de (...) quien además de dar cuenta del intento de fuga de (...) luego de producida la colisión, explicó que al descender del vehículo este le manifestó “pens[e] que había pisado una piedra” (ver fs. ...). Incluso el prevenido reconoció en su descargo que al escuchar el impacto creyó haber “agarrado algo con la goma” o que la rueda había levantado “un pedazo de fleje del guard rail” (cfr. fs. ...).

Sólo resta señalar en torno al cuestionamiento que formula la defensa sobre la conducta asumida por (...) que “la concurrencia de culpa de la víctima carece de relevancia para determinar la responsabilidad penal del encausado porque en el ámbito penal no se admite la compensación de culpas. La culpa de la víctima no compensa la imprudencia o negligencia determinante del hecho por parte del autor. Es la teoría de la causalidad adecuada, la que orienta la solución correcta de delitos culposos...” (2).

Sentado lo expuesto, y a la luz de las restantes pruebas obrantes en autos que no fueron controvertidas por la parte, el Tribunal RESUELVE: CONFIRMAR la resolución de fs. (...) en todo cuanto fuera materia de recurso. (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala IV, González, González Palazzo, Seijas. (Prosec. Cám.: Pereyra). c. 520.062.493/12, ARIOLA, Carmelo. Rta.: 11/09/2013.

Se citó: (1) C. N. Crim. y Correc., Sala IV, c. 5635/12 “Garnica”, rta: 28/08/13. (2) C.N.C.P., Sala IV, c. 4179 “Penino, Miguel Angel”, rta. 2/7/2004; citada por esta sala en c. 9060/12, “Ferreira”, rta: 01/08/13 y c. 223/11 “Minotti”, rta. el 17/3/11.

Procesamiento. Violación al deber objetivo de cuidado al conducir sin tomar la precaución de indicar que doblaría a su derecha y utilizando su celular. Confirmación. Disidencia: autopuesta en peligro por parte de la víctima, determinante del resultado. Cuadro probatorio insuficiente para imputar los hechos a la imputada. Revocación. Sobreseimiento.

Fallo: (...) II.- Los Dres. Mario Filozof y Julio Marcelo Lucini dijeron: (...) Tanto la víctima como (...) aseguran que aquella había efectuado la maniobra en forma imprevista, colisionando a la moto y provocando las lesiones mencionadas, mientras que el segundo agregó que hablaba o enviaba mensajes con su celular, a tal punto que los vehículos que circulaban detrás tocaban bocina para que avanzara y, al hacerlo de ese modo, ocasionó lo relatado.

Lo expuesto permite sostener, con el grado de provisoriedad requerido en esta etapa procesal, que con su accionar violó el deber objetivo de cuidado al conducir sin tomar la precaución de indicar que

doblaría a su derecha y utilizando su celular, en franca oposición a lo establecido en los artículos 43 inciso a) y 48 inciso x) de la Ley N° 24449 y 6114 del Código de Tránsito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley N° 2148), lo que le impidió hacerlo con la atención que el tránsito le imponía, provocando con su maniobra antirreglamentaria y riesgosa, las lesiones sufridas por la víctima.

(...) Es así que votamos por homologar el decisorio recurrido.

III.- El Dr. Ricardo Matías Pinto dijo: Analizadas las constancias del legajo entiendo que no existe prueba suficiente para confirmar la decisión en crisis.

En efecto no se ha constatado en forma fehaciente la utilización del celular por parte de la imputada al momento de la conducción del vehículo que impactara a la víctima, porque el único testigo que afirma dicha situación (...), que no sólo es amigo de (...), sino que al prestar declaración expresó que si bien lo traía consigo no puede precisar que lo estuviera utilizando, sólo vio que lo llevaba en la mano.

Por otro lado, tampoco se encuentra acreditada la mecánica del hecho, toda vez que (...). De ser así, esta última estaba realizando una maniobra prohibida, circulando por un lugar no apropiado para transponer el rodado conducido por (...), quien conforme surge del sumario inició su marcha con luz verde y giró hacia la derecha. Tal situación permite concluir que fue (...) quien se colocó en situación de autopuesta en peligro que fue determinante del resultado. (...).

Así las cosas, no resulta posible corroborar el reproche a la imputada, ante la orfandad probatoria imperante que se advierte no podrá ser allanada en el futuro y por ende corresponde adoptar un temperamento desincriminante a su respecto. Así voto.

En virtud del acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE: Confirmar el punto I del auto de fs. (...) en o cuanto fuera materia de recurso de apelación. (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala VI, Filozof, Lucini, Pinto (en disidencia). (Sec.: Williams). c. 740053027/12, FURFARO, Silvana Raquel. Rta.: 16/09/2013.

Prescripción de la acción penal. Lesiones culposas. Prescripción rechazada. Mala praxis médica. Olvido de gasa en una intervención quirúrgica (09/01/2003). Constatación del error en segunda intervención (18/02/2012). Daño a la salud producido en la primera intervención. Transcurso del máximo de duración de la pena sin verificarse causal interruptiva. Revocatoria. Declarar extinguida por prescripción la acción penal y sobreseer a los imputados.

Fallo: (...) I. A raíz del rechazo de la excepción de falta de acción por prescripción decidida (...), interpusieron recurso de apelación el Ministerio Público Fiscal (...) y los defensores de (...) y (...).

Desistida en esta instancia la impugnación deducida por el fiscal correccional (...), en la audiencia celebrada en los términos del artículo 454 del Código Procesal Penal informaron los letrados recurrentes y la parte querellante.

II. Del escrito de querrela que dio inicio a las actuaciones y en relación con el hecho denunciado surge que el 9 de enero de 2003 (...) fue intervenida quirúrgicamente en el instituto “...” por el doctor (...) a raíz de una hernia de disco entre la cuarta y quinta vértebra lumbar (...).

En forma casi inmediata la querellante comenzó la rehabilitación, que se prolongó hasta el mes de abril de ese año pues persistía el dolor en la región aludida. A ello se sumó una visible inflamación en la región paravertebral derecha, por lo que consultó al facultativo mencionado, quien le habría restado importancia; no obstante, le prescribió la realización de una resonancia magnética que se practicó el 24 de abril de 2003. Con ese resultado -ver transcripción obrante a fs. (...), segundo párrafo- se realizó una infiltración.

Tiempo después, frente a los dolores siempre intermitentes, la querellante consultó al doctor (...), quien le indicó la realización de resonancias magnéticas de control. En el último estudio, concretado en el mes de febrero del año 2012, apareció en la zona afectada una imagen que podía estar relacionada con un tumor, que no habría surgido en los estudios anteriores (...).

Con motivo de los exámenes ordenados con carácter de urgente, se confirmó la existencia de un probable tumor, de manera que se realizó una intervención quirúrgica el 18 de febrero de 2012, en cuyo marco se halló “un material no biológico que impresiona como gasa quirúrgica...

probablemente gasa y cápsula de lesión” (...). Sucintamente, ese el hecho denunciado.

III. Ante la posible prescripción de la acción penal, el Ministerio Público Fiscal solicitó la formación del incidente respectivo (...), cuya tramitación se ordenó a través de la providencia dictada a fs. (...), de la causa.

La parte querellante contestó la vista conferida (...) y las defensas de (...) y (...) hicieron lo propio (...).

Luego de la intervención de esta Sala (...), se dispuso la remisión de las actuaciones al Cuerpo Médico Forense a efectos de que se concretara el examen pericial ordenado en el principal (...) y tras la celebración de la audiencia prevista en el artículo 341 del Código Procesal Penal, se resolvió rechazar la excepción aludida.

Ello se fundó en el hecho de que el curso de la prescripción debía contarse desde el mes de febrero de 2012, pues fue “cuando se determinó que las dolencias que padeciera la querellante hasta ese momento tenían relación causal con la gasa que quedara en su cuerpo tras la intervención quirúrgica de enero de 2003”.

IV. Se ha definido que una acción cumple el tipo de un delito imprudente de resultado si, en primer lugar, crea un peligro para intereses jurídicamente protegidos que va más allá de la medida permitida y que el autor habría podido evitar, y si, en segundo lugar, este peligro desemboca en el resultado (1).

En atención a lo expuesto y siguiendo las consideraciones realizadas por el Cuerpo Médico Forense, bien puede sostenerse que la creación de ese peligro estaría constituida por el olvido de una gasa (oblito) en oportunidad de que la damnificada fuera intervenida quirúrgicamente el 9 de enero de 2003 (...), pues ello no resulta adecuado a las reglas del arte de curar (...).

Desde esa perspectiva y a los efectos de precisar el momento en el cual el resultado se habría producido, cabe colacionar que según las propias referencias brindadas por la querellante ante los facultativos que integraron la junta médica, “en los días postoperatorios inmediatos notó una mejoría del dolor lumbar y ciático pero apareció una disminución de la fuerza del miembro inferior derecho. Que continuó con molestias en la zona de la operación, en el sector derecho, que fueron aumentando progresivamente” (...).

Asimismo, manifestó que frente a las molestias que sentía en el sector derecho de la herida, realizó rehabilitación por un período de tres meses, que para entonces “le había aparecido una tumoración redondeada de alrededor de 6 cm. de diámetro en el sector lumbar derecho”, por lo que se le practicó una infiltración (ídem, párrafos cuarto y quinto) y que “la tumoración desapareció al cabo de unos meses” (...).

Sin embargo, ante los dolores recurrentes realizó otras consultas de las que no obtuvo diagnóstico y en una nueva resonancia practicada en el año 2012 “aparece una tumoración en el sector derecho de la columna” (...), motivo por el que fue intervenida quirúrgicamente y se halló el oblitoma o textiloma, según la terminología empleada en el examen -...-.

A su vez, de las consideraciones médico legales formuladas por los especialistas surge que en algunos de los estudios de imágenes, especialmente en las resonancias magnéticas de columna lumbosacra que se practicaron a la damnificada, se aprecia una tumoración de aspecto quístico entre los músculos espinales de la región paravertebral derecha (...).

Concretamente, se respondió que “el oblitoma de la primera intervención produjo una reacción inflamatoria o granulomatosa del organismo que es apta para generar dolor en la zona, así como tumoración e imágenes pseudoquisticas y pseudotumorales que se evidencian en varias de las resonancias” (...) y que “el textiloma provocó una tumoración visible en varias de las imágenes de resonancia magnética y pudo provocar dolor a partir del postoperatorio de la primera intervención” (...).

De manera que, con independencia de que el oblitoma, finalmente, ha sido constatado con motivo de la intervención quirúrgica realizada el 18 de febrero de 2012, esa confirmación no neutraliza el hecho de que el daño en la salud -es decir, el resultado típico- se produjo luego del acto médico que se llevó a cabo en el año 2003, a partir del cual la damnificada experimentó los dolores referidos y el proceso descrito en el párrafo que antecede.

Por esos motivos, entonces, no cabe homologar la decisión que se fundó en el hecho de que “el curso de la prescripción comienza a contarse desde la consumación del resultado que en el caso de autos tuvo lugar en la operación del mes de febrero de 2012, cuando se determinó que las dolencias que padeciera la querellante hasta ese momento tenían relación causal con la gasa que quedara en su cuerpo tras la intervención quirúrgica de enero de 2003” (...).

En esas condiciones, transcurrido el máximo de duración de la pena contemplada en el artículo 94 del Código Penal (cfr. artículo 62, inciso 2, de igual texto legal) sin que se hubiera verificado alguna causal interruptiva de la prescripción (artículo 67, párrafo cuarto, ídem) y habiendo sido recabada la información pertinente de Registro Nacional de Reincidencia (...), será revocada la resolución dictada y se hará lugar a la excepción de falta de acción por prescripción de la acción penal.

Las costas generadas en esta instancia serán soportadas según el orden causado, en atención al rechazo decidido por el señor juez correccional y dado que el fiscal de grado recurrió esa decisión, todo lo cual persuade acerca de la razonabilidad de aplicar la exención parcial prevista en el artículo 531 del ceremonial.

A mérito de lo expuesto, esta Sala del Tribunal RESUELVE: I. REVOCAR el auto documentado (...), DECLARAR extinguida por prescripción la acción penal respecto de (...) y (...) (artículos 59, inciso 3, 62, inciso 2 y 94 del Código Penal) y DISPONER sus sobreseimientos (artículo 336, inciso 1, del Código Procesal Penal). II. Imponer las costas de alzada por su orden (artículo 531 ídem).

C. N. Crim. y Correc., Sala VII, Cicciaro, Divito, Scotto. (Prosec. Ad Hoc.: Decarli). c. 14.179/12, SALVAT, Jorge y PIROLO, Gustavo. Rta.: 24/09/2013.

Se citó: (1) Günther Stratenwerth, Derecho Penal, Parte General I, El hecho punible, 1ra ed., Hammurabi, Bs. As., 2005, p. 508.

CAPÍTULO 2
ABUSO DE ARMAS

ARTÍCULOS 104-105 DEL CÓDIGO PENAL

EL DELITO DE ABUSO DE ARMAS Y LAS COMPLICACIONES DERIVADAS DE LA MORA INSTITUCIONAL EN TRANSFERIR LA COMPETENCIA PENAL A LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Por Jorge Amílcar García*

1. OBJETIVO DEL COMENTARIO

La invitación a participar en esta publicación es una buena ocasión para efectuar un análisis político-criminal crítico sobre la injustificable demora, es decir omisión institucional, en culminar el traspaso de la plenitud de competencia penal a la Ciudad de Buenos Aires, cumpliendo así el diseño constitucional de que la tarea jurisdiccional es de naturaleza local y no delegada a la Nación. Me atrevo a decir que este es uno de los casos de la discutida cuestión en dogmática constitucional de “inconstitucionalidad por omisión”, en este caso de la Nación al no dotar al poder local de un atributo esencial de su soberanía política.

Precisamente, el tipo doloso que nos toca comentar es una muestra cabal de la poca fortuna en la demora inusitada -más allá de que el sistema gradualista no presenta en principio objeción-, toda vez que al no transferirse los delitos más graves, la imputación de los segmentos del mundo de la vida que se adecuen al tipo de Abuso de Armas -al igual que el de Lesiones Graves o Gravísimas también comprendi-

* Abogado egresado de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Magíster en Derecho. Especialista en Derecho Penal y Criminología, ambos títulos otorgados por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (UNL). Profesor titular de Derecho Penal en dicha Universidad. Procurador General del Poder Judicial de Entre Ríos.

das-, en muchos casos serán desplazados por concurso aparente por la tipicidad de tentativa de homicidio.

Más allá de la discusión dogmática a la que nos hemos de referir, este desacierto institucional ha de provocar un sinnúmero de conflictos de competencia, que desde siempre -sobre todo en el escriturismo procedimental-, han significado uno de los baldones más lamentables del servicio de justicia, con ejemplos dignos de los mejores cuentos de Kafka.

Lo mismo seguramente ha de ocurrir con la excepción un tanto ridícula en los tipos de tenencia o portación de armas de guerra, cuando se trate de “funcionario federal”, o que algún Tribunal trasnochado no siga la tesis del concurso aparente en el Robo con Armas, sino la real y pretenda desgajar el hecho único y remita a la CABA lo atinente a la Portación.

Estas reflexiones refuerzan nuestra idea expresada en muchas ocasiones de que al mentar sobre lo penal, aludimos a la vez tanto a la norma positiva como al saber crítico sobre ella. La pretensión de un conjunto ordenado de conocimientos que no se limite a un mero afán sistematizador -magüer su valía-, de modo indisoluble es siempre un “comprender” político-criminal, que se refleja también en una postura sobre el sistema de enjuiciamiento.

La política criminal además -y mucho antes de Von Liszt-, no es una función privativa del legislador democrático, en la revisión de los espacios reglados de deber y de libertad frente a la evolución de la complejidad social, ni de la Academia, sino que se halla imbricada en los roles institucionales de la pragmática jurídica, y sobre todo en que la norma individual sea una expresión del “mejor argumento” posible, es decir de justicia del caso.

2. EL TIPO DE ABUSO Y AGRESIÓN CON ARMAS

2.1. Abuso de armas

Sin duda alguna -desde sus orígenes hispanos-, esta figura es un ejemplo de política criminal (legislativa) de establecer riesgos penalmente prohibidos anticipados, en un fenómeno que hemos descripto como “tipicidades en escalera” o progresiva -es decir, desde el peligro hasta la lesión del bien jurídico-, no sólo por el efecto comunicativo de lo “ya” prohibido por la norma, sino para solucionar problemas de imputación, sea en la prueba sobre la evitabilidad concreta prevista por

el autor en el caso, o aun para impedir efectos de impunidad en casos de desistimiento de ilícitos más graves, que dejan ya realizados estos tipos dolosos subsidiarios.

No sólo ello acaece con estos injustos -artículos 104, 90, 91, 42 y 79 u 80 del Código Penal (CP)-, sino también en los delitos contra la integridad sexual -artículos 119, 120, 130 y 125 CP-, o en los que protegen la libertad -artículos 141, 142 bis, y la extorsión -artículo 170 CP-, como asimismo en los primeros en su relación con los robos calificados -artículos 166 inciso 1, 2 y 165 CP-; su tenencia o portación; o aun en el abandono de personas seguido de muerte y la comisión por omisión de homicidio, entre otros.

En todos estos casos se producen fenómenos de solapamiento normativo y dificultad en el caso concreto de establecer cuál es la tipicidad especial que desplaza. Se trata, en suma, de un problema de interpretación del alcance semántico de la norma de deber, es decir un problema de la llamada teoría del “concurso de delitos”, que con todo el bagaje de dificultades propias de la vaguedad del lenguaje es un ejemplo de un tema en el que lejos estamos siquiera de algo parecido a una “doctrina dominante”.

Como es sabido, este tipo doloso de peligro concreto no se hallaba en el Proyecto Tejedor, y fue introducido por el Código de 1886 a través del proyecto Villegas-Ugarriza-García, que lo toma del artículo 423 del Código español de 1870. Este establecía una aminoración de pena para *“el acto de disparar un arma de fuego contra cualquier persona...” “...si no hubieren concurrido en el hecho todas las circunstancias necesarias para constituir delito frustrado o tentativa de parricidio, asesinato, homicidio o cualquier otro delito a que esté señalada una pena superior...”*.

En su transcripción local, se agrega el adjetivo “intencionalmente”, y sin referencia a la tentativa se agrega la aplicabilidad de esta “aunque se causare herida” con la cláusula de subsidiariedad expresa.

Los comentaristas españoles de la época justificaron la modificación en problemas procesales –y de justicia del caso–, cuando no se demostraba la intención de matar; así, Groizard decía que los jueces se resistían a considerarla cuando el disparo “no daba en el blanco”.¹

1. Ver Pacheco y Viada, citado por Irureta Goyena, *El delito de Homicidio*, quien recuerda casos del TSE, que entiende realizada esta tipicidad en disparos a través de una puerta o ventana sin divisar a su víctima si el agresor tenía fundamento para pensar que se hallaba

Esta fue también la justificación del tipo penal aquí, desde evitar las controversias entre los italianos sobre la tentativa de lesiones, la dificultad de distinguirlo de la tentativa de homicidio, dado que nadie manifiesta “una intención que lo perjudicaría”, y en la “mala costumbre de llevar armas y donde se hace necesario tomar medidas para impedir los funestos resultados que derivan de ese hábito inconveniente...”.²

Creemos que no existe ningún desacuerdo doctrinario sobre los alcances semánticos del texto, más allá de que creemos que el tipo básico es la agresión con armas, y los tipos agravados resultan del disparo de arma de fuego contra persona, amén de las del artículo 105 del Código Penal, por lo que hemos de referirnos al problema aún discutido de la relación concursal aparente con la tentativa de homicidio.³

2.2. La fórmula de la tentativa, el dolo eventual y el artículo 104 CP

Como se relata en la discusión parlamentaria de nuestro artículo 42, el proyecto de 1906 decía: “*Hay tentativa cuando la resolución de cometer un delito ha sido manifestada por actos exteriores que tengan relación directa con el mismo*”, es decir el problema del umbral de anticipación de la criminalización, para lo cual se echaba mano a “los antecedentes personales del agente”.

La comisión de Diputados aceptó la propuesta de Herrera, de no definir y de emplear el concepto de “*comienzo de ejecución*”, aunque claramente se plantea el dilema del lado subjetivo del hecho, entre el “simple” disparo de arma y la tentativa de homicidio, que radicaría -según ellos- “*en el elemento intencional, no en el libre arbitrio sino en el propósito*”, y en base a las dificultades probatorias, agrega la *premeditación de antemano*.

El Senado -a través de Ángel D. Rojas- observó la incongruencia de que no constituya jurídicamente tentativa el caso de dolo directo -dice

en la dirección del proyectil; México, UTEHA, p. 270 y ss.; ver De la Fuente, *Código Penal Comentado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, dirigido por Baigún y Zaffaroni, T. 4, p. 100 y ss.

2. En palabras de Moreno R. (h), Tommasi, 1923, T. 4, p. 115 y ss.; ídem, T. 2, p. 399 y ss.; extensamente como veremos, Zaffaroni, E. *Trat.*, T. IV, p. 440 y ss., Ediar, 1982; lo mantiene en *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, 2000.

3. Conf. por todos, Núñez, Ricardo, *Trat.*, T. III, Vol. I, p. 287 y ss.; Ed. Lerner, 1987; Creus, Carlos, P. Especial, 6ª ed., Astrea, 1999, T. 2, p. 306 y ss.; ídem Donna, Edgardo, P. Especial, Rubinzal, 2003, T. I, p. 229 y ss.; ídem, con muchas coincidencias con lo expresado en este trabajo, el excelente estudio de De La Fuente, en *Cod. Penal Comentado, op. cit.*, nota 1), p. 97 y ss.

propósito-, pero sin premeditación, es decir “*aunque se pruebe que el sujeto quiso matar, incendiar, robar, causar estrago...*”. Finalmente no se aceptó la fórmula italiana que proponía Rojas -agregaba *medios idóneos-*, pero se quitó la premeditación siguiendo la opinión de González Roura.⁴

Sin duda que en el legislador originario se halla casi sobreentendido que la tentativa supone “*intención*” -como vimos-, dado el escaso desarrollo de la ciencia jurídico-penal de esa época, y de allí es razonable que la dogmática clásica en nuestro medio haya seguido esta línea. Lo que nunca hemos compartido es que esa conclusión surja de la exégesis del artículo 42 CP en tanto enuncia “*el fin de cometer un delito determinado*”.

En su interesante rastreo genealógico, Zaffaroni se hizo cargo de este yerro, en la traslación de la discusión italiana, en la que Carrara pretendía excluir el entonces llamado “dolo de ímpetu”, el que responde a una reacción súbita, poco planificada, por *subitáneo impute di affetti*, y que aquí pretendía solucionar el problema de la *indeterminación de la voluntad*, sobre todo en la apreciación judicial -norma individual-, es decir un problema probatorio, como vimos.

Lo cierto es que el legislador no consignó el requisito de “determinado” en referencia al dolo -como expresaba Rivarola-, sino como “delito determinado”, lo que en sí no significa nada.

Aun sin que se compartiese el punto de vista de Zaffaroni de que el concepto de dolo en nuestra ley puede construirse a partir de la fórmula del artículo 42 del Código Penal, es evidente su acierto en la crítica a quienes pretenden la exclusión del dolo eventual de la tentativa, como error de tipo al revés, pues es de lógica impecable que entonces “*el fin de cometer un delito determinado*” sería la definición de “dolo directo” -desvalor de intención-, y el dolo eventual, “*el fin de cometer un delito indeterminado*”. Como él dice, “*una monstruosidad lógica puesto que no puede concebirse el fin de cometer cualquier delito*”.⁵

El razonamiento de Jiménez de Asúa es paradójico, pues en su análisis del nuevo Código Penal argentino, en 1928 había criticado al tipo de Abuso de Armas como “sin vida técnica”, pues era “una frustración de

4. Moreno, R. (h), *op. cit.*, T. 2, p. 388.

5. Zaffaroni, E., *Tratado*, T. III, pp. 309-356 y ss.; *op. cit.*, T. IV, p. 432 y ss.; ya en *Teoría del Delito*, p. 300 y ss.; p. 676 y ss., Ediar, 1973; mantiene dicha postura en *Parte General*, p. 505 y ss.; *op. cit.*, p. 788 y ss.; en contra Núñez, R. Manuel, *Parte General*, p. 267; Lerner, 1977; ídem Jiménez de Asúa, T. VII, p. 894 y ss., Losada, 1970.

homicidio doloso por dolo directo o eventual”; sin embargo, en el Tratado, pese a pasar revista a los autores alemanes que admitían -antes del finalismo-, el dolo eventual en la tentativa, v. gr. Liszt / Schmidt; Hellmuth Mayer; Frank y, obvio ya, Maurach, restringe esa posibilidad en virtud de la palabra “fin”; pero “no llega a tanto” cuando se plantea la cuestión del “dolo de consecuencias necesarias”, sin más fundamento de que también se lo denomina “directo”, lo cual como sabemos no es correcto pues su impronta es la certeza del aspecto cognoscitivo, como representación segura del síndrome de riesgo.

Es que si se sigue de modo coherente esta incoherencia dogmática, en el conocido caso del autor que coloca una bomba en el automóvil para matar al presidente, a conciencia segura de que también ha de morir el chofer, a quien no desea la muerte porque es su amigo y, que por casualidad del destino no muere, respecto de él, no habría tentativa de homicidio sino lesiones graves o gravísimas según las consecuencias.

Fueron -como se ve- los autores de la generación argentina del finalismo -Zaffaroni, Bacigalupo, Esteban Righi- entre otros, quienes centraron su análisis dogmático a partir de la estructura normativa, y demostraron que no existe ninguna particularidad en la palabra “fin” que excluya la posibilidad del dolo eventual, ya que siendo la tentativa un defecto de tipo objetivo con tipicidad subjetiva completa, si aquel admite su realización con dolo eventual, este será suficiente para la tentativa.

Como dice Jakobs, *“El tipo objetivo no está completo en la tentativa; el tipo subjetivo por el contrario debe darse plenamente, con el mismo contenido y en la misma forma que es necesario para la punición por el delito doloso consumado”*.⁶

En la dogmática y jurisprudencia alemana es abrumadora esta postura, salvo algunos casos aislados con fundamento político-criminal de analogía con el desistimiento -así Puppe-, o en los casos de tentativa inidónea -así Herzberg-, correctamente rechazados por Roxin.

6. Jakobs, G., *Derecho Penal*, 2^{da} ed., Barcelona-Madrid, Marcial Pons, 1991, p. 866 y ss., “naturalmente, en la tentativa inacabada la voluntad de realizar el último acto parcial no está aún ejecutada; en esa medida existe un déficit de voluntad de ejecución frente a la tentativa acabada y a la consumación”; así, Righi, E., desde su comentario en NPP, N° 1, “El dolo eventual en la tentativa” (1972); ídem en *Derecho Penal. Parte General*, Lexis Nexis, 2007, p. 416 y ss.; Bacigalupo, E., *P. General*, Hammurabi, 1999, p. 472 y ss.; y Zaffaroni, *op. cit.*; también ahora De la Fuente, *op. cit.*, p. 101 y ss.

No sólo el texto del código del Reich como el actual no permiten otra conclusión que la de que el dolo de la tentativa se corresponde con el delito consumado, sino que tampoco puede predicarse un menor merecimiento de pena. Por el contrario, como dice Roxin, “*la impunidad de la tentativa con dolo eventual llevaría a resultados político-criminalmente insostenibles...*”, fácilmente advertibles en la praxis jurisprudencial.⁷

Sancinetti se ha ocupado extensamente del solapamiento material que se produce en el tratamiento del “dolo” en los delitos de peligro, es decir que no se halle alcanzado por el dolo eventual del delito de lesión, ejemplificando con el tipo de Lesiones Graves por Peligro de vida, y el artículo 104 y la tentativa de homicidio con dolo eventual. Y si bien le encuentra poca operatividad, pues quien al usar un arma tiene dolo del síndrome de riesgo de una gravedad “X”, difícilmente pueda no tener el dolo (eventual) también de esa consecuencia más grave “Y”, salvo el caso de “ceguera ante los hechos” (*Tatsachen blindheit*) frente al resultado, o bien que impida la impunidad del desistimiento del tipo más grave (el homicidio).⁸

En la evolución dogmática no existen ya posturas que pretendan una verdad sustancial u ontológica universal, sino que se trata de verdades contingentes, es decir, de consensos científicos con fundamento argumentativo para reconstruir discursiva y sistemáticamente la Ley Penal en aras a la seguridad jurídica y dentro de los parámetros constitucionales.

7. Cfr. Roxin, C., *Der. Penal*, Civitas, 2014, T. II, p. 452 y ss.; ídem Jakobs, G., *op. cit.*, p. 866 nota 34; ídem Frister, H., *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Hammurabi, 2009, p. 472; en la doctrina española, Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Barcelona, 1996, p. 343; ídem extensamente Farré Trepal, Elena, en su tesis *La tentativa de delito*, p. 77 y ss.; Bosch, 1986; ídem Alcácer Guirao, en su tesis sobre la tentativa; ídem en “Enjuiciamiento del peligro, tentativa y delitos de peligro”, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Ad-Hoc, N° 9, p. 415 y ss.; adhiere a la postura de supuesta “lege lata”, sin pronunciarse por la justificación -quizás en un homenaje a su “escuela” cordobesa-, sobre la supuesta restricción del artículo 42 CP, Pérez Barberá, G., en su síntesis en *Revista Agón Pensar en Derecho*, “Dolo como reproche”, pero sin que este aspecto quite un ápice de mi conformidad con su tesis, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, 2011 -una de las mejores de la ciencia penal argentina sin dudas-.

8. Cfr. *Teoría del delito y desvalor de acción*, Hammurabi, 1991, p. 227 y ss.; antes en DP, Depalma, 1986, “Dolo y tentativa: ¿El resultado como un mito?”; luego en DP, 1987, “Tentativa y Dolo eventual”.

En este marco teórico, el concepto de “dolo” se construye –constructo normativo–, sobre la idea de “representación racional del riesgo relevante del resultado típico”, evitable para el concreto autor, como lado subjetivo de la afectación intolerable a la vigencia de la norma legítima. Esta racionalidad se recaba empírico-normativamente del mismo modo que cualquier dato del proceso, lo que hemos mentado como inescindibilidad epistémica/empírica del concepto y la prueba del dolo en la norma individual, es decir en el juicio.

Sin duda que es posible –y frecuente– que también ello se realice con “desvalor de intención”, o con el desvalor de conciencia segura, el antiguamente denominado dolo de consecuencias necesarias.

En el primero de los supuestos, el finalismo clásico de Welzel, entre nosotros Zaffaroni recurriendo a Heidegger, diferenció lo que es el “de-sear”, que sólo puede tener importancia como motivación al momento de la pena -reprochabilidad-, del “querer” jurídico penal propio del dolo.

Pero en lo que hace a la distinción que nos interesa, es doctrina unánime que para el tipo doloso del artículo 79 del Código Penal, no se requiere más que la forma básica es decir dolo eventual. Como dice con razón Jakobs: “...*Un dolo de peligro sin dolo de lesión es posible sólo si el autor conoce el juicio objetivo de peligro sin que le parezca razonable, o cuando el peligro tiene una intensidad no relevante para el juicio*”.⁹

Ahora bien, no obstante rescatar la búsqueda “genealógica” del origen del artículo 104 del Código Penal, y su distinción con la tentativa de homicidio con dolo eventual que realiza Zaffaroni, no creemos necesario seguir empleando el concepto hartamente confuso de “dolo de ímpetu”, que el citado autor reconoce como “abandonado hace años” por la dogmática. No sólo mezcla elementos de motivación –propios del relevamiento de la culpabilidad–, sino que privilegia excluyendo de la tentativa de homicidio precisamente circunstancias que en dicha sede no son atendibles desde el plano axiológico, como la ira, o la agresión irreflexiva y descontrolada, emociones que en absoluto podrían atenderse como “disculpables” –las citas antiguas que efectúa Zaffaroni (Muyard de Vouglans, o del mismo Carrara)–, y su propio concepto de que “*se manifiesta en una conducta agresiva armada contra la integridad física de una persona y a causa de la continuidad y parcial superposición de la resolución y la acción abarca una voluntad realizadora de cualquier resultado*

9. Cfr. *Derecho Penal*, op. cit., p. 207; Zaffaroni, *Trat.*, T. III, op. cit., p. 73 y ss.; ídem Struensee, E., *Dolo, Tentativa y Delito putativo*, Hammurabi.

o de varios resultados conjuntamente”, convencen de que no hay razonabilidad para que esta evitabilidad se privilegie.¹⁰

Esto de ninguna manera implica admitir la crítica muy liviana de que esta forma de entender -de modo imputativo y adscripto al concepto de dolo-, implica su expansión “a costa” de la imprudencia.

Es verdad que una mirada excesivamente psicologista del relevamiento empírico en casos de grosera ceguera ante los hechos, ha llevado a pretender desechar casos claros de dolo eventual; v. gr. riesgo concreto a vidas de niños que entran a la escuela en horario matutino por un conductor bajo los efectos de ingesta alcohólica y drogas que, a altísima velocidad, saltea semáforos en rojo y embiste a dos pequeños.¹¹

Obvio, esto no puede significar que cualquier situación de “*willfull blindness*” o de “ceguera” aludidas sean casos de dolo eventual, ni que casos de desatención selectiva en la interacción cotidiana de resultados lesivos masivos, por la altísima y absurda letalidad, v. gr. el caso del local de recitales “Cromagnon”, “estiren” indebidamente el alcance de aquel -en los discutidos supuestos de “habitación al riesgo”- (cfr. Correctamente Cam. Nac. Casación Penal, “VILLARREAL, Raúl Alcides y otros s/recurso de casación” -caso *Cromagnon*-, del 15/9/15).

Quienes pretenden este yerro conceptual deben hacerse cargo del argumento de la tentativa: todas las veces que abrió un recital la “disco” en esas condiciones de riesgo habría habido tentativa de estrago agravado, lo cual es poco defendible.

Como se puede ver -desde Welzel-, el “argumento de la tentativa” sigue dando frutos en la racionalidad dogmática.

10. Cfr. *op. cit.*, T. III, p. 357; T. IV, p. 438 y ss.; ídem Jiménez de Asúa, *op. cit.*, p. 887.

11. Cfr. Cám. Casación Penal Entre Ríos, *in re* “DIAZ, Silvio Ramón S/ HOMICIDIO SIMPLE Y HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA - RECURSO DE CASACION”, 7/9/15; en este caso murió uno de los pequeños que se hallaba en la vereda por cruzar hacia la escuela, en una de las avenidas principales de la ciudad; su hermanito recibió heridas graves. Se llegó a un juicio abreviado por los delitos de homicidio doloso en concurso ideal con tentativa de homicidio -ambos con dolo eventual-, a una pena de ocho años y seis meses de prisión. Es pacífica la nomofilaquia de nuestro STJ, y ahora la Cámara de Casación, desde el precedente “DE LA ROSA, EMANUEL J.L. - GORO, GUSTAVO D. Y OTROS - HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA Y OTROS - RECURSO DE CASACION”, del 17/3/09; ídem. “MARTINEZ RUBEN s/ LESIONES GRAVES DOLOSAS - REC. DE CASACION”, del 20/4/09; “GARCÍA, EDUARDO E. - GARCÍA, ANÍBAL A. S/ HOMICIDIO SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA - RECURSO DE CASACION”, 24/8/10, entre muchas.

Y si bien no compartimos la asimilación del concepto de dolo a su forma de desvalor de intención que efectúa el Anteproyecto de reformas del Código Penal en discusión, sí nos pareció correcta la previsión de la imprudencia grave o temeraria y la extensión de su penalidad hasta tocar el mínimo del homicidio doloso.

Además de justo, para esos gravísimos supuestos de la complejidad de la sociedad del tardo capitalismo trasegado de productos y de riesgos incontrolables, es claro que existe un hiato de entidad de injusto en nuestra ley penal entre la pena máxima para el homicidio imprudente -cinco años-, y el mínimo del tipo doloso -ocho-, que explica -no justifica-, la indebida “estirada” o “aguamiento” de la *extensión* conceptual del dolo eventual, en los casos aludidos de muertes masivas.

Es que entre el quebranto del riesgo permitido en el contacto social que se adscribe desde la norma como imprudencia, y el que se atribuye comunicativamente como “dolo”, existe una diferencia de grado, que se corresponde con la entidad desde el lado subjetivo del hecho: cognoscibilidad evitable del resultado típico para la imprudencia y representación racional para el dolo. Tan ello es así, que es correcto conceptualmente definir a la imprudencia como “error de tipo evitable” -excluyente del dolo-, pero que depende del relevamiento empírico de los datos del proceso, que atañen a los llamados *predicados disposicionales*, es decir a la manifestación de la representación del autor, para el juzgamiento del suceso como imprudencia grave o temeraria, o lisa y llanamente dolo.¹²

Pues bien, en el relevamiento de estas circunstancias del mundo de la vida -académico o judicial-, que deben recabarse para adecuarlas al concepto “dolo eventual de homicidio”, o en subsidio al tipo de peligro de disparo de arma, es evidente que quien descerraja varios tiros hacia

12. Cfr. por todos, Puppe, I., *El Derecho Penal como ciencia*, Ed. BDF, 2014, p. 184 y ss.; ídem Frisch, W., *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Marcial Pons, 2004, p. 63 y ss.; Feijoo Sánchez, B., *El dolo eventual*, Externado, 2004, p. 94 y ss.; fundamental en la distinción y sobre todo en los aportes al relevamiento de la prueba, Ragués, i Vallès, en su tesis *El dolo y su prueba en el proceso penal*, JMB, 1999, p. 455 y ss.; ídem Kindhäuser, U., “Acción y norma en el Derecho Penal”; en Normativismo en Derecho Penal; nuestra posición -llevada a la praxis de muchos fallos en la Cámara del Crimen local y luego como criterio político criminal rector desde la Procuración General del Poder Judicial provincial, se refleja en “El anteproyecto de Ley de Reforma. Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto PEN 678/12) y la Determinación Judicial de la Pena”, *ElDial*, 21/2/2014.

una víctima a pocos metros, hacia zonas vitales v. gr. tórax, espalda, cabeza, etcétera, no puede pretender racionalmente que sólo se representó el síndrome “X” de riesgo, pero no la probabilidad sería del resultado muerte, ya que ello sería tan absurdo como lo era la exigencia del juez a Shylock en *El Mercader de Venecia*, de que obtuviese su libra de carne sin derramar una gota de sangre.

En palabras de Pérez Barberá, existe aquí una “representación epistémicamente racional y ontológicamente acertada”, que “*comunica*” una intensa postura contraria a las reglas básicas que garantizan la validez de expectativas normativas. El autor no puede *ex post* alegar que él está de acuerdo con la norma, y por ello merece un castigo mayor.¹³

13. La tesis doctoral de Pérez Barberá referida es -como dice Roxin- una obra fundamental que reseña exhaustivamente 200 años de discusión germana -y su reflejo hispano parlante-, en la cual amén de deshilar frecuentes “disputas verbales” de la interminable disputa, plantea un abordaje que distinga el concepto, constructo normativo de dolo, y su imputación a través del proceso de relevamiento empírico de sus datos. Lo que torna doloso o imprudente un caso genérico es una valoración de él como más o menos grave, y conlleva el sentido ilocucionario de un juicio de mayor o menor reproche. La reconstrucción del concepto de dolo debe realizarse a partir del fin del derecho penal y de la *ratio legis* del mayor castigo del delito doloso. Así pues, la mayor intensidad con la que ciertos comportamientos comunican su apartamiento de la norma justifica su mayor gravedad y su mayor merecimiento de pena, y es entonces lo que define al dolo. Ello no se identifica con cuestiones naturalísticas -conocimiento, voluntad-, sino que su relevamiento demuestra la racionalidad de esa “intensidad comunicativa”, al igual que su evitabilidad. En lo que refiere a la “ceguera ante los hechos”, dice el colega y amigo cordobés “...se dan circunstancias que deben ser valoradas del mismo modo que las de los casos de apartamiento de una regla en los que media representación epistémicamente racional y ontológicamente acertada. En estos casos, la conducta tiene lugar a partir de una orientación *arbitraria* y comunica por tanto una toma de postura que debe ser interpretada, desde un punto de vista objetivo, como intensamente contraria a la de la regla. Ello es así porque ‘arbitrariedad’, en este contexto, significa un desafío objetivo a regularidades empíricas obvias a normas de conducta elementales propias de ese ámbito específico de actuación (*ceguera ante los hechos*). De allí que, también aquí, desde un punto de vista *ex ante* el apartamiento del autor importa comunicar otra regla, opuesta a la violada, e importa asimismo comunicar objetivamente una pretensión de validez respecto de su propia regla; y tampoco en este supuesto el autor tiene margen objetivo para, *ex post*, alegar de modo atendible que, pese a su conducta, él está de acuerdo con la regla de la que se ha apartado. Por este motivo merecen estas conductas un castigo mayor”; en Agón; extensamente se refiere en su tesis, p. 138 y ss.; p. 778 y ss.).

Y no se trata -como parece indicar Feijoo-, de que a través de esta figura, en realidad una denominación metafórica con toda la vaguedad que ello implica, se traten casos de imprudencia como dolo, sino que más allá de psicologismos, cuando la persona expresa su contradicción a la norma a través de probanzas de que la probabilidad del acaecimiento del resultado lesivo, v.gr. muerte, es altísima, no puede escudar su “confianza” en que ello no ocurra, o bien en un mundo esotérico o en un simple no pensar en ello. Así, si en el ejemplo de Jakobs, un conductor ebrio -igualmente un terrorista-, dirige su automóvil acelerando frente a un control de tránsito rompiendo la barrera y aplastando al guardia, no podrá pretender imprudencia alegando simplemente que pensó que la víctima saltaría sobre el capot o hacia atrás.

No en vano Roxín, al tomar distancia en el prólogo a la tesis de su discípulo Pérez Barberá en lo referente a la “ceguera ante los hechos”, no utilice esta denominación (*Tatsachenblindheit*), sino algo diferente, *straflichen Leichtsinn*, es decir, ligereza punible: *debió haber percibido lo que no percibió por motivos irracionales*. En cada caso, entonces, deberá verificarse si esta irracionalidad arbitraria es de tal magnitud que se imputa como dolo o como imprudencia temeraria.¹⁴

Pero claro está que no es posible que, recordando a Armin Kaufmann, sólo el azar transmute “con” el resultado muerte –un centímetro más o menos de la bala-, la exigencia de un supuesto dolo de intención en la tentativa a uno eventual de consumación, en lo que Sancinetti refería como la “magia del resultado”.

Una última reflexión que tiene que ver con la integralidad del sistema de Derecho Penal, y que aquí de la mano de la teoría de la argumentación y de la decisión judicial -como epistemología de la validez de la norma individual-, es la utilidad de la figura subsidiaria del artículo 104 del Código Penal en situaciones fácticas que no permitan hipotetizar certeza en una condena por tentativa de homicidio, y que permitan entonces, acordar una solución en juicio abreviado.

14. Cfr. Feijoo Sánchez, B., “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial”, *InDret*, julio 2015; Jakobs, G., *op. cit.*, p. 342 y ss.; ídem, en “El principio de culpabilidad”, en *Estudios de Derecho Penal*, Ed. UAM/Civitas, p. 365 y ss.; recientemente en “*Dolus Malus*”, *InDret*, octubre 2009; extensamente, Pérez Barberá, G., *El dolo eventual*, *op. cit.*, p. 138 y ss.; p. 791 y ss; ídem Ragués i Vallés, *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, Barcelona-Madrid, Marcial Pons.

No solamente desde una racionalidad de fines (*zweckrationalität*), sino también desde el valor justicia (*wertrationalität*), es que propiciamos el valor, en un sistema adversarial, de criterios consensuales de “verdad”, con intervención de la víctima, sea en soluciones alternativas composicionales, o prescindentes del juicio oral común. Lejos de una privatización del derecho penal, ni menos el quiebre de garantías como igualdad, o culpabilidad, en realidad significan la aceptación de la vigencia de la norma quebrantada. Las ciencias sociales han demostrado que el discurso normativo -de aplicación pragmática- opera en un marco de selectividad, que no es neutro, sino que reproduce las estructuras desiguales de esa sociedad, amén de las “reglas” burocráticas, tan bien destacadas por Max Weber como constitutivas del “desencantamiento” de la Modernidad. Se trata, entonces, de suplir un mecanismo arbitrario y desigual de selección, por instrumentos reglados que complementen aquello que es fundamento de la actuación penal: *sólo aquellos quebrantos normativos, que por su gravedad no pueden contestarse de un modo menos cruento para preservar la coexistencia, deben quedar en el ámbito punitivo*. Como hemos dicho muchas veces, *ultima ratio* de ningún modo significa *nulla ratio*, y menos aún *boba ratio*.¹⁵

3. CONCLUSIONES

La omisión institucional en culminar el traspaso de la plenitud de competencia penal a la Ciudad de Buenos Aires, cumpliendo así el diseño constitucional de que la tarea jurisdiccional es de naturaleza local y no delegada a la Nación, constituye un caso de “inconstitucionalidad por omisión”, en este caso de la Nación al no dotar al poder local de un atributo esencial de su soberanía política.

En términos consecuencialistas, al no transferirse los delitos más graves, la imputación de los segmentos del mundo de la vida que se adecuen al tipo de Abuso de Armas, artículo 104 del Código Penal -al igual que el de Lesiones Graves o Gravísimas también comprendidos-, en muchos casos concretos, se verán desplazados por concurso

15. Cfr. nuestro trabajo, “La Reforma Procesal Penal como producto de una política criminal racional”, *ElDial*, 20/08/13.

aparente por la tipicidad de tentativa de homicidio, amén de generar incontables problemas -y dilaciones-, por competencia, que tanta incompreensión generan en el colectivo social.

El problema dogmático de la coexistencia de una figura de peligro concreto como el disparo de armas de fuego, con o sin resultado de herida, artículo 104 del Código Penal, y su distinción con la tentativa de homicidio con dolo eventual, no discurre ya por la tesis criticada de exigir dolo directo, porque de este modo no se explica razonablemente cómo la conducta, de la nada, pasa a homicidio consumado ahora sí con dolo eventual por la desviación casual de un milímetro en la bala, ni tampoco por los argumentos históricos, más allá de su valor hermenéutico.

Una reconstrucción racional del programa del legislador lleva a considerar que para relevar empíricamente la conducta en el tipo doloso de peligro concreto del artículo 104 del Código Penal, el autor debe haberse representado la probabilidad -el riesgo- de la producción del resultado, pero que dicha representación no ha alcanzado un grado de seriedad, o concretización mayor: el riesgo concreto de muerte de esta víctima, salvo los casos de irracionalidad arbitraria comunicativa, donde se imputará dolo eventual de homicidio.

Esta construcción permite, como dice Sancinetti, que el autor del tipo de peligro no pueda invocar la impunidad por un desistimiento de la tentativa; y además que en casos como estos en que no se den los elementos suficientes para tener por demostrado el dolo eventual de homicidio en la tentativa, ello se interprete restrictivamente -artículo 3 CPP- en la tipicidad subsidiaria por concurso aparente del artículo 104 del Código Penal.

Esta última cuestión tiene importancia en términos consecuenialistas, dado que en los sistemas adversariales de procedimiento penal, en donde priman criterios político-criminales de persecución, estas insuficiencias probatorias permiten soluciones razonables en juicios abreviados.

JURISPRUDENCIA

Fallo: (...) contienda negativa de competencia planteada entre el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° (...), Secretaría N° (...) y el Juzgado Nacional en lo Correccional N° (...) Secretaría N° (...).

Y CONSIDERANDO: I.) El magistrado de instrucción a fs. (...) sostuvo que el suceso a investigar encontraba encuadre jurídico en las figuras de lesiones leves o de abuso de armas (artículos 89 y 104 del Código Penal) en virtud de que las heridas causadas por los disparos de arma de fuego, cuya autoría se atribuye a (...), revisten el carácter de leves (cfr. informe médico legal de fs. (...)).

II.) Por su parte, el juez correccional a fs. (...), expuso que la conducta desplegada por la imputada podía subsumirse en los artículos 42, 79 o 90 del código de fondo ya que, en esta etapa temprana de la investigación, no puede descartarse la intención de matar ni de herir de gravedad, por cuanto aún no se ha determinado el elemento subjetivo que podría abarcar el accionar de la nombrada.

III.) Al momento de resolver la cuestión, compartimos los argumentos desarrollados por el Fiscal General a fs. (...), en cuanto a que en este caso resultaría de aplicación que prosiga la pesquisa el juzgado de más amplia competencia en virtud que el tipo de herida, su ubicación en el cuerpo de la víctima y la idoneidad del arma utilizada no permiten descartar el dolo homicida.

En esta inteligencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que: “para resolver una cuestión de competencia, esta debe hallarse precedida de una adecuada investigación que permita individualizar los hechos sobre los cuales versan las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que habrían ocurrido y las calificaciones legales que les puedan ser atribuidos” (Fallos 306:728, 301:472, 302:853).

IV.) En consecuencia, no pudiendo descartarse por el momento la calificación más gravosa, corresponde que conozca en el sumario el juzgado de más amplia competencia, a fin de evitar futuras nulidades (arts. 36 y 50 del C.P.P.N., por ello, el Tribunal

RESUELVE: I. MANTENER la competencia del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala I, Bunge, Filozof. (Sec.: Sosa). c. 34263/13, N. N. Rta.: 24/06/2014.

Procesamiento. Configuración. Análisis del tipo penal. Revocación. Falta de mérito.

Fallo: (...) contra el punto I del auto de fs. (...) que dispuso su procesamiento en orden a los delitos de abuso de arma de fuego -hecho I- y coacción con armas -hecho II- que concurren en forma real entre sí.

(...) Y CONSIDERANDO: Los agravios desarrollados por la asistencia técnica habrán de tener favorable acogida en tanto los elementos probatorios que hasta ahora componen la encuesta resultan insuficientes, aún con el grado de probabilidad que requiere el art. 306 del código adjetivo, para disponer el procesamiento de (...).

En lo que respecta al suceso identificado como "I", cabe recordar que el delito de abuso de armas requiere para su configuración que el disparo se haga contra una persona (conf. Horacio J. Romero Villanueva, "Código Penal de la Nación y legislación complementaria. Anotados con jurisprudencia", ed. Abeledo Perrot, 2008, pág. 412; y Carlos Fontán Balestra, "Derecho Penal. Parte Especial", ed. Abeledo Perrot, 2008, pág. 135), siendo que tal extremo no ha sido acreditado en autos (ver declaración obrante a fs. 6/7).

En ese orden, se impone ampliar en sede judicial el testimonio de (...) a fin de que indique si los disparos se dirigieron hacia su persona y si además de percibir las detonaciones pudo advertir en qué lugar finalmente impactaron los proyectiles de bala.

(...) En este marco, y sin perjuicio de lo que resulte del avance de la investigación, el tribunal RESUELVE: Revocar el auto de fs. (...) en todo cuanto fue materia de recurso y disponer la falta de mérito para procesar o sobreseer a (...) en orden a los sucesos por los que fuera indagado (art. 309 del Código Procesal Penal). (...)

C. N. Crim. y Correc., Sala IV, González Palazzo, González, Seijas. (Prosec. De Cam.: Pereyra). c. 63460_13_4, DEL BELLO, Alfredo M. Rta.: 10/03/2014.

Procesamiento. Víctima no individualizada. Elementos de prueba suficientes. Confirmación.

Fallo: (...) recurrió en apelación el auto de procesamiento dictado a fs. (...). Al respecto, principia señalar que a criterio de esta Sala la circunstancia de que la víctima del hecho pesquisado no haya sido individualizada, no obsta per se para comprobar la existencia del suceso atribuido, pues si bien su relato sería un elemento de importancia para la investigación, no es condición inexorable para acreditarlo y puede suplirse por medio de otras probanzas (causas números 40.434, “S. R., L.”, del 17 de marzo de 2011 y 2.039/12, “P. L., M. y otros”, del 6 de febrero de 2013).

En tal sentido, los dichos del cabo de la Gendarmería Nacional Argentina, Pedro Emmanuel Erazo Bobadilla (fs ...), que ofició como preventor y refirió haber visto al causante efectuando disparos hacia una persona, se corroboran con el secuestro del arma de fuego que habría disparado el causante -que fue hallada en el segundo escalón de la escalera que comunica la planta baja con el (...) piso del edificio número (...), del interior del Barrio (...) de esta ciudad- y la incautación de doce vainas servidas en las inmediaciones del lugar (ver acta de fs. ...).

En consecuencia, si se pondera que el imputado fue aprehendido, precisamente en el aludido edificio número (...), lugar en el que reside su novia, los extremos reseñados persuaden acerca de la existencia de un cuadro cargoso que autoriza, con el grado de convencimiento que esta etapa del proceso impone (artículo 306 del Código Procesal Penal) a confirmar el pronunciamiento apelado.

A tal conclusión se arriba sin perjuicio de los testimonios brindados por (...) y su hija (...), pareja del encartado, quienes refirieron que al momento de los disparos (...) se encontraba en el interior de la vivienda (fs. ...), pues no habrá de soslayarse el estrecho vínculo que mantienen con el nombrado.

Finalmente, se valora que el descargo del imputado no se exhibe verosímil, siempre que manifestó que fue aprehendido cuando, luego de escuchar varias detonaciones de un arma de fuego, decidió egresar del domicilio de su novia para adquirir una bebida gaseosa a las 05:00 aproximadamente (ver fs. ...).

Por lo expuesto, más allá de que se aprecia de utilidad individualizar al resto del personal de la Gendarmería Nacional que intervino

en la detención de (...) y recibirles declaración testimonial, y sin perjuicio de la calificación legal que en definitiva pudiera corresponder, el Tribunal RESUELVE: CONFIRMAR la decisión asumida a fs. (...), en cuanto ha sido materia de apelación (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala VII, Cicciaro, Divito, Scotto. (Prosec. de Cam. Ad Hoc: Sposetti). c. 46150_13_7, (...). Rta.: 15/10/2013.

Absolución por calificaciones. Procesamiento por amenazas coactivas con armas. Sobreseimiento por tenencia de armas y disparo de arma de fuego. Hecho único que no puede escindirse. Sobreseimiento revocado. Confirmación del procesamiento por abuso de armas agravado por el vínculo en concurso ideal con amenaza coactiva con arma.

Fallo: II. A juicio de los suscriptos la decisión adoptada por la magistrada de grado mediante la cual escindió el suceso bajo análisis y desvinculó al imputado en orden al delito de disparo de arma de fuego resulta desacertado.

Pues, al resolver de ese modo desdobló una unidad fáctica con exclusiva base en calificaciones legales, ya que las frases adjudicadas al nombrado habrían sido vertidas en el mismo contexto de violencia en el que momentos antes ejecutó el disparo, de manera que no puede colegirse que estemos en presencia de dos conductas criminales separadas en el tiempo, sino que se trató de un “hecho único” motivado en un único designio por parte del autor.

Al respecto la jurisprudencia sostiene que: “hay concurso ideal cuando son acciones sucesivas que se confunden en un sólo hecho, perpetrado con unidad de designio” (1).

(...) II. Del procesamiento: Sobre el tema la doctrina sostiene que: “Tanto las amenazas como las coacciones tienden a quebrantar la tranquilidad espiritual del individuo. Así, el bien jurídico en juego es la libertad individual en su esfera psíquica, que es la libertad de determinarse, de obrar conforme a su propia voluntad. ...En el delito de coacción se ataca directamente la libertad de determinación del sujeto pasivo, en procura de sustituir su voluntad por la del agente” (2).

(...) En definitiva, se determinó con la provisoriedad que esta etapa requiere que se provocó en su ánimo el temor de padecer un episodio de gravedad si no se retiraba del lugar, lo que se ve fortalecido con la

conducta desplegada momentos antes por el imputado y con la denuncia realizada posteriormente.

III. Del sobreseimiento parcial: Disentimos con el temperamento desvinculante adoptado por la jueza de la anterior instancia en cuanto al delito de disparo de arma de fuego ya que los elementos de cargo permiten acreditar el suceso y asignarle connotación típica.

(...) Demostrada entonces la tipicidad requerida por la figura, que además se agrava en el caso por su condición de progenitora, resta determinar cuál fue su intención y descartar la posibilidad de que fue un hecho accidental como argumentó (...) en su descargo.

(...) Así pues, de adoptarse esta hipótesis el haber disparado conscientemente con el afán únicamente de asustarla, no lo exime de culpabilidad (3).

Entendemos que los elementos de cargo recabados en el sumario no permiten sostener que la intención haya sido el pretender terminar con la vida de (...).

A estos fines ponderamos la escasa distancia y la destreza del autor lo cual permite inferir de momento que no hubo intención homicida.

Máxime si contemplamos su condición de legítimo usuario de armas y que accionó el disparador a menos de dos metros de su blanco.

Al respecto, se sostuvo que: “para que una agresión sea calificada como tentativa de homicidio no bastará el mero empleo de un medio capaz de producir la muerte por su poder ofensivo, la repetición de la agresión, el número de las lesiones, el lugar vital en que fueron inferidas, y las manifestaciones verbales, sino que la intención del delincuente debe aparecer claramente definida en tal dirección, por lo que es menester una prueba específica demostrativa de la resolución de matar en el momento de comenzar la ejecución para dar a los signos exteriores una correlativa fuerza intencional, y si ello no se halla plenamente demostrado, por actos confusos y equívocos [o por las manifestaciones de la víctima y el encausado], dicha calificación debe ser rechazada en virtud del principio in dubio pro reo; corresponde en cada caso particular, y en función del resultado producido, la calificación de abuso de armas, etc., en virtud del dolo indeterminado” (4).

Todo lo expuesto nos lleva a agravar su situación procesal en los términos del art. 306 del Código Procesal Penal de la Nación, en orden al delito de abuso de arma agravado por el vínculo. (...).

Por lo expuesto el tribunal; RESUELVE: I. Revocar parcialmente el punto I del auto de fs. (...), en cuanto sobreseyó a (...) en orden al delito de disparo de arma de fuego; II. Confirmar el punto II del auto de fs. (...), en cuanto procesó a (...), con la salvedad que la calificación legal es la de abuso de armas agravado por el vínculo en concurso ideal con amenaza coactiva con arma. (...).

Filozof, Pinto. (Prosec. Cám.: Asturias).

501/2012_6 (...). 21/05/12 c. 501/12. C. N. Crim. y Correc. Sala VI.

Se citó: (1) Romero Villanueva, Horacio J., “Código Penal de la Nación”, tercera edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2008, p. 209 y sus notas; (2) Céliz, Fabián R. E., “Amenazas y coacciones”, en “Delitos contra la libertad”, Ad. Hoc., marzo 2003, p. 262; (3) Creus, Carlos, “Derecho penal, Parte especial”, T. I, 6° ed., Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 110; (4) C.N.C.P., Sala II, “Di Fortuna, Juan Marcelo, rta.: 20/5/2002.

CAPÍTULO 3
VIOLACIÓN DE DOMICILIO

ARTÍCULOS 150-152 DEL CÓDIGO PENAL

VIOLACIÓN DE DOMICILIO Y ALLANAMIENTO ILEGAL

por Rodrigo D. López Gastón*

1. VIOLACIÓN DE DOMICILIO

Artículo 150 del Código Penal: *“Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, si no resultare otro delito más severamente penado, el que entrase 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”.*

1.1. Apuntes introductorios

“La casa representa para la vida privada del individuo la más esencial atmósfera de su autonomía”. Comenzar con esta frase del jurista y filósofo italiano Enrico Pessina nos sugiere rápidamente cuál es la importancia del tema que se va a tratar. El delito de violación de domicilio se encuentra tipificado en el artículo 150 del Código Penal, agrupado entre aquellas conductas que lesionan a la libertad (Libro II, Título V, Capítulo II). Particularmente, la ley protege la libertad que la persona tiene y siente dentro de su domicilio, no a este como objeto sino a la libertad en sentido espiritual. ¿Y cómo lo protege? Imponiendo un castigo de pena de prisión que va desde los dos meses hacia los dos años.

Estamos ante un delito que se autodefine como una figura subsidiaria, pues esta conducta no será atribuida al sujeto cuando exista otro delito más severamente penado cuyo desarrollo en los hechos implique violar el domicilio y, por tanto, la libertad que en él la persona tiene (nuestro delito sería un medio para otro fin -el delito más grave-). La teoría lo resuelve a través de las reglas del concurso de delitos

* Abogado (UBA). Especialista en Derecho Penal (UCA). Secretario Letrado y Defensor Público Coadyuvante de la Defensoría General de la Nación.

pero en rigor este ilícito debe tener plena autonomía y tener la capacidad de ser imputable al sujeto en iguales términos que los restantes ilícitos. De modo que de acuerdo al caso que toque analizar, deberá ser formulado como cargo autónomo y concursará en forma ideal o real con otros delitos cuando se produzca una superposición temporal en su comisión y se traten de acciones físicas y jurídicamente separables.¹ En la práctica, queda absorbido cuando el delito más grave implica y comprende violar el domicilio, lo que ocurre con el robo dentro de una propiedad privada o la privación ilegal de la libertad de una víctima dentro de su propio domicilio.

Hasta hace unos años, su juzgamiento correspondía a la justicia correccional en el ámbito de la Nación. Pero a partir de la sanción de la Ley N° 26702² se transfirió esa competencia para investigar y juzgar al Ministerio Público Fiscal y a los Jueces competentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, claro está, cuando el delito sea cometido en el territorio de la Ciudad Autónoma.

1.2. ¿Qué se protege?

Como dije, se protege la libertad individual. La Constitución Nacional es el texto que reconoce esta protección en uno de los artículos más invocados por los penalistas, el 18. Allí nos dice a todos que el domicilio es inviolable y quien lo ataca, atenta contra la libertad individual, no contra la cosa o la propiedad. Pero como no existen derechos absolutos -ni el

1. Como sucede con el caso del sujeto que ingresa al domicilio de su ex pareja en contra de su voluntad y le provoca lesiones en su cuerpo (violación de domicilio en concurso real con lesiones leves) -C. N. Crim. Corr., Sala V, Nro. 68, rta. 23/2/2012-. Sin embargo, la Cámara de Apelaciones Contravencional, Penal y de Faltas ha considerado que debe concursar en forma ideal y que su juzgamiento corresponde a la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires conforme el Segundo Convenio de Transferencias Progresivas de Competencias Penales (aprobada por las Leyes N° 2257 y 26357) pues el delito de violación de domicilio prevé una pena más grave que las lesiones leves (aplicación del principio según el cual será competente el Tribunal a quien corresponda el delito más grave) -Sala I, autos "García Álvarez, William s/inf. Art. 150 CP", c. 30631-00/2008, rta. 27/3/2009-.

2. Sancionada el 7 de septiembre de 2011. Promulgada de hecho el 5 de octubre de 2011. El artículo 1 de la ley transfirió todo el Título V, Capítulo II del Código Penal, compuesto por los artículos 150 -violación de domicilio-, 151 -allanamiento ilegal- y 153 -cláusula eximente de responsabilidad en los dos casos anteriores-.

derecho a la vida lo es- se permite su allanamiento siempre que haya una ley que determine en qué casos y con qué justificativos debe procederse.

La protección de la libertad individual por parte de la ley penal debe ser entendida en su sentido espiritual cuando el domicilio es vulnerado. No siempre esto fue así ya que en los primeros desarrollos que se hicieron sobre el tema, la ley penal protegía el domicilio e incriminaba a quien lo violara pero el protagonista de esa tutela era el domicilio, entendido como refugio o lugar material en donde la persona se encontraba. Posteriormente, esta visión rudimentaria fue ganando en complejidad, pasando de la protección penal de un bien material -el refugio- a uno inmaterial -la libertad expresada en él-. Esto es un verdadero acierto. Violar un domicilio es mucho más que afectar un objeto material. En la casa es donde el ser humano se desnuda, en donde muestra cómo es en realidad, en donde se siente con la paz y tranquilidad para resguardarse, descansar, refugiarse, recuperarse, jugar, convivir con su familia; en fin, es el lugar en donde la persona, antes que nada, siente la libertad para hacer o no hacer, para ser o dejar de ser. Precisamente en esto mismo es en lo que la ley penal repara cuando ubica a la violación de domicilio en los delitos que lesionan la libertad.

El artículo 150 no se refiere solamente a que se protege “el domicilio de la persona”, sino que menciona expresamente cuáles son los lugares en donde la libertad puede ser perturbada. Ellos son la *morada o casa de negocio ajena, sus dependencias o en el recinto habitado por otro*. De modo que la ley penal decidió tipificar y descomponer el “domicilio” a que se refiere y no depender de que la ley civil le diga qué se entiende por él. La autonomía conceptual permite una mejor comprensión, pues el Código Civil y Comercial de la Nación se refiere a diversos tipos de domicilios (real, legal, especial), y tampoco resulta lo suficientemente abarcativo para satisfacer el ámbito protegido que la Constitución Nacional delimita. Basta un botón para muestra: el artículo 72 del Código Civil y Comercial de la Nación define al domicilio real como aquel donde la persona humana reside habitualmente. Sin embargo, el requisito de *residir habitualmente* no es requerido por el tipo penal de violación de domicilio. En síntesis, “la tutela penal del domicilio reclama un campo de acción que no puede tener las limitaciones a que obligaría la adopción estricta del concepto puramente civil del domicilio”.³

3. Gómez, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1940, T. III, p. 373.

1.3. Análisis típico

La ley penal reprime al sujeto que entra 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. No se exigen cualidades especiales en el sujeto activo, de modo que cualquier persona puede cometer este ilícito quedando exceptuados los funcionarios públicos o agentes de autoridad (a quienes se les reserva la tipificación del delito previsto en el artículo 151 del Código Penal). Es un delito doloso -tampoco se exige un propósito especial o alguna intención determinada-, cuyo abordaje debe realizarse cautelosamente pues no faltan las oportunidades en donde se pretende acusar a una persona por el delito de robo sin que se haya podido probar el dolo de la figura más allá de la intención de ingresar a una morada ajena. Las circunstancias fácticas que pueden comprobarse, tales como la rotura de la puerta de acceso y el ingreso del sujeto a un comercio en horas en que se hallaba cerrado al público constituye, al menos, el delito de violación de domicilio y no el de robo,⁴ pues este dolo, sin otro dato fáctico, sería presumido, lo cual se encuentra prohibido -el dolo debe ser actual-. El elemento subjetivo debe también probarse con evidencia.

1.4. La conducta: entrar

La conducta se ve consumada cuando se verifica que el sujeto ingresó arbitrariamente en alguno de los lugares protegidos. Materialmente, el sujeto debe entrar a algunos de los lugares mencionados en el texto legal. La situación es clara: Entrar significa ir o pasar de afuera a adentro y ello se verifica tan pronto como el sujeto pone pie en el interior del domicilio ajeno.⁵ No queda comprendido el acto de quedarse en el umbral de la puerta de entrada al domicilio sin ingreso registrado, como

4. C. N. Crim. Corr., Sala VI, c. 1271/2012, rta. 18/9/2012. En el fallo consideraron que el juicio de tipicidad se encontraba completo en su faz objetiva y subjetiva: se accedió dolosamente, mediante fuerza en las cosas y en contra de la voluntad presunta de quien tenía derecho a excluir, a un negocio en un horario en que estaba cerrado al público, pero habitado. Se descartó la concurrencia del delito de daño (por la rotura de la puerta) pues quedó desplazada por aplicación del principio de subsidiariedad previsto en el artículo 183 del Código Penal.

5. Gómez, Eusebio, *op. cit.*, p. 380.

tampoco cualquier otro acto que sólo moleste al habitante de una casa en el ejercicio de la libertad de vivir en ella sin que se registre un efectivo ingreso material.⁶ Se discute en la literatura jurídica si la tentativa es admisible o no. Sería el caso de quien comienza a penetrar en el interior con una parte de su cuerpo más allá del límite del domicilio o quien trata de forzar la puerta de una casa para entrar con un fin ilícito. Para algunos, esto alcanza⁷ -como a mí- y para otros, no.⁸

El supuesto denominado “acceso del interior al interior”, sí constituye delito. Se trata del acceso no autorizado por quien podría oponerse a él, a una dependencia interna de la casa a la cual el agente accedió con permiso. Podría pensarse el ejemplo del dueño de una casa que contrata a otro sujeto para que realice un trabajo de reparación en la cocina siendo que este luego ingresa en la habitación de uno de los hijos. Está claro que accedió al domicilio con consentimiento del dueño pero tal autorización sólo se limitó a un sector de la casa y no a todas sus habitaciones y dependencias que nada tengan que ver con el objeto preciso por el cual se permitió el acceso a morada ajena.

¿Qué sucede con el sujeto que ingresa lícitamente al domicilio y una vez adentro permanece en él ya sin consentimiento? El sujeto A, dueño de la casa, invita a pasar al sujeto B. Luego de unos minutos, aquel le ordena retirarse de la casa pero el sujeto B decide sentarse en el sillón del living y se niega a retirarse. Para Eusebio Gómez, la *permanencia arbitraria del que entró al domicilio ajeno sin contrariar la voluntad del que tenía derecho a excluirlo* queda excluida de ilicitud.⁹ En la descripción típica del artículo no se especifica este supuesto, pese a que esta modalidad comisiva estaba expresamente prevista en los Proyectos de 1891 y 1906,¹⁰ que se referían al acto de entrar y al de permanecer

6. *Ibíd.*, p. 381.

7. Ramos, Juan P., *Curso de Derecho Penal*, 2ª edición, Buenos Aires, Ed. Biblioteca Jurídica Argentina, 1943, T. V, p. 307; Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, 4ª edición actualizada por Guillermo A. C. Ledesma, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2007, T. 5, p. 293.

8. Por ejemplo D'Alessio, Andrés J. / Divito, Mauro A.: postura asumida en su *Código Penal de la Nación*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2ª edición actualizada y ampliada, 2011, T. II, p. 507.

9. Gómez, Eusebio, *op. cit.*, p. 374.

10. El artículo 158 se refería al sujeto que se encontrare dentro de la morada, casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro y no se retirare después de recibir la intimación de salir.

luego de recibir la intimación de salir. Este agregado desaparece en el Proyecto de 1917 -hasta nuestros días- pero esto tiene una explicación. Rodolfo Moreno (h.) refirió que la supresión se hizo por la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria sin brindar fundamentos en la exposición de motivos, pero que dicha eliminación se verificó por entenderse que eran redundantes las expresiones y que era suficiente con la redacción que se dejaba para que el delito quedase bien caracterizado.¹¹ Esta supresión que se arrastra hasta la redacción actual es el argumento de quienes sostienen que el caso de permanencia arbitraria no constituye delito. Sin embargo, Soler entiende lo contrario y, para ello, sólo basta con mirar todo el escenario, pues lo que resulta decisivo es el hecho de que nuestra ley ampare contra la violación de domicilio los locales que por definición están abiertos al público y se requiere una manifestación positiva del disenso contra una persona que allí se encuentra para colocarla en la obligación de retirarse. De modo que la protección que la ley acuerda a una casa de comercio cualquiera no ha de considerarse negada a un verdadero hogar.¹² Esta interpretación evita aquellas consecuencias injustas que la adhesión por la tesis de la atipicidad provoca. A lo que opina Soler hay que sumarle la explicación de Rodolfo Moreno (h.) para concluir en la ilicitud de este comportamiento.

1.5. El ámbito físico de protección

Los sitios o espacios jurídico-penalmente relevantes que son pasibles de violación, repasemos, son la morada o la casa de negocio ajena, sus dependencias, o el recinto habitado por otro. Por *morada* debe entenderse un concepto amplio, pues comprende todo aquel lugar o paraje que de manera permanente o transitoria se encuentre habitado y que sirva para el desenvolvimiento de la vida privada. También podemos referirnos a él como todo lugar destinado al uso doméstico (casa, habitación, estancia, residencia, paraje, lugar). Resulta indiferente que se trate o no de un edificio sólidamente construido y cerrado, pues basta que la situación y disposición de las cosas reflejen que se trata

11. Moreno (h), Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, Ed. H. A. Tommasi, 1923, T. V, p. 12.

12. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 4ª edición, 11ª reimpresión, Buenos Aires, Ed. Tipográfica Editora Argentina, 2000, T. IV, p. 95.

de un lugar de habitación aunque las puertas se encuentren abiertas.¹³ Se viola el domicilio aun cuando se ingresa a la morada ajena sin que se encuentre presente su morador. Tal ausencia no implica que su libertad no se haya visto afectada, pues la ley protege el domicilio como elemento necesario para el ejercicio de la libertad individual en tanto condición de reserva, seguridad y tranquilidad. Tampoco importa si la puerta de acceso se encontraba abierta, siendo inoponible este argumento por parte del sujeto acusado.¹⁴

La *casa de negocio ajena* presenta los mismos matices de protección que la *morada* siempre que se ingrese contra la voluntad de quien tenga derecho a excluir. Por *negocio* no debe entenderse estrictamente el desarrollo de una actividad comercial, sino del ejercicio de cualquier tipo de actividad lícita (artística, científica, etcétera). Si por la actividad desarrollada se atiende al público, entonces será necesaria una manifestación expresa por parte de quien tenga derecho a excluir que determinada persona no ingrese, o que habiéndolo hecho, se retire. Aquí hay que tener bien presente que una casa o local de negocios es un lugar privado con atención al público y no un *lugar público*. Si la casa de negocio se encuentra cerrada al público, alcanza con la voluntad presunta. Soler la define como aquella “casa privada abierta al público con el fin genérico de la realización de cualquier negocio que demanda la concurrencia más o menos indeterminada de gente, quedando en el dueño la facultad de excluir a los concurrentes”.¹⁵

13. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 88. Precisa a los vagones o furgones donde la gente habite y pernocte. También se ha admitido que se comete este delito cuando se penetra sin autorización a una casa en obra o cuando se ingresa en el interior de las dependencias donde moran los tripulantes de un buque aun cuando se trate de lugares destinados a la vivienda permanente o transitoria de los individuos que componen la dotación del navío (Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 288).

14. Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas, Sala III, causa nro. 33842-08, autos “Bogado, Jonathan Adrián y López, Cristian Javier s/ art. 150 C. Penal”, rta. 5/6/2009. Al respecto, sostuvieron que “El elemento subjetivo de este delito se construye sobre la base de un dato psíquico, consistente en el conocimiento que el sujeto tiene de la inexistencia del consentimiento del dueño, y esto último fue expresamente reconocido por el coimputado al confirmar durante el debate que a los domicilios no ingresan si no es con autorización”.

15. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 91. Debemos incluir los comercios generales, cafés, cines, estudios jurídicos, consultorios médicos, etcétera (Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 288).

Las *dependencias* de los lugares a los que me he referido también se ven protegidas por la norma penal. La incorporación de este concepto fue motivo de arduos debates y tertulias por su imprecisión. Se pretendió dejarla a un costado por su laxitud; también están quienes propusieron incorporar el término “dependencias inmediatas” o “dependencias próximas”. Lo cierto es que la interpretación que prevalece por ajustarse más al sentido común tiene que ver con la dependencia próxima (aunque no lo diga la letra de la ley) a la morada o casa de negocio ajena. Debe ser *próxima* aunque no sea *inmediata*.¹⁶ La dependencia de la que se habla debe ser un complemento del domicilio que la persona destina para el desenvolvimiento de sus actividades en el orden privado. Este vínculo no necesariamente implica que haya comunicación o se encuentre unido con la casa, porque lo que se pondera es la relación que entre ambos pueda existir.

Por último, la ley penal se refiere al *recinto habitado por otro*. Se trata de un concepto que viene a reafirmar la protección de la morada o domicilio. Esta afirmación, de carácter más general y amplio, nos significa que el ámbito de protección se extiende a cualquier lugar donde una persona habite, de manera permanente o transitoria.

Los espacios comunes de un edificio también son considerados dentro del ámbito de protección de la norma, y por tanto, son “domicilio”. Me refiero al hall o palier, y a todos aquellos que hoy forman parte de los *amenities* que las modernas construcciones ofrecen (quinchos, pileta, sum, salón de juegos, plazas para niños, laundry). Es cierto que en estos espacios comunes el ámbito de privacidad o intimidad es bastante menor del que existe en el interior de las unidades funcionales que componen el edificio, pero esta circunstancia no autoriza a concluir que ellos queden fuera de la protección legal. De tal modo, la intrusión de un extraño en estos espacios, cuando la voluntad colectiva de exclusión en cualquier ámbito de privacidad protegido aparece indubitable, configura el delito de violación de domicilio.¹⁷

16. Gómez, Eusebio, *op. cit.*, p. 387.

17. Conf. Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en autos “Ministerio Público -Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 2- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: “Aman, Horario Jorge s/ infr. Art(s) 150, violación de domicilio”, resuelta el 4/12/2013.

1.6. Voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluir

Ingresar al domicilio contra la voluntad de quien puede excluir es lo que caracteriza la ilicitud del comportamiento. La libertad protegida por la ley no se vería lastimada si invitamos a pasar a nuestra casa a una persona. Decidimos hacerlo, queremos que ingrese. Pero cuando ese sujeto lo hace sin que nosotros lo invitemos o le hayamos manifestado expresamente que no lo haga, entonces nuestra libertad sí estaría afectada.

Esta voluntad puede manifestarse por cualquier medio (verbal, escrita, gestos, signos), siempre que sea inequívoca en cuanto a nuestra decisión. La voluntad presunta se comprende mejor cuando estamos ante los hechos. Por ejemplo: si estoy tranquilo leyendo un libro sentado en el parque de mi domicilio, y de repente un transeúnte que caminaba por la vereda pasa por allí, me observa leyendo y decide saltar el muro hacia mi propiedad para curiosar el título de mi libro. El sentido común indica que ese intruso no podrá alegar que en ningún momento le prohibí ingresar a la propiedad. La ley presume que mi voluntad era otra y por eso me protege. Lo hace porque en esas y en muchas otras circunstancias se autoriza la presunción de una voluntad contraria al ingreso. De modo que va a ser una tarea difícil determinar *a priori* cuándo esa voluntad presunta de exclusión está o no presente, y si será más sencilla cuando se deba analizar el caso ya concretado.

Cuando un domicilio tiene un dueño es fácil distinguir que él es quien tiene derecho a excluir. Si vive una familia, entonces este derecho podrá ser delegado a cualquiera de sus componentes. Esta delegación no necesariamente debe ser expresa, pues cualquiera de ellos puede oponerse a un ingreso arbitrario.

El derecho de exclusión corresponde a todo individuo que, teniendo con otros una habitación común, resulta vulnerado en su libertad, pues este derecho existe independientemente de los derechos que derivan del dominio, de la posesión o de las situaciones jerárquicas que puedan existir.¹⁸ Sin embargo, aquí debe tenerse en consideración los matices entre el derecho de excluir y el derecho de consentir que puede darse, como se cita en un clásico ejemplo de la vida cotidiana, en el derecho de excluir que la hija de una familia tiene respecto a quien pretenda introducirse en su habitación (que inclusive se impone ante

18. Gómez, Eusebio, *op. cit.*, p. 393.

la anuencia que los padres pueden dar para que el intruso ingrese allí), pero sin embargo no puede prevalecer su consentimiento para que ingrese a su habitación un sujeto contra la voluntad expresa o presunta de sus padres. La voluntad de los padres o de quienes ejercen cierta jerarquía sobre el resto sólo puede prevalecer cuando de dicho consentimiento no resulte lesión al interés de libertad en su vida privada que a cada conviviente corresponde.

2. ALLANAMIENTO ILEGAL DE DOMICILIO

Artículo 151 del Código Penal: *“Se impondrá la misma pena e inhabilitación especial de seis meses a dos años, 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 distinción principal que existe con el delito que acabamos de ver radica en que aquí la ley penal protege el ámbito de libertad que la persona expresa en su domicilio, ya no de particulares que pretendan ingresar sin consentimiento, sino de las *autoridades públicas*. Esta protección realiza, en iguales términos, la garantía constitucional que determina la inviolabilidad del domicilio. La pena es la misma (seis meses a dos años de prisión) pero se adiciona la pena de inhabilitación especial por tratarse el autor de un funcionario público.

Sin embargo, tal inviolabilidad no es un derecho absoluto, pues la ley determina en qué casos, bajo qué circunstancias y de qué forma la autoridad pública se encuentra constitucionalmente habilitada para vulnerar ese domicilio, y por tanto, la libertad. Me refiero a los códigos de procedimientos en materia penal que cada Provincia y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires legislan para sí. Ellos contienen un procedimiento reglado y taxativo que explica cuándo y cómo se puede allanar un domicilio en forma legal, sea a través de una orden de juez competente o aquellos casos donde excepcionalmente los funcionarios públicos pueden prescindir de ella ante la urgencia (el Fiscal también puede ordenarlo en el orden federal cuando se aplican las normas especiales dispuestas por la Ley N° 25760 con motivo de la investigación de delitos tipificados en los artículos 142 bis y 170 del Código Penal). Al tratarse de actos de gobierno (en términos de manifestación estatal), deben gozar de absoluta transparencia

y darse a publicidad a través de su reconstrucción por actas escritas o declaraciones testificales, de forma tal que puedan ser sometidas al escrutinio de los interesados/afectados, quienes tendrán la posibilidad de controlar la razonabilidad y fidelidad del apego a las normas de ese acto. Me refiero a la necesidad de que la orden sea escrita y fundada, y al resto de los requisitos que los códigos de procedimientos incorporan (limitación horaria para su realización; exhibición de la orden al titular del domicilio a allanar o a la persona mayor de edad; expresión de lo sucedido en actas escritas con firma de los concurrentes; testigos hábiles y ajenos a la repartición de seguridad que lleva a cabo el allanamiento; entre otros).

Este ilícito sólo puede ser cometido por un funcionario público o un agente de autoridad. Ambos quedan comprendidos en la definición que el Código Penal hace en el artículo 77: *“todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”*. El acento se pone más en la actividad funcional que ese funcionario público está desplegando que en su sola condición de tal, dado que la razón de este delito no reside en la pura calidad del funcionario, sino que el hecho ha de consistir en un abuso de la función.¹⁹ El afectado del delito es el mismo que en el artículo 150 y no debe haber prestado consentimiento para el ingreso, ni que se prescinda de las formalidades puestas al servicio de su propia garantía.²⁰

Se trata de un delito doloso y su consumación se materializa en el instante en que se verifique el ingreso al domicilio del funcionario público o agente de autoridad sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que ella determina. La tentativa también aquí es posible.

3. CAUSA DE JUSTIFICACIÓN ESPECIAL CON RELACIÓN A ESTOS ILÍCITOS

Artículo 152 del Código 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 hiciera para cumplir un deber de humanidad o prestar un auxilio a la justicia”*.

19. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 108.

20. No puede derivarse la existencia de un supuesto consentimiento tácito de la ausencia de oposición expresa al registro.

3.1. Causa especial de justificación

La norma se refiere a una causa especial de justificación distinta al estado de necesidad previsto en el artículo 34, inciso 3 del Código Penal, pues presenta requisitos distintos. De modo que puede ser aplicado tanto para el ingreso al domicilio por parte de particulares o de funcionarios públicos.

La operatividad de la autorización justificante está supeditada a que el ánimo del autor persiga uno de aquellos fines que la norma describe. La ley penal escogió una serie de casos, en los cuales la reserva de la intimidad del domicilio cede frente al interés general de que la voluntad del habitante del domicilio no pueda frustrar ciertas conductas dirigidas a resguardar intereses mayores.²¹

3.2. Modalidades

Los supuestos eximentes que deben presentarse en el caso son:

a) *Para evitar un mal a sí mismo*: por ejemplo, quien caminando por la vereda queda envuelto en un intercambio de disparos y se introduce en un domicilio con el fin de refugiarse y poner a salvo su vida. El *mal* al cual se refiere la ley puede ser de cualquier naturaleza, pero debe ser de mucha importancia para quien va a sufrirlo. Puede tratarse de un daño patrimonial, en cuyo caso la importancia ha de medirse concretamente en función al sujeto. No se exige que el *mal* sea inminente. Pero ese mal no puede ser la consecuencia de un acto ilícito previo, como sería el supuesto de aquel sujeto que ingresa a un domicilio para esconderse de los policías que lo están persiguiendo por tener pedido de captura.²²

b) *Para evitar un mal grave a los moradores*: el que ingresa a un domicilio al oír gritos desde su interior.

c) *Para evitar un mal grave a un tercero*: se cita como ejemplo el caso de los bomberos que instalan su infraestructura en una casa para apagar el incendio de la casa vecina.²³

d) *Para cumplir con un deber de humanidad*: podemos imaginar el caso del sujeto que ingresa a un domicilio desde cuyo interior se

21. Núñez, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal*, Córdoba, Ed. Marcos Lerner, 1989, T. IV, p. 90.

22. Cfr. C. N. Crim. Corr., Sala VI, c. 39386/2013, rta. 10/10/2013.

23. D'Alessio, Andrés J. / Divito, Mauro A., *op. cit.*, p. 518.

escuchan gritos de una mujer a punto de dar a luz, con el objeto de asistirle. Se trata de casos donde el autor entra al domicilio para realizar un acto de compasión de la desgracia ajena, de solidaridad hacia los terceros -no quedan abarcados los sufrimientos de animales en este supuesto específico-.²⁴

e) *Para prestar auxilio a la justicia*: sujeto que penetra en un domicilio en donde se refugió un presunto delincuente a quien venían persiguiendo junto con la policía.

24. Núñez, Ricardo C., *op. cit.*, p. 92.

JURISPRUDENCIA

Concurso de delitos. Violación de domicilio en concurso real con lesiones leves. Procesamiento. Superposición temporal parcial de las figuras y afectación a bienes jurídicos diferentes. Confirmación.

Fallo: (...) más allá de las apreciaciones formuladas por los imputados (fs. ...) y su defensa (fs....), lo cierto es que en su declaración de fs. (...) la damnificada refirió claramente que aquellos la tomaron “del cuello y de los brazos”. De este modo, su relato encuentra efectiva corroboración en la lesión constatada en el informe médico de fs.(...).

La circunstancia de que se trate de una lesión leve no conduce a tildarla de insignificante ni torna atípica la conducta endilgada, pues, la gravedad de las mismas ha sido expresamente contemplada por el legislador al momento de graduar la pena prevista para cada caso en particular (arts. 89 y ss. del CP).

Tampoco es posible sostener, como pretende la defensa, la existencia de un concurso aparente o ideal entre las figuras enrostradas (art. 150 y 89 del CP), por cuanto además de afectar bienes jurídicos diferentes, sólo se superponen temporalmente en forma parcial, tratándose de acciones físicas y jurídicamente separables que concurren materialmente (art. 55 del CP).

(...) el Tribunal RESUELVE: CONFIRMAR la resolución de fs. (...).
Pociello Argerich, López González. (Prosec. Cám.: Daray).
68_5 (...) y otro. 23/02/12 c. 68. C. N. Crim. y Correc. Sala V.

Procesamiento. Imputado que ingresó a un domicilio cuando huía del personal policial que lo había venido a detener por registrar orden de captura. Confirmación.

Fallo: (...) apelación interpuesto por la defensa de (...) (ver fs....), contra el auto de fs. (...) que lo procesó en orden al delito de robo en concurso real con violación de domicilio.

(...) Asimismo se le endilga que el 21 de agosto próximo pasado a las 13.00 horas, habría ingresado sin autorización al domicilio de (...) en (...) de esta ciudad.

(...) IV.- En otro orden de ideas, distinta será la solución que adoptaremos en lo que hace al segundo episodio, que se ve acreditado con las declaraciones de los oficiales Julio Kieffer Suárez, Leonardo Ramírez y el suboficial Alejandro Tofalo (ver fs. ... y ...), quienes se dirigieron al domicilio del imputado para efectuar su captura, oportunidad en la cual aquel pretendió fugarse por los techos de las fincas e ingresó a la de la altura XX del (...), donde fue finalmente aprehendido mientras pretendía esconderse sobre un mueble, dentro de una habitación completamente a oscuras.

No sólo el modo en que fue encontrado no se asemeja en nada a la actitud de una persona que ingresa a un domicilio donde se lo conoce y permite hacerlo, sino que su propietario -(...)- en todo momento colaboró para que los preventores entraran a registrarlo. Incluso en sede policial dijo que luego de permitir el ingreso advirtió que “en un ambiente utilizado como depósito se encontraba una persona extraña” (sic) -el subrayado nos pertenece- (ver fs. (...)).

Lo expuesto permite inferir que de ninguna manera (...) tuvo la autorización para acceder a la finca, tal como aquel lo expusiera en su descargo de fs. (...), que luce como un mero intento por mejorar su situación procesal.

Por ello, sin perjuicio que sería conducente citar a (...) para que preste declaración testimonial en sede judicial, el temperamento adoptado será homologado.

(...) En consecuencia, el Tribunal RESUELVE: (...) II.- CONFIRMAR PARCIALMENTE el auto de fs. (...), en lo que refiere al suceso identificado como II. (...)

C. N. Crim. y Correc., Sala VI, Filozof, Lucini, Pinto (Sec.: Gallo). c. 39386/2013, (...). Rta.: 10/10/2013.

Sobreseimiento. Imputado que habría cambiado las cerraduras de su local, estando el bien alquilado, sin previa notificación acerca del vencimiento del contrato. Contrato que ya estaba vencido. Propietario que recuperó la tenencia del bien. Confirmación.

Fallo: (...) concesión del recurso de apelación interpuesto a fs. (...) por el querellante (...) -presidente de la empresa "... S. A."- con el patrocinio letrado del Dr. Horacio Héctor Erbes, contra el punto I del resolutorio de fs. (...), mediante el cual se sobreseyó a (...) en orden al hecho denunciado en su contra.

(...) I. Hecho El querellante denunció que en su carácter de Presidente de "(...) S. A.", celebró un contrato de comodato con la empresa "(...) S. A.", representado por el (...) -apoderado-, así como también suscribió catorce pagarés que fueron dados al nombrado como garantía del cumplimiento del contrato suscripto.

Así, el 14 de diciembre de 2012 recibió el mandamiento de intimación de pago donde se intentan ejecutar los documentos de mención, siendo que el pretense querellante nunca habría recibido el monto de estos como sostuviera el imputado al iniciar el proceso ejecutivo argumentando que aquellos fueron librados con causa en una operación financiera.

Asimismo, denunció que (...) habría cambiado las cerraduras del local cedido en comodato a "(...) S. A.", permaneciendo en su interior todas las máquinas y herramientas del denunciante.

II. Análisis del caso: Luego del debate producido en la audiencia, confrontado con las actas escritas que tenemos a la vista, entendemos que los agravios expuestos por el recurrente no logran conmover los fundamentos del auto apelado, que compartimos, por lo que será homologado.

(...) Sentado cuanto precede, corresponde ingresar al segundo de los agravios vertidos por el gestor del querellante en la audiencia, el que radica en la violación de domicilio en que habría incurrido (...) al cambiar las cerraduras del local sito en Av. Córdoba (...) de esta ciudad sin previa notificación acerca del vencimiento del contrato.

Respecto a esta cuestión, cabe destacar que de los propios dichos del querellante en el escrito de promoción de querrela se desprende que, según su conocimiento, el encausado habría cambiado las cerraduras del local en cuestión el 28 de marzo de 2012, es decir, tres

meses después del vencimiento del contrato suscripto entre las firmas involucradas en el proceso.

En este punto, resulta dable mencionar que la alusión que el Dr. (...) realizó en la audiencia en relación a la cláusula tercera del contrato -según la cual, a su criterio, el contrato se seguiría ejecutando hasta tanto "(...) S. A." notificara a la contraparte del vencimiento de aquel- resulta absolutamente infundada en tanto de ella se desprende que la empresa suministradora mantendría vigente la habilitación del local ante el gobierno de la CABA y Enargas "por la duración del actual contrato de locación y los sub-siguientes que se firmaren".

Es decir que, operado el vencimiento del contrato sin que fuera renovado, el comodatario recuperó la tenencia del inmueble, por lo que la conducta endilgada a (...) no puede verse incluida en la figura de violación de domicilio como pretende el recurrente.

(...) En consecuencia, el tribunal RESUELVE: CONFIRMAR el punto I del decisorio (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala I, Rimondi, Bunge Campos (Sec.: Pelluffo). c. 8168/13, (...). Rta.: 26/11/2013.

Imputabilidad. Procesamiento por robo agravado por su comisión por efracción, en concurso real con robo simple, ambos en grado de tentativa. Defensa que alega que su defendido es inimputable. Rechazo. Confirmación. Modificación en la calificación legal. Violación de domicilio en concurso real con robo simple tentado.

Fallo: (...) Hemos sostenido que "...cuando la acción que se analiza es típica y antijurídica se puede atribuir al imputado, por lo que para regularizar su situación en los términos del artículo 306 del Código Procesal Penal no es necesario contar con el grado de certeza a nivel de la culpabilidad (1), máxime porque, en caso de que eventualmente sea declarado inimputable, esa decisión jurisdiccional podría justificar la imposición de una medida de seguridad" (2).

Si bien a fs. (...) se plasmó que tenía aliento etílico declaró que había estado bebiendo y no recordaba lo sucedido (...), lo cierto es que ello no verifica que el estado de ebriedad alegado haya impedido dirigir sus acciones del modo descripto en la imputación. (...).

Ello, unido a la producción de dos eventos de similares características acontecidos con escasa diferencia horaria, la resistencia opuesta a la detención (...) y el detalle de los datos que brindó para completar el acta de fs. (...) descartan la ausencia de volición postulada.

(...) Por lo expuesto concluimos que de las evidencias no surge en forma inequívoca que no hubiera podido comprender la ilicitud de su conducta o dirigir su comportamiento y, al no poder descartarse tampoco un eventual supuesto de capacidad de culpabilidad disminuida, debe homologarse el auto recurrido.

Al respecto se ha sostenido que “el límite entre la imputabilidad y la inimputabilidad está indicado por una valoración jurídica que exige cierta magnitud de esfuerzo y no más.... Afirmar que el código argentino no reconoce la posible disminución de la imputabilidad implica asignarle a la expresión ‘no haya podido’ del inciso 1° del art. 34 un carácter de imposibilidad total y absoluta... Por ello es totalmente falso negar grados de imputabilidad y, por consiguiente, de culpabilidad. Reconociendo esos grados, queda claro que debe aceptarse que hay sujetos que tienen capacidad psíquica de culpabilidad, pero que esta se halla disminuida...” (3).

(...) III.b.- (...), asiste parcial razón a la defensa en cuanto a que se desconoce la intención que habría guiado a (...) a ingresar al local de la avenida (...), en cuyas dependencias habitaba la locataria (...).

Empero, no procede la desvinculación pretendida toda vez que (...) se acredita, con el grado de provisoriedad requerido en esta instancia del proceso, la rotura de la puerta y la entrada del imputado al comercio en horas en que se hallaba cerrado al público, lo que constituye al menos el delito de violación de domicilio (artículo 150 del Código Penal).

Consideramos que el juicio de tipicidad se encuentra completo en su faz objetiva y subjetiva. Se accedió dolosamente, mediante fuerza en las cosas y en contra de la voluntad presunta de quien tenía derecho a excluir, a un negocio en un horario en que estaba cerrado al público, pero habitado.

En tal sentido, “...el ingreso al domicilio puede realizarse por cualquier medio, sin exigirse ninguno en especial como, por ejemplo, el engaño, la clandestinidad o la violencia (...) [y que] La protección legal rige tanto cuando el local está en plena actividad, ocupado y, en

su caso, abierto al público, como cuando no está funcionando, por razones de horario” (4).

Cerrando la adecuación típica, resta señalar que no concurre en el caso la figura de daño (artículo 183 del Código Penal) pues queda desplazada por aplicación del principio de subsidiariedad previsto en la norma (5).

Por ello, con la salvedad aquí expuesta, el Tribunal RESUELVE: Confirmar el auto de fs. (...) que decretó el procesamiento de (...) modificando su calificación legal, la que será de violación de domicilio en concurso real con robo simple en grado de tentativa (artículos 42, 55, 150, 164 del Código Penal y 306 del Código Procesal Penal de la Nación).

Lucini, Pinto. (Sec.: Williams).

1271/2012_6 (...) 18/09/12 c. 1271/12. C. N. Crim. y Correc. Sala VI.

Se citó: (1) C. N. Crim. y Correc., Sala VI, c. 42.518-1, “Caneschi, Candela María”, rta.: 28/10/11; (2) C. N. Crim. y Correc., Sala VI, c. 40.843, “Martínez, Miranda Freddy”, rta.: 17/2/11; c. 39.097 “Rodríguez, Brian”, rta.: 31/3/10 y c. 1035-2012, “Cano, Noemí Milagros”, rta.: 15/8/2012; (3) Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, “Derecho Penal Parte General”, Ediar, Bs. As. 2000, pág. 707; (4) Donna, Edgardo A. “Derecho Penal - parte especial”, Rubinzal-Culzoni, 2005, tomo II-A, pág. 293/294 y 302; (5) D'Alessio, Andrés José y Divitto, Mauro A., “Código Penal de la Nación” Ed. La Ley, 2ª edición, 2011, tomo I, pág. 879 y Caramuti, Carlos S. “Concurso de Delitos”, Hammurabi, 2005, pág. 215.

CAPÍTULO 4
INCENDIOS Y OTROS ESTRAGOS
ARTÍCULOS 186-189 DEL CÓDIGO PENAL

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA

Por Sergio Gabriel Torres* y Mabel Elena Castelnuovo**

1. INTRODUCCIÓN

El Título VII del Libro II del Código Penal -antes denominado “Delitos contra la seguridad común”- agrupa una variedad de figuras cuyo bien jurídico protegido, o la razón de ser de las normas contenidas en él, no se refieren a un modo indirecto de protección por la afectación a la seguridad de cualquier otro bien jurídico tutelado, sino que adopta la idea de la seguridad como un fin en sí mismo. Tal como lo señala Carlos Creus,¹ la Ley N° 21338 -como lo había hecho la Ley N° 17567- rubricaba el título *Delitos contra la seguridad común* para destacar la idea central, que el núcleo del delito consistía en la creación de un peligro común. La denominación actual mantiene esa misma idea, aunque pudiera parecer un tanto ambigua por ser susceptible de ser confundida con la seguridad de las instituciones u organismos estatales.

* Juez Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal N° 12. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad del Salvador. Fue Vicepresidente Académico en Buenos Aires del Instituto Iberoamericano de Derecho Penal A. C., con sede en el Distrito Federal (México). Profesor de varias universidades nacionales. Jurado titular de varios concursos públicos de oposición y antecedentes para cubrir los cargos de Juez. Medalla al Mérito Académico “Iustitia et Ius”, Instituto Iberoamericano de Derecho Penal. Autor de numerosas publicaciones.

** Abogada. Egresada de la Universidad de Belgrano, trabaja en el Poder Judicial de la Nación desde el año 1993. Se desempeña como Secretaria de la justicia Federal de la Ciudad de Buenos Aires desde el año 2008. Diplomada en Derechos Humanos, Garantías Constitucionales, Procedimiento y Globalización en el Sistema Penal Actual de la Universidad Argentina John F. Kennedy, y Especialista Nacional Avanzada en la Lucha contra el Narcotráfico acreditada por la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico de Presidencia de la Nación. Doctoranda en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad del Museo Social Argentino.

1. Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1998, T. 2.

La noción de *seguridad* desarrollada a lo largo de este Título, se asocia con el concepto de que tanto los bienes materiales, los inmateriales (como podría ser la salud), y así también las personas, el ganado, los bosques o los campos, mercaderías, archivos, entre otros, deban encontrarse exentos de soportar situaciones que pudieran ponerlos en peligro o amenazarlos en su integridad en modo alguno. Es por ello que la mayoría de las acciones típicas contenidas en las figuras de este Título se refieren a aquellas conductas idóneas de generar peligro o capaces de vulnerar la preservación que la ley penal tiende a proteger. Otras de esas figuras contemplan casos concretamente lesivos pero, en estos casos, establecidos por la ley; la protección implica que su comisión pone en peligro o crea la posibilidad de peligro para ciertos bienes jurídicos distintos del que concretamente pudiera ser lesionado.

Edgardo Donna² cita en su obra al tratadista Adolfo Zerboglio, refiriéndose concretamente a los delitos contra la seguridad pública. Allí expresa que estas figuras delictivas abarcan un concepto jurídico asociado al sentido de salvación, que deriva de un peligro que ha sido potencial; que la idea de incolumidad reclama para sí la idea de peligro. Pero el peligro, para estar abarcado por el bien jurídico que protegen estas normas, debe ser siempre general. Esto genera entonces la necesaria distinción entre el peligro que afecta a alguna persona en particular, del peligro que afecta a la sociedad colectivamente considerada, incluidas tanto la tranquilidad como la seguridad pública.

No se trata de un agravante de los delitos contra las personas individualmente consideradas, sino que son delitos que tienen entidad propia. En efecto, estos delitos poseen la particularidad de la indeterminación de la afectación. Eugenio Florian³ afirma que la base de este título sigue la idea de Pessina, cuando afirmaba que el incendio, la inundación, la ruina, la explosión de una mina, la sumersión, el naufragio, la destrucción de puentes y calles, forman una categoría contra los intereses legítimos de la sociedad humana, más precisamente contra el derecho de todas las personas a ser inmunes a los desastres, y la circunstancia

2. Donna, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª edición, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2002, T. II-C.

3. Florian, Eugenio, *Dei delitti contro la incolumità pubblica*, en *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano*, a cura di Enrico Pessina, Società Editrice Libreria, 1909, volume ottavo, p. 167 y ss., citado por Donna Edgardo, *op. cit.*

concreta de que se les confiera protección a su integridad, al crear condiciones de hecho que sean susceptibles de llegar a vulnerarla.

Francesco Carrara,⁴ por su parte, señala que el daño que deriva de la comisión de un delito cualquiera consiste en el temor de que el hecho se repita en daño propio, mientras que en los delitos de peligro común, el sentimiento de inseguridad proviene del mismo hecho. La posibilidad de que se cometa el mismo delito es mediata: nadie está concretamente amenazado de muerte o amenazado de ser desposeído de algún bien de su propiedad. En cambio, cuando se comete un delito que pone en peligro a varias personas o cosas comunes, es indudable que el peligro es inmediato.⁵

En el mismo sentido, Jorge Buompadre⁶ expresa que el derecho penal es la herramienta a través de la cual se pretende garantizar la indemnidad de un bien jurídico, valiéndose de la creación de infracciones que tienden a proteger dichos bienes de manera concreta, determinada inmediata y singular. Pero en otros casos, la protección o la tutela penal, surge de la situación de los bienes jurídicos “en general”, frente a acciones de riesgo que puedan afectarlos o colocarlos ante un peligro de lesión. En este último concepto, se integran las figuras delictivas desarrolladas en este apartado.

Como se verá a continuación, en el mismo capítulo el código establece penas para delitos de resultado y penas para delitos de peligro. Y en este último supuesto, tanto figuras de peligro concreto,⁷ como de peligro abstracto.⁸

El primer capítulo de este Título desarrolla las figuras genéricas del estrago.

Los otros capítulos abarcan formas menos genéricas del bien jurídico tutelado, como la protección contra acciones que afectan los medios de transporte, la piratería y los delitos contra la salud.

4. Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, traducción de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, Bogotá, Ed. Temis, 1972.

5. Fontán Balestra, Carlos / Millán, Alberto, *Las reformas al Código Penal. Ley 17.567*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1968.

6. Buompadre, Jorge Eduardo, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, 3^{ra} edición, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, T. 2.

7. Como el incendio, explosión o inundación.

8. Como en el caso de la tenencia de arma de fuego.

El texto anterior del artículo 186 reunía el incendio, la explosión y la inundación para definir en forma separada el estrago. Pero la nueva redacción los distingue uno del otro. Teniendo en cuenta la redacción actual, el estrago sería la forma genérica de denominación de esta clase de conductas, entre las que el incendio, la explosión, la sumersión, etcétera, resultan la especie. La figura anterior provenía del Proyecto de 1891, cuya fuente ha sido el Código holandés y el Código de 1887.⁹

Nuestro código ha adoptado el método de tratar este tipo de conductas agrupadas en títulos, en forma independiente al de otras figuras delictivas, otorgándoles -de ese modo- autonomía.

En el ámbito del derecho comparado, podemos hallar ambas formas de tratamiento metodológico, tanto el de aquellos países que reúnen las figuras en estudio bajo una denominación común -como en nuestro país-, pero también el de aquellas naciones que han considerado adecuado contemplar penas específicas como formas especiales de comisión, distinguiéndolas de la figura básica, cuando el medio empleado se adecue a las formas de estrago. Como ejemplo de lo dicho, podemos citar al Código Penal chileno, que desarrolla estos delitos en el capítulo 8 del Libro II, bajo el título “Del incendio y otros estragos”; el Código de la República Bolivariana de Venezuela, en su título VII los agrupa en “los delitos contra la conservación de los intereses públicos y privados”; el Código Penal uruguayo, también los reúne en el Título VI “Delitos contra la seguridad pública”; el Código Penal peruano, en el Título XII trata los “delitos contra la seguridad pública”, haciendo una división en “delitos de peligro común” de “delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos” y “delitos contra la salud pública”. Por su parte, el Código español los ha reunido en el Título XVII, que lleva el título “De los delitos contra la seguridad colectiva”; y el Código italiano los trata en el Título VI “De los delitos contra la incolumidad pública”. El Código Penal de Colombia desarrolla estos delitos en el capítulo segundo del Título XII: “Delitos contra la seguridad pública”, bajo la denominación “Delitos de peligro común o que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad y otras infracciones”; y el Código Penal brasileiro en el Título VIII los agrupa bajo la denominación “Dos crimes contra a incolumidade pública”, y a su vez los divide en un primer capítulo “Dos crimes de perigo comum”,

9. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Ed. TEA, 1994, T. IV.

“Dos crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos” y “Dos crimes contra a saúde pública”.

En el Código Penal para el Distrito Federal de los Estados Unidos Mexicanos, si bien agrupa delitos contra la seguridad común, las figuras se asocian a las de tenencia y portación de elementos aptos para agredir y a la asociación ilícita. Y si bien contempla los estragos dentro del desarrollo de su articulado, los trata como agravantes para el reproche penal de otros bienes jurídicos singulares, como la vida o la propiedad.

La incorporación de estas figuras como delitos autónomos acarrea, en muchos casos, la necesidad de atender especialmente a la intención del autor del hecho a efectos de desentrañar y establecer cuál debe ser la calificación legal adecuada al caso concreto. En efecto, nuestro código reitera algunos verbos típicos a lo largo de su articulado, lo cual parecería dificultar la tarea del juzgador a la hora de establecer cuál es la figura penal que se ajustaría al caso particular. Por ello, entendemos que el fin tenido en mira por el sujeto activo al tiempo de cometer el hecho, será determinante para la aplicación de una u otra figura. Veamos algunos ejemplos. El inciso 5 del artículo 80 prevé la imposición de una pena al que *matarse* por un medio idóneo para crear un *peligro común*, mientras que el artículo 186 también establece la aplicación de pena, pero a aquel que cause *incendio, explosión o inundación*, de modo tal que como consecuencia de ello se verifique *la muerte* de alguna persona. El elemento subjetivo en uno y otro caso difiere según la intención del autor; hubiera sido simplemente la de dar muerte a una persona determinada, o bien, la de provocar un incendio, pero que, como consecuencia directa de esa intención se hubiera producido la muerte de *alguna* persona.

También el inciso 1 del artículo 174 repite ciertos verbos típicos que fueron incluidos tanto en el artículo 183 como en el inciso 2 del artículo 186. En el primer caso, el artículo amenaza con la aplicación de la pena de prisión a aquel que para procurarse a sí mismo o a otro un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador o de un dador de préstamo a la gruesa, *incendiare o destruirere* una cosa o una nave asegurada. Por su parte, el artículo 183 menciona como uno de los verbos típicos constitutivos del delito de daño, el de *destruir*, del mismo modo que lo hace el artículo 186, inciso 2, cuando establece que la reclusión o la prisión será de tres a diez años para aquel que causare *incendio o destrucción* de cereales, ganado, plantaciones, etcétera.

Por ello, no resulta apropiado brindar atención preferente al medio empleado, o al objeto sobre el cual recae la destrucción o a la existencia real de un peligro común. A los fines de una adecuada calificación legal del hecho, debe atenderse a la ideación del autor en el sentido de que debió dirigir su accionar al desencadenamiento de poderes destructivos capaces de producir un peligro concreto para la comunidad. Este punto de vista conduce, tal como lo señala Sebastián Soler, a una verdadera presunción del peligro derivada del sólo hecho de haber facilitado o iniciado el curso de fuerzas naturales que el hombre no domina o, al menos, no pueden salirse de su control con consecuencias trágicas.

No obstante lo expuesto, y volviendo al tema relacionado específicamente con la metodología adoptada por nuestro código, más allá de la denominación contenida en el Título, la seguridad común no es el único bien jurídico que protegen estas normas. En efecto, se contempla un agravamiento de las penas contenidas en la figura básica cuando el hecho -además de poner en peligro a la generalidad de las personas o los bienes- ha manifestado un peligro o una lesión efectiva para cierta clase de bienes o se ha configurado peligro de muerte, o fuere causa inmediata de la muerte de alguna persona.

La técnica legislativa utilizada en la redacción de los delitos como los tratados en este capítulo, han ocasionado ciertas dificultades a la hora de establecer -en el caso concreto- la existencia de lesión efectiva al bien jurídico tutelado. Así como en los delitos de daño, la lesión al bien jurídico se comprueba por el perjuicio o disminución causada como consecuencia de la realización de acción típica, en los delitos de peligro, la consumación se satisface con la comprobación de la puesta en peligro o con la creación del peligro potencial para un bien. En tal sentido, resulta suficiente que la conducta del sujeto activo esté dirigida a conformar una situación de peligro, o que su actividad sea lo suficientemente temeraria o arriesgada como para crear una situación peligrosa.¹⁰

Sobre este último punto, Rodolfo Moreno¹¹ señaló que el peligro es la circunstancia característica del incendio, "...por ello se considera

10. Al respecto, dice Liszt que "...el peligro es también un resultado, un estado sobrevenido en el mundo exterior, pero este resultado conserva su significado solamente por su relación a otro estado no deseado por nosotros, tenido en cuenta por nosotros, y que no ha ocurrido...", citado por Sebastián Soler, *op. cit.*

11. Moreno, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, Ed. H. A. Tommasi, 1923, T. V.

que el principal derecho atacado, no es la propiedad, y sobre todo la observación surge cuando ese derecho no se contraría en manera alguna. Tal ocurre cuando el incendiario quema objetos de su pertenencia. En estos casos no hay un ataque al dominio del otro, y puede existir delito si por ese hecho se produce un peligro personal para los demás o al mismo con relación a intereses materiales. El incendio produce además, alarma general por el peligro que se siente en su presencia y dadas las destrucciones que acarrea...”.

En este orden de ideas, debe definirse qué es lo que debe entenderse por peligro y cuándo se conforma su producción. Peligro es el riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal; es la probabilidad de que ocurra un evento dañoso. No obstante ello, la ley distingue dos tipos de peligro, según algún bien haya corrido algún peligro en forma concreta o que este no haya sido el caso. Esta es la distinción que doctrinariamente se efectúa con relación a los delitos considerados de peligro abstracto, y aquellos que son incluidos dentro de la definición de peligro concreto.

En el primer caso, para ser punible, la conducta típica ejercida por el sujeto activo debe estar ligada con una situación creada en concreto, y el fundamento del reproche penal es indiferente a la efectiva creación de una situación riesgosa. Es decir que el fundamento de la pena descansa sobre el concepto de *situación creada*.

En los casos de las figuras contenidas en la redacción de los artículos 186, 187, 188 y 189, los hechos -para merecer juicio de reprochabilidad- requieren que algún bien o alguna persona, haya corrido -como mínimo- un efectivo peligro. Lo dicho cobra relevancia puesto que a pesar del medio empleado -por ejemplo el fuego- el delito no quedaría configurado si no se evidenciara la producción de un peligro común. Como señala Sebastián Soler, una cosa es el fuego, pero otra distinta es el incendio.¹²

Artículo 186: “*El que causare incendio, explosión o inundación, será reprimido:*

1° *Con reclusión o prisión de tres a diez años si hubiere peligro común para los bienes;*

2° *Con reclusión o prisión de tres a diez años el que causare incendio o destrucción por cualquier otro medio:*

12. Soler, Sebastián, *op. cit.*

- a) De cereales en parva, gavillas o bolsas, o de los mismos todavía no cosechados;
- b) De bosques, viñas, olivares, cañaverales, algodones, yerbatales o cualquiera otra plantación de árboles o arbustos en explotación, ya sea con sus frutos en pie o cosechados;
- c) De ganado en los campos o de sus productos amontonados en el campo o depositados;
- d) De la leña, o carbón de leña, apilados o amontonados en los campos de su explotación y destinados al comercio;
- e) De alfalfares o cualquier otro cultivo de forrajes, ya sea en pie o emparvados, engavillados, ensilados o enfardados;
- f) De los mismos productos mencionados en los párrafos anteriores, cargados, parados o en movimiento;

3° Con reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro para un archivo público, biblioteca, museo, arsenal, astillero, fábrica de pólvora o de pirotecnia militar o parque de artillería;

4° Con reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro de muerte para alguna persona;

5° Con reclusión o prisión de ocho a veinte años, si el hecho fuere causa inmediata de la muerte de alguna persona”.

(Artículo 186: Texto original según Ley N° 11179, restablecido por Leyes N° 20509 y 23077).

2. TIPO OBJETIVO. ACCIONES TÍPICAS

Las acciones típicas mencionadas por el artículo 186 son las de causar (generar, iniciar, producir) incendio, explosión o inundación.

El *incendio* no está definido por el código. No obstante, es pacífica la doctrina en cuanto a que no cualquier fuego debe ser considerado “incendio”, en los términos contenidos en este delito, sino que, para conformar esta acción típica, la ignición debe estar asociada a la idea de peligro. El fuego para ser considerado una forma de estrago, debe tener una entidad tal que pueda generar peligro común para los bienes ajenos o las personas. Doctrinariamente, se ha aceptado la noción de “fuego peligroso” para indicar la existencia de la fuerza del fuego que adquiere una entidad tal que escapa al control de aquel que lo generó. Edgardo

Donna entiende que este tipo de delito estaría configurado aun en los casos en los que la cosa estaba destinada a arder, si como consecuencia de ello, se deriva un peligro común.¹³ Sebastián Soler agrega, además, que para entender configurado este delito, no es requisito la existencia de llamas, pues según su posición, la lenta combustión también debe considerarse incendio.¹⁴ Carlos Fontán Balestra también concuerda con esta última posición, señalando que cualquier tipo de combustión sin llamas es apta para configurar esta modalidad del delito.¹⁵

Eusebio Gómez, en su *Tratado de Derecho Penal*, afirmaba que "...no es fácil concretar en una fórmula la noción de incendio, pero podría decirse que existe cuando se causa por acción dolosa o culposa, un fuego de vastas proporciones, determinando un peligro común, el que es propio de todos los delitos contra la seguridad pública..."

En cuanto al segundo medio comisivo mencionado por la figura, está la *explosión*, cuya definición tampoco reconoce grandes disidencias en la doctrina. La mayoría de los autores concuerda en que aquella ocurre cuando se da la súbita, instantánea, irrefrenable y violenta liberación de energía, cuyo origen puede obedecer a diferentes procesos que pueden ser químicos o mecánicos a causa de combustión, transformación o compresión. Núñez,¹⁶ por su parte, hace referencia a potencialidad expansiva incontrolada, mencionando -además de los mecanismos antes señalados- los procesos de pura dilatación, como por ejemplo¹⁷ el fardo fuertemente comprimido que estalla por efecto de la humedad.¹⁸ Carlos Creus,¹⁹ por su parte, entiende que como la ley

13. Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 39.

14. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 575.

15. Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, 3^{ra} edición, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 2003, T. VI. En el mismo sentido se han expresado F. Carrara y Carmignani.

16. Núñez, Ricardo, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Lerner editores, 2009.

17. En contra Sebastián Soler, que excluye los procesos de pura compresión, como por ejemplo, el que puede producirse por el vapor de agua, o este citado por Ricardo Núñez.

18. No concordaría con esta postura Soler, quien señala que Binding también lo excluye.

19. Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, 6^{ta} edición, 1^{ra} reimpresión, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1998, T. 2.

no ofrece una enumeración circunstanciada de los objetos o materias que pueden producir explosión, es típicamente suficiente con que ella ocurra, cualquiera que fuere su fuente o mecánica: combustión (pól-
vora), compresión (vapor), percusión (nitroglicerina), transformación (mezcla de ácidos). Por lo tanto, no comparte la posición de cierta parte de la doctrina que distingue allí donde la ley no ofrece distinciones. Carlos Fontán Balestra señala que es suficiente que como consecuencia de la explosión, se produzca un peligro común para los bienes y que ese resultado haya podido ser previsto.

La *inundación* es concebida por Sebastián Soler como el desastre producido por el desencadenamiento del poder del agua, sea por el desvío de su curso natural, o por aumento repentino del caudal que naturalmente corre por el río o arroyo. La ley no enumera ni menciona los medios a través de los cuales puede llegarse al resultado requerido por la figura, razón por la cual el autor podrá valerse de cualquier medio y el delito quedará configurado siempre que se produzca el peligro común señalado en el inciso 1 de este artículo.²⁰ Carlos Creus señala que es la invasión de las aguas en terrenos que no constituyen sus cauces o sus depósitos naturales. Por ello, entiende que hacer correr impetuosamente aguas por su lecho, no constituye inundación, aunque esa acción pueda ser considerada estrago;²¹ y Carlos Fontán Balestra entiende que el hecho de que las aguas no salgan de su cauce o receptáculo natural -aun cuando la masa acuática se desencadene impetuosamente o con violencia- no constituiría delito por no existir posibilidad de peligro común.²² Soler señala que la existencia de un peligro común y de cierta magnitud de las consecuencias resultan indispensables puesto que, por el contrario, para el supuesto de no darse estos extremos, podríamos encontrarnos en presencia del delito de daño o de usurpación.

En este mismo capítulo, pero en diferentes artículos, el código utiliza la palabra inundación para referirse, sea al medio comisivo (artículo 187), sea al resultado obtenido (artículo 188, primera parte), lo

20. Donna menciona derribamiento de contenciones, construcción de barricadas que sean capaces de desviar el cauce y hasta bombeo mecánico.

21. En contra, Sebastián Soler.

22. En igual sentido Donna, Edgardo, *op. cit.*

cual ha generado un amplio debate doctrinario tendiente a obtener una interpretación legal que no desnaturalice el sentido de la norma y que, al mismo tiempo, resulte respetuoso al principio de legalidad.

En principio, el sentido de la definición de inundación es el mismo que ya fuera tratado con anterioridad. Pero las interpretaciones efectuadas por los diversos autores señalan ciertos inconvenientes derivados de la técnica legislativa utilizada para concebir estas conductas delictivas. El artículo 187 expresa: *“Incurrirá, según los casos, en las penas señaladas en el artículo precedente, el que causare estrago por medio de sumersión o varamiento de nave, derrumbe de un edificio, inundación, de una mina o cualquier otro medio poderoso de destrucción”*. La existencia de la coma luego de inundación y antes de la expresión “de una mina” sugiere que se trata de dos supuestos distintos, lo cual sería -en principio- un absurdo, puesto que la misma escala penal está establecida tanto por este artículo 187 como en el anterior -el 186- que estamos analizando. Y resulta incorrecto y violatorio del principio de legalidad, interpretar que la coma es un error y que, por lo tanto, lo punible es “la inundación de una mina”. En tal caso, el juzgador estaría incorporando por vía de la interpretación, un elemento objetivo a una figura, tarea reservada únicamente al Poder Legislativo.

En el artículo 188 se establece que *“Será reprimido con prisión de uno a seis años el que, destruyendo o inutilizando diques u otras obras destinadas a la defensa común contra las inundaciones u otros desastres, hiciere surgir el peligro de que estos se produzcan”*.

Carlos Creus y Sebastián Soler entienden entonces que la inundación que legisla el artículo 187 del Código Penal es la que ha producido estrago en cuanto a la destrucción efectiva y grande de bienes, mientras que la inundación establecida en el artículo 186 es la meramente peligrosa. En este mismo sentido, lo que marca la diferencia entre una y otra figura es el peligro concreto para la seguridad pública en el caso del artículo 186, mientras que en el supuesto del artículo 187, se establece concretamente a la inundación como una forma de estrago. Esta -a diferencia de la anterior- es una figura de resultado, sin perjuicio de que pudiera afectarse el mismo bien jurídico.²³

23. En este sentido ver Donna, Edgardo, *op. cit.*

3. TIPO SUBJETIVO

Se trata de un delito doloso, y la voluntad específica debe estar constituida por la *intención de crear un peligro común*. En el caso particular del incendio, entonces, podría ser considerado autor una persona distinta a aquel que encendió el fuego, por ejemplo, aquel que lo avivó o lo alimentó con la intención de crear el peligro común. El dolo se sustenta en el conocimiento de la naturaleza y la aptitud destructiva del medio empleado, y sobre la voluntad de emplearlo a pesar de ese conocimiento. En otros sistemas legislativos se exige la conciencia de crear un peligro, puesto que califican al medio empleado -fuego, explosivo o inundación- como peligrosos en sí mismos, de manera que todos *saben o deben saber* que con su sola acción se desencadena un peligro.²⁴

4. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Por ser delitos de peligro concreto, son delitos de resultado, de comisión instantánea, y admiten la tentativa. Así, se consuma la acción cuando se produce el fuego peligroso, cuando ocurre la explosión o cuando se produce el desencadenamiento de la fuerza del agua. Algunos ejemplos de tentativa citados por la doctrina se vinculan con la intención del autor de utilizar cualquiera de esos medios para crear un peligro común, sin que pueda lograr su objetivo por causas ajenas a su voluntad, como por ejemplo, quien comenzó el fuego en distintos bienes o áreas pero sea que por intervención de terceros o por efecto de la naturaleza, la propagación del fuego no se produce. Por otro lado, quedaría dentro del dolo requerido por la figura, el dolo eventual para aquel que sin tener la intención concreta de crear un peligro común, acepta tal posibilidad originando un foco ígneo del cual se deriva, posteriormente, la creación de un peligro común.

Otro caso de tentativa estaría dado con la colocación de un artefacto explosivo que no llega a detonar por causas extrañas a la intención del autor que lo instaló.

24. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 580.

5. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

En esta figura, son plenamente aplicables los principios generales relativos a la autoría y la participación criminal, por no requerir circunstancias especiales que deban necesariamente recaer en la persona del autor o autores, para tener por configurado el delito.

6. ESTRAGO RURAL

Tipo penal del inciso 2 del artículo 186:

“Será reprimido:

2º Con reclusión o prisión de tres a diez años el que causare incendio o destrucción por cualquier otro medio:

- a) De cereales en parva, gavillas o bolsas, o de los mismos todavía no cosechados;*
- b) De bosques, viñas, olivares, cañaverales, algodinales, yerbatales o cualquiera otra plantación de árboles o arbustos en explotación, ya sea con sus frutos en pie o cosechados;*
- c) De ganado en los campos o de sus productos amontonados en el campo o depositados;*
- d) De la leña, o carbón de leña, apilados o amontonados en los campos de su explotación y destinados al comercio;*
- e) De alfalfares o cualquier otro cultivo de forrajes, ya sea en pie o emparvados, engavillados, ensilados o enfardados;*
- f) De los mismos productos mencionados en los párrafos anteriores, cargados, parados o en movimiento”.*

Como vimos hasta ahora, la característica particular de las figuras contenidas en este capítulo es el bien jurídico protegido que se enfoca en el peligro concreto corrido por cierta clase de bienes, o el peligro corrido por las personas expuestas a las acciones típicas ejecutadas por el autor.

Sin embargo, esta regla de la consumación de la conducta por la comprobación de la creación del peligro se encuentra exceptuada por la figura contenida en el inciso 2.

En efecto, este inciso contiene una enumeración que califica la conducta del agente -aunque manteniendo la escala punitiva- habida cuenta de la calidad de los bienes afectados. Para que puedan aplicarse

los supuestos contemplados en este inciso, el incendio o la destrucción debe recaer necesariamente sobre alguno de esos bienes. Entonces, a diferencia de las otras figuras que se desarrollan en este capítulo, se requiere -para considerar configurada la conducta- la producción de un daño efectivo en cierto tipo de bienes enumerados taxativamente por la ley. Por este motivo, no se trataría de una calificante de la figura básica, sino, más bien, de una figura autónoma. En efecto, este inciso no contempla supuestos comisivos de peligro, sino de daño causado (a través del incendio o la destrucción por cualquier medio), a determinados bienes de naturaleza agropecuaria o forestal.

Desde esta óptica, la figura también admitiría la tentativa, pero el tipo subjetivo exigiría una variable, esto es, la intención dañosa dirigida concretamente a esa clase de bienes que debería revelar el autor al comenzar la ejecución del hecho. Fontán Balestra y Millán señalan que la existencia del inciso 2 reconocería su origen en una huelga que se produjo en la provincia de Santa Cruz y otras zonas rurales de la Patagonia argentina entre los años 1920 y 1921, y aseguran que un más correcto tratamiento metodológico debió haber incluido dicha enumeración como otra forma de daño agravado. Molinario y Aguirre Obarrio no coinciden con que se trate de una simple figura de daño agravado, y que su sentido se vincula a la expresión recogida por el artículo 187, al establecer “cualquier otro medio poderoso de destrucción”, y para ellos, además del daño, siempre deberá existir peligro común, que es el bien jurídicamente protegido en forma genérica por el Título.²⁵ Esta es la idea que comparte cierta parte de la doctrina.²⁶

7. FIGURAS AGRAVADAS

3° Con reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro para un archivo público, biblioteca, museo, arsenal, astillero, fábrica de pólvora o de pirotecnia militar o parque de artillería;

4° Con reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro de muerte para alguna persona;

25. Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. II C, p. 52.

26. Creus es de la opinión de que si además existió peligro común para los bienes, esta figura queda desplazada por la del inciso 1 del artículo 186 del Código Penal.

5° Con reclusión o prisión de ocho a veinte años, si el hecho fuere causa inmediata de la muerte de alguna persona”.

Las figuras agravadas están contempladas entre los incisos 3 y 5 del artículo 186, y si bien podría considerarse que estas solamente se vinculan con la figura básica del inciso 1, entendemos que para el caso de haberse cometido alguna acción cuya descripción encuentre adecuación típica en el inciso 2, estas agravantes igualmente deberían operar para el supuesto de comprobarse alguna de las situaciones contempladas por cualquiera de los tres incisos posteriores.

Las acciones típicas son las establecidas al comienzo del artículo: incendio, explosión o inundación y destrucción por cualquier otro medio.

La calificación del inciso 3 establece que la conducta típica ejercida por el autor debe hacer peligrar alguno de los bienes contenidos en la enumeración taxativa de la norma. Esos *bienes* -por sus características- son particularmente apreciados o valorados por la comunidad (un archivo público, una biblioteca, un museo), o bien conforman los medios para la defensa nacional, a la vez que su daño genera un gran peligro o un peligro intensificado:²⁷ (arsenal, astillero, fábrica de pólvora o de pirotecnia militar o parque de artillería). El *arsenal* es el depósito o el almacén general de armas y otros efectos de guerra. El *astillero* es un establecimiento donde se construyen o se reparan buques; la *fábrica de pólvora o de pirotecnia militar* se refiere al lugar en el que se elaboran esos materiales; *pólvora* es la mezcla de ciertos componentes químicos que se utilizan para la confección de proyectiles y otros elementos de pirotecnia y que es inflamable y explota en contacto con llama o chispa.²⁸

El *peligro de muerte para alguna persona*, considerado como agravante por el inciso 4 en esta figura, implica la consideración de un peligro real y efectivo, y no solamente un peligro *posible*. A diferencia de lo que ocurre en otros sistemas legislativos, no puede en este caso hablarse de peligro potencial, sino de un peligro concreto imputable como resultado preterintencional o culposo distinto al de la intención inicial del autor.

Gran parte de la doctrina comparte la opinión de que no resulta tarea fácil determinar en ciertos casos cuándo una persona corrió en

27. Soler, Sebastián, *op. cit.*, quien señala que no queda claro si la agravante se funda en la naturaleza del objeto o en el hecho de que se trata de una propiedad del Estado.

28. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, T. VI.

forma real y efectiva peligro de muerte, pero coincidimos con Rodolfo Moreno que la apreciación del peligro es una cuestión de hecho que debe ser estimada en cada caso concreto por el juez. La culpa o la preterintencionalidad establecida por este inciso -al decir de Sebastián Soler- debe deducirse de la situación de hecho, pudiendo experimentar variaciones en casos extremos. Y cita como ejemplo la conducta de aquel que incendia una edificación que por sus características está normalmente destinada a ser habitada. El autor, en ese caso, no podría válidamente despojarse de la responsabilidad por una calificación agravada con el argumento de ignorar que el sitio estuviera habitado, porque era razonable -desde el comienzo- suponer que en el lugar se encontrara alguna persona. Por el contrario, y para el hipotético caso en que el edificio estuviera vacío, el autor debería considerarse afortunado si, luego de provocar el incendio, no se hubiera comprobado situación de peligro efectivo.²⁹

Por otro lado, los autores consideran necesario -tanto en este supuesto como en el contemplado en el inciso 5- hacer algún análisis de la relación causal entre la conducta típica y el peligro real y efectivo corrido por *alguna persona*. En efecto, debe considerarse y analizarse si el aporte causal de la víctima (por ejemplo un espectador que se aproxima al lugar donde ya está creada la situación de peligro), debería o no tener incidencia en la agravante contenida en el tipo.

Por lo demás, para la configuración de este delito debió existir previamente una situación de peligro común, que es el bien jurídico protegido genéricamente por el título. Pero en cuanto a la operatividad de la agravante, y el hecho de que para que se considere consumado el delito debe comprobarse el peligro real y efectivo corrido por alguna persona, la tentativa no parece posible.

El último de los incisos de este artículo agrava las penas para los casos en que, habiendo causado incendio, explosión, inundación o destrucción por cualquier medio, su conducta *fuere la causa inmediata de la muerte de alguna persona*.

29. Refiere Sebastián Soler que -a diferencia de lo que ocurre en nuestra legislación- en otros países, la agravante se aplica por el hecho mismo de provocar un incendio en sitios destinados a habitación.

También en esta cuestión, como fue tratado en el caso del inciso anterior, debe analizarse en el caso concreto, la relación de causalidad entre el hecho del autor y la consecuencia de la muerte. Soler, sobre este punto, entiende que con la expresión *causa inmediata* quedan excluidos dos tipos de casos: el del bombero o persona que trabaja en la extinción y el de quien habiéndose ya salvado, regrese para rescatar algo. En el caso del bombero, no puede computarse como agravante porque este es un riesgo que la ley supone y descuenta de modo necesario, pues es *forzoso* que alguien afronte siempre el riesgo del incendio inclusive con peligro y que esa es, en definitiva, la función del bombero. En el caso de aquel que luego de rescatado, regresa al sitio del incendio para tratar de salvar algo, entiende que se da el supuesto de una concausa voluntaria y libre que transforma el incendio en una causa *mediata* y no *coactiva*. Una situación coactiva sería la de aquel que, atrapado por las llamas, decide precipitarse creyendo que así logrará salvarlo y como consecuencia de ello, muere. En este caso, sería plenamente aplicable la agravante.³⁰

Respecto de la inmediatez de la muerte como consecuencia de la acción típica, no se requiere que la víctima haya muerto quemado o como producto de la explosión o ahogado, sino que la asfixia por el humo, el desmoronamiento o el derrumbe que ocasionen el deceso también deben considerarse *causa inmediata*. Y para la operatividad de la agravante es suficiente la producción de una sola muerte, sin que el hecho de que se produzcan varios decesos multiplique el delito.³¹

En cuanto al aspecto subjetivo de esta agravante, también es aplicable la postura que fue desarrollada en el inciso anterior, vinculada con el dolo de producir un peligro común pero culpa en la producción de la muerte de una persona. En este sentido entendemos, como lo hace la mayoría de la doctrina, que existe una preterintencionalidad vinculada con el resultado muerte. Si la intención del autor hubiera sido directamente la de terminar con la vida de la víctima, sería más correcto considerar que su acción se encontraría subsumida en la figura del homicidio calificado previsto en el inciso 5 del artículo 80 del Código Penal. Por lo demás, cierta parte de la doctrina entiende suficiente el dolo eventual, aunque en un fallo del Tribunal Nacional Oral

30. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 584.

31. Buompadre, Jorge, *op. cit.*

en lo Criminal N° 7 rechazó la aplicación de la agravante del inciso 5 del artículo 186 del Código Penal, por entender que no se probó que el procesado vislumbrara la muerte de la víctima como una consecuencia necesaria de su acción.³²

8. ESTRAGO

Artículo 187: “*Incurrirá, según los casos, en las penas señaladas en el artículo precedente, el que causare estrago por medio de sumersión o varamiento de nave, derrumbe de un edificio, inundación, de una mina o cualquier otro medio poderoso de destrucción*”.

Esta figura ha sido criticada no sólo por su técnica legislativa, sino también por algunos cambios introducidos en el texto que cambiaban por completo el sentido de la norma. A todo ello hemos hecho referencia al tratar el concepto de *inundación*, al que nos remitimos.

El artículo 187 prevé la imposición de las mismas penas establecidas en el artículo 186 a quien cause *estrago por medio de...*, y pasa a enumerar los medios a través de los cuales resulta punible la producción de un estrago.

El diccionario de la Real Academia Española define al *estrago* como el daño hecho en guerra, como una matanza de gente, o la destrucción de la campaña, del país o del ejército, como ruina, daño, asolamiento.

Desde el punto de vista jurídico, se ha definido esta figura como el resultado dañoso que afecta colectivamente -con efectos extraordinariamente graves o complejos- cosas y personas amparadas por la ley, produciendo conmoción pública.³³ De ese modo, el estrago tiene las siguientes características: la gravedad de los medios utilizados, y por ello la fórmula incluye “cualquier otro medio poderoso” y la gran magnitud de las consecuencias destructivas que conllevan un gran peligro común para las personas y ciertos bienes. Esto último, sumado a la inclusión de algunos medios comisivos y el agregado del adjetivo

32. LL 2003-A-527. El TOC 7 condenó al autor del hecho por el delito de incendio calificado (artículo 186, inciso 4 Código Penal), en concurso ideal con homicidio culposo -artículo 84 del Código Penal- por haber producido la muerte de una persona como consecuencia del incendio que causó en un hotel de pasajeros.

33. Manzini V., *Tratatto di Diritto Penale*, Torino, 1947, Vol. V, citado por Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 258.

poderoso, es lo que ha forjado la distinción entre las figuras de los artículos 186 y 187.

Un medio de comisión de este delito se reitera. Por ello, nos remitimos -en lo pertinente- a lo desarrollado al tratar lo concerniente con relación a la inundación.

Por lo demás, *sumersión de una nave* implica el naufragio o hundimiento de un buque de transporte de pasajeros o mercaderías de modo tal que la estructura de aquella quede bajo las aguas en forma total, o de modo parcial pero hasta las cubiertas superiores. La ley no brinda enumeración alguna de los modos en los que puede ocurrir la sumersión, y por ello, mientras el resultado constituya hundimiento o naufragio, el medio puede ser variado (choque contra las rocas, impacto con otra nave, etcétera).

El *varamiento* implica producir la detención de la embarcación provocando el asentamiento de los planos inferiores o laterales del buque sobre el lecho natural o artificial del agua.

Doctrinariamente, se ha concordado con que la nave debe tener capacidad suficiente para transportar un conjunto indeterminado de personas o de cosas, y que para entender cometido el delito, deben sufrir peligro o daño.³⁴

También en este caso debe atenderse a las notas comunes y diferenciales que presenta esta figura con la contenida en el artículo 194, aun cuando la distinción esencial se encuentre en la necesaria creación de peligro común exigida en el caso del artículo 186, y la expresa referencia a *sin crear una situación de peligro común*, que incluye en su texto el ya mencionado artículo 194. En efecto, en ambos casos se legisla sobre un medio de transporte por agua -como es la nave o buque- y la conducta típica es impedir o interrumpir el normal funcionamiento de este medio de transporte acuático, cuando tal resultado se logre, por ejemplo, por medio de varamiento. La valoración particular deberá enfocarse no sólo en la creación de un peligro común, sino también en la intención tenida en mira por el autor del hecho.³⁵

Derrumbe de un edificio es la caída o la precipitación de una obra edilicia, sólida (de hierro, madera, concreto), construida por el hombre;

34. En tal sentido ver Donna, *op. cit.*, p. 71; Creus, *op. cit.*, p. 13.

35. Ver en este sentido Moreno, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, Ed. H. A. Tommasi, 1923.

que tenga ciertas proporciones. El derrumbe puede ser parcial o total, y como señala Sebastián Soler, lo esencial en este caso es la caída de cuerpos o partes cuya solidez inspira, por lo general, confianza. Esa misma confianza es la que genera las probabilidades de daño. Lo esencial aquí es la producción de peligro común para las personas o destrucción de ciertos bienes. Parte de la doctrina entiende que el derrumbe de cualquier obra puede conformar la ejecución de este delito, mientras que Núñez considera que debe tratarse de obras que estén destinadas a ser ocupadas como casas, templos o galpones.³⁶

Por su parte, Carlos Creus entiende que no es indispensable que el resultado se produzca inmediatamente respecto de la conducta del autor. Acepta que haya solución de continuidad, siempre que pueda acreditarse la relación de causalidad entre la acción del agente y el resultado.

El artículo contiene en su enumeración la palabra *minas*. Las minas -agregado como medio comisivo independiente luego de que la ley de Fe de Erratas incorporara antes de ella y luego la palabra inundación una coma (,)- son los artefactos explosivos que se hacen detonar bajo tierra o agua u otros elementos naturales o artificiales que los cubren. La idea del legislador, al tiempo de incluir esta figura en el código, fue la de penar a aquellos que inundaran los corredores, pozos y túneles de las obras de extracción de productos minerales. Pero la introducción de la coma gramatical independiza -como dijimos- ambos medios comisivos. Salvo la hipótesis de la tentativa, la simple explosión de una mina sin daño efectivo y sin que implique peligro común podrá constituir eventualmente un delito contra la tranquilidad pública, pero no el de estrago.³⁷

La expresión *cualquier otro medio poderoso de destrucción* al final de la norma incluye a cualquier medio capaz de producir una destrucción de excepcionales magnitudes que importe peligro común y que pueda afectar a un número indeterminado de personas y/o bienes.

Salvo aclaración expresa, las cuestiones vinculadas con el tipo subjetivo, la autoría y la participación tratadas al desarrollar el artículo 186, son plenamente aplicables también a este caso.

36. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 54.

37. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 14.

9. DESTRUCCIÓN DE CIERTAS OBRAS Y FAVORECIMIENTO DE ESTRAGO

Artículo 188: “Será reprimido con prisión de uno a seis años el que, destruyendo o inutilizando diques u otras obras destinadas a la defensa común contra las inundaciones u otros desastres, hiciere surgir el peligro de que éstos se produzcan.

La misma pena se aplicará al que, para impedir la extinción de un incendio o las obras de defensa contra una inundación, sumersión, naufragio u otro desastre, sustrajere, ocultare o hiciere inservible materiales, instrumentos u otros medios destinados a la extinción o a la defensa referida”.

La acción típica es la *destrucción* y/o la *inutilización*. La fórmula legislativa contenida en esta norma es levemente distinta a la que contenía la redacción del artículo anterior. Mientras en la norma derogada la acción típica quedaba configurada con la voluntad de dañar o inutilizar, sumado al resultado peligroso preterintencional, tal como se encuentra redactada la norma en la actualidad, el asunto resulta más complejo pues lo punible es *destruir* o *inutilizar* con más la voluntad del agente de *hacer surgir el peligro* aun cuando ese resultado se le presente como una eventualidad.³⁸

En las figuras de los artículos desarrollados precedentemente, para que se configure el delito bastaba la creación del peligro común concreto e indeterminado. Pero en este supuesto, la ley reprime determinados daños cuando hacen surgir el peligro de que se produzca un hecho capaz de crear peligro común.³⁹ El peligro debe ser real. En este supuesto, el legislador ha considerado amenazar con la aplicación de una pena a quienes por haber cometido determinados hechos puedan dar lugar a la amenaza probable y real de que se produzca un hecho peligroso para la seguridad común.

Destruir es provocar un daño o menoscabo en su materialidad o en su sustancia de modo tal que, en función de él, no pueda decirse que la cosa existe tal como era antes de su producción. *Inutilizar* es tornar inútil una cosa conforme al fin específico para el cual fue destinada. La ley no hace distinciones en cuanto a si la obra es pública o privada,

38. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 16; D'Alessio, Andrés (Director), *Código Penal Comentado y anotado. Parte Especial*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004.

39. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 261.

por lo que se considera comprendido cualquier supuesto mientras el destino de la obra sea el señalado por la ley.

Existe coincidencia en la doctrina que los diques u otras obras destinadas a la defensa común deben cumplir una función de seguridad *anterior* al desastre, y que este último debe producirse o iniciarse con la producción de las acciones típicas en los diques o en las obras destinadas a la defensa (como por ejemplo obras de defensa contra desmoronamientos). Por ello, no quedarían abarcadas en la conducta típica otras obras destinadas a repeler o combatir un desastre ocurrido con anterioridad o que se hayan emplazado para prevenirlo (como por ejemplo las torres de observación de los bosques para prevención de incendios forestales), cuando su destrucción no es, en realidad, la causa original del desastre.⁴⁰ Tampoco quedan comprendidas las defensas naturales, es decir aquellas en las que no ha intervenido la obra humana.

Es un delito para el cual se requiere dolo directo e inclusive, dolo eventual, y se consuma con el atentado dañoso y el surgimiento del peligro de desastre. La destrucción sin surgimiento de peligro no pasaría de considerar al hecho como delito de daño, y debido a que el surgimiento del peligro no conforma la estructura típica como finalidad del agente, la tentativa parece difícilmente posible.⁴¹

El *segundo párrafo del artículo* requiere que un desastre ya se haya producido o que por lo menos sea inminente su producción.⁴²

Las acciones típicas están conformadas por: la *sustracción*, constituida por la acción de desapoderar o de quitar de la esfera de disponibilidad los objetos del alcance de quien deba utilizarlos para extinguir el incendio o la obra de defensa); la *ocultación*, acción que se conforma con la actitud de esconder o colocar los elementos fuera de la vista de quien pudiera necesitarlos para que no pueda; *hacer inservibles* es destruir en todo o en parte los elementos, instrumentos o los objetos de modo tal que aquellos se tornen inútiles para el fin para el cual fueron creados.

Se trata también en este caso de un delito doloso que se consuma con el hecho mismo de ocultar, inutilizar o destruir, sin que se requie-

40. Creus, Carlos, *op. cit.*; Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*; Núñez, Ricardo, *op. cit.*

41. Ver en tal sentido Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 17.

42. *Ibidem*, p. 20.

ra que esa acción impida efectivamente el desastre,⁴³ habida cuenta del elemento subjetivo *tratar de impedir* que contiene la redacción. Es suficiente el dolo eventual. Por lo dicho, la conducta típica puede darse desde la inminencia de la producción de un desastre, durante el desarrollo del desastre y hasta la desaparición del peligro.

Son aplicables al caso las disposiciones generales de la autoría y la participación.

10. ESTRAGO CULPOSO

Artículo 189: *“Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que, por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, causare un incendio u otros estragos.*

Si el hecho u omisión culpable pusiere en peligro de muerte a alguna persona o causare la muerte de alguna persona, el máximo de la pena podrá elevarse hasta cinco años”.

Se trata de la figura culposa de los delitos tratados hasta aquí, y por ello todos los conceptos y el análisis efectuado en los artículos anteriores es plenamente aplicable en este caso.

La conducta típica puede producirse tanto por acción como por omisión, y se prevé además, una agravante en función del resultado.

Las distintas formas de culpa enumeradas en la norma son la imprudencia, la negligencia, la impericia en el arte o profesión y la inobservancia de los reglamentos u ordenanzas. El código no se aparta de la fórmula utilizada en otras figuras para legislar los supuestos culposos, por lo que cabe remitirse a ellos.

No obstante lo dicho, para que pueda atribuirse la responsabilidad penal al agente, el estrago debió haberse producido por la relación causal con su conducta culposa; debe ser un resultado decisivamente causado por ella.

43. Ver en tal sentido Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 86-87; Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 19.

JURISPRUDENCIA

Imputación objetiva. Estrago: Culposo calificado. Pirotecnia. Artículos prohibidos.

El disvalor de la acción, es decir el actuar negligente, no determina por sí sólo el reproche.

Además, debe conectarse ello con la producción de un resultado dañoso, el cual debe ser previsible, teniendo en cuenta el incremento de la puesta en peligro previamente creada.

Los enjuiciados, al tomar a su cargo la venta de artículos que, por sí solos crean cierto peligro, asumieron una posición de garante, calidad esta que los obligaba a tener ciertos conocimientos especiales y a utilizarlos de manera que no se incremente el riesgo ya existente más allá de lo social o jurídicamente permitido. (*) La existencia de esta especial posición obliga a quien la detenta, en caso de tomar conocimiento por cualquier medio de que no se están respetando los estándares de seguridad mínimos, a desplegar una actividad en el seno de su rol; y, en concreto, encargarse de restablecer la situación estándar, pues, su mera desviación, ya de por sí constituye una perturbación que como garante debe suprimir. No sólo estamos en presencia de una mera infracción administrativa, sino ante un verdadero accionar imprudente, el que, adunado a la tenencia considerable de mercadería de uso prohibido en condiciones no aptas, incrementó en forma notable el riesgo normal que el resultado lesivo se produzca, máxime si toda aquella -o cuanto menos una porción importante- se hallaba en exhibición en la vía pública un día de verano. Por ello resulta reprochable ese accionar, no sólo por haber sido objetivamente previsible ese resultado, sino también por el conocimiento que detentaban acerca de la ilegitimidad de su proceder y, pese a ello, no depuso su actitud.

C. N. Crim. Sala V c. 33.952 DOPAZO, Pablo F. y otro.

Estrago culposo (artículo 189 CP). Explosión. Plomero que no era gasista. Culpa consciente. Posible coautoría. Administrador del consorcio: Exención de responsabilidades.

1) Debe considerarse autor del delito de estrago culposo agravado por la muerte de personas, a quien sin estar debidamente capacitado para solucionar un problema de escape de gas, por ser únicamente plomero, sin contar con el asesoramiento de un gasista autorizado, produciéndose una explosión, siendo evidente la previsión del resultado, atribuyéndosele la reprochabilidad propia de la culpa consciente, cuyo desenlace dañoso se prevé como posible, pero se confía en que no se produzca.

2) El presente caso podría tratarse de una posible coautoría en delito culposo, por haber participado también un operario con su acción de soldar el caño, que produjo materialmente el desenlace culposo; pero como esa circunstancia no ha sido debidamente esclarecida y como no es admisible la autoría mediata en esta suerte de delito imprudente, conclúyese en que cada uno incurrió al hecho dañoso, en un propio concurso de causas culposas, siendo correcta la calidad de simple autor y no de coautor.

3) Hállase en cambio exento de responsabilidad penal el administrador del consorcio, pues no ejecutó acción disvaliosa alguna que en la debida conexión de causalidad, llevase el resultado disvalioso.

C. N. Crim. Sala I Sent. V, sec. 30, c. 33.279 DI PIETRO, F. Rta: 1/6/88.

BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA. AÑO 1988. N° 2. Abril Mayo Junio. Pág. 139.

Estrago culposo. Muerte (artículo 189, 2° párrafo CP): Competencia Criminal. Exclusión de la competencia correccional. Competencia criminal. Competencia correccional.

Si bien entre las figuras de homicidio culposo (art. 84 CP) y la de estrago culposo (art. 189, 2° párrafo CP) existe una relación concursal, la prevista en la última norma no puede calificarse como homicidio o lesiones culposas, que es lo que taxativamente prevé el inc. 3° del art. 28 CPC, pues sigue siendo un incendio o estrago, aunque agravado, afectando a otro bien jurídico, la seguridad pública; por cuyo motivo debe seguir interviniendo la justicia de Instrucción.

C. N. Crim. Sala VI Int. Instr. 12, sec. 137 c. 15.117 PIAZZE, F Rta: 4/8/87.
Boletín de Jurisprudencia, Año 1987, N° 3, Julio Agosto Septiembre,
Pág. 998.

Estrago culposo (artículo 189, 1ra. parte CP). Concurso ideal con lesiones culposas. Derrumbe de un edificio. Obras de refacción sin la dirección de ningún profesional. ERROR (artículo 34 CP). Extranjero. (Exclusión). Juicio correccional. Sometimiento a proceso de un sólo enjuiciado. Omisión de procesar a otros.

1) La actividad del procesado, que adquirió una casa casi centenaria, diciendo arreglarla, para lo cual contrató dos obreros, comenzando la obra sin dirección técnica alguna, tan sólo dando aviso a la Municipalidad, organismo del que no esperó la correspondiente autorización o aprobación de trabajos, derrumbándose gran parte del edificio, resultando lesionado un albañil, configura los delitos de estrago culposo y lesiones culposas, en concurso ideal.

2) Los obreros que suscribieron con el encausado el convenio, debieron ser procesados, pues al llevar a cabo los trabajos incurrirían en una consciente violación del cuidado debido en esta clase de labores, coadyuvando materialmente a la posibilidad de generar el riesgo prohibido de que se tradujesen los resultados que luego se operaron; pero en atención a la etapa procesal, corresponde examinar la conducta del único enjuiciado.

3) El supuesto error del procesado basado en la condición de extranjero, no resulta excusable, porque si hubiese puesto un mínimo de diligencia habría podido interiorizarse de las normas vigentes en nuestro país, lo cual no hizo, o sea, que su error, si existió, fue vencible.

C. N. Crim. Sala IV Correc. N, sec. 75 c. 32.698 LIU, Sung. Rta: 28/5/87
Boletín de Jurisprudencia, Año 1987, N° 2, Abril Mayo Junio, Pág. 566.

Estrago culposo. (artículo 189, 1ra. parte del 2do. párrafo CP en función artículos 186 inc. a) y 186 bis inc. c)). Ingenieros. Finca parcialmente derrumbada. Omisión de apuntalamiento y submarcación.

Corresponde condenar a los procesados ingenieros por el delito de estrago culposo, agravado por el peligro de muerte para una persona,

pues se puede dar probado que, ya sea por la antigüedad del edificio y su mal estado de conservación, por las vibraciones de las máquinas o por la excavación de una zanja de un metro de ancho y un metro y medio de profundidad, a todo lo largo y sobre la línea de edificación municipal del inmueble la que dejó a la vista su fundación, la omisión de apuntalamiento y submarcación constituyó la causa de la caída parcial de la finca.

C. N. Crim. Sala II c. 29.027 E. R., C. y otros. Rta: 26/3/85. BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA. Año 1985. N° 1. Pág 33.

Homicidio calificado. Alevosía. Incendio. Familia que se encontraba durmiendo. Utilización de nafta en el lugar y provocación de incendio.

Concurso de agravantes 1) Debe responder por el delito de homicidio calificado por alevosía e incendio quien, en horas de la madrugada, luego de haber determinado que la familia damnificada se encontraba entregada al reposo, asperjó con una considerable cantidad de nafta el lugar donde se hallaban aquellos, prendiendo enseguida el fuego con un fósforo, lo que ocasionó quemaduras a las cuatro víctimas, que más tarde fallecieron 2) El homicidio es alevoso por cuanto el procesado obró con seguridad y falta de riesgo, acercándose sigilosamente al sitio del desmán, sacándose el calzado para evitar los ruidos y obrando recién después de comprobar el reposo de sus víctimas 3) El homicidio también es calificado por el incendio ocasionado por el encausado, pues se trata de muertes sobrevenidas a raíz del empleo de un medio capaz de causar grandes estragos, como es el dar fuego a una vivienda con abundante cantidad de nafta, cuyos efectos ígneos nadie desconoce.

CCC, Sala VI Pintos, Andereggen, Calvo c. 8165 DI LEO, Mario Rta: 22/4/82 Boletín de Jurisprudencia, Año 1982, N° 2, Marzo Abril, Pág. 53.

Estrago culposo. Derrumbe de fincas. Falta de prueba del proceder imprudente o negligente del acusado. Suceso accidental, inusitado y extraordinario.

No obstante hallarse acreditado el derrumbe y que de no haberse realizado los trabajos dirigidos por el acusado, las fincas no se hubieran derrumbado, no puede afirmarse que aquel procediera de manera imprudente o negligente, por cuanto si bien el origen del episodio no está totalmente esclarecido puede ser atribuido a la acumulación de

agua derivada de la rotura del caño reparado por una empresa, a la existencia de algún antiguo pozo ciego, o bien a las dos causas. Aceptado que el alud tuvo real ocurrencia, se interpreta que se presenta como accidental, inusitado y extraordinario, por lo cual no puede ser cargado a la responsabilidad del procesado, pues ello significaría exigirle mucho más de lo admitido y aconsejado por las normas comunes de cautela relativas a su actividad profesional, tanto más cuando no está debidamente acreditado que haya tenido conocimiento previo de aquello y la pérdida del caño contiguo a la obra había sido reparada por personal idóneo contratado por los propios interesados.

CCC, Sala II Rivarola, Palacios c. 25.548 LUBENFELD, Mario M. Rta: 25/9/81 Boletín de Jurisprudencia, Año 1981, Entrega 10, pág. 218.

Homicidio culposo. Derrumbe de pared. Hecho previsible. Inhabilitación para ejercer la arquitectura. Estragos (id).

Por cuanto el desmoronamiento de la pared de una obra en construcción era previsible para la arquitecta, debe ser responsabilizada de los delitos de homicidio culposo en concurso ideal con lesiones culposas, destacándose las conclusiones de la peritación al señalar que el hecho se posibilitó por la excesiva y antirreglamentaria profundidad de la canaleta que dejó al muro sometido a tensiones inadmisibles de tracción, calificando de “grosera” la apertura de la canaleta en la veta medianería. En consecuencia, la caída de la parte superior de la pared se produjo por impericia o negligencia y el empleo de una mínima dosis de atención y cuidado habría llevado a la responsable de la construcción a rebajar prudentemente la altura del mural, alejando las probabilidades de un desmoronamiento.

CCC SALA VI, Pintos, Ledesma, Anderegen c. 7.191 CORTESE, María Rta: 7/8/81 Boletín de Jurisprudencia, Año 1981, Entrega 09, pág. 195.

Procesamiento estrago culposo. Responsabilidad por no efectuar los arreglos eléctricos en el inmueble. Reglas de la sana crítica. Artículo 189 del Código Penal.

Hechos: La defensa apeló el procesamiento de las nombradas en orden al delito de estrago culposo. Estas en su calidad de encargada y

propietaria del lugar no adoptaron las decisiones necesarias para efectuar los arreglos pertinentes. El incendio se produjo como consecuencia del calentamiento en los conductores pertenecientes a la instalación eléctrica en el departamento en cuestión, lo que fue informado al efectuarse una revisión técnica en el lugar.

Fallo: "(...) compartimos la valoración efectuada por el a quo ..., por resultar adecuada a las reglas de la sana crítica (*) y a las constancias existentes en la causa, ya que cada una de ellas ha cumplido un rol en la comisión del delito que aquí se les endilga, ... las imputadas son responsables del incendio producido y quienes estaban en condiciones de adoptar las decisiones necesarias para efectuar los arreglos pertinentes en su calidad de encargada y propietaria del inmueble, cuyo incendio se produjo como consecuencia del calentamiento en los conductores pertenecientes a la instalación eléctrica de un sauna que funcionaba en el departamento en cuestión, los cuales se desplazaban en forma aérea por el mismo ..., aspecto este que fuera debidamente informado por ... al efectuar una revisión técnica en el lugar.

(...) el Tribunal RESUELVE: Confirmar ...(...)".

CCC Sala VI Lucini, Bunge Campos. (Prosec. Cám.: Rosciani). SANCHEZ BRITO, Sobeyda y otros 3/11/08 c. 36.055.

Se citó: (*) C. N. Crim. y Correcc., Sala VI, c. 35.454 "Hidalgo, Fernando Osvaldo", rta. el 15/09/2008; C.S.J.N, Fallo "Matías Eugenio Casal", rta. el 20/09/2005; Alberto Bovino, "Principios políticos del procedimiento penal", p. 93 y ss., Ed. Estudios del Puerto, año 2005.

Estrago. Procesamiento. Disposición eléctrica generadora del incendio. 1) Estudio realizado por la División Siniestros de la Superintendencia de Bomberos de la PFA Informe técnico: no es pericia en los términos del artículo 258 del CPPN 2) Responsabilidad del presidente y vicepresidente de la empresa. Violación de deberes a su cargo. Deficiente y notoria instalación eléctrica. 3) Calificación legal. Confirmación. Disidencia: Presidente de la firma que residía en otro país. Vicepresidente: control y eventual revisión respecto a la correcta o incorrecta instalación eléctrica no se encontraba a su cargo. Falta de mérito.

Hechos: se investiga el incendio producido en una empresa el 7 de agosto de 2005, ocasión en la que perdieron la vida dos agentes de la

P.F.A. Fallo: “(...) El señor juez Mauro A. Divito dijo: En el informe elaborado por la División Siniestros de la Superintendencia de Bomberos de la Policía Federal Argentina se determinó que el origen del foco ígneo -identificado en el ala izquierda del piso 6° del inmueble- es concordante con el sector en el que se observaron “cableados de alimentación energética, los cuales se disponían en forma aérea por sobre el zócalo del piso”.

De la inspección de esa instalación se estableció que “carecían de su respectiva cobertura plástica aislante, presentando incluso en partes, una coloración pardo rojiza. Asimismo y de la observación minuciosa, pudo comprobarse que éstos se presentaban rígidos y quebradizos al tacto, en contraposición a la flexibilidad común que deberían tener de acuerdo a su material constitutivo. Además se constató que algunos contaban en sus extremos con protuberancias esferoides; siendo este tipo de signos, característicos de contingencias eléctricas productos de cableados sometidos a la tensión”. En la comprobación de la disposición general de todos los cableados de alimentación eléctrica, se determinó que se disponían en forma aérea por encima de un zócalo a través de un contenedor plástico comúnmente llamado “cable canal”, y que presentaban un acondicionamiento no reglamentario, contando incluso con empalmes entre diferentes tipos de cables. De otro lado, “En cuanto a las conexiones y derivaciones de la instalación pudo visualizarse que ni bien salía uno de los cables del tablero alimentaba un prolongador múltiple de los conocidos como ‘zapatilla’ en el que a su vez se conectaban con las máquinas de café, expendedora de agua y golosinas”, y que tal sistema es antirreglamentario tanto en sus conductores como en sus fichas de conexión (...). Tal descripción de la disposición eléctrica -que, según se estima, habría generado el evento ígneo- en la empresa (...) no alcanza para fundamentar -sin más- la responsabilidad de los imputados (...) y (...), presidente y vicepresidente de la compañía. En efecto, el primero de ellos -(...)- ha declarado que residía en la República Federativa del Brasil y concurría a la Argentina únicamente dos veces por año (...), extremo que no ha sido desvirtuado, por el contrario, se compadece con las constancias aportadas (...) y que desdibuja la posibilidad de atribuirle las presuntas irregularidades que presentaba el tendido eléctrico de la oficina, máxime si se recuerda que allí los cables respectivos corrían por el interior de un “cable canal”, es decir, que no podían ser apreciados a simple vista. Tampoco resulta factible -de momento- sostener que (...), quien desempeñaba

la función de presidente en ausencia de aquél, incurrió en una violación de sus deberes de cuidado en relación con el modo en que fue practicada la instalación, ya que parece razonable interpretar no sólo que esa tarea específica no fue cumplida materialmente por él, sino también que el control y la eventual revisión de los aspectos atinentes a su correcta o incorrecta realización, en principio no se encontraban a su cargo, máxime si se recuerda que -como se apuntó en el párrafo anterior- la calidad antirreglamentaria de aquella no era ostensible.

Adviértase en esa dirección -y a mayor abundamiento- que incluso (...), único empleado de la empresa que se encontraba allí el día del hecho, refirió que trabajaba desde hacía 4 meses en el lugar y que nunca había visto a (...) con anterioridad (...). Por ello, en definitiva habré de postular la revocación del decisorio recurrido, debiendo estarse a los autos de falta de mérito documentados (...), a fin de que se profundice la investigación en el sentido señalado oportunamente por el señor juez a quo en dichas resoluciones. (...) El señor juez Juan Esteban Cicciaro dijo: Más allá del planteo de la defensa en torno a las causas que habrían originado el incendio, basado en el informe elaborado por el ingeniero (...) a instancias de esa parte (...), lo cierto es que mediante el estudio practicado por la División Siniestros de la Superintendencia de Bomberos de la Policía Federal Argentina se determinó que el origen del foco ígneo guarda relación con una contingencia eléctrica suscitada en los conductores eléctricos de alimentación energética de la oficina (...). Recuérdese que inspeccionado el lugar el mismo día de la ocurrencia del evento, en el informe se asentó que se había establecido “la identificación de la zona de origen del evento ígneo (ala izquierda del 6° piso)”; que ello “es concordante con el sector en el cual se observaron cableados de alimentación energética, los cuales se disponían en forma aérea por sobre el zócalo del piso. De la inspección de los mismos surge que obviamente estos carecían de su respectiva cobertura plástica aislante, presentando incluso en partes, una coloración pardo rojiza. Asimismo y de la observación minuciosa, pudo comprobarse que estos se presentaban rígidos y quebradizos al tacto, en contraposición a la flexibilidad común que deberían tener de acuerdo a su material constitutivo. Además se constató que algunos contaban en sus extremos con protuberancias esféricas; siendo este tipo de signos, característicos de contingencias eléctricas productos de cableados sometidos a la tensión”. Además, se verificó que todos los cableados

de alimentación energética se disponían en forma aérea por encima de un zócalo a través de un contenedor plástico comúnmente llamado “cable canal”, y que presentaban un acondicionamiento no reglamentario, contando incluso con empalmes entre diferentes tipos de cables. Asimismo, se estableció que “ni bien salía uno de los cables del tablero alimentaba un prolongador múltiple de los conocidos como ‘zapatilla’ en el que a su vez se conectaban con las máquinas de café, expendedora de agua y golosinas”, y que tal sistema es antirreglamentario tanto en sus conductores como en sus fichas de conexión.

En cuanto al cuestionamiento que la defensa formulara de dicho estudio, elaborado por la Superintendencia de Bomberos de la Policía Federal Argentina, cabe señalar que no se trató de una pericia en los términos del art. 258 del Código Procesal Penal sino de un informe técnico (art. 184, inc. 4° del mismo cuerpo normativo) y que, por tanto, las formalidades exigidas para los peritajes no se aplican en el supuesto analizado.

Las condiciones edilicias tras el siniestro motivaron que, por orden del señor fiscal, se mantuviera la inhabilitación del edificio hasta tanto se produjeran los informes de la División Siniestros (...), en tanto que el estado en que se encontraron los elementos alcanzados por el foco ígneo en la ocasión, tornaba necesario practicar las indagaciones del caso del modo en que se hizo.

Ya a fs. 60 el señor fiscal solicitó la colaboración de la Dirección de Guardia y Auxilio del Gobierno de la Ciudad para inspeccionar el lugar, concurriendo en el día un arquitecto de ese organismo, quien señaló que los pisos quinto, sexto y séptimo debían ser clausurados, pues era necesario reestablecer las condiciones de estabilidad y estructura del sector afectado (...).

De otro lado, el señor juez a quo, ante diversos pedidos de ingreso formulados por los representantes de algunas de las firmas comerciales que desarrollaban allí sus actividades, los autorizó mas bajo la supervisión de la Superintendencia de Bomberos, previo a que esa dependencia se expidiese en torno a que no hubiera peligro (...) y extremando las medidas para preservar la integridad física de las personas (...).

El levantamiento de la clausura se produjo, recién, el 18 de agosto de 2005 (...), circunstancias estas que muestran claramente la necesidad de practicar el informe de la manera en fue realizado. A mayor abundamiento, particularmente a propósito del agravio referido a la ausencia de notificación a la defensa al tiempo de la realización del

informe, sin perjuicio de que ya se analizó la inaplicabilidad del art. 258 del ceremonial al caso, cabe recordar que (...) y (...) adquirieron la calidad de imputados con motivo de los resultados a los que se arribaron, pues hasta el momento el sumario tramitaba por ante la fiscalía por aplicación de los dispuesto en el art. 196 bis del Código Procesal Penal. Por lo demás, más allá de que fuera efectuado por una división de la fuerza policial en la que cumplían servicio ambas víctimas, no se advierte en su elaboración tendencia alguna a favor de una postura incriminante, a poco de observar que el informe aludido cuenta con una descripción pormenorizada del lugar -acompañada por vistas fotográficas- y sus pertinentes conclusiones.

En cuanto a las objeciones de la defensa en derredor de la circunstancia de no haberse advertido la deficiente instalación eléctrica al tiempo de la habilitación del local, o de la contratación de un seguro para cubrir futuros y eventuales daños en el lugar, tales extremos no se advierten dirimentes para la solución del caso, pues desde la habilitación hasta la ocurrencia del incendio transcurrieron seis meses, durante los cuales bien pudo haberse llevado a cabo dicha instalación, en tanto respecto del seguro, no debe olvidarse que no es requisito sine qua non que los representantes de la compañía aseguradora efectúen una inspección del lugar, pues diversas firmas del rubro ofrecen contrataciones por vía telefónica y que, por lo demás, desde la contratación del seguro pudieron haberse modificado las características del lugar, tal como se afirmó anteriormente.

La condición de presidente de (...) de (...), desde el 14 de junio de 2005, y de presidente en ejercicio de (...) entre los días 11 de julio y 31 de diciembre de 2005, permite formular el reproche en el evento, pues en esas calidades es posible afirmar que habrían violado los deberes a su cargo, toda vez que la firma que presidían contaba con la deficiente y notoria instalación eléctrica que provocó el incendio, con peligro para las personas que allí se encontraban.

El modo en que se había llevado a cabo la instalación eléctrica, en una oficina que, por el servicio que ofrecía, demandaba una gran cantidad de terminales eléctricas, conduce a sostener que no podía pasar inadvertido por los máximos responsables de la firma.

Ahora bien, respecto de la calificación legal, también cuestionada por el recurrente, aun cuando se comparta la afirmación referida a que los fallecimientos de los agentes (...) y (...) escapen a la segunda

hipótesis del segundo párrafo del art. 189 del Código Penal, pues “es forzoso que alguien afronte siempre el riesgo de incendio, inclusive con peligro: para eso están los bomberos”, en tanto en caso contrario, todo incendio estaría agravado, al menos, en esos términos (Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, TEA, Bs. As., 1994, t. IV, p. 584), lo cierto es que el evento colocó en situación de peligro concreto a (...), empleado de la firma (...) que se encontraba en el lugar al tiempo del evento, de manera que se mantendrá la asignación jurídica escogida en la instancia anterior, sin perjuicio de la que en definitiva pudiere corresponder. En torno al monto del embargo, toda vez que ese rubro debe satisfacer, en su caso, los eventuales gastos del proceso -entre los que se incluyen las costas y los honorarios de los abogados particulares intervinientes- y aquellos derivados de una probable indemnización civil, la suma discernida luce ajustada a derecho, de considerar el daño que se verificó en el inmueble alcanzado por las llamas.

En consecuencia, voto para que se confirme el auto puesto en crisis.

El señor juez Rodolfo Pociello Aregrich dijo: (...), me encuentro en condiciones de expedirme. El cuadro probatorio reunido hasta el momento me lleva a adherir al voto del Dr. Cicciaro, pues entiendo que, con la provisoriedad propia de esta etapa, se han alcanzado los extremos contemplados por el art. 306 del Código Procesal Penal. (...), sin perjuicio de la calificación legal que en definitiva pudiere corresponder, el Tribunal RESUELVE: CONFIRMAR el auto documentado (...), en cuanto fuera materia de recurso”.

CCC VII, Divito (en disidencia), Cicciaro, Pociello Argerich. (Sec.: Franco). MOOJEN EPPERLEIN., Marcelo. 16/04/10 c. 38.294.

Estrago. Doloso. Procesamiento. Imputada aprehendida luego de originar un incendio en un supermercado. Confirmación.

Fallo: “(...) se decretó su procesamiento en orden al delito de estrago doloso, dos hechos, que concurren realmente entre sí (arts. 45, 55 y 186 inc. 1 del CP) (...). (...) se deben destacar los dichos del preventor (...), quien (...) afirmó que al llegar al playón del supermercado, un hombre (...) le gritó que detuviera a (...), porque había originado un incendio. Así lo hizo, previo una mínima resistencia, momento en que se le secuestraron elementos que bien podrían ser utilizados para dar inicio a un foco ígneo (...). (...) a partir de lo manifestado por el vigilador (...), se

pudo establecer que la imputada habría tenido intervención en un hecho similar, ocurrido unos pocos días (...), pues al verla el día de la detención, la reconoció como a la mujer que había seguido por resultarle sospechosa el día en que se constató el primer foco ígneo. Se suman los dichos de un ocasional concurrente, (...), cuando afirmó que, mientras estacionaba su auto en la playa del supermercado, observó a una mujer mientras salía del sector de los baños, portando un bolso plástico blanco, y se dirigía -muy apresurada- hacia el portón de salida vehicular, cuando al escuchar las sirenas de patrulleros cambió rápidamente de rumbo hacia unas escaleras, donde fue detenida. Por otro lado, el cabo primero (...) indicó que el personal de bomberos que intervino en el lugar del hecho informó que el incendio se habría originado “con participación de un elemento con capacidad de llama libre, llámese encendedor”. Y tras ello, se procedió al secuestro de un aerosol “Blem”, que se encontraba vacío (estallado), un envase de alcohol etílico, dos trapos de piso de color blanco, y un paño amarillo (...). (...) el tribunal RESUELVE: CONFIRMAR la decisión obrante a fs. (...), en cuanto fuera materia de recurso (art. 455 del CPPN). (...)”.

CCC Sala I Rimondi, Barbarosch, Bunge Campos. (Sec.: Biuso). PALIZA, Mariela Judith. 28/04/11 c. 40. 204.

Estrago. Doloso. Procesamiento. Imputados aprehendidos luego de originar un incendio. Confirmación.

Fallo: “(...) Como parte del resultado de la investigación emprendida, obra primordialmente un informe de la División Siniestros de la Superintendencia Federal de Bomberos donde se ha descartado que el origen de la ignición haya sido de consecuencia fortuita, tal como alguna contingencia eléctrica, por cuanto fueron constatados en el lugar del estrago tres procesos de combustión independientes “que guardarían relación con la participación de algún agente ígneo, capaz de arder a llama libre (fósforos, encendedor, o bien mechas de papel previamente encendidas con estos elementos), el cual transmitiera su potencial térmico a los elementos involucrados en los procesos combustivos descriptos, no descartando la posible participación en el evento de algún tipo de sustancia combustible líquida acelerante de la combustión” (ver fs. ...).- Debe asumirse entonces que el fuego fue iniciado en forma intencional

y organizada, dadas las características que se han reseñado en la experticia. Dicho trabajo técnico, unido a las imágenes obtenidas por la División de Fotografía Policial que obran a fs. (...), como las que integran la exposición pericial a fs. (...), dan por sentada la materialidad del hecho e ilustran acerca de la dimensión irrefrenable de la acción flamígera, la cual generó, sin dudas, un peligro concreto y común para los bienes y las personas que ese día se encontraban en el edificio incluso en número inhabitual debido al acto de presentación de un libro y una reunión plenaria del gremio, sin dejar de señalar, aunque no incidan para su tener por concretada su consumación, los sensibles daños que también fueran su consecuencia material.

Sentado ello, y establecido que el incendio fue iniciado deliberadamente, corresponde encarar ahora el análisis de la responsabilidad que pudo corresponder a las personas que han sido sindicadas como agentes del siniestro.

1. Situación procesal de (...): De adverso a la crítica sostenida por su defensa, en el sentido de que las pruebas reunidas no conmueven el descargo brindado por su asistido, pues se denotan contraposiciones entre los relatos de los testigos con el que atañe a su pupilo que atribuye a la situación caótica reinante al momento del suceso, observamos que existen sin embargo ciertos aspectos coincidentes en los distintos testimonios colectados a lo largo de la investigación que desbaratan la versión que se intentara hacer prevalecer. También la línea del descargo se ha dirigido a señalar su actitud solidaria tratando de socorrer a las eventuales víctimas y el compromiso de su salud como resultado de inhalación de monóxido de carbono que obligara a su asistencia en un hospital municipal (que por otra parte, de acuerdo con lo dictaminado por los señores Médicos Forenses a fs. (...), se trataría de una intoxicación de características leves), pero ello, igualmente y como veremos, no influye cabalmente para desligarlo, así como tampoco la presunta orfandad probatoria que sustenta especialmente su asistencia técnica en el sentido de que ha sido vinculado forzosamente con el suceso investigado.

Así, los distintos testimonios obtenidos permiten reconstruir la secuencia previa al evento e involucrar, al menos con el grado provisorio requerido en esta etapa, a (...) como el o uno de los causantes del desastre.

Cabe recordar que el nombrado, al expedirse oportunamente en los términos del art. 294 del código ritual (fs. ...), explicó que luego de abandonar el predio y previo al acontecimiento, se dirigió hacia la esquina a

fin de encontrarse con (...) -ambos empleados de la entidad damnificada- con el objeto de recuperar una mochila que le había prestado. Agregó que mientras se encontraban en tal sitio se enteró del incendio por el humo que salía por las ventanas del segundo piso, decidiendo ambos regresar al lugar para cooperar con el rescate de quienes se encontraban en su interior. Allí tomaron conocimiento de que su coimputado (...) continuaba en el lugar afectado, por lo que junto a (...) convinieron en tomar unos matafuegos y ascender por las escaleras en procura de aquel, pero tuvieron que desistir de su intento porque el humo y la confusión existente se los impidió. Por último, manifestó haber sido atendido en un nosocomio junto a las personas afectadas por la inhalación de los gases de la combustión, circunstancia corroborada en la copia del pertinente informe obrante en el Libro del Departamento de Urgencia del Hospital (...) con la que los médicos forenses determinaron la inhalación de monóxido de carbono por el prevenido. Si bien de allí se desprende que sólo sufrió consecuencias leves, no puede tomarse ello como un elemento relevante para estimarlo ajeno al hecho.

Así y sin perjuicio de que dicha versión encontraría respaldo en la declaración de (...) -quien manifestó haber visto a los nombrados con intenciones de subir al segundo piso, pero no pudo precisar si lo lograron (fs. ...) - no puede soslayarse que ha sido el mismo (...) quien con su prevaleciente testimonio (fs. ...) ha diluido en forma concluyente la coartada de su compañero.- En efecto, de manera clara y precisa, el testigo explicó que el día del hecho se retiró más temprano de su lugar de labor y luego se enteró, por alerta de terceros, que se había desatado un incendio en la sede sindical impulsándolo a retornar para prestar su ayuda. Dijo haber tomado un matafuegos para dicho fin y ascendido por las escaleras hasta el primer piso junto, pero que lo hizo con otra persona de nombre “(...)”. Respecto a (...), negó que este le hubiera prestado una mochila y días después supo que había perdido un objeto de esas características, refiriendo haberlo visto al momento del incendio ubicado en la vereda del edificio, lo cual dista de cuanto expresara el acriminado (ver fs. ...).

El ya aludido “(...)” (individualizado como ...), se expidió a fs. (...) en similares términos que su colega (...), alegando también haber visto a (...) en la calle, mas una vez sofocado el incendio.- Sentado ello, resta señalar que las versiones de (...) fueron coincidentes, con algunas variantes que no desmerecen su conclusión convergente, en haber

señalado al aquí imputado como a la última persona en retirarse del sector donde se iniciara la ignición (fs. ...). Tales dichos además encuentran respaldo en los registros fílmicos concernientes a las cámaras de seguridad instaladas en el predio y en la inmediatez con que aquella se originara en un sector del contrafrente en el segundo piso, lugar donde se halla la oficina que ocupaba (...). Como lo hemos anticipado, tales elementos, sumados a aquellos correctamente valorados por el magistrado instructor, permiten homologar el auto en crisis en relación a (...).- En tal sentido, no se han receptado las réplicas a las preguntas que en la audiencia se le dirigieran a la querrela, en cuanto insistiera desvincular a (...) -por tratarse de un simple empleado- y sostener la sospecha respecto de (...) -quien reviste la calidad de “Secretario de Acción Política” adjudicándole a este un posible móvil centrado en disputas internas de la entidad. Por las características de la actividad desarrollada en un sindicato, es conocido que generalmente se conforman divergentes líneas políticas, lo que nos motiva a decidir con la mayor prudencia para que estas cuestiones ajenas a lo jurídico no contribuyan a contaminar la objetividad para elucidar el suceso investigado y delimitar a sus responsables. Por tales razones estamos convencidos, al menos con los alcances que el auto de mérito cuestionado exige para su procedencia, que el imputado (...) no ha sido ajeno a la causación del estrago materia de investigación y que, por ende, su afectación al proceso debe continuar vigente en dirección a la siguiente etapa de debate, donde con mayor amplitud y por su inmediatez, podrá elucidarse con mayor certeza lo acontecido. 1a. Impugnación del embargo deducida por la defensa del encausado: Cabe mencionar en primer término que, sobre este punto, la a quo señaló debidamente los parámetros objetivos que deben ponderarse al momento de fijar esta medida cautelar y fundamentó su cuantía en relación a las circunstancias particulares que presenta el caso, dando así cumplimiento a lo normado en el art. 123 del código adjetivo. Asimismo, toda vez que la estimación del *quantum* de la medida cautelar no respondió a un análisis de la situación económica del imputado, las consideraciones efectuadas tanto en el escrito de apelación como en la audiencia celebrada en esta sede al respecto, no serán atendidas por este Tribunal.

Sentado ello y teniendo en consideración el hecho atribuido y las obligaciones civiles que este pueda generar, sumado a la actuación del defensor particular del encausado y los letrados de la parte querrelante,

así como también los honorarios de los peritos intervinientes y el monto de la tasa de justicia (art. 533, CPP), a criterio de la Sala no aparece razonable reducir la suma cuestionada, por lo que también habrá de ser confirmada. 2. Situación procesal de (...): Este caso difiere en aspectos sustanciales con el que atañe al coimputado (...). En tal sentido, las críticas dirigidas a la solución que brindara el magistrado instructor no han alcanzado a desvirtuar su procedencia. De tal modo, las constancias del sumario a este respecto sólo posibilitan la verificación de la presencia de (...), como ocurriera con otras personas ligadas laboralmente al gremio, en el lugar del estrago el día y hora en que este aconteciera. Por el contrario, nada han aportado en cuanto a la vinculación que pueda haber tenido en su producción, salvo una mera conjetura con la que se pretende ligarlo sólo por la circunstancia de encontrarse en dicha oportunidad en su oficina -por otra parte alejada del foco ígneo- lo que no basta para atribuirle cualquier tipo de responsabilidad en el suceso.

En principio, no puede soslayarse el riesgo cierto que corrió el encausado, quien debió ser rescatado del edificio por los bomberos, así como tampoco el informe adunado al sumario y aludido al tratar la situación de (...), el que da cuenta de su inmediata atención en un nosocomio público (fotocopia del folio ... correspondiente al “Libro de Clínica Médica del Departamento de Urgencia - Hospital ...” que obra a fs. ...) donde se determinó que poseía una concentración de “carboxihemoglobina 11,5” para ser derivado luego al “Instituto (...)” a raíz de esa inhalación tóxica.

Es entonces que no puede admitirse, bajo el prisma de la lógica, que el propio afectado se haya colocado en una clara situación de peligro e igualmente permanecer en forma voluntaria en el piso amenazado por el fuego, con el objeto de establecer una coartada que le permitiera eludir su responsabilidad. A ello debe adosarse que el plano glosado a fs. (...) ilustra acerca de la distribución física de las distintas oficinas que allí funcionaban y la distancia entre la ocupada por (...) con aquella donde tuvo origen el incendio, ubicación que por otra parte le impedía salir del lugar a no ser por el medio de salvataje que se instrumentara, pues para el supuesto de que hubiera intentado descender por las escaleras debía necesariamente atravesar el sector principal del foco ígneo, con grave riesgo para su integridad física e incluso su propia vida. Por último, al ser preguntada por el tribunal en la audiencia celebrada con motivo de este recurso, la querrela aludió a un móvil que podría haberlo impulsado

a la acción que intenta reprocharle y que radicaría en pleito surgido por internas entre el sector “(...)” al que responde el acusador particular y la “(...)” a la cual pertenece el imputado. En este orden, estimamos que la imputación debe ser analizada, como ya lo dijimos, con la prudencia que esta circunstancia aconseja, máxime cuando las testigos (...) -ambas empleadas del sindicato en cuestión- afirmaron desconocer tal divergencia.

Por todo lo expuesto, el Tribunal RESUELVE: I. CONFIRMAR el punto (...) del auto de fs. (...) en cuanto allí se decreta el procesamiento de (...), de las demás condiciones personales obrantes en el expediente, por considerársele, prima facie, coautor penalmente responsable del delito de incendio (arts. 45, 54 y 186, inciso 1º, del Código Penal), mandando trabar embargo sobre sus bienes o dinero hasta cubrir la suma de (...) pesos (\$...). II. CONFIRMAR el punto (...) del mismo pronunciamiento, en cuanto allí se sobresee a (...) por aplicación de lo dispuesto en el artículo 336, inciso 4º, del Código Procesal Penal de la Nación, dejándose expresa constancia de que la formación de este sumario no afecta el buen nombre y honor del que hubiera gozado, sin costas. (...)."

CCC Sala IV MARTÍNEZ, Gustavo y otro. 2/11/11 c. 1.360.

Estrago. Culposo. Procesamiento. Derrumbe de pared medianera por falta de apuntalamiento necesario para asegurar la sustentabilidad de la excavación. Responsabilidad del director técnico de la empresa contratista. Cuantificación considerable del daño. Inexistencia de vulneración al principio *ne bis in idem*. Sanción administrativa: cuestión de distinta índole a la sanción penal. Confirmación.

Hechos: Apela la defensa el procesamiento por estrago culposo. Se agravia por la errónea valoración de la prueba, la atipicidad de la conducta y la violación a la prohibición de persecución penal múltiple. Se investiga el derrumbe de la pared medianera de una finca por no haberse adoptado las medidas de seguridad y previsión necesarias. Se atribuye el resultado del siniestro al inculpado, por ser el director técnico de la empresa contratista que se encontraba a cargo de dicha construcción y ser encargado del proyecto, dirección, construcción, cálculo y ejecución estructural. Fallo: “(...) entendemos que los argumentos de la jueza de grado son precisos al abordar esa cuestión, por cuanto los motivos mediante los cuales el imputado pretende desligar su responsabilidad son factores que necesariamente debieron tenerse

en cuenta a la hora de planificar las excavaciones y seleccionar los medios adecuados al entorno en donde pretendía construirse (...) el informe de la División Siniestros del Departamento Técnico Investigativo de la Superintendencia Federal de Bomberos resulta contundente al señalar la inexistencia del apuntalamiento necesario para asegurar la sustentabilidad de la excavación (fs. ...). Las críticas que la asistencia técnica (...) no logra cuestionar o rebatir el rol fundamental que tales soportes poseen en la producción del accidente. (...) los informes de fs.(...), las constancias de fs. (...) y las declaraciones de los habitantes de los departamentos (...) han sido correctamente meritutados por la magistrada de la instancia anterior para explicar de qué modo se constató que la excavación del pozo efectuado en la finca de (...) afectó el lateral del terreno ubicado al lado (a la altura 5237) por no poseer el correspondiente soporte (apuntalamiento). (...) la decisión cuestionada cita detalladamente las normas infringidas por el imputado, a través de un accionar imperito, conforme a la calidad que revestía: artículos 5.2.2.2, 5.2.2.3 y 5.2.2.6 del Código de Edificación de la C.A.B.A. y puntos 1, 3, 4, 5.1 y 5.2 del Capítulo 9 del Manual del Ejercicio Profesional del Arquitecto. Por otro lado, (...) la figura de estrago está unida al concepto de daño, pues no hay estrago sin daño; pero además, este debe ser efectivamente concretado e implicar una situación de peligro común.

Es difícil cuantificar al daño para que resulte “considerable” y así determinar si se da la acción típica que requiere el art. 187 del C.P. Sin embargo, debemos analizar la modalidad en que se produce; en la especie, nos hallamos frente al “derrumbe de edificio”. En tal sentido, “[e]xiste unanimidad en afirmar que el derrumbe de un edificio puede ser total o meramente parcial. En este último caso bastará con que se den las notas típicas del estrago, como ser, el peligro común y el daño en los términos que se viene explicando. Por ejemplo, podrá encuadrar en este delito el derrumbe de parte de un piso; no lo será, en cambio, el simple desprendimiento de los ladrillos de una cornisa o la caída de un cielorraso de yeso muy liviano” (1). (...) consideramos que el derrumbe de la pared medianera de la construcción sita en (...), que comprende el pasillo y varias paredes de diferentes departamentos de la misma edificación puede ser considerado como un daño considerable que puso en riesgo la vida de sus habitantes y por consiguiente, subsumible en la figura analizada. (...) en cuanto al planteo de *non bis in idem* efectuado por la defensa, es dable destacar que el art. 2 de la ley 1217, de

procedimiento de faltas local establece que “Toda falta da lugar a una acción pública que puede ser promovida de oficio por la simple denuncia verbal o escrita ante autoridad competente”, en tanto el art. 13 del mismo cuerpo legal prescribe: “La Unidad Administrativa de Control de Faltas actúa como instancia administrativa única, obligatoria y previa al juzgamiento de las faltas por parte de la Justicia Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”. (...) la garantía alegada no podrá vulnerarse por la imposición de sanciones administrativas y penales por el mismo hecho, en razón de tratarse de cuestiones de diferente índole. Para que pueda afirmarse la identidad de causa o de la pretensión punitiva (*eadem causa pretendi*), debe analizarse la jurisdicción de los jueces, en sentido de que ambos deben examinar el hecho imputado con idénticos poderes jurídico-penales (competencia material), extremo que no se verifica en la especie, en donde se observa una sanción meramente administrativa por la comprobación de una falta (ver fs. ...) (...) el tribunal resuelve: Confirmar el auto de fs. (...)”.

CCC Sala V BALDERMAN, Javier H. y otro. 10/02/12 c. 803.

Se citó: (1) Juan Carlos Palacios, Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, dirigido por David Baigún y Eugenio Zaffaroni, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, tomo 8, pág. 82.

Delitos contra la seguridad común. Estragos culposos. Delito. Causalidad. Imputación objetiva.

El delito de estragos requiere la verificación, para la etapa del sumario, por lo menos en grado de probabilidad, de la vía causal exigida por la norma contenida en el art. 189 del Código Penal. Es decir “... la imprudencia o negligencia del autor debe ser la causa del desastre. Sucede esto si el acto culpable del autor ha sido decisivo para que se produjera el desastre, porque mediando entre el hecho culposo del autor y el desastre producido, una relación de consecuencia, ella no ha sido dominada por otra vía causal independiente del acto de culpa...” (Cf. NUÑEZ, Ricardo. “Tratado de Derecho Penal”. Lerner, T. V. Vol. I, p. 61). Esto es aplicable no sólo al desastre sino también al peligro común, lo que sería suficiente, por otra parte, para configurar el delito. Asimismo en el injusto de resultado, en relación a la producción, causación y previsibilidad del resultado, la acción y aquel se hallan estrechamente unidos y deben ser entendidos como una unidad. “El

resultado debe asimismo haber sido producido causalmente por la acción del autor... El primer requisito de la imputación objetiva del resultado es el nexo causal, cuya constatación ha de hacerse conforme a las reglas generales de la teoría de la condición (“conditio sine qua non”)... en la imprudencia no basta con que la acción contraria al cuidado constituya una causa del resultado...el resultado sólo le puede ser imputado objetivamente al autor cuando tuvo precisamente su presupuesto específico en la infracción del deber de cuidado...” El nexo antijurídico así requerido debe ser negado cuando el autor ha causado el resultado típico por su comportamiento contrario al cuidado, pero el resultado se hubiera producido igual con un comportamiento cuidadoso (cf. JESCHEK, Hans Heinrich. “Tratado de Derecho Penal. Parte General”. Ed. Comares Granada, p. 530/531). Así, debe destacarse sin más, la atribución de delito, sin perjuicio de la responsabilidad civil, si el resultado se produjo por la concurrencia de un conjunto de causas que contribuyeron a provocarlo, ajenas al dominio de quienes resultan imputados, tales como la extraordinaria intensidad de las lluvias durante el período de uno y determinado mes calendario, lo que hacía a su imprevisibilidad, así como las altas mareas que afectaron la cuenca hídrica. Entonces, si bien la existencia de terraplenes agravaron la situación detallada, no puede asignársele a su construcción naturaleza de “conditio sine qua non” del resultado dañoso.

CCCFed Cavallo - Vigliani. 33984 ROMERO, Osvaldo M. s/desestimación de delito. 20/06/02 574.

Accidente ferroviario: Configuración.

Este Tribunal en anterior composición ha sostenido que “la colisión entre un convoy ferroviario y un automotor, bien que constituye un mero accidente, adquiere tipicidad porque la ley argentina no alude a un estrago, ni como la italiana, a un desastre. Ni siquiera exige que el suceso tenga determinada magnitud”, y que “aquel evento constituye accidente en los términos del artículo 191, inc. 2do, del Código Penal”.

CCCF Sala I J.4 Causa nro. 28.754 “NONINO, Miguel s/inf. artículo 196 C.P.”

18/11/97 Reg. nro. 984 NOTA: Conf. Sala I, “Espeche, Carlos Reinoso s/estrago culposo”, causa nro. 22524, reg. nro. 261 bis, r. 20.6.91 y “Tato, Saludino”, causa nro. 4542, r. 22.10.86.

Competencia: Estrago o intimidación pública. Artículo 30 de la Ley N° 20429. Competencia Federal.

La Corte Suprema ha sostenido a través de reiterada doctrina y con sustento en las disposiciones de la ley 13.940, que son de naturaleza federal, los delitos de estrago o intimidación pública cometidos por el empleo de los materiales a los que se refiere dicha norma en la segunda categoría contemplada en su art. 30. la que no obstante haber sido derogada mantiene total identidad con el art. 30. de la ley vigente (20.429) que ha sido dictada en sustitución de la primera.

En consecuencia el referido criterio mantiene plena virtualidad en cuanto a la naturaleza federal de la causa que se instruye para esclarecer el suceso.

CCCF Sala II “N.N. sobre intimidación pública y daño” 9/06/85 BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA. Año 1984. N° 3. SEPTIEMBRE OCTUBRE NOVIEMBRE DICIEMBRE. Pág. 424.

NOTA: Se citaron Fallos 243:549; 249:688; 262:59; 281:285; 290:224.

Incendio: Artículo 189 del Código Penal. Estrago producido por explosión. No aplicación del artículo 196 del Código Penal.

Cuando a consecuencia de un obrar culposo se produce un estrago por un medio poderoso de destrucción explosión verificándose daños de grandes proporciones y generando un peligro común e indeterminado a bienes materiales y a personas, la figura a aplicar no es la del art. 196 sino la del art. 189 del Código Penal.

La circunstancia de que la barcaza se encontrara amarrada en puerto, sin siquiera estar dispuesta a zarpar o ser puesta en servicio, aconseja desechar la figura del naufragio y/o del varamiento, puesto que estas parecen referirse, a supuestos en los que los medios de transporte se encuentran en curso de navegación.

CCCFed. Sala I “Noya, José” BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA, AÑO 1987, N° 3. SEPTIEMBRE OCTUBRE NOVIEMBRE DICIEMBRE. Pág. 32.

Nota: Se citó Gómez, Eusebio “Tratado de Derecho Penal”, Compañía Argentina de Editores S.R.L., 1941, T.V., pág. 63; Laje Anaya, Justo “Comentarios al Código Penal Parte Especial”, Volumen III. Ed. Depalma 1981, págs. 315 y 319; Cavallero, Ricardo Juan “Un caso de accidente culposo”: “El delito de naufragio”, la Ley 1976-A pág. 441. En igual

sentido Francisco Carrara “Programa de Derecho Criminal”: Parte Especial, Librería Ed. Temis Ltda., Bogotá, 1966, vol. IV, pág. 224.

Delitos contra la seguridad de los medios de transporte: Accidente Ferroviario. Tipicidad.

La colisión entre un convoy ferroviario y un automotor, bien que constituye un mero accidente, adquiere tipicidad porque la Ley argentina no alude a un estrago, ni como la italiana, a un desastre. Ni siquiera exige que el suceso tenga determinada magnitud. En el caso, la característica de la colisión, la velocidad en que se produjo el impacto, el hecho de que el convoy se halla detenido entre ochenta y cien metros del lugar del hecho, sin proseguir su marcha por desperfectos mecánicos por el choque, son pautas para valorar la magnitud del siniestro y el peligro que efectivamente se creó para las personas transportadas elemento, este último, constitutivo del delito previsto por el art. 196 del Código Penal.

CCCFed Sala I: “Espeche, Carlos Reinoso s/estrago culposo” publicado en BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA. AÑO 1991. Pág. 76 c. 22.524
 Nota: Se citó C.C.C. Fed. Sala I “Tato, Saludino” del 22/10/86.

Delitos culposos: Infracciones reglamentarias. Riesgo permitido. Estragos.

No toda infracción a los reglamentos configura tipicidad culposa tal y como lo sostienen coincidentemente doctrina y jurisprudencia. Pero para determinar si la conducta del sujeto superó el riesgo permitido habrá de recurrirse al criterio arquetípico del debido cuidado exigible que tanto en las actividades reglamentadas como en las que no lo están será el parangón con las que en las mismas circunstancias hubiese hecho un hombre inteligente y cuidadoso.

CCCFed Sala I “López, Juan” BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA. AÑO 1992. Pág. 140. Nota: Se citó Malamud Goti “El Delito Imprudente”, Ed. Astrea, 1972, pág. 87 ctes., Bacigalupo “Manual...”, pág. 214 y ss. Zaffaroni, “Tratado de Derecho Penal, Parte General”, pág. 362, III: 396 y ss.

Delitos culposos: Deber de cuidado. Estragos.

En los tipos culposos se pone en conexión concreta de la acción final, con una conducta modelo o rectora, que está orientada a evitar consecuencias indeseables socialmente; cuando la ejecución de la acción coincide con esta conducta rectora significa que es adecuada al cuidado y con ello al derecho aunque haya ocasionado un resultado indeseable socialmente pero cuando la ejecución concreta se desvía de la conducta modelo, no es adecuada a las cosas, al cuidado y con ello salvo causales de justificación resulta antijurídica.

CCCFed Sala I López, Juan BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA. AÑO 1992. Pág. 140.

Tenencia de explosivos: Tenencia de material inflamable (bidones de acetona). Delitos contra la seguridad común. Incendio. Concurso de delitos. Unidad de hecho.

Probada la posesión de bidones conteniendo material inflamable acetona por parte de quien planificó el incendio, esta constituye la etapa inicial para la particular concreción del estrago por el que se lo juzga. Por ello, esta tenencia constituye una unidad de acción orientada a un mismo fin, cual era la causación del incendio.

CCCFed. Sala I Sidicaro, Luis Carlos y otros BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA. AÑO 1992. Pág. 175.

Constitución Nacional: Tratados Internacionales. Delitos de lesa humanidad. Concepto crímenes de guerra. Incendio y otros estragos. atentado con explosivos. Hecho atribuido por la querellante a la agrupación Montoneros. Organizaciones o agrupaciones que no forman parte del poder estatal. Prescripción de la acción penal. Características que deben reunir los grupos de tensión para que opere la Prescripción o imprescriptibilidad de los hechos por ellas cometidos.

La categoría de delitos de lesa humanidad emerge para incluir conductas con rasgos propios que escapaban al concepto de crímenes de guerra, entre otras cosas porque se dirigían contra cualquier población civil, incluyendo a los propios nacionales y a los nacionales de

otros países que no formasen parte del bando contrario. Si bien en un primer momento ambos aparecen en conexión, los delitos contra la humanidad van a ir cobrando independencia del hecho de la guerra, lo que inevitablemente tuvo sus consecuencias en lo que atañe a su conceptualización. Su origen sobre esto no hay discusión- se relaciona con la dominación totalitaria y con los órganos del Estado, actuando por sí o través de individuos a ellos vinculados (“nace como respuesta a las manifestaciones más terribles del poder estatal pervertido e infractor de los derechos humanos más básicos” (del dictamen del Procurador en Derecho, René). Tanto la jurisprudencia del Tribunal de Nüremberg como la emergente de la aplicación de la Ley 10 del Consejo de Control Aliado, contemplan la actuación del Estado en contra de la población civil (v. Ambos, K y Wirth, S. El derecho actual sobre los crímenes contra la humanidad, en Temas de Derecho penal internacional y europeo, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 173). Aún con la idea de dinamismo que parece estar detrás del concepto de práctica o costumbre, e indirectamente, entonces, de la noción de *ius cogens*, la categoría de crímenes contra la humanidad no puede ser independizada de esas premisas sin el elevadísimo costo de desvirtuar su carácter y función como parte del derecho penal internacional. Se sigue de ello la incorrección de construir una definición que prescindiera del componente de dominación política, en tanto este explica no sólo la dimensión y alcance de los crímenes sino también el por qué de la reacción de los Estados civilizados como entes que también ejercen dominación política pero como ámbito de realización, y no supresión, del hombre- en auxilio del individuo. Por eso, del mismo modo en que los crímenes de guerra deben guardar relación con las operaciones bélicas, los crímenes contra la humanidad son cometidos en el marco de una acción masiva o sistemática, dirigida, organizada o tolerada por el poder político de iure o de facto (Gil Gil, Alicia “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte penal Internacional a la luz de Los Elementos de los Crímenes”, en La nueva Justicia Penal Supranacional, Tirant lo blanch, Valencia, 2002). El interrogante que se plantea a partir de que el Estatuto de Roma asocia dicho ataque a la política de un Estado, pero también a la de una organización, debe ser resuelto en el sentido indicado, es decir, bajo la exigencia de que ella represente, al menos de facto, un poder político entendido como aquel

que ejerce dominación política sobre una población-. En ese sentido, Alicia Gil Gil agrega y especifica que: “Sólo cuando la organización o grupo ha alcanzado tal poder que neutraliza el poder del Estado o controla de facto una parte del territorio puede hablarse de la necesidad de la intervención subsidiaria del Derecho penal internacional” (ob. cit, pág. 122). En suma, el término organización, si no se vincula con el Estado, debe referirse a un ente autoridad- que ejerza una dominación política análoga. Con tales antecedentes, ni siquiera en la versión más amplia y forzada, la agrupación Montoneros constituyó una organización entendida en esos términos, por lo que es equivocado sostener que los delitos a ella atribuidos constituyan, como en el caso, los estragos descritos por el art. 185 inc. 5° del Código Penal pueden ser incluidos en la categoría de crímenes contra la humanidad. Sin duda, el error radica en confundir la pretensión de acceder al poder político, que caracteriza a toda agrupación política violenta -o no-, con el ejercicio del poder político, de dominio sobre una población civil determinada, con el alcance descrito en los párrafos que preceden.

CCCF Sala I J. 1. 40.201 “N. N. s/sobreseimiento.” 24/12/07 reg. 1604.

CAPÍTULO 5
TENENCIA, PORTACIÓN Y PROVISIÓN DE ARMAS
DE GUERRA DE USO CIVIL CONDICIONAL

ARTÍCULO 189 BIS, INCISOS 2 Y 4 DEL CÓDIGO PENAL

LA TENENCIA Y PORTACIÓN DE ARMAS EN EL CÓDIGO PENAL. LA LEY N° 25886 Y LA FIEBRE PUNITIVA*

Por Matías Bailone**

1. LA LUCHA POR EL DERECHO A COMIENZOS DE SIGLO

La furia punitiva de comienzos de siglo implica el aumento indiscriminado de penas en vulneración directa del principio de racionalidad penal y de proporcionalidad, es decir, del principio republicano de gobierno, y que además extiende el brazo penal del Estado a áreas antes desprovistas de ese tipo de control.

El expansionismo penal se manifiesta, por ejemplo, en la ligereza con que se sanciona con pena criminal el incumplimiento genérico de disposiciones legales administrativas, pero con una gravedad más atendible cuando se degradan las categorías esenciales configurativas de presupuestos de punibilidad, o la anticipación punitiva en la protección de bienes jurídicos, o en su laxa apreciación. Todos motivos válidos para que quienes propiciamos un derecho penal liberal y respetuoso de los derechos fundamentales dentro de un Estado Social de Derecho, demos alertas a las agencias punitivas sobre el camino que emprenden tan alegremente al son de amorfos y maleables clamores

* Artículo del año 2006, publicado en *Letras jurídicas*, revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana (México), ISSN 1665-1529, N° 13, 2006, pp. 109-124. Se recomienda un libro del autor posterior al artículo: Bailone, Matías – Figari, Rubén: *Delitos contra la seguridad pública*, Córdoba, Editorial Mediterránea, 2007.

** Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Doctor en Derecho. Profesor de Criminología en la Universidad de Buenos Aires y Universidad Nacional de La Matanza.

populares. Recordando a Ihering: la “lucha por el derecho” es un deber hacia nosotros mismos y hacia los demás.

Filippo Sgubbi ha advertido sobre la llamada “espiritualización” del bien jurídico, donde ya no sólo hablamos de la consabida confiscación estatal a la víctima del conflicto penal, sino de la estatización del bien jurídico a proteger -en muchos casos se provee directamente a la creación de bienes jurídicos artificiales cuyo monopolio queda en cabeza del Estado-, y de cómo se diluyen los límites y las configuraciones del objeto de la protección penal. El Estado moderno incapacitado para solucionar conflictos sociales por medio de políticas públicas no penales recurre cada vez menos solapadamente al brazo punitivo. Se violenta así uno de los principios lógico-constitucionales de todo Estado de Derecho: el derecho penal es la *ultima ratio* en el esquema de sanciones estatales (con mucha más razón en el esquema de políticas públicas).

Raúl Zaffaroni, en su última obra, nos dice que se ha producido una “transformación regresiva” en la política criminal, pues “del debate entre políticas abolicionistas y reduccionistas se pasó, casi sin solución de continuidad, a debatir la expansión del poder punitivo”. Lo cual no deja de ser caratulado como un “avance contra el derecho penal liberal”, que consiste en “la anticipación de las barreras de punición (alcanzando a los actos preparatorios), la desproporción en las consecuencias jurídicas (penas como medidas de contención sin proporción con la lesión realmente inferida), el marcado debilitamiento de las garantías procesales y la identificación de los destinatarios mediante un fuerte giro al derecho penal de autor... [pero también] a través de la imputación jurídica conforme a criterios que se independizan de la causalidad; la minimización de la acción en beneficio de la omisión, sin que interese lo que realmente el agente haga sino el deber que haya violado; la construcción del dolo sobre la base de simple conocimiento que le permite abarcar campos antes considerados propios de la negligencia; la pérdida de contenido material del bien jurídico, con los consiguientes procesos de clonación que permiten una nebulosa multiplicación de ellos; la cancelación de la exigencia de lesividad conforme a la multiplicación de tipos de peligro sin peligro (peligro abstracto o presunto); la lesión a la legalidad mediante tipos farragosos y vagos y la delegación de función legislativa penal con el pretexto de las leyes penales en blanco, etcétera”.

Este deterioro de la arquitectura institucional de un sistema penal en un Estado constitucional de Derecho que es común a casi todo Occidente, con matices que se tornan caricaturescos en los países de la América latina, es una señal de alerta para el iuspenalismo liberal, que hasta ahora es el único que ha acusado recibo de este estado de cosas. La doctrina mayoritaria de nuestros países de habla hispana es unánime en el diagnóstico y mayoritaria en la necesidad de volver a códigos penales básicos alejados de la artificialidad de bienes jurídicos colectivos y de peligros abstractos, y del uso político social de la pena: “la responsabilidad penal -decía Sgubbi- está distribuida socialmente, y asignada artificialmente sobre la base de opciones políticas contingentes”.

La República Argentina, entre 2003 y 2005, fue víctima de reformas espasmódicas y oportunistas que expandieron el horizonte punitivo a niveles de irracionalidad tan manifiesta como antirrepublicana. Lo conocido como el “Fenómeno Blumberg” surgió como respuesta a un secuestro y posterior homicidio de un joven de clase media alta acontecido en Buenos Aires en el año 2003. El padre del joven asesinado inició una campaña de activismo social para influir en la legislación penal y procesal penal argentina, que logró multitudinarias adhesiones en marchas sobre el Congreso Nacional pidiendo seguridad y justicia. Los legisladores, que históricamente nunca cumplieron con el modelo de legislador racional que había imaginado la Ilustración, demagógicamente accedieron a incrementar penas, punir nuevas conductas disvaliosas y hacer todo ello con una celeridad cercana a lo irresponsable. Más adelante veremos las consecuencias de este tipo de legislación espasmódica y meramente coyuntural.

2. LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

La Ley N° 25886, sancionada en abril de 2004 y promulgada de hecho por el Poder Ejecutivo en mayo del mismo año, modifica el artículo 189 bis del Código Penal argentino, ampliando la cuantía de las penas y tipificando nuevos delitos.

La redacción actual del artículo 189 bis es:

(1) *“El que con el fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común o causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos, adquiriere, fabricare, suministrare, sustrajere o tuviere en su poder bombas,*

materiales o aparatos capaces de liberar energía nuclear, materiales radiactivos o sustancias nucleares, o sus desechos, isótopos radiactivos, materiales explosivos, inflamables, asfixiantes, tóxicos o biológicamente peligrosos, o sustancias o materiales destinados a su preparación, será reprimido con reclusión o prisión de cinco (5) a quince (15) años.

La misma pena se impondrá al que, sabiendo o debiendo saber que contribuye a la comisión de delitos contra la seguridad común o destinados a causar daños en las máquinas o elaboración de productos, diere instrucciones para la preparación de sustancias o materiales mencionados en el párrafo anterior.

La simple tenencia de los materiales a los que se refiere el párrafo que antecede, sin la debida autorización, o que no pudiere justificarse por razones de uso doméstico o industrial, será reprimida con prisión de tres (3) a seis (6) años.

(2) La simple tenencia de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de 6 (seis) meses a 2 (dos) años y multa de mil pesos (\$1000) a diez mil pesos (\$10.000).

Si las armas fueren de guerra, la pena será de dos (2) a seis (6) años de prisión.

La portación de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de un (1) año a cuatro (4) años.

Si las armas fueren de guerra, la pena será de tres (3) años y seis (6) meses, a ocho (8) años y seis (6) meses de reclusión o prisión.

Si el portador de las armas, a las cuales se refieren los dos párrafos que anteceden, fuere tenedor autorizado del arma de que se trate, la escala penal correspondiente se reducirá en un tercio del mínimo y del máximo.

La misma reducción prevista en el párrafo anterior podrá practicarse cuando, por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos.

En los dos casos precedentes se impondrá, además, la inhabilitación especial por el doble tiempo de la condena.

El que registrare antecedentes penales por delitos dolosos contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años.

(3) El acopio de armas de fuego, piezas o municiones de estas o la tenencia de instrumental para producirlas, sin la debida autorización, será reprimido con reclusión o prisión de cuatro (4) a diez (10) años.

El que hiciere de la fabricación ilegal de armas de fuego una actividad habitual será reprimido con reclusión o prisión de cinco (5) a diez (10) años.

(4) Será reprimido con prisión de un (1) año a seis (6) años el que entregare un arma de fuego, por cualquier título a quien no acredite su condición de legítimo usuario.

La pena será de tres (3) años y seis (6) meses a diez (10) años de prisión si el arma fuera entregada a un menor de dieciocho (18) años.

Si el autor hiciere de la provisión ilegal de armas de fuego una actividad habitual, la pena será de cuatro (4) a quince (15) años de reclusión o prisión.

Si el culpable de cualquiera de las conductas contempladas en los tres párrafos anteriores contare con autorización para la venta de armas de fuego, se le impondrá además, inhabilitación especial absoluta y perpetua, y multa de diez mil pesos (\$10.000).

(5) Será reprimido con prisión de tres (3) a ocho (8) años e inhabilitación especial por el doble de tiempo de la condena, el que contando con la debida autorización legal para fabricar armas, omitiere su número o grabado conforme la normativa vigente, o asignare a dos (2) o más armas idénticos números o grabados.

En la misma pena incurrirá el que adulterare o suprimiere el número o el grabado de un arma de fuego”.

El artículo 189 bis es necesario recordar que está ubicado dentro del Primer Capítulo, “Incendios y otros estragos”, del título VII del Código Penal, cuyo bien jurídico intenta absorber aquellas conductas que ponen en riesgo la “Seguridad Pública” o la “Seguridad Común”.

Lo más clásico de la doctrina iuspenalista argentina, como Núñez o Soler, coinciden en afirmar que el bien jurídico protegido por este Título es un estado colectivo exento de situaciones físicamente peligrosas o dañosas para los bienes o personas en general, siendo el sujeto pasivo siempre indeterminado.

La situación de peligro común, entonces, es determinante para la tipificación. La doctrina moderna ha demostrado una ardua preocupación por estudiar los delitos de peligro, en sus variantes de peligro concreto y de peligro abstracto. Sobre estos últimos se ha sindicado su escaso apego a la legalidad constitucional de cualquier Estado de derecho que consagre el principio de lesividad.

En los delitos de peligro, hoy en constante expansión, el elemento tipificador es evidentemente el “peligro”. Hälschner decía que “el peligro es hijo de nuestra ignorancia”, pretendiendo que su existencia como concepto se debe a nuestra incapacidad humana de determinar

de forma anticipada y fehaciente los efectos que provocará un determinado acto del ser humano.

Nuestra falta de certeza sobre la producción de daños derivados de conductas humanas nos lleva a esta noción de peligro, “en la medida en que podemos realizar un cálculo de probabilidades sobre la generación posterior de un daño, lo que presupone un bagaje de conocimientos suficientes para realizar dicho cálculo, bagaje que se adquiere a medida que la experiencia y los avances técnicos permiten observar con mayor grado de precisión la evolución de un fenómeno determinado”.

En los delitos de peligro abstracto, el peligro es sólo la motivación que indujo al legislador a la tipificación, pero no es un elemento del tipo, es más, su acaecimiento y punibilidad no dependen ni siquiera de la realización de un peligro concreto. Son generalmente delitos de pura actividad, donde ni siquiera (como en el caso de la tenencia y portación de armas de fuego, artículo 189 bis, inciso segundo) el legislador incluye la expresión ‘peligro’ en el supuesto de hecho típico. Von Liszt dijo: “*el Derecho Penal termina donde desaparece el peligro concreto*”.

La constante expansión en que se encuentran los delitos de la mera actividad peligrosa, ha llevado al centro de la escena la discusión sobre la necesidad de un “Derecho Penal futurólogo”, al decir de Julio Maier. Lo distintivo de esta etapa de ‘esquizofrenia penal’ es que los delitos de anticipación –reflexiona el célebre procesalista– ya no son la excepción, sino la regla. “Al prescindir del daño, no sólo se prescinde de un elemento objetivo del delito, el resultado, sino que también se evita verificar la conexión (causalidad, determinabilidad) entre ese daño y la acción del autor, y hasta su anticipación o su previsibilidad como elementos del tipo subjetivo, bases antes ineludibles para caracterizar a esa acción como hecho punible”.

Zaffaroni nos ha enseñado que ninguno de los criterios esgrimidos para justificar la punibilidad de los tipos de peligro abstracto son constitucionalmente admisibles: unos insisten en que el peligro se presume *iure et de iure*, y otros en que se trata de la existencia de un peligro del peligro. En el primer caso, estaríamos frente a simples infracciones administrativas -delitos de desobediencia, como los llamó Binding-, y en el segundo se presentarían consecuencias inusitadas con la tentativa -triplificación de peligros: riesgo de riesgo de riesgo-.

Ferrajoli explica en su *Derecho y Razón* que los delitos de peligro abstracto presumen un peligro *in abstracto*, y se pune una mera desobediencia formal con una acción inocua en sí misma. Y alega que “*estos tipos deberían ser reestructurados, sobre la base del principio de lesividad, como delitos de lesión, o al menos peligro concreto, según merezca el bien en cuestión una tutela limitada al perjuicio o anticipada a la mera puesta en peligro (concreto).*” A la misma conclusión arriba Zaffaroni: “*sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real*”.

Pero, para muchos delitos de peligro abstracto, como inclusive la tenencia y portación de armas de fuego, es virtualmente imposible la transformación a tipos de peligro concreto sin caer en conceptos de derecho penal de autor.

3. LOS TIPOS PENALES DEL ARTÍCULO 189 BIS DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

Como indiqué en el apartado anterior, el artículo 189 bis en su segundo inciso contiene los siguientes tipos penales: tenencia de armas de fuego de uso civil, tenencia de armas de guerra, portación de armas de uso civil y portación de armas de guerra.

El inciso primero se refiere a la utilización por el sujeto activo de explosivos y otros materiales de elevado poder ofensivo; la reforma de la Ley N° 25886 ha incorporado a este inciso los materiales radioactivos, sustancias nucleares, sus desechos, isótopos radioactivos y materiales biológicamente peligrosos. La tipicidad de la tenencia de los mismos materiales -como novedad de la reforma- no sólo se define por ausencia de autorización legal, sino además -alternativamente- porque no pueda justificarse por razones de uso doméstico o industrial.

El inciso tercero pune el acopio de armas, piezas, municiones, tenencia de instrumentos para producirlas y la fabricación habitual e ilegal de armas de fuego. La premura y la poca atención prestada por el legislador en el momento de la sanción de la Ley N° 25886, provocaron que se derogara, sin intención de hacerlo, la tenencia de municiones de guerra. Luego de la sanción de la ley, varios legisladores argentinos salieron a “pedir disculpas” por la omisión de aquel punto, que estaba

en la anterior redacción del artículo 189 bis. Otro ejemplo más de la poca racionalidad legislativa que rodea a la tipificación de delitos en medio de “clamores populares” de mano dura y tolerancia cero.

El descuido del legislador de dejar impune la mera tenencia de municiones de guerra, en realidad dejaría sólo fuera de sanción penal muy pocos casos, ya que generalmente quien tiene municiones de guerra también posee un arma de guerra para utilizarlas, lo que sí está penado. O en todo caso, sólo estaría impune la tenencia de pocas municiones de guerra, ya que el acopio sigue conformando un tipo penal autónomo. La distinción entre tenencia y acopio (acumular armamento) nunca fue pacífica en la jurisprudencia argentina debido a la carencia de delimitantes objetivos entre ambos conceptos. Según Núñez, la mera acumulación numérica de armas de guerra no determinaría el acopio, sino que *“significa tenerlas acumuladas en cantidad y modo que denotan que no se trata de uso personal o de colección”*.

Finalmente, el cuarto inciso del artículo 189 bis del Código Penal tipifica la provisión ilegal de armas de fuego, y el quinto la adulteración del número o grabado de armas de fuego.

Volviendo al inciso segundo, se incorpora un nuevo tipo penal como la tenencia de armas de fuego de uso civil, que antes era una contravención, una mera infracción de orden administrativo. La tenencia de armas de guerra, si bien se encontraba antes de la reforma, estaba ubicada junto a la tenencia de materiales explosivos. Ahora la tenencia de armas de guerra aparece vinculada al tipo penal de tenencia de armas civiles en una relación de especialidad, y por el mayor poder ofensivo de las primeras como una especie agravada.

La simple tenencia de armas (civiles o de guerra), que aquí es conminada con una desproporcionada pena privativa de libertad, es una “tenencia que no tenga finalidad específica, principalmente que no se encuentre relacionada con la comisión o su contribución a delitos contra la seguridad común, (es decir) que no tenga una finalidad trascendente a la mera tenencia”.

La tenencia implica tener el arma de fuego bajo la esfera de custodia, ejercer un señorío de hecho sobre ella. La portación implica llevar consigo el arma. Ambas -tenencia y portación-, como requisito de tipicidad, deben realizarse sin la debida autorización legal.

El concepto de “armas” es un elemento normativo del tipo, y como bien dice Figari, es preciso definirlo partiendo de la base de un sentido cualitativo. El mismo autor, en su última obra, hace un interesante recorrido sobre las definiciones genéricas de “armas” que da la doctrina y algunas legislaciones. Nuestro Código Penal, en sus artículos 77 y 78, que receptan definiciones de términos utilizados en el mismo cuerpo normativo, guardan silencio sobre el tema en cuestión. Figari señala que el Proyecto Tejedor (primer intento sistemático de corpus punitivo local) contenía una definición de armas, remarcando el perfil vulnerante de aquellas. Dentro de las armas propias (en virtud de su propia estructura son útiles para la ofensa o defensa), tenemos las armas de fuego, que son definidas por la Convención Interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, municiones, explosivos, y otros materiales relacionados de la OEA (Organización de Estados Americanos), de 1997, como: “a) cualquier arma que conste de por lo menos un cañón por el cual una bala o proyectil puede ser descargado por la acción de un explosivo y que haya sido diseñada para ello o pueda convertirse fácilmente para tal efecto; b) cualquier otra arma o dispositivo destructivo tal como bomba explosiva, incendiaria o de gas, granada, cohete, lanzacohete, misil, sistema de misiles y minas”. Diferenciar entre un arma de fuego de uso civil y un arma de guerra es una distinción normativa que surge del decreto 395/75, en su artículo 4, para la segunda y 5 para la primera.

Con respecto a la portación de armas de fuego (ya sea civiles como de guerra), se han aumentado las penas con las que se conminan dichos eventos. En el caso de armas de uso civil, de seis meses a tres años de prisión pasó a tener de un año a cuatro años de prisión, y en el caso de portación de armas de guerra, que antes no era un delito autónomo sino punible junto a la tenencia, la pena privativa de libertad va de tres años y medio a ocho años y medio, una escala por demás exagerada.

Alejandro Tazza habla de un desacierto en la ubicación sistemática de la tenencia de arma de fuego en los Delitos contra la Seguridad Pública, y dice que cabría mejor en el título VIII del Código Penal argentino cuya rúbrica es: Delitos contra el Orden Público. Ello debido a la ausencia de afectación del bien jurídico seguridad común mediante las conductas del artículo 189 bis, y su alteración del bien jurídico “tranquilidad pública”, que ha sido definido por Soler como “*la confianza social en el seguro desenvolvimiento pacífico de la vida civil*”.

4. UNA ILEGAL AGRAVANTE DE LA PORTACIÓN DE ARMAS DE FUEGO, Y UN FALLO REPARADOR

En la última parte del inciso segundo del artículo 189 bis del Código Penal, se menciona una agravante de la portación de armas de fuego de uso civil y de guerra en los siguientes casos: que el portador registre antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o que se encuentre al momento de portar el arma disfrutando de una excarcelación o exención de prisión.

Los antecedentes penales a los que hace mención la agravante son obviamente los condenatorios que se vinculen con cualquier delito contra las personas, o con algún otro delito que haya sido cometido mediante el uso de armas, sin que resulte necesario que el uso del arma sea un elemento típico configurativo. En el segundo supuesto, podría parecer que todo procesado que se encuentre con excarcelación o exención de prisión puede resultar incluido en la agravante, pero como afirma Otranto, la ubicación de esta circunstancia junto a la anterior indica que sólo se trate de procesados por delitos contra las personas o cualquier otro delito mediando la utilización de armas de fuego.

Esta tipificación de portación agravada de armas de fuego de cualquier calibre se hace respecto de condiciones personales del autor, lo que choca fuertemente con los tipos penales de acto. Un fallo reciente, del 16 de marzo de 2006, de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, declaró la inconstitucionalidad del inciso 2 *in fine* del artículo 189 bis del Código Penal, es decir de la agravante mentada incorporada por la Ley N° 25886, en los autos caratulados “Ramírez, Luciano Nicolás procesamiento robo”.

La Cámara resolvió que la portación agravada que estamos estudiando -más allá de reconocer que tiene una deficiente técnica legislativa- es contraria a la Constitución Nacional argentina, porque establece mayor pena para el portador ilegítimo de armas en virtud de condena por delito doloso contra las personas o con utilización de armas, es decir, es una clara vulneración al principio de culpabilidad (artículo 18 de la Constitución Nacional, 15 del PIDCP y 9 de la CADH). Aquí no se castiga al autor exclusivamente por la gravedad del hecho cometido sino que, de forma inadmisibles para nuestro ordenamiento jurídico supralegal, se lo pune además por registrar antecedentes

penales. Como dice el fallo, “el dispositivo castiga no sólo la portación ilegítima de un arma de fuego, sino también la posesión de condenas”.

Nuestro sistema jurídico adopta un derecho penal de acto y no de autor, resultando prohibido punir personalidades, formas de ser o estados peligrosos. El precepto reputado contrario al orden constitucional, además, encontraba otro escollo insalvable: el principio *non bis in idem*, que impide que una persona sea condenada o juzgada dos veces por el mismo hecho. Dicho principio está además en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (New York, 1966), en su artículo 14.7: “*nadie puede ser procesado o penado de nuevo por una infracción por la cual ya ha sido definitivamente absuelto o condenado de acuerdo con la ley y procedimiento de cada país*”.

JURISPRUDENCIA

De fuego de uso civil. Procesamiento por amenazas con armas en concurso ideal con tenencia de arma de fuego de uso civil. Imputado que poseía, al momento de allanarse su domicilio debido a la denuncia realizada por amenazas, armas respecto de las cuales no registraba ante el RENAR la calidad de legítimo usuario. Defensa que plantea que la credencial correspondiente estaría vencida. Hecho igualmente típico. Vulneración al bien jurídico protegido “seguridad pública”. Confirmación.

Fallo: (...) contra el auto que procesó a (...) por ser considerado, prima facie, autor penalmente responsable del delito de amenazas con armas en concurso ideal con tenencia de arma de fuego de uso civil.

Y CONSIDERANDO:

Los testimonios de M. N. P. (fs. (...)) y de M. G. P. (fs. (...)), respecto de quienes no existen motivos para dudar acerca de la veracidad de sus dichos, evaluados en conjunto con la coincidencia entre la descripción que brindaron del imputado y sus características físicas (conforme (...)), alcanzan para sostener, prima facie, que (...) profirió a los primeros la frase amenazante que luce a fs. (...), a la vez que les exhibió una escopeta.

Si bien en el allanamiento practicado en el domicilio de (...) con posterioridad, siendo el mismo al que las víctimas lo vieran ingresar el día del hecho, se secuestraron dos armas de fuego –una pistola semiautomática marca “Bersa”, modelo 24, calibre 22, N° (...) y una carabina marca “Saurio”, N° (...), calibre 22–, ninguna fue reconocida por los damnificados como la utilizada para amedrentarlos.

Ahora bien, de contrario a lo sostenido por el recurrente, entiende la Sala que la vía para verificar si (...) reviste o no la calidad de legítimo usuario de armas es el pertinente informe del “RENAR”, por ser la autoridad nacional que nuclea el registro de tales datos. En esa línea, la constancia obrante a fs. (...) permite afirmar, con la provisoriedad de la etapa, que el imputado carece de la calidad aludida.

Frente a ello, y dado que tampoco posee documentación que pruebe su legítima vinculación con las armas aludidas, es posible aseverar

que se ha configurado la figura prevista en el artículo 189 bis, inciso 2, del CP (in re causa N° 1772/09 “D. la C. G.”, rta. 12/11/2009, entre otras).

(...) Aun el supuesto que plantea la defensa (credencial vencida) no descarta el hecho ilícito que se le achaca sobre la base de una mera infracción administrativa, pues cuenta con relevancia penal por tratarse de un delito permanente y de peligro abstracto, que vulnera el bien jurídico “seguridad pública” (in re causa N° 28246, “S., H. E.”, rta. el 12/10/06).

Por lo expuesto, y sin perjuicio de la calificación legal asignada a los hechos, el Tribunal RESUELVE: CONFIRMAR el pronunciamiento de fs. (...)

C. N. Crim. y Correc., Sala IV, González Palazzo, Seijas, González. (Prosec. de Cám.: Godnajavec). c. 51664/13, (...). Rta.: 26/06/2014.

Sobreseimiento. Arma respecto de la cual el imputado tenía la credencial que lo acreditaba como legítimo usuario vencida. Hecho igualmente típico. Vulneración al bien jurídico protegido. Necesidad de llevar adelante un allanamiento y peritar las armas en cuestión para determinar sus condiciones de uso y aptitud para el disparo. Revocación. Falta de mérito para procesar o sobreseer al imputado.

Fallo: (...) en apelación el auto documentado a fs. (...), en cuanto resolvió disponer el sobreseimiento de (...) (artículo 336, inciso 3°, del Código Procesal Penal).

La desvinculación procesal no puede homologarse debido a que la autorización vencida no importa una mera infracción administrativa, pues la ausencia de la licencia habilitante constituye el específico elemento normativo que configura la ilegitimidad requerida por el tipo penal (de esta Sala, causas N° 39360, “P., J.”, del 27 de agosto de 2010 y N° 43.134/2012, “S., R. E.”, del 12 de septiembre de 2013).

Sin embargo, en la medida en que las armas de fuego no fueron secuestradas y, por consiguiente, se desconocen las condiciones de uso y aptitud que presentan para sus fines específicos, se estima necesario ahondar la investigación en tal sentido y por ende, hasta tanto ello ocurra, corresponde adoptar el temperamento previsto por el artículo 309 del Código Procesal Penal. En consecuencia, el Tribunal RESUELVE: REVOCAR la resolución documentada a fs. (...) y DECLARAR que no existe mérito suficiente para procesar ni para sobreseer a (...) (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala VII, Scotto, Divito. (Sec.: Sánchez). c. 48073/12, COCCO, Martín Dioniso. Rta.: 31/03/2014.

De uso civil sin la debida autorización legal. Procesamiento. Imputado al cual personal policial le secuestró un arma apta para el disparo pero descargada. Vulneración al fin jurídico protegido “seguridad pública”. Confirmación.

Fallo: (...) el procesamiento de (...) en orden al delito de (...) en curso real con tenencia de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal y desobediencia a funcionario público.

La defensa oficial alzó sus críticas contra el auto en cuestión.

(...) En cuanto a la tenencia postuló que al haberse secuestrado el arma en poder de (...) sin municiones, es decir, descargada, no se afectó el bien jurídico que protege el art. 189 bis del Código Penal -seguridad pública- y, por tanto, corresponde su desvinculación.

(...) Las juezas Garrigós de Rébora y López González dijeron: Entendemos que el temperamento procesal adoptado por la magistrada instructora habrá de ser convalidado, exclusivamente, en lo que respecta al delito de tenencia ilegítima de arma de fuego de uso civil, mas no en cuanto a las restantes subsunciones adoptadas.

En primer lugar, cabe destacar que se incorporó a estos actuados la pericia balística sobre el arma calibre 22 que dio cuenta de que dicho elemento “resultó apto para producir disparos, pero de funcionamiento anormal” -ver fs. (...), es decir, que es válido para sus fines específicos.

Con estas particularidades, y de acuerdo al criterio expuesto en el precedente de esta Sala V, N° 39838 “I.”, rto: 4/10/10, entre otros tantos, consideramos que el objeto secuestrado -arma- es idóneo para poner en riesgo la “seguridad pública” que protege la norma del art. 189 bis del Código Penal y, por ello, el planteo de la defensa no resulta procedente.

Ello, pues conforme la Ley N° 20429, el decreto N° 395/75 y disposiciones 72/98 y 081/98, el simple tenedor de arma de fuego puede trasladarla siempre que no esté cargada (arts. 86; 87; 110; 111 y 125 del Dec 395/75).

Entonces, se debe concluir que se ha pretendido proteger la seguridad pública, teniendo un registro de los tenedores de armas y, consecuentemente, se ha incorporado el elemento normativo del registro a la tipificación. En base a ello, entendemos que la posibilidad de hacer

peligrar el bien jurídico, se satisface con la tenencia, aun cuando el arma se encuentre descargada.

Entonces, toda vez que los preventores Maximiliano Radziwit y Felipe Ranzoni (fs. (...)), fueron contestes en cuanto a que el imputado al bajar de su moto intentó deshacerse del arma, lo que guarda coherencia con el acta de secuestro obrante a fs. (...), votamos por homologar la tenencia ilegítima por la que fuera procesado (...).

El juez Bruzzone dijo:

Si bien comparto en un todo lo expuesto por mis colegas de Sala, debo hacer una salvedad con relación a los precedentes que citó el Dr. Ricardo De Lorenzo en la audiencia (causas, Sala I, N° 21754, “N., S. E.”, rta. el 30/9/03 y N° 26772 “L., G.” rta: 12/8/05), pues datan de una fecha anterior a la aplicación de la reforma a la Ley N° 25882 y distan mucho de precedentes posteriores a ellos.

Quiero dejar en claro mi postura con relación a la configuración, en este caso concreto, del delito de tenencia de arma de uso civil sin la debida autorización legal (art. 189 bis, inc. 2 del C.P.).

En tal sentido, y sin desconocer las diferentes posturas jurisprudenciales que han sido esgrimidas en torno al tópic que nos ocupa, considero que se tipifica la mera tenencia ilegal de un arma aunque esté descargada, dado que se trata de un delito de peligro abstracto que se consuma con la mera peligrosidad general que esta provoca, independientemente de su carga. Así lo han entendido, entre otros, la Sala I, C.N.C.P., en “R.”, rta. 23/4/2002; Sala IV, C.N.C.P., en “R.”, rta. 20/12/2001; Sala II, Tribunal de Casación Penal de Bs.As., en “M.”, rta. 5/9/2002.

Asimismo, en la Sala I, con diferente integración, sostuvo que “... Es suficiente la comprobación de que el arma resultó apta para sus fines específicos para la configuración del art.189 bis, 4to párrafo, CP, al tratarse la hipótesis delictiva de un delito de peligro abstracto, sin que el hecho de que estuviera descargada permita descartar dicha tipificación, toda vez que la ley no distingue ni exige tal circunstancia...” (in re: causa N° 18674 “D’A.”, rta. 17/7/2002). Este criterio, a su vez, fue el que expuse al votar en un caso de similares características como integrante de la Sala VI de esta Cámara, en la causa N° 35.406 “S.”, Sala VI, resuelta el 25 de Julio de 2008.

También tuve la oportunidad de pronunciarme sobre el asunto en otro precedente similar de esa misma Sala, en el cual consideré que “el tener un arma de fuego con cargador aun sin municiones en un cajón

de una cómoda en el interior del domicilio, constituiría el delito de tenencia de arma de guerra, en caso de determinarse que resulte apta para el tiro” (causa N° 35569 “R.”, rta. 3/9/08).

Por su parte, destacada doctrina acompaña esta posición, en el sentido de que “...la mera existencia del arma con posibilidades de ser utilizada, ya amenaza la seguridad común en los términos previstos por la ley...”, y que “Tanto las armas como los materiales tienen que ser utilizables, ya que sólo así pueden amenazar la seguridad común; los que estructuralmente tienen defectos que no permiten su empleo o los que han perdido sus propiedades de modo que se hayan transformado en inocuos, no constituyen objetos típicos. Claro está que no quedan comprendidos en esta última categoría aquellos cuyas deficiencias pueden ser subsanadas con relativa facilidad y que, por tanto, sólo han disminuido circunstancialmente la aptitud del arma...” (Carlos Creus, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo 2, 6ª edición actualizada y ampliada, pág. 29 y ss., Buenos Aires, Ed. Astrea, 1999 -el resaltado me pertenece-).

Bajo estos mismos lineamientos, Ricardo Núñez expuso que “no basta cualquier defecto que sólo disminuya la aptitud del arma o del material, o que la elimine en forma circunstancial, sin estar destruida su estructura, su composición o sus propiedades” (“Tratado de Derecho Penal”, tomo V vol. I, pág.70 y ss, Córdoba, Ed. Córdoba, 1992).

Por ello, entiendo que de ningún modo la falta de municiones en el arma incautada puede descartar la subsunción del hecho que se investiga en la norma prevista en el art. 189 bis, apartado 2° del C.P., máxime si se tiene en cuenta que se acreditó que resulta apta para el tiro (ver fs. (...)). Incluso, en muchos casos como el presente es esta misma circunstancia la que permite descartar la figura de la “portación” de armas, y tener por conformada la “mera tenencia” sin la debida autorización legal.

Por los motivos expuestos, sin perjuicio del eventual cambio en la competencia en razón de la ley 25752, el tribunal RESUELVE: CONFIRMAR parcialmente el punto I del auto de fs. (...), en cuanto dictó el procesamiento de (...), con la aclaración de que la única conducta con relevancia jurídico penal es el delito de tenencia de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal (arts. 45 y 189 bis, apartado 2° del CP). (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala V, Garrigós de Rébora, Bruzzone, González. (Sec.: Ariel). c. 7112/14, (...). Rta.: 01/04/2014.

Procesamiento. Imputado que fue detenido cuando intentó alejarse del personal policial y, al ser interceptado, se le secuestró un arma calibre 45 óptima para el disparo sin balas en el cargador más un aerosol con gas pimienta. Violación al bien jurídico protegido “seguridad pública”. Hecho típico. Confirmación. Disidencia: Arma descargada. No afectación al bien jurídico protegido. Revocación. Sobreseimiento.

Fallo: (...) en cuanto dispone decretar el procesamiento de (...) por considerarlo prima facie autor penalmente responsable del delito de tenencia de arma de guerra sin la debida autorización legal (arts. 45 y 189 bis inc.2 2do apartado del CP).

(...) Se imputa a L. E. F. la portación sin la debida autorización legal, de la pistola automática marca Ballester Rigaud, calibre 45, con numeración N° (...) ubicada en el lateral derecho, con inscripción “Ejército Argentino” en su corredera y en su lateral izquierdo “fabricada por H.A.F.D.A.S.A., Buenos Aires, patente (...) Industria Argentina”, con seguro de martillo y cargador, la cual se encontraba mecánicamente óptima para el disparo, pero sin balas en el cargador y recámara.

Dicho armamento fue secuestrado por el Sargento Roberto Carlos Cáceres -perteneciente a la División Protección Federal Motorizada de la Policía Federal Argentina- el 26 de marzo del corriente, alrededor de las 15,35 hs., en circunstancias en las cuales el imputado se encontraba en la intersección de las calles Santo Tomé y Sanabria, y al notar la presencia policial intentó alejarse doblando por la última arteria, y al impartírsele la voz de alto, fue acatada por (...), a quien se le secuestró de la cintura el arma antes descripta y un aerosol de gas pimienta.

A fs. 79 obra una comunicación del Sub Comisario Carlos Favata -Jefe de la División Armas y Agencias de la Policía Federal Argentina- dando cuenta que el arma secuestrada no poseía impedimento legal ni se hallaba registrada en los archivos y que en los archivos de esa dependencia el imputado no se encontraba registrado como legítimo usuario de armas.

La cuestión a decidir en esta Alzada debe girar en torno a si la tenencia de la pistola automática, marca Ballester Rigaud, calibre 45, con la numeración N° (...) ubicada en el lateral derecho, con inscripción “Ejército Argentino” en su corredera y en su lateral izquierdo, “fabricada por H.A.F.D.A.S.A.”, secuestrada en poder de L. E. F. constituye delito o no.

(...) El juez Jorge Luis Rimondi dijo:

Coincido con los argumentos brindados por el a quo, por cuanto la imputación que pesa sobre (...) -tenencia de arma de guerra sin la debida autorización legal (art. 189 bis, inc. 2, 2do apartado del CP)-, encuentra sustento probatorio mediante el informe pericial realizado por la División Balística de la PFA, del cual se desprende que el revólver secuestrado resultó apto para el tiro y de funcionamiento normal (cfr. fs. (...)).

Tal confirmación resulta suficiente para considerar que el bien jurídico protegido por el tipo penal “seguridad pública”, se ha visto afectado mediante la conducta reprochada, más allá de que el revólver estuviera descargado, puesto que la ley no distingue el extremo, siendo un tipo de pura actividad, razón por la cual no requiere ningún resultado trascendente por cuanto se consuma con el sólo hecho de portar el arma, razón por la cual el punto dispositivo I será homologado.

El juez Luis María Bunge Campos dijo:

Contrario a lo expuesto en el voto que precede, considero que se debe revocar el procesamiento de (...) y sobreseer al nombrado en orden al delito por el cual fuera formalmente indagado.

En ese sentido, la circunstancia de que el imputado tuviera en su poder un arma descargada, por tratarse de un tipo penal de peligro abstracto y lo que determina su punibilidad es la peligrosidad que se supone conlleva la acción. No obstante, los principios de lesividad, legalidad, igualdad y culpabilidad, exigen que los términos se utilicen restrictivamente y en relación al peligro. En ese sentido he sostenido “En el delito de tenencia ilegal de arma de guerra es necesario probar el riesgo hacia el bien jurídico ya que, si bien esto podría conducir una conversión de los delitos de peligro abstracto, en delitos de peligro concreto, surge como una respuesta más adecuada si se quieren respetar principios básicos de derecho penal, como los anteriormente expuestos. Si la razón del castigo de todo delito de peligro es su peligrosidad, siempre deberá exigirse -para su punición- que no desaparezca en ellos todo peligro. Sostener el castigo por el sólo hecho de tener un arma descargada, como en la especie, no implica sino avanzar en un principio en un derecho penal de ánimo, vedado por nuestro sistema constitucional...”. Por ello, al no encuadrar en un tipo legal, corresponde disponer el sobreseimiento del imputado. C 23.469-6 N. O. J. 16/5/05 voto disidencia.

Así lo voto.

El juez Mauro Antonio Divito dijo: Me toca intervenir en la presente en mi carácter de vicepresidente segundo de esta Cámara, en virtud de la disidencia que existe entre los vocales preopinantes (art. 36, inc. B del RJCC).

Luego de haber escuchado el audio de la audiencia, y visto las constancias escritas que conforman el sumario, sin tener preguntas que realizar a las partes, adhiero a la solución propiciada por el juez Jorge Luis Rimondi, particularmente teniendo en consideración que el imputado llevaba el arma en cuestión en su cintura mientras se desplazaba por la vía pública, extremo que -a mi juicio- impide descartar el peligro para el bien jurídico respectivo. Así lo voto.

En consecuencia, por el mérito que ofrece el acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE: CONFIRMAR el punto dispositivo I de la resolución (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala I, Rimondi, Bunge Campos y Divito. (Sec.: Sosa). c. 18457/14, (...). Rta.: 13/05/2014.

Concurso de delitos. Portación de arma de guerra: delito de carácter permanente y de peligro abstracto. Consumación: voluntad de detentar el arma sin la autorización correspondiente, con independencia de la motivación del sujeto. Autonomía intelectual. Robo agravado por el uso de armas: carácter instantáneo. Consumación: momento de su comisión. Concurso real. Acciones físicas y jurídicamente separables e independientes. Disidencia: Concurso ideal.

Fallo: (...) Los jueces Juan Esteban Cicciaro y Mariano A. Scotto dijeron: El recurrente señaló que las pruebas arrimadas al sumario impiden sostener la vinculación de los nombrados con los hechos acaecido el 24 de agosto del año en curso, en tanto han sido objeto de una valoración arbitraria por parte del a quo, alejada del contexto real dentro del que sucedieron.

Sin embargo, cabe recordar que quienes se encontraban a bordo del automóvil “Audi A 3”, dominio (...), que fuera sustraído momentos antes a (...) frente a la (...), de esta ciudad -a excepción de un sujeto que logró darse a la fuga-, luego de la colisión producida en la intersección de las calles (...) de la misma jurisdicción, desapoderaron a (...) del vehículo “Renault Logan”, dominio (...), con el fin de continuar su huída.

Tales individuos resultaron detenidos cuando intentaban ingresar al hall del edificio denominado “...” sito en la calle (...), de esta ciudad y se identificaron como (...) y (...).

La secuencia referida se inició el 24 de agosto del corriente año en horas de la noche, a raíz de que el personal de la Comisaría (...) de la Policía Federal Argentina, alertado por la empresa de control satelital “(...)” sobre la sustracción del citado vehículo “Audi A 3”, advirtió la presencia del automóvil mientras se dirigía al puente Pueyrredón, momento a partir del cual comenzó su persecución, que no cesó hasta el momento de la detención de los sospechosos (...). A tal fin fueron confeccionados los croquis pertinentes (...).

Cabe señalar que los causantes, en su huída provocaron una múltiple colisión en la esquina de (...) y (...), en atención a que violaron la señal lumínica de la citada intersección e impactaron contra un semáforo, ocasionando su destrucción y la del vehículo que conducían (...), dentro del que se hallaron las armas de fuego (...).

Tales extremos conducen a sostener que el plexo probatorio referido, de adverso a cuanto sostuvo la asistencia técnica permite homologar la decisión cuestionada, así como mantener la calificación legal de robo agravado por su comisión con armas de fuego, robo calificado por haber sido cometido en poblado y en banda y portación ilegítima de arma de guerra, en concurso real entre sí (artículos 45, 55, 166 inciso 2 - segundo párrafo-, 167 inciso 2 y 189 bis, inciso 2 del Código Penal), fijada en el auto de procesamiento, pues lo cierto es que, en torno al hecho que damnificó a B., la violencia que califica el robo está constituida por la intimidación que sufrió por parte de uno de los ocupantes del automóvil “Audi A 3”, quien luego de la colisión le refirió “dame las llaves, dame las llaves” (...).

El modo material de concursar obedece a que la figura de portación de armas, cuyo bien jurídico es la seguridad pública, se trata de un delito de carácter permanente y de peligro abstracto, que se consuma con la sola voluntad de detentar el arma sin la autorización correspondiente para ello, con independencia de la motivación del sujeto -aun cuando no se emplee-, lo que equivale a sostener que tiene autonomía intelectual. Por el contrario, el robo agravado por el uso de armas, que tutela la propiedad, es de carácter instantáneo y se consuma en el momento de su comisión (1).

Es que a juzgar por el hecho inicialmente pesquisado, en el análisis de las conductas criminales no debe confundirse el modo en que corresponde concursar los tipos penales, porque la circunstancia de que se superpongan temporalmente durante el robo no hace que pierdan su autonomía al resultar acciones físicas y jurídicamente separables e independientes.

Por último, en relación al monto del embargo impuesto a ambos causantes, que el apelante estima elevado, esta Sala entiende que la suma de doscientos mil pesos (\$ 200.000) fijada por el señor juez a quo resulta adecuada, toda vez que satisface las pautas establecidas en el artículo 518 del Código Procesal Penal, en tanto abarca la posible indemnización civil y las costas, comprensivas también de los honorarios del letrado particular, por lo que corresponde su homologación.

El juez Mauro A. Divito dijo: Comparto con los colegas preopinantes los argumentos por los que se propicia confirmar el procesamiento de los imputados en orden a los hechos por los que fueran indagados. Sin embargo, he de disentir en torno al tópico vinculado con la relación concursal que media entre la portación ilegítima del arma de fuego y el robo agravado por su empleo en las circunstancias apuntadas, pues entiendo que son aplicables las reglas del concurso ideal.

Ello es así pues en el sub examen, al menos durante la ejecución del delito contra la propiedad en perjuicio de (...), se habría verificado la superposición que caracteriza a esa relación concursal, en tanto “los tipos que convergen presentan una especial conexión -a partir de ciertos elementos comunes- que hace que funcionen como círculos secantes”, mientras que en el concurso real, se carece de esa conexión y los tipos funcionan como círculos independientes (2).

Por lo demás, cabe destacar que aunque la portación de las armas se habría extendido hasta que (...) y (...) abandonaron el vehículo “Audi A3”, aquella constituye un delito permanente, de modo que -en el caso- es posible escindir ese tramo del que se desarrolló mientras se ejecutó el apoderamiento.

En función de ello, no habiéndose formulado otros agravios en torno de la calificación legal, estimo que debería modificarse -en el sentido indicado- la asignada al hecho del que resultó damnificado (...). Así voto.

En consecuencia, el Tribunal RESUELVE: CONFIRMAR el auto documentado (...), en cuanto fuera materia de recurso.

C. N. Crim. y Correc., Sala VII, Cicciaro, Divito (en disidencia parcial), Scotto. (Sec.: Franco). c. 44.714/13, F., M. D. y otro. Rta.: 10/10/2013.

Se citó: (1) C. N. Crim. y Correc., Sala VII, c. 29.064, "G. A. C. y otros", rta: 17/4/2006 y c. 36.820, "C., W." del 24/6/2009. (2) Nelson R. Pessoa, Concurso de delitos, Hammurabi, 2006, Buenos Aires, p. 131.

CAPÍTULO 6
IMPEDIMENTO U OBSTRUCCIÓN DE CONTACTO

LEY N° 24270

BREVES COMENTARIOS SOBRE LA LEY N° 24270

Por Mary Ana Beloff*, Diego Freedman**, Mariano Kierszenbaum***
y Martiniano Terragni****

1. INTRODUCCIÓN

La ley contiene, en sus dos primeros artículos, dos tipos básicos con sus respectivos tipos agravados, y en su artículo 3 impone la obligación de restablecer provisoria y rápidamente el contacto al juez.

El artículo 1 de la ley dispone en su primer párrafo el tipo básico de impedimento de contacto que reprime:

“con prisión de un mes a un año [a]l padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes”.

Luego, en su segundo párrafo, prevé una agravante, en tanto que:

“si se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado, la pena será de seis meses a tres años de prisión”.

* Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires. Profesora Titular de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Investigadora, Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Autora de numerosas obras sobre justicia penal y justicia penal juvenil publicadas en el país y en el extranjero.

** Abogado (UBA), docente integrante de la cátedra de la Dra. Beloff (Facultad de Derecho, UBA), Prosecretario Letrado en el Consejo de la Magistratura de la Nación.

*** Docente de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires. Director Nacional para Adolescentes Infractores de la Ley Penal.

**** Abogado. Docente e investigador, Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Integrante de la Cátedra de la Profesora Mary Beloff, autor y coautor de numerosos trabajos sobre justicia penal y justicia penal juvenil”.

El artículo 2 contiene un así llamado delito de intención, al establecer que:

“en las mismas penas incurrirá el padre o tercero que para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente, lo mudare de domicilio sin autorización judicial”.

Y agrava luego el comportamiento:

“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”.

En su artículo 3 impone al juez la obligación de garantizar el efectivo contacto:

“El tribunal deberá:

1. Disponer en un plazo no mayor de diez días, los medios necesarios para restablecer el contacto del menor con sus padres.

2. Determinará, de ser procedente, un régimen de visitas provisorio por un término no superior a tres meses o, de existir, hará cumplir el establecido.

En todos los casos el tribunal deberá remitir los antecedentes a la justicia civil”.

2. NOTA PREVIA. NECESARIAS RELACIONES CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL, INTERNACIONAL Y CIVIL

Como un efecto no deseado, la especialidad foral ha conducido a que en muchas ocasiones las distintas ramas del derecho funcionen como compartimentos estancos, y el derecho penal no ha sido ajeno a esa tendencia.¹ Cuando se involucran delitos que afectan a niños,² la situación se hace más compleja, pues, por un lado, requieren de

1. Sobre estas relaciones vinculadas con el delito de usurpación y las regulaciones civiles en cuanto al derecho a la propiedad, véase: Kierszenbaum, Federico, “La usurpación en el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, *Revista de derecho penal y criminología*, Buenos Aires, La Ley, Volumen 2014-4, pp. 90-99.

2. En aras de simplificar la redacción, utilizaremos el término niños comprendiendo a niños, niñas y adolescentes. Este criterio es el mismo que ha utilizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva N° 17/2002 del 28 de agosto de 2002, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, nota 45.

una protección integral acordada por un amplio *corpus iuris* de derecho internacional,³ nacional⁴ y local,⁵ que debe ser aplicado en la interpretación de cualquier instituto jurídico que pretenda ser utilizado respecto de ellos. Por otro lado, muchos de los delitos que los afectan están asociados a circunstancias que se derivan de las causas que tramitan ante el fuero civil. Sumado a ello, la necesaria especialidad del órgano judicial interviniente sólo se hace efectiva en materia penal cuando el niño es imputado, pero no cuando es víctima: los jueces penales juveniles sólo son competentes en materia de niños imputados.

El panorama reseñado nos invita a alertar acerca de la necesidad de establecer puentes entre las distintas ramas del Derecho, tanto a nivel teórico como a nivel práctico.

3. ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES

3.1. Bien jurídico protegido

El tipo penal debe analizarse a la luz de las normas de jerarquía superior que consagran derechos fundamentales respecto de los niños y la protección familiar. La importancia preponderante de la familia aparece nítidamente reconocida en la Convención sobre los Derechos del Niño, en adelante CDN (tanto en el preámbulo como en los artículos 5, 9, 18 y 27), y en regulaciones históricas del derecho internacional de los derechos humanos (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, artículo VI; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 16; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 23; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

3. El principal instrumento es la Convención sobre los Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional. En adelante, CDN.

4. La principal normativa nacional es la Ley N° 26061 (sancionada el 28 de septiembre de 2005, promulgada de hecho el 21 de octubre de 2005 y publicada en el BO del 22 de octubre de 2005).

5. La normativa local más importante es la Ley N° 114 (sancionada el 3 de diciembre de 1998, promulgada de hecho el 4 de enero de 1999 y publicada en el BOCBA del 3 de febrero de 1999).

Culturales, artículo 10).⁶ Específicamente, el delito en cuestión protege el derecho del niño a mantener contacto con su padre no conviviente, en los términos del artículo 9.3 de la CDN (artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), que establece que “[l]os Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

La interpretación y aplicación del interés superior del niño⁷ no es una tarea simple para los operadores judiciales, ya que su formulación es vaga y ambigua, por lo que resulta difícil precisar -tanto en abstracto como en concreto- sus consecuencias jurídicas.⁸ Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño alerta que el concepto “puede dejar margen para la

6. Sobre este punto, véase: Beloff, Deymonnaz, Freedman, Herrera, Terragni, *Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2012, pp. 80-83.

7. El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyC), cuando regula la responsabilidad parental, también lo establece como principio general, junto con la así llamada autonomía progresiva y el derecho a ser oído, en el artículo 639, inc. a: “Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez”. Por su parte, la ley 114 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires lo define de la siguiente manera: “A todos los efectos emergentes de la presente ley, se entiende por interés superior de niños, niñas y adolescentes, el sistema integral que conforman todos y cada uno de los derechos a ellos reconocidos y los que en el futuro pudieran reconocérseles” (artículo 2).

8. En este sentido, se sostuvo que “[e]ste artículo de la CIDN es el más citado por toda la jurisprudencia argentina. Sin embargo no hay un sólo fallo -de los cientos que se basan sobre esa norma para resolver- que lo analice o desarrolle siquiera mínimamente. Se lo emplea por lo general para motivar las sentencias; pero al tratarse de una norma demasiado vaga, no es posible considerar que un fallo que sólo se base sobre este artículo lo logre. En estos fallos se advierte que el juez adopta una solución sobre la base de su valoración del caso, y para justificarla sostiene que esa decisión se basa sobre el artículo 3”, Beloff, Mary, “Quince años de vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño en la Argentina”, en Bovino, Alberto; Courtis, Christian y Abramovich, Víctor (comps.), *La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos en el ámbito interno. Balance y perspectivas: 1994-2005*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006, p. 290.

manipulación: [...pues] ha sido utilizado abusivamente (...) por los padres para defender sus propios intereses en las disputas por la custodia”.⁹

Ciertamente, resulta difícil trazar lineamientos generales, por lo tanto, “su contenido debe determinarse caso por caso”.¹⁰ Como punto fundamental, se debe tener en cuenta -entre otros aspectos- la opinión del propio niño, ello en función del derecho a ser oído, que emana del artículo 12 de la CDN.¹¹ Al respecto, ha expresado el Comité de los Derechos del Niño (Observación General N° 12, párrafo 90) que “[l]a familia en que los niños pueden expresar libremente sus opiniones y ser tomados en serio desde las edades más tempranas supone un importante modelo y una preparación para que el niño ejerza el derecho a ser escuchado en el conjunto de la sociedad. Esa manera de ejercer la labor de los padres sirve para promover el desarrollo individual, mejorar las relaciones familiares y apoyar la socialización del niño y desempeña una función preventiva contra toda forma de violencia en el hogar y en la familia”.

Por otro lado, deben ponderarse las pautas previstas en la Ley N° 26061 respecto del interés superior del niño: “a) Su condición de sujeto de derecho; [...] c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de

9. Observación general N° 14 (2014) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párrafo 34. Críticamente respecto de la utilización del niño en conflictos familiares, señala en nuestro medio Iriarte que en ocasiones los padres “encuentran en el derecho penal una forma de usar -consciente o inconscientemente- a los hijos como prenda de cambio. No es tan fácil determinar, en estos incidentes, de quién es rehén el menor: ¿Del que lo sustrajo? ¿Del que obstruye el contacto? ¿O del que denuncia penalmente, en cualquiera de los dos supuestos? Iriarte, Ignacio, “Impedimento de contacto de los padres no convivientes con sus hijos menores”, La Ley, 2005/05/30, 1., p. 4, citamos a través del comentario a la Ley N° 24270 de Gareallo, María, en D'Alessio, Andrés (dir.), Divito, Mauro (coord.), *Código Penal comentado y anotado*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2009, T. III, p. 1240.

10. Observación general N° 14 (2014) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párrafo 32.

11. Como lo señala el Comité de los Derechos del Niño: “La evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan”. Observación general N° 14 (2014) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párrafo 43. Así lo consideró en la jurisprudencia nacional la “Cámara Nacional de Apelaciones en los Criminal y Correccional”, Sala IV, c. 730.081.344/12, “Z. P., M. E.” 11/12/2013.

madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; [...] f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia”.¹²

En consecuencia, la decisión de impedir (o no) el contacto de un niño con uno de sus padres requiere de un análisis sumamente complejo, que incluye como sumamente importante la posibilidad de escuchar al niño.

3.2. El tipo básico de impedimento de contacto

3.2.1. Tipo objetivo

Desde el punto de vista objetivo, el tipo penal se compone de los siguientes elementos:

Sujeto activo: Aunque el artículo hace referencia “al padre”, inmediata e indistintamente se refiere a un tercero, sin hacer distinciones entre ambos supuestos; por lo tanto, no se trata de un así llamado delito especial, sino que el autor puede ser cualquiera.¹³ Ello puede abarcar, por ejemplo, al progenitor afín (cfr. artículos 672 y ss.) o al pariente que tiene la guarda del niño (cfr. artículos 643 y 657, CCyC).

Sujeto pasivo: El delito tiene como sujeto pasivo tanto al padre no conviviente como al propio niño.¹⁴ En primer lugar, la ley se refiere al “menor”. Esta noción viene definida por el CCyC en su artículo 25, que establece que “menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años”, edad que coincide con la definición de niño del artículo 1 de la CDN. A su vez, el CCyC llama adolescente al menor que ha cumplido los 13 años de edad (artículo 26) y a partir de los 16 años lo

12. Ley N° 26061, artículo 3.

13. El Anteproyecto de Código Penal utiliza la clásica fórmula “el que”, lo cual, como lo señala Nager, no introduciría variantes, pues actualmente el delito puede ser cometido por cualquiera (Nager, Horacio Santiago, “El delito de sustracción de menores y su relación con la obstrucción o impedimento de contacto. ¿Puede el padre o la madre ser sujeto activo del delito previsto en el artículo 112 del Anteproyecto de Código Penal de la Nación?”, *Infojus*, pp. 33-34).

14. Sobre las distintas posiciones en doctrina, con relación al niño y al padre como sujetos pasivos y la mayor preponderancia del niño, véase el comentario a la Ley N° 24270 de Gareallo, María en D'Alessio, Andrés (dir.), Divito, Mauro (coord.), *Código Penal comentado y anotado*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2009, T. III, p. 1214.

considera adulto en las decisiones que atañen al cuidado de su propio cuerpo (artículo 26). Si bien todas estas franjas etarias quedan abarcadas por la noción general de “menor” y, por lo tanto, pueden ser sujetos pasivos del delito, la distinción es muy relevante a la hora de establecer el interés superior del niño con relación a su derecho a ser escuchado.

En cuanto a la relación paterno-filial, según lo establece el CCyC “[l]a filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción” (artículo 558). El CCyC regula lo relativo a la responsabilidad parental en el Título VII del *Libro Segundo. Relaciones de Familia*. Según lo establece el artículo 638 del CCyC, “[l]a responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”.

Acción: Los verbos típicos son impedir u obstruir. Son alternativos, en tanto que cualquiera de los dos configura la acción típica. Según la Real Academia Española, el verbo “impedir” significa, en su primera acepción, “estorbar, imposibilitar la ejecución de algo”, mientras que obstruir quiere decir, en su primera acepción, “estorbar el paso, cerrar un conducto o camino”, y en su segunda acepción, “impedir la acción”.

Se trata de un delito continuado, por lo tanto, todas las acciones destinadas a impedir u obstruir el contacto conforman un único designio de acción,¹⁵ no constituyéndose en hechos independientes.

Elemento normativo: El tipo penal contiene un elemento normativo del tipo referido a que el comportamiento debe realizarse “ilegalmente”. En general, la introducción de estos términos trae aparejado discusiones en torno a su ubicación sistemática o su naturaleza jurídica: ¿se trata de un verdadero elemento del tipo penal o de un elemento de la antijuridicidad? Es decir, quien impide u obstruye legalmente, ¿actúa atípica o justificadamente? La respuesta que se brinde acarreará consecuencias, fundamentalmente, en la teoría del error: si es un elemento del tipo, su falsa suposición excluirá el dolo y, por lo tanto, el comportamiento será atípico. Por ejemplo, si una madre cree que

15. Ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala V, causa n° 37.742, “Fiorentini”, 22/9/09, de la misma sala, causa n° 1425/12, “H., M. R. s/impedimento de contacto”.

verdaderamente existe una medida de prohibición de acercamiento cuando esta medida no existe, o que existe un motivo válido para impedir el contacto, actuará bajo error y, por lo tanto, sin dolo. Si se piensa que se trata de un elemento de la justificante, su falsa presuposición podrá, en todo caso, configurar un error de prohibición, que de ser evitable no excluirá la culpabilidad.

Somos de la idea de que estos elementos se refieren siempre a la tipicidad, pues fundamentan el ilícito; por lo tanto, de existir un motivo legal para impedir el contacto (en general, medidas de protección dictadas en el fuero civil), el sujeto activo actuará atípicamente.

3.2.2. Tipo subjetivo

Desde el punto de vista subjetivo, el delito es doloso; ello exige que el sujeto actúe con conocimiento y voluntad de obstruir o impedir el contacto. Sobre este punto se ha considerado que si la madre tenía buenas razones para suponer que no debía permitir el contacto (por ejemplo, situaciones de violencia por parte del padre o signos de abuso sexual), el comportamiento resulta atípico, aun cuando luego esas circunstancias objetivas no se constaten (por ejemplo, por el sobreseimiento del progenitor acusado de abuso), pues ha obrado sin dolo, en la medida en la que su voluntad o propósito no se enderezaba en verdad a obstruir ni impedir arbitrariamente el contacto.¹⁶ Lo mismo podría predicarse para los casos en los cuales las medidas restrictivas existían, pero estaban vencidas y la madre había solicitado su prórroga.¹⁷

3.3. Mudanza del niño

Por su parte, el artículo 2 prevé una modalidad de impedimento de contacto que consiste en mudar al niño de domicilio sin autorización judicial para impedir el contacto. En este caso, el tipo penal se consuma con mudar de lugar siempre que exista la finalidad típica de impedir el contacto; se trata, pues, de un caso de los así llamados delitos de intención, en los cuales “el autor persigue un resultado que tiene en

16. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VII, causa 630012708/11, “C., N. D.”, 25/06/2014.

17. Ver el voto en disidencia del juez Divito en Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VII, causa 17.761/13, “G., D. C.”, 07/10/2013.

consideración para la realización del tipo pero que en realidad no necesita ser alcanzado”.¹⁸ Las distintas modalidades de la intención pueden agruparse en los denominados delitos de resultado recortado, en los que el resultado deseado debería ocurrir sin que el sujeto activo realice ninguna acción más, o delitos mutilados de dos actos, en los cuales el resultado ocurriría sólo en consideración de otra acción que el sujeto habría de realizar a futuro, pero que no forma parte del tipo objetivo.¹⁹

3.4. Agravante

Se prevé como primera circunstancia agravante que el niño sea menor de 10 años de edad o que sea discapacitado. De modo que se agrava la pena en función de la mayor vulnerabilidad del niño. La referencia etaria es concordante con el delito de sustracción u ocultamiento de menores (artículos 146 y 147, del Código Penal -CP-), que también exige la edad menor a diez (10) años. En cuanto a la discapacidad, según el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada en el derecho interno mediante la Ley N° 26378),²⁰ “[l]as personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. En particular, la Convención incluye en su artículo 3.h como principio general “[e]l respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad”. En su artículo 7, específicamente, afirma: “1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas. 2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño. 3. Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les

18. Jeschek, Hans Heinrich, Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Comares, 2002, § 30, II, 1, p. 342.

19. Jeschek, Hans Heinrich, Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Comares, 2002, § 30, II, 1, a), p. 342.

20. Sancionada el 21 de mayo de 2008, promulgada el 6 de junio de 2008 y publicada en el BO del 9 de junio de 2008.

afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho". Por su parte, el artículo 18.2 establece: "2. Los niños y las niñas con discapacidad serán inscritos inmediatamente después de su nacimiento y tendrán desde el nacimiento derecho a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser atendidos por ellos". En cuanto a la protección de la familia, la Convención dice en su artículo 23: "2. Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos. 3. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias. 4. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos. 5. Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar".

También se agrava la pena si el sujeto se mudare con el niño a un país extranjero, dado que el autor procuró aumentar las dificultades para el contacto con su padre.

3.5. Pena aplicable

La pena aplicable para los tipos básicos es de un (1) mes a un (1) año de prisión, mientras que la agravada es de seis (6) meses a tres (3) años de prisión en el caso del niño menor de diez (10) años o discapacitado. Ello permite, en el caso de ser la primera condena, que su apli-

cación sea condicional,²¹ para lo cual la persona se someterá a reglas de conducta por un tiempo de dos a cuatro años.²² También es admisible la suspensión del proceso a prueba (la así llamada *probation*).²³ Si se tiene en cuenta que detrás de estos delitos subyacen problemas de conflictiva familiar que involucran el interés del niño, las soluciones alternativas a la pena son absolutamente recomendables, pues, en definitiva, lo que beneficiará al niño (siempre que así lo determine su interés superior) no es que alguno de sus progenitores vaya a prisión, sino poder mantener el mejor y más constructivo contacto con ambos.

Sin embargo, cuando se suma la circunstancia agravante de la mudanza al exterior del país al tipo básico, la escala penal es de dos (2) meses a un (1) año y seis (6) meses. En el caso de los niños menores de diez (10) años de edad o discapacitados, la escala penal se agrava a un

21. Código Penal, artículo 26: “En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto...”.

22. Código Penal, artículo 27 bis: “Al suspender condicionalmente la ejecución de la pena, el Tribunal deberá disponer que, durante un plazo que fijará entre dos y cuatro años según la gravedad del delito, el condenado cumpla todas o alguna de las siguientes reglas de conducta, en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos: 1. Fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato. 2. Abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con determinadas personas. 3. Abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas. 4. Asistir a la escolaridad primaria, si no la tuviere cumplida. 5. Realizar estudios o prácticas necesarias para su capacitación laboral o profesional. 6. Someterse a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia. 7. Adoptar oficio, arte, industria o profesión, adecuado a su capacidad. 8. Realizar trabajos no remunerados en favor del Estado o de instituciones de bien público, fuera de sus horarios habituales de trabajo. Las reglas podrán ser modificadas por el Tribunal según resulte conveniente al caso. Si el condenado no cumpliere con alguna regla, el Tribunal podrá disponer que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento. Si el condenado persistiere o reiterare el incumplimiento, el Tribunal podrá revocar la condicionalidad de la condena. El condenado deberá entonces cumplir la totalidad de la pena de prisión impuesta en la sentencia”.

23. Código Penal, artículo 76 (bis) y ss.

(1) año a cuatro (4) años y seis (6) meses, pudiendo aplicarse, entonces, una pena privativa de la libertad de efectivo cumplimiento si en la determinación supera el monto de tres (3) años. No obstante ello, si la determinación de la pena resultare menor, también podría aplicarse una condena de ejecución condicional. Asimismo, de acuerdo con el criterio amplio respecto del otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba (ver el caso “Acosta” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)²⁴ también es procedente su aplicación, aun cuando la escala penal en abstracto supere el límite de los tres años.

3.6. Régimen de la acción

De conformidad con el inciso 3 del artículo 72 del Código Penal, el delito es dependiente de instancia privada. Por lo tanto, se requiere que haya denuncia por parte del padre afectado por el impedimento de contacto. En general, cuando se formula la denuncia, se solicita al damnificado que expresamente inste la acción penal. No se requiere que se constituya como parte querellante, ya que una vez producida la instancia de la acción penal, se debe promover de oficio la investigación de los hechos.

3.7. Impedimento de contacto y medidas restrictivas

Según el artículo 3, inciso 1 de la ley, la autoridad judicial deberá *“disponer en un plazo no mayor de diez días, los medios necesarios para restablecer el contacto del menor con sus padres”*. Ello ha generado, en el ámbito de la Justicia nacional, que una vez recibida la denuncia, se convoque a las partes a una audiencia para dar cumplimiento a esa manda. Sin embargo, en muchas ocasiones existe, respecto del progenitor que realiza la denuncia, una medida restrictiva ordenada en función de lo establecido por la Ley N° 24417²⁵ de Protección contra la violencia familiar, o por la Ley N° 26485²⁶ de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Ello ha conducido a que la Procuración General de la Nación haya dictado una Resolución

24. Fallos: 331:858.

25. Sancionada el 7 de diciembre de 1994, promulgada el 28 de diciembre de 1994 y publicada en el BO del 3 de enero de 1995.

26. Sancionada el 13 de marzo de 2013, promulgada el 17 de abril de 2013 y publicada en el BO del 19 de abril de 2013.

General al respecto que instruye a los fiscales “(...) *para que, en los casos en los que se investigue la posible comisión de los delitos previstos y reprimidos por la Ley N° 24270, se proceda -en forma previa a requerir la convocatoria a audiencia en los términos del artículo 3 de dicha ley- a verificar la existencia de medidas restrictivas de contacto recaídas en sede civil respecto del progenitor denunciante adoptadas conforme las Leyes N° 24417 y/o N° 26485*”.²⁷

La interacción entre la justicia civil y la penal, en este aspecto, es absolutamente necesaria, tanto en los inicios de la investigación como en la finalización. En la medida en la que la autoridad penal deberá, de un lado, constatar en forma previa a tomar medidas si existe una causa civil y qué medidas se han tomado allí, y, en forma posterior a la investigación o a la toma de medidas, deberá informar a la justicia civil. Así, el artículo 3 dice que el juez: “2. *Determinará, de ser procedente, un régimen de visitas provisorio por un término no superior a tres meses o, de existir, hará cumplir el establecido. En todos los casos el tribunal deberá remitir los antecedentes a la justicia civil*”. El carácter provisorio de la medida implica que, una vez adoptada, ella pueda ser revisada en la sede civil.²⁸

La transferencia de la Justicia a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debería tener especialmente en cuenta estos aspectos, máxime cuando la justicia en lo civil seguirá manteniéndose en el ámbito nacional, lo cual implica, entre otros aspectos, que la intervención del Ministerio Público Tutelar será en el fuero penal, competencia de la Ciudad (mediante la Asesoría Tutelar en lo Penal, Contravencional y de Faltas de Primera Instancia N° 2),²⁹ mientras que en el fuero civil esa misma intervención deberá ser ejercida por el Defensor Público de Menores, dependiente de la Defensoría General de la Nación.

3.8. Relaciones con la sustracción de menores

Un punto que se ha discutido es el de si, en algún caso, los padres del niño podrían incurrir en el delito de sustracción de menores,³⁰ tipifica-

27. Artículo 1 de la Resolución PGN N° 12/10.

28. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, causa 11.895/13, “S., S. A.”, 02/08/2013.

29. Resolución AGT 47/12, artículo 4.

30. Sobre este problema, en el anteproyecto de Código Penal véase: Nager, Horacio Santiago, “El delito de sustracción de menores y su relación con la obstrucción o impedimento de contacto. ¿Puede el padre o la madre ser sujeto activo del delito previsto en el artículo 112 del Anteproyecto de Código Penal de la Nación?”, *Infojus*.

do en el artículo 146 del Código Penal, que reprime “con prisión o reclusión de 5 a 15 años, [a] que sustrajere a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y [a] que lo retuviere u ocultare”. Al respecto, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional ha afirmado que sólo podría ser autor de ese delito el padre que haya sido excluido de la patria potestad.³¹ Es de recordar que el término “patria potestad” ya no es utilizado por el CCyC, que lo reemplaza por el de responsabilidad parental,³² la cual “se extingue por: a) muerte del progenitor o del hijo; b) profesión del progenitor en instituto monástico; c) alcanzar el hijo la mayoría de edad; d) emancipación, excepto lo dispuesto en el artículo 644; e) adopción del hijo por un tercero, sin perjuicio de la posibilidad de que se la restituya en caso de revocación y nulidad de la adopción; la extinción no se produce cuando se adopta el hijo del cónyuge o del conviviente” (artículo 699, CCyC). A su vez, “[c]ualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por: a) ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata; b) abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aun cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero; c) poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo; d) haberse declarado el estado de adoptabilidad del hijo” (artículo 700, CCyC).

3.9. Juez competente

Cuando los padres del niño se domicilian en diferentes lugares o el delito se ha desarrollado en varias jurisdicciones, se ha discutido cuál es el juez competente para intervenir. La Corte Suprema de Justicia

31. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, causa 139/14, “M., M.”, 19/05/2014.

32. Como lo explica María Victoria Pellegrini, “El lenguaje no es neutro y ello fue expresamente resaltado en los ‘Fundamentos del Anteproyecto...’: ‘... el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico; por esta razón, se considera necesario reemplazar la expresión ‘patria potestad’ por la de ‘responsabilidad parental’, denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos. La palabra ‘potestad’, de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la ‘potestas’ del derecho romano centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el vocablo ‘responsabilidad’ implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño o adolescente””, Herrera, Picasso, Caramelo (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 480.

de la Nación ha dicho que entre los factores a considerar (junto con la economía y conveniencia procesal) debe tenerse en cuenta el interés superior del niño, en tanto que al tratarse de un delito permanente, cualquiera de los jueces en cuyas jurisdicciones se hubiere desarrollado la acción podría intervenir con competencia.³³

33. Fallo "P., M. I." 2006/06/06, DJ, 2006/09/27, 293, citado por Gareallo, María, en su comentario a la Ley N° 24270 en D'Alessio, Andrés (dir.), Divito, Mauro (coord.), *Código Penal comentado y anotado*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2009, T. III, p. 1228. Hay allí más referencias jurisprudenciales que han resuelto diferentes supuestos.

JURISPRUDENCIA

Contienda entre Juzgado de Instrucción y Juzgado Correccional. Padre que denuncia que la madre de su hijo menor de edad salió del país sin su autorización. Impedimento de contacto. Menor de 4 años (artículo 2 de la Ley N° 24270). Justicia de Instrucción.

Fallo: (...) III.- El magistrado que previno declinó la competencia a favor de la Justicia Correccional, por entender que el objeto de la investigación encontraba adecuación típica en la Ley N° 24270 de impedimento de contacto (...).

Por su parte, el Juez correccional a fs. (...) no aceptó la intervención atribuida al considerar que el suceso podría subsumirse en la figura de sustracción de menores (artículo 146 del Código Penal).

IV.- Los Jueces Ricardo Matías Pinto y Mario Filozof dijeron: Según la hipótesis delictiva de fs. (...), la imputada (...) se habría retirado presuntamente del país con destino a la República del Paraguay con su hijo (...) de cuatro años de edad, sin la autorización del padre.

La hipótesis delictiva se adecua al artículo 2 de la Ley N° 24270, en tanto la madre para impedir el contacto del menor con su padre no conviviente, lo mudó al extranjero sin autorización o utilizando la que habría sido dada tres años atrás (...).

En los precedentes “I., V.” y “P., E. S.” sostuvimos que “...el progenitor de un niño sólo puede ser el autor del delito de sustracción de menores siempre y cuando ha sido excluido del ejercicio de la patria potestad (privación o suspensión) toda vez que no puede ser autor del “robo del menor” mediante apoderamiento quien en definitiva tiene derecho a ejercer su custodia” y que “mientras no exista una decisión jurisdiccional que excluya, suspenda o cuanto menos restrinja ese derecho de custodia, el padre no puede ser autor de este delito” (1).

Además compartimos lo sostenido por la doctrina en cuanto a que “(...) no es posible hablar de privación del ejercicio de la patria potestad, que en nuestro ordenamiento se halla en cabeza de ambos padres, cuando el menor continúa bajo el cuidado de uno de ellos, y [que] (...) La actitud de retener en su poder a la hija, una vez quebrada la convivencia conyugal -deberá recordarse que subsistían todos los derechos

y deberes propios de la patria potestad- no es más que un hecho concreto de la realidad, para cuya valoración habrá de tenerse en cuenta la situación que vivía la pareja. Y entonces sí, al mudar el domicilio de su hija que momentáneamente era en Buenos Aires, llevándola al extranjero, impidió, dolosamente, el contacto de aquélla con su madre. Tales las razones por las que el Tribunal ha entendido acreditada la existencia de los elementos objetivos y subjetivos propios de la figura prevista en la Ley 24270.” (2).

En suma, dada la penalidad prevista para la hipótesis delictiva planteada (artículo 2° de la Ley N° 24270) y atento la edad de la víctima, corresponde que siga interviniendo en estas actuaciones la Justicia de Instrucción.

El juez Julio Marcelo Lucini dijo: Sin perjuicio de los argumentos expuestos en la causa N° 1947 “I., V.” del 14 de febrero de 2013, lo cierto es que en este caso en particular comparto los fundamentos expuestos por el Fiscal General a fs. (...), por cuanto hasta tanto se ubique el paradero del menor corresponde que intervenga el fuero de más amplia competencia en atención a la falta de delimitación del objeto procesal (3). Así voto.

V.- Por todo lo expuesto, el Tribunal RESUELVE: Que debe continuar interviniendo el Juzgado de Instrucción N° (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala VI, Pinto, Filozof, Lucini. (Sec.: Williams). c. 139/14, M., M.

Rta.: 19/05/2014.

Se citó: (1) C. N. Crim. y Correc., Sala VI, c. 2052, rta.: 22/2/2013; (2) D'Alessio, Andrés José - Divito, Mauro A., Código Penal de la Nación. Segunda edición actualizada y ampliada. Leyes Especiales Comentadas, Tomo III, pág. 1229, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2011; (3) C. N. Crim. y Correc., Sala VI, c. 47806, “Álvarez Ramírez, Sabina”, rta.: 28/02/14.

Régimen de visitas establecido en sede penal. Naturaleza provisoria. Querrela que se agravia sólo por la modalidad establecida. Expediente en trámite en el fuero de familia. Agravio que debe ser canalizado en el fuero familiar. Mal concedido.

Fallo: (...), contra el auto de (...), mediante el cual se dispuso en lo que atañe al régimen de visitas provisorio establecido en el marco de la audiencia (...).

(...), es de destacar que el régimen de visitas que puede disponerse en esta sede, tiene como expresa finalidad legal la de restablecer rápidamente el contacto con el padre no conviviente (art. 3º, inc. 1º, Ley Nº 24270), siendo su naturaleza provisoria (inc. 2º), lo que implica en cuanto a su modalidad, puede ser revisado y modificado por la justicia de familia. (...) no habiendo controvertido la querrela el restablecimiento del contacto con su hija, los agravios introducidos (...) deben ser canalizados en el fuero competente para la cuestión de fondo.

(...) el tribunal RESUELVE: DECLARAR MAL CONCEDIDO el recurso de apelación interpuesto (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala I, Rimondi, Bunge Campos. (Sec.: Sosa). c. 11895/13, S., S. A. Rta.: 02/08/2013.

Sobreseimiento. Régimen de visitas oportunamente fijado en sede civil e incumplido por la imputada, a pesar de la intimación cursada. Vínculo que no se ha reanudado. Elementos suficientes para convocar a la imputada a prestar declaración indagatoria. Revocatoria. Disidencia: Imputada que ha recurrido en sede civil el cese de la prohibición de acercamiento dispuesto por la Justicia Civil estando pendiente de resolución por parte de la Cámara. Accionar que no resultó arbitrario e ilegítimo. Conflicto de índole familiar. Atipicidad. Confirmación.

Fallo: (...) Los jueces Juan Esteban Cicciaro y Mariano A. Scotto dijeron: El querellante (...) recurrió la decisión documentada (...), por la que se decretó el sobreseimiento de (...) en orden al delito de impedimento de contacto.

El 2 de agosto de 2012 se fijó un régimen de visitas paterno filial -provisorio- entre (...) y su hijo menor, y se acordaron las cuestiones primordiales relativas a la manutención del niño (...).

Sin embargo, el régimen se vio interrumpido por supuestos episodios de violencia denunciados por (...), circunstancia que derivó en la imposición de medidas restrictivas que imposibilitaron el contacto entre el menor y su padre no conviviente por el plazo de sesenta días a contar desde el 7 de diciembre último (...).

Paralelamente, el 11 de noviembre de 2012 (...) formuló una denuncia en similares términos a la presente (...). En ese sumario se sobreseyó a (...), temperamento que fue homologado por esta Sala el 5 de julio

último, en el entendimiento de que la relación conflictiva entre las partes llegaría a una solución en sede civil en función de una audiencia que debía celebrarse (...).

En efecto, ante una nueva solicitud de la fijación de un régimen de visitas, cumplido el plazo de la prohibición de acercamiento y con la opinión favorable de la Defensoría de Menores, el 2 de julio último se acordó el restablecimiento del vínculo entre (...) y su hijo bajo la supervisión de una trabajadora social (...).

Sin embargo, los informes elaborados por la asistente social designada a intervenir dieron cuenta de los reiterados incumplimientos por parte de (...) al respecto (...).

Ante la situación descripta se intimó a la aquí imputada a que diera “estricto cumplimiento” al régimen de visitas dispuesto bajo apercibimiento de extraer testimonios a la justicia penal, medida que finalmente se arbitró con la conformidad de la respectiva defensora de menores (...).

En definitiva, habiendo cesado la prohibición de acercamiento el 7 de abril de 2013 y encontrándose vigente un régimen de visitas, el vínculo entre el querellante y su hijo no se ha reanudado.

A mérito de ello y del análisis conjunto de la prueba reunida, se ha conformado el estado de sospecha que conduce a convocar a (...) en los términos del artículo 294 del Código Procesal Penal.

Asimismo, habrá de evaluarse la posibilidad de revincular a (...) con su hijo según lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 24270 y bajo la modalidad adecuada al caso.

El juez Mauro A. Divito dijo: Según el requerimiento de instrucción agregado (...), se atribuye a (...) “el haber impedido el contacto del menor (...) con su padre (...), desde aproximadamente el 16 de abril de 2013 hasta en principio el día 02 de mayo de 2013, fecha en la que se le recibió declaración al aquí damnificado”.

Al respecto, cabe recordar que en atención a los episodios de violencia denunciados por (...), el 7 de diciembre de 2012 se le impuso a (...) la prohibición de acercarse a aquélla y su hijo por el plazo de sesenta días, medida que -posteriormente- se extendió hasta el 7 de abril de 2013 y que -incluso- el 18 de abril pasado la nombrada solicitó una nueva prórroga a la que no se hizo lugar, decisión que aquélla apeló, razón por la que se concedió el recurso el 2 de mayo de 2013 (...).

En consecuencia, sin perjuicio de que el 2 de agosto de 2012 se había fijado el régimen de visitas a que alude el querellante, cierto es que posteriormente la justicia civil impuso medidas restrictivas que, aunque se encontraban vencidas al 7 de abril de 2013, permiten concluir que el accionar reprochado a la imputada no resultó arbitrario e ilegítimo (1).

En efecto, corresponde recordar que en las actuaciones que corren por cuerda -...- se corroboró que (...) efectuó una consulta médica en atención a los comportamientos de su hijo y que el profesional interviniente le refirió que “hasta tanto sea entrevistado por un psiquiatra infantil se recomienda reforzar simbiosis materno-infantil y por tanto que (...) permanezca con su madre solamente”, circunstancia que también motivó las solicitudes de restricción de acercamiento en el fuero civil.

En la misma dirección, no habrá de soslayarse que (...) ha peticionado prórrogas en el expediente civil y que, como se dijo, recurrió la decisión que dispuso no hacer lugar a ello, sin que hasta el momento se haya expedido la Cámara de Apelaciones, extremos que persuaden acerca de que, la conducta atribuida, en el particular caso del sub examen, no puede ser encuadrada en el artículo 1° de la Ley N° 24270, pues el impedimento de contacto es un delito doloso y no cabe sostener que la imputada hubiera obrado con voluntad de obstruir ilegítimamente los encuentros del niño con su padre.

Por lo expuesto, comparto los argumentos formulados por el señor juez de grado para concluir en la atipicidad del hecho investigado, íntimamente vinculado a un conflicto de índole familiar que se encuentra canalizado en el marco de las actuaciones civiles correspondientes, en las que se halla pendiente una resolución definitiva. En consecuencia, extendiendo mi voto en miras de homologar la decisión recurrida.

A mérito del Acuerdo que antecede, esta Sala RESUELVE: REVOCAR la resolución extendida a fs. (...), en cuanto fuera materia de recurso.

C. N. Crim. y Correc., Sala VII, Cicciaro, Divito (en disidencia), Scottto. (Prosec. Ad Hoc.: Sposetti). c. 17.761/13, G., D. C. Rta.: 07/10/2013.

Se citó: (1) C. N. Crim. y Correc., Sala VII, c. 36.968, “C., D. E.”, rta: 03/07/2009.

Sobreseimiento. Relación conflictiva entre los cónyuges. Elementos que no demuestran por parte de la imputada una voluntad de impedir la vinculación del menor con su padre. Interés superior del niño. Aplicación de los principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. Expediente en trámite en sede civil e informes psicológicos del que se desprende un proceso tendiente a revincular. Atipicidad. Confirmación.

Fallo: (...) Al exponer agravios en el marco de la audiencia el recurrente destacó que, tras la anterior intervención de esta Alzada, no se convocó a (...) en los términos del artículo 294 del Código Procesal Penal de la Nación pese a las numerosas tareas que debieron llevarse a cabo para dar con su domicilio real.

Asimismo, puso de relieve que el objeto de este proceso reconoce su origen en un conflicto económico que mantienen las partes en los tribunales de la República de Colombia, subrayando que la necesidad de su mandante, (...) de tener contacto con su hijo no ha tenido recepción en el sub examine.

De lo anterior se desprende que en momento alguno el apelante argumentó acerca de la voluntad expresada por el menor en las distintas entrevistas psicológicas realizadas a lo largo del trámite del proceso civil de no querer vincularse con su padre, como tampoco de las conclusiones a las que arribaron los profesionales que actualmente están abocados al seguimiento de la terapia individual que el niño desarrolla en el Centro (...).

Ambos aspectos fundaron el temperamento exculpatorio impugnado y con el cual, por las razones que a continuación se exponen, coincidimos.

Es dable subrayar que el delito de impedimento de contacto, contemplado en el artículo 1 de la Ley N° 24270, busca proteger la relación paterno-filial. Sin embargo, en tanto dicho vínculo involucra necesariamente a un menor de edad, el análisis de la figura debe ser efectuado bajo la directriz de la garantía constitucional a “mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño” (art. 9 inc. 3 de la CDN y 75, inc. 22 de la CN).

La interpretación del tipo penal no puede desconocer, asimismo, lo estatuido en el artículo 12 de la Convención citada en cuanto afirma que “...Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que [lo] afectan, teniéndose debidamente en cuenta [su opinión] en función de [su] edad y madurez ... Con tal fin, se [le] dará ... oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que [lo] afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional”.

Ahora bien, las copias del expediente civil incorporadas con posterioridad a la intervención de esta Sala reflejan que en aquel proceso se han logrado canalizar adecuadamente las necesidades y deseos de (...) como también que, a través de las entrevistas mantenidas con su madre y el inicio de una terapia individual con el menor en el Centro (...), se está llevando a cabo un tratamiento para lograr la revinculación con su progenitor.

Resulta de interés el informe presentado por los profesionales que se encuentran a cargo del desarrollo de los encuentros aludidos, del cual se desprende que “los hijos quieren cortar todo vínculo con el padre, pero por otro lado continúan los litigios legales ...perpetuando el vínculo disfuncional; las diferencias entre ambas partes están puestas en la distribución del dinero como articulador vincular; existe en la pareja parental una gran dificultad de vincularse, ya que están ligados por reproches mutuos y rencores que no pueden dejar atrás; los intereses económicos obturan los vínculos”. Finalmente, con base en ello, se dijo: “Desde lo terapéutico se piensa que no es bueno presionar a (...) en la revinculación con su padre. Necesita trabajar estos temas y otros para armar y definir el vínculo con su figura paterna” (fs. ...).

Tales conclusiones fueron apoyadas ante esta Alzada por la Dra. (...), quien incluso mencionó las consideraciones efectuadas en similar sentido por la Sala I de la Cámara Nacional Civil y Comercial en el marco del expediente iniciado por el querellante para obtener el cambio de tenencia respecto de (...), pretensión que resultó desestimada.

Así, la evaluación de las constancias de la causa y del actual estado del trámite del proceso civil, en el que el joven y su madre asisten con regularidad a las entrevistas a las que han sido convocados -siendo favorable el cambio de centro terapéutico-, permiten afirmar que la

decisión recurrida, a partir de la concepción del derecho penal como de ultima ratio, resulta acertada.

Es que deviene necesario garantizar, por encima de toda otra cuestión, el interés superior de (...) -de actuales 15 años-, quien precisamente se ha expresado. Como correlato del derecho ejercido y so pena de vaciarlo de real contenido, resulta imperioso “escuchar” las manifestaciones vertidas, con la cautela que exige el sensible tema que aborda el caso.

Con fundamento en esta lógica, sin que de los hechos se desprenda que (...) hubiera desarrollado una conducta que se adecue objetiva y subjetivamente al delito denunciado y habiendo el magistrado civil adoptado las medidas necesarias para resguardar en ese fuero de especialidad los derechos del menor a mantener contacto con sus padres (art. 9, inciso 3, CDN) y a ser oído en todo procedimiento judicial que lo afecte (art 12, inciso 2, ibídem), entendemos que corresponde homologar el auto en crisis.

En consecuencia, se RESUELVE: CONFIRMAR el auto de fs. (...) en todo cuanto fue materia de recurso. (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala IV, González, González Palazzo, Seijas. (Prosec. Cám.: Godnjavec). c. 730.081.344/12, Z. P., M. E. Rta.: 11/12/2013.

Sobreseimiento. Relación familiar particular. Episodios de violencia que habrían sido protagonizados por el querellante y que dieran lugar a denuncias penales. Conducta de la imputada que no habría estado guiada a impedir arbitrariamente el contacto. Confirmación.

Fallo: (...) Según lo que surge de la declaración indagatoria, se le imputa a (...) el haber impedido el contacto de la menor (...) con su padre (...) desde el día 7 de noviembre de 2011 hasta el 7 de agosto de 2012 (...).

Al respecto, entiende el Tribunal que los elementos reunidos conducen a avalar la decisión puesta en crisis.

En ese entendimiento, si bien no se encuentra controvertido que (...) no mantuvo contacto con su hija, se advierte que en ese lapso, e incluso con anterioridad, tanto (...) como su madre y un amigo de aquella, denunciaron episodios de violencia protagonizados por el aquí querellante (...).

Por otra parte, (...) relató el temor que aquél le provocaba (...), extremo que fue corroborado por la madre de la imputada -quien aseveró que (...) “es muy violento”- (...) y por tres testigos.

En efecto, (...) relató que “se dieron muchos hechos de violencia” y que vio a “(...) golpeada por él” (...); (...) expuso que la observó con moretones y que se enteró posteriormente que sufría violencia por parte de (...); y (...) se expidió en términos similares (...).

Incluso, esta última, que cuidaba a la niña, refirió que en una ocasión la menor regresó de la visita a su padre -que se había negado a restituirla cuando correspondía- y advirtieron que tenía lastimada la parte anal (...), circunstancia que dio lugar a la sustanciación de dos causas penales, registradas bajo los números (...) y (...).

De este modo, más allá del sobreseimiento dictado en una de esas causas (...), se estima que las evidencias reunidas no demuestran que, en el período aludido, el accionar reprochado a la imputada hubiera estado guiado por el propósito de impedir arbitrariamente el contacto del querellante con la niña.

En ese sentido, corresponde señalar que el mencionado sobreseimiento, dictado en el Expediente N° (...), tuvo lugar el 30 de mayo de 2013 (...).

Tal extremo persuade acerca de que la conducta atribuida, en el particular caso del sub examen, no puede ser encuadrada en el artículo 1° de la Ley N° 24270, pues el impedimento de contacto es un delito doloso y no se ha acreditado que la imputada hubiera obrado con voluntad de obstruir ilegítimamente los encuentros de la niña con su padre, conclusión ésta que, a mayor abundamiento, se ve reforzada por la declaración del testigo (...), padre de la hija mayor de (...), quien expuso que nunca tuvo inconvenientes para contactarse con aquélla (...).

Por lo expuesto y ponderando además que actualmente el querellante goza de la guarda provisoria de la niña (...), se comparten los argumentos formulados por el señor juez de grado para concluir en la atipicidad del hecho investigado.

Finalmente y entendiéndose que la parte querellante tuvo razones plausibles para litigar, las costas procesales serán soportadas en el orden causado (artículo 531 del Código Procesal Penal).

En consecuencia, el Tribunal RESUELVE: CONFIRMAR el auto documentado (...), punto I, en cuanto fuera materia de recurso, con costas en el orden causado.

C. N. Crim. y Correc., Sala VII, Scotto, Divito, Cicciaro. (Sec.: Spozetti). c. 630012708/11, C., N. D. Rta.: 25/06/2014. 20/10/08.

CAPÍTULO 7
PENALIZACIÓN DE ACTOS DISCRIMINATORIOS

LEY N° 23592

BREVES COMENTARIOS SOBRE LA LEY N° 23592

Por Mary Ana Beloff*, Diego Freedman**, Mariano Kierszenbaum***
y Martiniano Terragni****

1. INTRODUCCIÓN

La Ley N° 23592¹ (“Actos discriminatorios”) establece, en su artículo 3, dos tipos penales, a saber:

1) *“Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados 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”.*

2) *“En igual pena [prisión de un mes a tres años] incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o iniciaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas”.*

Esta ley tiene, entre sus objetivos, la criminalización de los actos discriminatorios; con ello, se compatibiliza con los estándares internacionales

* Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires. Profesora Titular de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Investigadora, Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Autora de numerosas obras sobre justicia penal y justicia penal juvenil publicadas en el país y en el extranjero.

** Abogado (UBA), docente integrante de la cátedra de la Dra. Beloff (Facultad de Derecho, UBA), Prosecretario Letrado en el Consejo de la Magistratura de la Nación.

*** Docente de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires. Director Nacional para Adolescentes Infractores de la Ley Penal.

**** Abogado. Docente e investigador, Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Integrante de la Cátedra de la Profesora Mary Beloff, autor y coautor de numerosos trabajos sobre justicia penal y justicia penal juvenil.

1. Sancionada el 3 agosto de 1988, promulgada el 23 agosto de 1988 y publicada en el BO del 5 de septiembre 1988.

de derechos humanos.² Precisamente, se trata de un evidente ejemplo en el cual el sistema penal actúa con el fin de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales.³

A continuación, realizaremos un análisis de ambas figuras penales para analizar posteriormente algunas cuestiones problemáticas en su interpretación y aplicación.

2. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), del 21 de diciembre de 1965), artículo 2: “1. Los Estados partes condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas, y con tal objeto: [...] d) Cada Estado parte prohibirá y hará cesar por todos los medios apropiados, incluso, si lo exigieran las circunstancias, medidas legislativas, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones...”; artículo 4: “Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas: a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación; b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley...”.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966), artículo 20, inciso 2: “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.

3. Ver al respecto, Beloff, Mary y Kierszenbaum, Mariano, “El derecho penal como protector de derechos fundamentales. I: formas alternativas y violencia de género”, presentación para el Seminario Permanente del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 26 de noviembre de 2013.

2. ANÁLISIS DE LAS FIGURAS PENALES

El primero de los supuestos prevé dos conductas: a) participar en una organización,⁴ y b) realizar propaganda.⁵ Ambas conductas pueden confluír en el actuar reprochado a la persona condenada.

Estas conductas recaen en el tipo penal cuando tienen por objeto propagar la idea de la superioridad racial, religiosa o étnica, o justificar las prácticas discriminatorias por los mismos motivos.⁶ Es decir, comprende tanto las conductas en las cuales se asume que una raza o una religión es superior, como cuando se discrimina, o sea, se trata en forma diferente a una persona con motivo de su raza, religión o color.

4. "Se reprime la mera participación en un grupo de esta clase, entendiéndose por tal la circunstancia de formar parte de este tipo de organizaciones; debe tratarse de una organización, lo cual supone un mínimo de cohesión entre sus miembros para el logro de sus fines, pero sin exigir el tipo penal una especial o determinada estructura para dicha organización", Cámara Nacional de Casación Penal, sala II, "Russo, Ricardo y otros", 12/4/1999, voto del magistrado Fégoli. Se exige que la finalidad de esta organización sea propagar un discurso discriminatorio, no siendo suficiente que alguno de los integrantes haya realizado actos discriminatorios en carácter personal: "Del mismo modo, no basta con participar de una organización integrada también por personas que tengan ideas de tal tipo, en tanto será menester que estas sean el basamento de su doctrina como para caracterizar, aunque más no sea en parte, su propio accionar", Cámara Federal de San Martín, sala II, causa 81/89, "Cavazza, Juan C. y otros s/ inf. arts. 125, 139, 140, 142 inc. 1, 142 bis, 210 y 293 C. Pen. y 3 ley 23592", 13/12/1993.

5. "La realización de propaganda consiste en la ejecución de actos destinados a propagar o difundir determinadas ideas o teorías, las que deben referirse a la superioridad de una raza o de un grupo que pertenezca a una determinada religión u origen étnico", Cámara Nacional de Casación Penal, sala II, "Russo, Ricardo y otros", 12/4/1999, voto del magistrado Fégoli.

6. Se ha detallado que: "En esta figura el elemento subjetivo del tipo penal se refiere a tener por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma; por 'justificar' se quiere significar el fundamentar la discriminación, mientras que 'promover' se relaciona con iniciar y procurar que se concrete tal discriminación; tanto la justificación como la promoción deben tener por fin la discriminación, es decir, dar un trato de inferioridad a una persona por razones religiosas o raciales. El delito se consuma con la sola participación en una organización que tenga estas finalidades o por la realización de propaganda dirigida al logro de esos fines", Cámara Nacional de Casación Penal, sala II, "Russo, Ricardo y otros", 12/4/1999, voto del magistrado Fégoli.

El segundo de los supuestos castiga las conductas de: a) alentar,⁷ o b) iniciar. Estas conductas deben estar destinadas a promover la persecución o el odio⁸ de una persona o un grupo de personas por su raza,⁹ religión, nacionalidad o ideas políticas.

7. “‘Incitar’ significa mover o estimular a uno para que ejecute una cosa (Real Academia Española, *‘Diccionario de la lengua española’*, Madrid, Ed. Espasa-Calpe, 1992). De la misma forma, ha entendido la doctrina que la ‘incitación’ implica estímulo, es el impeler a hacer o no hacer algo aunque no llegue a la determinación. Se diferencia de la investigación por no requerir una excitación directa y admitir, por el contrario, medios indirectos o que no tengan la misma modalidad psicológica de aquella... y, además, por no conformar su objeto la comisión de uno o varios delitos determinados sino, antes bien, delitos indeterminados, especificados sólo en su género, como cuando se incita a matar en general o a incendiar o destruir”. Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, sala II, expte. 20.336, “Vita, Leonardo G. y González Eggers, Matías s/procesamiento”, 29/8/2003.

8. Existen múltiples ejemplos; uno que ha llegado a ser castigado penalmente en nuestro país es la difusión del conocido como “Plan Andinia”, falaz texto que planteaba la existencia de una conspiración judía para apropiarse de la Patagonia y que resulta ser una trasposición del mundialmente conocido “Los protocolos de Sion”, elaborados durante la Rusia zarista para justificar la persecución del pueblo judío, incriminándolas falsamente de un plan para obtener el poder mundial. Precisamente, en el caso “Russo”, la Cámara Nacional de Casación Penal consideró que se verificaron conductas tendientes a propagar el odio contra las personas de origen judío: “Cabe recordar que, en el primero de los textos, se advertía a los ciudadanos de la existencia de un plan conocido con el nombre de ‘Andinia’ que consistiría en la misión del pueblo judío de tomar tierras argentinas para así formar un nuevo Estado de Israel; para llegar a ese fin debería crearse un caos institucional que fomenta el hambre y la miseria del pueblo, lo que desembocaría en un enfrentamiento entre la población y los organismos estatales, de tal suerte que quedaría abierta la posibilidad de constituir el nuevo estado denominado ‘Andinia’, con soberanía propia en el concierto de las naciones”. Cámara Nacional de Casación Penal, sala II, “Russo, Ricardo y otros”, 12/4/1999, voto del magistrado Fégoli.

9. En relación con el racismo, ha sido explicado con gran erudición por Marcel Prenant: “El racismo es algo distinto de la simple comprobación, o del estudio científico y objetivo, del hecho racial o del hecho de la desigualdad actual de los grupos humanos. Implica la afirmación de que esta desigualdad es absoluta o incondicionada, o sea que una raza es superior o inferior a otras por su constitución misma tanto como por su naturaleza y de manera completamente independiente de las condiciones físicas del medio y las circunstancias sociales. Así, para los racistas hitlerianos, las razas de color o la raza judía son inferiores, absolutamente, a la raza llamada aria, y dentro de esta, la subraza nórdica es, de modo absoluto, superior a todas las demás”; *Raza y Racismo*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1939, pp. 9-10. El autor, posteriormente, se detiene en algunos párrafos de *Mi Lucha*, de Adolf Hitler, que nos parecen interesante traer a colación porque se refieren a Sudamérica: “La historia establece, con evidencia espantosa, que cuando el

Se advierten dos diferencias con la anterior figura; la primera es que en este tipo penal se reprochan conductas que podrían tener como destinataria a una persona concreta. Por otro lado, se incluyen otros motivos no descriptos anteriormente, como son la nacionalidad y las ideas políticas. Resulta curioso que no se criminalice, por ejemplo, la propaganda discriminatoria de una determinada nacionalidad, pero sí cuando la propaganda recae sobre una raza o una religión. No obstante ello, la prohibición de analogía en perjuicio del imputado evita la ampliación de los motivos en el primero de los tipos penales bajo análisis.

En relación con la sanción, cabe destacar que la pena prevista es de un mes a tres años de prisión, lo cual permite la aplicación de la pena condicional, en el caso de ser la primera condena,¹⁰ sometiendo a la persona a reglas de conducta por un período de dos a cuatro años.¹¹ De modo

Ario ha mezclado su sangre con la de los pueblos inferiores, el resultado de este mestizaje ha sido siempre la ruina del pueblo civilizado. Los Estados Unidos de Norteamérica, cuya población está compuesta, en su enorme mayoría, por elementos germánicos, que solamente en muy reducida escala se han mezclado con pueblos inferiores que pertenecen a razas de color, presenta una humanidad y una civilización diferentes de las Américas del Centro y del Sur, en las cuales los inmigrados de origen, en su gran mayoría, se han mezclado fuertemente con los autóctonos. Este único ejemplo permite ya reconocer el efecto producido por la mayoría de las razas. El germano, que ha seguido puro y sin mezcla, se ha convertido en el amo del continente americano y seguirá siéndolo mientras no se sacrifique, a su vez, a una contaminación incestuosa”, *op. cit.*, pp. 106-107. Agrega casi al final de su libro que: “el racismo tiene ciertamente otro [interés], que es sin duda, más importante de todos: el de habituar a cada quien a la idea de que todo lo que pasa en la sociedad es efecto de condiciones raciales determinadas de una vez para todas. De esta manera aparece claro que la sociedad misma está libre de toda responsabilidad, ya que todo lo que en ella acontece está determinado biológicamente y es imposible de modificar socialmente”, *op. cit.*, pp. 149-150.

10. Código Penal, artículo 26: “En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto...”.

11. Código Penal, artículo 27 bis: “Al suspender condicionalmente la ejecución de la pena, el Tribunal deberá disponer que, durante un plazo que fijará entre dos y cuatro años según la gravedad del delito, el condenado cumpla todas o alguna de las siguientes reglas de conducta, en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión

que la legislación promueve que las personas condenadas por este delito sean sometidas a reglas de conducta que tiendan a corregir sus comportamientos discriminatorios, por ejemplo, la realización de cursos o la colaboración en entidades de bien público.

3. ¿CUÁL ES EL BIEN JURÍDICO AFECTADO?

Como ocurre en todos los tipos penales, al momento de realizar el análisis de la conducta del imputado, es necesario verificar si se ha afectado el bien jurídico protegido. En general, se ha considerado que el bien jurídico afectado por estas conductas es la dignidad humana.¹² A nuestro juicio, este concepto tiene un alto grado de indeterminación, y, por otro lado, advertimos que las conductas reprimidas no exigen, necesariamente, que haya un sujeto concreto directamente afectado (por ejemplo, cuando se hace propaganda sobre la superioridad racial). En este sentido, creemos que se afecta la regla de la prohibición de discriminación reconocida por las normas internacionales de derechos humanos,¹³ y

de nuevos delitos: 1. Fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato. 2. Abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con determinadas personas. 3. Abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas. 4. Asistir a la escolaridad primaria, si no la tuviere cumplida. 5. Realizar estudios o prácticas necesarios para su capacitación laboral o profesional. 6. Someterse a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia. 7. Adoptar oficio, arte, industria o profesión, adecuado a su capacidad. 8. Realizar trabajos no remunerados en favor del Estado o de instituciones de bien público, fuera de sus horarios habituales de trabajo. Las reglas podrán ser modificadas por el Tribunal según resulte conveniente al caso. Si el condenado no cumpliere con alguna regla, el Tribunal podrá disponer que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento. Si el condenado persistiere o reiterare el incumplimiento, el Tribunal podrá revocar la condicionalidad de la condena. El condenado deberá entonces cumplir la totalidad de la pena de prisión impuesta en la sentencia”.

12. “Es que en términos de política criminal, la Ley N° 23592 se halla orientada a tutelar la dignidad de la persona como bien jurídico protegido; es decir que el valor al cual el legislador le reconoce protección penal es la dignidad del hombre, la que se vería afectada con los actos discriminatorios que la norma tipifica”. Cámara Nacional de Casación Penal, sala II, “Russo, Ricardo y otros”, 12/4/1999, voto del magistrado Fégoli.

13. Se ha entendido que cuando un trato desigual no se justifica y se basa en categorías sospechosas (nacionalidad, edad o género), constituye un acto discriminatorio. Para

derivada del derecho a la igualdad.¹⁴ Precisamente, la Ley N° 23592 tipifica conductas que son previas o que preparan el terreno para agresiones o prácticas discriminatorias contra sujetos concretos,¹⁵ que constituyen severas lesiones a los derechos fundamentales. Es por ello que se ha utilizado el concepto de “la pendiente resbaladiza”, para simbolizar estos actos previos y necesarios a prácticas y conductas lesivas contra sujetos concretos.¹⁶ En particular, se hace referencia a conductas que tienen

ello, tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Repetto”, Fallos: 311:2272.

14. El derecho a la igualdad está reconocido expresamente en el artículo 16 de la Constitución Nacional, en el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo II de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en los artículos 1 y 15 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y en el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

15. “Se trata entonces de delitos de peligro abstracto, cuyo objetivo no es evitar situaciones inmediatas, sino antes bien, impedir la generalización de expresiones que puedan crear un envenenamiento del clima social, un ambiente hostil respecto de determinados grupos humanos”, De Llano, Hernán G. y Slonimsqui, Pablo, *Discriminación, medios de comunicación y derecho penal*, Revista *La Ley*, 2006-C, p. 2167, Suplemento Penal 2006 (mayo), AR/DOC/1460/2006. Se agrega que: “En los procesos de Nüremberg, tanto Rosemberg como Streicher (los filósofos y publicistas del movimiento nazi) rehusaron aceptar su responsabilidad por el exterminio de dos millones y medio de judíos en Auschwitz, sobre la base de que nunca habían imaginado que su prédica pudiera desembocar en una acción semejante. Sin embargo, el oficial nazi que estuvo a cargo de los asesinatos en masa de Auschwitz, el coronel Hoess, aclaró muy bien que fue precisamente este incesante adoctrinamiento verbal el que lo convenció, tanto a él como a sus compañeros, de que los judíos eran realmente culpables de todo y que debían ser exterminados (Cfr. Gilbert, G. M., *Nüremberg Diary*, Nueva York, Ferrar, Straus, 1947, pp. 72, 259, 305, citado por Allport, Gordon W., *La naturaleza del prejuicio*, Buenos Aires, Eudeba, 1977, p. 76)”.

16. En ciertos precedentes, se ha exigido que la propaganda o las expresiones discriminatorias alienten o inciten a terceros a cometer acciones violentas, exigiendo un peligro claro y actual, lo cual no es un requisito de los tipos penales analizados. Al respecto, “se recordó una línea jurisprudencial uniforme en cuanto postula que el art. 3 de la Ley N° 23592 (Adla, XLVIII-D, 4179) no busca penar expresiones por su sólo contenido discriminatorio, sino que exige que con ellas se busque alentar o incitar a terceros a desarrollar acciones violentas. De ahí que la conducta reprochada debe significar mucho más que la mera expresión de una idea, por desagradable que sea”. De Llano, Hernán G. y Slonimsqui, Pablo, *Discriminación, medios de comunicación y derecho penal*, op. cit. Por nuestra parte, creemos, a diferencia de esa postura jurisprudencial, que las manifestaciones discriminatorias no necesariamente tienen que alentar a la violencia para ser punibles.

cierto alcance, ya que realizar propaganda significa hacer una comunicación con cierta intención de influir en la comunidad, por lo cual debe ser difundida y repetida para tener impacto.¹⁷ En el otro supuesto, se castiga la participación en una organización, lo cual supone cierta vocación de permanencia y de desarrollo de actividades en común. El último supuesto prevé una conexión más estrecha con futuras acciones agresivas hacia una persona o un sujeto concreto (persecución y odio). Por el contrario, se dejan afuera comentarios personales¹⁸ o insultos¹⁹ (estos últimos podrían

17. No hay un criterio uniforme en la jurisprudencia respecto a si esta figura incluye la comercialización de obras de propaganda con contenido discriminatorio. En el caso “Buela” se sostuvo que: “Constituye el delito previsto y penado por el segundo párrafo del artículo 3ro. de la ley 23592 aliento al odio contra una comunidad de personas por razón de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas- la comercialización de una filmación de propaganda producida por el estado alemán en tiempos del poder nacional socialista, cuyo contenido deja de ser un documento histórico para constituirse en la renovación de la finalidad para la que ha sido creado, ello así dado su clara orientación al odio racial”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala I, “Buela, Héctor y otra s/procesamiento”, 7/12/1999. En sentido contrario, se dijo: “De allí que la mera exhibición y venta de obras y fotos con posible contenido discriminatorio, en las condiciones dadas en autos, no resulta suficiente como para ser considerada ‘promoción’, ‘incitación’ o ‘propaganda’ en los términos de la ley”, causa N° 6186, “Faes, Alberto Carlos s/inf. ley 23.592, 14/2/90. Criterio ratificado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala 1, 1/3/2006. Por nuestra parte, creemos que el sujeto que comercializa o exhibe, si están dados los elementos del tipo penal, tiene algún grado de participación en la conducta de realizar una propaganda discriminatoria.

18. Se sostuvo: “de este artículo [art. 3 de la Ley N° 23592] se deriva la base para entender que las conductas reprimidas en nuestra ley penal son sólo las que tienen como objetivo la exteriorización y la justificación de ideas discriminatorias o que alienten a la persecución de un determinado grupo como tal, dado que por sí mismas conllevan el peligro de generar imitación y/o de alentar al consenso de ideas reñidas con la más básica consideración de la dignidad humana. De ello se infiere, además, que no se proscribe la mera forma de pensar, el disenso ideológico o que el intercambio de ideas pueda quedar incluido en este tipo penal, debiéndose al mismo tiempo atender a que el acto aislado discriminatorio se enmarca en el ámbito del derecho privado; puesto que la conducta que queda atrapada en el marco represivo resulta de sucesos que trascienden lo individual y que se proyectan con un sentido específico y predeterminado, esto es, el desprecio a la humanidad que se reputa diferente y su exaltación como hecho loable y digno de ser imitado”, La Rosa, Mariano R., *Breve análisis de la Ley de Represión de Actos Discriminatorios*, Revista *Jurisprudencia Argentina*, 2006-III-866.

19. “Se investiga en autos el hecho denunciado por (...) en contra de (...), quien le habría proferido: ‘judío de m..., te voy a matar si no te vas de acá, soy militar retirado y no necesito protección’, mientras simulaba portar un arma de fuego en la cintura. Ello, habría

quedar comprendidos en la figura de injuria). De modo que se advierte que los dos primeros supuestos previstos en el artículo 3 de la Ley N° 23592, si bien no exigen necesariamente un peligro real y actual, comprenden las conductas que tienen cierto alcance e impacto en la comunidad, y que afectan, en consecuencia, la regla de prohibición de discriminación. Por ello, para establecer la subsunción típica, ha de determinarse si las conductas cometidas por el sujeto imputado afectaron esta regla de prohibición de discriminación violando el derecho a la igualdad, sin ser exigible otra afectación mediante la lesión o la puesta en peligro concreta de derechos de terceros o de la sociedad.²⁰ Entendemos que estas figuras, en muchos casos, van a ser de peligro abstracto (pueden darse supuestos de peligro concreto cuando la conducta se dirige contra un sujeto o un grupo específico de personas),²¹ y deben ser aceptadas a fin de reforzar el mandato de prohibición de discriminación reconociendo la función cultural y simbólica del Derecho penal,²² y sin dejar de considerar que las penas previstas permiten la ejecución condicional.

ocurrido en el interior del inmueble (...), donde ambos residirían (...). Los jueces Jorge Luis Rimondi y Luis María Bunge Campos dijeron: (...) consideramos que el hecho denunciado (...) no constituye discriminación en el sentido del art. 2 de la Ley N° 23592 pues carece de la finalidad de animar, dar vigor o estimular la persecución o el odio contra una persona o grupo de ellas a causa de raza, religión, nacionalidad o ideas políticas. En este sentido, la frase proferida habría tenido por único fin el de amedrentar al damnificado, mas no el de agraviarlo, máxime cuando este indicó que: '*... no es la primera vez que ocurre este tipo de hechos, ya que este Sr. (...) es de insultar a viva voz tanto al dicente como a los demás inquilinos del edificio...*', por lo que no se traduce en una cuestión vinculada al credo que particularmente profesaría el denunciante (...)'. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, 27/02/13, c. 32_13.

20. En algunos casos, lo que ha acontecido es que ha concurrido en forma real esta conducta con otros delitos (lesiones, amenazas, coacción, daño, robo), cometidos contra sujetos concretos y que resultaron agravados porque han sido efectuados por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso (cfr. artículo 2 de la Ley N° 23592).

21. Al respecto se sostuvo: "...la capacidad -para alentar o incitar a la persecución o al odio- debe ser merituada en cada caso concreto, debiéndose prestar particular atención a las circunstancias de modo y lugar en que la conducta es desplegada, a fin de poder asegurar que con ella se ha creado el peligro de que se produzcan las consecuencias que la ley intenta prevenir", "Cherasnhy, G. s/procesamiento", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, 10/09/04.

22. Al respecto, Garland explicó que: "Al diseñar una política penal no sólo decidimos cómo enfrentar a un grupo de personas marginadas de la sociedad, ya sea para disuadirlas, reformarlas o incapacitarlas y, de hacerlo, cómo [...] También, y al mismo

4. ¿CUÁL DEBE SER EL FUERO COMPETENTE?

Una discusión presente en la jurisprudencia es si los delitos previstos en el artículo 3 son de competencia de la justicia ordinaria o de la justicia federal. En primer lugar, cabe remarcar que no está prevista la competencia de la justicia federal, que es de excepción, en la Ley N° 23592, ni en la normativa procesal penal.²³ Por otro lado, la Ley N° 26357²⁴ aprobó el Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, firmado el 1° de junio de 2004, el cual incluye los delitos previstos en el artículo 3 sin hacer distinciones o consideraciones. Sin perjuicio de ello, hay precedentes en que se ha justificado la competencia federal en función de que la Ley N° 23592 deriva del artículo 16 de la Constitución Nacional, existiendo, en consecuencia, un interés federal.²⁵ Curiosamente, se considera que no corresponde

tiempo, nos definimos a nosotros mismos y a nuestra sociedad de manera que quizá resulten medulares para nuestra identidad cultural y política. Una parte fundamental de la retórica penal de una sociedad puede abordarse con la sugerencia de una perspectiva social, utópica o pesimista, que redima o rechace, o bien que represente -con o sin precisión- la naturaleza de la sociedad que describe. Pero al margen de su tono o proximidad a la verdad, será una retórica importante. Las representaciones difundidas por la política penal no son sólo amenazas dirigidas a los criminales: son también símbolos positivos que ayudan a producir subjetividades, formas de autoridad y relaciones sociales. Para parafrasear a Michel Foucault, el castigo no sólo restringe o disciplina a la sociedad, también contribuye a crearla". Garland, David, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, Madrid, Ed. Siglo XXI, 1999, p. 320.

23. "No corresponde la intervención de la justicia federal cuando no se desprenda que los hechos denunciados afectan la seguridad de la Nación, conforme los términos establecidos para fijar la competencia de este fuero, tanto por el inciso 3 del artículo 23 de la Ley de formas, como por el inciso 3 de la Ley N° 48. En este sentido, de dicha norma en ningún momento se contempla el interés individual, sino que los intereses generales confiados a su cuidado. Por ello, la sola invocación de que los derechos que se creen violados se encuentran garantizados por la Constitución Nacional, no resulta suficiente para que aparezca competente este fuero, ya que ello haría innecesaria e injustificada la actividad jurisdiccional propia de los jueces nacionales de esta ciudad, que son por imperio de la ley, los encargados de sustanciar las causas comunes". Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, "Faimberg, Marcelo H. s/ denuncia inf. ley 23.592", 14/03/89.

24. Sancionada el 28 de febrero de 2008, promulgada de hecho el 28 de marzo de 2008 y publicada en el BO del 31 de marzo de 2008.

25. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, remitiéndose al dictamen del Procurador Fiscal que sostiene: "las infracciones previstas en la ley 23.592 son competencia del

la competencia federal cuando se aplica la agravante prevista en el artículo 2 de la Ley N° 23592.²⁶ Parecería que fuera mucho más grave una

fuego de excepción, dada la naturaleza federal de la norma que reglamenta directamente un principio constitucional, que excede el interés particular e involucra a toda la comunidad (Fallos: 322:3578; 324:392; 329:5722 y Competencias N° 54; L. XLIV, “Jofré, Federico Gastón s/ incidente de competencia”, y N° 679; L. XLV, “Ochoa, Jorge s/ denuncia”, resueltas el 22 de abril de 2008 y 22 de diciembre de 2009, respectivamente), sin que se advierta ninguna circunstancia particular que, de acuerdo con el criterio establecido por V.E. en Fallos: 327:4679, 329:585 y 330:1945, entre otros, autorice otra solución”; competencia N° 932. XLVII, 12/05/13. La disidencia del magistrado Zaffaroni considera, por el contrario: “en atención a que los delitos cometidos por actos de discriminación fueron transferidos la justicia contravencional, mediante las leyes 26.357 y 26.702, corresponde que en ese ámbito continúe la investigación”.

En similar sentido: “En primer lugar, cabe advertir que la ley 23592 no establece en forma expresa cuál es el fuero que resulta competente para entender en las causas que se inicien a raíz de la presunta infracción a sus disposiciones, motivo por el cual resulta conveniente realizar una breve reseña de los distintos pronunciamientos emitidos sobre el punto. En este sentido, debe tenerse presente que los suscriptos llevan dicho que la caracterización del bien jurídico protegido por la citada norma tiene por finalidad castigar los actos discriminatorios, para proteger no sólo a las personas perseguidas sino a la sociedad toda y por eso su naturaleza es federal (conf. causa N° 12488 ‘Cardozo, Walter s/competencia’, rta. el 13-8-96, reg. n° 13.389) y que, en idéntica dirección, se ha expedido la Sala I del Tribunal al sostener que el instrumento legal analizado ‘se refiere en esencia a la prevención y al castigo de la discriminación racial y religiosa, se relaciona sin duda con el artículo 16 de nuestra Ley Fundamental, como así también con otras disposiciones constitucionales... Parece claro, pues, que el legislador ha perseguido la realización de tales preceptos y la protección que de ellos dimana, de donde se sigue que resulta incuestionable la jurisdicción federal... por imperio de lo dispuesto por el artículo 100 de la ley suprema y el 2°, inc. 1 de la ley 48’ (conf. causa n° 21.201 ‘Rabossi, Eduardo s/ denuncia’, rta. el 24-8-89, reg. n° 399)”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, “Mizraji, Carlos J.”, 23/3/2004.

26. “Si las amenazas contra la víctima fueron proferidas por su condición de judío y la puerta de su domicilio fue pintada con la cruz esvástica, tales hechos encuadrarían en los artículos 2 y 3 de la Ley N° 23592. Esta calificación motiva aceptar el criterio de la CSJN, que ha dispuesto que entienda el fuero ordinario en aquellos casos en que no resulte afectada directa o indirectamente la seguridad de la Nación aplicable al supuesto del artículo 149 ter, C.P.; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, “B. s/ amenazas”, 25/03/99. Al respecto, se sostuvo: “la Cámara Nacional de Casación Penal al analizar supuestos como el de autos, en los que se encuentra en juego la mencionada norma pero sólo a partir de la aplicación de la agravante prevista en su artículo 2, ha destacado que ‘todas las normas penales tienen por objeto, de acuerdo a nuestro sistema penal, la protección de bienes jurídicos y todos ellos en relación con obligaciones, derechos y garantías amparados por la Constitución Nacional... Así la ley 23.592 nada dice sobre qué fuero será competente y, ante tal silencio, añadido a que no se configuran en autos circunstancias que permitan

agresión física severa contra un grupo de personas por su religión que la emisión de propaganda discriminatoria.

la intervención de la justicia federal... no corresponde apartarse de las reglas generales sobre la materia, debiendo continuarse la sustanciación del proceso en el ámbito de la justicia ordinaria' (conf. causa n° 1973 de la Sala IV, 'Capasso, Bruno y otros s/ competencia', rta. el 26-4-00, reg. n° 25584) [...] este Tribunal habrá de coincidir con la posición sustentada por el Sr. Juez de grado en el decisorio que se recurre, toda vez que los hechos que se investigan en la causa no van más allá de una estricta motivación particular, sin perjuicio de la agravante de la ley que aquí se invoca. Es que en esta clase de supuestos, en que las disposiciones de la ley 23592 sólo vienen a agravar un delito previsto en el Código Penal o en sus leyes complementarias, y sin perjuicio de los criterios jurisprudenciales anteriormente reseñados, se advierte la necesidad de extremar los recaudos mediante un análisis más exhaustivo respecto de la efectiva concurrencia de un interés nacional en juego que permita fundar en el caso concreto la competencia de este fuero restrictivo y de excepción, para lo cual es preciso recurrir a las reglas contenidas en el artículo 33 del Código Procesal Penal de la Nación. Cabe recordar que esta ha sido la postura que nuestro Máximo Tribunal adoptó incluso para el caso de los delitos previstos en el artículo 3°, inciso 5, de la ley 48 por cuanto admitió que la justicia federal decline competencia en favor de la ordinaria cuando lo actuado revele inequívoca y fehacientemente que los hechos tienen estricta motivación particular y que, además, no existe posibilidad de que resulte afectada, directa o indirectamente, la seguridad del Estado Nacional o de alguna de sus instituciones (cfr. Fallos: 290:362, 293:483, 300:940, 306:1391, 313:631, 315:311)". Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, "Mizraji, Carlos J.", 23/3/2004.

En sentido contrario: "Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la Ley 23.592 es de naturaleza federal por cuanto reglamenta directamente un principio constitucional de tal magnitud que excede el concreto interés de la parte e involucra y afecta a toda la comunidad (Fallos: 322:3578). Por ello el hecho calificado por el fiscal como amenazas e injurias agravadas por las circunstancias previstas en el art. 2 de la Ley citada consistente en haberle expresado al custodio de una sinagoga 'Que haces acá, vos quién sos... judío de mierda... son todos unos judíos de mierda... Yo no te conozco, ahora bajo y te pego un tiro' constituye un hecho que debe ser investigado por la justicia federal y no la justicia común como lo propone dicho funcionario o por el Fuero Contravencional de la Ciudad Autónoma como lo resolvió el Magistrado de la instancia anterior". Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, "Segal, Luciano G. s/ incompetencia", 1/10/02. Asimismo: "Véase que la conducta materia de pesquisa habría tenido lugar en la vía pública y en las inmediaciones de una sinagoga, contexto en el cual el causante atacó a uno de los concurrentes causándole lesiones y formuló expresiones con contenido antisemita e intimidatorio (...) En esas condiciones, no es posible descartar que dicho suceso exceda el concreto interés de las partes involucradas, y que por ende revista capacidad suficiente para alentar o incitar a la persecución o al odio racial, religioso o de nacionalidad (Ley N° 23592). Así las cosas, se resuelve: I. Asignar la competencia en estas actuaciones al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal...". Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, c. 2011, 26/03/12.

JURISPRUDENCIA

Actos discriminatorios. Ley N° 23592. Planteo de competencia prematura. Justicia de Instrucción.

La posible aplicación de la Ley N° 23592 no determina, “per se”, la competencia del fuero federal, por cuanto, hasta tanto no se investiguen seriamente los hechos denunciados, no es clara la situación a los efectos de la aplicación del art. 33 del C.P.P.N., que habilita la intervención de excepción, ya que debe deslindarse un problema económico, tapado por las expresiones antes dichas, de hechos que tengan intencionalidad discriminatoria, para lo cual lo mejor es el trabajo de la justicia con sus fines, antes que planteos de competencia.

Donna, Navarro, Filozof. (Sec.: Gorostiaga). 19470_1 (...). 4/11/02 c. 19.470. C. N. Crim. y Correc. Sala I.

Nota del Secretario: Surge de la resolución que las actuaciones se iniciaron con la denuncia formulada por los padres de un alumno del Colegio (...) que participa en el Centro de Estudiantes, cuyos integrantes reclamaban el uso del boleto estudiantil en varias líneas de colectivos. Su hijo fue interceptado por dos hombres que le dijeron: “Dejate de joder con el boleto” y “Sos la primera ficha del dominó”, lo llamaron por su nombre y le marcaron con un cutter las iniciales “AAA” (Alianza Anticomunista Argentina) en el pecho.

Competencia. En razón de la materia. Actos discriminatorios. Alumnos de escuela: cuota adeudada. Justicia de excepción.

La conducta desplegada por las autoridades de un instituto escolar de separar del aula a un grupo de alumnos por adeudar el pago de las cuotas escolares y obligarlos a permanecer en el interior de la biblioteca e impedirles su ingreso a clase así como salir al recreo y llamar a sus padres, constituye “prima facie” el delito de privación de la libertad (art. 141 del CP) en función del art. 1° de la Ley N° 23592, cuya competencia corresponde a la justicia de excepción.

(...) y otros. 5/02/04 c. 21.799. C. N. Crim. y Correc. Sala I.

Competencia. Ley N° 23592. Actos discriminatorios. Insultos. Finalidad de la norma. Atipicidad. Justicia de menores.

Si las manifestaciones vertidas por los imputados no se realizaron para alentar o incitar a la persecución o al odio contra una persona o grupo de personas a causa de su condición social o caracteres físicos, no se configura ninguna de las causales requeridas por la Ley N° 23.592.

La Ley N° 23592 está dirigida a adoptar medidas contra aquellas conductas que afecten los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, sobre bases igualitarias, estas medidas consisten en otorgar al damnificado la facultad de tornar ineficaz el acto discriminatorio y ser indemnizado (*).

Con ello, debe continuar en la intervención de las actuaciones, la Justicia de Menores.

P., M. S. 17/06/04 c. 24.154. C. N. Crim y Correc. Sala VII.

Se citó: (*) C. N. Crim. y Correc. Fed., Sala II, c. 16.132, reg. 17158, "García Darderes, O."

Competencia. Lesiones. Expresiones de carácter antisemita e intimidatorio. (Ley N° 23592). Imputado que alienta la discriminación racial, nacional o religiosa. Justicia federal.

Fallo: (...) Coincidimos con el Sr. Fiscal General (cfr. fs. ...), en cuanto a que estas actuaciones deben continuar su trámite por ante el fuero de excepción.

Véase que la conducta materia de pesquisa habría tenido lugar en la vía pública y en las inmediaciones de una sinagoga, contexto en el cual el causante atacó a uno de los concurrentes causándole lesiones y formuló expresiones con contenido antisemita e intimidatorio (cfr. fs. ...).

En esas condiciones, no es posible descartar que dicho suceso exceda el concreto interés de las partes involucradas y que por ende revista capacidad suficiente para alentar o incitar a la persecución o al odio racial, religioso o de nacionalidad (Ley N° 23592).

Así las cosas, se RESUELVE: I. Asignar la competencia en estas actuaciones al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° (...). Seijas, González, Lucini. (Sec.: Barros). 2011/11_4 (...). 26/03/12 c. 2011. C. N. Crim. y Correc. Sala IV.

Contienda entre Juzgado de Instrucción y Juzgado Federal. Imputado que mientras simulaba portar un arma de fuego profirió frases amenazantes al damnificado vinculadas al credo que profesa. Ausencia de la finalidad de estimular la persecución o el odio por causa de religión. Justicia de instrucción. Disidencia: acto claramente discriminatorio. Justicia federal.

Fallo: (...) entre la titular del Juzgado (...) de Instrucción N° (...) y el magistrado del Juzgado (...) Federal N° (...).

Se investiga en autos el hecho denunciado por (...) en contra de (...), quien le habría proferido: “judío de m..., te voy a matar si no te vas de acá, soy militar retirado y no necesito protección”, mientras simulaba portar un arma de fuego en la cintura.

Ello, habría ocurrido en el interior del inmueble (...), donde ambos residirían (...).

Los jueces Jorge Luis Rimondi y Luis María Bunge Campos dijeron: (...) consideramos que el hecho denunciado (...) no constituye discriminación en el sentido del art. 2° de la Ley N° 23592 pues carece de la finalidad de animar, dar vigor o estimular la persecución o el odio contra una persona o grupo de ellas a causa de raza, religión, nacionalidad o ideas políticas.

En este sentido, la frase proferida habría tenido por único fin el de amedrentar al damnificado, mas no el de agraviarlo, máxime cuando este indicó que: “... no es la primera vez que ocurre este tipo de hechos, ya que este Sr. (...) es de insultar a viva voz tanto al dicente como a los demás inquilinos del edificio...”, por lo que no se traduce en una cuestión vinculada al credo que particularmente profesaría el denunciante (...).

El juez Alfredo Barbarosch dijo: (...) no comparto los argumentos expuestos por los jueces preopinantes. (...) es inadmisibles sostener que la frase proferida (...) no habría tenido por finalidad agraviar al damnificado, y menos aún, puede considerarse que la habitualidad con que se producen estos hechos por parte del imputado (...), quien “...es de insultar a viva voz...”, indiquen que esas manifestaciones no se vinculan con el credo del denunciante.

En efecto, no existe constancia alguna en el expediente respecto de la religión que profesarían aquellos otros vecinos que serían insul-

tados, por lo que no puede descartarse, que sea precisamente dicha condición lo que motiva el acto ofensivo.

Por el contrario, tampoco es posible descartar una violación a los preceptos del artículo 65 del Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (...) no corresponde descartar la concurrencia de la agravante prevista por el art. 2 de la Ley N° 23952 (...). (...) debe intervenir el fuero de excepción.

No puede perderse de vista (...) que el bien jurídico tutelado por la Ley N° 23592 y al cual se reconoce protección, es la dignidad del hombre, y que, la circunstancia de haberse reiterado la conducta del imputado hacia otros inquilinos, a quienes también habría proferido insultos, se traduce en un acto claramente discriminatorio, tal como sostuvo la Dra. (...) al declararse incompetente (...). Así voto. (...) el Tribunal RESUELVE: ASIGNAR competencia para seguir interviniendo en el presente caso al Juzgado (...) de Instrucción N° (...). (...).

Rimondi, Barbarosch (en disidencia), Bunge Campos. (Sec.: Pelluffo). 32_13_1 (...). 27/02/13 c. 32_13. C. N. Crim. y Correc. Sala I.

CAPÍTULO 8
DELITOS Y CONTRAVENCIONES EN EL DEPORTE
Y EN ESPECTÁCULOS DEPORTIVOS

LEYES N° 20655 Y 23184

LOS DELITOS EN EL DEPORTE

Por José Jozami*

1. INTRODUCCIÓN

El deporte como ciencia era enunciado en un *slogan* de una conocida marca de indumentaria deportiva: “La Ciencia del Deporte”. Simbólicamente, porque no podía ser una ciencia. Otros lo veían como un arte; para algunos legisladores y otras personas no es más que un divertimento. Lo cierto es que arte, ciencia o divertimento, el objetivo que persigue el deporte es la buena salud y el buen vivir, la educación, la buena formación como atleta y persona, y la sana competencia; a pesar de que con el tiempo el deporte también significa un espectáculo público, y la posibilidad de generar dinero a través de negocios lícitos y legítimos.

Tampoco se puede desconocer la relación existente entre el deporte y otras disciplinas científicas. Por ejemplo, con las exactas encontramos su presencia en el tema de la precisión y las estadísticas tan utilizadas últimamente. Las ciencias humanas son las auxiliares más cercanas. Es decir, hay ejemplos que se pueden citar desde la medicina en lo que se refiere a la prevención y la rehabilitación de lesiones; desde la psicología, la atención de los niños sobre sus éxitos o frustraciones -tema de suma importancia si advertimos la presencia de la Convención Internacional del Niño en el plano jurídico internacional-, como también el retiro de su carrera profesional de grandes figuras que ha derivado en trastornos de depresión y, en los casos más extremos, con intentos de suicidio. En lo sociológico, alerta la masificación del hombre en una tribuna y la aparición de las famosas BARRAS BRAVAS, devenidas en falsos hinchas

* Abogado y periodista, especializado en Derecho Deportivo y Responsabilidad Profesional. Maestría en Derecho Deportivo realizada en ISDE (Instituto Superior de Derecho y Economía, Madrid, España), y en MPL (Management Program Lawyer) School of Law, Yale University. Profesor titular de la cátedra de Derecho Deportivo de la carrera Gestión del Deporte.

que no hacen otra cosa que provocar conflictos sociales y judiciales que deberán ser afrontados por los clubes de sus colores. Otro fenómeno llamativo para la sociología es el origen de los atletas que, en otras épocas, provenían de las villas miserias, mientras que hoy se integran con estudiantes universitarios de clase media.

El aporte también proviene de la educación física en el trabajo del preparador de un plantel profesional o de un deportista; y hasta del ingeniero agrónomo que prepara las canchas de fútbol, rugby, hockey o polo, para preservar a los protagonistas de accidentes y lesiones. Tanto el atleta profesional, como el caballo en el polo, son verdaderos valores del patrimonio de las instituciones.

En la política también está presente el deporte, como política pública, y el periodismo especializado es otro estamento importante en la vida del deporte. Y finalmente arribamos a nuestra ciencia: el Derecho. Más propiamente, el Derecho Deportivo, que tiene su vínculo con el deporte en toda su extensión, aunque sin resorte constitucional, ya que ni en la última reforma de nuestra Carta Magna en 1994 los constituyentes se dignaron a mencionar la palabra “deporte”. No obstante, han sido las provincias las que de alguna manera llenaron ese vacío al menos para sus comarcas colocando al deporte como política de Estado. Hay algunos doctrinarios constitucionalistas que tratan de fundamentar que, si bien no está presente en la Constitución -salvo en el artículo 33 dentro de los derechos no enumerados-, sí lo está en la Convención Americana de los DDHH. En este contexto, insisto, no queda más que reconocer al deporte como una actividad recreativa al aire libre, y aun así no se lo nombra. Por eso, bienvenido el Derecho Deportivo, que contiene elementos de Derecho Público y Privado, con temas vigentes en todas las ramas del Derecho, y con temas propios como son los derechos federativos y derechos económicos, o los derechos de formación y el mecanismo de solidaridad. Por eso, podemos afirmar que el Derecho del Deporte es ya considerado una rama autónoma del Derecho, que incluso se dicta como cátedra en algunas facultades de Derecho y como especialidad en cursos de grado y de postgrado.¹

1. Carrera de Gestión del Deporte UNTREF Postgrado de Derecho Deportivo CPACF Postgrado de Derecho Deportivo Universidad Austral.

Esa diversidad en la que confluyen el derecho y el deporte sustenta el Derecho Penal y el Derecho Contravencional. Tan fuerte es su presencia que nuestro país tiene una ley que se refiere a ellos. La Ley N° 23184 de junio del 85, reformada por la Ley N° 24192 de marzo de 1993, que controla las contravenciones y los delitos en ocasión de espectáculos deportivos.

2. EL DELITO DEPORTIVO

Comenzaremos por conceptualizar el delito deportivo y sus teorías, tanto las que lo justifican como las que lo niegan; la responsabilidad que deviene de esos delitos, analizando jurisprudencia nacional y extranjera; y observando la aparición de nuevos delitos en otros países, que aquí todavía no están tipificados.

Para que haya delito es necesario que existan elementos decisivos: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. La existencia de un hecho cometido con dolo o culpa, la presencia de un autor, y que ese hecho haya causado un daño. Todos estos conceptos deben ser transpolados a las acciones deportivas y a hechos en ocasión del deporte. Los más comunes y conocidos se relacionan con la violencia acaecida en los estadios, ya sea dentro o fuera de sus instalaciones, o bien con los accidentes deportivos protagonizados por los propios atletas.

Para analizar estos temas, es oportuno establecer quiénes son los sujetos del Derecho Deportivo, cuál es el objeto y cuáles son las fuentes.

Entre los primeros se encuentran los atletas o jugadores, árbitros, dirigentes, periodistas, público, organizadores, y el Estado como autorizante de la práctica del deporte y responsable de la seguridad pública. El objeto es todo lo que se relacione con el deporte de manera lícita y legítima. Entre las fuentes: la primera con la que cuenta un deporte es su respectivo reglamento, luego las leyes del deporte que se dicten, los fallos de la justicia ordinaria, los fallos de los tribunales deportivos y la opinión de los expertos.

Han sido muchos los hechos que han abierto el interrogante de si es válida la aplicación del Derecho Penal en el deporte. Sería bueno refrescar algunos casos recientes, como el caso Tevez y su infracción a Ham en el partido Boca-Argentinos; o viejos como la brutal agresión de Sessa -en ese momento arquero de Vélez- al jugador Rodrigo

Palacios jugando en Boca, o la patada violenta de Camoranesi al Dr. Pizzo, que lo apartó definitivamente de la práctica profesional del fútbol con la consecuente demanda por daños y perjuicios que ya cuenta con sentencia en la Corte de la Provincia de Buenos Aires. O en el plano internacional; de lo más novedoso se puede citar el fallo de la Corte de Manchester del 24 de septiembre del 2015, que condenó a un año de prisión a Nathanel Kerr por romperle el tobillo en dos partes y llamarlo “debilucho” al jugador Stuart Parson. Esto ocurrió en el partido Emigration FC vs. AFS Gold Cup en agosto del 2014.² Quiero decir que para nada comparto la pena de prisión, salvo que no pueda cobrarse una indemnización o que no pueda aplicarse otra sanción.

Otra mención vale para la lesión del golero del Málaga, que tuvo un desenlace fatal al ser fortuitamente lesionado por el delantero brasileño del Celta Baltazar; o la alevosa patada del holandés De Jong al español Xabi Alonso en el mundial de Sudáfrica.

Y si exploramos en otros deportes como el boxeo, observaríamos la lesión dolosa de Mike Tyson a Evander Holyfield, cuando le seccionó el lóbulo de su oreja en una pelea por el título del mundo. O el caso que siempre cito como ejemplo en mi cátedra sobre delitos deportivos y responsabilidad civil, recordando la película *One million dollar baby*, en la que se da la clara violación al reglamento y un perfecto delito. Me refiero a un pasaje del film en el que suena la campana, termina la pelea, la protagonista levanta sus brazos adelantando su victoria y recibe de atrás un artero golpe de su contrincante que la lleva a la muerte. Quiero insistir en este pragmatismo que rompe con las teorías que quieren negar la existencia del delito deportivo, como la de la adecuación social, la del riesgo asumido, la de la costumbre, todas reafirmando que el deportista asume un riesgo al aceptar formar parte de la contienda deportiva. Es cierto, pero para nada el atleta acepta el riesgo de la posible violación dolosa al reglamento que pueda provocarle una lesión grave o letal. En el caso del ejemplo del film, como de cualquier match de box si el golpe que podría causarle la muerte a uno de los boxeadores habría sido dentro del reglamento, no estaríamos hablando de homicidio, o en el caso que fuera una lesión. Tal vez se asemejaría a la

2. Fallo de la Corte de la Ciudad de Manchester, 24 de septiembre de 2015: Nathaniel Kerr s/ Lesiones Graves. NBC Mundo 2-10-15.

situación del caso fortuito con seguridad. Tampoco puede ser aceptada la del principio del *non bis in idem*, acusando que el deportista ya recibe una sanción administrativa de un tribunal disciplinario y que no debiera ser sancionado penalmente por una doble imposición sancionatoria. Respecto a lo último, el Dr. José Manuel Ríos Corbacho sostiene: “... En la doctrina se ha justificado dicha aseveración al explicar que la acumulación de una pena y una sanción administrativa viene determinada porque en la agresión la sanción penal protege la integridad física del sujeto pasivo, mientras que el ámbito administrativo protege el buen orden deportivo...”³

Se observa que se trata de dos bienes jurídicos distintos al cual se debe proteger. Es indudable que la prueba será el elemento fundamental que definirá si la actuación del deportista lesionante ocurrió fuera del reglamento, y agravándose si se pudiera probar la clara intención de dañar. Afirma el español De Vicente Martínez,⁴ siguiendo la teoría alemana de Gefer-Wondrich,⁵ en contra de las teorías impunitas -arriba mencionadas-, que cuando la lesión causada en el juego sea dolosa por la concreta acción del agente para lograr la victoria, y el efecto sea proporcionado a la voluntad lesiva, el autor de la misma será castigado como reo de lesiones dolosas. A su vez, menciona Del Vecchio que si las lesiones o muertes tienen lugar a consecuencia de caso fortuito, el agente está exento de pena, de lo contrario responderá por ellas por dolo o culpa.⁶

Concluye el Dr. Ríos Corbacho -profesor de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz- que el Derecho Penal no se debe quedar a las puertas de un Estadio; asevera que mientras con la sanción administrativa se protege “el correcto orden deportivo”, el derecho penal se preocupa por la integridad física del atleta lesionado. Admite que es necesario acudir a la frontera de la *lex artis*; de tal modo, que cuando un deportista posea *animus laendi* o la consabida intención de lesionar, deberá ser castigado por la vía penal. De modo que cuando la conducta es dolosa, en suma

3. Ríos Corbacho, José Manuel, “La incidencia del Derecho Penal en las Lesiones Deportivas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 13-10, 2011, pp. 10-20.

4. De Vicente Martínez, R., *Revista Derecho Penal del Deporte*, Barcelona, 2010.

5. Gefer-Wondrich, “*Imputabilità nelle lesioni cagionatein giouchi sportivi*”, *Revista Penale*, Vol. CVI (1927).

6. Del Vecchio, G. “*Il delittosportivo*”, *Il Pensiero Giuridico Penale*, fascículo 3, septiembre de 1929.

consciente y voluntaria, se cumplen los requisitos objetivos de lesiones, siempre que sea ajena a las circunstancias del juego; a estas, en el plano deportivo, se le debe aplicar la legislación penal.⁷

Volviendo a nuestro país, dice el Dr. Pizzo en su tesis doctoral, con buen criterio, con respecto a las tesis justificativas: "... Es que reconociendo el modelo dogmático como única fuente a la ley, el deslinde entre lo justo y lo injusto estaba claramente determinado por las normas de juego contenidas en los reglamentos deportivos, la violación a la norma administrativa implicaba un exceso que abarcaba todas las causas justificativas del artículo 34 del Código Penal y por ello conforme al artículo 35 del código sustantivo se autorizaba el castigo del culpable con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia..."⁸

Hoy más que nunca, cuando estamos volviendo a aplicar el derecho de lo justo casi olvidándonos del dogmatismo de la norma, retornando a un Derecho natural a través del Derecho Convencional que pondera valores y principios como el *Pro Persona*, que es bueno tenerlo en cuenta para las víctimas de estos delitos que se desprenden de algo tan sano como es el deporte.

Volveré sobre este tema al final analizando algunos fallos. A continuación, quiero referirme a otros delitos deportivos como los que genera el dopaje, la discriminación y los que atentan contra el fisco. Casos que nos trae la doctrina internacional, que en nuestro país aún no existen dentro del plano deportivo, pero que pueden llegar a configurarse en un futuro no muy lejano como el espionaje, el robo de patentes, o las cuestiones de las apuestas deportivas.

3. EL DOPAJE

Desde fines del siglo XX y principios de este, los casos de dopaje en el deporte han sido en Europa portada de los principales medios de comunicación por la relevancia social que han tenido. El alcance de los escándalos ha sido de tal magnitud que diferentes Estados han decidido

7. Ríos Corbacho, José Manuel, "La incidencia del Derecho Penal en las Lesiones Deportivas", *op. cit.*, pp. 10-20.

8. Tesis Dr. Pizzo. Materia de la Carrera de Diplomatura de Derecho Deportivo, Universidad Austral, 2014.

castigar tales prácticas, como las del Tour de Francia -entre otras- con el Código Penal. Es indudable que la salud del deportista es el objetivo principal en lo que respecta al tema del dopaje. Sin embargo, la doctrina europea considera que no es el único bien jurídico que puede ser afectado, también puede dañarse el honor, el patrimonio o la libre competencia.⁹

El delito puede manifestarse de dos maneras. En el autodopaje, o bien cuando un tercero -sea persona física o jurídica- le suministre las sustancias prohibidas. Encuentra el profesor Valls en este tema también el posible delito de estafa con respecto al espectador, en el supuesto caso que pudiera probarse el nexo causal de que el organizador de la competencia conociera de la situación del atleta que obró fuera de la ley. Pero no es esto lo más grave, sino las consecuencias que lleva el tomar esas drogas prohibidas, ya que podrían llevar al atleta a tener lesiones severas, cuando no la muerte. En el caso del autodopaje, el bien jurídico es el de libre disposición del mismo, diferente sería cuando hay un tercero que lo suministre configurando el delito de lesiones u homicidio imprudente o doloso.

En cuanto a legislación penal en *doping*, Francia fue el país de avanzada a fines de la década de los '90, mientras que los italianos también la tuvieron y, a diferencia de los galos, fundamentaban no en el tema de la salud pública sino en el fraude de la competencia.

En nuestro país existe la Ley N° 26912, que establece las pautas sobre el *doping* en el deporte y prevé sanciones de carácter administrativo aplicadas por un tribunal arbitral. Estas son suspensiones a la práctica del deporte, siendo la más grave la suspensión de por vida que se le otorga al atleta en casos de reincidencia, o bien a quien le suministró la droga prohibida, pero no tenemos -como los países europeos- una legislación clara y contundente de aplicación del derecho penal en este segmento que relacione al dopaje con el deporte.

Lo novedoso de esta historia del dopaje deportivo en nuestro país, ocurrido en noviembre del año 2015, fue el lamentable revés que recibió el deporte argentino en su faz institucional, cuando la AMA (Agencia Mundial Antidoping), advirtió al Estado nacional por no cumplir con la totalidad del código mundial antidoping del cual es signatario y

9. Suárez López, J. M., "El Dopaje ante el Derecho Penal", *El Derecho Deportivo en España 1975-2005*, p. 684.

que rige todo lo que debe penalizar en el accionar delictivo de los atletas que consumen sustancias prohibidas. Este código es el documento fundamental en el que se basa el programa antidopaje de la AMA; fue aceptado por unanimidad el 5 de marzo de 2003 por la mayoría de las organizaciones deportivas, gobiernos y agencias nacionales antidopajes, durante la Conferencia Mundial del Dopaje en el Deporte que se celebró en Dinamarca. Fueron claras las autoridades internacionales en mostrar dos aspectos claves para esta crítica y sanción a nuestro país; la primera, la utilización de un laboratorio (el del CENARD), no acreditado por AMA para tomar muestras, y la poca profesionalidad con la que la Comisión Nacional Antidoping, rozando la desprolijidad, cumple, o mejor dicho incumple, la Ley N° 24819 y la 26912. Por ahora, los laboratorios argentinos están descartados y todas las muestras deben ser enviadas a otros países para realizarse.

Realmente, un verdadero papelón para un país que respira deporte, que transpira deporte de alto nivel.

Lo que nos deja este tema también es un planteo muy serio, dialogando con colegas, ¿qué ocurrirá con los análisis realizados por este ineficaz laboratorio?, ¿esa prueba objetiva tiene validez?, ¿o es realmente nula y de nulidad absoluta? Por lo que las sanciones a partir de esos resultados caerían con efecto dominó. Los abogados advertirán que las muestras de estos laboratorios no contienen las pautas mínimas exigidas por AMA y, por lo tanto, no son válidos y por consecuencia las sanciones que de ellos se disparen.

Un caso similar nos remonta a la suspensión de la Federación de atletismo rusa por un informe de la AMA. Y otro ítem para tener en cuenta, que Buenos Aires será sede de los JJOO juveniles en el 2020, y para eso en el tenor de la organización de esta clase de eventos se podría decir que ya no falta nada. Un buen consejo a la dirigencia y a los políticos sería la de ocuparse y preocuparse por las consecuencias que ha dejado este lamentable hecho a nivel internacional y por la gran responsabilidad que se nos viene de organizar tamaño evento del deporte universal.

A propósito de este tema, quisiera recalcar, y vale como ejemplo, del año 2015 el caso del jugador de Racing, Brian Fernández. El delantero del equipo albiceleste fue suspendido por ingerir drogas sociales. AFA lo sancionó con tres meses de suspensión, mientras que FIFA le aplicó una dura pena de dos años. La pena de FIFA fue apelada al TAS

en Suiza y se espera su desenlace, aunque el jugador, gracias a una acción de amparo, fue autorizado a jugar por la justicia ordinaria.

Confrontamos aquí dos competencias. Mientras en la Argentina rigen dos fallos de la CSJN, como Bazterrica y Arriola que, basándose en el artículo 19 de la CN, dejarían a Fernández libre de culpa y cargo, el tribunal de disciplina del deporte lo sanciona. Encontramos una contradicción clara. En mi opinión, para nada me convence el fallo del alto tribunal -con todo respeto- puesto que prioriza la libertad por sobre la salud y la vida de una persona, y así es como lo entienden los estados europeos cuando justifican la aplicación del derecho penal en esta materia.

Por otro lado, estamos precisamente en estos momentos en nuestro país en los albores de tener una ley que recupere a los niños de la droga y fomite en ellos el deporte. Se trata de un programa similar al que, con gran éxito, se experimentó en España obteniendo grandes resultados en 20 años: logros como el de ser campeón del mundo en el fútbol, el básquet, tener un número uno en el tenis y en la Fórmula 1, y destacarse en otros deportes.

Para nada estoy de acuerdo con la aplicación de una sanción dura como la de FIFA a Fernández. Ante esto, AFA interpuso una acción de amparo ante el juzgado Nacional 66 Laboral, del Dr. Julio Grisolia.

Es muy importante sumar parte de ese fallo de este destacadísimo magistrado, *“...Respecto específicamente al peligro en la demora, la situación que emerge del análisis precautorio permite sostener que se encuentra involucrada tanto la posibilidad de trabajar del actor Brian Fernández, como también el derecho a proseguir con su carrera deportiva”*.

La jurisprudencia del fuero se ha expedido en diversas ocasiones respecto a las peticiones precautorias privilegiando el derecho a trabajar del futbolista, máxime atendiendo a las particularidades de la actividad, en la que “el alejamiento puede afectar la carrera del jugador en un esquema de ceñida vida útil por la naturaleza de la tarea” (Dictamen N° 31913 del 29/06/2001 en autos “Brandan, Antonio Reinaldo y Cansinos, Jesús Felicidad en rep. de su hijo menor Brandan, Pablo Daniel c/ AFA Asociación del Fútbol Argentino s/ acción de amparo”, y reiterado en Dictamen N° 53962 del 31/10/2011 en autos “Alba, Miguel Ángel c/ Asociación del Fútbol Argentino AFA y otro s/ acción de amparo” Expte. N° 30673/2011 del registro de la Sala VII CNAT).

Por ejemplo, en el dictamen del Fiscal General en “Di Carlo, Fernando c/ AFA s/ amparo” (N° 32449 26/9/2001, Expte. N° 1680/01, Sala III CNAT), se hace referencia a que el derecho a trabajar, de rango constitucional innegable, debe ser tutelado de una manera muy especial, porque se trata de un medio de vida, de su forma de realización personal y de una actividad, el deporte profesional, que cuenta con una duración efímera, por las exigencias físicas, y en la cual es muy trascendente competir para “mantenerse y no ser olvidado”. Este es el espíritu que se infiere del artículo 4 de la LCT, y tal vez percibiéramos de una manera más diáfana la procedencia de la acción si tuviéramos presente que estamos ante un trabajador de restringida vida útil. La eventual colisión de intereses debe ser resuelta haciendo prevalecer el derecho a trabajar.

“Justamente, el derecho al trabajo es una de las bases sobre las que se asienta jurídicamente nuestra sociedad democrática, e incluye -entre otros- el derecho al reconocimiento de la formación profesional y la seguridad e higiene en el trabajo, constituyendo así la estructura de las relaciones laborales desde el punto de vista constitucional. Se trata de un derecho dinámico, que comprende no sólo el reconocimiento formal de derechos, sino también su realización efectiva. Así, el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, supone también el derecho a un puesto de trabajo...”. Parte del Fallo Brian Fernández Amparo.

Es imposible estar en desacuerdo con este fallo, que permitió que el jugador pudiese desempeñar su trabajo como debiera legalmente. Porque, de lo contrario, sería como terminar con la carrera del jugador y atentar contra su patrimonio; pero sí entiendo que debe ser acreedor a una sanción penal, tal vez una multa o un trabajo comunitario, etcétera. Esto porque debemos darnos cuenta de que estamos hablando de un atleta de alto rendimiento, o un jugador profesional, que debe conocer sus responsabilidades. Además, representa a una institución y se proyecta como modelo para los jugadores de las divisiones inferiores.

Este es un vacío que habrá que llenar seguramente con una legislación, como también acertadamente con la creación de un órgano jurisdiccional especializado en la parte jurídica del deporte, más precisamente la justicia deportiva, reclamada en varias oportunidades por la doctrina, ya sea como un Tribunal Arbitral o jurisdiccional, aunque creo que con más posibilidades el primero, dependiendo de los organismos ministeriales de Justicia y deportes a nivel nacional que atiendan los conflictos jurídicos que se den en consecuencias del deporte y por el

deporte en competencias nacionales, en áreas de derecho civil, comercial, laboral, correccional, y ser a la vez apelación de las sanciones disciplinarias administrativas, como también órgano de apelación de hechos acaecidos y tratados en las provincias, tratadas previamente por órganos administrativos dependientes de las secretarías de deporte.

4. LA DISCRIMINACIÓN - DELITOS CONTRA EL HONOR

La discriminación atenta contra el principio de igualdad que cita nuestra CN en su artículo 16. Pero también con la reforma del '94 se ha hecho hincapié en la trascendencia de los tratados internacionales recogidos con rango constitucional en el artículo 75, inciso 22, de nuestra Ley Suprema. La Corte se ha expresado “... *La Igualdad ante la ley surge del art. 16 de la Constitución Nacional; de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II); de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art.7); de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 24); del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.26); de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (art.15)(voto del Dr. Santiago Petracchi). Las Pautas Sociales que pudieron sustentar en otras épocas el acceso exclusivo de alumnos varones al Colegio Montserrat hoy perdieron vigencia y no se advierte la existencia de razón valedera alguna que justifique actualmente que dicho establecimiento imparta educación sólo a varones. (Voto del Dr. Adolfo Vázquez)*”.

González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba (10) 19-09-2000.

4.1. Expte. N° 120.963/99: “Bella, Elvira c/ Federación Argentina de Tiro s/ Daños y Perjuicios”, CNCIV- SALA D 19-08 2005

Este fallo se refiere a un típico caso de discriminación por sexo. Una atleta que participa en un campeonato argentino, en una categoría donde es la única mujer, gana y se le niega el premio. Quedó acreditado que la actora participó en el 54° Campeonato Nacional de Tiro en 1996 y que obtuvo el más alto puntaje, ganando la competencia.

La defensa esgrimida fue que al ser la única mujer en una competencia de varones *senior*, se la dejaba competir sólo para no frustrarla, pero que se le explicó que no tenía valor su competencia. La actora

planteó un amparo, con lo que pudo adquirir la medalla además de los reclamos por daño moral y daño psicológico.

4.2. Peralta, David c/ Club Hípico Argentino y otros s/ Daños y Perjuicios

La Cámara Civil señaló que se trata de un caso de discriminación, porque la entidad no le permitió practicar equitación como socio, aunque meses antes sí pudo entrenar en las instalaciones del club. El tribunal recordó que el país suscribió a la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

El caso se remonta a 2004, cuando el actor quiso asociarse al Club Hípico Argentino pero luego de una serie de deliberaciones, la entidad le negó el ingreso por razones de seguridad en virtud de su ceguera. El actor criticó la actitud del club porque entre agosto y diciembre de 2003 fue admitido en la Escuela de Equitación de la entidad para practicar adiestramiento en vistas de los Segundos Juegos Parapanamericanos que se realizaron a fin de ese año en Mar del Plata.

“Llama la atención, pues resulta al menos contradictorio, que si pudo el actor practicar adiestramiento en la Escuela de Equitación, en vistas a una competencia próxima, no pudiera hacerlo más tarde como asociado al CHA” (Club Hípico Argentino), observaron los magistrados. Los jueces fijaron una indemnización de 40 mil pesos más intereses.

4.3. Fallo Nicholas Knapp c/ Universidad de North Western

Este caso fue comentado para la Sociedad de Cardiología Argentina, junto al Dr. Claudio Ramos Feijóo. Un caso muy interesante, ya que puede tener las aristas de estar de acuerdo con los dos fallos emitidos: “Nicholas Knapp era un jugador de baloncesto de la Universidad de North Western, él padecía una cardiopatía severa por la que había sido atendido de urgencia en oportunidades de entrenamientos y juegos. Ante la decisión de la Universidad de separarlo del plantel por sus problemas de salud, el atleta presenta una acción por sentirse discriminado, solicitando se le permita jugar en el equipo de la universidad y ser asistido en los entrenamientos y partidos por una Unidad coronaria y un médico especialista que lo atendiera. En primera instancia el juez acepta la

demanda y reconoce el derecho del atleta a no ser discriminado otorgándole su petición; la universidad no tarda en apelar el fallo y encuentra en los dos escaños superiores fallos confirmados revocando el decisorio de primera instancia, negando la petición de Knapp y advirtiendo que para nada se debía considerar un acto discriminatorio, cuando lo que la universidad estaba realizando era cuidarlo, y a la vez entiende este fallo que en todo caso se estaría en presencia de una discriminación inversa, ya que se verían postergados los miles de estudiantes sanos que podrían ocupar su lugar sin que la universidad realizara enormes gastos. Un caso para la discusión sin duda; lo lógico parecería estar de acuerdo con los fallos de la Cámara y de la Corte del Estado, pero también opiniones de doctrinarios que defienden a ultranza los Derechos Humanos entienden que la discriminación a una persona con discapacidad había sido resuelta conforme a derecho por el primer iudicante”.

Para finalizar con el tema de la discriminación, es importante recalcar la cuestión de la xenofobia, un verdadero problema en Europa como en América Latina. Recordemos la denuncia de la embajada de Bolivia ante la justicia argentina por los gritos proferidos por la hinchada de Independiente en el juego contra Boca, en el que también se arrojaron las conocidas “bolas de fraile”. Tanto ese caso como el de John Terry, el capitán de Inglaterra que fue denunciado por decirle a un contrario “jodido negro de m...”, no tuvieron eco en la justicia ya que fueron para los jueces difíciles de probar. En lo que respecta al juez federal argentino, consideró que los gritos de los hinchas no provocaban una ruptura de las garantías otorgadas por la CN; mientras que el juez inglés entendió que los dichos del capitán Terry no fueron en tono de insulto sino de desafío.

Realmente, es cada vez mayor este flagelo en el deporte y considero que no se le está dando la importancia debida, ya que a partir de un insulto pueden generarse actos más graves. Un ejemplo muy claro es el Caso Zidane - Materassi en la final Francia-Italia en el Mundial Alemania 2006. Zidane reacciona con un cabezazo al italiano por un insulto de este a la hermana del francés.

Muy relacionado a estos casos mencionaré algunos fallos que se dieron por injurias en los medios de comunicación, recordando que estos delitos fueron excluidos del Código Penal en temas de interés público tras la sanción de la Corte Interamericana al Estado argentino en el “Fallo Kimel”. No obstante, se han dado fallos de demandas a periodistas

deportivos y figuras del deporte, entre los que podemos citar “Javier Castrilli c/ Closs Mariano, y Outerelo Norberto c/ Closs Mariano, Sánchez Ángel c/ Maradona, Diego. Todos por daños y perjuicios.

El tema de los medios de comunicación en el deporte ha sido motivo de demandas a periodistas deportivos, muchas veces por no usar correctamente el vocabulario o bien por excederse en comentarios ajenos a la actuación de los demandantes, involucrando otros temas que nada tenían que ver con el juego.

5. ROBO DE PATENTES - ESPIONAJE - APUESTAS

Sólo dos líneas para estos delitos, que el Profesor Valls comenta como delitos modernos; el caso del espionaje o robo de información tecnológica o patentes se observa en la Fórmula 1 entre las escuderías; podría ser considerado delito contra la propiedad intelectual e industrial, es decir el bien jurídico protegido es la patente. Las escuderías invierten fortunas en conseguir avances tecnológicos con respecto a sus adversarios, que les permite obtener contratos de sponsorship bastante jugosos.¹⁰

El delito de corrupción deportiva o de fraude deportivo en virtud de las apuestas, en la reforma del Código Penal español, ya se lo considera, y no tardaremos en tener este problema en nuestro deporte argentino. Estas referencias nos deja la reforma del Código Penal en España, comenta el Dr. Juan Sánchez en IUSSPORT (11) “...Se ha hablado y mucho respecto del delito de corrupción deportiva tipificado en el artículo 286.4 bis (vigente hasta el uno de julio de 2015) de nuestro Código Penal, en el que se establece el delito de ‘corrupción deportiva o fraude deportivo’”. Dicho artículo establece:

“ ... Que lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de esta, así como a los deportistas, árbitros o jueces de aquellas conductas que tengan por finalidad pre-

10. Miró Llinares, F., *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, España, Editorial Dykinson, 2003, p. 208.

determinar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales”.

Dicho esto, debemos tener en cuenta que diferentes entidades representativas de nuestro fútbol, y entre ellas destacar la LFP, propusieron en su día que en el caso de abordar una reforma en el Código Penal, se incorporase un tipo más abierto y de esta forma abarcar conductas que se produjesen en competiciones no profesionales o incluso en encuentros disputados por selecciones o partidos amistosos, y de esta forma poder abarcar unos hechos que el Código Penal vigente no recoge.

Pues bien, en la reciente reforma del Código Penal nos encontramos con una serie de cambios susceptibles de abordar, ya que el “delito de corrupción deportiva” quedará tipificado de la siguiente forma. Así, el primer párrafo del 286.4 bis hace alusión a que “....este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de esta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva”.

Además, se ha introducido un nuevo artículo 286 quáter, el cual en su apartado 4 introduce, en el apartado a), que los hechos se considerarán de especial gravedad cuando “tengan por finalidad influir en el desarrollo de juegos de azar o apuesta”. Por lo tanto, y ya era hora, se castigará este tipo de infracciones a aquellos activos que tengan como fin predeeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva, ya sea de especial relevancia económica o deportiva, mediante las apuestas fraudulentas.

En nuestro país sólo está legitimada para las cuestiones de apuestas deportivas, Lotería Nacional SE a través del PRODE; un fallo del año 2011 sentó un importante precedente: Bwin Argentina SA pretendía explotar el juego en todo el país con la concesión y control del IPLyC de Misiones. En un categórico fallo que sienta precedente, la justicia respaldó el accionar de Lotería Nacional SE y cargó las costas a la empresa transnacional y al organismo misionero, la Justicia Federal ratificó la constitucionalidad del accionar de Lotería Nacional SE en la administración y

explotación de la oferta de apuestas de pronósticos deportivos en jurisdicción federal por todos los canales de comercialización disponibles, de acuerdo a la Ley N° 25295 de Pronósticos Deportivos (PRODE).

Ha sido de notoria repercusión al respecto del delito de corrupción deportiva lo sucedido en FIFA en estos últimos meses. Delitos que requieren, sin duda, del coraje de los fiscales de investigar a fondo el actuar de la dirigencia de las instituciones, muchas veces vinculadas a actos fraudulentos en connivencia con las barras bravas, produciéndose verdaderas asociaciones ilícitas.

6. DELITOS TRIBUTARIOS

Los deportistas deben tributar como todo ciudadano, especialmente por sus ganancias realizadas en el país, no así en el extranjero aquellos que allí desarrollen su trabajo, ya que rige la prohibición de la doble imposición. Abonan sus impuestos por sus bienes y por las ganancias obtenidas por sus contratos de trabajo como por las transferencias realizadas.

Juzgado Nac. 1ª Instancia en lo Penal Tributario – “Higuaín, Gonzalo s/Infracción Ley N° 24769” - 8 de julio de 2014: *“el Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Penal Tributario sobreseyó por inexistencia de delito a un jugador de fútbol profesional que fue acusado en orden al delito de evasión tributaria simple, en el marco de una investigación en la que se le imputó haber omitido presentar la declaración jurada de las ganancias derivadas de un contrato de transferencia, ya que la maniobra reprochada no reúne todos los elementos objetivos requeridos por el art. 1 de la Ley N° 24769, en tanto la simple omisión de la presentación de las declaraciones juradas no configura ardid alguno, y a su vez, la determinación de oficio practicada respecto del contribuyente no sólo no arrojó una suma supuestamente evadida que supere el monto mínimo previsto en dicha norma, para el tributo y el ejercicio anual en trato, sino que da cuenta de la existencia de un saldo a favor del contribuyente, máxime cuando el hecho por el cual el organismo recaudador querelló al jugador, ya fue esclarecido en sede administrativa demostrándose la ajenidad del acusado”*.

Este fue un caso donde Gonzalo Higuaín adujo ser menor de edad y desconocer en el manejo de su transferencia al Real Madrid, y fue

sobreseído. Esta transferencia había estado en la lupa del periodismo como de la AFIP, por el real monto en el que se efectivizó la operación. Otro rubro por el cual también tributan los deportistas es por los jugosos contratos de publicidad que realizan siempre que sean firmados en nuestro país. El más conocido de los ardid para evadir impuestos en nuestro país son las famosas triangulaciones, donde las operaciones se concretan fuera del país, con clubes de países fiscales donde el jugador nunca juega para de ahí ser transferido al destino final, y así se evita pagar los porcentajes impositivos por un negocio millonario, más las comisiones de los agentes, y los correspondientes beneficios de los derechos económicos de los terceros inversores, como también permitir el lavado de dinero. Las maniobras también conocidas, por las que en acuerdos espurios los clubes acordaban dejar libre al jugador y ficharlo en el otro sin concretar el pase, así se evitaban las operaciones de venta y con ello no pagar los impuestos. Un tema que daría muchas líneas para escribir es el de los delitos impositivos y el lavado de dinero en un negocio que está en los primeros lugares del mundo como es el fútbol.

AFIP intentó solucionar estos problemas a través de las resoluciones 3374, 3376, 3432. La primera, sobre todo, y las otras dos con menos incidencia, son un mensaje de AFIP a FIFA, detrás de la promesa hecha por Blatter de implementar un sistema que le permita al fisco nacional conocer los montos y modalidades de las transferencias internacionales de los jugadores de fútbol.

7. VIOLENCIA EN EL DEPORTE

La violencia en el deporte y aclaro, no sólo en el fútbol, a pesar de que el 95% de los hechos provienen del deporte más popular, se materializa de diferentes maneras:

- a) Entre espectadores, fallo “Diprisco”,¹¹ “Mosca”.
- b) Entre la policía y los espectadores, fallo “Migoya”.
- c) Entre los atletas, fallo “Pizzo”, “Coulliard”, Fallo “Bustamante”.
- d) Entre los atletas y los espectadores.

11. Fallo CSJN 24-3-94: “Diprisco Rossana c/ G.E.L.P.”.

e) Entre la policía y los atletas, fallo “Azcurra”.¹²

Estos son fallos, entre varios más, con que cuenta la jurisprudencia argentina más la jurisprudencia internacional sobre este tipo de delitos. Hace poco tuve la oportunidad de participar en un Congreso Internacional de Derecho y Fútbol, donde quedó claro cuál era el concepto que tiene FIFA en sancionar a través de sus tribunales a los clubes cuyos aficionados realizaban actos vandálicos y delictivos aun fuera de los estadios y aun cuando se trasladan de ciudades o países, aplicando duras multas. Mi comentario fue inmediato; se debe jugar constantemente sin público visitante, a lo que me respondieron, sólo 3 o 4 fechas luego escarmientan.

En nuestro país contamos con la Ley N° 23184, reformada por la Ley N° 24192 sobre el Régimen Penal y Contravencional para la prevención y represión de la violencia en los estadios deportivos, a la que la CSJN se refirió en varios de los fallos arriba mencionados. Antes de revisar estos y algunos otros fallos, es necesario destacar que la doctrina aplicada por la Corte en la relación del espectador que sufrió un daño, es aplicar la responsabilidad objetiva. Estos casos se incluyen dentro de una clara responsabilidad contractual, donde el principio de indemnidad es la figura notoria, sólo liberado en responsabilidad por el caso fortuito y la culpa de la víctima. Mientras que en la relación entre los atletas, es de neto corte subjetiva y donde observamos una responsabilidad aquiliana o extracontractual, hoy ya unificadas en el nuevo Código Civil y Comercial. Lo mismo ocurre en el accionar de la policía, donde puede comprobarse el descontrolado trabajo de las fuerzas de seguridad con idéntica responsabilidad jurídica manifestada entre los atletas. Entre la relación del atleta con el espectador, deberá fijarse el juez si realmente hubo intención o negligencia en el acto del atleta por el cual responderá este, de lo contrario encuadraría en el plano de la responsabilidad objetiva, donde allí siempre será culpable el organizador del evento con excepción de las dos causales supra mencionadas, por ejemplo el caso de un terremoto, de una bala perdida, o por culpa de la víctima, como casos donde un espectador fue atropellado por un auto de carrera por cruzarse en la pista, o el caso del hincha que cayó al foso de la cancha

12. Comentario del Dr. Juan Sánchez-Bote Corzo en la reforma del Código español s/ delitos de Corrupción. Revista *Iusports*, 1-4-15.

por intentar ingresar al campo de juego y se lesionó, o el luctuoso hecho de dos niños que intentaron saltar de una tribuna a otra y perdieron sus vidas, cuestiones que el sentido común ya nos hace dar cuenta de que hay una clara responsabilidad de la víctima en esos actos.

El primer fallo que comentaré: "... Diprisco, Rosana Miriam Edith c/ Gimnasia y Esgrima de La Plata s/ daños y perjuicios". Fue en un clásico platense, donde comenzó un tumulto, la actora decidió retirarse de la cancha y es alcanzada por un proyectil que la lesiona; el aquo rechaza la demanda por no encontrar pruebas que la damnificada estuviese en la cancha de GELP ya que carecía de la entrada. Más adelante, será la sala E de la Cámara Nacional la que revoca el fallo condenando a Gimnasia al pago de 27800 pesos. Esta sentencia se basa en el artículo 33 de la Ley N° 23184 donde habla de la solidaridad entre el club y la asociación organizadora del evento. La CSJN rechaza el planteo de inconstitucionalidad del artículo 33 de la Ley N° 23184, y se pronuncia ante el recurso extraordinario confirmando la sentencia de la cámara, el 24 de marzo de 1994, con el voto en disidencia del Dr. Nazareno. Principalmente, la violencia en el fútbol no es de estos tiempos; ya la mayor tragedia se remonta a muchos años atrás, por ello quiero mostrarles en esta síntesis los hechos más sobresalientes y sus respectivos fallos.

La historia nos remonta al 23 de junio de 1968, un clásico, River - Boca, que recuerda un cero a cero en el campo de juego y con algunas burlas entre Amadeo Carrizo y Ángel Clemente Rojas, pero lo triste pasaba en las tribunas, una avalancha hizo buscar la salida a un gran número de jóvenes, que fueron los más en la lista de víctimas fatales; por ello que tuvo que actuar un juzgado de menores. Varias fueron las causas que se adujen de aquella gran catástrofe de nuestro fútbol que enlutó sin duda a todo el deporte. Pero más aún porque no se encontraban culpables y la Justicia tardaba en llegar. Aquel primer episodio de dolor e injusticia que arrojó la historia de la violencia en nuestro fútbol fue la peor de todas sin duda, sólo creo superada aunque no haya sido en una cancha, pero sí en un espectáculo público, por la tragedia de Cromañón.

La puerta 12 se encontraba cerrada y en ese devenir de intentar subir y bajar y buscar salidas sumadas a lo que los testigos indicaron que habían sido víctimas de la represión de la policía montada, fueron las

causas de la muerte de estos 71 inocentes, insisto la mayoría jóvenes, con un promedio de 19 años.

El juez de la causa procesó con prisión preventiva al intendente de River y al capataz del club, y dispuso un embargo de 200 millones contra ellos y el club; luego la Cámara VI del crimen sobreseyó a ambos y la causa se quedó sin culpables. Los abogados de algunas víctimas ensayaron un Recurso de queja ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que durmió el sueño de los justos hasta que en 1969 decidieron desistir del recurso dejando los abogados este escrito para el recuerdo "...una justicia tardía ya nada repara y carece de sus atributos más precisos y esenciales...". En síntesis, una verdadera vergüenza, si bien la AFA y River lograron juntar una suma irrisoria para darles a algunos familiares de las víctimas a fines del '68, en el año 1971 la justicia condena a River y a la AFA a pagarle sólo a dos perseverantes de esta historia la suma de 140 mil pesos ley (14 millones moneda nacional), y nadie más reclamó.

Claro que el tiempo pasó y los casos fueron cambiando en la jurisprudencia argentina, para llegar al año 1988, 20 años después, si bien no se trató de una tragedia por la magnitud en el número de gente, pero sí pudo haberse llevado la vida de un jugador que estaba presto a ingresar al campo de juego a disputar un encuentro en la cancha de Instituto en el barrio de Alta Córdoba, en la capital cordobesa; era mayo y lo recuerdo tan bien pues yo me encontraba estudiando Derecho en la docta y ejercía el periodismo deportivo, sólo que ese domingo me tocó cubrir Racing de Córdoba/Rosario Central, y no fui a ver San Lorenzo/Instituto donde Claudio Zacarías fuera víctima de un hecho lamentable. Una bomba de estruendo rompe los vidrios de una claraboya del vestuario donde estaban cambiándose los jugadores azulgranados y un vidrio impacta debajo de la axila del jugador mencionado, cortándole la arteria y dejándolo al borde de la muerte. Un milagro salvó a Zacarías, que no pudo ser el mismo nunca más. La Justicia condenó al Club por la negligencia en el cuidado y falta de seguridad a pagarle al jugador Zacarías la suma de 460 mil pesos, pero lo que fue muy interesante, por lo que les contaré a continuación, fue el fallo de la Corte que contaba con jueces de la jerarquía de los Dres. Moliné, Belluscio, López, Bossert, Boggiano, el reciente fallecido Petracchi, quienes manifestaron en su fallo el 28 de abril de 1998, diez años después, "... La AFA NO ORGANIZA,

NI PARTICIPA DEL ESPECTÁCULO, NI EJERCE CONTROL DIRECTO SOBRE LOS ESPECTADORES...”; esta misma Corte que había liberado ya de responsabilidad a la provincia de Córdoba por el accionar negligente de la policía y que tuvo el voto disidente de su presidente, el Dr. Nazareno, como había sido también en “Diprisco”.

Se encontró, por otro lado, culpable a los barrasbravas de Instituto de este siniestro, suceso que gracias a Dios no terminó con una muerte.

Casi 10 años después, ya en marzo del 2007, la actual Corte Suprema de Justicia cambiaría el paradigma en el tema de la violencia en el fútbol en lo que fue y quedó como parámetro de la jurisprudencia de la Corte, aunque no compartida por varios jueces de las distintas salas de la Cámara. Estoy haciendo referencia al caso Mosca c/ AFA, Club Lanús, provincia de Buenos Aires.

Mosca era un remisero que el 30 de noviembre de 1996 había llevado a los periodistas de Clarín al partido que jugaban Lanús e Independiente; mientras esperaba a la salida de sus pasajeros, tras el gol que ponía al partido Independiente 2 / Lanús 1, los hinchas de este último iniciaron actos vandálicos arrojando objetos; uno de ellos, una piedra, dio en el ojo izquierdo de Arnaldo Mosca haciéndole perder la visión de ese ojo.

Relatados los hechos brevemente, el caso llegó al estrado superior de la Justicia argentina, y así el fallo de la Corte, con fecha 6 de marzo del 2007, marcó un antes y un después del Fallo Mosca para la violencia en el fútbol argentino, rompiendo con lo que había sido el fallo Zacarías.

El hecho pareció un partido apasionante con un gol en el último minuto, que definió el encuentro, ya que la Corte definió su fallo con un 4 a 3 peleado para hacer lugar a la demanda de Hugo Arnaldo Mosca contra la AFA y el club Lanús, y rechazar la demanda contra la provincia de Buenos Aires. Con los votos en disidencia de los Dres. Fayt, Petracchi y Argibay, se daba lugar a una nueva interpretación del más alto tribunal a este tema, donde la mayoría entendió que debían ser responsables los organizadores de los espectáculos públicos, y este caso se hizo mención a la Ley N° 23184 en su artículo 33 y su reforma de la 24192 en su artículo 51, leyes de violencia en el deporte, al Código Civil en su articulado del 1109 y el 1113, corriendo vista también a la Carta Magna en su artículo 42, en su clara referencia a la protección del consumidor.

Interpretó esta Corte que la responsabilidad no podía quedar limitada sólo al vínculo que permita la entrada pagada para ver un partido

en esa relación contractual, sino que también debía extenderse a quienes estuvieran en relación con el evento deportivo, para encontrar así esa relación causal entre el hecho y el daño. Considera la Corte brevemente que quienes se ven beneficiados con el evento deben responder ante los imponderables de este, salvo los eximentes que la ley marca en la culpa de la víctima o el caso fortuito.

Hace esta Corte un análisis sobre la AFA, entendiendo que rompe con la regla genérica de que una Asociación que encuadra a otras sólo tiene el deber de vigilar por ellas y no es responsable de sus actuaciones. Pero al observar que la AFA realiza los *fixture* de los torneos, y se beneficia económicamente con ellos, desvirtúa el carácter de solamente vigiladora para sostener que además participa en las decisiones del evento. Así es que crea este paradigma, que por supuesto molestó mucho en calle Viamonte, ya que hizo cosa juzgada, y que a partir de este *leading case*, en adelante se entendió siempre a la AFA relacionada como responsable solidaria en todos los casos de violencia en espectáculos que fueran organizados por ella.

Por otro lado, entiende el supremo tribunal que no hay responsabilidad directa de la policía en su accionar, y así rechaza la demanda perpetrada por Mosca contra la provincia de Buenos Aires, dejando solamente como condenados a la AFA y al club Lanús como verdaderos organizadores y beneficiarios del evento.

Cuestión que párrafo aparte la CSJN no realiza en el Fallo Migoya c/Provincia de Buenos Aires y otros...,¹³ donde la policía actúa agrediendo, y es en esa sentencia donde esta misma Corte mezcla la responsabilidad objetiva condenando contra Quilmes y la AFA al pago de una indemnización con idénticos fundamentos que en Mosca, y responsabiliza subjetivamente por el accionar de la policía que lesionó a un espectador (Carlos Alberto Migoya había recibido varios perdigones de la policía que había reprimido), a la provincia de Buenos Aires, jefa directa de la fuerza de seguridad (artículo 1113 del Código Civil), al pago también de una indemnización.

Volviendo a Mosca, el hombre del remís cobró 43 mil pesos de indemnización más intereses.

13. Fallo CSJN 20-12-2011: "Migoya, Carlos a. c/ Club Provincia de Bs. As. y otros s/ Daños y Perjuicios".

Pero lo más interesante de esto fue el cambio de pensamiento que fue teniendo nuestra justicia a lo largo de los años.

Estará en quien lea estas líneas tener su opinión sobre cuál decisión de todas le pareció la más justa, la más equitativa para sanar un triste engendro que parece difícil de combatir en nuestro querido fútbol argentino.

En mi humilde opinión, el fallo de Mosca y Migoya me parecen de un alto grado de sabiduría de nuestra Corte, al proteger no sólo al espectador sino a quienes se encuentren en el plano de la esfera que involucre al espectáculo deportivo, condenando a quienes se benefician con las ganancias del espectáculo deportivo a soportar las cargas de los problemas que de él se susciten.

Fallo Azcurra, Carlos c/Maldonado, Marcial s/ lesiones: ante los tumultos en un clásico mendocino San Martín vs. Godoy Cruz, el 11 de septiembre del 2005, el cabo Marcial Maldonado dispara un balazo de goma lesionando en su cuerpo al jugador de San Martín, Carlos Azcurra, lesión que le impidió continuar con su futuro como futbolista. El policía fue condenado en sede penal a tres años en suspenso y llegó a un arreglo extrajudicial en sede civil en un monto de 300 mil pesos ante una demanda por el doble contra la provincia de Mendoza, que responde por sus agentes de seguridad. Una enorme irresponsabilidad del policía y un retiro inesperado de un profesional del deporte. Uno de los hechos destacables que dejó este caso fue una orden que bajó del Poder Ejecutivo mendocino, que es que no se utilicen más armas en los estadios deportivos.

Las lesiones entre los participantes del juego están encuadradas en la responsabilidad extracontractual, como lo dijimos ya en otra oportunidad. La jurisprudencia tuvo, a través del Fallo Cotroneo en el año '82, un disparador para encontrar responsable al lesionado y al club al que pertenece de manera solidaria. Hay que aclarar que en ese caso se rechazó la demanda contra la AFA. Este fue un caso donde el jugador Cotroneo de Banfield es lesionado por el arquero de Alte. Brown con un rodillazo cuando la jugada había terminado, y como consecuencia grave a causa de ese golpe perdió un riñón. La Cámara se pronunció "... La AFA organiza los torneos oficiales, registra los jugadores de fútbol, impone sanciones disciplinarias a través del tribunal de penas, pero no es lógico alongar sus deberes hasta el afianzamiento de los actos ilícitos de los futbolistas, pues

no hay causalidad -de segundo grado- entre tales conductas y los poderes del ente rector del fútbol argentino. Aparte de ello, no se ha probado que el partido tuviera un desarrollo anormal, ni que el árbitro fuera un factor concausal en la producción del daño. El deber de responder por las lesiones deportivas tiene origen en los siguientes casos: a) cuando existe una acción 'excesiva' que viola grosera y abiertamente el reglamento del juego y b), cuando existe intención de provocar el resultado dañoso, sea durante el desarrollo del juego o bien cuando este se encuentre detenido”.

Estos hechos no sólo se dan en el plano del profesionalismo; hubo casos también en el fútbol *amateur* que propiciaron demandas que prosperaron en los tribunales ordinarios; uno de los más reconocidos fue “...Berman c/ Goldin s/daños y perjuicios”; fue uno de los primeros.

El caso más resonante fue “Pizzo c/ Camoranesi”,¹⁴ tal vez por la fama del demandado, jugador argentino campeón del mundo con Italia. Hechos: una violenta patada (plancha) sobre la rodilla izquierda del demandado que deja fuera de la continuidad del fútbol a Pizzo cuando estaba pronto a pasar de su club Alvarado de Mar del Plata a Racing Club de Avellaneda, lo que iba a tratarse de un gran ascenso en su carrera profesional. En julio del año 2012 este caso recibió sentencia confirmatoria de la Corte de la Provincia de Buenos Aires a la de la sentencia de la Sala 1 Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, donde hubo un voto minoritario del Dr. Méndez, el primer voto de los tres, rechazando la demanda, basándose en las teorías impunitas; afirmó: “... Son cosas que pasan en el fútbol...”, sosteniendo el riesgo que asume el futbolista cuando forma parte de un juego, entendiéndolo a este deporte como un juego violento, mientras que sus colegas sostuvieron que se trató de una grosera y alevosa acción del demandado contra el actor que justificaba una sentencia condenatoria.

Es claro que lo que debemos determinar aquí es dónde está la frontera, el límite de lo reglamentario y lo antirreglamentario y, en mi opinión, creo que está en observar la consecuencia, su relación con el hecho que le produjo ese desenlace, probar tanto ese factor de atribución con el daño y su relación causal, y comprobar la existencia de la culpa o el dolo. Es probable que pueda existir un hecho violento antirreglamentario sin una consecuencia grave, y viceversa; dos jugadores que

14. STJ Provincia de Buenos Aires, 11-07-12: “Pizzo c/ Camoranesi”.

traban lícitamente un balón y por un problema del terreno o por cuestiones de laxitud de ligamentos de un jugador pueda sufrir un daño enorme. Seguramente, en estos casos existirá la excepción por caso fortuito o culpa de la víctima.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación hace su aparición en este rubro en el fallo “Bustamante, José Guillermo c/ Unión Cordobesa de Rugby, UAR, club Taborin de Córdoba”.¹⁵ Los hechos: un menor de 17 años, B. J. G., jugaba para el club Taborin. En el choque contra el club La Tablada, los entrenadores deciden incluirlo en el puesto de *hooker* (primera línea pilar del medio), cuando su puesto era 3ra línea, debido a que faltaban jugadores, y así con él en ese puesto completaban los 13 para poder ingresar a la cancha. A los 5 minutos luego de un *scrum*, el joven cae desplomado con una lesión cervical que le produjo una cuadriplejía. En primera instancia, la jueza hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios, la que fue desestimada finalmente por el Superior Tribunal de Córdoba, aduciendo una contundente culpa de la víctima al haber aceptado jugar en ese puesto asumiendo las contingencias en este deporte que lleva su riesgo. El partido se jugó en el año 1994, y recién en el 2012 se expidió la CSJN con los votos de los Dres. Lorenzetti, Fayt, Nolasco, Zaffaroni y Maqueda; revocaron el fallo del alto tribunal cordobés y mandaron a dictar otro fallo condenando al Club Taborin, al árbitro (que no estaba demandado), a la Unión Cordobesa de Rugby y a la UAR. Se discutió la regla 20 del reglamento, ya que el árbitro debió haber hecho jugar el *scrum* simulado, cosa que no ocurrió y fue el origen de la lesión.

Ante el fundamento del tribunal cordobés, la Corte expresó “...No nos encontramos frente a un adulto que decide voluntariamente asumir el riesgo de jugar en una posición para la que no se encontraba debidamente entrenada a sabiendas de los riesgos que esto implicaba, sino que nos encontramos frente a un menor de 17 años de edad, que como tal debe recibir la adecuada protección de los adultos encargados de su cuidado”. Añadió el supremo nacional “... En este sentido, es dable señalar que, cuando se trata de un menor de edad, quien acepta los riesgos inherentes a la práctica deportiva no es el menor sino sus padres; y que, los riesgos aceptados por estos, se limitan a los que conocían o debían conocer de acuerdo a lo previsto por el Reglamento de la actividad deportiva. Ello

15. Fallo CSJN 21-11-2012: “Bustamante Sierra, Guillermo c/ Unión Cordobesa de Rugby y otros s/ Daños y Perjuicios”.

es así, ya que sólo siendo conscientes de las probabilidades del daño y su entidad podía existir de su parte una verdadera asunción del riesgo. En consecuencia, no es posible sostener que los padres del menor asumieron el riesgo de que no se aplicara la previsión reglamentaria que ordenaba realizar un 'scrum simulado' en los casos en los cuales los jugadores de la primera línea no se encontraban debidamente preparados". Agregó además: "...el hecho de tratarse de un partido disputado por menores de edad imponía tanto a los entrenadores como al árbitro la obligación de obrar con la debida diligencia para preservar la salud y la integridad física de aquellos, máxime cuando nos encontramos frente a un deporte de riesgo". Por otro lado, aseguró que es el referí quien debe aplicar imparcialmente todas las leyes del juego en cada partido. "La propia ley 20 del Reglamento de 1994 transcrita y no controvertida, tenía como finalidad principal establecer una protección especial para aquellos jugadores juveniles que se desempeñaren como pilares o 'hookers', ante el riesgo de sufrir una lesión de gravedad como consecuencia de la falta de entrenamiento para desempeñarse en esa posición..."

En ese marco, destacó el más alto órgano judicial que "...dadas las circunstancias señaladas, puede razonablemente entenderse que la existencia de la regla específica que obligaba al juez del encuentro a proteger la integridad física de los jugadores, sobre todo teniendo en cuenta que eran menores de edad, debió conducirlo a extremar las precauciones del caso... y extremando aún más la protección a los menores cuyo partido dirigía, debió hacer disputar los 'scrums' en forma simulada, decisión que pesaba sobre su rol..."

"Aun cuando pudiese entenderse que el tribunal a quo utilizó la aceptación voluntaria del jugador como un elemento para determinar la coexistencia de la culpa de la víctima, teniendo en cuenta el carácter de menor de edad del demandante al momento del hecho y la protección especial que el Reglamento establecía para la posición en la que se iba a desempeñar, la conducta del actor no fue la causa adecuada del daño para eximir de responsabilidad a quien estaba encargado de salvaguardar la integridad física de los jugadores, y hacer cumplir las reglas del deporte y, con ello, a quienes deban responder en forma refleja por su negligente actuar", agregó (cij.gov.ar). Opinión: En este caso, la CSJN vuelve a poner las cosas en su lugar, ante una barbaridad jurídica del STJ de Córdoba; es cierto que en ese año se realizaba la Reforma de la CN, pero ya nuestro país había suscripto el Pacto de San

José de Costa Rica, aunque también es cierto que de haber existido plenamente en ejercicio el artículo 75 inciso 22 para su aplicación y el Convenio Internacional del Niño y Adolescentes, esto es impensado que haya ocurrido en un fallo realizado por un alto tribunal que cuenta con grandes juristas. Inexplicable la opinión de los altos magistrados cordobeses. La Corte aplica responsabilidad objetiva con los elementos de “Mosca” para condenar a la UAR y a la UCR. Dos años más tarde, se cumplió con la ejecución de la sentencia, según me informaba el Dr. Orchansky, apoderado del atleta, quien actualmente es psicólogo y disertante sobre temas de *Coaching* y Liderazgo.

Antes de finalizar con dos grandes casos, uno es un procesamiento y otro una condena del Tribunal Oral, donde por primera vez se vivifica el delito de homicidio simple (artículo 79 CP) en el deporte, no quiero dejar pasar este tema, ya que se trata también de un hecho de responsabilidad objetiva originado en el fútbol americano en EE.UU., que lo ilustró en una nota del Diario La Nación el periodista Ezequiel Fernández Moores:

“Nadie se preocupaba por los golpes en la cabeza. Para eso estaban los cascos. Hasta que Bennet Omalú, neuropatólogo nigeriano de 34 años, examina en el año 2002 el cerebro de Mike Webster. El ídolo histórico de los Acereros de Pittsburg era un duro Salón de la Fama, de los que jugaban primero y se operaban después. Murió a los 50 años, con demencia, depresión y amnesia. Omalú descubrió que Webster sufrió una enfermedad desconocida, que él llamó CTE (encefalopatía traumática crónica), la degeneración progresiva del cerebro por los golpes en la cabeza. Webster, que no recordaba ni siquiera cómo alimentarse, había acumulado cerca de 25.000 golpes. Veía ‘pajaritos’ y volvía de inmediato a la cancha. Jamás le diagnosticaron conmoción cerebral. *Concussion*, así se llama la película que jaquea hoy a la liga más poderosa del deporte mundial, la *National Football League (NFL)*, una industria de 10.000 millones de dólares en demandas que llevó años. En abril pasado, la jueza Anita Brody, con acuerdo de las partes, estableció que la *NFL* deberá pagar mil millones de dólares en 65 años para indemnizar a jugadores dañados y promover estudios científicos. La denuncia incluyó casos como los de Jovan Belcher, que se mató en 2012 ante su entrenador y tras asesinar a su pareja, también él con CTE. Las víctimas de CTE deberán ser indemnizadas con 4 millones de dólares. Las de demencia, con 3 millones, y las de ELA (enfermedad lateral amiotrófica), con 5 millones. Unas

200 familias rechazaron el acuerdo y seguirán su juicio. Entre ellas, la de Junior Seau, uno de los jugadores más amado que se mató en 2012 con una Magnum, otra vez disparándose en el pecho para que examinaran su cerebro. Tenía 43 años. También era víctima de CTE. En los últimos años, la NFL donó millones en investigaciones independientes y efectuó cerca de cuarenta cambios reglamentarios a fin de evitar choques de cabezas. Las conmociones, afirman, se han reducido. Hubo 171 en 2012, 152 en 2013 y 123 en 2014.

Igual que la NFL, el descubrimiento de Omalú obligó también a otros deportes de contacto a cambiar sus reglamentos. El lunes pasado, la *National Hockey League (NHL)* suspendió por 41 partidos y multó con casi medio millón de dólares al jugador Raffi Torres por un golpe brutal en la cabeza de un rival en un partido de pretemporada”.

Opinión: no es para nada lo que muchos quieren ver en una industria del juicio, sino realmente la consideración de remediar un daño no percibido a tiempo y que a la vista es de temprana mortalidad, cuando no de serias lesiones neurológicas, y lo que ellas conllevan, que atentan con un principio de indemnidad y seguridad que debe tener todo deportista que practica en el alto rendimiento.

También abre para los médicos deportólogos, para los atletas, dirigentes deportivos, la iniciativa de interesarse en la prevención y el chequeo constante que deben tener los deportistas y sobre todos los que practican deportes de riesgo. Si bien este caso se manifestó en el fútbol americano, el rugby no está lejos, el boxeo lo mismo, y el fútbol un poco menos aún. Estar percatados de estos problemas es una luz de alerta. Hoy AFA ya está remodelando los estadios del ascenso, colocando colchonetas en las paredes finales y laterales para evitar otros casos más de golpes en la cabeza y posibles muertes (caso Ortega) o lesiones. Lo mismo hace el básquetbol, cuando coloca protección en las jirafas de los aros. Un tema para preocuparse y ocuparse.

8. DELITOS DE APREMIOS Y VEJACIONES EN CONCURSO IDEAL. LEY N° 24192

Cancha de Vélez Sarsfield. Hechos. Un hincha “A”, que pretende ingresar a la cancha ilegalmente sin abonar su entrada, es reducido por la policía; “A” era una persona robusta, se requiere de la presencia de al

menos 5 o 6 policías que luchan con él buscando colocarle las esposas y detenerlo; el hombre cae y se levanta tres veces hasta que queda derribado en la calle y muere a los instantes. Según los testigos, amigos de la víctima, afirman que vieron luchar a “A” con los policías, algunos manifestaron que fue víctima de puntapiés, golpes en la cabeza. La autopsia no certifica que los golpes hayan dañado órganos vitales, y que no fueron causa de la muerte los golpes que recibió en su feroz lucha con los hombres del orden. El fiscal pide homicidio culposo, artículo 84 del Código Penal. El Dr. Filosof interpreta que hubo apremios; el Dr. Pintos sumó vejaciones, y en disidencia votó el Dr. Luciani, con quien más me represento ya que la prueba documental no admite lesiones que se atribuyan como causa de la muerte, y entiende este iudicante que la policía obra por el inicio de “A” en el incidente que busca entrar a la cancha indebidamente, desobedeciendo a la policía, resistiéndose ante la autoridad. Lo que, tratándose de un hecho que de calificarlo como se lo resolvió, es de una clara responsabilidad subjetiva y sería responsable el Estado nacional por el actuar de la Policía Federal, cuestión que no será igual para los casos después de agosto de este año cuando se aplique la nueva ley de responsabilidad del Estado. Si haría una analogía con la responsabilidad objetiva y buscando la responsabilidad de Vélez y la AFA, me animaría a decir que más se acerca a una responsabilidad de la víctima, ya que fue el hincha “A” el que promovió todo el incidente por el que finalmente encontró su triste destino. El intento de ingresar indebidamente, resistirse a la autoridad, luchar con la policía y desafortunadamente encontrar la muerte. De lo contrario, siendo más fundamentalista y teniendo un estudio minucioso del expediente, y arriesgándonos a observar alguna relación causal con el desenlace y los actos de los policías, más que apremios o vejaciones coincidiríamos con el homicidio culposo solicitado por el fiscal. Este es un típico caso como en “Knapp”, en el que pueden darse las dos bibliotecas del Derecho.

9. HOMICIDIO SIMPLE. "COULLIARD, LUIS S/ HOMICIDIO SIMPLE"¹⁶

Antes que nada, quiero agradecer al Dr. Mosset Iturraspe que gentilmente me facilitó el expediente de este caso, que sirvió para la tesis de mi diplomatura en Derecho Deportivo en la Universidad Austral.

Hechos. En la Requisitoria fiscal de fs. 250/253, a L. C. se le imputa que el 9 de abril de 1983, a las 17.30 horas, en ocasión de un partido de Rugby entre el Rowing de Paraná y el CRY de Santa Fe, en cancha de los primeros, aplicó de atrás y en forma violenta un puntapié en la cabeza, zona occipital lado izquierdo, al jugador Cayetano Massi, del último equipo mencionado, que se encontraba caído en el suelo y sin posesión de la pelota. La víctima falleció el día 28 del mismo mes y año y se debió a la destrucción cerebral, "... sección del tronco cerebral post traumático" (Informe de autopsia). "Quiero agregar que los testigos que fueron muchos, incluso el técnico del equipo del agresor, gente del público, compañeros de la víctima y del agresor, y un testigo esencial fue el árbitro por su posición privilegiada en la cancha en el momento del suceso, declararon y advirtieron de la violencia con que había agredido el autor del hecho a la víctima. La defensa esgrimió como coartada el hecho que el padre de la víctima le había pedido que no jugara porque se sentía mal y que en el mismo partido C. M. había recibido un golpe. Por otro lado, quiso la defensa también romper el nexos causal debido a los días que pasaron entre el hecho y la muerte del jugador santafecino aduciendo culpas de un virus intrahospitalario como la real causa de la muerte. La prueba documental de la autopsia, más los numerosos testimonios claros, llevaron a los Dres. Calderón, Prati y Planas a coincidir en un fallo "de encontrar autor responsable a L. C. de delito de homicidio simple y condenar a la pena de 9 años de prisión más las accesorias legales, artículos 79, 12, 40, 41 del CP)". Los sentenciantes señalaron en sus dichos que no había dudas de que existía una relación causal en el accionar del condenado y el daño establecido, por lo que observaron que existía una clara violación al reglamento deportivo y que había existido una clara intención de dañar "...*El acto que cometió LC fue voluntario y necesario, debía saber que iba a ocasionar un daño*

16. Sala 1, Cámara Ira del Crimen de Paraná, 24-10-83: "Coulliard, Luis s/ Homicidio Simple".

en el cuerpo de la víctima ... Aunque no haya tenido el autor la intención de matar, se configura el dolo exigido por el artículo 79, si voluntariamente realizó un hecho que necesariamente debía ocasionar un daño en el cuerpo de la víctima. La intención tenida por el causante, además se deduce de las circunstancias del hecho y del medio empleado para cometerlo, que como ya he dicho era absolutamente idóneo para ocasionar el resultado muerte...”. Se cita como jurisprudencia un fallo de un homicidio calificado en la muerte de un hijo en manos de su padre boxeador por un golpe de puño y manifiestan como argumento del medio idóneo que el rugbier tiene un entrenamiento muy exigente con su cuerpo y el fortalecimiento de sus piernas las que son verdaderas armas a la hora de ser usadas como lo hizo el accionante. Por ello es que entiende la cámara 1ra sala 1 de Paraná el día 24 de octubre de 1983 (tiempo record de sentencia, menos de 6 meses) que existiendo esos elementos se encontraban con la figura del homicidio simple en hecho deportivo.

10. CONCLUSIONES

Sólo agregar que parece paradójico hablar de delitos, de violencia, de engaños en algo tan sano como es el deporte, pero el delito “es una acción típica antijurídica y culpable”, y el Derecho -según el gran jurista tucumano Carlos Cossio- es “conducta humana en su interferencia intersubjetiva”, y es a través de esas conductas que el hombre puede realizar las dos cosas independientemente: practicar un deporte o cometer un delito, o bien en un solo acto cometer lo que será considerado un delito en ocasión de un espectáculo deportivo cuando viole la ley, o en un acto antirreglamentario en la práctica de este, dañando a un tercero ya sea profesional o *amateur*, no deja de ser una conducta humana.

Estoy convencido -como lo expliqué arriba- que el delito deportivo es una realidad que rompe con las teorías enunciadas que tratan de justificar lo negativo, y a las pruebas nos remitimos con lo manifestado. Aunque quisiéramos que no sea así, y sólo sea una pesadilla, para seguir soñando con un deporte lleno de salud y buenas intenciones.

JURISPRUDENCIA

Espectáculos deportivos (Ley N° 24192). Robo y daños. Enfrentamiento entre barra bravas que se dirigían al estadio. Hechos cometidos con motivo o en ocasión de un espectáculo deportivo, en el ámbito de concurrencia, o en las inmediaciones, antes, durante o después de él. Clubes que no se enfrentaban en esa fecha. Artículos 1 y 5 (Ley N° 24192).

Fallo: (...) Por tales motivos, previo a la descripción fisonómica de las personas que habrían liderado el enfrentamiento, deberá practicarse un reconocimiento en fila de personas para que (...), o no, a las personas que habrían instigado, promocionado o facilitado la formación del grupo destinado a cometer alguno de los delitos previstos en el Capítulo 1 de la Ley N° 24192.

En ese sentido, no compartimos la apreciación de la defensa en cuanto a que no es de aplicación la Ley de Violencia en Espectáculos Deportivos (Ley N° 24192), ya que, por un lado, ambos choferes manifestaron que no hubo motivo para detenerse, y que frenaron por órdenes expresas de los líderes que iban en los colectivos, y por otro, (...) fue categórico al mencionar que se trató de un enfrentamiento recíproco, mas no de un ataque unilateral de los hinchas de “(...)”.

En esa inteligencia, deducimos que las personas que estaban al mando del grupo de “(...)”, al pasar por el “(...)”, y ante la posibilidad que se encuentren simpatizantes en su interior, decidieron protagonizar la violenta incidencia, por lo que la vinculación de lo acaecido con la Ley N° 24192, no se relaciona con el partido que iba a disputar ese día “(...)” en la ciudad de Tres Arroyos, Provincia de Buenos Aires, sino con el que se desarrollaría entre “(...)” y “(...)” en la cancha del primero.

En ese sentido, la adecuación al artículo 5 devendría posible bajo lo dispuesto en el artículo 1° puesto que en él se prevé que el régimen penal se aplicará cuando los hechos previstos, como en el caso de autos, se cometan con motivo o en ocasión de un espectáculo deportivo, sea en el ámbito de concurrencia pública en que se realizare o en sus inmediaciones antes, durante o después de él.

V. En consecuencia, habremos de revocar el punto I del auto obrante a fs. (...) en cuanto dispone los procesamientos de los (...) por expresa aplicación del art. 411 del C.P.P.N., todos ellos de demás condiciones personales obrantes en autos, y disponer falta de mérito para procesar o sobreseerlos en base al complejo de hecho traído a conocimiento.

(...). En consecuencia el tribunal RESUELVE: I. DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación interpuesto por el Dr. (...). II. REVOCAR el punto I del auto de fs. (...) vta. en cuanto fue materia de apelación, Y DECLARAR QUE NO EXISTE MÉRITO PARA PROCESAR O SOBRESEER a (...) todos ellos de demás condiciones obrantes en autos, en orden al hecho por el cual fueron formalmente indagados (art. 309 y 411 C.P.P.N.). III. DECLARAR abstracto el tratamiento del recurso de apelación interpuesto por la defensa oficial contra el punto IV del auto puesto en crisis. IV. DISPONER que se dé cumplimiento a lo ordenado en la presente. (...). (...) y otros. 24/08/09. c. 36.431. C. N. Crim. y Correc. Sala I.

Espectáculos deportivos (Ley N° 24192). Prevalcimiento de las primeras declaraciones testimoniales. Temor de la víctima a represalia del acusado. Distinción entre el atentado y resistencia a la autoridad. Confirmación. Revocación parcial de sobreseimiento de uno de los inculpados.

Hechos: Apela el fiscal los sobreseimientos de los imputados. Por su parte la defensa de uno de ellos apeló el procesamiento por lesiones leves, en concurso real con atentado a la autoridad, agravada por la participación de más de tres personas, todo ello, a su vez, agravado por haber sido perpetrado luego de celebrarse un espectáculo deportivo y en las inmediaciones del lugar.

Fallo: (...) los imputados (...) al ver al damnificado (...) se le abalanzaron y comenzaron a golpearlo en distintas partes del cuerpo (...) (...) le habrían sustraído a la víctima el teléfono celular que llevaba en su cintura.

(...) se resguardó tras el personal policial que allí se encontraba, momento en el que los imputados comenzaron a arrojarles piedras y otros elementos contundentes a los policías, provocando lesiones en alguno de ellos y daños en sus escudos protectores.

El representante de la vindicta pública apeló el sobreseimiento dictado en favor de (...) y (...) en orden a la sustracción del teléfono celular del damnificado (...).

(...) entiende el tribunal que la decisión (...) luce acertada. (...) si bien el damnificado manifestó ante el fiscal de la causa que los imputados se habrían apoderado de su celular mientras lo golpeaban (...) al ampliar su testimonio frente al juez instructor, declaró con claridad que si bien su teléfono desapareció, no puede afirmar si se lo robaron o si, simplemente, se le cayó al suelo como consecuencia de los golpes que recibió por parte de los acusados (...).

(...) La duda esbozada por la víctima -que ciertamente luce razonable- no puede constituir la base sobre la que se siente la imputación de un delito (...).

(...) el fiscal (...) apeló el sobreseimiento de (...) (lesiones, robo y resistencia o atentado a la autoridad).

(...) al supuesto robo del celular de (...), cabe efectuar la misma reflexión antes realizada respecto del resto de los imputados (...) el tribunal discrepa con lo decidido en relación a las restantes conductas que se le enrostran a (...).

(...) en sus primeras tres declaraciones expresó categórica y claramente que (...) fue uno de sus agresores.

(...) tiempo después (...) envió una carta al Juzgado (...) explicando que la imputación realizada (...) contra (...) se debió a una confusión (...).

Ese manuscrito y la posterior declaración testimonial en la que el damnificado afirmó tal postura (...) fue el único fundamento del magistrado de grado para desvincular a (...) de la pesquisa.

(...) el tribunal entiende que las primeras declaraciones deben prevalecer frente a la última -y radicalmente cambiante- testimonial.

(...) tal cambio en el discurso de (...) ocurrió (...) luego de que (...) haya sido formalmente indagado, (...) dable es presumir que tal circunstancia pudo provocar en la víctima el temor de sufrir algún tipo de represalia por parte del acusado, máxime si tenemos en cuenta que a fs. (...) se expresó en este sentido.

(...) en sus tres primeros testimonios la víctima no dudó en (...) sindicarse a (...) como uno de los autores de los hechos de los que fue víctima y dio detalles respecto de él, (...) por lo que la confusión a la que hizo referencia recientemente no aparece como creíble.

(...) corresponde analizar la apelación deducida por el defensor de (...) contra el procesamiento del nombrado. (...) luce ajustado a derecho y a las constancias de la causa. (...) dejan en claro cuál fue la violencia que practicó el acusado para materializar los hechos que se le imputan y conforman el material cargoso, (...) para agravar su situación procesal en los términos del artículo 306 del Código Procesal Penal de la Nación.

(...) el tribunal disiente parcialmente con la calificación legal asignada a los hechos materia de resolución. (...) entiende la sala que para que exista atentado a la autoridad es menester que el acto funcional no haya sido iniciado, ya que la contemporaneidad entre la violencia y el acto del funcionario es el rasgo más firme que distingue la resistencia del atentado; una vez dada la orden sólo es posible el delito de resistencia a la autoridad.

(...) los policías intervinieron a raíz de la violencia desplegada por los imputados, quienes estaban golpeando a (...) en todo su cuerpo. (...) pero fueron víctimas de las nuevas agresiones por parte de aquéllos, quienes les arrojaron piedras. (...) se evidencia la oposición a un acto funcional ya decidido por la autoridad pública, lo que ubica al suceso fuera del delito de atentado a la autoridad. (...) al no reunir el hecho los elementos (...) atentado a la autoridad, no puede aplicarse la agravante prevista en el artículo 238, inciso 2º del Código Penal.

(...) corresponde subsumir los hechos (...) en los delitos de lesiones leves en concurso real con resistencia a la autoridad agravada por haber sido perpetrada luego de celebrarse un espectáculo deportivo y en las inmediaciones del lugar.

(...) se RESUELVE I.- CONFIRMAR PARCIALMENTE (...) el sobreseimiento de (...) sustracción del celular de (...). II.- REVOCAR PARCIALMENTE el (...) sobreseimiento de (...) a las demás conductas por las que fue indagado. III.- CONFIRMAR (...) los sobreseimientos de (...) y (...) en orden al hecho relacionado con la sustracción del celular de (...). IV.- CONFIRMAR (...) el procesamiento de (...) lesiones leves, en concurso real con resistencia a la autoridad agravada por haber sido perpetrado luego de celebrarse un espectáculo deportivo y en las inmediaciones del lugar (arts. 55 y 239 del Código Penal y art. 2 de la Ley N° 24.192 en función del art. 89 del Código Penal).

(...) y otros. 3/09/09. c. 37.502. C. N. Crim. y Correc. Sala V.

Apremios o vejaciones. En concurso ideal con incumplimiento de los deberes de funcionario público. Sobreseimiento. Personal policial que, estando en un control de acceso de un estadio de fútbol debido a un espectáculo deportivo, ante la actitud de evasión llevada a cabo por una persona, le propinaron varios golpes que provocaron, minutos después de la liberación, que falleciera. Imputados que precisaron que actuaron conforme la técnica aprehendida en la escuela de policía debido a la relevancia del evento y a la resistencia opuesta. Imputados que debieron actuar de conformidad con lo previsto por los artículos 183, 184 inciso 8, 186, 284 y cc. del Código Penal o, en todo caso, 5 inciso 1 del decreto-ley 333/58 y dar cuenta de lo ocurrido a la autoridad competente. Revocación. Procesamiento por apremios o vejaciones ilegales en concurso ideal con incumplimiento de los deberes de funcionario público (artículos 45, 54, 144 bis inciso 2, 249 del CP) Disidencia: Informe médico que da cuenta que lesiones sufridas no incidieron directamente en el desenlace fatal. Damnificado que sufrió estrés y presentaba una afección física que desencadenó la disfunción orgánica que lo llevó a la muerte. Estado de nerviosismo que no puede ser adjudicado a los preventores siquiera a título de culpa. Víctima que, con su accionar, lo provocó. Imputados que se limitaron a cumplir con su deber, dentro de los límites que las circunstancias imponían. Fuerza aplicada que no excedió la fuerza necesaria para reducirlo. Confirmación.

Fallo: (...) dispuso el sobreseimiento de (...), (...) y (...) (artículo 336, inciso 3, del Código Procesal Penal de la Nación).

(...) III.- Si bien la Fiscalía señaló debe profundizarse respecto de si las lesiones producidas por los imputados a R.C.A. fueron la causa de su deceso, postuló que (...) y (...) habrían incurrido en el delito de apremios ilegales, en concurso ideal con el de incumplimiento de los deberes de un funcionario público (artículos 54, 144 bis inciso 2 y 248 del Código Penal) y G. sólo en este último.

Mencionó que los nombrados hicieron un excesivo e innecesario empleo de la fuerza golpeando brutalmente a la víctima, descartando la causal de justificación prevista en el artículo 34 inciso 4 del catálogo sustantivo.

Asimismo señaló que se debía profundizar la pesquisa por el delito de homicidio culposo (artículo 84 del mismo cuerpo legal) dado que al liberar a A. era notorio que se encontraba descompensado.

En tal sentido, requirió ampliar los testimonios de J.P.C., C.J.B. y D.P. En consecuencia solicitó se revoque el decisorio, se dicte el procesamiento y se practiquen las medidas propiciadas.

IV.- El Sr. Juez Mario Filozof dijo: Discrepo con el temperamento adoptado por el colega de grado ya que las constancias objetivas acumuladas al legajo analizadas (...) permiten dictar el procesamiento de (...), (...) y (...) (artículo 306 del ceremonial).

(...) J. P.C. (fs. (...)), C.J.B. (fs. (...)), D.P. (fs. (...)) y S.D.R. (fs. (...)), relataron en forma conteste que fueron hasta el estadio de fútbol del Club Atlético Vélez Sarsfield junto a R.C.A. y que habiendo traspasado el primer control policial en el acceso para los visitantes (ubicado en la calle Barragán) observaron que entre cinco y seis policías forcejeaban con A., le propinaron golpes de puño, puntapiés, lo tumbaron pegando su cabeza en el suelo, doblaron las piernas, presionaron sus testículos, colocaron esposas y lo arrastraron hasta el portón de ingreso de una casa lindera.

Posteriormente lo liberaron y falleció a escasos metros y pocos minutos más tarde producto de una congestión, edema y hemorragia pulmonar y edema encefálico difuso por sufrir una descompensación cardíaca en un corazón con patologías de base, producto de la situación de estrés vivida (fs. (...)).

(...) Si bien las vistas fotográficas obrantes a fs. (...) de las copias del sumario administrativo N° (...) y las filmaciones reservadas en Secretaría no dan cuenta del momento en que se habría sido reducido por la fuerza A., en aquellas se observa al nombrado tendido en el suelo mientras es tomado por varios policías y luego esposado.

Las lesiones provocadas como consecuencia del accionar de los inculposos se encuentran constatadas en la autopsia de fs. (...) y las vistas fotográficas de fs. (...), consistentes en: (...).

(...) Estos extremos refuerzan la entidad probatoria de los dichos de los testigos quienes no se advierte presten juramento influenciados por la relación afectiva que mantenían con el occiso.

Resulta cierto y no se discutió la intención de A. de evadir el control en el acceso, lo que desencadenó la intervención de (...) y (...).

Así se infiere de los dichos de (...) cuando afirmó que “...todo lo actuado por el personal policial era con fines de esposarlo y reducirlo, lo cual ocurrió pasado el control y sobre el asfalto de la calle” y de los de G.G.B., R.M., V.E.H., G.R.V. y M.F.P. (fs. (...) del legajo de copias reservado, respectivamente).

En igual sentido se expresaron los imputados al prestar declaración indagatoria (...) refiriendo que su actividad se justificaba ante la relevancia de las funciones de control encomendadas y la resistencia opuesta por A., explicando que se limitaron a aplicar las técnicas aprendidas en la escuela de policía.

Ahora bien, los elementos de cargo acumulados desvirtúan su descargo ya que no sólo permite fundadamente inferir, con el grado de provisoriedad aquí requerido, que desde un primer momento los preventores intentaron derribar a la víctima sin apelar a otro medio menos agresivo, sino que además eran varios que le propinaron golpes de puño en distintas partes del cuerpo, le retorcieron los tobillos y le presionaron los testículos. No resultaba lógico ni de sentido común la necesidad de emplear tamaños recursos que no son los aprehendidos en la escuela pertinente.

Continuando con el análisis del hecho imputado, se advierte que la actitud asumida por A. momentos antes de su muerte al intentar trasponer el control policial podría encuadrar en los artículos 6 o 24 de la Ley N° 23184 “Régimen penal y contravencional para la prevención y represión de la violencia de espectáculos deportivos” o hasta en el supuesto del artículo 239 del Código Penal.

Ello no podía escapar al conocimiento de (...), (...) y (...) dada su condición de funcionarios públicos y preventores.

La detención fue concretada, concluida lo que se evidencia con la colocación de las esposas, signo indiscutible de ello. A partir de allí era su obligación labrar las actuaciones sumariales, individualizar correctamente a A. de acuerdo a lo previsto en los artículos 183, 184 inciso 8, 186, 284 y cc. del Código Penal o, en todo caso, 5 inciso 1 del decreto-ley 333/58, y dar cuenta de lo ocurrido a la autoridad competente.

Tal omisión es un serio indicio cargoso que avala lo sostenido en renglones anteriores. No actuaron de tal manera, que dieron por finalizada la restricción de la libertad y permitieron que el damnificado se retire.

Este falleció a escasos metros del lugar. Dicha omisión es atribuible a los tres imputados y particularmente a (...) quien en su condición de oficial a cargo del control (ver fs. (...) de estos principales y (...) del legajo administrativo) debió velar por el correcto desempeño del personal a su cargo y el cumplimiento de las normas aplicables.

No desvirtúa lo dicho la versión de descargo por la que se afirmó que no se pretendió detener a A., sino que la colocación de las esposas estuvo dirigida a lograr tranquilizarlo para luego controlar si portaba algún elemento que no pudiera ser ingresado en el estadio.

Ello se traduce en una disposición de la acción penal vedada por la ley federal (artículos 71 del Código Penal y 5 del Procesal).

Nadie ignora que en tales circunstancias el personal policial actúa de conformidad con lo establecido en la Ley N° 23.950 y la no aplicación demuestra conforme lo expresado ut supra los descargos en que se basaron los replicantes no tienen sustento en constancia arrimada al legajo.

Lo señalado da cuenta a esta altura, de la materialidad del evento traído a consideración de la justicia y de la participación de (...), (...) y (...) en él, sin perjuicio de lo que depare el avance de la investigación.

(...) En lo que hace a la imputación del delito de homicidio culposo (artículo 84 del Código Penal) introducida durante la audiencia por la Fiscalía, al no haber sido comunicada a los incurso en oportunidad de prestar declaración indagatoria, nada corresponde señalar, quedando la cuestión a consideración del magistrado de grado.

B.- Calificación legal

Limitado por el recurso y la competencia devuelta, la conducta acreditada a (...) y (...) se subsume en la figura prevista y reprimida por el artículo 144 bis, inciso 2, en concurso ideal con la del artículo 249 del Código Penal.

Por su parte, el accionar de (...) se subsume sólo en la última figura penal. En cuanto al delito de vejación y apremios ilegales la doctrina sostuvo que "... la acción típica consiste, en el marco del funcionario público que desempeña un acto de servicio, en aplicar, infligir o imponer a una persona vejaciones o apremios ilegales... Es importante tener en cuenta que se trata de la relación que surge de todo acto de autoridad en presencia del particular, cualquiera que sea la oportunidad en la que se produzca. Se delimita el ámbito de aplicación de la norma, ya que abarca tanto a quien está detenido o en el acto de detención.

Por lo tanto, es igual que el sujeto pasivo esté o no bajo la custodia del funcionario. La ley no ha limitado ni al sujeto activo, ni al sujeto pasivo en el sentido funcional...”(1).-

Sobre el incumplimiento de los deberes de funcionario público en la modalidad omisiva aquí aplicable, se dijo que “el funcionario debe saber que, pudiendo hacerlo, no cumple con un acto propio de su función cuando debe, y voluntariamente debe omitir el acto, retardarlo o rehusarse a hacerlo” (2).

Como quedó plasmado en el considerando anterior, ambos supuestos quedaron demostrados con el alcance aquí requerido. Ambos tipos concurren idealmente, ya que se verifica la existencia de una unidad de conducta que impacta en figuras diversas que tutelan penalmente bienes jurídicos distintos y no se excluyen o contienen desde los principios del llamado concurso aparente de leyes.

Finalmente, analizada la participación en el delito, todos revistieron la condición de coautores ya que detentaron concomitantemente el dominio del hecho (artículo 45 del Código Procesal Penal de la Nación).

(...) V.- El Sr. Juez Julio Marcelo Lucini dijo: (...) 2.- Las lesiones constatadas en su cuerpo al llevarse a cabo la autopsia (ver fs. (...) vistas fotográficas de fs. (...)) son: 1) Lesiones contusas excoriativas en cara posterior hombro derecho; superciliar derecha; palpebral superior derecha; malar derecha con edema subyacente; región frontal y cigomática (4 lesiones); codo derecho (varias lesiones); codo izquierdo; glúteo izquierdo; pierna izquierda, cara externa, tercio superior. 2) Lesiones contusas equimótico-excoriativas en rodilla y pierna derecha, cara interna, tercio superior; región superior interna de rodilla izquierda y región inferior de rodilla izquierda. 3) Lesión en muñeca derecha, cara extensora, región radial, lesión contusa equimótico-excoriativa. 4) En muñeca izquierda, cara extensora, región cubital, lesión contusa equimótico-excoriativa. 5) Lesiones contusas en cara superior de hombro izquierdo; cara anterior de hombro derecho; región ilíaca derecha; cara superior, tercio superior de muslo derecho; región bipalpebral izquierda. 6) En cara interna, tercio superior y medio de pierna derecha, lesión excoriativa costrosa lineal. 7) En región dorsal media interescapular, hematoma subcutáneo y muscular difuso.

Las mismas, al decir de los galenos, “...no han repercutido en los órganos internos, por tanto, razonablemente no han tenido incidencia en las causales de la muerte” (fs. (...) respuesta al punto 3 B).

Inclusive, respondiendo a una pregunta de la querrela puntualizaron que “la existencia de (quizá probablemente ignorada o desconocida por el sujeto en vida) hipertrofia ventricular izquierda cardíaca, con ateromatosis aorto-coronaria; sumado a los diagnósticos histopatológicos de esclerohialinosis del sistema vascular coronario e intramiocárdico y presencia de focos isquémicos crónicos en ventrículo izquierdo y tabique alto. Estas condiciones patológicas (considerar además la coexistencia de similar patología vascular a nivel neurológico: determinación de esclerohialinosis de vasos encefálicos de ganglios de la base), representan una base anatómica estructural propicia para la aparición de arritmias cardíacas de gravedad variable e incluso mortales, tanto en situaciones basales como en situaciones de estrés. Cabe alertar que, obviamente, las situaciones de estrés favorecen aun más la potencial aparición y/o desencadenamiento de estas arritmias, además de producir, entre otras, alteraciones cardio-hemodinámicas, respiratorias, neurológicas, etc. En síntesis, considerando los antecedentes obrantes de interés médico-legal que fueran señalados en el acápite correspondiente de este informe, para el caso que nos ocupa, es razonable admitir que: teniendo como sustrato un corazón y sistema vascular patológico en el occiso, ante la situación de estrés motivada por los factores circunstanciales de la detención, habría ocurrido una descompensación cardíaca y hemodinámica en el occiso, desencadenante de fenómenos arrítmicos en el proceso mortal” (fs. (...) respuesta al punto 6).

Por ende las lesiones no incidieron directamente en el desenlace fatal que se produjo como resultado de una patología de base preexistente. Por el contrario, fue el estrés vivido por el damnificado y la afeción física que presentaba lo que desencadenó la disfunción orgánica que lo llevó a la muerte.

Este estado de nerviosismo no puede ser adjudicado a los preventores siquiera a título de culpa, ya que la propia víctima con su accionar lo provocó y aquellos se limitaron al cumplimiento de sus deberes, dentro de los límites que las circunstancias imponían.

En efecto, como policías destinados a controlar el ingreso de los concurrentes a un partido de fútbol, en resguardo de la seguridad

general y su correcto desarrollo, lo detuvieron cuando intentó eludir el control y se resistió a ser revisado para establecer si portaba elementos que pudieran poner en riesgo a terceros. Así lo explicaron en sus descargos de fs. (...), los que resultan contestes con los testimonios de G.G.B., R.M., V.E.H., G.R.V. y M.F.P. (fs. (...) del legajo de copias reservado, respectivamente), oficiales de policía que tomaron intervención en el operativo de control y prevención.

Estas medidas de seguridad son bien conocidas por todos los asistentes a un evento futbolístico y encuentran justificación a la luz de los reiterados sucesos de violencia que suelen suscitarse en los estadios, que llamaron la atención de los legisladores que dictaron la Ley N° 23184 que tipifica conductas específicas para prevenir situaciones conflictivas antes, durante o después del partido e inclusive en sus inmediaciones.

Ello explica la necesidad de implementar procedimientos como el dispuesto en el acceso donde fue reducido A. Este deber de velar por la seguridad de las personas, las cosas y el orden público se impone a los incusos en virtud de los artículos 3.3 y 4.1 de la Ley Orgánica de la Policía Federal Argentina (decreto-ley 333/58 y sus modificatorias).

En igual sentido, el “Reglamento FIFA de seguridad en los estadios” recomienda en su punto 14.1.b la instalación de “puntos de control del público, salidas, torniquetes, áreas de actividades, accesos en los perímetros del estadio, escaleras/escaleras mecánicas, zonas de acceso restringido (según el plan de sectores de la FIFA) y otras áreas y puntos estratégicos”.

Ahora bien, ante la intensidad de la resistencia opuesta por A. y su contextura física (fs. (...)) fue necesario que intervinieran cinco o seis preventores para reducirlo con la aplicación de técnicas que permitieran inmovilizarlo, no sólo en resguardo de terceros sino también de los propios policías dado el estado de exaltación que presentaba y la posibilidad de que intentara eludir el control policial por portar algún arma o elemento de ingreso prohibido.

Los amigos de la víctima dan cuenta de ello. P. dijo que “...en un momento dado se dio vuelta y observó que tres policías se encontraban forcejeando con R. A., a ellos se le sumaron aproximadamente tres policías más quienes lograron derribarlo, haciendo que cayera de costado sobre el asfalto. Que A. forcejeando consiguió reincorporarse y luego lo volvieron a derribar cayendo de cara contra el asfalto” y C. que “...observa un policía uniformado con chaleco naranja que le realiza un

tacle de rugby por debajo de la cintura y ahí se percata que se trataba de R.A., y pese a ello su amigo logra reincorporarse y seguidamente llegan más policías, alrededor de cinco o seis, y entre todos lo sujetan en medio de un forcejeo, de una lucha terrible, defendiéndose R., pese a lo cual el personal policial no lograba derribarlo”.

En consecuencia, las circunstancias que rodearon la detención de A. permiten fundadamente estimar que el accionar policial no excedió la fuerza indispensable para reducirlo. Basta con los testimonios de quienes lo acompañaban para verificar en el legajo su injustificada resistencia.

La escasa incidencia de las lesiones constatadas y que una vez esposado y puesto a un lado cesó la acción física efectuada por los policías, demuestra que se limitaron a cumplir con el deber que la ley les impone y que la fuerza no excedió la estrictamente necesaria para su reducción.

Frente a la actitud demostrada por A. en el acceso de los simpatizantes a un encuentro futbolístico, con los conocidos problemas que suelen generarse por múltiples factores que la prensa ilustra regularmente, se advierte que los policías actuaron para contener una situación que podía generar mayores disturbios y para tranquilizar incluso a A.

3.- Puntualmente, la colocación de las esposas pudo no estar dirigida a formal detención por la comisión de un delito o contravención, sino que pretendió evitar la continuación del incidente en el espectáculo deportivo y verificar si portaba objetos peligrosos para terceros. En este caso no aceptar someterse a control inició la actuación policial ahora cuestionada.

Una vez aclarado el panorama y tranquilizado A. recién se podía analizar si existían motivos objetivos suficientes para la confección de un sumario penal o contravencional.

En consecuencia, existió una actividad meramente prevencional, no asimilable al procedimiento previsto en los artículos 284, 286 y cc. del Código Procesal Penal de la Nación.

4.- Las consideraciones vertidas me persuaden que (...), (...) y (...) no actuaron en exceso de sus funciones, sino que, por el contrario, cumplieron un deber legalmente impuesto. Además, no se desprende que hayan actuado con dolo de cometer los delitos de apremios ilegales o incumplimiento de los deberes de funcionario público (artículos 144 bis, inciso 2 y 248 del Código Penal) que adjudica la Fiscalía.

El primero requiere “...dolo directo, esto es, la intención de aplicar severidades, vejaciones o apremios...” (3) y la segunda que “...la voluntad del sujeto de no ejecutar la ley cuando sabe que se ha presentado una situación que exige su aplicación, que ello le compete funcionalmente, y que no se la ejecuta no obstante la posibilidad de hacerlo” (4), lo que no se verifica en el caso.

A mayor abundamiento, la doctrina postula que “Existe un cúmulo de acciones que son impuestas por el orden jurídico y que generan peligros que son susceptibles de concretarse en resultados lesivos. Esto es muy claro en actividades reglamentadas, como las de bomberos, policías, conductores de ambulancias, etc. Por supuesto que no pueden considerarse peligros no prohibidos los que emergen de cualquier conducta en el marco de estas actividades, sino sólo los producidos por acciones que (a) se atienen a los límites reglamentarios, (b) observan las reglas del arte, oficio, función o profesión...” (5); aspectos que, atendiendo a lo analizado se constatan en la especie.

5.- Resta analizar el planteo novedoso introducido por el representante del Ministerio Público Fiscal durante la celebración de la audiencia respecto a la posibilidad de que también hubieran incurrido en el delito de homicidio culposo (artículo 84 del catálogo sustantivo).

Más allá de que éste no fue comunicado a los incusos en oportunidad de prestar declaración indagatoria, entiendo que las constancias colectadas en el sumario descartan su comisión.

El que una vez tranquilizado, revisado por la policía y retiradas las esposas, caminara tambaleante hasta donde se encontraban sus amigos, se mostrara agitado y refiriera que le dolían las piernas no demuestra indubitablemente que estuviera cursando un cuadro de disfunción pulmonar o cardíaca, ni que ya hubiera signos de ello para cuando se encontraba reducido en el piso.

De hecho, puede razonablemente suponerse que esas manifestaciones físicas fueron producto del momento previo vivido al intentar evadir el control policial, resistirse activamente a ser revisado y ser sujetado por los preventores.

Puede concluirse que nada habría hecho sospechar o suponer a (...), (...) y (...) que ese comportamiento denotaba un cuadro médico que llevó a la muerte a A.

Así, no es posible sostener que los imputados hubieran obrado con negligencia o violado los deberes que imponía una posición de garante ante A. pues, reitero, mientras este estaba demorado no presentó signos que demostrara que estaba en curso una disfunción pulmonar o cardíaca y, mucho menos, puede insinuarse que debían conocer la patología de base que presentaba la víctima.

No se advierten los requisitos típicos que demanda la figura omisiva culposa introducida por la Fiscalía, principalmente al no tener conocimiento al autor supuesto de aquel extremo y así poder evitar el curso causal independiente que causó el deceso.

Finalmente, no existen medidas de prueba que permitan esclarecer lo sucedido, pues no se advierte la necesidad de ampliar los testimonios postulados por la representante del Ministerio Público Fiscal ya que los amigos de la víctima han expuesto sobradamente que recién notaron que A. tambaleaba y estaba descompensado con posterioridad a ser liberado.

B. y P. dijeron que “Al poco tiempo, observaron que habían liberado a su amigo, quien venía caminando en forma tambaleante...”, C. que “...los policías lo liberan a R., le sacan las esposas y R. solo se dirige caminando hacia donde estaban, observándolo que caminaba tambaleando” y R. que “...se acercó al resto del grupo [los restantes testigos] informándoles que lo dejarían ir ... y allí notó que A. venía tambaleando, quien presentaba signos de agitación y refería en forma reiterada ‘me duelen las piernas’”.

De ello se desprende entonces que ninguno pudo advertir que A. presentaba signos clínicos preocupantes mientras estaba detenido.

6.- El análisis efectuado me convence de la necesidad de homologar el temperamento adoptado, máxime que no debe prolongarse indefinidamente la situación de incertidumbre que pesa sobre el encausado, ya que: “...al no haberse incorporado al sumario elementos que permitan quebrantar el estado de inocencia del que goza todo imputado y que se encuentra reconocido a lo largo de todo el ordenamiento (arts. 18, 33, 75 inc. 22 C.N. art. 26 Declaración Americana de los Derechos del Hombre. Art. 14 inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Art. 8 inc. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1 C.P.P.N.), resulta correcto adoptar un temperamento desincriminante respecto del aquí imputado que ponga fin a su

incertidumbre procesal, ya que el derecho a obtener una decisión judicial en un plazo razonable integra la garantía de defensa en juicio” (6), lo que particularmente en este caso puede ocurrir al introducir tardíamente la Fiscalía una nueva asignación jurídica al evento en estudio.

VI.- El Sr. Juez Ricardo Matías Pinto dijo: A partir del relato de los testigos reseñados en el voto que precede el Acuerdo puede sostenerse en principio que el accionar de los imputados (...) y (...) en su condición de personal policial que procedió a detener al damnificado A. constituyeron actos que excedieron el uso de la fuerza en forma razonable y proporcional para hacer cesar en la presunta desobediencia a sus requerimientos por parte de la víctima.

Por este motivo, pueden ser evaluados como constitutivos del delito de aplicación de vejaciones al resultar parte del accionar reprochado conductas humillantes y denigrantes toda vez que se encuentra corroborado que al reducirlo le presionaron los testículos y lo arrastraron hasta un portón, pautas que demuestran que no sólo causaron lesiones a la víctima, sino que esas conductas resultaron abusivas en el desempeño del acto de servicio. Art. 144 bis inc. 2 del Código Penal.

A su vez se advierte que reducido A. le colocaron esposas y luego de un tiempo le permitieron retirarse, por lo cual esta conducta claramente demuestra que la víctima se encontraba detenido (7) y omitieron cumplir con un acto propio de su función tal como lo reclama el Sr. Fiscal en su recurso (ver fs. 615) y la Fiscalía en la Audiencia Oral al mantener este remedio procesal.

Respecto de esta última imputación deben responder los mencionados indagados y (...) quien encontrándose a cargo del control de seguridad omitió cumplir con su deber al no formalizar la detención de A. y dar cuenta a la autoridad judicial.

En este aspecto el aspecto subjetivo de los delitos reprochados se encuentra en principio corroborado por cuanto se advierte la realización de los actos con pleno conocimiento y voluntad de realizar su aspecto objetivo. De esta manera, luce apropiado y necesario revocar el auto impugnado para que los indagados sean sujetos al proceso y se debate en forma amplia la cuestión toda vez que resulta verosímil la hipótesis sustentada por el Ministerio Público Fiscal.

Por último, la representante de la Fiscalía General en la Audiencia sostuvo que no podía descartarse la posible comisión del delito de

homicidio culposo por el cual debían responder los indagados. Sin embargo, el Fiscal al presentar su recurso sólo aludió a los tipos penales expuestos, por lo cual sin perjuicio de que la Fiscalía de Cámara pidió que se realicen medidas para esclarecer estos extremos, dado que el Fiscal de instrucción al presentar el recurso consideró que este delito no estaba comprobado, y que esa presunta conducta que habría determinado la muerte de la víctima se realizó en un mismo contexto temporal con las restantes por las cuales son procesados los imputados, no corresponde exceder el marco del recurso que nos brinda jurisdicción, y que la cuestión sea evaluada por parte de las partes y el Sr. Juez de Instrucción.

De esta forma, voto por revocar el auto impugnado de acuerdo al sentido expuesto y disponer el procesamiento de los imputados adhiriendo, en las restantes consideraciones, a lo propuesto por el Dr. Filozof.

En virtud del acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE: I.- Tener por desistido el recurso de apelación interpuesto por la querrela a fs. (...) (artículo 454 del Código Procesal Penal de la Nación).- II.- Revocar el auto de fs. (...) y decretar el procesamiento sin prisión preventiva de (...) y (...) por considerarlos coautores del delito de apremios o vejaciones ilegales en concurso ideal con incumplimiento de los deberes de funcionario público (artículos 45, 54, 144 bis inciso 2°, 249 del Código Penal de la Nación y 306 del Código Procesal Penal de la Nación).- III.- Revocar el auto de fs. 595/610 y decretar el procesamiento sin prisión preventiva de (...) por considerarlo coautor del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público (artículos 45, 249 del Código Penal de la Nación y 306 del Código Procesal Penal de la Nación). (...). Filozof (por su voto), Lucini (en disidencia), Pinto (por su voto). (Sec.: Williams).

9741_11_6 (...) y otros. 12/12/13 c. 9741/11. C. N. Crim. y Correc. Sala VI.

Se citó: (1) Baigún, David - Zaffaroni, Eugenio Raúl (directores), “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Parte Especial”; Tomo V, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, año 2008, p. 363; (2) D'Alessio, Andrés J. (dir.) y Divito, Mauro A. (coord.), “Código Penal de la Nación. Comentado y anotado” tomo II, 2ª edición, La Ley, 2013, p. 1243; (3) Donna, Edgardo A., “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo II-A, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 180; (4) D'Alessio, Andrés J. (dir.) y Divito, Mauro A. (coord.), “Código Penal. Comentado y anotado”, tomo

II, 2ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 1233; (5) Zaffaroni, Eugenio; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, “Derecho Penal - parte general”, 2ª edición, Buenos Aires, Ediar, 2011, pp. 562/563; (6) causa n° 35.220 “Valdez Rocha, Julio César s/robo rta.: 4/7/2008 y causa n° 31.840 “Cornejo, Andrés s/ sobreseimiento”, rta.: 31/05/2007, entre otras; (7) ver García, Luis M, Dime con quien eres, pues quiero saber en qué andas..., L. L. 2003-a, 470 citado por el Sr. Juez a fs. 608 vta.

CAPÍTULO 9
ATENTADO CONTRA LA AUTORIDAD
ARTÍCULOS 237-239 DEL CÓDIGO PENAL

ATENTADO Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD*

Por Leonardo G. Pitlevnik** y Matías Alejandro Mancini***

1. INTRODUCCIÓN

Las figuras penales de las que nos ocuparemos a continuación inician el título de delitos contra la Administración Pública, que contiene catorce capítulos y presenta delitos de diferente índole.

Podríamos ensayar una clasificación de los delitos que conforman dicho título, y decir que un grupo prevé la acción punible desplegada por un particular que afecta a la Administración Pública desde fuera de ella. Vemos, por ejemplo, al atentado contra la autoridad, la resistencia y la desobediencia a esta, la falsa denuncia y el falso testimonio. En estos casos, la Administración Pública es un cuerpo al que se ataca mediante la fuerza, la mentira, el ocultamiento, la omisión de la acción debida.

Otro grupo de hechos disvaliosos está constituido por aquellos que cometen quienes, en representación de la Administración Pública o valiéndose de esta, la utilizan en beneficio propio o de terceros. En

* El presente trabajo es una adaptación del realizado por los autores, que fuera publicado en el Código Penal Comentado de la Asociación Pensamiento Penal. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado>.

** Abogado, UBA; Especialista en Derecho Penal, Universidad de Salamanca; Profesor Adjunto Regular en el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho, UBA; Profesor de Posgrado de la Carrera de Especialización en Derecho Penal, UBA; Juez de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal, Departamento Judicial San Isidro, Provincia de Buenos Aires.

*** Abogado, UCA; Especialista en Derecho Penal, UBA; Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales, Universidades de Barcelona y Pompeu Fabra; Profesor Adjunto (i) en el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho, UBA; Profesor Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Penal y Política Criminal, Universidad Nacional de José C. Paz; Defensor Oficial en lo Penal, Departamento Judicial San Isidro, Provincia de Buenos Aires.

estos casos, la acción proviene desde el interior de la propia administración. Conductas de esta clase pueden verse, por ejemplo, cuando los jueces mantienen a personas detenidas más allá de los plazos legales, cuando los funcionarios aceptan dádivas o exigen indebidamente su pago a un tercero.

El ordenamiento penal busca proteger a la administración en dos frentes: el exterior y el interior.¹

2. BIENES JURÍDICOS Y ESTRUCTURAS TÍPICAS

Los delitos con los que comienza el capítulo inicial del título en cuestión pertenecerían al primer grupo.² Corresponde que nos preguntemos entonces qué aspecto de la Administración Pública se pretende proteger con la tipificación del atentado contra la autoridad, la resistencia a esta y la desobediencia. Hay cierto consenso en doctrina

1. Carrara efectuó una clasificación de delitos cometidos contra la justicia pública basada en un criterio similar. Distinguió aquellos ejecutados por personas privadas contra personas públicas, los perpetrados por personas públicas contra particulares, los cometidos por personas públicas contra otras públicas y los de particulares contra otros particulares. La categorización de los dos primeros grupos se asemeja a la que hemos expuesto al inicio del comentario. En la tercera incluyó la corrupción electoral y el fraude electoral. En la cuarta ubicó el ejercicio arbitrario de derechos, la cárcel privada y el duelo (Carrara, Francisco, *Programa de Derecho Criminal*, trad. de Ortega Torres y Guerrero, Bogotá, Temis, 1972, T. VII).

2. Artículo 237 del Código Penal: “Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquel o en virtud de un deber legal, para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones”.

Artículo 238 del Código Penal: “La prisión será de seis meses a dos años: 1. Si el hecho se cometiere a mano armada; 2. Si el hecho se cometiere por una reunión de más de tres personas; 3. Si el culpable fuere funcionario público; 4. Si el delincuente pusiere manos en la autoridad. En el caso de ser funcionario público, el reo sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena”.

Artículo 239 del Código Penal: “Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquel o en virtud de una obligación legal”.

Omitimos citar los artículos 238 bis y 238 ter por considerar que su estudio excede el objeto del presente trabajo.

y jurisprudencia en cuanto a que el bien jurídico sería la libertad de los agentes públicos de tomar y ejecutar decisiones relativas a su función. En el mismo sentido, D'Alessio se ha referido a la libertad de determinación del funcionario en el ejercicio de la función pública.³

Algunas opiniones distinguen los bienes jurídicos que tutelarían estas figuras legales. Así, pues, puede citarse a Donna, para quien los tipos penales son diferentes y se excluyen entre sí en función de proteger diferentes bienes jurídicos.⁴ Afirma este autor: “El interés social protegido por medio de la incriminación de esta conducta [el atentado] es, entonces, de un modo inmediato, la libertad de determinación del funcionario, vale decir, su libertad de decisión en su fase funcional. Mediatemente, lo que queda resguardado es la libertad de la Administración Pública en todas sus facetas...”⁵ Al referirse a la resistencia a la autoridad, dice: “El bien jurídico es la acción libre del funcionario público. La resistencia lesiona el orden de la Administración Pública, atacando el ejercicio de la libertad funcional, de modo que es la libre acción del funcionario público lo que el tipo penal protege inmediatamente, y mediatemente, el orden de la administración”⁶ La desobediencia, para el autor citado, resguarda “...la irrefragabilidad de los mandatos legítimos de la autoridad, vale decir que mientras estén vigentes se torne ineludible su aplicación”.⁷

En los casos concretos, la distinción entre libertad de acción y libertad de decisión se puede volver difícil. Baste pensar en una decisión que ya ha sido tomada por la autoridad pero cuya ejecución aún no ha comenzado. Si bien se podría tratar de un acto de atentado -no hay orden en vías de ejecución-, lo cierto es que la libertad en sentido estricto tampoco se habría lesionado sino en su posibilidad de volverse acto.⁸

3. D'Alessio, Andrés, *Código Penal. Comentado y Anotado. Parte especial* (artículos 79 a 306), dirigido por Andrés D'Alessio, 2ª ed., (1ª ed., 2004), Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 1165.

4. Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, T. III, p. 34.

5. *Ibidem*, p. 38.

6. *Ibidem*, p. 58.

7. *Ibidem*, p. 85.

8. Fontán Balestra y Millán dan el ejemplo del funcionario policial que se dirige a un lugar donde hay desorden y que, antes de llegar, es obligado mediante intimidación a retirarse, por lo que no puede actuar del modo en que habría decidido. Coincidimos

La diferenciación entre el atentado contra la autoridad, la resistencia y la desobediencia debería efectuarse a partir de la distinta estructura típica que presentan. Estos delitos tienden a confundirse en el imaginario social al punto de quedar unidos en uno, con la misma facilidad con la que se repiten duplas como premeditación y alevosía o culpa y cargo. Incluso en las carátulas de ciertos expedientes se ha llegado a ver la inclusión de ambas denominaciones como si fueran indistintamente aplicables a un sólo hecho. Mencionan Fontán Balestra y Millán la frecuencia de sentencias que confunden ambos tipos penales, especialmente cuando se trata de resistencias en las que el autor caería en alguna de las agravantes del atentado.⁹

En el caso de la desobediencia, esta parece quedar oculta tras la resistencia a la autoridad.

Se producen así dos efectos extraños: por un lado, la unificación de dos conductas que aparecen descriptas en dos tipos penales incompatibles -atentado y resistencia-; y, por otro, la indiferenciación de dos supuestos distintos contenidos en un mismo precepto -artículo 239 del Código Penal.

3. DIFERENCIAS ENTRE EL ATENTADO CONTRA LA AUTORIDAD Y LA RESISTENCIA A ESTA

En este apartado nos ocuparemos de las divergencias entre el atentado y la resistencia. Para ello, comenzaremos con las ideas vertidas en el fallo plenario “Palienko”, de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, del año 1947, por tratarse de un precedente que sigue siendo citado por la doctrina y la jurisprudencia y continúa alimentando el análisis de ambos tipos penales.

El motivo de convocatoria de dicho plenario había sido, justamente, la determinación de las diferencias entre ambas figuras. Se resolvió en aquella oportunidad lo siguiente:

- a) Comete atentado contra la autoridad el que, por los medios del artículo 237 del Código Penal –intimidación o fuerza–, se impone –exige– al funcionario público para que este haga o se abstenga de

con los autores en que se trataría de un caso de atentado. Ya diremos por qué. (Fontán Balestra, Carlos, y Millán, Alberto S., *Las reformas al Código Penal. Ley N° 17567*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, p. 360).

9. *Ibidem*, p.356.

hacer -ejecución u omisión- un acto propio de su función que no había sido dispuesto voluntariamente ni comenzado.

b) Hay atentado, también, de parte del tercero, cuando este ejercita violencia sobre el que ha comenzado ya su acción directa sobre otra persona para imponerle algo y esta persona “no ofrece resistencia”.

c) Existe resistencia, si la persona se opone, valiéndose de medios violentos, a la acción directa del funcionario sobre ella ejercida para hacerla cumplir algo. Si el tercero coadyuva a esta resistencia, incurre en las responsabilidades de la participación en el mismo delito y en los términos de los artículos 45 o 46 del Código Penal.

El plenario permitió que se superaran algunas de las dudas que se planteaban en torno a estas figuras. Expondremos sucintamente el contenido de los votos:

Los jueces Pessagno y Speroni integraron una de las minorías de la sentencia. El voto del primero, al que adhirió el segundo, señaló: (a) el atentado se puede configurar haya o no haya una orden anterior a la conducta del sujeto activo; (b) la resistencia requiere una orden previa; y (c) la distinción entre ambos delitos radica en que la resistencia no tiene “la fuerza ni la intimidación del atentado”.

El voto del juez Ure conformó la voz cantante de la mayoría. A él adhirieron los jueces Oderigo, Medina, Soldani y Malbrán -estos tres últimos se acoplaron en todo salvo en lo que respecta a la conducta del tercero que interviene en la acción comenzada del funcionario; en ello adhirieron al voto del juez Beruti-. Sostuvo la mayoría lo siguiente: (a) La existencia de actos de violencia no puede ser usada como pauta para diferenciar estos delitos; (b) el criterio de distinción más importante es temporal, es decir, habrá resistencia cuando la violencia se despliega y el acto funcional está en vías de ejecución, sino, habrá atentado; (c) este criterio no soluciona el difícil caso en el que el acto funcional está en vías de ejecución y el sujeto activo impone su omisión; aquí debe considerarse que en el atentado hay una “imposición” -con acto empezado o no- y en la resistencia hay una “oposición” -con acto empezado (y no terminado) y orden concreta-; y (d) el tercero resiste cuando se opone con violencia a un acto que se está llevando a cabo.¹⁰

10. Este voto nos obliga a dejar planteados algunos interrogantes. Al tratar el caso que a su juicio no puede ser resuelto con el criterio temporal, Ure distingue entre “oposición” e “imposición”, pero no señala cuál sería el contenido de cada expresión. También hace alusión a la existencia de una orden concreta en el caso de la resistencia. ¿Cuál sería

El Juez Beruti fue parte de la mayoría. A su voto adhirieron de manera general los jueces Santa Coloma y Malbrán y, sólo en lo que hace a la conducta del tercero, los jueces Medina y Soldani. Según este tercer criterio: (a) el empleo de violencia no es un criterio de distinción; (b) puede producirse un atentado si no comenzó una acción directa contra alguien; de todas formas, atenta el tercero [no destinatario de la orden] que ejerce violencia a pesar de que la acción haya empezado, si el destinatario de la orden no se resistía; y (c) resiste el sujeto que se opone a una acción sobre ella y el tercero que ayuda al que resiste.

El juez Vera Ocampo, que integró la mayoría, señaló que el atentado consiste en la imposición de un acto elegido por el particular, y la resistencia implica la oposición a un acto dirigido a alguien.

En definitiva, de la lectura del fallo en cuestión se desprende que el atentado implicaría, en general y conforme la postura dominante, la imposición de un acto positivo no dispuesto voluntariamente por el funcionario o la imposición de la omisión de un acto no comenzado. También habrá atentado por parte de un tercero -aquel a quien no se ha dirigido la orden directa de un funcionario- cuando ejerza violencia contra un funcionario para imponer algo, aun cuando la acción ya haya comenzado, siempre que el destinatario no se estuviera resistiendo. Habrá resistencia cuando el sujeto activo se oponga con violencia a un acto comenzado y contra él dirigido. Si un tercero ayuda en esta resistencia, se aplicarán las reglas de la participación.

Las ideas vertidas en el caso “Palienko” continúan siendo útiles al momento de interpretar los delitos en cuestión. En ambos injustos debe existir algún grado de violencia. Se distinguen mediante el criterio temporal, es decir, debe determinarse si ha comenzado o no la ejecución de un acto dirigido contra el sujeto activo. Este parámetro cede en un caso: aun con un acto en vías de ejecución habrá atentado

el criterio de distinción? ¿La diferencia entre una “oposición” y una “imposición”, o la existencia de una orden concreta? ¿Es lo suficientemente diáfana la referida diferencia como para sustentar el encuadramiento de una conducta en un tipo penal o en otro? Además, ¿es la referencia a una orden concreta un criterio de distinción coherente con otros párrafos del mismo voto? Nótese en este sentido que se dice en el voto que puede haber atentado a pesar de existir un acto en vías de ejecución. Ello contradiría la parte resolutive del fallo -que requiere que el acto funcional no haya comenzado-, a menos que entendamos que habla del atentado del “tercero”. Sin embargo, Ure señala que el tercero que se opone a un acto llevándose a cabo, resiste a la autoridad.

si el tercero ejerce violencia contra el funcionario, siempre y cuando no participe en la resistencia ejercida por el destinatario de la orden.¹¹

4. DIFICULTADES CON RELACIÓN A LA DIFERENCIACIÓN

Sin perjuicio de los criterios de distinción ensayados, debemos reconocer que la diferencia entre el atentado y la resistencia no anula toda posibilidad de entrecruzamiento, pues, como ocurre en toda categorización, la fluidez de la realidad se opone a ser encasillada en un compartimento en el que sólo caben conceptos. Hemos pretendido fijar estándares que faciliten una resolución previsible de los casos pero ello presenta grandes limitaciones. Un ejemplo sería un atentado contra un funcionario que, ante la reacción de este o de otra autoridad que acuda en defensa de la administración, se convirtiera en resistencia. Es decir, la conducta de quien pretende imponer una acción a la autoridad puede derivar en un comportamiento destinado a impedir la ejecución de una orden. Se trata de un continuo, por lo que es difícil determinar si la resistencia, como delito menor –sólo por su mínimo–, queda absorbida por el atentado anterior o si puede separarse como un acto diferente. Si no se escinde el segundo tramo puede darse el curioso caso de que se aplique la figura agravada del atentado con el empleo de armas (artículos 237 y 238, inciso 1 del CP), si en la segunda etapa del comportamiento hubo una oposición armada.

También se dificulta la tipificación, conforme señala Abraldes,¹² en los casos de actos administrativos complejos constitutivos de procedimientos en los que se intercalan distintos actos del particular.

11. El caso de aquel que no es destinatario de la orden y que ejerce violencia puede considerarse un supuesto de superposición parcial de espacios típicos entre el atentado y la resistencia. El primero tendría los siguientes elementos típicos: (a) Sujeto activo, (b) actividad del funcionario desplegándose, (c) ejercicio de violencia contra funcionario para contrarrestar ese despliegue, y (d) falta de una orden concreta dirigida al sujeto activo. Si reemplazamos el elemento (d) por el (d'), consistente en la existencia de la referida orden, nos encontramos frente a una resistencia. Así planteada la cuestión, podría alguien postular que estamos frente a un concurso de leyes en el que debe aplicarse el principio de especialidad. Ahora bien, ¿qué tipo debe considerarse especial?, ¿cuál sería el más detallado?

12. Abraldes, Sandro, "Atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad", *Delitos contra la Administración Pública, Revista de Derecho Penal*, Donna (dir.) 2004-I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 68.

Por su parte, Fierro,¹³ contra las opiniones de Donna y Soler, menciona que la resistencia no requiere forzosamente una “disposición ejecutable contra alguien”, es decir, puede no hacer falta que exista un destinatario concreto. Para este autor, la reacción de los vecinos que impiden el actuar policial que intenta incautar un automóvil con pedido de secuestro activo conforma una resistencia y no un atentado. Ello, aunque la acción de la autoridad no vaya dirigida contra alguien (el sujeto involucrado en el ilícito anterior puede ser desconocido). Se aprecia aquí que en caso de que la autoridad dirija su accionar contra una persona que no se resiste, habría atentado de parte del tercero que ejerce violencia. En cambio, cometería el delito de resistencia el tercero cuando el acto de la autoridad se dirige contra una cosa.

Asimismo, puede resultar problemático que el código incluya como supuesto de atentado a aquel que se realiza contra “la persona [privada] que le prestare asistencia [al funcionario público] a requerimiento de aquel”. La reforma de la Ley N° 17567 había suprimido este supuesto. Fontán Balestra y Millán afirmaban la razonabilidad de esa modificación, en virtud de que el particular carece de función pública. Por ello, no se le puede imponer que haga o deje de hacer algo relativo a funciones de las que carece.¹⁴ En el caso de la resistencia, la disposición es más razonable, pero en el del atentado, es difícil imaginar de qué manera se puede atacar contra quien colabora con la autoridad, pues dicho colaborador no parece tener capacidad de decisión que pueda ser coartada previamente por quien sería autor del delito.

5. EL ATENTADO CONTRA LA AUTORIDAD

La ley lo define como el empleo de intimidación o fuerza contra un funcionario público, o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquel o en virtud de un deber legal, para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones. La pena prevista es de un mes a un año de prisión.

13. Fierro, Guillermo, “Resistencia y desobediencia a la autoridad”, *Delitos contra la Administración Pública, Revista de Derecho Penal*, Donna (dir.) 2004-I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 13.

14. Fontán Balestra, Carlos, y Millán, Alberto S., *op. cit.*, p. 362.

Una de las primeras dificultades que se presentan al analizar la normativa es determinar qué debe entenderse por “funcionario público”. Nuestro Código Penal se refiere a aquel en sus dos libros. En el tercer párrafo del artículo 77 se establece que “por los términos ‘funcionario público’ y ‘empleado público’, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”.¹⁵

En razón de la amplitud que tiene la definición transcripta, es discutible que la Ley N° 25188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública haya extendido su significación.

La ley prevé que el acto exigido al autor sea propio de sus funciones. ¿Qué sucede con los casos en los que son de competencia del funcionario prácticas que formalmente -de acuerdo con la reglamentación vigente- son ajenas? Se trata de actos que, en estamentos públicos precarios, se ven acrecentados por la delegación de funciones o la desaparición de límites precisos. Por ejemplo, podemos mencionar a los secretarios que redactan sentencias, a los residentes que asumen obligaciones de médicos de planta, a los suboficiales que realizan actos reservados a funcionarios de mayor jerarquía. Una interpretación estricta del artículo 77 del Código Penal auspiciaría concluir que, en estos supuestos, no hay atentado.

Cuando se exige un acto ajeno a la competencia funcional del coacto podría configurarse una tentativa inidónea de atentado o un delito de amenazas coactivas. Calificar la conducta de este último modo presenta la particularidad de que la pena conminada supera la prevista para el atentado. Ello es ejemplo de la falta de coherencia del Código Penal. En efecto, el artículo 237 prevé una pena de quince días a un año de prisión para el que afecta mediante fuerza o intimidación la libertad de decisión del sujeto pasivo y el buen desempeño de la

15. El artículo 240 del Código Penal establece que, a los efectos de los dos artículos anteriores -hoy por hoy, 238 ter y 239-, se reputará funcionario público al particular que tratare de aprehender o hubiese aprehendido a un delincuente en flagrante delito. Independientemente de la censurable utilización del término “delincuente”, con respecto a este precepto se pueden reeditar la crítica y la defensa que mencionáramos al abordar la inclusión como sujeto pasivo de los delitos bajo estudio del particular que colabora con un funcionario.

Administración Pública, mientras que el segundo párrafo del artículo 149 bis sanciona con pena de dos a cuatro años de prisión al que hiciera uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad.¹⁶

Por último, debemos mencionar que la ley no establece como requisito para tener por consumado el delito que el funcionario realice el acto exigido.

Si bien hay quienes sostienen que esta figura no admite la tentativa, parece posible imaginar el caso de quien envía un mensaje intimidatorio a través de un tercero o de una carta, pero su amenaza nunca llega a destino.

6. LAS FIGURAS AGRAVADAS DEL ATENTADO

Las circunstancias agravantes previstas en el artículo 238 del Código Penal sólo se aplican respecto del atentado. Ello, en razón de que el precepto en cuestión no menciona cuál sería la conducta respecto de la cual deben predicarse las circunstancias especiales relatadas en la norma. Dichos extremos sólo pueden referirse a un comportamiento previsto con anterioridad en el Código.

Sería de una inaceptable técnica legislativa que el Código Penal enunciara en un primer momento las circunstancias accesorias, modificativas de un elemento principal, y luego se ocupara de dicho elemento.

6.1. Si el hecho se cometiere a mano armada

La expresión que contiene el precepto se refiere a la comisión del atentado mediante el empleo de un arma. Debemos responder dos preguntas centrales: ¿la figura contempla el uso de armas “propias” e “impropias”?, y ¿el arma en cuestión debe aumentar el poder ofensivo del sujeto activo o basta con que acreciente sus posibilidades de intimidación?

Las respuestas que ofrezcamos se apoyarán en el fundamento que demos a la agravante. Se ha discutido si este consiste en la mayor intimidación o en la mayor puesta en peligro a los bienes jurídicos. Vale recordar que un debate similar ha sucedido antes de la última reforma

16. Un problema similar se observa al estudiar los delitos de exacciones ilegales (artículo 266 del Código Penal) y de extorsión (artículo 168 del Código Penal).

del artículo 166 del Código Penal, y otro se produce al momento de interpretar el delito de amenazas con armas.

En el presente caso, entendemos que el fundamento de la mayor pena consiste en el aumento en la puesta en riesgo de los bienes en juego. Esta interpretación pretende otorgar la mayor armonía posible al Código de fondo. Veamos.

Unánimemente, se viene señalando que el “robo con armas” -a secas- es aquel que se comete con un adminículo que aumenta la ofensividad. El robo llevado a cabo con un arma de utilería o con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada, tiene menos pena que aquel y encuentra su razón de ser en la intimidación desplegada. Los atentados cometidos mediante la utilización de “armas” -a secas- aumentan el riesgo que corren los bienes jurídicos, por lo que les cabe la figura agravada. Por la misma razón, se aplica la agravante en el caso de armas “propias” y armas “impropias”.

La solución que proponemos se ve auspiciada por una interpretación sistemática del Código.

Por su parte, Donna señala que “...la pena se agrava debido al mayor poder intimidante del medio utilizado, que lleva a que sea más difícil la defensa de la víctima, y con ello se facilita la acción del autor del hecho. Soler, sin embargo, ha sostenido que la agravante no tiene relación con el real peligro corrido por la víctima”.¹⁷ Luego afirma: “En síntesis, para esta posición se incluyen en la categoría las armas propias e impropias, siendo suficiente que tengan aptitud ofensiva o defensiva. Es que la agravante tiene como base que con arma se intimida, y que el autor sabe que las puede utilizar, lo que le da mayor poder intimidatorio, desde el punto de vista subjetivo”.¹⁸

Asimismo, según D'Alessio, la agravante se funda “...en el mayor poder intimidante que posee quien emplea un arma, así como también en las menores posibilidades de defensa y en el mayor peligro corrido por la víctima”.¹⁹

Se aprecia, pues, que aunque los autores citados se refieren al poder intimidante, la exigencia de mayor peligro termina imponiéndose como requisito. Es decir, el arma debe tener aptitud para cumplir sus fines.

17. Donna, Edgardo Alberto, *op. cit.*, p. 51.

18. Ídem.

19. D'Alessio, Andrés, 1ª ed., *op. cit.*, p. 766.

6.2. Si el hecho se cometiere por una reunión de más de tres personas

Suele sostenerse que el fundamento de esta agravante reside en la mayor intimidación que genera esta modalidad delictiva.²⁰ El mayor temor se produciría en virtud del aumento del riesgo de afectación a la Administración.

El hecho debe cometerse por un grupo de cuatro personas como mínimo. En razón de que el precepto se refiere a una reunión, entendemos que los cuatro sujetos deben hallarse presentes al momento del atentado. No todos tienen que desplegar la misma conducta ni hacerlo en el rol de coautores, aunque deben tener un grado de participación punible. En este sentido, Donna tiene dicho: “Tal como lo explicita agudamente Tozzini, la preposición ‘por’ empleada por la ley tiende a dar dinamismo al tipo y señala la necesidad de que la ‘reunión de más de tres personas’ atente contra el funcionario, de modo tal que si, por ejemplo, de los cuatro agentes reunidos uno asumiera un papel pasivo, de simple contemplación, no se daría la forma agravada”.²¹

Donna afirma: “Cada una de las personas reunidas puede haber concurrido para imponer un acto distinto del funcionario. Lo relevante, como ya se dijo, es que ejerzan conjuntamente, en igual tiempo y espacio geográfico, intimidación o fuerza sobre el sujeto paciente”.²² No podemos compartir esta interpretación. Ello, en virtud de que el Código menciona “el hecho” que se cometiere por una reunión. Por tal término entendemos “el atentado”. Este no importa únicamente el empleo de fuerza o intimidación, sino que también requiere de la imposición de determinada conducta al funcionario. Por tal razón, los miembros de la reunión deben imponer el mismo comportamiento, de lo contrario habría varios atentados simples.

No es necesario que se configure una “banda”. Una reunión no necesita de aquellos elementos que muchas veces suelen ser asignados al concepto de banda. La división de roles, el liderazgo, la calidad de coautores en los intervinientes, por ejemplo, no son requisitos de una reunión. En este sentido, tiene dicho Donna que “[e]l elemento objetivo del tipo ‘reunión’ indica que los atentados deben estar presentes

20. Cfr. Donna, Edgardo Alberto, *op. cit.*, p. 53, y D'Alessio, Andrés, 1ª ed., *op. cit.*, p. 767.

21. Donna, Edgardo Alberto, *op. cit.*, p. 54.

22. Ídem.

en el lugar y momento del hecho, bastando la agrupación accidental o eventual en aras del objetivo típico: el de atentar en forma conjunta; de tal forma, no se exige plan o concierto previo”.²³

Por último, se ha preguntado la doctrina si la agravante se configura cuando hay inimputables en la reunión de cuatro personas. Donna responde que, para que así sea, todos deben haber entendido el acto.²⁴ Por nuestra parte, entendemos que la presencia de inimputables partícipes del delito no es óbice para la condena de quien tenga plena capacidad. Ello, en razón de que la exclusión de la pena se basa en cuestiones de culpabilidad. El tipo penal agravado ha sido completado por todos los intervinientes.

6.3. Si el culpable fuere funcionario público

En este caso se agrava la pena, exclusivamente en razón de la calidad que inviste el sujeto activo -funcionario público-. De dicha calidad surgiría la mayor obligación que tiene este de respetar la Administración Pública. Donna ha afirmado que “el particular que según el caso quede equiparado a funcionario por la aplicación del artículo 240 del Código Penal, no es susceptible de quedar atrapado por este inciso, por una parte y, por otra, no es necesario que el agente actúe en el ejercicio de sus funciones y abusando de ellas, vale decir, que no es indispensable que haya relación entre la función que se ataca y la que se desempeña. Por lo tanto, agravará el tipo tanto el funcionario policial o juez que quiera imponerle un acto a la autoridad, que tenga que ver con sus funciones, como el autor que es funcionario de cualquier otra área, que nada tenga que ver con el hecho en sí”.²⁵ Del mismo modo, Soler ha señalado que “[e]n el inciso tercero no se hace diferencia alguna con respecto a la naturaleza de la función pública desempeñada por el funcionario público, de manera que la agravación parece fundada exclusivamente sobre la calidad que inviste el autor, de la cual derivaría una obligación reforzada de respeto genérico a los demás órganos

23. Ídem.

24. Ídem.

25. Donna, Edgardo Alberto, *op. cit.*, p. 55.

del Estado”.²⁶ Se manifestaron de idéntica manera Argibay Molina²⁷ y Jorge Buompadre.²⁸

Creus agrega que “[a] la infracción que constituye el delito se suma el desprecio por la observancia de las normas que garantizan el funcionamiento de los demás órganos del Estado y que el funcionario, en cuanto tal, debe observar, con mayor cuidado que el ciudadano común; la Administración, por lo tanto, se ve doblemente ofendida: por la lesión propia del delito y por la lesión al deber de respetar sus procedimientos que tiene el funcionario que actúa dentro de ella”.²⁹

En efecto, debe aplicarse la figura agravada aun cuando el hecho se cometiera sin mediar abuso de su función o cargo, pues el deber jurídico del funcionario es de mayor entidad que el de un particular.

Puede utilizarse como sostén normativo de esta interpretación la citada Ley de Ética en la Función Pública. La mayor obligación de los funcionarios, así como su “deber extra”, podrían apoyarse en el artículo 2, inciso “a”, que manda a tales funcionarios a cumplir y hacer cumplir estrictamente la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que en su consecuencia se dicten, y defender el sistema republicano y democrático de gobierno.

6.4. Si el delincuente pusiere manos en la autoridad

La expresión “poner manos en la autoridad” es de carácter metafórico. Este estilo podría ser criticado desde una perspectiva de técnica legislativa. De todas formas, no es común que se cuestione este precepto desde el punto de vista del principio de legalidad, que demanda claridad en la ley penal. Este inciso rige en nuestro país desde hace muchos años y hay consenso en cuanto a que se refiere a “...ejecutar actos de fuerza sobre la persona del sujeto pasivo, siempre que el autor no obre a mano armada. Ejemplo: aplicarle golpes, empujones o

26. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1967, T. V, p. 102.

27. Argibay Molina, José F., “Consideraciones sobre el delito de atentado a la autoridad”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 1, Enero-Marzo, Buenos Aires, La Ley, 1969, p. 304.

28. Buompadre, Jorge, *Delitos contra la Administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*, Corrientes, MAVÉ - Mario A. Viera Editor, 2001, p. 58.

29. Creus, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires, Astrea, 1981, p. 56.

sujetarlo”.³⁰ En el mismo sentido, Donna señala “... que la acción consiste en el contacto físico entre el autor y su víctima”.³¹

Un sector de la doctrina entiende que el tipo agravado se superpone con la propia figura básica. Por este motivo, aquel sería inaplicable³² D'Alessio hace suya la posición de Molinario y afirma “...que el problema es irresoluble: siempre que el autor emplee violencia en contra del sujeto pasivo se dará el tipo calificado, lo que dejará sin contenido a la figura básica. En consecuencia entiende que, además de inaplicable, la figura es violatoria del *non bis in idem*”.³³

Si, como señalaban Fontán Balestra y Millán, la fuerza de la figura básica se corresponde con la fuerza física sobre el sujeto pasivo, no queda margen para la aplicación de la agravante que se analiza.³⁴

Quienes sostienen que no se produce una doble valoración señalan que la figura agravada encuentra su razón de ser en la mayor ofensividad de la conducta y el mayor peligro corrido por el sujeto pasivo.

Entendemos que no hay una doble valoración ni una superposición de las figuras, puesto que el atentado puede consistir en imposiciones que no importen el ejercicio directo de violencia sobre la persona del funcionario.

30. D'Alessio, Andrés, 1ª ed., *op. cit.*, p. 767.

31. Donna, Edgardo Alberto, *op. cit.*, p. 57.

32. Cfr., por ejemplo, Donna, Edgardo Alberto, *idem*.

33. D'Alessio, Andrés, 1ª ed., *op. cit.*, p. 768.

34. Fontán Balestra, Carlos, y Millán, Alberto S., *op. cit.*, p. 358.

JURISPRUDENCIA

Contienda de competencia entre Juzgado de Instrucción y Juzgado Correccional. Detenidos que amenazaron al personal del servicio penitenciario para que abrieran la puerta de la celda. Acto dirigido a imponer al funcionario la ejecución de un acto propio de sus funciones y que, por su especialidad, absorbe la figura de coacción. Justicia de Instrucción.

Fallo: “(...) contienda negativa de competencia suscitada entre el Juzgado en lo Criminal de Instrucción N° (...) y Juzgado en lo Correccional N° (...), Secretaría N° (...).

Y CONSIDERANDO:

De las constancias en autos, surge que el actuar de los encausados -consistente en el empleo de amenazas para que el personal del servicio penitenciario abriese la puerta de la celda que custodiaba-, estuvo dirigido a imponer al funcionario la ejecución de un acto propio de sus funciones, ilícito este que, por su especialidad, absorbe la figura de coacción.

En tal sentido, se ha dicho que “... el de coacciones es un medio represivo suplementario. Trátase de un delito subsidiario cuyo supuesto de aplicación es la no previsión del hecho por otros tipos particulares, en los cuales la coacción funcione instrumentalmente para la vulneración de distintos bienes jurídicos (incluso el de la libertad en otras manifestaciones); esos tipos absorben el de coacciones.” (Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, “Derecho Penal, Parte especial”, T. 1, p. 369, Buenos Aires, Astrea, 2007).

En atención a ello, y ya que podría verse configurado un supuesto de atentado a la autoridad agravado por el uso de armas, y sin perjuicio de lo que determine el avance de la investigación, corresponde seguir interviniendo en esta causa al Juzgado Correccional N° (...), Secretaría N° (...), lo que así SE RESUELVE (...).”

C. N. Crim. y Correc., Sala IV, González Palazzo, González. (Sec.: Barros). c. 13588/14, DIEZ KONSTEN. Rta.: 14/07/2014.

Procesamiento. Grupo de personas que reaccionaron contra personal de la policía metropolitana asignado a un predio en donde se demolió un edificio. Lesiones acreditadas. Agravio de la defensa: antijuridicidad, causa de justificación, protesta social. Rechazo. Impedimento del acto propio de la función policial. Tipicidad. Confirmación.

Fallo: “(...) I. No se encuentra controvertido que el 26 de abril de 2013, en las inmediaciones de la avenida (...) y (...) de esta ciudad, donde funcionaba el “Taller Protegido N° (...) dependiente del “Hospital de S. M. J. T. B”, personal de la Policía Metropolitana fue destinado a prestar colaboración a fin de que quienes habían sido encomendados al efecto por el gobierno de la ciudad pudieran demoler dicho edificio, conforme al plan de “Construcción de los Edificios del Nuevo Distrito Gubernamental”, siendo que en dicha oportunidad se produjeron diversos enfrentamientos entre los uniformados y un grupo de personas que reaccionaron físicamente contra aquellos, provocándoles distintos tipos de lesiones. En ese conjunto han sido insertos quienes aquí se encuentran imputados, lo que diera lugar al origen del presente proceso.

II. Para una mayor claridad expositiva resulta de utilidad tratar por separado cada una de las impugnaciones y así poder arribar a un pronunciamiento más certero, pasándose a continuación a cumplir tal cometido.

a. Situación procesal de (...): La defensa de (...) no ha puesto en discusión que su pupilo haya propinado puntapiés y arrojado piedras al personal policial en la ocasión, sino que circunscribió su agravio en que, con su desempeño, habría intentado impedir la comisión de un delito de acción pública por parte de las autoridades del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que ordenaron la demolición del “Taller Protegido n° (...)” pese a la existencia de una medida cautelar que la prohibía, con lo cual el accionar de su asistido se encontraría legalmente justificado.

Dicho argumento no puede ser atendido, por cuanto las constancias recabadas en autos dan cuenta de que la conducta desplegada por (...) fue situada temporalmente a partir de las 9 de la mañana del 26 de abril ppdo. (ver fs. ...) y para ese entonces las tareas de demolición sobre el edificio ya habían comenzado e incluso algunos testigos refieren que se encontraba finalizada (cfr. fs. ...). De tal modo, la actuación del prevenido en modo alguno puede encontrar un respaldo que excluya

su antijuridicidad, dado que el obrar en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de un derecho -en el caso, impedir la ejecución de un hecho delictivo (la presunta desobediencia a una orden judicial) como se ha argüido- debió llevarse a cabo con anterioridad a la ejecución de la medida y no cuando esta estaba en curso o ya había cesado. A ello cabe adunar que la agresión dirigida por el imputado al personal policial no se configuró en un incidente aislado sino que continuó durante toda la jornada, conforme surge del relato de los agentes (...), (...), (...) y (...), así como también del material filmico reservado en autos (fs. ... y videos aportados a fs. ...).

Por ello carece de eficacia lo alegado por la defensa para eximir de responsabilidad penal a su prohijado, pues la amenaza que pone en riesgo al derecho propio o de terceros que se pretende salvaguardar mediando una causa de justificación debe ser actual e inminente, situación que dista de la que ahora estamos analizando.

Al respecto, la doctrina ha sostenido que “El mal que se pretende evitar debe ser inminente, mayor que el realmente causado y el necesitado debe haber sido extraño a su aparición...La calidad de inminente se relaciona con una cuestión temporal. Debe tratarse de un peligro actual, a desencadenarse prontamente” (1). Lo mismo cabe respecto de la legítima defensa pues “la agresión debe ser actual... si el Código Penal exige que se actúe ‘en defensa de la persona o derechos’, será necesario que haya (o todavía haya) posibilidad de defensa. En otros términos, que sea posible evitar la lesión del bien jurídicamente amenazado” (2), extremos estos que no se evidencian en el sub lite.

Sentado ello, compartimos sin embargo con el recurrente que no se han configurado en la especie los requisitos típicos del delito de robo. Y es que en el contexto en que (...) desplegó las acciones violentas que se le atribuyen, esto es en circunstancias en que se encontraba forcejeando con la oficial (...), quien en sus manos portaba la tonfa reglamentaria, la que en determinado momento cayó al piso y fue inmediatamente recuperada por otro de los agentes policiales, no evidencia un ánimo de apoderamiento pues se exhibe como uno de los avatares del despliegue de fuerza contra la mujer policía para neutralizar la ejecución de un acto propio de sus funciones, lo que configuró justamente la figura contenida en el art. 237 del Código Penal.

No es correcta la afirmación de la defensa acerca de que la imputación de robo constituye el único obstáculo para que la causa no sea derivada a la justicia correccional. Ello así, pues también conforman el objeto procesal de estos actuados las lesiones de carácter grave sufridas por los efectivos (...) y (...) (fs. ...) que por su escala penal imponen la permanencia de la investigación en la sede de la instancia anterior donde actualmente tramita (arts. 25, 26 y 27 del CPP).

Además, y sin perjuicio de las razones de mejor administración de justicia que han impuesto la formación de varios legajos, son los sucesos acaecidos el 26 de abril de 2013 los que sustentan la tramitación de este proceso como también de sus conexos Nros. 20.209/13 y 27.116/13, donde se vislumbran hechos delictivos que ameritan la intervención del tribunal con mayor competencia.

Finalmente, y en tanto en la audiencia la asistencia técnica no expresó agravio alguno relacionado con el monto del embargo trabado sobre los bienes de su pupilo, corresponde tener por desistido el recurso de apelación articulado al respecto (artículo 454 segundo párrafo del CPPN).

b. Situación procesal de (...): El relato efectuado por la agente (...) en cuanto a que la imputada arrojó elementos contundentes hacia el personal policial y al acercarse a ella le espetó “si no me soltás te pego” (fs. ...), sumado a la ausencia de razones que conduzcan a dudar de la veracidad de su testimonio (3) junto al soporte fílmico reservado en autos que refleja dicho despliegue (DVD aportado a fs. ..., archivo 0079. mts, escenas de minutos 2:30 al 3:30), resultan más que suficientes para homologar la decisión adoptada por la anterior instancia.

Si bien la defensa sostuvo que ningún oficial habría expresado sentirse “atemorizado” por el actuar de (...), lo que impediría considerar configuradas las conductas que se le reprochan, tal cuestionamiento debe ser descartado pues los delitos de atentado o resistencia a la autoridad no exigen como elemento objetivo del tipo penal la creación de un temor concreto en el sujeto pasivo. Recuérdese que para el atentado es suficiente que el autor utilice intimidación o fuerza para exigir del oficial público la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones (art. 237 del CP) y en el segundo requiere el empleo de intimidación o fuerza para oponerse a una decisión funcional en marcha (art. 239 del CP) (4).

De otra parte, las alegaciones relativas a que la vestimenta descrita por (...) no se condice con la que lucía en la contienda (...) se disipan

con el mero cotejo entre el detalle efectuado por la agredida (pantalón largo, ambo de mangas cortas de color blanco y con líneas) y la fotografía obrante a (fs. ...).

Finalmente, la recurrente invocó el derecho a la protesta social amparado en el art. 14 de la Constitución Nacional para intentar la justificación de la conducta de su defendida que, como tal, no podría ser considerada delito, pero dicho argumento tampoco luce atendible, pues ha sido superado por la interpretación de nuestro máximo tribunal en el precedente “Diego Ribas y otros” (5) al consagrar que “En el ordenamiento jurídico vigente no existen derechos absolutos, es decir, insusceptibles de adecuada y prudente reglamentación”; “El derecho de huelga, con jerarquía constitucional, no es óbice a la sanción legal de tipos de conducta que importe extralimitaciones en el ejercicio razonable de dicho derecho. Sólo excluye las sanciones penales a la participación en las huelgas, en tanto ellas sean pacíficas”; “El empleo de la violencia en una huelga es incompatible con el respeto de los demás derechos que la Constitución Nacional preserva para los integrantes de la comunidad”; “Aun considerando en su sentido más lato, el derecho de huelga tiene su límite, por vía de principio, en el orden jurídico vigente, que la ley penal integra (Voto del Dr. Pedro Aberastury), acogiendo el dictamen del Procurador General en cuanto a que “...la concesión específica del derecho de huelga con jerarquía constitucional no es obstáculo, en consecuencia, a la sanción legal de tipos de conducta que importen extralimitaciones en el ejercicio razonable del mencionado derecho. Es obvio que el texto constitucional no justifica la comisión de todos los delitos comunes en el curso de los movimientos huelguísticos ni requiere otra interpretación que la excluya de las sanciones penales a la participación en las huelgas, en tanto ellas sean pacíficas”. Este criterio fue reiterado con posterioridad en el caso “S.A. Productos Stani vs. Juan Lorenzo Figueroa y otro” (6).

Como se advierte, y tal como fuera señalado por este tribunal en reiteradas oportunidades (7), ningún derecho puede ser ejercido abusivamente, dado que la ley no los considera absolutos ni tampoco ampara su uso excesivo (artículo 1071, segundo párrafo, Código Civil). Siendo entonces el abuso del derecho un acto ilícito, en modo alguno puede ser opuesto para excepcionarse de la responsabilidad inherente

al perjuicio originado por su utilización, máxime cuando afecta, como en el caso, la integridad física de terceros.

Aun cuando los reclamos corporizados en un contexto de legitimidad resulten inmunes al *ius puniendi* estatal, cuando estos operan como un instrumento dirigido a afectar los derechos de otros, también legítimos, no pueden ser cobijados dentro de la justificante del art. 34, inc. 4, CP, como lo pretende la parte. Así, la Cámara Federal de Casación Penal sostuvo: “corresponde que en un estado democrático de derecho todos los actores sociales adecuen sus conductas al debido respeto que merecen los derechos de los demás, demostrando ejemplaridad y un adecuado compromiso con los altos valores que regulan la vida social...en muchos casos, la ‘protesta social’ se canaliza por medio de delitos que afectan la integridad física, la salud o la vida (v.gr.: agresiones contra particulares y funcionarios policiales, cortes del tránsito que afectan el acceso de personas y ambulancias a lugares donde se atienden urgencias de salud, etc.), o el patrimonio público o privado (como lo constituyen los daños producidos en vehículos, negocios, oficinas del estado y provinciales o viviendas; las pintadas en frentes de edificios, etc.)...situación que determina descartar -ante las graves connotaciones y consecuencias que evidencian las conductas reseñadas- que sus autores pudieran creer que ese despliegue de su obrar quede enmarcado dentro de lo normativamente permitido”. (8)

c. Situación procesal de (...): Las constancias del sumario guardan suficiencia para acreditar, con el grado de probabilidad que esta etapa procesal requiere, tanto la materialidad del hecho que se le endilga como la responsabilidad que le incumbe a la encausada. En efecto, las declaraciones de V. A. O. (fs. ...), V. S. G. (fs. ...), R. Z. (fs. ...), P. I. Ch. (fs. ...), F. G. S. (fs. ...) y S. N. M. (fs. ...) evidencian que (...) habría arrojado piedras a los efectivos policiales, dirigido improperios a estos y mordido la mano de la referida O., ocasionándole las lesiones de que dan cuenta los informes médicos de (fs. ...).

Aun cuando la imputada refiriera en su descargo que al ser una persona con movilidad reducida no podría resistirse, textualmente “no voy a resistir a darme vuelta si me lo piden” (cfr. fs. ...), tal afirmación se contrapone con lo manifestado por el testigo que ella misma aportara, A. A. B., en cuanto este sostuvo que “dos policías de civil la

arrastraron hacia un grupo de mujeres policías, quienes forcejeaban con ella intentando darla vuelta” (fs. ...).

En nada modifican este juicio de valor las divergencias existentes entre los testimonios de los policías en torno a si la encausada se encontraba o no esposada al momento de morder la mano de O., pues no puede soslayarse el caótico contexto de desarrollo de los hechos que por sus características bien pudo haber afectado la exacta percepción de alguno de los testigos (9), más cuando sin embargo todos son contestes al situar el momento en que habría asumido su insurgente accionar, esto es, luego de haber sido reducida y durante su traslado al móvil policial.

Finalmente, en punto a la pretendida exclusión de ilicitud de tal conducta por haber respondido al ejercicio del derecho constitucional de protesta social, cabe remitir a las consideraciones efectuadas en el acápite precedente respecto de su coencausada (...), por tratarse de una cuestión similar.

d. Situación procesal de (...): El testimonio de R. Z., en cuanto expresó haberle solicitado a la sindicada que se retirara del lugar a fin de resguardar su integridad física, recibiendo como respuesta insultos y golpes (fs. ...), se constituye en una prueba autónoma para homologar el auto que la afecta, máxime cuando no se advierten motivos para afirmar que haya declarado guiada por odio, interés o enemistad contra aquella (10).

La versión sostenida por la asistencia técnica relativa que (...) había sido aprehendida con el fin de eliminar las fotos que había obtenido con su cámara y que comprometían al personal policial, no sólo carece de todo apoyo en las constancias del legajo sino que además siquiera fue sostenida en su oportunidad por la encausada (fs. ...). Se trata por tanto de una hipótesis expuesta por su letrado defensor luego del dictado del auto de procesamiento recurrido.

En cuanto al embargo que a esta concierne, cabe señalar que la suma fijada en la anterior instancia no luce excesiva teniendo en consideración el hecho atribuido, las obligaciones civiles que este puede generar, los honorarios profesionales del letrado defensor y la tasa de justicia. El agravio en punto a que debe reducirse dicho monto frente a la limitada capacidad económica de su defendida no puede recibir favorable acogida, pues dicho extremo no incide en la determinación del *quantum* de la medida cautelar -art. 518 del CPPN- (11).

e. Situación procesal de (...): Las versiones de las agentes (...) (fs. ...) y (...) (fs. ...), quienes dijeron haber observado a la aludida agredir tanto verbal como físicamente a los efectivos policiales, resistiéndose mediante “empujones” a su detención, también son idóneas para acreditar la materialidad del hecho y la responsabilidad que cabe asignarle en los términos del art. 306 del código adjetivo.

De otro lado, lo declarado por N. E. (fs. ...) y M. P. L. R. (fs. ...), corrobora lo que se achaca a (...) consistente en agredir físicamente a la policía y resistirse a ser aprehendido.

La defensa alegó que no se ha hecho alusión al contexto en el cual se desarrollaron los sucesos atribuidos a sus asistidos. Sin embargo, a partir del relato efectuado al momento de ser intimados y las probanzas enumeradas en dicha oportunidad en sustento de la imputación que se les dirige (ver actas de fs. ...), se desprende con claridad el marco en el que tuvieron lugar los acontecimientos investigados.

Corolario de todo lo expuesto, corresponde la homologación de los procesamientos dictados, sin que se imponga el análisis de otros argumentos expuestos en la audiencia pues, conforme lo ha interpretado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los Fallos 272:25; 274:113; 276:132; 280:320, la tarea del juzgador no radica en replicar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, bastando hacerse cargo de las que devienen conducentes para la decisión del litigio (12).

En consecuencia, el tribunal RESUELVE: I. CONFIRMAR los puntos (...).

Se citó: (1) Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Buenos Aires, ed. Hammurabi, 1997, T. 1, p. 628. (2) D'Alessio, Andrés José, “Código Penal de la Nación comentado y anotado”, Buenos Aires, ed. La Ley, 2009, T. I, pp. 584 y 585. (3) C. N. Crim. y Correc. Sala IV, c. 1125/11 “Velázquez Valverde”, rta. 15/8/11 y c. 64706/13/6 “Alvez”, rta. 18/12/13, entre otras. (4) Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, T. 10, pp. 103 y 119. (5) CSJN, Fallos 258:267. (6) CSJN, Fallos 267:452. (7) C. N. Crim. y Correc., Sala IV, c. 23.970 “Córdoba”, rta. 28/6/04 y c. 12.890/11, “Siri”, rta. 14/3/13. (8) C.F.C.P., Sala III, c. 4859 “Alais”, rta. 23/4/04 y c. 6379 “Armentano”, rta. 22/3/06. (9) C. N. Crim. y Correc., Sala IV, c. 968/09 “Schelgel”, rta. 16/7/09 y c. 17895/13 “Di Cugno”, rto.

5/6/13. (10) C. N. Crim. y Correc., Sala IV, c. 4/11 “Ricaldez”, rta. 7/2/11. (11) C. N. Crim. y Correc., Sala IV, c. 238/11 “Valdéz”, rta. 17/3/11. (12) C. N. Crim. y Correc., Sala IV, c. 32795 bis “The Exxel Group”, rta. 6/11/07 y c. 32.756 “Navarro”, rta. 15/11/07.

C. N. Crim. y Correc., Sala IV, González, Seijas. (Prosec. Cám.: Pe-reyra). c. 20760/13, BEJARANO, Susana y otros. Rta.: 22/04/2014.

Procesamiento. Imputado que arrojó golpes de puño al personal po-licial que intentó detenerlo debido a que arrojaba piedras. Elementos de prueba suficientes. Confirmación.

Fallo: (...) dictó su procesamiento en orden al delito de resistencia a la autoridad (artículo 239 del Código Penal).

De adverso a lo sostenido por el recurrente, los elementos reunidos en el legajo permiten avanzar con la incriminación penal del imputado (art. 306 del Código Procesal Penal).

En ese sentido, cabe apuntar que M. E. L., policía que inicialmente intervino en la detención de (...), lo reconoció en sede judicial como el individuo que luego de tirarle piedras e insultarlo se opuso a su detención arrojando golpes de puño (fs. (...)).

Lo expuesto se compadece con los dichos vertidos por el cabo (...), quien describió el singular contexto en el que se llevó a cabo la aprehensión de (...) en la esquina de la avenida Córdoba y la calle Carlos Pellegrini de esta ciudad, en el marco de los disturbios que se generaron luego de haber finalizado el partido final por el campeonato mundial de fútbol entre los seleccionados de Argentina y Alemania (fs. (...)).

Además, en lo que refiere al lugar en que se labró el acta de detención sobre lo que la defensa enderezó una de sus críticas, (...) se pronunció al respecto y aclaró que la situación crítica imperante y la magnitud del operativo que se había montado impidieron que el acta aludida se confeccionara en el lugar de los hechos (fs. (...)), extremo que no neutraliza el convencimiento requerido para esta instancia.

En consecuencia y sin perjuicio de que deberá reiterarse el pedido para contar con las filmaciones de las cámaras de seguridad existentes en el lugar, esta Sala RESUELVE: CONFIRMAR la resolución documentada a fs. (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala B, Filozof, Cicciaro. (Sec.: Franco). c. 41938/14, MIRANDA, Adrian. Rta.: 29/07/2014.

Procesamiento. Conocimiento por parte del imputado de la medida cautelar de prohibición de acercamiento dictada por el juzgado civil. Confirmación.

Fallo: (...) II. Compartimos el temperamento incriminante adoptado por el magistrado de la instancia anterior.

Las actas agregadas al legajo dan cuenta que el imputado fue notificado de la prohibición de acercamiento con anterioridad al hecho (...) y ello se condice con lo manifestado por la damnificada (...).

El agravio del recurrente en cuanto que la omisión del cumplimiento de una prohibición dispuesta por un magistrado civil no implica desobediencia en los términos previstos por el art. 239 del Código Penal no puede prosperar.

Al respecto la doctrina refirió: “El concepto ‘orden’ incluido en la figura del artículo 239 del Código Penal es un mandamiento, oral o escrito, que se da directamente a una persona, aunque no necesariamente en persona, por parte de un funcionario público, para que se haga algo o se deje de hacer algo” (1), lo que se evidencia en el caso traído a estudio.

En igual sentido sostuvimos que “Si bien el art. 32 de la ley 26.485 prevé determinadas sanciones genéricas extra-penales ante el eventual incumplimiento de las medidas ordenadas por el juez civil, esa circunstancia no permite concluir que el legislador haya pretendido reemplazar la aplicación de la figura penal de desobediencia para quien no acatara la orden dispuesta.” (2).

En consecuencia, (...), el Tribunal RESUELVE: CONFIRMAR el punto I del auto de fs. (...) en cuanto fuera materia de recurso. (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala VI, Filozof, Lucini, Pinto. (Prosec. Cám.: Asturias). c. 56031943/13, PLENACIO, Víctor Eduardo. Rta.: 11/09/2013.

Se citó: (1) Donna, Edgardo Alberto, “Derecho Penal”, parte especial, T. III, Buenos Aires, editorial Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 108; (2) C. N. Crim. y Correc., Sala VI, c. 2042/12 “Alvado, Damián Alejandro s/ procesamiento” rta.: 13/02/13.

Procesamiento. Violación a la prohibición de acercamiento y contacto impuesta por la justicia civil. Damnificada que habría escuchado una voz del sexo masculino amenazándola por el portero eléctrico la cual reconoció como la de su ex pareja. Orfandad probatoria. Dichos solitarios de la denunciante. Revocación. Sobreseimiento.

Fallo: (...) contra la resolución (...), que dispuso el procesamiento de su asistido en orden al delito de desobediencia (...). (...), se le imputa a (...) haber desobedecido la orden impartida por el Juzgado Civil nro. 86, en los autos caratulados “P. T. s/ denuncia por violencia familiar” (...), mediante la cual se prorrogaron las medidas dispuestas (...) por el término de 90 días, imponiéndose su exclusión del hogar y la prohibición de acercamiento a menos de trescientos metros de dicho domicilio (...), de la Sra. P. y sus hijas N. L. y A. Z. (...), siendo alrededor de las 21.00 horas, se presentó en la finca mencionada, tocó el timbre y le dijo a la Sra. P. por el portero eléctrico “te voy a sacar a las nenas si te veo sola en la calle, no voy a pagar más el alquiler, hacéte cargo vos”.

Llegado el momento de resolver y oída la Dra.(...) en la audiencia, llegamos a la conclusión de que los argumentos desarrollados por la defensa oficial merecen ser atendidos, por lo que la resolución en recurso habrá de ser revocada, disponiéndose el sobreseimiento de (...) la única prueba de cargo de la que se dispone son los dichos de la denunciante, quien sólo refirió haber oído una voz del sexo masculino por el portero eléctrico, “la cual reconoció como la voz de su ex pareja”, que la habría amenazado con sacarle a sus hijas (...).

Por otro lado, en su testimonio (...) explicó que se encontraba sola y que por haberse asustado llamó a su madre -que vive enfrente- y esta se cruzó y le refirió que no había llegado a ver a (...) por la zona o el barrio. El imputado por su parte, manifestó que ese día se encontraba trabajando o con su hijo, él tiene un hijo con otra pareja, trabaja en el turno noche y los días francos los pasa con su hijo desde hace seis años, (...). Así las cosas, sin perjuicio de la amplitud con la que deben evaluarse este tipo de casos (...), lo cierto es que la orfandad probatoria existente en autos y la imposibilidad de incorporar nuevos elementos a los fines de corroborar la versión de la denunciante, enfrentadas a la firme negativa en la que se coloca el imputado, impide continuar con la imputación formulada contra (...), por lo que: ...disponer el avance

de las actuaciones para habilitar la elevación a juicio, constituye un desgaste jurisdiccional innecesario (...). Por todo lo expuesto, habremos de revocar el auto en recurso y disponer el sobreseimiento de N. S. M. Por ello, se RESUELVE: REVOCAR (...) y, en consecuencia SOBRESSEER a N. S. M. (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala I, Rimondi, Barbarosch, Bunge Campos. (Sec.: Sosa). c. 56032149/13, M., N. S. Rta.: 11/10/2013.

Sobreseimiento. Fiscal que recurre y solicita llamar a la asistente social para profundizar la investigación. Imputada: Madre de menores de edad. Profunda complejidad familiar entre los involucrados y judicialización del asunto en la justicia civil en donde se impuso una prohibición de acercamiento. Elementos que no permiten afirmar que habría en el proceder de la imputada intención de impedir u obstruir ilegalmente el contacto filial, sino que sería una situación producto del conflicto entre los progenitores que excede el marco del proceso penal. Confirmación.

Fallo: (...) contra la resolución (...) en cuanto por ella se sobreseyó a (...) en orden a la conducta atribuida en la presente causa (...).

Luego de analizar los argumentos expuestos por las partes en el debate concluimos que la decisión apelada debe ser confirmada.

(...), tal como surge de lo informado por las partes en la audiencia y de la lectura de las actas escritas (...), resulta evidente la profunda complejidad familiar que existe entre los involucrados y la judicialización de estos conflictos, lo cual impone un análisis minucioso del asunto.

En el marco del expediente (...) del Juzgado Nacional en lo Civil (...) en virtud de una denuncia de J. contra R. por violencia familiar, (...) se dispuso la prohibición de acercamiento de este respecto de la imputada y los dos menores por el plazo de 90 días (...) conforme lo dicho por la defensora de menores e incapaces (...), no se prorrogó.

La nombrada también detalló (...) se encuentra tramitando un régimen de visitas y el proceso de revinculación del denunciante con sus hijos. Es más, se citó a las partes para que se lleve a cabo una entrevista al grupo familiar (...). (...), el Ministerio Público Fiscal solicita que se cite a la asistente social (...) lo cual tiene por fin reforzar la observación

de que los menores estarían influenciados por la madre para evitar el contacto con el padre, puesto que son ellos los se niegan a ver a R.

En este sentido (...), no se advierte la utilidad de esta medida por cuanto el análisis expuesto en dicho informe resulta por demás pormenorizado. Por otra parte, esta sede se encuentra limitada a ventilar los casos en que existan conductas positivas intencionalmente dirigidas a impedir u obstruir ilegalmente el contacto filial impedimento u obstrucción,

(...). En síntesis, todo permite inferir que la interrupción del contacto se debe al conflicto entre los progenitores y no a un obrar malicioso de la imputada tendiente a ese fin, por lo que la conducta denunciada no encuadra en la figura tipificada en el art. 1 de la ley 24270 ni en ninguna otra disposición legal.

En una cuestión tan delicada como es la introducción del derecho penal en el ámbito familiar, al tratarse de lazos desavenidos, deben extremarse los recaudos para no continuar afectando disvaliosamente a los niños, teniendo en consideración que el interés de ellos es el que debe prevalecer siempre, lo que impone que los asuntos aquí expuestos deban continuar siendo canalizados por la vía civil, (...).

En consecuencia, el tribunal RESUELVE: CONFIRMAR la resolución (...) en todo cuanto ha sido materia de recurso (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala I, Rimondi, Barbarosch, Bunge Campos. (Prosec. Cám.: Castrillón). c. 670082297/13, J., L. Rta.: 08/10/2013.

Procesamiento. Ex pareja que envía mails, mensajes de texto hostigando y publica en la red social “Facebook” comentarios de contenido difamatorio hacia la damnificada. Violación a la prohibición de acercamiento y contacto impuesta por la justicia civil. Confirmación.

Fallo: (...) II.- (...) refirió a fs. (...) que su ex pareja le había enviado mails con fotos de su hija, mensajes de texto hostigándola y publicado en la red social “Facebook” comentarios de contenido difamatorio hacia su persona, incumpliendo con la prohibición de acercamiento dispuesta por la magistrada a cargo del Juzgado Nacional en lo Civil (...).

A fs. (...) se agregó tal resolución, que suspendió al imputado todo tipo de “contacto físico, telefónico, de telefonía celular, de correo electrónico, por vía de terceras personas y/o por cualquier otro medio que implique la intromisión injustificada”, por el término de dos meses.

Conforme surge de las constancias del sumario, (...) fue notificado de ello el (...). No obstante, le envió diversos mensajes a la denunciante entre el (...) y (...).

En tal sentido hemos sostenido que “Constituye el delito de desobediencia la acción realizada por una persona que, al existir un proceso civil por violencia familiar en su contra, en donde por resolución judicial se lo excluyó del hogar conyugal aclarándose que no puede acercarse a su esposa e hijos del matrimonio, igualmente lo hace, máxime cuando se encuentra debidamente notificada -requisito correspondiente para conocer el impedimento-” y que “La desobediencia del incurso a la orden impuesta por el magistrado civil, bajo apercibimiento de aplicársele la multa respectiva y extraer testimonios en aplicación del art. 239 C.P., configura el ilícito previsto por el mentado artículo, ya que se trata de un delito instantáneo que se consuma con el acto material de hacer caso omiso a la orden impuesta por un funcionario público” (1).

Por otro lado, el agravio del recurrente en cuanto a que la resolución no se encontraba firme debido a recursos pendientes no tendrá acogida, pues fueron concedidos con efecto devolutivo (...), por lo cual lo expuesto por la defensa no tiene sustento porque la medida estaba vigente. En todo caso el letrado podrá peticionar en sede civil lo que estime pertinente.

Se conforma entonces un cuadro incriminante que desvirtúa el descargo ensayado por el imputado a fs. (...) y permite acreditar, con el grado de provisoriedad requerido por esta etapa procesal, tanto la materialidad del hecho como su intervención.

(...), este Tribunal RESUELVE: CONFIRMAR el auto de fs. (...), en todo cuanto fuera materia de recurso. (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala VI, Pinto, Lucini. (Prosec. Cám.: Gallo). c. 11590/13, G., J. P. Rta.: 05/06/2014.

Se citó: (1) C. N. Crim. y Correc., Sala VI, c. 58017615/12, “Sasso, Eduardo Alejandro”, rta.: 19/04/13.

CAPÍTULO 10
FALSA DENUNCIA

ARTÍCULO 245 DEL CÓDIGO PENAL

FALSA DENUNCIA DE DELITOS CUYA COMPETENCIA SE ENCUENTRA TRANSFERIDA A LA CABA (ARTÍCULO 245 DEL CÓDIGO PENAL)

Por José María Orgeira*

1. EL DELITO DE FALSA DENUNCIA

1.1. Fue incorporado al Código Penal (CP) por la Ley N° 13569, promulgada el 13/09/1949. Es innecesario abundar en detalles aquí sobre la historia legislativa anterior a la reforma que introdujo en nuestra legislación al delito de falsa denuncia, ampliando la extensión del artículo 244, relativo al delito de desacato.

1.2. En dos lapsos, distanciados entre sí, el primero durante la vigencia de la Ley N° 17567 –derogada por la Ley N° 20509–,¹ y el segundo mientras imperó la Ley N° 21338² –derogada luego por la Ley N° 23077–, la falsa denuncia consistió en afirmar falsamente que se había cometido un delito de acción pública o en simular los rastros de este con el fin de inducir a la instrucción de un proceso

* Abogado (UBA, 1960). Licenciatura en Ciencias Penales (UBA, 1961/4). Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal (UBA, 1968/2002; UPFA, 2000/12; UCES, 1995/2015). Justicia nacional: empleado (1956), secretario (1961), fiscal (1970) y juez en lo criminal de instrucción (1973/77). Profesor Escuela de Cadetes (PFA, 1961/77). Autor de *El Juicio Correccional. Procedimiento ante la justicia nacional*, con Norberto Quantín, Ediar, 1972; *La nueva reforma penal. Ley 16.648*, con Ernesto J. Ure, Lerner Editores, 1964. Colaboración en *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Miguel A. Almeyra y Julio Báez, La Ley, 2015, T. 2. Autor de estudios y comentarios en LL, JA y otras publicaciones. Cursos y conferencias.

1. Fontán Balestra, Carlos y Millán, Alberto S., *Las reformas al Código Penal. Ley N° 17.567*, Abeledo-Perrot, 1968, p. 393.

2. Fontán Balestra, Carlos y Millán, Alberto S., *La reforma penal. Ley N° 21.338*, Abeledo-Perrot, 1977, p. 301.

para investigarlo;³ en los dos interregnos pasó a ser un delito contra la administración de justicia, con el artículo 276 ter, claramente diferenciado de la calumnia judicial.⁴

1.3. Pero sería incompleta la reseña si no agregáramos que el Decreto-ley N° 4778/63 modificó el texto originario y construyó una figura en la que la infracción al artículo 245 CP se podía cometer denunciando falsamente un delito, imputándolo o no a una persona determinada.⁵ Evidentemente, más allá de su origen, esta fórmula independizaba ineludiblemente a la falsa denuncia del delito de calumnia, cuestión que, como veremos más adelante, originó sesudos debates.

1.4. El artículo 245 actualmente vigente responde a la Ley N° 24198, y el monto de la pena de multa, a la Ley N° 24286. O sea, que salvo en lo tocante a la pena de multa, que aumentó, se ha vuelto a la redacción originaria con la que lo incorporó al Código Penal argentino la Ley N° 13569.

1.5. Siempre ha dificultado una interpretación sistemática dentro de nuestro ordenamiento punitivo la circunstancia de que la falsa denuncia fue tomada originariamente del Proyecto Coll-Gómez de 1937 (artículo 347)⁶ que, a su vez, había abrevado, entre otros, en el Código Penal francés (artículo 368).

1.6. En definitiva, el artículo 245 CP que se aplica ahora, y cuya redacción nos interesa, ha quedado plasmado así: “Se impondrá prisión de dos meses a un año o multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos al que denunciare falsamente un delito ante la autoridad”.

3. La circunstancia de que no se encuentre prevista en la descripción actual de la falsa denuncia la forma real o de hecho, consistente en la llamada simulación de un delito de acción pública, no impide que una correcta interpretación del artículo 245 CP incluya esa conducta como una de las dos formas posibles de generar una *notitia criminis* falsa.

4. Manigot, Marcelo A., *Código Penal Anotado y Comentado*, Abeledo-Perrot, 1977, T. II, p. 926; Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Abeledo-Perrot, 1975, T. VII, p. 370; Laje Anaya, *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, Depalma, 1981, Vol. III, p. 201; Creus, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública*, Astrea, 1981, p. 523; Ure, Ernesto J., *Once nuevos delitos*, Abeledo Perrot, 1968, p. 65.

5. Fontán Balestra, Carlos, *Reformas al Código Penal*, Abeledo-Perrot, 1963, p. 85.

6. Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal, Parte Especial*, Mave -Mario A. Viera Editor-, 2003, p. 115.

2. IMPORTANTE DISCUSIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL PARA DISTINGUIR A LA FALSA DENUNCIA DEL DELITO DE CALUMNIA

2.1. Pese a que la infracción al artículo 245 CP se encuentra en el Título XI, Delitos contra la Administración Pública, hasta hace muy poco tiempo fue compleja la interpretación de su ámbito de aplicación en aquellos casos en que esa falsa denuncia de un delito de acción pública se concretaba contra una persona determinada, porque se discutía si al acusar mentirosamente a alguien –sujeto pasivo de la imputación– un delito de acción pública, no correspondía endilgarle calumnia, del artículo 109 CP, que es delito de acción privada y está en el Título II, Delitos contra el honor.

2.2. Se ha escrito mucho sobre el particular, debido a la imposibilidad de enjuiciar contemporáneamente por falsa denuncia –de acción pública– y calumnia –de acción privada–;⁷ con la dificultad adicional de que este último delito depende de la libre y exclusiva voluntad del ofendido, que decide si quiere promover y sostener la correspondiente querrela hasta que termine el juicio o si, en cambio, prefiere no hacer nada, por renuncia expresa o tácita a la acción penal privada, de conformidad con la facultad establecida en el artículo 59, inciso 4, CP. El que pretenda rastrear sobre el tema podrá encontrar diferentes tesis, desarrolladas por eminentes tratadistas e ilustrados magistrados, las que al cabo del tiempo fueron quedando de lado cuando se unificó el criterio judicial sobre el particular y primó la calumnia sobre la falsa denuncia.

2.3. La cuestión quedó zanjada por la Cámara Criminal y Correccional en el fallo plenario “Bulog, Jorge”, del 27/03/1953,⁸ cuya interpretación ha sido acatada por la mayoría: excluía a la falsa denuncia calumniosa, por entender que sólo correspondía perseguir la imputación como calumnia del artículo 109 CP.

7. Orgeira, José María, “La doble persecución penal de las falsas denuncias calumniosas”; La Ley 2002-C, p. 449; y *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario - Derecho Penal, Parte Especial*, de Almeyra, Miguel A., La Ley, 2011, T. II, vol. 4, p. 637.

8. La Ley, T. 70, p. 112; fallo reproducido en *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario - Derecho Penal, Parte Especial*, de Almeyra, Miguel A., T. II, vol. 4, p. 225.

2.4. Esa fue la situación judicial imperante, porque está siendo lenta la asimilación de la tesis correcta, que se debe construir a partir de la reforma establecida por la Ley N° 26551. Es que, al suprimir la pena de prisión para el delito de calumnia del artículo 109 CP, se erige como delito con pena mayor a la falsa denuncia del artículo 245 CP, que mantiene a la prisión entre las sanciones previstas.

3. POR QUÉ LA FIGURA DE CALUMNIA DESPLAZABA A LA FALSA DENUNCIA AUNQUE LA IMPUTACIÓN DEL DELITO DE ACCIÓN PÚBLICA FALSA FUERA CONTRA PERSONAS DETERMINADAS

3.1. Lo esbozamos en los puntos 2.3. y 2.4., pero es preciso aclararlo mejor. La acción típica del artículo 109 CP (su núcleo) ha sido siempre la misma, pero no la sanción a imponer. El texto era el siguiente: “La calumnia o falsa imputación de un delito de acción pública, será reprimida con prisión de uno a tres años”.

3.2. Mientras que, invariablemente, el texto del artículo 245 CP es así: “Se impondrá prisión de dos meses a un año o multa de...”.

3.3. Por eso, a partir del plenario “Bulog, J.” (ver 2.3.), por su mayor pena de prisión (uno a tres años), la calumnia desplazó por largo tiempo a la falsa denuncia (dos meses a un año), independientemente de que el ofendido promoviera la acción penal privada o no lo hiciera nunca. Entonces, aunque se hubiera descubierto la mendacidad del denunciante, la justicia penal se cruzó de brazos, no hizo nada en contra de él; y se limitó a absolver o sobreseer al que había sido víctima del delito de acción pública calumniosamente atribuido, aunque la pataña hubiera provocado su encarcelamiento o, cuanto menos, varios años de un proceso penal en el que hubiera tenido que defenderse de esa injusta imputación.⁹ Ya en 1966 el juez de instrucción Héctor F. Rojas Pellerano alertó a la Cámara del Crimen sobre la proliferación de denuncias falsas para detener la ejecución de demandas comerciales,

9. C. N. Crim. y Correc., Sala IV, c. 32460/2011/CA2, “Raco, Lucía Ángela s/falsificación documento privado”, 09/04/2014. Se anuló el procesamiento por falsa denuncia de quien involucró a su hermano en un homicidio mediante la presentación de un análisis de sangre apócrifo. Se entendió que la falsedad de la imputación sólo podía constituir calumnia.

argumentando que las firmas eran falsas, alentados por la impunidad de su comportamiento a partir del plenario citado; y solicitó se procurara una modificación de los textos legales.¹⁰

4. LA SITUACIÓN VARIÓ SUSTANCIALMENTE CON LA SUPRESIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN PARA EL DELITO DE CALUMNIA

4.1. Aunque sólo unos pocos se han dado cuenta, mientras el resto sigue aferrado a la vieja interpretación -el plenario “Bulog”-, que favorece la impunidad del que denuncia falsamente a otro atribuyéndole la comisión de un delito de acción pública. Aunque lo cierto es que, desde la puesta en vigencia de la Ley N° 26551, que dejó a la calumnia exclusivamente castigada con multa, lo correcto es que ahora se enjuicie oficiosamente al denunciante falso, porque la falsa denuncia pasó a ser el delito con pena más grave, toda vez que sólo en el artículo 245 CP subsiste la sanción de prisión.

4.2. Alerté sobre el particular en una nota doctrinal titulada “Las falsas denuncias calumniosas. Perdieron vigencia el plenario ‘Bulog’ y las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales que le dieron sustento”, publicada en *La Ley* 2014-F-955.

5. CONDUCTAS QUE HAN SIDO Y SEGUIRÁN SIENDO ÚNICAMENTE FALSA DENUNCIA

5.1. Cuando el denunciante mentiroso se limita a denunciar ante la justicia un delito que no se cometió, sin atribuírselo a alguien en particular, el encasillamiento correcto queda circunscripto al artículo 245 CP, por ser exclusivamente la denuncia de un delito inexistente. En estos casos, es claro que el único sujeto pasivo es la autoridad encargada de la persecución penal.¹¹ Conservo entre las noticias de la crónica policial el caso de una mujer que, cuando creyó que iba a ser sorprendida por su hija de 8 años mientras cometía adulterio con un sobrino,

10. *La Nación*, 27/6/66, p. 8.

11. Laje Anaya, Justo, Gavier, Enrique, *Notas al Código Penal Argentino, Parte Especial*, Córdoba, Marcos Lerner Editora, 1996, Vol. III, p. 112.

con rapidez le tapó los ojos a la menor, la sacó de su casa y denunció falsamente el rapto, estratagema que fue descubierta.¹²

5.2. La falsa denuncia más frecuente consiste en presentarse ante la autoridad pública para, en forma verbal, volcada luego en acta, o directamente por escrito, generar una investigación penal por un delito inexistente, sabiendo el denunciante que es falso que haya ocurrido la conducta descripta. Pero, pese a que no subsiste la redacción del tipo introducida en su momento por leyes que perdieron vigencia (ver 1.2. y nota 4), también constituye falsa denuncia simular los rastros de un delito de acción pública con el fin de inducir a la instrucción de un proceso para investigarlo. Por ejemplo, preparar signos exteriores de robo con efracción, dejando la puerta del negocio abierta, con la cerradura dañada y cosas revueltas en el interior del local, para que el policía que pase por allí alerte a sus superiores del presunto delito; punto de partida para que el comerciante que armó la escena pueda presentarse luego como supuesto damnificado y gestionar el cobro del seguro.

5.3. Lo que ocurre muchas veces es que la falsa denuncia se formula en conexión con un delito anterior, u otro posterior previamente pergeñado, como en el ejemplo dado en 5.2.

El denunciante dice, por ejemplo, “me robaron” –o simula el robo–, porque:

5.3.1. cometió antes defraudación o apropiación indebida de fondos ajenos;¹³

5.3.2. pretendía estafar a la compañía de seguros;¹⁴

5.3.3. quería cubrir el uso anterior del auto en un hecho delictivo;¹⁵

12. *La Razón*, 6/9/75.

13. Aguirre Obarrio, Eduardo, de Molinaro, Alfredo J., *Los delitos*, 1ª impresión, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1999, T. III, p. 392.

14. C. N. Crim. y Correc., Sala I, c. 42497/12, “Torres, Héctor Horacio”, 7/06/12. Se le atribuyó al imputado haber efectuado una falsa denuncia, en concurso ideal con estafa en grado de tentativa, en calidad de partícipe necesario (artículos 42, 45, 54, 172 y 245 CP), por haber intentado defraudar a la compañía donde tenían asegurado el vehículo de su propiedad.

15. C. N. Crim. y Correc., Sala IV, c. 15841/13, “Sánchez, Christian Daniel s/falsa denuncia”, 06/08/2014. Se establece que el día anterior a la denuncia de sustracción de una motocicleta “Honda XR 250”, este vehículo ya tenía pedido de secuestro por un episodio delictivo cuando tres sujetos armados habrían desapoderado del rodado al denunciante.

5.3.4. la AFIP le pide que acredite una situación o movimiento financiero que no es real, y con la denuncia de la inexistente sustracción consigue un certificado que dificulta la prueba de la evasión tributaria;

5.3.5. denuncia un robo, seguido del homicidio de su pareja, para encubrir su propio crimen; quiso engañar a la justicia desviando el curso de la investigación.

5.4. La temática no se agota con los casos enumerados, que son sólo los más frecuentes. Es preciso agregar que la falsa denuncia concurrirá real (artículo 55 del CP) o idealmente –no hay uniformidad de criterio– con el delito anterior que se pretendía encubrir (5.3.1., 5.3.3., 5.3.4. y 5.3.5) o con el delito posterior que se procura llevar a cabo (5.2. y 5.3.2.).

5.5. También debe entrar en este reducido grupo de denuncias falsas la que se concreta mediante la *notitia criminis*, sin dar el nombre de los autores del delito de acción pública denunciado, pero, de modo tal, que se está indicando quién fue o quiénes fueron sus autores, mediante un tramposo suministro de datos reveladores de identidad. Claro está que, en la correcta interpretación actual, a partir de la puesta en vigencia de la Ley N° 26551, con o sin la falsa determinación concreta del sujeto activo, de todos modos es aplicable el artículo 245 CP (ver 4., 4.1. y 4.2.).

5.6. No se puede extinguir la acción penal del delito de falsa denuncia mediante el pago de la pena máxima de multa, porque el artículo 245 CP tiene prevista la pena alternativa de prisión. La extinción prevista en el artículo 64 CP sólo procede para los delitos reprimidos exclusivamente con pena de multa.¹⁶

6. SIEMPRE CORRESPONDE AHORA ABRIR CAUSA PENAL POR FALSA DENUNCIA

6.1. Superado el esquema del plenario “Bulog, Jorge” (ver 2.3. y 3.3.), de una u otra forma el autor de la falsa denuncia, una vez descubierto, deberá ser sometido de oficio a juicio penal por infracción al artículo 245 CP, siempre que quede claramente establecido que la persona ca-

16. C. N. Crim. y Correc., Sala IV, c. 50166/2011, “Pezzutti, Daniel Jorge s/extinción de la acción penal”, del 19/06/2013, con remisión a causas n° 1361/10 “Gigliotti, Héctor Emilio”, del 23/9/10; n° 454/11, “López, Liliana Beatriz”, del 4/5/11.

luminosamente imputada es inocente; o sea, que haya una resolución en tal sentido con autoridad de cosa juzgada.

6.2. Como la calumnia del artículo 109 CP no debe desplazar más a la infracción al artículo 245 CP; y se mantiene la imposibilidad del doble juzgamiento por el mismo hecho, cuestión largamente debatida (ver 2.3., 3.3. y 6.1.), el ofendido por la denuncia falsa podrá constituirse en particular damnificado por el delito de acción pública.

7. LA QUERRELLA POR INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 109 CP EXCLUSIVAMENTE PARA LA CALUMNIA EXTRAJUDICIAL

Si hacemos una interpretación sistemática, de acuerdo con las conclusiones que se han desarrollado (ver 6.1. y 6.2.), el ámbito de la querrela por infracción al artículo 109 CP quedará limitado a los casos de calumnia extrajudicial, por lo que será una decisión personal del ofendido llevar adelante la acción penal privada hasta el dictado de una condena, o renunciar expresa o implícitamente a dicha acción de conformidad con lo establecido en el artículo 59, inciso 4, CP.

8. PROMOCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR FALSA DENUNCIA

8.1. Con este cuadro de situación, el proceso penal por falsa denuncia debe ser promovido oficiosamente a partir de la determinación de que el delito no existió (ver 5.1.), o cuando los jueces sobreseen o absuelven al falsamente imputado (ver 4.1. y 4.2.); en todos los casos por imperativo legal (artículo 81 CPPCABA y artículo 177, inciso 1, CPPN).

8.2. Pero también puede procurar su juzgamiento cualquier particular mediante denuncia efectuada ante el Ministerio Público Fiscal (artículo 79 CPPCABA), la policía u otros órganos competentes (artículo 174 y ss, CPPN).

8.3. Asimismo, el particular damnificado por la falsa denuncia puede constituirse en parte querellante (artículo 10 CPPCABA y artículo 82 CPPN).

9. NO SIEMPRE QUIEN SALE AIROSO DE UNA DENUNCIA EN SU CONTRA QUEDA HABILITADO COMO DAMNIFICADO POR EL DELITO DE FALSA DENUNCIA

Es preciso que no se equivoque quien se considera sujeto pasivo de una falsa denuncia, porque no basta con su exoneración de responsabilidad para poder promover la acción penal contra la persona que impulsó la investigación en su contra por robo, defraudación o cualquier otro delito. No es así. En principio, todo ha de depender de los términos concretos de la resolución judicial que lo desvincule como posible autor, porque, más allá de que el ofendido sea o se considere inocente, su posibilidad de replicar penalmente contra el ofensor está supeditada en gran medida a los fundamentos con lo que se decida su exculpación. Por ejemplo, que en el auto desinriminatorio se aluda concretamente a la falsedad de la imputación, a la inverosimilitud de la denuncia, o se viertan consideraciones similares en ese sentido.

10. LA DENUNCIA FALSA PUEDE SURGIR DE UNA QUERRELLA CONTRA QUIEN ES INOCENTE

Resulta irrelevante que la denuncia falsa aparezca dentro del formato de una querrela o el de una simple denuncia. Probada la falsedad, estaremos en los dos casos ante una infracción punible al artículo 245 CP.

11. REITERACIÓN DE IMPUTACIONES FALSAS

11.1. Obviamente –y esto sucede muy seguido–, aunque las manifestaciones mendaces se sucedan, habrá una sola denuncia falsa. Igual será cuando el denunciante inicial se constituya en parte acusadora mediante un acto procesal posterior. O sea, que ratificada la denuncia primigenia, o convertido quien denuncia en querellante, aunque su imputación se extienda o complementa con lo manifestado en varias audiencias posteriores, estaremos siempre en presencia de una sola y única denuncia falsa; y no de una denuncia reiterada.

11.2. En cambio, sí habrá concurso real (artículo 55 CP), cuando nuevas denuncias falsas originen la formación de otros sumarios, mecanismo tortuoso empleado para acentuar la persecución penal del sujeto pasivo, sea en la misma o en otra jurisdicción.

12. CUÁNDO ES POSIBLE REPROCHAR PENALMENTE LA FALSA DENUNCIA

12.1. Ante todo, es menester “denunciar un hecho concreto y con expresión de las circunstancias suficientes para poder encuadrarlo como un delito (ante la autoridad)”,¹⁷ con todas las formalidades previstas en la legislación procesal;¹⁸ y debe contener rasgos de verosimilitud y seriedad; no ser manifiestamente absurda, ingenua o descabellada.¹⁹ Tiene que ser idónea para movilizar el aparato represivo.²⁰

12.2. Obviamente, debe ser la denuncia de un delito de acción pública, porque de lo contrario ninguna autoridad de las que habitualmente recibe la *notitia criminis* (policía, fiscal o juez con competencia para ello), aceptará labrar el acta inicial –de encabezamiento– que pone en marcha la instrucción de sumario.

12.3. No serán típicas las falsas denuncias de hechos inverosímiles, o reales pero que no encuadran en ninguna figura penal.²¹

13. CASOS EN LOS QUE NO HAY DELITO DE FALSA DENUNCIA

13.1. Si se promovió la acción penal por un delito de acción privada (son los que están enumerados en el artículo 73 CP–Ley N° 24453–), entre los cuales se encuentran, por ejemplo, las calumnias e injurias, determinada la falsedad de la imputación sólo es posible querellar al ofensor por el delito de injuria (artículo 110 CP), debido a que este mintió al atribuir

17. Aguirre Obarrio, Eduardo, n. 14, *op. cit.*, p. 392.

18. Buompadre, Jorge, n. 7, *op. cit.*, p. 121.

19. *Ibidem*, p. 122.

20. Laje Anaya, Justo, n. 12, *op. cit.*, p. 112.

21. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 124.

injustamente al ofendido una conducta disvaliosa.²² Tengamos siempre presente que la infracción al artículo 245 CP únicamente puede darse por la atribución mendaz de un delito de acción pública.

13.2. A la misma conclusión se llega cuando se imputa falsamente una falta o una contravención. Por eso, no puede imputarse infracción al artículo 245 CP en los hechos previstos en el Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley N° 1472 -BOCBA n° 2055, del 25/10/04), cuya descripción encontramos a partir del artículo 51. Pero, preciso es tener presente que cuando una contravención concurre con un delito, como el ejercicio de la acción penal por este último, la desplaza (artículo 15); la mendaz atribución de esa conducta sí constituye falsa denuncia.

14. RESPONSABILIDAD PENAL POR LA FALSA DENUNCIA ANÓNIMA

14.1. En principio, ninguna denuncia anónima puede originar la formación de una causa penal, porque el denunciante debe dar a conocer su identidad y presentar un documento válido para acreditarla (artículo 175, último párrafo, del CPCN y artículo 82 del CPPCABA).

14.2. Sin embargo, aunque la legislación procesal lo impide, muchas investigaciones se ha iniciado y se desarrollan a partir de una denuncia anónima, originando la instrucción de sumarios, por lo que, independientemente de la posible declaración de nulidad de todo lo actuado, determinada la falsedad de la *notitia criminis*, quien ha conseguido poner en movimiento a la justicia represiva puede ser inculcado por el delito de falsa denuncia.

14.3. Asimismo, aunque sea un particular o funcionario público el que quede registrado en los papeles como denunciante, aquel que aportó desde el anonimato la falsa versión de un delito de acción pública no debería quedar al margen y eludir su inculcación, de acuerdo con las reglas de autoría mediata o instigación (artículo 45 CP), por haber determinado a otro a realizar la conducta que cae en la previsión del artículo 245 CP.

22. Orgeira, José María, "La verdad y el honor", *Lecciones y Ensayos*, Segunda época, N° 1 (diciembre 1981).

15. LOS QUE DENUNCIAN INVOCANDO IMPERATIVO LEGAL PUEDEN COMETER FALSA DENUNCIA

El funcionario público (artículo 81 CP), u otras personas que tuvieren conocimiento de la comisión de un delito de acción pública en ejercicio de sus funciones, salvo casos de secreto profesional, están obligados a efectuar la denuncia, porque si la omiten incurren en encubrimiento (artículo 277, inciso “d”, CP). Pero cuando la formulen con conocimiento de su falsedad, no podrán ampararse en la obligación de poner el hecho en conocimiento de la justicia (artículo 177 CPPN y artículo 81 CPPCA-BA), invocando la causa de justificación del artículo 34, inciso 4, CP; su conducta cae en la previsión del artículo 245 CP.

16. LA EXTRAORDINARIA IMPORTANCIA QUE COBRA LA FALSA DENUNCIA AL QUEDAR ENERVADA LA DOCTRINA DEL PLENARIO “BULOG, J.” Y LAS INTERPRETACIONES CONCORDANTES

Todos los que hemos tenido actuación en el fuero penal desde los tiempos anteriores a la puesta en vigencia de la Ley N° 26551 (ver 4), o sea, cuanto menos desde el año 1953 (ver 2.3.), sufrimos la frustración o fuimos espectadores al ver lo fácil que ha sido manchar la honra de personas inocentes y movilizar a la justicia con cuentos armados y pruebas truchas (ver 3.3. y nota 10), estado de cosas que puede cambiar (ver 6); debe cambiar, porque los funcionarios públicos tienen la obligación de denunciar las falsas denuncias, habida cuenta de que rigen las disposiciones precedentemente señaladas (ver 15) y, en consecuencia, omitir la denuncia de la falsa denuncia constituye encubrimiento.

Ha desaparecido para siempre la atadura al plenario “Bulog, J.”, que dejaba abierta exclusivamente la puerta para que el damnificado promoviera querrela por el delito de calumnia. En incontable cantidad de casos, en buenas y fundadas resoluciones, se ha afirmado categóricamente que la denuncia era falsa o la querrela calumniosa, con imposición de costas, y la mención de que quedaba a salvo el buen nombre y honor de los imputados. Pero nada más se incluía en la parte dispositiva del pronunciamiento. Por lo que, desalentados los beneficiarios, cansados de litigar y de pagar honorarios, no hacían uso de la acción

penal privada, con los costos inherentes que el nuevo emprendimiento judicial conlleva al que procure contratar un abogado de su confianza.

17. LA COMPETENCIA PARA SUSTANCIAR EL PROCESO POR EL DELITO DE FALSA DENUNCIA PASÓ A LA JUSTICIA PENAL DE LA CABA

Así lo dispuso la Ley N° 26702. Entre otros delitos que enumera, transfirió la competencia para la investigación y juzgamiento de la falsa denuncia (artículo 245 CP) a la Justicia de la CABA. Pero si hacemos una relación cronológica, nos encontramos con que:

17.1. El Convenio de Transferencia N° 14/2004 (BO 31/03/08), confirmado por el Gobierno de la CABA mediante Ley N° 2257 (sancionada el 14/2/2006), originó primero la sanción de las Leyes N° 25752 (BO 28/07/2003) y 26357 (BO 31/03/2008), con un primer listado de delitos transferidos:

- a) Lesiones en riña (artículos 95 y 96 CP),
- b) Abandono de personas (artículos 106 y 107 CP),
- c) Omisión de auxilio (artículo 108 CP),
- d) Exhibiciones obscenas (artículos 128 y 129 CP),
- e) Matrimonios ilegales (artículos 134 a 137 CP),
- f) Amenazas (artículo 149 bis, primer párrafo, CP);
- g) Violación de domicilio (artículo 150 CP),
- h) Usurpación (artículo 181 CP),
- i) Daños (artículos 183 y 184 CP),
- j) Ejercicio ilegal de la medicina (artículo 208 CP),
- k) Los tipificados en las Leyes N° 13944, 14346 y artículo 3 de la Ley N° 23592).²³

17.2. Luego, la Ley N° 26702 –citada *ut supra*– amplió considerablemente la nómina de los delitos incluidos (BO 6/10/2011).²⁴ Entre ellos, los Delitos contra la Administración Pública “*ocurridos exclusivamente en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuando se tratare de actos cometidos por sus funcionarios públicos, o contra sus funcionarios públicos, que atenten*

23. Código Penal concordado y otros textos legislativos, Buenos Aires, Grün Editora, 2015, p. 321.

24. Publicación citada en nota anterior, pp. 326-327.

contra el funcionamiento de sus poderes públicos u ocurran en el marco de un proceso judicial que tramite ante los tribunales locales”.

Así, en el apartado b de este listado, está *“Falsa denuncia de delitos cuya competencia se encuentre transferida a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 245 Código Penal)”.*

17.3. No voy a reproducir esa extensa enumeración, que empieza con atentado y resistencia contra la autoridad (a), pasa por falsa denuncia (b) –como recién dijimos– y concluye con ilícitos relacionados con los Estupefacientes (h), porque lo que nos interesa en este estudio es dejar en claro que, salvo casos de competencia federal u ocurridos y juzgados fuera del ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, todos los restantes casos de falsa denuncia han quedado actualmente para ser investigados y sancionados por el Poder Judicial de la CABA.

17.4. Por último, la cláusula transitoria que encontramos en la Ley N° 26702 establece que la transferencia de competencia no corresponde para las causas en trámite, cuya conclusión haya quedado pendiente ante los tribunales nacionales. Pero, como recién cuando queda firme lo resuelto en esas causas es posible promover la acción penal por falsa denuncia (ver 6.1.), si este delito surge claramente como consecuencia del sobreseimiento o la absolución del denunciado –pronunciamiento posterior a la puesta en vigencia de la Ley N° 26702–, mientras haya sido consumado en el ámbito porteño, y no sea de competencia federal, la Justicia de la CABA tendrá competencia para su juzgamiento.

18. LA FALSA DENUNCIA Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Es interesante el problema de competencia que se suscita cuando las versiones falsas sobre conductas supuestamente delictivas son vertidas en los medios de comunicación desde la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tanto por los particulares como por funcionarios públicos;²⁵ y re-

25. Omíto deliberadamente a los periodistas, porque, de no ser así, estaríamos conculcando la libertad de prensa, cuyos integrantes deben quedar amparados de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 de la Constitución Nacional. Pero si ellos recogen y difunden las mentiras pergeñadas por los otros (particulares o funcionarios públicos), su

cogidas por otros, originan en la órbita capitalina la promoción de la correspondiente denuncia, a la postre falsa. La CSJN ha resuelto, desde antaño, que cuando la actividad ilícita se desarrolla en varias jurisdicciones, nada impide que tome intervención la justicia penal donde tuvo su inicio o exteriorización el delito, incluso por razones de economía procesal. En estos casos, el autor de la especie falsa debe ser juzgado igual que el denunciante anónimo (ver 14.1.), o aquel que pone en movimiento a otro (14.2.), de acuerdo con las reglas de autoría mediata o instigación (artículo 45 CP), con expresa exclusión de los hombres de prensa, amparados por el artículo 32 de la Constitución Nacional.

19. CUÁNDO SE PUEDE CONSIDERAR ACREDITADA LA EXISTENCIA DE UNA DENUNCIA FALSA

19.1. En algunos casos, es relativamente fácil determinar que la denuncia es falsa; ante todo, porque muchas veces -pero no siempre- la mentira tiene patas cortas. Igual, sólo con la denuncia inicial falsa que moviliza al aparato represivo queda consumado el delito (ver 8.1.), pero su juzgamiento está supeditado al previo dictado de una resolución firme a favor del denunciado, aunque este no haya sido convocado nunca a dar explicaciones.

19.2. Aunque rápidamente se archiven las actuaciones, la falsedad de la denuncia falsa no debe quedar impune.

19.3. Algunas veces, la verdad tarda más en aparecer y es preciso que el denunciado designe defensor, formule explicaciones espontáneas, preste declaración indagatoria y aporte prueba, finalmente exculpatoria. El cuadro que estamos presentando es el de los finales felices, donde la Justicia no sólo rechaza la denuncia falsa, sino que promueve oficiosamente la acción penal contra el denunciante por infracción al artículo 245 CP.

19.4. Sin embargo, hay muchos procesos penales en los que la persona imputada sólo consigue salir del proceso por imperio de la duda, aunque sea absolutamente inocente. Por cierto que, sin una definición clara de lo que sucedió, no hay base sólida para promover la acción penal por falsa

impunidad, garantizada constitucionalmente, no impide incriminar a los que deliberadamente sean los autores intelectuales de las falsas especies, quienes no gozarán de indemnidad por haber logrado su reproducción en diarios, radios, televisión, etcétera.

denuncia; y tampoco tendrá éxito seguramente el ofendido aunque se constituya en parte querellante por infracción al artículo 245 CP (ver 6.2.).

20. CONOCIMIENTO DE LA FALSEDAD DEL HECHO DENUNCIADO

20.1. Nunca podrá ser falsa una denuncia si el hecho descrito por el denunciante es real, lo que implica total coincidencia con las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

20.2. Sin embargo, puede existir un error de apreciación que haya movido al denunciante a dar noticia de un hecho cierto como si fuera delictivo, o sea, con ausencia del indispensable elemento subjetivo del tipo penal. El inolvidable profesor y académico de Derecho, Eduardo Aguirre Obarrio, da un ejemplo muy ilustrativo de lo que puede llegar a suceder: alguien cree que le arrojaron una maceta desde un balcón, lesionándolo, pero, en realidad, esta cayó movida por una ráfaga de viento. Entonces, su denuncia no es falsa sino equivocada.²⁶ Porque únicamente es punible cuando la denuncia se formula con conciencia de su falsedad total o parcial.²⁷

20.3. Puede ocurrir, asimismo, que el error sea sobre la persona del autor del delito cometido que se va a investigar a partir de su denuncia. En este caso, la denuncia tampoco es falsa, pese a que el denunciante, que conserva como cierta una falsa representación de lo sucedido, sindicada a una persona inocente. Este distraído o arriesgado autor de la denuncia falsa es posible que zafe de que se le atribuya infracción al artículo 245 CP o el delito de calumnia, pero perderá seguramente la demanda por daños y perjuicios que entablará en su contra quien resultó ser un convidado de piedra.

21. CONCURSO DE DELITOS

Sea que la falsa denuncia se pretenda emplear como estratagema para encubrir otro delito anterior (ver 5.2), o como medio para cometer uno nuevo, escudándose el denunciante en lo que invoca falsamente como sucedido (ver 5.3), se lo debe enjuiciar por el concurso de delitos,

26. *Op. cit.*, n. 6, p. 393.

27. *Ibidem*, n. 7, p. 113.

real o ideal (artículos 54 o 55 CP): apropiación indebida de fondos o administración fraudulenta (artículo 173, incisos 2 o 7, CP), seguida de la falsa denuncia que se quiso usar para tapar la defraudación (artículo 245 CP). O, por último, falsa denuncia y estafa (artículo 172 CP), o evasión tributaria (Ley N° 24769).

21.1. Como no es posible tramitar por separado los delitos conexos de diversa competencia, el fuero en lo criminal de instrucción o federal atraerán la investigación por la totalidad del caso, incluida la falsa denuncia. Si, por ejemplo, la falsa denuncia se lleva a cabo mediante la presentación de un formulario falso de verificación confeccionado en una Planta Verificadora de la Provincia de Buenos Aires, será competente la Justicia Federal.²⁸

21.2. En cambio, cuando concluido el trámite de una causa penal sólo quede como remanente el delito de falsa denuncia, de conformidad con la Ley N° 26702, intervendrá la justicia penal de la CABA, siempre, claro está, que la infracción al artículo 245 CP se haya cometido dentro de su jurisdicción (ver 17).

22. OTRAS OBRAS QUE SE PUEDEN CONSULTAR

Para el que quiera profundizar todavía más en el tema de la falsa denuncia, pueden consultar: D'Alessio, Andrés José y Divito, Mauro A., *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado*, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2009, T. I; Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2002, T. 2; Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1996, entre otros.

28. C. N. Crim. y Correc, Sala VII, Soto Salas, Javier Alejandro.12/09/13, c. 36.869/11. Con remisión a C. N. Crim. y Correc., Sala VII, c. 38.252, “Franchini, Ester y otros”, del 02/03/2010; C. N. Crim. y Correc., Sala Especial, c. 22.261, rta: 25/02/2011. (3) C. N. Crim. y Correc., Sala VII, c. 40.787, “Arrúa, Gustavo”, rta: 17/05/2011 y c. 770/12, “Cavallaro, Delfor Oscar y otro”, rta: 29/06/2012.

JURISPRUDENCIA

Procesamiento. Elementos suficientes para agravar la situación procesal del imputado. Certificación que da cuenta de que, a la fecha de radicación de la denuncia por sustracción, el rodado registraba pedido de secuestro activo desde el día anterior por un hecho delictivo ocurrido en la Provincia de Buenos Aires. Confirmación.

Fallo: (...) en cuanto dispuso su procesamiento por ser considerado prima facie autor penalmente responsable del delito de falsa denuncia y un embargo (...).

(...) Y CONSIDERANDO: Los elementos de convicción aunados al legajo, reúnen el grado de probabilidad requerido en el artículo 306 del Código Procesal Penal de la Nación, razón por la cual compartimos el temperamento adoptado en la instancia anterior.

Es que la falsedad de la denuncia realizada por (...) queda en evidencia al haberse constatado -cfr. fs. (...)- que para la fecha en que concurriera a la sede policial (8 de abril de 2013) y afirmara haber sufrido en horas de la tarde la sustracción de la motocicleta marca “Honda XR 250”, esta ya poseía pedido de secuestro activo desde el día anterior con motivo del episodio delictivo que afectara a (...) y que habría tenido lugar en el partido de Avellaneda, provincia de Buenos Aires, cuando tres sujetos armados lo habrían desapoderado del rodado de referencia (...).

(...) En mérito de lo expuesto, se RESUELVE: I. CONFIRMAR el punto I del auto (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala IV, González Palazzo, González. (Prosec. Cám.: Pereyra). c. 15841/13, “Sánchez, Christian Daniel s/ Falsa denuncia” Rta.: 06/08/2014.

Procesamiento. Defensa que alega una violación al principio de congruencia. Imputada a quien se le endilgó, al prestar declaración indagatoria, el haber presentado un instrumento apócrifo ante una autoridad judicial en el marco de una causa penal. Descripción que no tiene correlato con la estructura típica prevista por el artículo 246 del CP. Nulidad.

Fallo: (...) recurso interpuesto por la defensa oficial de (...) contra el punto I del auto de fs. (...) que dispuso su procesamiento en orden al delito de falsa denuncia.

(...)Y CONSIDERANDO: I- A fs. (...) esta Sala anuló el auto que dispuso el procesamiento de (...) en orden al delito de falsificación de documento privado por entender que se había afectado el principio de congruencia debido a que “...la intimación cursada hace referencia a la presentación (uso) de un análisis de sangre adulterado, mientras que la decisión que dispone su procesamiento recae sobre una falsificación documental (certificados médicos), introduciéndose una hipótesis fáctica distinta, tanto en lo que atañe a la conducta atribuida como al objeto del delito”.

Con posterioridad, y sin ampliar la declaración indagatoria de la nombrada, el magistrado correccional decretó un nuevo procesamiento de (...) en orden al mismo suceso, mas calificando ahora la conducta como incurso en el delito de falsa denuncia.

II- Asiste razón a la defensa en cuanto a que nuevamente se ha visto vulnerado el principio aludido en el punto anterior en tanto la descripción fáctica formulada en la declaración indagatoria, acto en que (...) fue intimada por “haber presentado en el Juzgado de Instrucción n° (...), Secretaría N° (...), un análisis de sangre a nombre de su hermano C. R. del Hospital Alemán adulterado, a fin de dar curso a una denuncia por homicidio contra C. G. C., el día 18 de noviembre de 2010”, no tiene correlato con la estructura típica prevista en el artículo 245 del Código Penal.

En efecto, la presentación de instrumentos apócrifos ante la autoridad, y aun cuando se lo hiciera en el marco de una denuncia por un delito, no satisface esa calificación, pues demanda del autor la puesta en conocimiento de un delito que se sabe no ha ocurrido, esto es, un hecho que resulta objetivamente falso (Carlos Fontán Balestra, “Derecho Penal. Parte Especial”, Bs. As., ed. Abeledo Perrot, 2008, pp. 901/902).

La descripción practicada en el acto de fs. (...) nada dice en este orden, más allá de que (...) acompañara en su presentación un instrumento adulterado.

Todo ello sin perjuicio de recordar que si se formuló imputación contra una persona determinada tal conducta sólo sería perseguible a título de calumnias (C.C.C. en pleno en causa “Bulog, Jorge”, rta. 27/3/1953; en igual sentido, David Baigún-Eugenio Raúl Zaffaroni, “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2011, p. 190).

En consecuencia, el tribunal RESUELVE: Decretar la nulidad del auto de fs. (...) que dispuso el procesamiento de (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala IV, González, Seijas (Prosec. Cám.: Pereyra). c. 32460/2011/CA2 “Raco, Lucía Ángela s/ falsificación documento privado”. Rta.: 09/04/2014.

Extinción de la acción penal. Rechazada. Delito imputado: Falsa denuncia. Defensa que solicita la extinción de la acción penal por haber abonado el importe previsto como multa por la figura penal. Pena alternativa a la prisión. Rechazo. Confirmación.

Fallo: (...) Convoca la atención del tribunal el recurso deducido por la defensa de (...) contra auto de fs. (...) de este incidente en cuanto no hizo lugar al planteo de extinción de la acción penal efectuado por esa parte.

(...) la resolución puesta en crisis se encuentra debidamente fundada (...).

Sostuvo, entre otros argumentos, que “*el delito de falsa denuncia (art. 245 del C.P.) prevé pena alternativa de prisión de dos meses a un año o multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos; Así las disposiciones del art. 64 del C.P. sólo rigen para aquellas disposiciones que exclusivamente prevé el delito de multa*”. Además destacó que “*De esta manera la mera capacidad económica del imputado cancelaría la facultad que tiene el Juez de acuerdo a la gravedad del injusto y la culpabilidad del autor decidir si en un asunto concreto impone una pena de prisión o de multa*”.

De allí que la crítica formulada en punto a la ausencia de motivación no puede ser atendida.

II.- En cuanto al fondo del asunto compartimos con el magistrado instructor que la extinción de la acción penal prevista en el artículo 64 del Código Penal sólo procede para aquellos delitos reprimidos exclusivamente con pena de multa, y no así en los casos en que esta funciona conjunta o alternativamente con otra (in re, causas n° 1361/10 “Gigliotti, Héctor Emilio”, rta. 23/9/10, n° 454/11 “López, Liliana Beatriz”, rta. 4/5/11; entre otras) como ocurre en autos.

El criterio sustentado es coincidente con la solución que en forma mayoritaria se ha dado a la cuestión tanto en doctrina como en jurisprudencia (ver D'Alessio, Andrés José y Divito, Mauro A., “Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado”, T. I, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2009, p. 979; Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, T. 2, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2002, p. 680; Creus, Carlos, “Derecho Penal. Parte General”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1996, p. 376; entre otros; y CCC, Sala V, causa N° 38.372 “Gómez, Víctor Hugo”, rta. 8/2/10 y Sala I, causa n° 37.004 “NPD”, rta. 14/10/09).

En consecuencia, y al no advertirse circunstancia alguna que amerite apartarse del principio general de la derrota en materia de costas (art. 531 del CPP), el tribunal RESUELVE: Confirmar el auto (...).”

C. N. Crim. y Correc., Sala IV, González, González Palazzo, Seijas (Prosec. Cám.: Pereyra). c. 50166/2011 “Pezzutti, Daniel Jorge s/extinción de la acción penal” Rta.: 19/06/2013.

Falsa denuncia. En concurso ideal con estafa. Procesamiento. Imputado que denunció falsamente la sustracción de un rodado ante la compañía de seguros. Confirmación.

Fallo: (...) se dispuso su procesamiento, por considerarlo, prima facie, autor del delito de falsa denuncia, en concurso ideal con el de estafa en grado de tentativa, en calidad de partícipe necesario (arts. 42, 45, 54, 172 y 245 CP y 306, CPPN).

Se atribuye a H. H. T., junto a G. E. D., J. C. N. M. y a G. L. G. haber intentado defraudar a la compañía de seguros (...), en donde los dos últimos tenían asegurado el vehículo (...) de su propiedad.

Para ello, H. H. T. habría denunciado falsamente la sustracción del automóvil (...). J. C. M. le habría entregado previamente el rodado a D., para que este y T. se ocuparan de refaccionarlo.

Así las cosas, M. y G. efectuaron el reclamo correspondiente ante la empresa aseguradora, y con el objeto de demostrar su pretensión presentaron el certificado de la denuncia falsa (...) para percibir la indemnización por la sustracción del auto, la cual no se efectivizó hasta el (...) conforme lo expuesto por el Dr. (...), abogado apoderado de la compañía en cuestión, por circunstancias ajenas a los imputados.

Dos son los agravios formulados por el defensor (...) en la audiencia. El primero gira en torno a que, a criterio del recurrente, H. T. se vio impedido de ejercer debidamente su derecho de defensa respecto al relato espontáneo que le habría efectuado al Teniente (...) de la comisaría (...) por la presunta comisión del delito de falsa denuncia en que habría incurrido (art. 245 del CP). La segunda cuestión se relaciona con el análisis que efectúa el magistrado respecto del hecho atribuido a H. T., y de las pruebas que sustentan el dictado de su auto de procesamiento (...) pero en orden al delito de falsa denuncia, en concurso ideal con el de estafa en grado de tentativa, el primero en calidad de autor, mientras que el segundo lo es en carácter de partícipe necesario (...). (...) se observa que en las dos ocasiones en que H. T. fue convocado a prestar declaración indagatoria (...), se le mencionaron como prueba de cargo las constancias correspondientes a la I.P.P. n° (...) del registro de la U.F.I. Nro. (...), que se originó a raíz de la presunta falsa denuncia detectada por la autoridad policial de la provincia de Buenos Aires (...).

En este punto, debemos destacar que T. en su primer acto de defensa hizo uso del derecho que le asiste a no declarar, mientras que en la segunda oportunidad negó el hecho y brindó una explicación en torno a lo sucedido con el vehículo propiedad de J. C. M. y de G. L. G. Más aún indicó que *"(...) fue citado por los Tribunales de San Justo, Pcia. de Buenos Aires, en donde se le hizo saber que se le atribuía haber efectuado una falsa denuncia, relativa a la sustracción del rodado cuestionado."*

Luego de ello, se le notificó que la causa de mención fue remitida a esta Ciudad, por lo que entendemos que ha tenido pleno conocimiento del suceso reprochado y de la prueba colectada, y en consecuencia no se ha visto transgredido el derecho que le asiste a ejercer su defensa material (...).

Con respecto a la segunda cuestión, entendemos que el descargo de H. T., en cuanto a que J. C. M. le habría dicho a G. D. que le entregara el auto para que se ocupara de “emparcharlo” porque era muy elevado el costo de su reparación (...), y por ello a principio de junio de 2007 lo retiró del taller de D. y lo llevó a su domicilio “*remolcándolo con una camioneta*” y lo tuvo aproximadamente un mes hasta que le fue sustraído, no se ha visto validado (...).

En este sentido, D. indicó que el mismo día en que M. le dejó el auto estacionado en la puerta de su taller, habría concurrido T. a verificar cuál era el desperfecto que tenía. Recién al día siguiente D. pudo constatar que el rodado poseía en el motor un golpe “muy fuerte”, comunicándose a M., diciéndole que “(...) *iba a bajar el carter, sacar la bomba de aceite para examinar las velas. En ese momento observó que estaba la tercera viela fundida y el cigüeñal dañado.*”. Con posterioridad M. se habría apersonado en el taller junto a su esposa G. G. para analizar junto a D. y a T. la problemática que presentaba el vehículo, pero no se pusieron de acuerdo dado que los dos primeros refirieron que su reparación debía estar a cargo de A. B., quien con anterioridad lo había rectificado.

Luego indicó que a mediados o fines del mes de mayo de 2007 le dijo a M. que no podía continuar teniendo el automóvil en su taller si no iba a ser arreglado, y también se lo refirió a T. para que hablara con aquel. Finalmente a fines de mayo y/o los primeros días del mes de junio M. lo llamó y le comentó que T. iba a retirarlo. Así fue que el 4 de junio T. trasladó el rodado mediante el auxilio de una camioneta, dado que no se encendía porque estaba desarmado, desconociendo el destino final.

Por su parte, M. expresó que su automóvil tenía un problema de funcionamiento, y con el auxilio (...) lo remolcó hasta el taller de D. y se lo dejó con las llaves y la cédula verde, previo anoticiarlo de lo ocurrido. Luego le habría hecho entrega de dinero para que comenzara con los arreglos, y cada semana se contactaba con él para que le informara las novedades del auto. Señaló, que a fines de junio recibió un llamado de T. en donde le informaba que le habían sustraído el rodado de la puerta de su domicilio, y que al día siguiente radicaría la denuncia en la comisaría. Aclaró, que T. y D. tenían el auto para repararlo, que entre los tres existe una relación de amistad y de absoluta confianza, y que en razón de ello T. no le había solicitado permiso para llevárselo a su vivienda. Además, no podemos dejar de valorar que J. C. M., cotitular

del bien, se presentó en la compañía aseguradora “(...)” un año después del robo para cobrar el seguro (...) dando cuenta de un “presunto robo” del automotor que habría acaecido el (...), acompañando el certificado de no hallazgo del auto (...).

En base a lo expuesto, se desprende que el automóvil (...) tenía un desperfecto mecánico y debía ser reparado, y a través de la asistencia provista por el Automóvil Club Argentino (...) fue trasladado (...) en las inmediaciones al taller de D., (...) porque no podía desplazarse (...). De este manera, el rodado presentó una problemática importante, que generó “idas y vueltas” entre las partes, en torno a los gastos de su reparación, así como quién debía hacerse cargo del costo, y de su mano de obra, prueba de ello es que fue llevado a mediados del mes de abril al taller y finalmente en junio se dio curso a la maniobra aquí investigada.

Frente a este panorama, concluimos que T. denunció falsamente la sustracción del automóvil (...) propiedad de M. y G. (...) para que luego el primero de los nombrados concurriera a la compañía de seguros a realizar el reclamo pertinente, sin que se haya cobrado la indemnización correspondiente por causas ajenas a los imputados, conforme los dichos del representante legal de la empresa “(...)” (...). Así, su descargo no encuentra sustento en las evidencias colectadas, por el contrario resulta desvirtuado en base al análisis hasta aquí efectuado (...).

(...) el Tribunal RESUELVE: CONFIRMAR el punto dispositivo II de la resolución (...). (...).

TORRES, Héctor Horacio. 7/06/12 c. 42.497/12. C. N. Crim. y Correc. Sala I.

Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN. Procesamiento por lesiones, coacción, abuso sexual y privación ilegítima de la libertad. Denuncia recibida ante la OVD. Agravio: víctima que no presta declaración ante el fiscal o juez. Idéntico valor probatorio. Confirmación.

Fallo: (...) El testimonio de la damnificada (...), fue corroborado por el cabo primero (...) y, fundamentalmente, por el informe de la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y las constancias médicas que acreditaron las lesiones sufridas por (...) que motivaron su traslado en ambulancia al Hospital “Piñeiro” donde quedó internada.

Todo ello da cuenta de la situación de violencia doméstica de altísimo riesgo a la que fue sometida por el encausado (...).

Además, no surgen indicios para dudar de la veracidad ni se evidencia intención de perjudicar a (...).

(...) Lo expuesto, debe meritarse en consonancia con las pautas establecidas en la Ley N° 26.485 de Protección Integral de las Mujeres. Así se ha reconocido como garantía de ellas la amplitud probatoria en el procedimiento, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia.

A su vez debe satisfacerse la responsabilidad no sólo a nivel interno sino también respecto a las obligaciones asumidas en el orden internacional, pues las características del hecho incluyen temas abordados por la “Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer” y la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer -Convención de Belem Do Pará-”, que revisten jerarquía constitucional desde su aprobación mediante las leyes N° 23179 del 8 de mayo de 1985 y N° 24632 del 13 de marzo de 1996 respectivamente, a partir de las cuales el Estado Argentino se comprometió a investigar, sancionar y reparar de manera efectiva los conflictos que se susciten en temáticas en que las mujeres y los niños estén involucrados.

Respecto al agravio de que (...) no prestó declaración ante el fiscal o el juez, ni expuso en forma completa el suceso al personal policial, señalamos que la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia cumple una función primordial en estos casos. Es que ha sido creada con mejores estándares en cuanto al modo en que se recibe la denuncia a la mujer para que no sea victimizada, pues le brinda una mayor contención profesional para que pueda explicar la situación de violencia referida (ver respecto a su creación y funcionamiento las acordadas 33/2004, 39/2006 y 40/2006 de la CSJN) de manera más adecuada y protegida que ante la prevención donde tampoco intervienen las autoridades judiciales y, sin embargo, se le ha otorgado idéntico valor probatorio (1).

Sin perjuicio de ello destacamos la necesidad de su pronta producción a los fines de que sea escuchada por la magistrada de la anterior instancia bajo juramento de decir verdad y anoticiada de las sanciones

para el delito de falsa denuncia. (...) Por otro lado, si realizamos el ejercicio mental hipotético de suprimir la versión de la víctima, la cual convalidamos parcialmente por no considerarla inválida, existen otros elementos probatorios para homologar el auto recurrido pues se cuenta con los testimonios de la prevención, los informes de los profesionales que la asistieron y con las constancias de la lesiones sufridas por (...), los cuales acreditan de momento su responsabilidad en los hechos y la calificación legal atribuida a (...).

(...) el Tribunal RESUELVE: Confirmar el punto II del auto de fs. (...), en cuanto fueran materia de recurso. (...).

F., J. A. 7/05/12 c. 427. C.N.Crim. y Correc. Sala VI.

Se citó: (1) C. N. Crim. y Correc., Sala VI, c. 92, “Gómez, Sebastián Darío”, rta.: 21/3/2012 y c. 294, “Ojeda, Marcos Sebastian”, rta.: 16/4/2012.

Contienda entre Juzgado de Instrucción y Juzgado Federal de Provincia. Falsa denuncia por la sustracción de un vehículo ante una comisaría de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y falsificación de formulario de verificación automotor confeccionado en una Planta Verificadora de la Provincia de Buenos Aires. Cuestión probatoria: circunstancia que no debe tener incidencia en la resolución del conflicto de competencia. Vinculación entre ambos delitos. Justicia Federal.

Fallo: (...) Convoca la atención del Tribunal la contienda de competencia suscitada entre el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción (...) y el Juzgado Federal (...) en lo Criminal y Correccional de la ciudad de (...).

Se atribuyó a (...) el haber denunciado falsamente ante las autoridades de la Comisaría (...) de la Policía Federal Argentina, el día 25 de octubre de 2010, la sustracción de su automóvil Peugeot 206, dominio (...). Asimismo, se le reprochó la falsificación del formulario de verificación del automotor N° (...) -en relación con dicho vehículo-, que habría sido confeccionado ante la Planta Verificadora de la Matanza, provincia de Buenos Aires.

El señor juez de instrucción declinó su competencia a favor de la justicia federal de Morón, en el entendimiento de que el uso y la presunta falsificación de instrumentos públicos, en el caso, el formulario 12 de la planta verificadora aludida, excitan la competencia del fuero

de excepción con jurisdicción en el lugar donde se habría confeccionado el documento espurio (art. 33, inciso 1°, apartado “c”, del Código Procesal Penal).

Sostuvo además, en razón de la vinculación que ese episodio guarda con el delito de falsa denuncia, que no resulta conveniente escindir los hechos, ya que conforman una única maniobra (...) y que no puede conocer en el caso, *“porque el encausado impulsó este sumario y fue a este Tribunal al que, bajo juramento de decir verdad, defraudó con sus dichos (...)”*.

A su turno, el magistrado federal postuló que la declinatoria resultaba ser prematura, puesto que aún no se había acreditado la falsificación o adulteración del presunto documento, ya que sólo obra en el legajo una simple fotocopia que impide adecuar el hecho a los requisitos exigidos por el artículo 292 del Código Penal.

Al respecto, comparte el Tribunal la decisión adoptada por el magistrado de la instancia anterior respecto de que la causa debe quedar radicada en el fuero federal.

En efecto, si bien el documento incorporado (...) se trata de una fotocopia, el Tribunal ha sostenido que las cuestiones probatorias que pudieran suscitarse en el sumario no deben incidir en la asignación de competencia, por lo que la ausencia del documento falso no puede erigirse en un factor dirimente a tales fines (1), y nada obsta a que las medidas de prueba sean ordenadas por el juez competente en la materia.

De tal modo, al no mediar controversia respecto de que la justicia federal debe conocer sobre el presunto uso y falsificación del documento público aludido (...), en el caso, debe ser el mismo tribunal de excepción el que intervenga también en el delito de falsa denuncia, dada la íntima conexión entre ambas conductas.

En abono de ello, la Sala Especial de esta Cámara ha sostenido la impertinencia de que investigue el delito de falsa denuncia aquel juzgado donde se la formuló (2).

Es que, la vinculación que guardan el uso de un instrumento apócrifo y la propia falsificación -en el caso, el formulario de solicitud de verificación del automotor- con el delito de falsa denuncia del robo del vehículo, impone que la pesquisa se concentre en un mismo juzgado, a fin de evitar el posible dictado de decisiones contradictorias (3).

En consecuencia, esta Sala RESUELVE: DECLARAR que en las presentes actuaciones deberá intervenir el Juzgado Federal N° (...) en lo Criminal y Correccional de la ciudad de (...).

SOTO SALAS, Javier Alejandro. 12/09/13 c. 36.869/11. C.N.Crim. y Correc. Sala VII.

Se citó: (1) C. N. Crim. y Correc., Sala VII, c. 38.252, “Franchini, Ester y otros”, rta: 02/03/2010. (2) C. N. Crim. y Correc., Sala Especial, c. 22.261, rta: 25/02/2011. (3) C. N. Crim. y Correc., Sala VII, c. 40.787, “Arrúa, Gustavo”, rta: 17/05/2011 y c. 770/12, “Cavallaro, Delfor Oscar y otro”, rta: 29/06/2012.

Procesamiento. Falsa denuncia. Hecho por el cual ya se había dictado auto de procesamiento y se amplió la indagatoria por pedido del fiscal con motivo de expedirse por la vista del artículo 346 del CPPN por advertir un error en la fecha de comisión y se dictó un nuevo procesamiento ahora recurrido. Invalidez. Cosa juzgada. Nulidad.

Fallo: (...) contra la resolución obrante a (fs...) en cuanto ordenó su procesamiento por considerarla autora del delito de falsa denuncia (...). Luego de compulsar las actas escritas que tenemos a la vista hemos advertido que algunos de los actos procesales celebrados luego de nuestra intervención de (fs. ...) padecen vicios que repercuten en la legalidad del proceso, por lo que deben ser descalificados como tales, declarando su nulidad.

Así, en aquella oportunidad confirmamos el auto de procesamiento de la imputada en orden al delito de falsa denuncia y al corrérsele vista al Sr. Fiscal en los términos del art. 346, CPPN, postuló una serie de medidas de prueba -declaraciones testimoniales-, entre las que se encontraba la ampliación del acto de defensa al advertir un error en la fecha de comisión del hecho (cfr. fs....).

Cumplido el acto, en el que se le hizo saber a (...) que se le atribuía el suceso que habría ocurrido el 12 de marzo de 2013 (...) y ampliado que fue el plexo probatorio con las declaraciones testimoniales de (fs... y ...), el Sr. juez resolvió la situación procesal, reeditando el ya dictado a (fs ...), sobre la misma base fáctica. (...), como se puede advertir, el dictado de este nuevo procesamiento, por el mismo hecho y con las pruebas ya valoradas por los suscriptos, no tiene razón de ser, pues lo único

que ha variado en la causa fue la fecha en la que (...) habría cometido la falsa denuncia que se le endilga.

Al disponerse un nuevo auto en los términos del art. 306, CPPN el a quo habilitó el recurso de apelación de la defensa sobre cuestiones ya precluidas, es decir, se abrió una nueva revisión de la prueba (...) es decir, la acreditación de la materialidad del hecho y la intervención que le cupo a (...) es cosa juzgada.

Entonces, debe disponerse la nulidad del acto procesal obrante a (fs. ...) y todos los que son su consecuencia, por no ser una derivación razonada de las constancias de la causa y por no ajustarse a derecho, debiendo el Sr. juez de grado continuar con el trámite del expediente, de acuerdo a las normas de forma previstas en el código.

Finalmente, de acuerdo a la solución que se propone, debe suspenderse la audiencia fijada a (fs. ...).

En consecuencia, el tribunal RESUELVE: I.- DECRETAR LA NULIDAD de la resolución de (fs. ...) y todos los actos que son su consecuencia (...).

REYNA PAZ, Carla Gabriela. 19/03/14 c. 31246/13. C. N. Crim. y Correc. Sala I.

CAPÍTULO 11
USURPACIÓN DE AUTORIDAD, TÍTULOS
U HONORES

ARTÍCULOS 246, INCISOS 1, 2 Y 3, Y 247 DEL CÓDIGO PENAL

USURPACIÓN DE AUTORIDAD, TÍTULOS U HONORES

Por Marco Antonio Terragni*

1. INTRODUCCIÓN

Tal es el epígrafe del Capítulo 3 del Título 11 “Delitos contra la Administración Pública”, del Libro Segundo del Código Penal. Agrupa figuras penales vinculadas al indebido ejercicio de funciones públicas; y que además pretenden resguardar el buen funcionamiento de la administración, el cual puede verse lesionado por la falta de idoneidad y competencia del agente, y por la irregularidad de un ejercicio no legitimado de autoridad.

2. ASUNCIÓN Y EJERCICIO ARBITRARIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

El primer inciso del artículo 246 del Código Penal reprime con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial por doble tiempo al que *“asumiere o ejerciere funciones públicas, sin título o nombramiento expedido por autoridad competente”*.

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe, Argentina). Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Penal, titular de la cátedra de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Profesor Honoris Causa de la Universidad Nacional de Cajamarca (Perú). Profesor de los cursos de posgrado de la Universidad de Buenos Aires y Belgrano (Buenos Aires), y de las universidades nacionales argentinas de Córdoba, Tucumán, La Rioja, Rosario y del Sur. Dictó conferencias en Argentina, España, Italia, Perú, Chile, Uruguay y Ecuador. Exbecario del Instituto Max Planck para el Derecho Penal internacional y extranjero de Freiburg (Alemania). Ha publicado numerosos libros y artículos en revistas jurídicas de diversos países. Mantiene el sitio de información jurídica www.terragnijurista.com.ar. Ejerce liberalmente su profesión de abogado, ininterrumpidamente desde 1960.

En principio, sujeto activo de esta figura podrá ser cualquier particular que, sin poseer título ni nombramiento legal, asuma o ejerza funciones públicas, pero también un funcionario que asume o ejerce tareas que los requiere; sin poseerlos. Esta hipótesis es distinta de la prevista en el inciso tres del mismo artículo (“El funcionario público que ejerciere funciones correspondientes a otro cargo”), porque aquí puede tener título; lo que no tiene es nombramiento para actuar. La palabra “título” está aplicada con la acepción de testimonio o instrumento dado para ejercer un empleo, dignidad o profesión. La voz “cargo” como dignidad, empleo u oficio. En el sentido administrativo, ello estará de acuerdo con la distribución jerárquica de la dependencia pública de que se trate.

Las acciones típicas de este inciso son: a. La asunción de funciones públicas, lo cual implica tomar posesión de un cargo (entendido como empleo que otorga la facultad de ejercer una función pública en todos los casos vinculados con él) o comisión inherente a la función (es decir, el encargo que sólo autoriza a ejercer la función pública en circunstancias determinadas) de manera efectiva, sin importar la forma en que se logró (con o sin violencia, fraudulenta o no), o el tiempo que dure. b. El ejercicio de funciones públicas, esto es, desempeñar una actividad funcional que legalmente es inherente y al cargo (por ello aquí, el agente debe invocar un cargo que no ejerce y, a la vez, ejecutar actos funcionales relativos a él).

La función pública en este delito juega como un elemento normativo, y debe interpretarse a la luz del concepto de funcionario o empleado público (cfr. artículo 77 CC). Así, la función tendrá carácter de pública (ya sea, nacional, provincial, municipal, administrativa, legislativa o judicial) si implica el ejercicio de la voluntad estatal para lograr un objetivo de interés común.

Luego, como el agente debe asumir o ejercer la función pública de manera arbitraria, es decir, sin poseer título o nombramiento expedido por autoridad competente para ello (cumpliendo con la reglamentación vigente); debe esclarecerse qué significado debe dársele a los mismos: Por *nombramiento* se entiende la designación legalmente formulada por la autoridad competente para que una persona ocupe un cargo o se encargue de determinada tarea. En tanto que al referirse al *título* la ley puede aplicarse *también* a aquellas situaciones en que la

investidura de la función no depende de la designación de una autoridad administrativa sino de otros procedimientos, como el electivo, en cuyo caso lo que da carácter arbitrario a la ocupación o al ejercicio de la función es la ausencia del nombramiento legalmente formulado, que configura el título eleccionario.

El tipo subjetivo es el dolo: el sujeto activo debe conocer la ilegitimidad de la asunción al cargo, como, en su caso, de su ejercicio. Es un delito formal, de peligro abstracto y, por tal motivo, su consumación no demanda la concreción de ninguna clase de daño.

La figura delictual que el inciso propone se distingue de la de abuso de autoridad (artículo 248 CP), por el hecho de que esta última requerirá siempre el carácter de funcionario público en el agente y el ejercicio de funciones al margen de la legalidad.

3. CONTINUACIÓN ARBITRARIA EN EL DESEMPEÑO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

El segundo inciso del artículo 246 del Código Penal reprime también con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial por doble tiempo al que, *“después de haber cesado por ministerio de la ley en el desempeño de un cargo público o después de haber recibido de la autoridad competente comunicación oficial de la resolución que ordenó la cesantía o suspensión de sus funciones, continuare ejerciéndolas”*.

En el marco de la estructura típica de este delito, sólo podrá señalarse como sujeto activo a una persona que haya asumido funciones públicas, pero que legalmente haya dejado de ser funcionario o haya sido suspendido, y haya recibido la comunicación oficial (emitida por autoridad competente) que ordena tal suspensión o cesantía. Luego, la conducta típica se configura cuando el agente persiste en la función legalmente concluida para él, ya sea que aquella poseyera un término prefijado por la ley (supuesto propio de los cargos han de desempeñarse por un plazo determinado con anticipación), o este se derive de una resolución concreta (que se efectiviza a través de la notificación oficial de cesantía o suspensión).

Es un delito doloso: el agente debe saber que ha dejado de ocupar el cargo por ministerio de la ley o de la comunicación oficial, y querer continuar desempeñando funciones propias de aquel.

Asimismo, se trata de un delito de peligro abstracto, que se perfecciona con la mera persistencia en el ejercicio del cargo en las circunstancias típicas.

4. EJERCICIO DE FUNCIONES CORRESPONDIENTES A OTRO CARGO

Seguidamente, el tercer inciso del artículo 246 del Código Penal reprime también con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial por doble tiempo, *“al funcionario público que ejerza funciones correspondientes a otro cargo”*.

Sujeto activo sólo podrá ser un funcionario público en ejercicio de su cargo o suspendido en él (situación esta que no lesiona la calidad funcional de la persona). La acción típica se configura con el ejercicio de funciones públicas correspondientes a otro cargo para el cual el autor no posee competencia. El bien protegido es el orden en la administración y el correcto desempeño de sus funcionarios; cada uno en el ámbito de su respectiva competencia y ejerciendo sólo las atribuciones que le han sido asignadas por ley; entendiendo por tal no sólo la ley formal sino los decretos, ordenanzas y disposiciones reglamentarias.

Se trata de un delito doloso, de peligro abstracto, que no requiere la producción de resultado alguno para lograr su consumación.

5. EJERCICIO O RETENCIÓN ARBITRARIA DE UN MANDO POR PARTE DE UN MILITAR

El último párrafo del artículo 246 del Código Penal (incorporado aquí por la Ley N° 26394 - BO 29/8/2008), establece: *“El militar que ejerciere o retuviere un mando sin autorización será penado con prisión de uno a cuatro años y, en tiempo de conflicto armado de dos a seis años, siempre que no resultare un delito más severamente penado”*. Tal conducta delictual reporta una usurpación en el mando militar, capaz de entorpecer el ejercicio

de tal autoridad o incluso afectar la seguridad nacional, si el usurpador no es idóneo para el cargo afectado o introduce perturbación o confusión en los oficiales y en la tropa. La disposición posee carácter subsidiario: su aplicación va a depender de que el hecho no reporte otro ilícito penal más severamente penado.

Corresponde introducir en este lugar un precepto propio del Código de Disciplina de la Fuerzas Armadas -Ley N° 26394- que, mediante el artículo 13.10 de su anexo IV, define a la usurpación de mando como una falta gravísima en estos términos: “El militar que indebidamente asuma o retenga el mando o se arrogue funciones de un superior”.

El sujeto activo deberá ser un militar (cfr. artículo 77 CP). La acción típica se adecuará al tipo penal cuando el agente ejerza o retenga un mando: *Ejercer* implica desempeñar una actividad funcional inherente al cargo. *Retener* consiste en permanecer en el mando una vez concluido aquel.

Por otro lado, el mando militar al que hace alusión el inciso juega como un elemento normativo: mando es el que tiene un superior con respecto a sus subordinados. En relación al concepto de superior militar, hay que acudir a las normas que individualizan los grados y las jerarquías castrenses.

En cuanto a la faz subjetiva, este es un delito doloso. El momento consumativo, desde que se trata de un delito formal, se alcanzará con el mero arbitrario ejercicio o retención del mando militar. Como circunstancia de agravación de la pena de prisión, llevándola de dos a seis años, está el hecho de que el ejercicio o la retención arbitraria del mando se cometa en tiempo de conflicto armado.

6. EJERCICIO ILEGAL DE LA PROFESIÓN, O USURPACIÓN DE INSIGNIAS O DISTINTIVOS O DE GRADOS, TÍTULOS U HONORES

El artículo 247 del Código Penal dispone: “*Será reprimido con prisión de quince días a un año el que ejerciere actos propios de una profesión para la que se requiere una habilitación especial, sin poseer el título o la autorización correspondiente.*

Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos, el que públicamente llevare insignias o distintivos de un cargo que no ejerciere o se arrogare grados académicos, títulos profesionales u honores que no le correspondieren”.

De ese modo, la norma transcripta pretende otorgar protección al monopolio estatal de conferir autoridad, títulos u honores. Por ello, los objetos allí descriptos deben ser de carácter oficial. En ese orden, cabe mencionar que, la primera parte de la disposición en comentario, fue incorporada por la Ley N° 24527 (BO 08/09/1995), desde que tal comportamiento típico afecta también la facultad exclusiva del Estado de expedir títulos habilitantes conforme las previsiones de cada profesión.

Dentro de lo que es su estructura típica, y pese a que las conductas típicas son varias, sujeto activo puede ser cualquier persona.

Las acciones incriminadas son tres: a. Ejercer ilegalmente actos propios de una profesión que requiere habilitación especial, donde lo ilegal se basa en la carencia de título o autorización correspondiente; b. Llevar públicamente (no basta la portación, debe mediar ostentación ante un número indeterminado de personas, ya sea en un lugar público o privado) insignias (divisa propia de un cargo cuyo desempeño confiere honor), o distintivos (es decir, cualquier objeto que sirve para identificar a una persona como que ejerce un cargo), auténticos o no -pero siempre reales, no imaginarios-, de un cargo que no desempeña; c. Arrogarse (es decir, atribuirse) grados académicos (títulos superiores que confieren los establecimientos de enseñanza superior, como son los doctorados), títulos profesionales (habilitaciones para ejercer o enseñar una ciencia, arte, oficio o actividad), u honores (distinciones oficiales hacia una persona por su representación o méritos, que se representa mediante diplomas, premios o recompensas) que no le corresponden al agente.

Por lo demás, y en cuanto a los tipos subjetivos, las tres conductas requieren dolo. La consumación de los delitos que prevé el inciso no requiere la concreción de ninguna clase de resultado ulterior: reportan delitos formales y de peligro abstracto.

En cuanto a la comparación de las figuras penales de este artículo con otras próximas: de un lado, el delito de ejercicio ilegal de la medicina (artículo 208 CP) va a absorber por especialización a la figura del artículo 247 CP; y luego, de existir leyes que tipificasen como delitos el ejercicio ilegal de determinadas profesiones, en esos casos también, las figuras específicas desplazarían a la genérica de aquella norma.

Hechos: Contra la sentencia de primera instancia que condenó al imputado como autor del delito de uso de documento público adulterado en concurso ideal con arrogación de título que no le corresponde (artículo 54; 247 segundo párrafo y 296 en función del 292, primer párrafo del CP).

Ratio decidendi: Incurrir en el delito de usurpación de título previsto en el artículo 247, segundo párrafo, del Código Penal, quien se habría arrogado la calidad de abogado cuando en verdad no lo era, mientras ejerció el cargo de titular de una sede del Registro de la Propiedad Automotor, durante diez años.

Decisión: Confirmar parcialmente el resolutorio, modificando la calificación legal por la prevista y reprimida por el artículo 247, segundo párrafo del Código Penal.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala II. Cantón, Carlos Daniel • 03/09/2010. Publicado en La Ley 29/09/2010, 29/09/2010, 11 - La Ley 2010-E, 436. Cita online: AR/JUR/46571/2010

JURISPRUDENCIA

En concurso ideal con estafa. Procesamiento. Imputada que simulando ser abogada logró recibir dinero de la víctima, con el objeto de llevar a cabo un juicio que nunca se realizó. Disposición patrimonial perjudicial. Confirmación.

SALA 4

CCC 20717/2012/CA1 "Ambesi, Ana Estela y otro s/ estafa". I: 2/107
///nos Aires, 23 de octubre de 2013.

AUTOS Y VISTOS:

Convoca la atención de la Sala el recurso interpuesto por la defensa de Ana Estela Ambesi contra el punto I del auto de fs. 346/351 vta., que dispuso su procesamiento en orden al delito de usurpación de títulos y honores en concurso ideal con el delito de estafa (artículos 45, 54, 172 y 247 del Código Penal).

A la audiencia que prescribe el artículo 454 del código adjetivo concurrió la asistencia técnica para exponer sus agravios. También asistió la letrada patrocinante de Raimundo López, mas no pudo hacer uso de la palabra atento a la ausencia del querellante. Finalizado el acto, el tribunal deliberó en los términos del artículo 455 ibídem.

Y CONSIDERANDO:

I.- Se imputa a Ana Estela Ambesi haber simulado la condición de abogada y con ello lograr que Raimundo López le entregara el 18 de noviembre de 2011 la suma de cinco mil pesos con el fin de promover un juicio de desalojo respecto de un lote de su propiedad ubicado en "La Unión", partido de Ezeiza, provincia de Buenos Aires, tarea esta que nunca se llegó a concretar.

II.- Si bien al efectuar su descargo Ambesi reconoció haber recibido el monto señalado pero aclarando que jamás se presentó como profesional sino tal sólo a título de gestora y "*en representación de una letrada*" que luego lo patrocinaría en el respectivo proceso judicial (cfr.

fs. 213/216 y 260/263 vta.), su versión se encuentra controvertida por la prueba recabada en autos.

En ese orden cabe destacar que los dichos del querellante Raimundo López, dando cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló el evento (fs. 10/11 y 136/138), encuentran aval en los testimonios de Fabián Quipildor (fs. 139/140 vta.) y Romina Vanesa Ávila (fs. 141/143 vta.).

A su vez, cobra relevancia el tenor del recibo que la imputada entregara a López (fs. 33) pues no sólo consignó de su puño y letra, tal como se desprende de la pericia caligráfica obrante a fs. 280/281, su nombre y apellido sino que además estampó su firma y debajo de ella un número de tomo y folio, simulando de ese modo el carácter de letrada que adujo poseer durante la entrevista que mantuviera con la víctima en las oficinas donde funcionaba el “Estudio Jurídico Integral AEA Soluciones” (ver tarjeta personal glosada a fs. 217). El alegato de la defensa en cuanto a que ese número le fue asignado en su rol gestora por un organismo dependiente del Registro Nacional de la Propiedad Automotor del que no pudo aportar mayores datos a preguntas del tribunal, en modo alguno puede enervar aquella conclusión.

Por otro lado, los profesionales a los que Ambesi dijo transmitirle los casos judiciales que conseguía negaron rotundamente dicho extremo. Así, los Dres. Gloria Elizabeth Sánchez (fs. 318/319), Mariela Elizabeth Martearena (fs. 324/325) y Mariano Noel Valdez (fs. 328/329 vta.) coincidieron en que conocían a la nombrada debido a que en alguna ocasión le encomendaron trabajos de gestoría, más destacaron que esta nunca les derivó cliente alguno. Al serle exhibido a los dos últimos el escrito obrante a fs. 24/25, donde aparecen como letrados patrocinantes de Raimundo López, desconocieron el instrumento, así como haber mantenido cualquier tipo de vínculo con el querellante.

Finalmente cabe señalar que la circunstancia de que la encausada consignara judicialmente el monto de cinco mil pesos a favor de la víctima en modo alguno torna atípica su conducta anterior como lo pretende la defensa, pues como ha sostenido la doctrina *“El hecho de satisfacer económicamente al damnificado sólo podría tener relevancia eventualmente como índice valorativo de la sanción punitiva a imponer, mas no borra la ilicitud de la conducta típica de estafa”* (Horacio J. Romero Villanueva, “Código Penal de la Nación y Legislación Complementaria”, ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2008, págs. 719/720).

En consecuencia, SE RESUELVE:

CONFIRMAR el auto de fs. 346/351 vta. en todo cuanto fuera materia de recurso.

Devuélvase, debiendo la instancia de origen practicar las notificaciones correspondientes. Sirva lo proveído de atenta nota de envío.

Se deja constancia de que el Dr. Carlos Alberto González no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia.

Mariano González Palazzo; Alberto Seijas

Ante mí: Javier R. Pereyra, Prosecretario de Cámara

En forma reiterada en concurso ideal con defraudación con administración fraudulenta. Procesamiento. Abogada que ejerció actos propios de su profesión en procesos judiciales a sabiendas de que estaba inhabilitada para el ejercicio por haber sido excluida de la matrícula y cobró por ello honorarios. Imputada que alega desconocimiento de la sanción. Prueba que demuestra lo contrario. Confirmación.

SALA 4

CCC 27024/2011/CA2 "Perales Susana Leonor s/delito de acción pública". I: 34/117

///nos Aires, 19 de febrero de 2014.

AUTOS Y VISTOS:

Convoca la atención de la Sala el recurso interpuesto por la defensa oficial de Susana Leonor Perales contra el punto I de la resolución de fs. 609/519 vta. en cuanto dispone el procesamiento de la nombrada en orden al delito de usurpación de título cometido en forma reiterada 11 hechos en concurso ideal con el delito de defraudación por administración fraudulenta.

Celebrada la audiencia que prescribe el artículo 454 del digesto adjetivo concurrió el defensor oficial *ad hoc* Rodrigo Sanabria para desarrollar los motivos de agravio. Asimismo, por el Ministerio Público Fiscal se presentó el Dr. Damián Traverso, quien efectuó la réplica. Finalizado el acto, el tribunal pasó a deliberar en los términos del art. 455, *ibídem*.

Y CONSIDERANDO:

I. Compartimos el pormenorizado y adecuado análisis que el juez instructor ha efectuado sobre la prueba incorporada al legajo para tener por acreditado que la encausada ejerció actos propios de la profesión de abogada en cada uno de los procesos judiciales aludidos en el auto en crisis, a sabiendas de que se encontraba inhabilitada para el ejercicio al haber sido excluida de la matrícula por sentencia del Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal en el marco del sumario 14.036 (fs. 110/111 vta.), sanción que además fue confirmada por la Sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal el 1 de junio de 2006 (fs. 146/147 vta.).

La versión brindada por Perales en su escrito de fs. 429/430 vta. y que fuera reiterada por su defensa durante el desarrollo de la audiencia celebrada, no resulta atendible. Así, ha alegado su desconocimiento acerca de la sanción que se le impusiera, lo que no sólo se contrapone con la circunstancia de que haya sido la propia Perales quien recurriera dicha decisión (ver fs. 123/123 vta.) sino también con la diligencia del tribunal de alzada comunicándole la resolución confirmatoria finalmente recaída tanto a su domicilio constituido como al real, conforme se advierte de las cédulas notificación cuyas copias obran a fs. 149/149 vta. y 150/150 vta.

Cabe mencionar que su descargo tampoco resulta novedoso pues en el marco de causa 195/11 del registro de este tribunal, resuelta el 2 de diciembre de 2011, igualmente adujo ignorar que había sido excluida del ejercicio profesional, mas la Sala, con integración parcialmente distinta, sostuvo que dicho desconocimiento era inaceptable, dado que a partir de su inhabilitación no le era posible abonar la cuota anual de su matrícula (conforme ley 23.187, artículos 51, inc. "a" y 53) y ello en modo alguno podía resultarle inadvertido a raíz de varios períodos anuales impagos por su condición de inhabilitada mientras que las presentaciones judiciales cuestionadas se habían llevado a cabo algunos años después de su exclusión, tal como ocurre en este caso, donde se ve repetido un idéntico "*modus operandi*".

En este marco, y encontrándose acreditada la intervención de la imputada en las grafías obrantes en los escritos cuestionados, así como en los recibos por pago de honorarios aportados por los damnificados (ver fs. 193/194, 249/251, 314/316, 556/558 el tribunal RESUELVE:

CONFIRMAR el auto de fs. 609/619 vta., en todo cuanto fuera materia de recurso.

Notifíquese y devuélvase al juzgado de origen.

Mariano González Palazzo

Carlos Alberto González; Alberto Seijas

Ante mí: Javier R. Pereyra, Prosecretario de Cámara

Usurpación de títulos. Defensa que plantea la nulidad del requerimiento de elevación a juicio formulado por el Colegio Público de Abogados como querellante. Nulidad rechazada. Bien jurídico protegido: buen funcionamiento de la Administración Pública y, en concreto, el monopolio estatal de conferir o reconocer títulos profesionales habilitantes, como en el caso de la abogada. Ley N° 23187. Imputada que ejerció actos de la profesión desconociendo las sentencias recaídas en el Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados que había sido excluida de la matrícula. Confirmación.

SALA IV

A causa n° 705/12 "Incidente de nulidad articulado por la defensa"

Juzgado Correccional n° 10, Secretaría n° 76 [expediente n° 45.162/2009]

///nos Aires, 11 de junio de 2012.

AUTOS Y VISTOS:

Convoca la actuación de la sala el recurso de apelación articulado por la defensa (fs. 12/16) contra la decisión de no hacer lugar al planteo de nulidad formulado por esa parte (fs. 10/11 vta.).

Celebrada la audiencia prevista en el artículo 454 del Código Procesal Penal de la Nación, concurrió la defensora oficial *ad hoc* Gilda Belloqui, quien desarrolló los motivos de agravio. Asimismo se presentó por la querrela el Dr. Eduardo González Ocantos, letrado apoderado del Colegio Público de Abogados, que efectuó la réplica.

Finalizada la exposición, el tribunal deliberó en los términos establecidos en el artículo 455 del ordenamiento adjetivo.

Y CONSIDERANDO:

Susana Leonor Perales ha sido procesada y requerida la elevación de la causa a juicio en orden al delito previsto en el artículo 247 del Código Penal, que reprime la conducta de quien “...ejerciere actos propios de una profesión para la que se requiere una habilitación especial, sin poseer el título o la autorización correspondientes” (fs. 112/115, 205/vta., 241/246 y 247/250).

El bien jurídico que protege el delito de usurpación de títulos es el del buen funcionamiento de la Administración Pública y, en concreto, el monopolio estatal de conferir o reconocer títulos profesionales habilitantes, como en el caso el de abogada (Carlos Creus - Jorge Eduardo Buompadre: *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo 2. Ed. Astrea. 2007, p. 257).

Desde esta óptica cabe ponderar que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal es un ente creado por la ley 23.187, que tiene por finalidad defender a sus miembros para asegurar el libre ejercicio de la profesión y que contempla entre sus funciones las de: vigilar y controlar que la abogacía no sea ejercida por personas carentes de título habilitante o que no se encuentren matriculados -tarea que estará específicamente a cargo de una comisión de vigilancia- y tutelar la inviolabilidad del ejercicio profesional en todos sus órdenes estando investido a esos efectos de legitimación procesal para ejercitar la acción pública (incisos b y j del artículo 21).

A la vez la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que “el Colegio Público de Abogados es una entidad destinada a cumplir fines públicos que originariamente pertenecían al Estado y que este por delegación... transfiere a la institución que crea para el gobierno de la matrícula y el régimen de todos los abogados de la Capital Federal como abogados de la matrícula...” (CNCP, Sala IV “Sassi, Héctor Mario s/recurso de casación”, rta. 30 de junio de 2009 con cita de CSJN “Roberto Antonio Punte v. Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur”, rta. 17/4/97).

Frente a tales argumentos y a las características del hecho que en concreto aquí se investiga, en el que Perales habría incurrido en un accionar ilícito al ejercer actos de la profesión desconociendo las sentencias recaídas en las causas n° 9486, 14036 y 14571 del Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados por medio de las cuales había sido excluida de la matrícula, es posible concluir que aquel organismo posee una afectación directa por el suceso que habilita a considerarlo

particular damnificado en los términos del artículo 82 y 83 del Código Procesal Penal de la Nación (en similar sentido CCC Sala VI causa n° 39077 “NN s/pretenso querellante”, rta. 5/4/2010), de modo que corresponde homologar la decisión recurrida.

En consecuencia, se RESUELVE:

CONFIRMAR el auto de fs. 10/11 vta. en cuanto fue materia del recurso.

Devuélvase, practíquense en el juzgado de origen las notificaciones a las partes.

Sirva lo proveído de muy atenta nota de envío.

Se hace constar que el Dr. Julio Marcelo Lucini integra este tribunal por resolución de la Presidencia de esta Cámara del 17 de noviembre de///2011.

Alberto Seijas; Carlos Alberto González; Julio Marcelo Lucini
Anahi L. Godnjavec, Prosecretaria de Cámara

Usurpación de títulos y honores. En concurso real con estafa. Procesamiento. Imputado que se presentó ante el damnificado como abogado ofreciéndole, a cambio de dinero, realizar trámites ante una institución para obtener un ascenso. Confirmación.

Poder Judicial de la Nación

Sala I - 42.877/12 “Pintos Sampaio, Hernán”.

Procesamiento.

Juzgado Nacional de Instrucción n° 14/143 -causa de origen n° 10.708/12-

///nos Aires, 15 de agosto de 2012.

AUTOS Y VISTOS:

Las presentes actuaciones llegan a conocimiento del tribunal en razón del recurso de apelación interpuesto por la defensora oficial de Hernán Pintos Sampaio, contra la resolución de fs. 42/45, que resolvió, en el punto dispositivo I, procesarlo por considerarlo, en principio, autor

penalmente responsable del delito de usurpación de títulos y honores en concurso ideal con el delito de estafa (arts. 54, 173 y 247 del CP).

A la audiencia que prescribe el artículo 454 del Código Procesal Penal de la Nación, celebrada el 13 de agosto de 2012, compareció a expresar agravios la Dra. Candelaria Migoya, funcionaria del Ministerio Público de la Defensa ante esta instancia.

Desarrollado dicho acto, el tribunal pasó a deliberar en los términos del artículo 455 del mismo cuerpo legal.

Y CONSIDERANDO:

Base fáctica:

Conforme se desprende del acta indagatoria de fs. 31/33, el hecho que se le atribuye a Hernán Pintos Sampaio consiste en *“haberse identificado como abogado, inscripto en el T° XXI, F° XIV de la CSJN ante Jorge Eduardo Reno, habiéndolo asesorado con el fin de hacerle obtener una jerarquía superior a la que posee en la Policía Federal Argentina. En efecto, el 3 de mayo de 2011 se reunieron en un bar ubicado en la intersección de las calles Lavalle y Uruguay de esta ciudad, oportunidad en la que le hizo saber que el servicio por el reescalafonamiento ascendía a tres mil pesos (\$3000), pagaderos en 3 meses. En esa ocasión Reno le abonó novecientos pesos (\$900), por lo que Pintos Sampaio le confeccionó un recibo cuya copia obra a fs. 2. El denunciante le abonó al acusado los dos meses posteriores el monto que adeudaba, pese a lo cual este no le entregó comprobante alguno y a pesar de que Pintos Sampaio le hizo saber que el trámite demoraría ciento veinte días, no lo volvió a ver ni lo pudo contactar nunca más”*.

Valoración:

Luego del análisis del caso, el tribunal considera que los cuestionamientos planteados por la Dra. Migoya en la audiencia, confrontados con las actas escritas que tenemos a la vista, no logran conmover los fundamentos expuestos por el señor juez de grado, los que compartimos, por lo que el procesamiento será homologado.

En ese sentido, la imputación que pesa sobre Pintos Sampaio encuentra sustento probatorio en los dichos de Jorge Eduardo Rena, quien manifestó las circunstancias de modo, tiempo y lugar del hecho ilícito que lo damnifica (cfr. fs. 1, 18 y 38).

Por otro lado, si bien no se encuentra controvertido que Pintos Sampaio haya completado de su puño y letra el recibo de fs. 2, toda vez que dicha circunstancia se desprende de su propio descargo exculpatorio, lo cierto es que negó que el sello aclaratorio -que lo identificaría como abogado- haya sido colocado por él.

Ahora bien, más allá de no contar, de momento, con el resultado de la pericia ordenada a fs. 39, a los efectos de establecer si las grafías, firmas y sello insertos en aquel documento fueron realizados en un mismo tiempo, lo cierto es que de su contenido -recibo que luce a fs. 2- se advierte que la suma de novecientos pesos (\$ 900) fue entregada en pago de “*honorarios*” (el destacado nos pertenece), concepto que sólo puede ser cobrado por un profesional, por lo que el sello mencionado resulta compatible con ello.

Tal circunstancia, permite sostener la acusación que se le reprocha al encausado.

Ello, sin dejar de ponderar que el único beneficiario de la maniobra investigada resulta ser el imputado, por lo que el escenario presentado por este en su descargo -en cuanto a que el sello aclaratorio fue estampado con posterioridad a la confección del documento-, carece de sentido. Es más, la respuesta negativa fluye por sí sola si se piensa que el damnificado pudo haber mandado a confeccionar un sello para utilizarlo en el recibo mencionado. Ello, teniendo en cuenta que de las constancias obrantes en autos no surge dato objetivo alguno que demuestre la intención del damnificado de perjudicar al acusado.

Frente a este marco, las pruebas de cargo se enervan por sobre el descargo del encausado en audiencia indagatoria y el esfuerzo realizado por la defensora, permitiendo tener por acreditado, con el grado de convencimiento que esta etapa preliminar requiere, la intervención y la responsabilidad que le cupo al imputado en el hecho ilícito que se investiga (art. 306 CPPN).

En consecuencia, el tribunal RESUELVE:

CONFIRMAR el punto dispositivo I de la resolución de fs. 42/45, en cuanto ha sido materia de recurso (art. 454 del CPPN).

Se deja constancia que el juez Alfredo Barbarosch no suscribe la presente por no haber presenciado la audiencia por hallarse en uso de licencia.

Devuélvase, practíquense las comunicaciones correspondientes en la instancia de origen y sirva lo proveído de atenta nota de envío.

Jorge Luis Rimondi; Luis María Bunge Campos
Ante Mí: Sebastián Castrillón, Prosecretario De Cámara

CAPÍTULO 12
ABUSO DE AUTORIDAD Y VIOLACIÓN DE LOS
DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

ARTÍCULOS 248-253 DEL CÓDIGO PENAL

ABUSO E INCUMPLIMIENTO FUNCIONAL PUNIBLE

Por Horacio J. Romero Villanueva*

1. INTRODUCCIÓN

La punición de la responsabilidad por abusos u omisiones de deberes funcionales de los agentes públicos hace a un sistema justo y pleno de sostenimiento de las garantías propias de un Estado de Derecho.

Una de las fenomenologías propias de los delitos contra la Administración Pública, y en particular, determinadas conductas relacionadas con el desempeño funcional, tienen como característica peculiar la desviación de los fines de la administración hacia finalidades de neto corte autoritario, con la consiguiente desviación de poder y de los fines institucionales de los órganos públicos.

El fenómeno sistémico de confundir el ámbito de los intereses particulares con lo público empujada por una “*doble moral*” social, dada como resultante una creciente serie de patologías en cada momento de la actividad administrativa, ya sea en su planificación, ejecución y control, que producen un sinnúmero de conductas punibles (cohecho, abusos en

* Abogado especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales (USAL – 2003). Profesor Titular de Derecho Penal II de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador. Profesor Asociado de Derecho Penal de la Carrera de Abogacía y de posgrado de la Universidad Argentina de la Empresa. Miembro del Comité de Redacción de revistas jurídicas. Autor de libros, artículos, ponencias y comentarios de Derecho Penal, Penal Económico y Administrativo. Distinciones nacionales y extranjeras.

1. Tal vez sea Gordillo quien mejor describe este particular fenómeno de fin de siglo: “...pareciera entonces como si la doble moral reflejara claramente la existencia y funcionamiento de un doble sistema de todo: el sistema formal, con sus preceptos expresos o implícitos de deber, sean constitucionales, políticos, tributarios, administrativos, etc., y el parasistema. La doble moral implica la consigna que el sistema no debe ser cumplido fiel ni íntegramente, que ello carece de sentido; es el parasistema el que da entonces realidad y sentido obligacional a las conductas individuales” (Gordillo, Agustín A., *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 1997, p. 77).

el ejercicio de la autoridad, incumplimiento de los deberes funcionales, malversación de caudales públicos, etcétera).

El impacto de esa ambivalencia se traduce, por lo general, como una desviación del correcto funcionamiento del poder del Estado desde un “*interés público*” hacia un “*interés particular*”, produciendo un privilegio o posición de prevalencia hacia un determinado tercero y/o sector que beneficia -directa o indirectamente- al propio funcionario. Da -como resultante- un acto contrario a la normalidad o regularidad de la actividad administrativa, que no siempre entraña de por sí una acción antijurídica, ya que puede que sea legal o ilegal. Desde un punto de vista penal, dependerá, por cierto, del tratamiento que el sistema jurídico ofrezca a las reglas del sistema normativo de referencia.²

Esto, sin embargo, es abordado -casi exclusivamente- desde una perspectiva de política criminal represiva, careciendo de instrumentos de prevención y control real de la actividad funcional de los distintos agentes de la función pública.

Más allá de que la legislación vigente en la materia administrativa adopta los procedimientos sancionadores en el ámbito de disciplina funcional, con autonomía de las responsabilidades civiles o penales que pudieran surgir, existe un déficit acuciante por mecanismo de prevención y recuperación de la idea de un *ethos* jurídico en la gestión administrativa.

En este punto, cabe precaver que los tipos penales y disciplinarios relacionados con los delitos contra la Administración Pública comportan como reacción en caso de frustración, al mantenimiento de la expectativa social a través de la sanción.

Sin embargo, la sanción penal es la forma más intensa de reafirmar dicha expectativa colectiva; esta -en muchas ocasiones- puede verse afirmada simplemente a través de la sanción disciplinaria. En esas circunstancias, en donde ya está reafirmada la expectativa, acudir a la sanción penal puede resultar desproporcionado e irracional y, por ello, dentro de un marco de política criminal del Estado, se puede renunciar a la persecución penal, sin que ello implique una renuncia a la protección de la ética de la Administración Pública, la cual se ve reafirmada mediante la sanción disciplinaria.

2. A este respecto véase: Olivera Prado, Mario, “Hacia una sociología de la corrupción”, revista electrónica *Providad*. Disponible en: [HTTP://www.revistaprobidad.com](http://www.revistaprobidad.com)

Por ello, la intervención jurídico-penal tiene un perfil diametralmente opuesto a las ideas moralizantes de la actividad administrativa, dado que es la última escala jurídica de protección, cuando todos los demás mecanismos ya han fallado en la misión de ordenar los intereses sociales.

En tal sentido, debe tenerse al Derecho Penal como última alternativa de solución de conflicto; sobre el particular, la prestigiosa doctrina ha sostenido que “...la protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el Derecho Penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho Penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema...”³

Ello se desprende de los principios de intervención mínima, subsidiaridad y fragmentariedad, que abarcan los de necesidad y *ultima ratio* (último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos), los cuales impiden que el Estado utilice el Derecho Penal para castigar con pena -la intromisión más violenta en los derechos de una persona- la manifestación de un comportamiento humano que lesione un bien jurídico, cuando puede recurrir a sanciones jurídicas no penales, como las del Derecho Administrativo o el Civil, debiendo reservar el Derecho Criminal para aquellos supuestos de comprobada delictuosidad en los que las reglas de las otras ramas del Derecho sean insuficientes.

El legislador debe graduar la intervención sancionadora administrativa y penal, de modo que siempre que sea posible alcanzar el amparo del bien jurídico mediante el recurso a la potestad sancionadora de la Administración, debe preferir esta a la penal, por ser menos grave, al menos para las conductas menos dañosas o menos peligrosas.

Ello permite señalar el carácter subsidiario del Derecho Penal frente a los demás instrumentos del ordenamiento jurídico y, asimismo, su carácter fragmentario, en cuanto no tutela todos los ataques a los bienes jurídicos relevantes sino únicamente los más graves o más peligrosos.

Sin embargo, las penas que se imponen aún no logran intimidar a quien comete este tipo de delitos, lo que requiere, en realidad, una adecuada ponderación de las peculiares exigencias dogmáticas de la materia, y postulamos la posibilidad de incluir, ya sea dentro del título

3. Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997, T. I, p. 65.

especial de delitos contra la Administración Pública, o bien, en la parte general del Código en la sección que hace mención de las penas, una agravante genérica por el nivel jerárquico,⁴ siempre y cuando el delito hubiere sido cometido en ejercicio de las funciones públicas por parte de los sujetos enumerados en el artículo 5 de la Ley de Ética Pública -Ley N° 25188- en el Ejercicio de Funciones Públicas; como así también a sus equivalentes en los Estados provinciales y municipales, si los hubiera.

En una materia que se empeña en amparar la articulación de la función pública, que se promete asegurar conforme al “buen funcionamiento e imparcialidad” -las expectativas institucionales sobre el actuar de los aparatos estatales-, las líneas directrices de la reforma deberían estar dirigidas hacia el progresivo abandono de una dimensión exclusivamente abstracta del bien jurídico; sino que, por el contrario se requiere de determinar objetivamente el contenido de dicho concepto y, si fuera posible, establecerse la diferencia específica respecto de cada uno de los tipos penales reconocidos en nuestra legislación.

2. CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Por lo general, el tratamiento otorgado -por nuestra dogmática- a los denominados delitos contra la Administración Pública, no han pasado de una exploración exegética, al igual que el resto de la parte especial del Código Penal, y particularmente alejados de cualquier “*ethos*” de la función pública, más allá de que exista una cierta uniformidad en el concepto que se administra.⁵

4. La justificación de esta agravante se da en la medida de la mayor responsabilidad y el mayor deber de cuidado que deben tener los funcionarios de las más altas jerarquías.

5. En nuestra dogmática, este consenso surge -entre otros- de las posiciones sustentadas por Fontán Balestra, para quien “los delitos contra la administración persiguen proteger el normal funcionamiento de los órganos de gobierno, es decir, la regularidad funcional de los órganos del Estado. (Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal, Introducción y Parte General*, 15ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 31), o Soler, quien ve como bien jurídico “el normal, ordenado y legal desenvolvimiento de los órganos estatales” (Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 2ª edición, Buenos Aires, TEA, 1963, T. V, p. 140), mientras que para Creus, se trata de la tutela de la regularidad y eficiencia de la función pública (Creus, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires, Astrea, 1981, p. 23).

La exigencia de una conducta ética tiene también concreto origen constitucional; el artículo 36 de la Constitución Nacional imputa atentar contra el sistema democrático a “quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento”, y le impone sanción de inhabilitación, cuya duración remite a las leyes reglamentarias. A renglón corrido, manda sancionar una ley sobre ética pública, en cumplimiento de lo cual el Congreso Nacional sancionó la Ley de Ética de la Función Pública bajo el N° 25188.

En lo que aquí interesa, la norma determina “*un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado*”. Entiende por función pública, “*toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos*” (artículo 1).

Dentro de los deberes y pautas éticas de comportamiento, junto a la exigencia genérica de una conducta acorde con la ética pública como requisito de permanencia en el cargo (artículo 3), instituye como obligaciones inexcusables (artículo 2).

En el ámbito nacional, por Decreto N° 41/99 se dictó el Código de Ética de la Función Pública, que, complementariamente a los principios legales resumidos, consagra el bien común como fin de la misma, y “*el deber primario de lealtad del funcionario con su país a través de las instituciones democráticas de gobierno, con prioridad a sus vinculaciones con personas, partidos políticos o instituciones de cualquier naturaleza*” (artículo 1).

El Código contiene una especificación aun más cuidadosa y detallada de los deberes a cumplir por los funcionarios. Es realmente aconsejable su atenta lectura, pues impresiona la disociación entre las rigurosas conductas impuestas y las que en la práctica cotidiana se registran.

Omitimos una enumeración exhaustiva para no extendernos, que establece para quienes ejercen la función pública demarcada por el texto legal, el ingreso a la función supone el conocimiento de las mismas (artículo 6).

Importa también recordar que, por Ley N° 24759, fue aprobada la Convención Interamericana contra la Corrupción, cuyas cláusulas

apuntan al “correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas”, y procuran prevenir conflictos de intereses, asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos por los funcionarios, con una visión ética análoga a la de las normas comentadas.

Empero, para tratar los tipos normativos, debemos partir de su ubicación sistemática en el Código Penal, el cual los ubica en el Libro II, Título XI; por lo tanto, el bien jurídico protegido no es la Nación o Estado mismo, como en los títulos IX y X, sino el normal funcionamiento de los órganos de gobierno. Para delinear correctamente el bien protegido, tenemos que tener en cuenta que, asimismo, este artículo se halla en el Capítulo IV -Abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos-, por lo tanto el bien jurídico tutelado específicamente en estos delitos persigue garantizar la regularidad y legalidad de los actos de los funcionarios en las actividades propias de su cargo.⁶

La pregunta que el operador jurídico debe formularse en cada caso es: ¿Qué es la legalidad o regularidad de actuación que se materializa en el cumplimiento de un obrar administrativo legítimo de la correspondencia entre la norma y la legítima?

A partir del eje donde se mire la función del *ethos* de la administración -como prestación cierta y concreta, no de mera expectativa-, la discusión decanta del tipo penal a la protección para el ciudadano particular que padece el delito, que no sólo debe comprenderse como objeto de protección a la Administración Pública.

6. “Una aproximación a esta categoría de delitos por la vía de sus sujetos activos y de su actitud -se trata fundamentalmente de delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, con excepciones- conduce a su consideración como infracciones del deber profesional del funcionario. Aparece en este aspecto una relación de Derecho Público que vincula al funcionario, y es fuente de deberes, entre los que destacan la fidelidad y la disciplina... Las infracciones de los deberes de los distintos sectores del funcionariado están previstas en sus reglamentos o estatutos y constituyen el derecho disciplinario, una forma del Derecho sancionador que se desarrolla con autonomía. Sin embargo, las infracciones más graves de esos deberes profesionales, que suponen una vulneración del ordenamiento jurídico general, emergen de su propio campo y se consideran como delitos en el Código Penal” (Beneytez Merino, Luis, “Delitos contra la Administración”, en la obra colectiva *Derecho Penal Económico* (dir. Enrique Bacigalupo), Buenos Aires, Argentina, Hammurabi, 2000, pp. 470 y ss).

De allí, que está, como bien jurídico; sólo se pueden reconducir a un bien jurídico difuso atendiendo al correcto desempeño de la función pública, comprensiva de la actividad administrativa, judicial y legislativa; también como expresión de la necesaria garantía de la confianza de los ciudadanos en el Estado y en el correcto funcionamiento de sus instituciones, y la moralidad objetiva en el ejercicio de la función pública como garantía de la prestaciones estatales.⁷

No es posible prever como punible una conducta que no lesione o ponga en peligro sin justa causa un interés jurídico-penal para quien corresponde determinar la política criminal del Estado y, desde esta perspectiva, es al legislador a quien compete, por principio, efectuar una valoración en torno de los bienes jurídicos que ameritan protección penal, las conductas susceptibles de producir lesiones en tales bienes, el grado de gravedad de la lesión que dé lugar a la aplicación del *ius puniendi*, y el *quantum* de la pena que deba aplicarse.

En ese orden de ideas, la criminalización de una conducta sólo puede operar como última alternativa, y sólo debe acudir entonces al Derecho Penal cuando no exista otro medio de protección de los bienes jurídicos que resulte menos invasivo de las libertades individuales.

Esta construcción se presenta como una salida atractiva y necesaria para limitar el uso de la herramienta más lesiva que tiene el Estado a su disposición -la pena-, ya que la falta de delimitación concreta de lo injusto proyecta la aplicación extendida y sobredimensionada del Derecho Penal.⁸

De modo contrario, el contenido de injusto en la acción desvalorada por su significado "*socialmente expresivo*", quedando sujetos a una construcción dogmática en punto a la cual el bien jurídico perdería

7. La dogmática hispana señala que "...el deber que tiene la Administración de actuar con objetividad, sin prestar atención a presiones de grupos o fuerzas políticas y especialmente a intereses privados; y por la otra, el deber que tiene el Estado de obrar de tal modo que el sacrificio o utilidad que se derive sea equitativamente distribuido en atención a los legítimos intereses de los ciudadanos, sin que exista o se proyecte una posición de privilegio apoyada en la actividad de los poderes públicos..." (Álvarez, Inma, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Madrid, Editoriales del Puerto Reunidas, 1995, p. 28).

8. Abraldes, Sandro F., "Atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad", *Revista de Derecho Penal*, Rubinzal-Culzoni, 2004-1, p. 65.

toda estabilidad como criterio de legitimación de la sanción de las realizaciones típicas.

Siendo ello así, y una vez desechada -por motivos “ontológicos”- la posibilidad de constatar la peligrosidad de la conducta con relación al “bien mediato” u “objeto representado”, la referencia al “correcto o buen funcionamiento de la Administración” carecería de trascendencia para contrastar la naturaleza dolosa o imprudente de la intervención del autor, habiendo de comprender tales elementos simplemente, al margen de la acción típica.

En síntesis, para que el operador pueda reconstruir en la interpretación y alcance de los tipos penales que abarcan formas abusivas de comportamientos funcionales, es necesario partir de un todo integrador del orden normativo institucional respetuoso de los valores propios de un Estado de Derecho Democrático y respetuoso de la tutela de las garantías individuales, y a partir de ellas contextualizar las prerrogativas supra-individuales que contiene la función pública con los estándares de moralidad indispensable para alcanzar la plenitud de la finalidades estatales.

De lo contrario, la actividad administrativa se vuelve un campo fértil para la arbitrariedad, el despotismo y, lo que es más grave, el desprestigio y la incredulidad en las instituciones democráticas que terminan por cultivar la ausencia de compromisos con la función más alta de lo humano: servir al bienestar general de toda la comunidad.

3. EL BIEN JURÍDICO PENAL

Una cuestión a tratarse es la ausencia de una discusión político-criminal seria y actual, en materia de los delitos contra la Administración Pública, y en particular, en cuanto a la configuración del bien jurídico y, en general, en cuanto al principio de lesividad, estas conductas presentan una problemática similar a la que suscitan aquellas que se han venido introduciendo en los últimos tiempos y que se vinculan al derecho penal “moderno”.

En la sistemática de los delitos contra la Administración Pública, es necesario retomar una concepción compatible con la eficacia de un Estado de Derecho comprometido con un orden respetuoso del orden constitucional vigente, pero también los valores jurídicos que traducen

una actividad de Administración Pública comprometida con la defensa activa de los derechos humanos, y una mera protección de sus prerrogativas alejada de los servicios que debe prestar a los administrados.

Por eso, modernamente no sólo interesa proteger su correcto funcionamiento de la Administración Pública por medio de diversos tipos penales, frente a la complejidad creciente de los problemas sociales, la emergencia protagónica de nuevos actores y la realidad de un mundo globalizado, surgen diferentes perspectivas sobre el alcance de un bien jurídico tutelado, propio de los delitos contra la Administración Pública, el cual alberga una serie de “*objetos de protección*”, que son directamente atacados por las conductas ilícitas.

De manera muy general, se puede hablar de dos modelos básicos existentes en la legislación penal para la protección del funcionamiento de la Administración Pública: un modelo restringido y otro amplio.

En el modelo restringido, la protección penal se limita a aspectos muy concretos del funcionamiento de la Administración Pública, sobre todo cuando son afectados por los propios funcionarios públicos; por ejemplo, en el Código Penal alemán (StGB), los delitos contra la Administración Pública (“*Straftaten im Amt*”) giran en torno de los tipos penales de “cohecho” (artículo 331 y ss.), “lesiones corporales cometidas por el funcionario público” (artículos 340, 343), “exacciones ilegales” (artículo 353), “revelación de secretos” (artículo 353 b), y una serie de delitos contra la administración de justicia. Otros tipos penales como la “violencia y resistencia a la autoridad” son vistos más bien como delitos contra la organización estatal, como en la “resistencia a la autoridad” (artículo 113 y s. StGB) o, en el caso de la “usurpación de funciones”, contra el orden público (artículo 132 y s. StGB).

El Código Penal del Reino de España de 1995 introdujo un modelo “restringido”, bajo una moderna concepción del bien jurídico tutelado. Así, ha considerado por separado, como delitos de falsedades (o sea contra la “fe pública”) a la “usurpación de funciones públicas” por parte de particulares (artículo 402 CP español), y el “intrusismo” o “ejercicio ilegal de la profesión” (artículo 403 CP español); como delito contra la Constitución, a “usurpación de atribuciones” de funcionarios (artículo 506 CP español) y, como delito contra el “orden público”, al “atentado o resistencia contra la autoridad” (artículo 550 y ss. CP español), así como los “desórdenes públicos” en tribunales o juzgados (artículo 558 CP español). Dentro de los auténticos delitos contra la Administración Pública,

han quedado los casos de “prevaricación”, que incluye a los “nombramientos ilegales” (artículos 404 a 406 CP español), el “abandono de destino” (artículo 409 CP español), la “desobediencia y la denegación a auxilio” (artículos 410 a 412 CP español), la “infidelidad en la custodia de documentos” y la “violación de secretos” (artículo 413 y s. CP español), las figuras de “cohecho” (artículos 419 a 427 CP español) y “tráfico de influencias” (artículos 428 a 431 CP español), la “malversación” (artículos 432 a 435 CP español), los “fraudes y exacciones ilegales” (artículos 436 a 438 CP español), las “negociaciones” y “actividades” prohibidas y “abuso de la función” (artículos 439 a 443 CP español). Por separado, se ha previsto la “corrupción transnacional” (artículo 445 bis CP español).

Nuestro codificador Rodolfo Moreno (h.) (1921), en cambio, adoptó un modelo amplio, distinguiendo, de manera expresa, entre delitos cometidos por “particulares” y delitos cometidos por “funcionarios públicos”; y cada uno de los dos grupos contiene una gran cantidad de figuras (artículos 237 al 281 bis), siempre agrupadas en el Título XI -bajo el *nomis iure* de “Delitos contra la Administración Pública”, en el Libro II del Código Penal-; empero, es necesario reconocer que nuestra codificación en la materia ha mantenido su larga tradición histórica, salvo por modificaciones operadas por la Leyes N° 23487, 24198,⁹ 25815, 25188¹⁰ y 25890.

9. La figura penal del desacato fue derogada por la Ley N° 24198, publicada el 3 de junio de 1993, que en su artículo 2 expresa: “*Derógase el artículo 244 del Código Penal. El artículo 244, en su antigua redacción, preveía el delito de desacato: Será reprimido con prisión de quince días a seis meses, el que provocare a duelo, amenazare, injuriare o de cualquier modo ofendiere en su dignidad o decoro a un funcionario público, a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de practicarlas. La prisión de un mes a un año, si el ofendido fuere el presidente de la Nación, un miembro del congreso, un gobernador de provincia, un ministro nacional o provincial, un miembro de las legislaturas provinciales o un juez*”.

Sin embargo, subsiste el llamado “desacato judicial”, previsto en el artículo 18 del Decreto-Ley N° 1285 del 4 de noviembre de 1958, y modificado por la Ley N° 24289 del 29 de diciembre de 1993. La nueva redacción del artículo expresa: “*Los tribunales colegiados y jueces podrán sancionar con prevención, apercibimiento, multa y arresto de hasta cinco (5) días, a los abogados, procuradores, litigantes y otras personas que obstruyeren el curso de la justicia o que cometieren faltas en las audiencias, escritos o comunicaciones de cualquier índole, contra su autoridad, dignidad o decoro*”.

10. La sanción de la Ley de Ética Pública significó un avance en la legislación argentina, y la posibilidad de dotar al Estado de un instrumento básico para controlar la idoneidad y las conductas probas de quienes asumen el ejercicio de la función pública, y modificó profundamente el Código Penal al incorporar figuras como el tráfico de influencia, y mejorar la redacción del cohecho activo y pasivo, las negociaciones incompatibles, entre otros.

Nuestra dogmática poco discute respecto al alcance del bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración,¹¹ y la posibilidad de delimitar con suficiente precisión bienes jurídicos colectivos y de superar la comprensión meramente formal de la antijuridicidad material de la formal en algunos casos.

En relación con los delitos descritos en el título XI del Código Penal, la primera cuestión que cabe plantearse es la de si todos los preceptos que lo componen protegen un mismo bien jurídico,¹² a partir de la comprensión de la Administración -entendida en sentido amplio- como institución que se inserta en la vida social para su ordenación con arreglo a los intereses generales y para la propia satisfacción de estos.

Sobre la base de esta comprensión de la Administración, el bien jurídico protegido -como valor común a los delitos contra la Administración pública- vendrían a ser los propios criterios que determinan la legitimidad de su existencia, las condiciones necesarias para su mantenimiento, y la plasmación de aquellos criterios en el ordenamiento jurídico, más concretamente, en la regulación que este realiza de la actuación de la Administración.

Esta cuestión puede responderse de manera afirmativa, considerando que el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la Administración Pública -o, si se quiere, de los poderes públicos- como institución de carácter instrumental puesta al servicio de los ciudadanos, y cuya actuación debe ajustarse a los criterios establecidos con carácter general en el texto constitucional y, más concretamente, en los aspectos del funcionamiento de la Administración Pública que pueden verse afectados por las conductas que aquí se describen y/o a la singularidad de la afectación del bien jurídico que tales conductas traen consigo.

La protección penal a la Administración Pública apunta -de modo genérico- a preservar la regularidad de su funcionamiento y la

11. Ver nota nº 2.

12. En Alemania, la doctrina también considera que los delitos de funcionarios protegen un mismo bien jurídico y, por lo tanto, tienen un contenido de injusto común. Y, asimismo, considera que esto no impide entender que aquellos delitos también protegen otros bienes jurídicos. Entre nosotros, Donna advierte con claridad la dificultad de un concepto único que abarcan todos los tipos penales del Capítulo XI del Libro Segundo del Código Penal Argentino (para ampliar ver: Donna, Edgardo, *Derecho Penal - Parte Especial*, 2ª edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, T. III, pp. 23-40).

legalidad de los actos administrativos que pueden verse comprometidos por el acto arbitrario en el que el funcionario actúe más allá de su competencia, por la omisión de su actividad necesaria y aun por la injerencia ilegal de particulares en la esfera de competencia de la administración.

Este punto es el punto común del bien jurídico de todos los delitos contra la Administración Pública, es proteger la función pública como el correcto servicio que los poderes públicos deben prestar a los ciudadanos conforme a los criterios constitucionalmente previstos, cuyas legítimas expectativas frente a la Administración son las que se ven perjudicadas cuando se altera la función que esta debe cumplir en el sistema de organización social dado.

Esta credibilidad democrática del sistema administrativo del Estado y la fe de los ciudadanos en las instituciones del Estado democrático y de derecho, traducida en la confianza pública de que los funcionarios ejercen sus funciones sometidos al imperio de la ley, la tutela de la correspondiente obligación por parte de la Administración de actuar atendiendo a la satisfacción general de los intereses de todos los ciudadanos.

Se pone así de relieve que el significado valorativo del correcto funcionamiento de la Administración no se reduce al contenido concreto de sus prestaciones, sino que se extiende a la vigencia y el mantenimiento de los presupuestos de su propia existencia: la confianza de la ciudadanía.

Desde el punto de vista del principio de legalidad debe mencionarse, en primer lugar, las dificultades que suscita la redacción de algunos preceptos, tanto respecto de la delimitación de las diversas figuras delictivas, como en relación con la separación de los ámbitos del derecho penal y el derecho administrativo disciplinario. Un claro ejemplo de lo primero lo encontramos en los tipos penales de los artículos 248 y 249 del Código Penal.

Por último, enlazando con la consideración del principio de intervención mínima del derecho penal, es necesario señalar que, si bien es cierto que en el ámbito de los delitos contra la Administración es inevitable el empleo de conceptos normativos, es conveniente que su indeterminación se encuentre limitada por una regulación de la actuación de la Administración que facilite la transparencia de los procesos decisivos y fije los criterios que deben informar cada sector de actividad.

4. EL CONCEPTO DE “FUNCIONARIO PÚBLICO”

El primer gran problema técnico que se presenta es el de la definición del concepto “*funcionario público*”, pues muchos tipos penales se refieren a él, por tratarse de delito de sujeto activo calificado.

En estos casos, se trata de una problemática conocida en la doctrina bajo el concepto de los delitos especiales, o sea, de aquellos tipos penales donde ya de lege lata solamente pueden ser autores del delito un grupo limitado de sujetos que reúnan las características señaladas.

El concepto penal de “*funcionario público*” no es idéntico, aunque sí sea semejante, al manejado en el Derecho Administrativo, Laboral o Constitucional.

Justamente, para el cumplimiento de las actividades que le son propias -que comprende un conjunto de hechos, actos y procedimientos-, la Administración Pública debe contar con una organización idónea que, compuesta por órganos de distinto nivel, le permita llevar a cabo sus fines. Se conforman así los “*órganos-institución*”, personas jurídicas públicas estatales que como tales, no pueden actuar ni desenvolverse por sí mismas, requiriendo la presencia de personas físicas. Serán pues estas, las encargadas de llevar a cabo las actividades de la Administración dentro del marco de competencia asignada, cuya voluntad expresada será imputada a la persona jurídica que integran. Son ellas los “*órganos-personas*”, a través de las cuales el Estado cumplirá con su accionar.

Según la doctrina nacional, se sostuvo que los agentes de la Administración Pública son las personas de existencia visible, reclutadas por elección o nombramiento, para realizar la actividad total del Estado.

En sentido amplio, Canasi ubica a toda la masa de individuos que, cumpliendo con los más diversos cometidos estatales, sin distinción de gobernantes, funcionarios o meros empleados, forman la pirámide administrativa o escala jerárquica de la organización y funcionamiento de todos los organismos constitutivos de las diversas entidades públicas (Estado Nacional, provinciales, comunas y entidades descentralizadas administrativamente).¹³

Empero, lo que caracteriza a estos conceptos es una diferencia de nivel: en lo referente al orden jerárquico, en que se desempeñan, al

13. Canasi, José, *Derecho Administrativo - Parte General*, Buenos Aires, Depalma, 1981, Vol. I, p. 531.

origen de los poderes ejercidos, al carácter que invisten, a la superioridad de unos respecto a otros, de lo cual deriva que el funcionario se encuentra funcionalmente por encima del empleado dentro de la organización de la Administración Pública.

Es cierto que, tradicionalmente, se ha distinguido el funcionario del empleado público, entendiéndose por empleado público la persona que pone su actividad en servicio del Estado, a cambio de una retribución determinada, y es obvio que un trabajador de ínfima categoría que presta su actividad al servicio del Estado, sin ejercer funciones públicas, esto es, sin actuar a nombre y en interés del Estado, no tiene el carácter de funcionario público, aun cuando sea empleado público.¹⁴

Existe un cierto consenso en la dogmática extranjera¹⁵ en señalar que, la distinción en el Derecho Administrativo entre los conceptos de “*empleado*” y “*funcionario*”, tiene significación jurídica, pues no se puede punir a quien no está investido de cierta autoridad o autonomía de determinación, y en tanto que el empleado es subordinado al funcionario y realiza, más bien, tareas de ejecución.

Más aún se sigue discutiendo -entre nosotros- si lo es un empleado o un empleado que no tiene competencia para conformar la voluntad estatal,¹⁶ y a partir de ese dato relevante de carácter administrativo se distingue la posibilidad funcional de tener la calidad de funcionario público o no.

En cambio, otro sector de nuestra dogmática penal ha dicho que “*el concepto de función pública cuya participación determina la calidad de funcionario o empleado público a los términos del art. 77 no es uniforme [...] pero es*

14. Vale la pena agregar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha distinguido entre aquellos “funcionarios y empleados cuya remuneración y demás derechos y obligaciones son establecidos y gobernados por el respectivo régimen constitucional y administrativo, de aquellos otros supuestos en que el Estado contrata los servicios de personas para funciones no previstas en el cuadro de la administración ni en el presupuesto, sin horarios, oficina, jerarquía, ni sueldo, supuestos estos que se rigen por el derecho común (Fallos: 175:275; 195:210 y sus citas)” (CSJN, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Deutsch, Noemí Ani c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 4/09/1984).

15. Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal - Parte Especial*, 3ª edición revisada y actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, T. IV, pp. 204-205.

16. De La Rúa, Jorge, *Código Penal Argentino - Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 1183 y ss.

*prevaleciente el criterio del encargo o 'delegatio' estatal para declarar o ejecutar la voluntad del Estado -Carrera- o 'facultad de formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público -Núñez-';¹⁷ ya que "...derecho positivo argentino no hace diferenciación entre funcionarios y empleados públicos, y por el contrario establece que todos los agentes de la administración tienen la misma calificación jurídica..."*¹⁸

A nuestro juicio, y a los fines de definir el concepto de funcionario público, debían integrarse las normas del artículo 77 del Código Penal, el artículo 1 de la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública -Nº 25188- y el artículo I del Anexo I de la Convención Interamericana Contra la Corrupción -aprobada por Ley Nº 24759-.

Por ello, a los efectos de la aplicación del Derecho Penal, los conceptos de funcionario y empleado público se encuentran determinados por el ejercicio de funciones de carácter público, circunstancia esta que se constituye en la clave para atribuir calidad al agente, pues es dable resaltar que la doctrina y la jurisprudencia han sostenido que el derecho penal se abstrae de la circunstancia formal de la designación del agente como funcionario o empleado público, o de las tareas que este desarrolla.

De tal modo, prevalece -a nuestro juicio- esta concepción funcional, para ser considerado funcionario público, y el agente debe intervenir, o haber intervenido en el "*ejercicio de funciones públicas*", indistintamente si participó en ellas de manera accidental o permanentemente. Entonces, lo que se destaca es que la ley no atiende a que el agente ostente una calidad jurídica determinada, sino que repara en el ejercicio real de funciones públicas.¹⁹

17. Ídem.

18. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo, Parte General*, 3ª edición, Macchi, 1995, Cap. XIII, T. 1, pp. 3-4.

19. Doctrina sentada en fallos: Cámara Nacional de Casación Penal, sala 1ª, causa n° 1202 "Barreiro, Leonardo J. s/ recurso de casación", registro n° 1677.1, rta. el 16/07/97; sala 2ª causa n° 8599, caratulada "Rodríguez Larreta, Horacio s/ recurso de casación", reg. 19322, Rta. el 13/09/2011, ídem sala 3ª, causa n°: 1147, "Fendrich, Mario César s/recurso de casación", registro n° 335.97.3, rta el 20/08/1997; ídem Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala 2ª, causa n° 12.728, caratulada "Tedesco Bault, y otros s/procesamientos - Servicio de Peluquería para Residencias del PAMI- ", reg. n° 14223, rta. el 22/05/1997; ídem sala 2ª, causa n° 16.810, "Rimoldi", rta. el 19/10/2000, Reg. n° 18063; entre muchas otras.

Más allá de que para nuestra legislación penal, “*funcionario público*”, de conformidad a su interpretación auténtica, es todo aquel que “*participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente*” -artículo 77, 4 párrafo del Código Penal-.

Por otro lado, la pertenencia gubernamental, sea en el Estado o en las entidades estatales (total o parcialmente gubernamentales, como sucede con los organismos mixtos), descentralizadas o desconcentradas, en cualquier jerarquía, y no sólo el desempeño de actividad o servicio a favor del Estado, integra el concepto de funcionario público cuando se trata del resguardo de la transparencia.

Asimismo, resultaría positivo que a futuro se evalúe la posibilidad de incluir dentro de la categoría de funcionario o servidor público a quienes se desempeñaren en agencias, empresas o cualquier otro ente público donde el Estado tenga una participación mayoritaria o que sea determinante en la formación de su voluntad.²⁰

En consecuencia, interpretamos que al tratarse de un concepto más amplio acorde con una política criminal que exige por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, es necesario atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del Derecho Penal, y más allá de que puedan o no eventualmente ser coincidentes con los criterios del Derecho Administrativo.

Así, se trata de proteger el ejercicio de la función pública en su misión de servir a los intereses generales, de manera que la condición de funcionario a efectos penales se reconoce con arreglo a los criterios expuestos tanto en los casos en los que la correcta actuación de la función pública se ve afectada por conductas delictivas desarrolladas por quienes participan en ella, como en aquellos otros casos en los que son acciones de los particulares las que, al ir dirigidas contra quienes

20. En particular, se puede consultar el criterio sustentado por la Procuración del Tesoro de la Nación en cuanto a que se ha concluido que “son funcionarios públicos los directivos o empleados que representan al Estado en las Sociedades Anónimas con Participación Estatal -mayoritaria o minoritaria-, los de las Sociedades del Estado, los de las Empresas del Estado, los de las Sociedades de Economía Mixta y, en suma, todos aquellos que actúen por y para el Estado, cualquiera sea la entidad total o parcialmente estatal en la que lo hagan y el régimen jurídico laboral o contractual que se aplique a su relación con el Estado” (Dictamen de la PTN 236:477).

desempeñan tales funciones, atacan su normal desenvolvimiento y perjudican la consecución de sus fines característicos.

5. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

La mayoría de los delitos contra la Administración Pública son concebidos como delitos especiales, esto es, delitos en los que se requiere que concurra una calidad especial en el sujeto que ejecuta la acción.

Lo anterior no genera problemas cuando estamos frente a un autor único, pero estos problemas surgen cuando a la conducta del sujeto activo que reúne los requisitos especiales del tipo (“*intra-neus*”) agregamos la intervención de otra persona que no reúne estos requisitos especiales exigidos por el tipo (“*extraneus*”).

La principal dificultad que surge es la de determinar el título de castigo por el cual se puede sancionar a cada uno y, surgen otros problemas con los elementos del tipo que deben concurrir en la conducta del autor y del partícipe, el *quantum* de la pena a imponer a quien interviene en un delito especial sin que en él concurren las condiciones personales exigidas para el autor, etcétera.

Los problemas anteriormente señalados son tratados en doctrina bajo el título de comunicabilidad de elementos típicos, es decir, si el partícipe que no posee la calidad especial va a ser castigado conforme al mismo título que resulta aplicable al autor (en este caso se dice que la calidad se comunica al partícipe), o si, por el contrario, debe quedar impune o bien ser sancionado conforme a un título distinto (en este caso se habla de incomunicabilidad).

Una posible solución dogmática está dada por la categoría de estos delitos: de infracción de deber. Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, entre otros -denominados delitos de dominio-.

Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración, y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor -característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios públicos-.

La doctrina científica más destacada ha dicho que este tipo de infracciones, al contener una significación propia, precisamente en la medida en que van dirigidas contra personas de esta clase, a las que se suele dispensar especial protección, el sujeto activo será en todos los casos un funcionario público en ejercicio de su cargo y obrando dentro de su propia competencia.

El autor del delito -de infracción de deber- no puede ser cualquier persona, sino sólo aquel funcionario o servidor público que ocupa un estatus especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra.

Por consiguiente, el funcionario, en tanto en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio -claro está- de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto.

Este tipo de delitos restringe el círculo de autores -como se anotó-, pero se admite la participación del “*extraneus*” que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice.

Respecto del primero, cabe poner de resalto que la figura del instigador -artículo 45, *in fine*, del Código Penal- sólo permitiría abarcar aquellos supuestos en que las influencias fuesen seguidas de la efectiva ejecución de las conductas constitutivas de abuso de autoridad (artículo 248), omisión de deberes del oficio (artículo 249), nombramientos ilegales (artículo 253, primer párrafo), negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (artículo 265), etcétera.

Ello así puesto que la instigación es una forma de participación y, como tal, es accesoria al hecho del autor. En consecuencia, el sujeto que determine directamente al funcionario a cometer el delito, sólo podrá ser perseguido penalmente cuando este último hubiera

comenzado a ejecutar la conducta delictiva (de forma tal que, cuanto menos, exista tentativa).

Por el contrario, si el agente público rechaza las pretensiones del instigador, la conducta de este último no resultará punible.

En suma, la acción de ejercer influencias con prevalimiento para conseguir que un funcionario actúe en la forma deseada, difícilmente podrá perseguirse a través de la figura del instigador (en relación con los delitos señalados), ya que ello exige como presupuesto que el funcionario acceda a las pretensiones del influyente. Y cuando esto sucede, es claro que el agente público procurará que el suceso no trascienda, atento la responsabilidad personal que podría caberle. De modo tal que, en la práctica, la conducta en cuestión permanecerá impune en la gran mayoría de los casos.

En ese mismo nivel de premisas, para fundamentar esta perspectiva -en torno a la accesoriedad de la participación- se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del *extraneus*.

Esta posición sostiene lo siguiente: a) Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes, y b) El *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal.

Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquel toma parte en la realización de la conducta punible.

Desde esta posición subsidiaria, serán partícipes los que sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber -el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única-. Esta posición guarda absoluta concordancia con el artículo 48 del Código Penal, que regula las reglas de la incomunicabilidad de las circunstancias de participación y señala lo siguiente: “*Las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquellas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe*”.

Esta fórmula ratifica la opción dogmática y jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de la punibilidad del “*extraneus*” como autor de un delito de infracción de deber.

Lo expuesto significa, además, que el partícipe sólo merece ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor.

En consecuencia, sólo el funcionario puede realizar el tipo penal. Fuera de los supuestos de autoría, es admisible la intervención de particulares en calidad de partícipes.

6. ABUSO FUNCIONAL GENÉRICO

6.1. Ubicación y sistemática

En principio, la fórmula legal del artículo 248 del Código Penal reprime al funcionario público que *“dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutar las órdenes o resoluciones de esta clase existentes, o no ejecutar las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere”*.

Esta norma conserva su redacción originaria, según Ley N° 11179 (*“Código Penal de 1921”*), no habiendo sido objeto de modificaciones. El bien jurídico protegido por esta figura es el normal y diligente desenvolvimiento de la administración, y refiere a la violación o incumplimiento de disposiciones expresas de un texto legal.²¹

Empero -como bien señala Donna-, al respecto, *“el delito, tal como se encuentra en nuestro Código Penal, es de difícil conceptualización y en la práctica ha resultado una especie de saco en donde se incluyen las más diversas acciones de funcionarios públicos”*.²²

Esta figura penal de deber se conforma con la inobservancia de los límites trazados por un estatus particular, pues en el fondo existe un deber de corte institucional que convierte a la persona en un obligado especial, se relaciona con la infracción de un deber asegurado institucionalmente.

Razón por la cual, el sujeto activo debe ser el funcionario público que actúa dentro de sus funciones, debiendo estar investido de autoridad y cometer esta infracción siempre dentro del ámbito de sus

21. Breglia Arias, Omar / Gauna, Omar R., *Código Penal y Leyes Complementarias, comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, 5ª edición, Astrea, T. II, p. 607, con cita de Creus, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública*, op. cit.

22. Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª edición actualizada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012, T. III, p. 13.

funciones encomendadas por su estatus funcional legítimamente designado, investido o electo.²³

La posibilidad de la coautoría está determinada por la conformación de la estructura orgánica cuando el dictado o ejecución de un acto implique una función conjunta (plural o colegiada) de una resolución u orden ilegal.²⁴

Tomado en consideración el bien jurídico protegido, consideran que el tipo penal no sólo protege la Administración Pública preservando la regularidad de su funcionamiento y la legalidad de los actos administrativos, sino también la juridicidad del obrar administrativo con la consiguiente desviación de poder como vicio inerte, que pueden verse comprometidas por el acto arbitrario en el que el funcionario actúa más allá de su competencia o por la omisión de su actividad necesaria.

Precisamente, cobra relevancia una de las tres conductas típicas contenidas en el artículo, a saber, la no ejecución de leyes cuyo cumplimiento incumbe al funcionario, que establece una manera omisiva de abuso de autoridad (uso incorrecto, arbitrario e improcedente de una facultad jurídica), como forma de incumplimiento.

De hecho, hay quienes postulan *-lege ferenda-* respecto del tipo objetivo del artículo 248 del Código Penal, sustituir la expresión “*contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales*”, de la actual redacción, por la calificación de *arbitrarias*.²⁵

En orden a las deficiencias del texto vigente, hay quienes resaltan que si no “*tiéramos la disposición con la idea de que se trata de una traición a la confianza, de usar la autoridad como instrumento para violar la*

23. En este punto seguimos a Núñez, quien afirma que “...las 3 especies de abuso suponen el ejercicio por el autor de la facultad de resolver, ordenar o ejecutar con arreglo a la Constitución o a la ley. Se trata siempre del arbitrario ejercicio de la actividad funcional...” (Núñez, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, Gráfica Devoto, 1975, T. VII, p. 74 y ss).

24. Arce Aggeo, Miguel A. / Báez, Julio C., *Código Penal - Comentado y Anotado*, Miguel A. Asturias (coordinador), Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2013, T. 3, p. 1134.

25. Para esta propuesta se ha tomado como fuente la “prevaricación administrativa” contemplada en el artículo 404 del CP español (Ley LO 10/1995, del 23-11-1995, y modificatorias). En particular, el Código Penal español de 1995, en su artículo 404, dispone “A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a 10 años”.

*Constitución o las leyes, es decir, si no exigimos un toque de alevosía, el delito se desdibujará y podría castigarse a todo funcionario público y a todos los jueces que tenemos y tuvimos en el país”.*²⁶

Es indudable -como seguidamente veremos- que es una figura compleja de conceptualizar, que sirve como figura residual para abarcar las más diversas acciones u omisiones propias de la función pública, y de allí que el operador judicial deba ser particularmente cuidadoso al subsumir y atribuir la conducta con los deberes normativos derivados de la función y el dolo propio del autor.

6.2. Carácter residual

Ahora bien, se trata de una figura residual de carácter subsidiario y, por ende, su aplicación está supeditada a que otra no la comprenda como elemento constitutivo (²⁷).

Este principio de subsidiariedad puede aplicarse bien de manera expresa cuando el legislador se encarga de señalarla (v. gr. la fórmula general más usada es “*si no resultare un delito más severamente penado*”), o de forma tácita la cual debe deducirse de la ley y es relevante para el operador jurídico cuando debe resolver concursos aparentes de tipos motivados por la existencia de figuras que describen diversos grados de lesión o afectación de los bienes jurídicos, desde los más leves hasta los más graves, de tal manera que el supuesto de hecho subsidiario es interferido por el principal.

Este carácter subsidiario de esta infracción es singular, pues no solamente aparece excluida por delitos más graves -artículos 143, 144 bis, 144 ter Código Penal-, sino también por infracciones que importan abuso, pero que tienen pena menor -artículo 274 Código Penal-.

Por ello, el tipo penal del abuso funcional genérico es subsidiario cuando sólo puede ser aplicado si la conducta no logra subsunción en

26. Molinario, Alfredo J., *Los delitos*, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Buenos Aires, TEA, 1999, T. III, p. 344.

27. Con cierta ironía decían Molinario y Aguirre Obarrio que “*en la práctica, cuando no se sabe bien qué imputar, pero se busca imputar algo delictivo, se habla de abuso de autoridad, es decir de este artículo 248 y, si no, de incumplimiento de los deberes de funcionario público*” Molinario, Alfredo / Aguirre Obarrio, Eduardo, *Los delitos*, Buenos Aires, TEA, 1999, T. III, p. 343.

otro que sancione con mayor severidad la transgresión del mismo bien jurídico o mayor especificidad.

De acuerdo con lo expresado, dos hipótesis pueden llegar a presentarse en el proceso de adecuación típica frente a disposiciones subsidiarias: 1º) Que la conducta investigada corresponda a la del tipo penal subsidiario exclusivamente; y, 2º) Que simultáneamente aparezca definida en otro tipo penal de mayor jerarquía (básico o especial) que protege el mismo bien jurídico.

En el primer supuesto, ningún inconveniente se presenta, pues siendo una la norma que tipifica la conducta, se impone su aplicación. En el segundo, surge un concurso aparente de tipos que debe ser resuelto con exclusión de la norma accesorio, en virtud del principio de subsidiariedad.

Por último, también es presentado como remanente en su relación con tipos ubicados en otros capítulos, aplicable sólo cuando el abuso no es el medio para cometer otro hecho punible,²⁸ lo que se advierte con claridad cuando se comete una malversación (artículo 260, Código Penal), o un prevaricato (artículo 269, Código Penal), pero sólo puede ser desplazado por especialidad por la concurrencia de un tipo que expresamente lo contenga, como sucede con los artículos 260, 269 y 274, no así cuando el abuso ha sido el medio para cometer un delito que carece de presupuestos comunes, como sucede con la instigación (artículo 209, Código Penal).²⁹

6.3. Bien jurídico protegido

El tipo penal protege en concreto el regular funcionamiento de la Administración Pública y la legalidad de sus actos, y si bien muchos son los delitos que lo contienen -el abuso de autoridad- y que presuponen la extralimitación de un funcionario público, el interés de un Estado políticamente ordenado en el cumplimiento regular y legal de los actos de autoridad es tan acentuado por las consecuencias ínsitas a los valores jurídicos, que aun cuando no se produzca lesión de un derecho

28. Creus pone como ejemplos al prevaricato (artículo 269, Código Penal) y la malversación (artículo 260, Código Penal), (Creus, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública*, op. cit., p. 200).

29. Righi, Esteban, "Acercas del concurso y la participación en los tipos de abuso de autoridad e instigación a cometer delito", *La Ley* 2002-F, p. 628.

ulterior se castiga el acto abusivo en sí mismo,³⁰ independientemente de las consecuencias a terceros fuera de la administración.

La importancia del bien jurídico de cara a delimitar el ámbito de protección no sólo se refiere a la función específica de los poderes del Estado, sino además a la típica función administrativa de todos ellos. Se pretende asegurar la conducta de los funcionarios públicos, quienes con la inobservancia de los deberes a su cargo obstaculizan esa regularidad funcional, dañando no sólo a la función en sí, sino también a los simples particulares que ven comprometida su credibilidad en las instituciones.³¹

De allí que la ilegalidad del acto no radica meramente en su contradicción con las normas que refiere el texto legal, sino que lo que caracteriza el contenido de ilicitud de este tipo radica en el uso arbitrario de la función pública, en tanto es utilizada como instrumento para violar la Constitución o las leyes.³²

Además, que a través de esta figura se intenta proteger la ejecución funcional como inejecución derivada de los mandatos constituciona-

30. Soler señala en este sentido que “...se castiga el acto abusivo en sí mismo, como un modo de tutelar los valores ínsitos en el orden jurídico como tal, en cuanto el cumplimiento irregular y abusivo de los actos de autoridad pueden determinar graves trastornos e inducir a toda clase de males” (Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, op. cit., T. V, p. 138).

31. En la jurisprudencia comparada, vemos un reconocimiento a la existencia de daño no por inmaterial menos efectivo y de claro contenido demoledor, constituido por la pérdida de confianza de la ciudadanía en sus instituciones; en tal sentido, retenemos la siguiente reflexión, procedente de la STS 1382/2002 del 17 de julio: “...Dicho daño está constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellas deben merecerle porque como custodios de la legalidad, son (autoridades y funcionarios) los primeros obligados, y esta quiebra puede producir efectos devastadores en la ciudadanía pues nada consolida más el estado de derecho que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan de acuerdo con la Ley y que por tanto el que se aparta de la norma recibe la adecuada sanción que restablece aquella confianza rota”.

32. Interesa destacar que en la jurisprudencia comparada del Reino de España, se sostiene que el carácter “arbitrario” de la resolución supone que la misma debe ser “ilegal”, en abierta contradicción u oposición con la norma jurídica que aplica, careciendo de justificación razonable desde cualquier ámbito o posibilidad de interpretación de la misma (“patente, notoria e incuestionable contradicción con el ordenamiento jurídico”). A su vez, la referida arbitrariedad puede alcanzarse por omisión de las normas esenciales de procedimiento, por no tener el funcionario competencia objetiva exigible para dictarla, o porque el fondo de la resolución contravenga el ordenamiento jurídico (SSTS 723/2009, del 1-07-2009; 49/2010, del 4-02-2010; 1660/2011, del 8-11-2011; STS del 12-04-2012).

les y legales, que se imponen como eje de la actuación funcional y cuya obligatoriedad es impuesta al conjunto de agentes de la Administración Pública en general, sobre los que deban regir, mas no el incumplimiento de órdenes particulares dirigidas a una persona determinada.

Justamente, la trascendencia de los procederes de un funcionario van mucho más allá de un perjuicio a la Administración Pública y al particular que resulta afectado por dicha conducta: la extensión de los actos abusivos y su trascendencia generan una lesión al orden institucional que debe ser puesta de relieve, en tanto desprecian la entidad de la administración en general y de la confianza y respeto que el ciudadano debe brindarle.

Así, y siguiendo a Soler, el acto del funcionario que se repute abusivo, en cuanto a lo que se ajusta a la especie, debe consistir en el uso incorrecto, arbitrario e improcedente de una facultad jurídica, y puede verificarse la violación de la ley mediante el acto abusivo cuando el acto implique el ejercicio de una facultad que el funcionario no tiene -por no estar prevista o porque expresamente se halla prohibida- y también cuando, si bien el acto se encuentra dentro de las facultades conferidas al funcionario, en el caso particular los supuestos fácticos que autorizan su ejercicio están ausentes.³³

Por supuesto que la aplicación de este tipo penal ha de ser excepcional y restrictiva, con relación a la cantidad de decisiones administrativas y aun judiciales que son objeto de revocaciones, nulidades, etcétera; que las mismas hayan sido objeto de tales revisiones no implica que el funcionario necesariamente haya tenido el dolo específico que se exige en el artículo 248, conforme la pacífica y uniforme doctrina y jurisprudencia lo ha aquilatado.

Entonces, siguiendo la clara caracterización que realiza de este límite mínimo, que separa el abuso de autoridad de la simple irregularidad funcional propia, ese límite se traspasa cuando el funcionario conoce la falsedad de los fundamentos del acto y obra "*in fraudem legis*".

6.4. Tipo objetivo

La norma describe tres conductas típicas distintas: i) dictar resoluciones y órdenes contrarias a las constituciones o a las leyes; ii) ejecutar las órdenes contrarias a dichas disposiciones; y iii) no

33. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, op. cit., T. V, p. 184.

ejecutar las leyes cuyo cumplimiento incumbe al funcionario. Las dos primeras hipótesis corresponden a conductas activas, tipos de acción, mientras que la última describe un tipo omisiva. En todos los casos previstos, la fórmula legal posibilita la comisión única o plural del delito, esto es, que la realización de dos o más comportamientos típicos multiplica el delito.

Los dos primeros supuestos importan conductas comitivas activas, en tanto que el último implica, en principio, una omisión. Pero en todos los supuestos existe un abuso consistente en la intención del funcionario de violar el orden jurídico utilizando para ello la autoridad conferida.

La punibilidad proviene del hecho de actuar el funcionario cuando la ley no le permite hacerlo, de no actuar cuando le obliga a hacerlo o de actuar de un modo prohibido por la ley o no previsto por ella, y la expresión “ley” se limita a las Constituciones y a las leyes formales.³⁴

A nuestro juicio, debe imperar un criterio restrictivo en el alcance normativo del tipo objetivo,³⁵ es decir, que abarca la Constitución de la Nación y de las provincias, las leyes nacionales y provinciales, quedando excluidos los reglamentos, decretos u ordenanzas, dado que una interpretación contraria implicaría ampliar en forma abusiva.³⁶

34. Romero Villanueva, Horacio J., *Código Penal de la Nación y Legislación Complementaria. Anotados con jurisprudencia*, 3ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, pp. 1024 y 1028. En igual sentido ver: Cámara Nacional de Casación Penal, sala 3ª, causa N° 3517, caratulada “French, Horacio Alfredo s/ recurso de casación”, Reg. N° 4615; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala 5ª, causa N° 17714, caratulada “Maiza, María Cecilia y otros s/ abuso de autoridad”, rta. el 15/11/2002, y causa N° 22.002, caratulada “Fernández Madrid, Juan Carlos y otros s/ sobreseimiento”, rta. el 14/07/2003; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala 2ª, causa N° 28946, caratulada “Serritella, María Soledad y otros s/ apelación”, Reg. N° 31803, rta. el 19/08/2010, entre muchos otros.

35. Contra nuestra posición, postula Creus que la expresión “ley” contenida en la norma, se refiere a la ley en sentido material (Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1983, T. II, p. 288). A su vez, Molinario y Aguirre Obarrio, con rigor expositivo, expresan que si bien algunos autores interpretan que la referencia que hace la norma a las leyes significa sólo a ellas, otros la extienden a las reglamentaciones que se refieran al caso, a lo que añaden que, aunque esto pueda parecer sensato, no está escrito así en el artículo 77, por lo que si se interpreta así se estaría incriminando por analogía (Molinario, Alfredo / Aguirre Obarrio, Eduardo, *Los delitos*, op. cit., T. III, p. 343).

36. Cámara Nacional de Casación Penal, sala 2ª, 06/05/2005 - Prámparo, María L. s/rec. de casación; *La Ley* 2006-B, 93.

La primera modalidad delictiva prevista en la norma se caracteriza por “*dictar resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales*”, y la realización de la acción típica conlleva a que el funcionario actúe contrariando lo que expresamente establecen las Constituciones o las leyes, actuando como un verdadero autócrata.³⁷ Por su estatus especial, debe ajustar su accionar a las exigencias del orden jurídico preestablecido, y el apartamiento manifiesto de ese orden implica siempre el ejercicio arbitrario de la función pública, con el consabido vicio de la “*desviación de poder*” en el acto administrativo.³⁸

Dictar una resolución significa emitirla fundadamente, y de acuerdo con las formalidades prescriptas por la ley y por la autoridad competente, empero no se castiga el hecho de que la resolución no se ajuste a la prescripciones que la reglamentación imponga, sino que lo resuelto o dispuesto en ella violente sustancial o formalmente una ley o una disposición constitucional a nivel nacional o provincial.

El abuso funcional se configura cuando el ordenamiento legal no le ha acordado esa capacidad a ningún funcionario, o bien está expresamente prohibida; o cuando estando concedida por la ley, no lo está para ese funcionario en particular.

Por tratarse de un delito de pura actividad, *se consuma* cuando se dicta la resolución de acuerdo con las formalidades del acto administrativo de alcance general (reglamento), o como determinaciones de la voluntad del Estado respecto de una situación concreta (acto administrativo de alcance individual, v. gr. prohibir una manifestación).

La resolución se transforma en orden cuando es confiada a un órgano del Estado para su ejecución o cumplimiento, y dispone cualquier tipo de acto administrativo, de alcance individual o general, por

37. Como advierte Terragni: “...hay funcionarios que, so pretexto de ser ‘ejecutivos’, creen que su poder es superior: Prepotentes, les importa poco lo que dice el texto escrito, y es así que se rigen por sus propias pautas” (Terragni, Marco A., *Tratado de Derecho Penal - Parte Especial*, 1ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2012, Vol. 3, p. 359).

38. En este punto es claro Barraza, al decir respecto de los vicios del acto administrativo que “la desviación de poder es una falta que comete un agente o funcionario público al emitir un acto administrativo con un móvil subjetivo que desvirtúa la finalidad de interés general que tuvo el legislador al concederle potestades... [lo] emiten... con un móvil subjetivo, que puede ser el deseo personal, la venganza, el lucro. Estas cuestiones tienen notable relación con la psiquis del individuo” (Barraza, Javier I., “Finalidad del acto administrativo y la desviación de poder”, *La Ley* 2012-B, 1053).

medio de la cual la autoridad pública cree, extingue o modifica derechos, facultades, obligaciones o cargas públicas de terceros o del Estado.³⁹ También, es concebible que exista una orden instantánea dada por un funcionario para que otros actúen o dejen de actuar de determinada manera, sin que presuponga resolución anterior.

Independientemente de su acatamiento por su destinatario, que -muchas veces- debe someterse al accionar abusivo, pues el artículo 12 de la Ley N° 19549 presume la legitimidad del acto administrativo y ello autoriza su ejecutoriedad, siempre que no se adviertan supuestos previstos por esa norma para disponer su suspensión en la ejecución de los efectos.

Esa presunción de validez, como lo ha señalado distinguida doctrina, acompaña a todos los actos estatales y permite el cumplimiento de los fines públicos, que se verían de otra forma obstaculizados si les fuera antepuesto un interés individual.⁴⁰

Particular relevancia cobra el orden normativo cuando el quehacer administrativo se encuentra prefigurado, dado que -en esos supuestos- se erigirse en imperativo para el funcionario, posibilitando que el contraste entre lo normado y lo actuado sea verificable como incumplimiento funcional en los términos exigidos por el tipo objetivo y, por el contrario, cuando el orden jurídico ha permitido al funcionario un ámbito de libertad en la determinación de su obrar, las opciones escogidas dentro de ese ámbito de libertad no podrán contrastar con ninguna pre-determinación jurídica, resultando entonces de imposible configuración del tipo objetivo, ante la ausencia del elemento normativo de contraste.⁴¹

39. D'Alessio, Andrés J. / Divito, Mauro A., *Código Penal de la Nación-Comentado y anotado*, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2009, T. II, p. 1229.

40. Entre muchos otros, entre nosotros Cassagne señala que *“la impronta típica que caracteriza al acto administrativo se encuentra integrada por los caracteres de la presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, los cuales implican respectivamente la suposición de que el acto ha sido dictado en armonía con el ordenamiento jurídico y la facultad de los órganos estatales que ejercen la función administrativa para disponer la realización o cumplimiento del acto, sin intervención judicial, dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico”* (Cassagne, Juan Carlos, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Comentada y Anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 277).

41. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala 1ª, 16/08/2011, “Segura, Jorge Eduardo y otros s/sobreseimiento”, *La Ley online*: AR/JUR/44505/2011.

También carece de tipicidad objetiva la decisión adoptada en el marco de la competencia funcional, aun cuando sea cuestionable respecto del alcance de legalidad, si existen instancias recursivas propias y la resolución u orden se dicta con alcance suspensivo; ni tampoco delinque el funcionario que interpreta y aplica mal la Constitución o la ley,⁴² o las que aun con alcance dudoso se adoptan sin el propósito de contrariar la Constitución o las leyes,⁴³ dado que la diversidad de criterios sustenta la aplicación dinámica de la ley, y antes que perturbar el ejercicio de la función pública, ha sido asumida como un factor inherente e incluso coadyuvante del sistema administrativo y judicial, de manera que su manifestación no afecta significativamente bien jurídico alguno, salvo casos excepcionales en los que se verifica una concreta desviación del poder.⁴⁴

El funcionario incurre en el abuso funcional genérico de autoridad ejercita una facultad que ni la Constitución ni la ley le atribuyen, pues está prohibida específicamente, o no ha sido concebida a ningún funcionario;⁴⁵ o cuando la actividad del funcionario, si bien

42. Ver en igual sentido: Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 10ª reimpresión, Buenos Aires, TEA, 1992, T. V, pp. 182-184; Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., T. VII, pp. 230-1.

43. La jurisprudencia tiene afirmado que corresponde confirmar “*el sobreseimiento dispuesto en una causa en donde se investigaba el delito previsto en el artículo 248 del Código Penal, imputado a un magistrado, debe ser confirmado, ya que más allá de su acierto o error en las medidas probatorias efectuadas por el magistrado, no se advierte una conducta que pueda ser considerada como un acto abusivo pues no aparece dictado con el propósito de contrariar la constitución o las leyes sino ejecutado en el ámbito de aquella normativa que puede interpretarse faculta la concreción de diligencias de oficio aún, eventualmente, ante la oposición de las partes*” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala 6ª, 15/08/2014-G., R. s/ sobreseimiento, ED 259, 303, DJ 10/12/2014).

44. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala 1ª, 16/08/2011, “Segura, Jorge Eduardo y otros s/sobreseimiento”, *La Ley online*: AR/JUR/44505/2011.

45. Sabido es que uno de los supuestos en que el dictado de resoluciones importa la ilegitimidad propia del abuso es cuando si bien se apoya en una facultad concedida por la ley, en el caso concreto el funcionario público lo ejerce arbitrariamente, por no darse los supuestos de hecho requeridos para su ejercicio (Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal - Parte Especial*, Bogotá, Temis, 1972, vol. III, pp. 210-211; Laje Anaya, Justo, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Buenos Aires, Depalma, 1981, vol. III, pp. 77-78; Creus, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública*, op. cit., pp. 189-190).

se apoya en una facultad concedida por la ley, en el caso concreto es ejercida arbitrariamente, por no darse los supuestos de hecho requeridos para su ejercicio.

En el primer caso, la resolución o la orden es jurídicamente imposible, mientras que, en el segundo, es arbitraria. En este último supuesto, acoplamos la exigencia de la dogmática española en el sentido de que *“la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación jurídica”*.⁴⁶

Por ello, Soler sostiene que *“un acto puede ser abusivo solamente por dos motivos: a) Por ser contrario a la constitución o a la ley en el sentido formal, ...b) Por ser el acto sustancialmente improcedente en concreto, aun cuando sea posible en derecho. El abuso de autoridad en el primer sentido es posible; pero raro, porque son excepcionales los actos que, externamente considerados, resultan excluidos de toda posibilidad jurídica... El interés teórico y práctico se concentra... a los casos en que el hecho consiste realmente en un abuso, esto es, en el uso incorrecto, arbitrario e improcedente de una facultad jurídica. El delito en tales casos consiste en hacer algo que el funcionario puede hacer”*. Y más adelante agrega: *“Por eso se dice que la expresión ‘acto arbitrario’ se toma aquí en sentido subjetivo y no solamente en el objetivo”*. Y citando a Manzini el autor concluye: *“para constituir el delito basta la arbitrariedad subjetiva, que se presenta en esos casos en que el funcionario dispone de poderes discrecionales -como en el caso bajo examen-, y los emplea con un fin diverso al que la ley persigue, inspirado por sectarismo político, religioso, o por venganza o vejación, etcétera”*.⁴⁷

Por el contrario, Donna aduce -en una visión reductora del tipo objetivo- que se trata de un despliegue arbitrario en la función, contrariando lo que constitucional o legalmente es lo debido y obligatorio. Es necesario recordar que, tal y como lo sostiene Núñez, el abuso de autoridad no es una extralimitación funcional en el sentido extensivo, sino que es un mal uso de la autoridad dentro de la propia función; es cuando el funcionario emplea la autoridad recibida para violar la Constitución o las leyes. Se trata del funcionario público que utiliza su cargo a los efectos de actuar ilegalmente.⁴⁸

46. Luzón Cuesta, José María, *Compendio de Derecho Penal - Parte Especial*, Madrid, Dykinson S. L., 2010, p. 307.

47. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 10ª reimpresión, Buenos Aires, TEA, 1992, T. V, pp. 182-184.

48. Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal - Parte Especial*, op. cit., T. III, p. 14.

En cambio, una segunda descripción típica admite la acción activa de “*ejecutar las resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales*”, que implica una modificación de la realidad material para hacerla cumplir a terceros, contrariando deberes esenciales jurídicos y operar sobre la realidad modificándola al ejecutar la resolución o la orden contrariando la legitimidad del ordenamiento.

Es necesario que el agente conozca la contradicción de estas con el ordenamiento jurídico, y así y todo tenga la voluntad de llevarlas a cabo (v. gr. el funcionario que contrata en forma directa a una asociación privada en detrimento de instituciones públicas, y en forma directa en vez de respetar el procedimiento licitatorio legalmente exigido).

A *contrario sensu*, tiene obligación de no ejecutar aquellas leyes que fueran manifiestamente ilegales, porque el tipo penal del artículo 248 del Código Penal tiene por objeto procurar que “...*las funciones públicas sean ejercidas conforme a lo que la ley manda...*”, pero “...*queda amenazado con pena sólo un apartamiento considerable de la línea de actuación que marcan las reglas. Esto ya que no es dable concebir que el funcionario público, en la totalidad de los actos de la vida oficial cotidiana, esté continuamente bajo la coacción de la ley penal, porque si así fuese le resultaría imposible cumplir cualquier tarea con espontaneidad...*”⁴⁹

Lo complejo radica en la tercera forma típica prevista en el precepto legal: describe, contrariamente al supuesto anterior, un tipo omisivo que consiste en no ejecutar las leyes cuyo cumplimiento incumbe al funcionario.

La acción material es *no ejecutar las leyes*, esto es, no aplicarlas en el caso concreto. La conducta revela una inobservancia expresa de la norma; el funcionario no deja de aplicar la ley por una interna convicción de que su aplicación no corresponde al caso en particular, sino porque directamente ignora su existencia. La ley existe, pero el agente actúa como si no existiera, de modo que ejecuta una infracción de un deber de actuar conforme al ordenamiento jurídico del que la autoridad o el funcionario es el garante y primer obligado; por ello su actuación al margen de la ley tiene un plus de gravedad que justifica el tipo penal.

La infracción sólo alcanza al incumplimiento de las leyes que incumben al funcionario, de manera que tiene en cada caso particular

49. Terragni, Marco A., *Delitos Propios de los Funcionarios Públicos*, Mendoza, Jurídicas Cuyo, 2003, p. 60.

una posición de garantía que surge de la calidad de funcionario, que por otra parte especializada el delito.

En estos casos, el funcionario que reviste posición de garante del bien protegido con el deber especial -extrapenal- de actuar de determinada manera, decide no hacerlo, permitiendo dicha inactividad -como si hubiera sido causado mediante un hacer positivo- la producción del resultado típico que, sin embargo, se ha consumado con la no realización de la acción debida.⁵⁰

Se trata de un delito de *omisión impropia*, en el que el funcionario asume una posición de garante respecto del bien jurídico protegido, por cuanto tiene un deber especial de actuar regular y rectamente para alcanzar los fines propios de función y, sin embargo no lo hace, produciéndose el resultado como consecuencia de su pasividad, por lo que le corresponde la imputación jurídica del resultado típico, como si lo hubiera causado mediante un hacer positivo.

6.5. Tipo subjetivo

Entiendo, al igual que toda la dogmática, que estamos en presencia de un delito doloso, sólo compatible con el dolo directo.⁵¹ El tipo subjetivo no requiere la concurrencia de ningún elemento subjetivo especial que fundamente el injusto distinto de ese tipo de dolo,⁵² más allá de que algún sector de nuestra dogmática haya insistido en requerir la “*malicia*” como elemento subjetivo del tipo, por estar ínsita en cualquier tipo de abuso.⁵³

Si por dolo entendemos, por ensayar un concepto en esta figura, saber lo que se hace funcionalmente y conocer en concreto de la acción que se ejecuta es arbitraria y contraria a la juridicidad del quehacer

50. Buompadre, Jorge E., *Delitos contra la Administración Pública - Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, MAVÉ Editor, 2001, p. 141.

51. Creus, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública*, op. cit., p. 203; Villada, Jorge L., *Delitos contra la función pública*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p. 225; Romero Villanueva, Horacio J., *Código Penal de la Nación y Legislación Complementaria. Anotados con jurisprudencia*, 3ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, p. 1028.

52. Baigún, David - Zaffaroni, Eugenio R., *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 1ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, T. 10, p. 368.

53. Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino - Parte Especial*, T. VII, op. cit., p. 77; Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, op. cit., T. V, p. 144.

administrativo, no exige mayor esfuerzo configurar intelectualmente que actuó bajo esa condición.

Ese saber, naturalmente, involucra a los elementos del tipo objetivo, de modo que el funcionario público tiene que haber tenido conocimiento de estar realizando todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo, por lo que esto no radica en la simple extralimitación objetiva sino en el conocimiento de esa extralimitación, lo que configuraría entonces el aspecto subjetivo, que es precisamente el límite demarcatorio que separa el abuso de autoridad e incumplimiento de los deberes de funcionario público, de la simple irregularidad funcional.

En la formación de un dolo, que sólo puede consistir en el perfecto conocimiento de que se omite una resolución que, conforme a la legislación y los datos de la realidad previstos en ella, debe ser tomado, dado que en nuestra tradición jurídica es uniforme la opinión de que dichas figuras no admiten la comisión culposa.⁵⁴

Respecto del aspecto volitivo, el sujeto debe tener la voluntad de oponerse a la ley, de desconocerla, aunque no se alcance la mala aplicación o interpretación de ella, ya que el error sobre algún elemento del tipo objetivo -sea sobre las normas o en torno a las circunstancias fácticas que determinaron el comportamiento funcional- elimina el dolo y con él un actuar abusivo -error de tipo-.

Aun así, y considerándose no sólo como mal aplicada la ley, sino desconociéndola, el funcionario que aplica mal una ley interpretándola incorrectamente, no cometerá abuso, aunque lo haga a sabiendas; sólo lo cometerá el que se le oponga dejando de fundamentar en ella el acto administrativo u omitiendo su aplicación, como si no existiera.

En el mismo sentido se expresa Donna, quien sostiene que en el aspecto volitivo, el sujeto debe tener la voluntad de oponerse a la ley, de desconocerla, aunque no se alcance a la mala aplicación o interpretación de ella.⁵⁵

54. Ver, por ejemplo, Moreno, Rodolfo (h.), *El Código Penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, H. A. Tommasi Editor, 1923, T. VI, p. 176 y ss.; Laje Anaya, Justo / Gavier, Enrique A., *Notas al Código Penal argentino*, 2ª edición, Córdoba, Marcos Lerner, 1999, p. 155 y ss.; Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, 3ª edición actualizada por Guillermo Ledesma, Buenos Aires, Lexis Nexis / Abeledo-Perrot, 2004, T. VII, p. 227 y ss.; Buompadre, Jorge E., *Tratado de Derecho Penal - Parte Especial*, op. cit., p. 143 y ss.

55. Donna, Edgardo A.; *Delitos contra la Administración Pública*, 2000, op. cit., p. 167.

Seguidamente, este autor cita un fallo que reza: “*Para la producción de esta conducta resulta menester la acreditada existencia del propósito de violentar la ley de modo tal de menoscabarla mediante el empleo de la autoridad en forma abusiva, sin que se incrimine la decisión errónea o extemporánea por sí sola ... El funcionario que aplica mal una ley interpretándola incorrectamente no cometerá abuso aunque lo haga a sabiendas ...*”.⁵⁶

6.6. Consumación y tentativa

El abuso omisivo configura un tipo de *pura actividad*, que se consuma con la no ejecución de la ley en el caso concreto, es decir, con la no realización de la acción esperada. Se trata de una inobservancia de lo que expresamente manda hacer la norma jurídica y, como dicen Creus y Buompadre, aquí “*...el abuso consiste en la decisión de no ejecutar la ley, es decir, de no aplicarla, prescindiendo de ella como si no existiera*”.⁵⁷

En el supuesto de *dictar resoluciones*, el delito se *consume* cuando ellas se integren como actos administrativos o jurisdiccionales válidos, sin que sea necesario perjuicio o daño de alguna índole distinto del producido al bien jurídico de Administración Pública,⁵⁸ u algún otro bien jurídico.⁵⁹ En el *dictado de órdenes*, cuando estas han sido impartidas cumplimentando las exigencias correspondientes para ello, aunque no sean acatadas. En la *ejecución de ellas*, la consumación ocurre cuando se concreta en acto el contenido de las resoluciones u órdenes. En tanto que en la *no ejecución de las leyes*, se da cuando debiendo haberse ejecutado, ello no sucedió.

La tentativa en esta figura penal es controversial, dado que -como señala Terragni- “*no explican de manera suficiente por qué la adopción de uno u otro criterio*”.⁶⁰

56. C. Fed., sala I, “González del Solar, J.”, B. J., n° 1, enero-abril 1988, p. 1, citado por: Donna, Edgardo A., *Delitos contra la Administración Pública*, 2000, *op. cit.*, p. 167.

57. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal - Parte Especial*, 7ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2007, T. 2, p. 265.

58. D’Alessio, Andrés J. / Divito, Mauro A., *Código Penal de la Nación-Comentado y anotado*, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2009, T. II, p. 1233.

59. Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, 3ª edición actualizada por Guillermo Ledesma, *op. cit.*, T. VII, p. 166.

60. Terragni, Marco A., *Tratado de Derecho Penal - Parte Especial*, *op. cit.*, Vol. 3, p. 374.

Para el consenso mayoritario no presentan dudas en lo relativo a la inadmisibilidad en el tercer supuesto por su carácter omisivo, pero una parte de la dogmática nacional la desestima para los dos supuestos activos previstos en el tipo.⁶¹

En cambio, Núñez la admite aun para el primer supuesto (“*dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales*”), sosteniendo que los actos inmediatamente ejecutivos con el propósito de dictar una resolución o una orden son susceptibles de ser interrumpidos antes de su consumación.⁶²

Para otros, en una posición que compartimos, sólo admiten la tentativa en el segundo supuesto, rechazando la posibilidad en el primero ya que las órdenes son pasibles de ser impedidas de ejecutar cuando el agente se está preparando para actuar sobre el objeto de ellas, y esto puede ser tomado sin lugar a dudas como un acto ejecutivo del delito.⁶³

7. OMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE ESTABLECIMIENTOS PECUARIOS

7.1. Ubicación y sistemática

Mediante la sanción de la Ley N° 25890 se introduce el artículo 248 bis, que en su texto dispone: “*Será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años, el funcionario público que debiendo fiscalizar el cumplimiento de las normas de comercialización de ganado, productos y subproductos de origen animal, omitiere inspeccionar conforme los reglamentos a su cargo, establecimientos tales como mercados de hacienda, ferias y remates de animales, mataderos, frigoríficos, saladeros, barracas, graserías, tambos u otros establecimientos o locales afines con la elaboración, manipulación, transformación o comercialización de productos de origen animal y vehículos de transporte de hacienda, productos o subproductos de ese origen*”.

61. Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, 3ª edición actualizada por Guillermo Ledesma, op. cit., T. VII, p. 166; Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 2ª edición, Buenos Aires, TEA, 1963, T. V, p. 144.

62. Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino - Parte Especial*, op. cit., T. VII, p. 77.

63. Creus, Carlos, *Derecho Penal - Parte Especial*, op. cit., T. 2, p. 265; Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal - Parte Especial*, op. cit., T. III, p. 194.

Esta reforma, operada mediante la Ley N° 25890,⁶⁴ pretendió incorporar un esquema que comprende modificaciones, agravantes y agregados de diferentes artículos del Código Penal, tendientes a reprimir el hurto y robo de ganado, protegido de manera especial -tal como surge del contenido de toda la ley-, aquello que se encuentra relacionado con la actividad ganadera en nuestro país.

La idea era tratar de abarcar con la pena toda la cadena delictiva que iba desde quien funcionaba como su primer eslabón, efectuando el desapoderamiento ilegal de los animales, como también a quien realizaba la compra de estos -como los frigoríficos- *“...pasando por la complicidad o por lo menos con actividad de los agentes del Estado, que ya sea por acción o por omisión permitían tales hechos”*.⁶⁵

La creación de un tipo penal como el mencionado (artículo 248 bis), presenta algunas dificultades de interpretación en lo relativo a su naturaleza y estructura,⁶⁶ dado que existe una clara relación de especializada entre esta figura penal y la prevista en el artículo 249 a favor de la primera, que a la vez debe considerarse subsidiaria de aquellos tipos penales que contengan a la omisión funcional integrándolos, quedando desplazada la norma v. gr., por los artículos 167 quáter, inciso 4°, y 277 bis del Código Penal.

7.2. Bien jurídico protegido

De difícil construcción dogmática, dado que estamos en presencia de un injerto extraño al cuerpo sustantivo nacional, pues según el mensaje de elevación del proyecto por parte del Poder Ejecutivo: *“Se contempla asimismo un delito de omisión propia que se consuma por el simple incumplimiento del mandato de acción que surge de la condición especial del autor: funcionario público encargado de fiscalizar el cumplimiento de las normas de comercialización de ganado, productos o subproductos de origen animal. A efectos de evitar problemas interpretativos, será menester que la autoridad administrativa, en las diferentes jurisdicciones, precise uniforme y circunstanciadamente -de no existir*

64. Mediante el artículo 5 de la Ley N° 25890 (BO 21/5/2004).

65. Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal - Parte Especial*, op. cit., T.III, p. 194.

66. Tazza, Alejandro O., “El fin de los delitos culposos de resultado material”, *La Ley* 2005-E, 1452.

aún- los contenidos propios de la obligación funcional cuya omisión se sanciona. Se lo incorpora como art. 248 bis al Código Penal”.

Parece que -siguiendo a Villada- el bien jurídico protegido es “... *el normal, regular y legal desenvolvimiento de la función pública en ese único sector de la Administración Pública -la dedicada a actividades agropecuarias-...*”,⁶⁷ y tomando en cuenta el mensaje de elevación, entendemos que abarca solamente a la Administración Pública nacional, provincial o municipal que se ocupe de algún tipo de control fiscalizador, pudiera efectuar sobre la temática pecuaria o ganadera, debiendo exiliarse del resto de las formas de producción, aun cuando se trate de actividades rurales.

De allí que la regularidad es propia de la actividad de fiscalización de las normas de comercialización de ganado, productos y subproductos de origen animal, implica la constatación de la plena vigencia del Código Alimentario Argentino -Ley Nacional N° 18284-, es cuerpo normativo rector que constituye el instrumento legal vigente en el cual se encuentran las regulaciones oficiales de los productos alimenticios y establecimientos productores, elaboradores y comercializadores de dichos productos, envases, aparatos y accesorios para alimentos y técnicas analíticas afines.

Básicamente, el tipo penal pretende dar garantías sanitarias a las exportaciones de materias primas desde la República Argentina, mediante la amenaza de sanción a distintas estructuras administrativas para atender nuevas problemáticas del control y funcionamiento de normas específicas que contemplen la realidad de los productores y, al mismo tiempo, aseguren la sanidad y la inocuidad de la producción destinada al mercado interno y externo.

El control integrado sanitario y fitosanitario nacional ejecutado por las distintas jurisdicciones estatales, nacionales, provinciales y municipales,⁶⁸ tiende a buscar los más óptimos estándares de sanidad e inocuidad de los animales, mediante procesos correctos y adecuados,

67. Villada, Jorge L., “Una reforma penal exclusivamente ‘pecuaria’. Ley 25890”, *La Ley* 2004-D, 1257.

68. A través del Decreto N° 2126/71, se declaró la vigencia del Código en todo el territorio del país, estableciendo como autoridades de aplicación a las autoridades sanitarias nacionales, provinciales, o la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, en su respectiva jurisdicción.

la fiscalización y el control sobre los procesos y no únicamente sobre productos terminados.

7.3. Tipo objetivo

El tipo objetivo describe la conducta típica, como omitir inspeccionar conforme los reglamentos a su cargo, el cumplimiento de las normas de comercialización de ganado, productos y subproductos de origen animal.

Sujeto activo sólo puede ser el funcionario público encargado de fiscalizar, conforme los reglamentos a su cargo, el cumplimiento de las normas detalladas en el tipo objetivo, y debe tener competencia funcional para verificar si los establecimiento/s visitado/s funcionan correctamente, cumpliendo con las normas reglamentarias de habilitación, es para poder ejercer la actividad correctamente para la cual se encuentra habilitado.

Por lo general, dentro de su competencia funcional también están facultados para requerir y solicitar toda clase de documentación relacionada con la actividad específica, a fin de verificar el correcto funcionamiento del establecimiento. Finalizada la inspección, el funcionario interviniente deja asentado en acta de comprobación e imputación todo lo acontecido en la inspección, especificando el lugar, fecha, nombre y apellido de los intervinientes, y detallando las observaciones si las hubo. Si del proceso de inspección se comprobare que el establecimiento no cuenta con las condiciones establecidas por ley para su correcto funcionamiento, poniendo en riesgo la salud pública, el inspector actuante posee las facultades suficientes para realizar clausuras inmediatas y preventivas de los establecimientos, interdicciones y secuestros.

Del procedimiento de inspección puede surgir que los funcionarios actuantes verifiquen y comprueben la existencia de productos sin autorización, o cuyo origen no se encuentre debidamente documentado, o que estos no se encuentren bajo el amparo sanitario excediéndose con las fechas de vencimiento límite, o el establecimiento se encuentra funcionando sin la autorización respectiva. Debiendo, en todos los casos, levantar actas de constatación y/o infracción, con el consiguiente uso de atribuciones preventivas (por ejemplo, clausura, decomiso, etcétera).

La inspección debida tiene que efectuarse en establecimientos tales como mercados de hacienda, ferias y remates de animales, mataderos, frigoríficos, saladeros, barracas, graserías, tambos u otros establecimientos

o locales afines con la elaboración, manipulación, transformación o comercialización de productos de origen animal y vehículos de transporte de hacienda, productos o subproductos de ese origen.

Para Piña, la enumeración es sólo enunciativa, porque la redacción posibilita la comprensión de otros locales o establecimientos que realicen tareas afines a las descriptas por el tipo penal.⁶⁹

7.4. Tipo subjetivo

En relación con el tipo subjetivo, existen dos posturas. Villada sostiene que se trata de un tipo culposo, puesto que la norma refiere al incumplimiento de reglamentos, y ello es una modalidad propia de menor entidad en materia de culpa. Agrega, además, que si las conductas previstas en el tipo fuesen dolosas, se encontrarían ya comprendidas en los artículos 248 o 249 del Código Penal Y como no puede sostenerse que el legislador ha sido redundante, concluye que una interpretación integrada del sistema legal vigente no deja más remedio que entenderlo como un tipo culposo.⁷⁰

En cambio, la mayoría de nuestra dogmática lo ubica como un tipo doloso de omisión.⁷¹ Caracterizado por el dolo directo de omitir ejecutar el control con voluntad de no inspeccionar los establecimientos en cuestión conforme a los reglamentos que conoce y que lo colocan en un deber de positivo que no ejecuta.

Entendemos que, en el caso, el tipo penal en estudio no se satisface con la imprudencia o negligencia del funcionario, porque si la base de un sistema cerrado de ilícitos imprudente, y que estos se identificaban con las clásicas expresiones en el tipo de “*imprudencia, impericia o negligencia*”, no cabe duda alguna de que al no contenerlas en la fórmula del artículo 248 bis tales expresiones, el injusto sólo puede ser cometido con dolo.

69. Piña, Roxana, “Comentario a la Ley 25890. Abigeato”, en Donna, Edgardo (Coord.), *Reformas Penales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 166.

70. Villada, Jorge L., “Una reforma penal exclusivamente ‘pecuaria’. Ley 25890”, *op. cit.*

71. Arce Aggeo, Miguel A. / Báez, Julio C., *Código Penal - Comentado y Anotado*, Miguel A. Asturias (coordinador), *op. cit.*, T. 3, p. 1145; Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal - Parte Especial*, *op. cit.*, T. 2, p. 268; D'Alessio, Andrés J. / Divito, Mauro A., *Código Penal de la Nación-Comentado y anotado*, T. II, *op. cit.*, p. 1240; Piña, Roxana, “Comentario a la Ley 25.890. Abigeato”, en Donna, Edgardo (Coord.), *Reformas Penales*, *op. cit.*, p. 166; Tazza, Alejandro O., “El fin de los delitos culposos de resultado material”, *La Ley* 2005-E, 1452.

Así pues, en el tipo penal del citado artículo 248 bis del Código Penal, el dolo deberá comprender tanto el conocimiento de la objetividad típica y la calidad de funcionario obligado a actuar en tales supuestos -posición de garante-, como el efectivo conocimiento de la “*situación típica*” que posibilite al sujeto representársele la realización de la conducta debida y finalmente omitida.

Siendo un delito de omisión doloso, y en atención a su similitud con las conductas descriptivas del incumplimiento de deberes de un funcionario público especial, lo aconsejado hubiera sido incorporarlo a continuación del artículo 249 del Código Penal, y no como finalmente se hizo, después del delito de abuso de autoridad y como continuidad de este, ya que sustancialmente este último tiende a captar otras formas delictivas que nada tienen que ver con lo presentado en forma novedosa por esta reforma penal.⁷²

7.5. Consumación y tentativa

Estamos en presencia de un delito de omisión simple por la actividad propia de controlar que se consuma, a nuestro juicio, postura, con la sola omisión, y estamos en presencia de una típica conducta de peligro abstracto y de pura activada.⁷³ Por ello, nuestra dogmática considera la tentativa inadmisibles.⁷⁴

8. INCUMPLIMIENTO O RETRASO DE LOS DEBERES FUNCIONALES

8.1. Ubicación y sistemática

El artículo 249 del Código Penal establece que “*será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta (\$ 750) a pesos doce mil quinientos (\$ 12.500) e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio*”.

72. Tazza, Alejandro O., “El fin de los delitos culposos de resultado material”, *La Ley* 2005-E, 1452.

73. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal - Parte Especial*, op. cit., T. 2, p. 268.

74. Arce Aggeo, Miguel A. / Báez, Julio C., *Código Penal - Comentario y Anotado*, op. cit., T. 3, p. 1145; Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal - Parte Especial*, op. cit., T. 2, p. 268; D'Alessio, Andrés J. / Divito, Mauro A., *Código Penal de la Nación - Comentario y anotado*, op. cit., T. II, p. 1240; Villada, Jorge L., “Una reforma penal exclusivamente ‘pecuaria’. Ley 25.890”, *La Ley* 2004-D, 1257.

La protección penal pretende abarcar una cierta regularidad o estándares en las prestaciones normales que hacen al correcto funcionamiento de la burocracia estatal, mediante la amenaza de punición para aquellos funcionarios o agentes públicos que de manera omisiva incumplen deberes especiales reglados que pesan sobre aquellos.

Por ello, debemos entender que existe una cierta actitud proactiva exigible a cualquier funcionario desde el punto de vista funcional, ya que la inactividad material, tanto la pasividad al no hacer dentro del marco de sus competencias ordinarias, como la diletante dentro de un procedimiento, conlleva lesión de la obligatoriedad del ejercicio de la competencia funcional que impone el artículo 3 de la Ley de Procedimiento Administrativo, con el consiguiente efecto paralizante de la actividad material de los organismos.

De hecho -dice Villada- existe “...un mandato expreso que ineludiblemente domina a toda la función pública, cual es el deber de prestar servicio permanente idóneo y eficaz a los administrados”,⁷⁵ por ello el legislador pretende reprimir la indolencia o indiferencia frente a los deberes básicos del régimen básico de la función pública, tales como, por ejemplo, prestar personal y eficientemente el servicio en las condiciones de tiempo, forma, lugar y modalidad que determinen las normas emanadas de autoridad competente -artículo 27 de la Ley N° 22140-.⁷⁶

8.2. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es el regular, normal y diligente desempeño de la función pública que tiende a asegurar la actividad estandarizada activa de la administración, evitando por parte de los funcionarios el incumplimiento de los deberes que el oficio les impone.

En otras palabras, como lo expresa Terragni, “el bien que jurídicamente se protege es la marcha eficiente de los negocios públicos llevada a cabo en forma plena y conforme a la ley. En otras palabras: que cada agente estatal haga todo lo que debe ejecutar”.⁷⁷

75. Villada, Jorge L., *Delitos contra la función pública*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p. 235.

76. Cabe aclarar que el Régimen Básico de la Función Pública -Ley N° 22140- fue derogado por el artículo 4 de la Ley N° 25164 (BO 08/10/1999); no obstante, sigue rigiendo la relación laboral del personal hasta que se firme el convenio colectivo de trabajo, o se dicte un nuevo ordenamiento legal que reemplace al anterior.

77. Terragni, Marco A., *Tratado de Derecho Penal - Parte Especial*, op. cit., Vol. 3, p. 380.

Dada la naturaleza jurídica del tipo penal contemplado en el artículo 249 del Código Penal, la omisión de los deberes de un funcionario público debe emanar del incumplimiento de una tarea o actividad propia de su función, y que le es exigible por hallarse plasmada en forma documentada, ya sea por medio de directivas de sus superiores o de un reglamento institucional, situación que diferencia este tipo penal del previsto en el artículo 248 del mismo ordenamiento, donde el incumplimiento del funcionario es de una norma legal que le impone un obrar determinado.

Entendemos que los deberes no son asignados por la organización del sujeto libre, sino que les son adjudicados a la persona como consecuencia del estatus -rol especial- que ostenta dentro de la institución. El autor tiene el deber de garantizar la existencia de la institución, y en dicho cometido se encuentran mandatos y prohibiciones en un mismo haz.

El hecho de que se trate de un bien jurídico institucional, no excluye la posibilidad de que opere este “*recorte interpretativo del alcance de la tipicidad*”, sólo que su alcance es sustancialmente más limitado, toda vez que no nos hallamos ante bienes jurídicos individuales, sino ante deberes positivos y ante estructuras normativas que operan sobre la centralización de los riesgos, siendo generalmente irrelevante que se produzca un efectivo menoscabo -lesión- al patrimonio público o a terceros ajenos.

Dicha figura delictiva implica la inobservancia de lo que manda expresamente hacer la norma jurídica; con ella, el legislador ha querido proteger ciertos estándares de regularidad y eficacia de la función pública concebida en su sentido más extenso, comprensivo de la función pública en sentido propio; es decir, la que importa un encargo del Estado en la persona del funcionario, por medio del cual aquel expresa su voluntad frente a los administrados y sobre estos, como del servicio público que se desenvuelve dentro de la administración.

8.3. Criterio de diferenciación

La figura del artículo 248, tercer párrafo del Código Penal, es más grave que la mera omisión receptada por el artículo 249 del mismo cuerpo normativo, ya que muestra un especial elemento subjetivo: querer violar la ley del oficio que conocen.

Por ello, en atención a la magnitud menor de la expectativa de pena que tiene prevista, entendemos que se trata de una figura completamente residual, que tiene por objeto tutelar “*pura y simplemente el*

desenvolvimiento de la administración, para lo cual se castiga la incuria genérica, el retardo en el cumplimiento de los actos aunque no se trate de actos de autoridad en sentido estricto".⁷⁸

Y a tal punto constituye un tipo subsidiario, que los autores llegan a sostener que se trata tan sólo de que el funcionario deje de atender los deberes administrativos propios de su cargo. La ley no contempla aquí, como ocurre en otros delitos contra la Administración Pública exclusivamente, los actos de autoridad, sino que abarca cualquier tipo de tarea administrativa que integre el contenido de la función o de la prestación de servicio del agente de modo obligatorio, por estar configurada en el reglamento o en la costumbre administrativa como cometido propio de aquel, poniéndose como ejemplo de tal conducta la del cartero que no distribuye la correspondencia que se le confía,⁷⁹ o la de un secretario de juzgado que deja de poner a propósito el cargo de un escrito presentado por una parte.⁸⁰

Por otra parte, cabe traer al análisis una distinción que hace Sebastián Soler entre dos tipos penales, que permite comprender claramente la conducta reprochable del artículo 248, que prevé la violación o el incumplimiento de disposiciones expresas de la ley, mientras que el artículo 249 contempla los incumplimientos genéricos de funciones administrativas.

Para Molinario y Obarrio, en el artículo 249 se omiten actos concretos, por eso el hecho es menos grave, mientras que en el artículo 248 la negativa es global, en cuanto a su función, y por ello de mayor gravedad. Es mayoritaria la doctrina y jurisprudencia al sostener que: *"el tipo penal está destinado a sancionar el dictado por parte de funcionarios de relevancia de resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales, o a la inejecución cuyo cumplimiento les incumbiera, y no el mero incumplimiento de funciones administrativas..."*⁸¹

Vale la pena mencionar que la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, creada por el Decreto PEN 678/12, y compuesta por Eugenio Zaffaroni, Ricardo Gil Lavedra, Federico Pinedo, María Elena

78. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, op. cit., T. V, p. 145.

79. Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino - Parte Especial*, op. cit., T. VII, p. 78.

80. Creus, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública*, op. cit., p. 207.

81. Molinario, Alfredo / Aguirre Obarrio, Eduardo, *Los delitos*, op. cit., T. III, p. 345.

Barbagelata y León Arslanian, al presentar su proyecto de Código Penal del año 2014, unificaron el artículo 254, la redacción actual de las figuras que tipifican en la actualidad los delitos de abuso de autoridad y violación de los deberes del funcionario público, optando por sancionar más severamente a la primera.⁸²

8.4. Tipo objetivo

Se trata de un delito especial propio. Sólo puede ser autor o autora quien sea funcionario o funcionaria pública en ejercicio de su propia función o tarea administrativa.

Esta condición objetiva del autor -funcionario público- lleva consigo el presupuesto indispensable para que el delito pueda configurarse: la autoridad, es decir, las facultades, poderes y medios inherentes al cargo, de los cuales se abusa. En ese sentido se requiere que actúe como tal, puesto que los actos realizados fuera de las funciones no pueden evaluarse conforme parámetros de competencia funcional. Ello ocurre en ambas figuras delictivas -artículos 248 y 249 del Código Penal-, en tanto dependientes de dicha esfera regulativa.⁸³

En cuanto a la participación, se aplican las reglas generales -excepto autoría y coautoría-, aunque si bien es difícil pensarla a nivel de complicidad, pueden ser admitidas sin esfuerzo las situaciones de instigación.

El tipo penal se refiere específicamente a la omisión de deberes de corte negativo; consiste en omitir, rehusar hacer o retardar algún acto propio de las funciones; esto implica adentrarse en los deberes según la competencia funcional propia del agente.

Las modalidades típicas previstas denotan omisiones; en dos de ellas la estructura omisiva es clara (omitir, retardar), la otra requiere una actividad (rehusar) que, al ser corroborada por una inactividad, viola el mandato que impone la realización de una determinada conducta. Lo que el autor debe omitir, rehusar o retardar es un acto del

82. Para ampliar sobre el particular: Ghezzi, Antonela / Degoumois, Martín, "Delitos contra la Administración pública", en la obra colectiva *Anteproyecto de Código Penal de la Nación: aportes para un debate necesario*, directores: Eugenio R. Zaffaroni y Roberto M. Carlés; Matías Bailone (coordinador), 1ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 1507.

83. Froment, Carlos D. / De Langhe, Marcela, "Sobre el abuso de autoridad y el incumplimiento de los deberes de funcionario público", *La Ley* 2007-B, 955.

oficio, o sea un acto propio de sus funciones (comprende cualquier clase de tarea administrativa que integre el contenido de la función o de la prestación de servicios del agente).

De allí que se trate de un delito de omisión impropia, en el que el funcionario asume una posición de garante respecto del bien jurídico protegido, por cuanto tiene un deber especial de actuar y, sin embargo, no actúa, produciéndose el resultado a causa de su pasividad.

Existe en este tipo un elemento normativo. La omisión o demora deben ser *ilegales*, esto es la conciencia previa del deber legal de obrar. Para Creus y Buompadre, “...hace avanzar la antijuridicidad, descartando la tipicidad, no sólo en los casos en que la reglamentación no impone la obligación de realizar el acto, sino también en todos aquellos en que el autor deja de obrar justificadamente por cualquier causa”.⁸⁴

Las omisiones deben referirse a *actos del oficio*. Debe entenderse por ellos la propia obra del empleo, no se refiere ya a los actos de autoridad, sino más bien a cualquier clase de tarea administrativa que integre el contenido de la ocupación propia o de la prestación de servicios a cargo del agente.⁸⁵

Ahora bien, estos no son “... los actos que el funcionario debe realizar personalmente para cumplirlos, cuya transgresión suele estar prevista como infracción disciplinaria, faltar a la oficina, llegar tarde, retirarse antes del horario...”.⁸⁶

Puede tomarse como fuente de los deberes el derecho administrativo, el cual en la mayoría de los casos determina el contenido de la ocupación propia de cada funcionario.

A los fines de determinar si hubo o no una omisión dolosa de sus deberes, se hace necesario recurrir a la normativa reglamentaria que determina los quehaceres propios del agente, tomando en consideración para ello las jerarquías y funciones específicas que tengan asignados al tiempo de los hechos, y será de acuerdo a la gravedad y trascendencia jurídica del incumplimiento de la normativa reglamentaria la responsabilidad sobreviniente para el autor, pudiendo limitar en función del régimen disciplinario -menos lesivo- del ámbito administrativo.

84. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal - Parte Especial*, op. cit., T. 2, p. 270.

85. Terragni, Marco A., *Tratado de Derecho Penal - Parte Especial*, op. cit., Vol. 3, p. 359.

86. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, op. cit., T. V, p. 146.

Estamos en presencia de un delito de pura actividad o formal, donde la descripción y el contenido material agotan en la realización de una conducta, sin que se exija la producción de un resultado dañoso alguno distinto del comportamiento mismo previsto en el tipo.

8.5. Tipo subjetivo

Este conjunto de deberes, previsto en el artículo 249, es doloso, “*por ende, requiere que el autor conozca que el acto que omite es propio de su función, que tal omisión es ilegal y que tenga, además, la posibilidad de actuar, ya que si no le es posible realizar el acto no se le podrá imputar el hecho*”.⁸⁷

La doctrina ha sostenido que es un tipo delictual que sólo puede ser cometido con dolo directo,⁸⁸ que comprende el conocimiento del agente de que el acto que omite es uno propio de su función, y que dicha omisión es ilegal. Debe considerarse además si el sujeto tiene efectivamente posibilidad de efectuar el acto, porque de lo contrario no podrá imputársele el hecho, es decir que “*el funcionario debe saber que, pudiendo hacerlo, no cumple con un acto propio de su función cuando debe, y voluntariamente debe omitir el acto, retardarlo o rehusarse a hacerlo*”.⁸⁹

Dicha conducta en el aspecto cognoscitivo de la faz subjetiva demanda corroborar que se tenía una idea de cada uno de los elementos del tipo objetivo, por lo que esto no radica en la simple extralimitación objetiva sino en el conocimiento de esa extralimitación, lo que configuraría entonces el aspecto subjetivo, que es precisamente el límite demarcatorio que separa el abuso de autoridad e incumplimiento de los deberes de funcionario público, de la simple irregularidad funcional. Estaríamos entonces frente a una irregularidad funcional que trae aparejada una corrección disciplinaria.

87. Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal - Parte Especial*, T. III, *op. cit.*, p. 202; D'Alessio, Andrés J. / Divito, Mauro A., *Código Penal de la Nación - Comentado y anotado*, T. II, *op. cit.*, p. 1242.

88. Arce Aggeo, Miguel A. / Báez, Julio C., *Código Penal - Comentado y Anotado*, *op. cit.*, T. 3, p. 1155; Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal - Parte Especial*, *op. cit.*, T. 2, p. 271; Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal - Parte Especial*, *op. cit.*, T. III, p. 202; Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, *op. cit.*, T. VII, p. 166.

89. D'Alessio, Andrés J. / Divito, Mauro A., *Código Penal de la Nación - Comentado y anotado*, *op. cit.*, T. II, pp. 1242-1243.

Para este, debió haber obrado con conocimiento de que retardaba un acto de su función pública, por lo cual la existencia de una justa causa para apartarse del dispositivo legal o reglamentario pertinente, excluye el tipo referido, como hemos dicho más arriba.

Por supuesto, el conocimiento debe ser actual del acto que se omite, rehúsa hacer o retarda como es propio de su función. Se requiere que conozca la ilegalidad de la omisión y, teniendo la posibilidad de actuar, no lo haga simplemente porque no quiere hacerlo. Si la omisión, el rehusarse hacer o el retardo del acto, obedece a que el funcionario objetivamente no puede cumplirlo por imposibilidad física o jurídica, simplemente no incurre en delito, al no imputársele el incumplimiento de deberes a título de dolo. Por tratarse del incumplimiento de un deber legal, esa ilegalidad (elemento normativo) debe ser conocida pero además querida por la persona funcionaria, por ello se exige el dolo directo, y por su estructura omisiva no es admisible el dolo eventual.

8.6. Consumación y tentativa

Las conductas se consuman en el supuesto de la omisión cuando el acto no se realiza en la oportunidad legalmente debida al no realizar el acto funcional en la oportunidad determinada legalmente; en otras palabras, un desatender los deberes que el oficio le impone realizar al funcionario, sin necesidad de que se produzca consecuencia alguna, pero tal actitud debe ser diferenciada de la conducta del funcionario que hace algo, pero lo hace mal o en forma irregular.

En el *rehusamiento*, cuando el agente expresamente manifiesta la voluntad de no realizar el acto en término, y luego de ello se sigue la efectiva omisión del acto -ya que si luego de haberlo rehusado finalmente lo realizó dentro del término debido, no consumó el delito-.

En el *retardo*, cuando pese a realizar el acto, lo ha hecho fuera del término fijado para su realización, o bien si este no estuviese fijado, fuera del tiempo útil para que produzca sus efectos normales. A falta de plazo, el delito se consuma al finalizar el tiempo útil para que el acto produzca sus efectos normales, aun cuando el retardo no determine la invalidez del acto sucesivamente cumplido.

En cuanto a la *tentativa*, es inadmisibile en todos los casos.

9. DENEGACIÓN DE AUXILIO

9.1. Ubicación y sistemática

Esta figura penal se ubica en el artículo 250 del Código Penal, bajo la fórmula represiva *“con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el jefe o agente de la fuerza pública, que rehusare, omitiere o retardare, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente”*.

La fuerza pública debe estar sometida al poder civil. Este es uno de los principios básicos de la democracia. Sus miembros no son políticamente deliberantes, es decir, no pueden tomar decisiones políticas con las armas que les ha confiado el pueblo. En algunos Estados, inclusive, se les niega el derecho de voto mientras permanecen en servicio activo. El sometimiento de la fuerza pública a la autoridad civil se expresa de varias maneras.

Por tratarse de una especial forma de omisión de los deberes de funcionario público, es lógico mantener la misma línea uniforme en relación a la omisión, retardo o rehusar, que hasta aquí hemos mencionado para la figura del artículo 249.

Se trata de un incumplimiento de deberes, pero especializado, que afecta la función pública de las autoridades competentes, por la falta de cooperación de otros funcionarios públicos, como son los jefes y agentes de la Fuerza Pública, en el servicio a los intereses generales.

9.2. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es la Administración Pública, como autoridad, para evitar que se frustren los actos de la autoridad civil por falta del apoyo necesario de la fuerza pública, y desde una visión funcional refuerza al deber de cooperación entre los diferentes sectores de la Administración Pública, y de esta y de los demás poderes entre sí, con el propósito de conseguir un eficaz cumplimiento de las funciones públicas.

Se pretende evitar la frustración de un acto de autoridad civil por la falta del apoyo necesario de la fuerza pública, siendo una figura de desobediencia especial, frente a la calidad del requirente del auxilio.⁹⁰

No hay que olvidar que la obligación de colaborar alude, pues, al principio rector que debe presidir las relaciones interadministrativas;

90. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal - Parte Especial*, op. cit., T. 2, p. 272.

este principio general es el que ha de informar todas las relaciones entre Administraciones Públicas, y constituye un deber recíproco de todos los poderes públicos.

Es claro entonces, que el deber de colaboración mediante la obligación de auxilio al que está sujeto la Fuerza Pública es amplio, pues se refiere a todo cuanto requiera legalmente las autoridades competentes, incluyendo la ejecución de resoluciones y la práctica de actuaciones. Consecuentemente, la omisión de prestar ayuda a las autoridades constituye una falta a ese deber de colaboración; refuerza la unidad de acción mediante la punición del sujeto activo.

9.3. Tipo objetivo

Estamos frente a un delito especial, pues el sujeto activo queda restringido al funcionario público, que se desempeña como jefe o agente de la fuerza pública; por lo tanto, una interpretación restrictiva demanda que el sujeto activo reúna condiciones especiales propias de las funciones de seguridad o defensa, quienes por la naturaleza de la coacción están sometidos a un régimen de obediencia más intensa a la autoridad civil.

La *fuerza pública* es la denominación asignada a ciertos órganos del Estado que se encuentran investidos de poder de coacción con el objeto de hacer efectivo el cumplimiento de órdenes emanadas de autoridades legítimas. Quedan comprendidos dentro de este concepto la Policía Federal y demás provinciales, Gendarmería Nacional, Prefectura Naval, Policía de Seguridad Aeroportuaria y servicios penitenciarios;⁹¹ además, por mandato legal están obligadas a la cooperación y actuación supletoria, en particular la Policía Federal, Policía de Seguridad Aeroportuaria, Gendarmería Nacional y Prefectura Naval Argentina -artículo 19 de la Ley N° 24059-.

Las Fuerzas Armadas (Ejército, Armada y Fuerza Aérea) están en principio excluidas, y sólo entran en la categoría en análisis cuando desempeñen funciones dependientes de la autoridad civil en forma directa, como ocurre en los casos de que se los convoque para custodia electoral,⁹² o en el restablecimiento de la seguridad interior dentro del territorio nacional,

91. D'Alessio, Andrés J. / Divito, Mauro A., *Código Penal de la Nación - Comentado y anotado*, op. cit., T. II, p. 1229.

92. Villada, Jorge L., *Delitos contra la función pública*, op. cit., p. 284.

en aquellos casos excepcionales en que el sistema de seguridad interior descrito en la Ley N° 24059 resulte insuficiente a criterio del Presidente de la Nación para situación de hecho que afecte grave y súbitamente la libertad, la vida y el patrimonio de los habitantes, sus derechos y garantías y la plena vigencia de las instituciones del sistema representativo, republicano y federal que establece la Constitución Nacional.

En ese caso, el Presidente de la Nación, en uso de las atribuciones contenidas en el artículo 86, inciso 17 de la Constitución Nacional, puede disponer el uso de elementos de combate de las fuerzas armadas para el restablecimiento de la normal situación de seguridad interior, previa declaración del estado de sitio.

En los supuestos excepcionales precedentemente aludidos, el empleo de las fuerzas armadas se ajustará, además, a las siguientes normas: a) La conducción de las fuerzas armadas, de seguridad y policiales nacionales y provinciales queda a cargo del Presidente de la Nación asesorado por los comités de crisis de esta ley y la N° 23554; b) Se designará un comandante operacional de las fuerzas armadas y se subordinarán a este todas las demás fuerzas de seguridad y policiales exclusivamente en el ámbito territorial definido para dicho comando; c) Tratándose de una forma excepcional de empleo, que será desarrollada únicamente en situaciones de extrema gravedad, no incidirá en la doctrina, organización, equipamiento y capacitación de las fuerzas armadas.

Es *jefe* quien por jerarquía funcional o por haber sido comisionado para hacerlo, tiene bajo su mando a otros integrantes de la fuerza. *Agentes* son los individuos que forman parte de aquella sin poder de mando, ejerciendo funciones específicas.

Las conductas previstas por el tipo son las mismas que las analizadas en el artículo 249 del Código Penal: omitir, retardar y rehusar, sin causa justificada. Omite prestar el auxilio requerido el jefe o agente de la fuerza pública si no lo proporciona; lo retarda si dilata su proporción más allá del momento oportuno con arreglo al requerimiento o a las modalidades del caso, y rehúsa si rechaza proporcionarlo. La falta de elementos para prestar el auxilio; la imposibilidad de prestarlo en las condiciones requeridas, hasta el error táctico en la ejecución de los actos propios de auxilio que entorpezcan su prestación en la medida y oportunidad necesarias de acuerdo con el requerimiento, pueden constituir causas justificadas para la omisión, retardo o rehusamiento.

Hay también, al igual que en el artículo anterior, un elemento normativo. Las conductas asumidas por el agente deben ser *sin causa justificada*. Esto significa que cualquier justificación general en los términos del artículo 34 del Código Penal excluirá la tipicidad. Pero además, las justificaciones que tolera la norma se extienden más aún, comprendiendo otros supuestos que no están alcanzados por las causales del citado artículo 34 (v. gr., la falta de elementos para prestar el auxilio o la imposibilidad de prestarlo en las condiciones requeridas).

El requerimiento en los términos del artículo analizado no es una simple petición. *Requiere* quien ordena o intima la prestación de auxilio. Este requerimiento debe haber sido legalmente -en su objeto y en su forma- formulado a la fuerza que debe prestar el auxilio dentro de su ámbito de actuación, por *autoridad civil competente*. Estas son las del Estado nacional, provincial o municipal, con facultades para recabar auxilio obligatorio.

Ahora bien, el requerimiento debe involucrar una acción posible fáctica y jurídicamente, y que sea ejecutable por una forma dispuesta por la ley; dentro de esto último queda el requisito -según Buompadre y Creus- de que sea dirigido a la fuerza que legal o reglamentariamente puede o debe prestarlo.⁹³

El requerimiento de auxilio de la autoridad civil para empleo de las fuerzas públicas del ámbito de las normas que reglan la jurisdicción federal está estrictamente sujeto al cumplimiento de alguno de los siguientes supuestos: a) Cuando estén en peligro colectivo la vida, la libertad y el patrimonio de los habitantes de una región determinada; b) Cuando se encuentran gravemente amenazados, en todo el país o en una región determinada de este, los derechos y garantías constitucionales o la plena vigencia de las instituciones del sistema representativo, republicano y federal; y c) En situación de desastre según los términos que norman la defensa civil.

La norma legal citada es todavía más clara en cuanto a reconocer el deber de colaboración de la Fuerza Pública, pero si el auxilio requerido no es legal, el jefe o agente de la fuerza pública debe negarse a prestarlo. Tal sería el caso en el que se requiera el auxilio de la Fuerza Pública para allanar una vivienda sin orden del juez.

93. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal - Parte Especial*, op. cit., T. 2, p. 272.

9.4. Tipo subjetivo

Entendemos que el tipo demanda dolo directo,⁹⁴ cuestión que compartimos porque por la estructura omisiva sólo es exigible esta clase de dolo por parte del autor. No admite el dolo eventual. El dolo directo exige que el autor conozca la situación de hecho, tener la voluntad, conforme a ese conocimiento, de realizar la conducta típica que consiste en un rehusarse, omitir o retardar la prestación del auxilio legalmente requerido por autoridad competente, sumado a que también debe conocer la existencia del requerimiento y su legalidad, y a ello sumarle la voluntad de realizar la conducta típica.

Además, el tipo exige que el agente obre “... *sin causa justificada*...”; está colocando allí un elemento normativo expresivo de eventuales tipos de justificación genérica concurrentes. Esto último significa que, recepcionado el requerimiento de auxilio, el sujeto activo excluya la posibilidad de la ilegitimidad, ilegalidad, arbitrariedad, o incompetencia de la autoridad de quien emana.⁹⁵

Esta forma expresa de neutralizar la conducta prohibida ha de ser injustificada, lo que significa, a fin de poder concluir que actuó con dolo, que el autor de la acción habrá de tener conciencia de la significación antijurídica de su acción, correspondiendo la prueba sobre tal elemento normativo a la defensa, no a la acusación.

Es importante tener en cuenta las posibilidades del requerido en caer en un error de tipo pues, además de los elementos típicos usuales, a la competencia de la autoridad civil y la legalidad del requerimiento se suma la existencia de una causa de justificación.⁹⁶

Por último, como señala Terragni, no puede formularse imputación objetiva cuando el sujeto es requerido en una situación de colisión de deberes, como sería el caso de tener que decidir qué hacer primero; por ejemplo, como si en el momento de ser requerido, la fuerza está empeñada en un tarea más apremiante, como ser la represión de un delito más grave, que está siendo consumado en el mismo momento.⁹⁷

94. Villada, Jorge L., *Delitos contra la función pública*, op. cit., p. 284.

95. Ídem.

96. D'Alessio, Andrés J. / Divito, Mauro A., *Código Penal de la Nación - Comentario y anotado*, op. cit., T. II, p. 1246.

97. Terragni, Marco A., *Tratado de Derecho Penal - Parte Especial*, op. cit., Vol. 3, p. 389.

9.5. Consumación y tentativa

El delito se *consume* cuando el jefe o agente de la fuerza pública se rehúsa, omite o retarda la prestación de auxilio, sin que sea necesario resultado dañoso alguno. Es un tipo *omisivo propio*, y por su carácter, la *tentativa* es inadmisibile.

10. REQUERIMIENTO INDEBIDO DE LA FUERZA PÚBLICA

10.1. Ubicación y sistemática

El artículo 251 del Código Penal prescribe que *“será reprimido con prisión de un mes a cuatro años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que requiriere la asistencia de la fuerza pública contra la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o de sentencias o de mandatos judiciales”*.

Por la reacción de la norma, se trata de una modalidad abusiva con finalidad obstructiva de mandas jurídicas, emanadas de autoridad competente y legítimas en cuanto a su ejecución.

En efecto, a la inversa que el tipo penal del artículo 250, que demanda un sujeto activo específico (*“el jefe o agente de la fuerza pública”*), *se castiga a cualquier funcionario público competente (nacional, provincial o municipal)* que requiera el uso de la fuerza pública para evitar que se ejecute la actividad administrativa o judicial a fin de asegurar la plena vigencia de la legalidad.

El tipo penal reprime específicamente la oposición o la perturbación que pretende realizar un funcionario público que tiene posibilidad funcional para recurrir al uso de la coacción, a fin de obstaculizar la ejecución material de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o de sentencias o de mandatos judiciales.

10.2. Bien jurídico protegido

La protección penal radica en asegurar la regularidad y el normal desenvolvimiento de la actividad funcional de la administración, evitando la perturbación que puede causar en sus actos el empleo ilegal de la fuerza pública.

Como bien jurídico, se busca proteger el eficaz u ordenado desempeño de las instituciones públicas que ejercen funciones legítimas, y adjuvar los peligros que encierra que se pretenda utilizar abusivamente la fuerza pública para oponerse al desarrollo o ejecución de actos legítimos.⁹⁸

10.3. Tipo objetivo

Sólo puede ser sujeto activo de esta conducta punible aquel funcionario que tenga dentro del ámbito de su competencia la facultad de requerir la asistencia de la fuerza pública que convoca para el caso.

El funcionario tiene que ser competente para formular un requerimiento de auxilio o asistencia de la fuerza, ya que tan sólo corre peligro real el normal y regular funcionamiento de la actividad funcional en la medida que la fuerza pública pueda llegar a operar contra los mandatos legales de cualquier autoridad. De otro modo, como dice Fontán Balestra, “*la acción sólo quedaría en la mente del sujeto*”.⁹⁹

La acción típica consiste en *requerir el auxilio o asistencia de la fuerza pública*, es decir, de acuerdo con los requisitos formales establecidos por las leyes para gestionar la colaboración material. No se trata de una simple petición sino de una verdadera intimación a prestar asistencia, que requiere¹⁰⁰ sea legal en su formalidad pero con el destino de favorecer o ayudar al requirente a resistir el cumplimiento de lo oportunamente ordenado o dispuesto, ya sea por cualquiera de los tres poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo o Judicial).

El algún caso, el requirente puede efectuar un examen de la legalidad de *disposiciones u órdenes legales de la autoridad o de sentencias o de mandatos judiciales*, y en caso de no ser ajustada a la letra de la Constitución o la ley, puede oponerse activamente a su ejecución solicitando la asistencia debida para evitar una inequidad, pues demanda una revisión de la ilegalidad, tanto desde el punto de vista sustancial como formal.¹⁰¹

98. D'Alessio, Andrés J. / Divito, Mauro A., *Código Penal de la Nación - Comentario y anotado*, op. cit., T. II, p. 1252.

99. Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., T. VII, p. 170.

100. Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino - Parte Especial*, op. cit., T. VII, p. 82; Creus, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública*, op. cit., p. 231; Buompadre, Jorge E., *Tratado de Derecho Penal - Parte Especial*, op. cit., T. 3, p. 164.

101. Villada, Jorge L., *Delitos contra la función pública*, op. cit., p. 291.

Otro tanto ocurre en los casos de obediencia de órdenes manifiestamente ilegales, que hoy sólo resultan relevantes en la medida en que refuerzan el conocimiento de la antijuridicidad, como en el resto de las órdenes ilegales, que permiten ser resistidas más allá de la subordinación reconocida por el Derecho -laboral, política y jerárquica-, que se ajusta a los mínimos de legitimidad -que no sólo reducen a los requisitos formales y competencias-.

El objeto de la acción es evitar mediante el uso de la fuerza pública la ejecución material de disposiciones, órdenes, sentencias o mandamientos, los cuales deben haber sido dictados dentro de los límites de las atribuciones funcionales y competencias, y deben estar revestidos de las formalidades legales pertinentes.

El concepto de *fuerza pública* también fue desarrollado en el artículo precedente, por lo que allí corresponde remitirse.

10.4. Tipo subjetivo

El tipo subjetivo exige *dolo*. El agente debe conocer que se trata de una disposición, orden, sentencia o mandato judicial; formalmente legal -ya que no puede cuestionar la justicia o injusticia intrínseca de estos- así como también la ilegalidad del requerimiento para oponerse a ellos.

También, debe saber de su competencia para requerir la asistencia de la fuerza pública. Pese a todo ello, ejecuta su voluntad de formular el requerimiento con la finalidad detallada.

10.5. Consumación y tentativa

El delito se *consume* con el simple requerimiento, sin que sea necesario resultado alguno, como la frustración del acto para el que se requirió la fuerza. Ni siquiera que la asistencia indebidamente requerida se haya hecho efectiva.

La *tentativa* es inadmisibles;¹⁰² empero, no estamos de acuerdo porque -como dice Terragni- en los casos en que el requerimiento no llega a conocimiento de la fuerza pública por causas ajenas a la voluntad

102. Arce Aggeo, Miguel A. / Báez, Julio C., *Código Penal - Comentado y Anotado*, op. cit., T. 3, p. 1166; Buompadre, Jorge E., *Tratado de Derecho Penal - Parte Especial*, op. cit., T. 3, p. 165; Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., T. VII, p. 170; Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino - Parte Especial*, op. cit., T. VII, p. 83; entre otros.

del funcionario público, no existe óbice alguno para ser considerada tentada a la conducta.¹⁰³

11. ABANDONO DE DESTINO

11.1. Ubicación y sistemática

La actual redacción del delito de abandono de destino, prevista en el artículo 252, 1º párrafo del Código Penal vigente, surge de la modificación dispuesta por Ley N° 24286, en cuanto al monto de la multa, y expresa que *“será reprimido con multa de setecientos cincuenta pesos como mínimo y doce mil quinientos pesos como máximo e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que, sin habersele admitido la renuncia de su destino, lo abandonare con daño del servicio público”*.

El retiro intempestivo del servicio del funcionario conlleva -muchas veces- un riesgo concreto y apto para afectar el desempeño de las actividades que debe desarrollar cada entidad. Allí precisamente encuentra justificación este delito, pues no se puede perder de vista que la función administrativa debe tender al logro de los fines esenciales del Estado, regidos, entre otros, por los principios de eficiencia, eficacia y celeridad.

Es decir, se podría decir que estamos ante una situación de hecho, emanada de la voluntad del agente de la administración -en sentido amplio y abarcativo de los tres poderes del Estado-, que sin contar con la autorización correspondiente, simple, abandona el servicio público, con indiferencia para el daño que puede probar la continuidad en sus prestaciones.

Esta continuidad es aplicable al órgano-institución, que siempre debe ejercer las competencias asignadas por el ordenamiento, pero en modo alguno puede sostenerse la continuidad del funcionario público. Primero, pues se confundiría el órgano con el funcionario designado como titular. Segundo, pues tal principio obvia el dato elemental según el cual el funcionario público designado para un cargo puede morir, renunciar, ser destituido, cesanteado; son varias de las causas que pueden mediar para que el funcionario designado cese en el ejercicio de sus funciones, pese a lo cual el cargo debe permanecer ejerciendo las competencias que le corresponden por ley.

103. Terragni, Marco A., *Tratado de Derecho Penal - Parte Especial*, op. cit., Vol. 3, p. 397.

11.2. Bien jurídico protegido

La atribución de facultades y responsabilidades que genera la designación en el ámbito de la función pública, presupone que el servicio se desenvuelva con normalidad, y esta incolumidad está penalmente en interés de los administrados que sostienen mediante contribuciones el aparato estatal y tienen derecho a las prestaciones regulares de este.

Se protege aquí la incolumidad del servicio público, tratándose de evitar la vacancia *contra legem* de los cargos creados para atender a sus necesidades,¹⁰⁴ pero además se procura evitar la deserción, que al quebrantar el orden de sujeción administrativo, menoscaba la preeminencia de la autoridad administrativa.

11.3. Tipo objetivo

Sujeto activo sólo puede ser un funcionario público. Aun cuando no se encuentre en ejercicio efectivo del cargo, gozando de licencias o cumpliendo alguna sanción disciplinaria, porque también sería posible que su abandono ocasione daños al servicio.¹⁰⁵

La conducta típica consiste en *abandonar*, e implica dejarla de modo voluntario y definitivamente, y no ausentarse transitoriamente abandonando los deberes y responsabilidades que exige el empleo del cual es titular el funcionario público,¹⁰⁶ ya que si la resignación fuera parcial la conducta no configura delito, sino que representaría un incumplimiento sujeto al ámbito disciplinario.

Así, abandonar el cargo es dejarlo de modo absoluto, quebrantado el vínculo del autor con la Administración, como empleador, y con ánimo o intención de desligarse para siempre,¹⁰⁷ y por *destino* se entiende el cargo, empleo u ocupación de naturaleza pública.

En consecuencia, dicha deserción se puede presentar, bien porque se renuncia al ejercicio de las labores o funciones propias del cargo,

104. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal - Parte Especial*, op. cit., T. 2, p. 272.

105. Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., T. III, p. 213.

106. Existe cierto nivel de controversia -a nuestro juicio superada- respecto de si el abandono debía ser permanente o temporario. En la primera postura se enrola, entre otros, Núñez; por la segunda Creus; en cambio, Soler distingue entre la existencia de la renuncia, y el abandono requiere cierta duración.

107. Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino - Parte Especial*, T. VII, op. cit., p. 84; Terragni, Marco A., *Tratado de Derecho Penal - Parte Especial*, op. cit., Vol. 3, p. 398.

con la necesaria afectación de la continuidad del servicio administrativo, o bien porque se deserta materialmente del cargo al ausentarse del lugar de trabajo y no regresar a él para cumplir con las labores asignadas, propias del cargo.

Este abandono debe ser injustificado, es decir, sin que exista una razón o motivo suficiente para que el sujeto activo se exima de la responsabilidad de cumplir con las funciones propias del cargo. Ello es así, porque de ser justificado el abandono del cargo o del servicio desaparece la anti-juridicidad del hecho y, por consiguiente, el injusto punible.

Este abandono injustificado del destino no basta con la sola ausencia al lugar de trabajo, que por sí sólo no demuestra el propósito de obrar contra el derecho, sino que es menester, además, demostrar la consciente y voluntaria intención del funcionario de abandonar el cargo sin razón valedera y de obrar a sabiendas de la ilicitud del acto.

Es innegable que el abandono del cargo definitivo o transitorio afecta el buen servicio público y la función que debe adelantar el Estado a través del órgano donde se encuentre el empleado. En forma genérica, el abandono de las funciones públicas causa automáticamente afectación a la eficacia del Estado, porque este deja de cumplir la tarea que le impone el ordenamiento a través de ese empleado que debe cumplir una función pública conforme al manual de funciones y la ley. Cosa distinta es que para tal ausencia, pueda eventualmente el empleado tener justificación a su conducta.

El tipo contiene una expresión que dio lugar a diferencias doctrinarias. Habla del abandono ocurrido *sin habersele admitido la renuncia*.

La renuncia es un acto unilateral, libre y espontáneo del servidor público, mediante el cual este expresa su voluntad de dejar el cargo que ocupa, para que la Administración, aceptando esa solicitud, lo desvincule del empleo que viene ejerciendo.

Asimismo, el artículo 27, inciso j), del Régimen Básico de la Función Pública -Ley N° 22140- dispone que la Administración cuenta con treinta (30) días para aceptar la renuncia, contados a partir de su presentación; término que al cumplirse sin emitir el acto administrativo genera la imposibilidad para el empleado de separarse de su cargo sin incurrir en abandono del empleo.

Vencido el término señalado sin que se haya decidido sobre la renuncia, el funcionario dimitente podrá separarse del cargo sin incurrir

en abandono del empleo, o continuar en el desempeño de este, caso en el cual la renuncia no producirá efecto alguno.

De conformidad con lo anterior, si la Administración considera que hay motivos notorios de conveniencia pública para no aceptar la renuncia, deberá solicitar el retiro de ella, pero si insiste deberá aceptarla, caso en el cual la aceptación de la renuncia deberá hacerse por escrito, es decir mediante un acto administrativo en el que se señale de manera clara la fecha a partir de la cual se hará efectiva.

En este orden de ideas, se concluye que todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente, y una vez presentada la renuncia por escrito la Administración cuenta con treinta (30) días calendario para aceptar la renuncia o pedir su reconsideración; de aceptarla, deberá hacerlo a través de acto administrativo.

Adicionalmente, se considera que la renuncia está ajustada a derecho siempre que sea libre, espontánea e inequívoca; ello quiere decir que debe ser presentada por el empleado en forma voluntaria, y se debe especificar la fecha a partir de la cual se hace efectiva, fecha que se pueda comprobar y ser susceptible de establecer en el tiempo.

Para algunos, implicó que para la configuración de la tipicidad, era necesaria la presentación de ella.¹⁰⁸

Para nosotros, en cambio, no opera como un presupuesto de la acción, dado que la expresión de la ley es metafórica,¹⁰⁹ ya que la punibilidad alcanza tanto a quien presentó la renuncia y no esperó su aceptación, *a fortiori* (tanto más) afecta el bien jurídico como quien hizo abandono del destino sin siquiera presentar su renuncia.¹¹⁰

Entendemos que la presentación de la renuncia no es un presupuesto de la acción, por lo que el abandono es perfectamente punible si la renuncia es presentada, si esta no fue admitida aun dentro de plazo legal para hacerlo.¹¹¹

108. De Roura Moreno, Edgardo, *Derecho Penal - Parte Especial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1955, p. 523.

109. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal - Parte Especial*, op. cit., T. 2, p. 272.

110. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, op. cit., T. V, p. 149; Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino - Parte Especial*, op. cit., T. VII, p. 84; Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal - Parte Especial*, op. cit., T. 2, p. 274.

111. Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., T. VII, p. 171.

Además, para el tipo no basta el abandono, exige además *daño al servicio*. Por *daño* se entiende cualquier detrimento o menoscabo material o moral al servicio público, y no las perturbaciones de orden interno.¹¹² Este debe ser efectivo y actual, no sólo potencial y futuro;¹¹³ por ello, la categoría que reviste el agente debe poseer ciertas cualidades especiales (físicas, técnicas y/o intelectuales) que puedan, de alguna manera, impedir en ciertos casos el reemplazo inmediato, o causar un verdadero entorpecimiento en el servicio, que no acontece en los niveles planta de ejecución de la administración. A su vez, el daño no se agota en la sola afección interna de la Administración (v. gr., las gestiones de tener que buscar de inmediato un reemplazante), sino que debe trascender de esta y afectar a la generalidad, es decir a los receptores del servicio.

Debe quedar claro también que el daño necesario para la configuración del tipo debe ser la realización del riesgo, consecuencia misma del abandono, sin la existencia de otra fuente autónoma.¹¹⁴

Es por ello que no toda renuncia no aceptada da lugar a la comisión delictiva analizada. Debe existir un concreto daño cuantificable o identificable, referido a la prestación del servicio público que el funcionario con su función hacía cumplir acabadamente.¹¹⁵

11.4. Tipo subjetivo

En cuanto al elemento subjetivo, para la configuración de la conducta es necesario que el funcionario abandone el cargo de forma dolosa, y requiere *dolo directo* integrado por el conocimiento de los distintos elementos típicos, y la voluntad del agente de desvincularse definitivamente del servicio,¹¹⁶ y la actitud interna de tener la intención de no continuar ejerciendo el destino.¹¹⁷

Mientras que otros aducen la suficiencia del dolo eventual,¹¹⁸ integrado por la conciencia potencial del daño y el conocimiento de que

112. Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal, 12/04/1949 - "D.C., A.L.", LL, 54-565.

113. Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino - Parte Especial*, op. cit., T. VII, p. 84.

114. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal - Parte Especial*, op. cit., T. 2, p. 272.

115. Tazza, Alejandro O., "Comentario a la ley nacional 27.079", ADLA 2015-3, 50.

116. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal - Parte Especial*, op. cit., T. 2, p. 277.

117. Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., T. III, p. 213.

118. Villada, Jorge L., *Delitos contra la función pública*, op. cit., p. 299.

su conducta es contraria a los deberes funcionales que guarda con la Administración.

11.5. Consumación y tentativa

Existe un cierto nivel de confusión respecto a la entidad que juega el daño al servicio como disvalor consumativo de este injusto particular.

Para Fontán Balestra, el delito se consuma cuando se produce el daño al servicio.¹¹⁹ En cambio -postura que compartimos con Creus, Donna y Núñez- la conducta típica se perfecciona con la mera deserción¹²⁰ independientemente del daño, porque estamos en presencia de un delito de peligro, aunque su punición requiera la producción de daño al servicio.

En tal sentido nos ilustra Donna al decir que “...*los actos previos a la dejación e incluso el abandono mismo sin peligro no integran el inicio de ejecución penalmente relevante*”.¹²¹

En síntesis, como se trata de una conducta de omisión simple, abandona quien deserta o no concurre a prestar servicios, que demanda la constatación del daño por la calidad del peligro corrido para la prestación pública.

12. NOMBRAMIENTOS ILEGALES

12.1. Ubicación y sistemática

El texto del tipo penal previsto en el artículo 253 del Código Penal establece -en su redacción actual-, con la modificación dispuesta por Ley N° 24286 en cuanto al monto de la multa, que “*será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de seis meses a dos años, el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público, a persona en quien no concurrieren los requisitos legales. En la misma pena incurrirá el que aceptare un cargo para el cual no tenga los requisitos legales*”.

119. Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., T. VII, p. 171.

120. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal - Parte Especial*, op. cit., T. 2, p. 277; Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., T. III, p. 214; Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino - Parte Especial*, op. cit., T. VII, p. 84.

121. Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., T. III, p. 214.

En consecuencia, este precepto castiga una serie de conductas de abuso funcional para quien es propuesto o nombrado para un cargo público sin observar requisitos legales previos y obligatorios para determinar la calidad de la personas físicas a cubrir posiciones en los distintos ámbitos de la Administración Pública, pero como contracara, sanciona también a quien lo acepta sin tener las condiciones legales necesarias para el ejercicio de la función.

Lo que aquí se incrimina mediante un plus punitivo es el cuidado que debe poner la autoridad habilitada para el nombramiento al momento de la proposición y designación. Claro está, que no puede cometer cualquier empleado este tipo legal, sino tan sólo aquel que cuenta con facultades legales o constitucionales para ello.

12.2. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido -para la mayoría de la dogmática actual-, desde un punto de vista funcional, consiste en el buen funcionamiento de la Administración Pública, o de la incolumidad del eficiente desempeño de los cargos públicos,¹²² frente al riesgo que involucra la falta de idoneidad que legalmente debe ser requerida, y por ello se incrimina tanto a quien propone o nombra para un determinado cargo a quien no reúne los requisitos legales como al que acepta.

No compartimos que el único objeto de protección sea el resguardo del correcto funcionamiento de la administración frente al peligro de nombramientos cuyos beneficiarios carezcan de los requisitos legales para el desempeño funcional, toda vez que existe un presupuesto de credibilidad esencial en el prestigio del que gozan los distintos órganos centralizados o descentralizados de la Administración Pública, y hacen al sostenimiento de la institucionalidad en el marco de un Estado Constitucional de Derecho.

Como decía Bielsa, *“nada desacredita más una gestión gubernativa o administrativa que los nombramientos arbitrarios, y lo son cuando los nombrados carecen de idoneidad moral y técnica, sobre todo moral. Además de implicar una transgresión constitucional, causa sensación de injusticia en el espíritu público. Sus primeras consecuencias son la repulsa de la opinión sensata; luego desmoraliza a los que con idoneidad tienen derecho al cargo; en fin, contribuye a perturbar*

122. Arce Aggeo, Miguel A. / Báez, Julio C., *Código Penal - Comentado y Anotado*, op. cit., T. 3, p. 1166.

el orden disciplinario. Se tiene de esto una deplorable experiencia en nuestro país, donde todo esto se olvida pronto y, lo que es más grave, se olvida a sabiendas..."¹²³

Estamos en presencia de un objeto de protección complejo, y abarca a la par de la incolumnidad de la regularidad de las designaciones en el ámbito público, la propia credibilidad de la administración en la selección y designación de sus integrantes en sus distintos estamentos.

12.3. Tipo objetivo

Se trata de un delito de sujeto activo calificado, dado que la norma delimita el círculo de autoría al funcionario público con facultad para proponer o nombrar; por otro lado, la persona del particular que no reúna los requisitos legales y que haya aceptado igual, u otro funcionario público que acepta un cargo para el cual carece de condiciones normadas.

Respecto de los primeros, es claro que quien propone o designa debe contar con competencia funcional para ello, es decir, que debe actuar en el marco de atribuciones materiales y formales para la proposición o designación de que se trate.

Es un delito propio que admite las reglas generales de la participación, pero se configura mediante algún aporte material esencial o no para el materialización de la proposición o designación (v. gr. el legislador que vota a favor del acuerdo de quien carece de los requisitos de idoneidad para ser juez), debiendo el cómplice tener competencia funcional en el trámite en particular.

Las acciones típicas aquí son proponer o nombrar. *Nombra* quien designa, en tanto que *propone* el funcionario que a través de un procedimiento reglado nombra ante otro funcionario -que será quien designe- a una persona que puede ser nombrada para el cargo. Tanto una como otra forma de comisión deben estar dentro de la competencia funcional de quien las realiza. No se ve alcanzado por el término "*proponer*" la mera evaluación de la idoneidad del candidato,¹²⁴ o simple recomendación,¹²⁵ o mención¹²⁶ de un funcionario a otro, pero la dog-

123. Bielsa, Rafael, *La función pública - La moral política y administrativa*, Buenos Aires, Depalma, 1960, p. 29.

124. D'Alessio, Andrés J. / Divito, Mauro A., *Código Penal de la Nación - Comentado y anotado*, op. cit., T. II, p. 1239.

125. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, op. cit., T. V, p. 150.

126. Villada, Jorge L., *Delitos contra la función pública*, op. cit., p. 307.

mática extranjera lo ve como un supuesto de instigación o, de cumplir con los respectivos requisitos típicos, ser subsumibles en las hipótesis de cohecho o tráfico de influencias.¹²⁷

El nombramiento o la proposición deben ser para un *cargo público*. La Ley N° 25188, en su artículo 1, entiende por función pública toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

Sobre el designado o propuesto, *no deben concurrir los requisitos legales*, lo que significa la ausencia de uno o más requisitos objetivos (edad, nacionalidad, ausencia de antecedentes penales, exoneraciones previas, etcétera) y subjetivos (aptitud psicofísica, grado de formación educativa) -de carácter positivo y negativo-, necesarios de idoneidad para cubrir la designación; todos aquellos deben haber existido al momento de la proposición o nombramiento, aun cuando no hayan sido oportunamente acreditados.¹²⁸

Los requisitos legales establecidos a nivel normativo son un conjunto de condiciones o aptitud objetivas y subjetivas de carácter positivo y negativo indispensable, preceptuado en el Régimen Básico de la Función Pública -Ley N° 22140- que deben ser observados al momento de cubrir vacantes en los distintos ámbitos de la Administración Pública, más allá de que la idoneidad es la condición básica exigida por la norma fundamental para acceder a ella -artículo 16 de la Constitución Nacional-.

La carrera administrativa básica y las específicas deberán contemplar la aplicación de criterios que incorporen los principios de transparencia, publicidad y mérito en los procedimientos de selección para determinar la idoneidad de la función a cubrir, y la "*idoneidad*" para el cargo o empleo público constituye un precepto al que debe atenerse la Administración Pública cuando efectúa designaciones o nombramientos, imposición de la que no puede apartarse.¹²⁹

127. Bullmore G., Vivian R. / Mackinnon R., John R.: *Curso de Derecho Penal*, 3ª edición, Chile, Ed. Legal Publishing Thomson Reuters, 2010, T. I, p. 158.

128. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal - Parte Especial*, op. cit., T. 2, p. 278.

129. Sostiene el Dr. Marienhoff, al definir la idoneidad, que "Ese fundamental concepto tripartito de la idoneidad (técnico, moral y económico) escíndese respectivamente en diversos aspectos que pueden constituir otros tantos requisitos para el ingreso a la función o al empleo públicos, requisitos que las legislaciones suelen exigir en todo o en

El ingreso a la función pública demanda una acreditación de competencia e idoneidad morales, físicas y técnicas para el desempeño del empleo por parte de postulante o aspirante a ingresar a ella, y puede excluirse de la función pública aun a aquellos que con aptitud técnica, según el régimen legal dado, no pueden desempeñar eficazmente una función por indignidad (v. gr. la condena por grave delito doloso).¹³⁰

Para mencionar, a modo de mero ejemplo, tomaremos el emblemático caso de una nueva concepción de evitar el carácter estigmatizador de la pena cumplida y la reinserción social del condenado a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), que el recientemente reformado artículo 7, Ley N° 471 de Relaciones Laborales en la Administración Pública del GCBA -modificada mediante la Ley N° 3386- eliminó la proscripción de ingreso a empleos públicos “*a quienes hubieran sido condenados por delito doloso o por delito contra la Administración Pública Nacional, provincial, municipal o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*”.

Otro tanto ocurre con la exoneración, en razón de sus consecuencias; es la sanción más grave que pueda aplicarse a un agente público, las que por sus modalidades revelan la concurrencia de una lesión grave a los deberes funcionales y a los intereses públicos, como así también el conocimiento de su resultado, por ende, un comportamiento rayano con una conducta dolosa.¹³¹

Otro aspecto a cubrirse es la aptitud física y mental para desempeñar un cargo público, afirmando Marienhoff, en referencia a ella, que “La salud, en todos sus órdenes (físico y mental) es requisito *“sine qua non”* para ingresar a la función o al empleo públicos. Quien carezca de salud no

parte” (Marienhoff, Miguel Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, T. III-B, p. 117).

130. Parte de la doctrina interpreta que esta causal “...impiden el ingreso y/o permanencia en el empleo público de quienes han delinquido y cumplido con sus condenas trae aparejado un accionar discriminatorio, al segregar de la sociedad a tales personas, impidiéndoles su reinserción laboral por razones ajenas a su idoneidad funcional para desempeñarse en los cargos, y aplicando a su respecto un estigma negativo de peligrosidad con base en el derecho penal de autor” (Fusero, Mariano, “La paradójica ‘readaptación social’ del condenado y su exclusión del empleo público”, Abeledo-Perrot, N° 0003/015048).

131. Goane, René M., *El Poder disciplinario de la Administración Pública, Derecho Administrativo. Obra Colectiva en Homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 1042; Mercado Luna, Ricardo, *Estabilidad del empleado público*, Buenos Aires, Astrea, 1974, p. 63.

puede cumplir con la prestación que el empleo o función pone a su cargo. De ahí que antes de ingresar a la Administración Pública, como agente de esta, requiérese que el futuro funcionario o empleado sea objeto del pertinente examen médico para comprobar el estado de salud”¹³²

Cabe agregar a lo antes dicho que la estipulación en análisis tiene, además de la finalidad de comprobar que el personal está en condiciones físicas y mentales de prestar servicios, mediante el sometimiento a los exámenes médicos pertinentes, la de proteger y prevenir al agente y a los restantes trabajadores de eventuales riesgos o enfermedades -artículo 7 inciso c) de la Ley N° 22140-, aplicable al personal de gabinete, estando facultada la Administración para intimar a dicho personal a acreditar la condición de idoneidad requerida.

Un problema interesante de mencionar es el uso de atribuciones como Jefe de Gobierno y responsable político de la administración general del país -artículo 99, inciso 1 Constitución Nacional- para disponer por vía de Decretos excepciones al cumplimiento de los requisitos de idoneidad previstos en el Sistema Nacional de la Profesión Administrativa (SINAPA), aprobado por una norma de igual rango anterior (Decreto 993/91 TO 1995), autorizar al resto de los funcionarios subordinados a proceder con el nombramiento, y a este último a aceptar el cargo, sin que se les pueda imputar la comisión del delito de nombramiento ilegal, pues estaban habilitados por una norma posterior y especial.

En este caso, el Poder Ejecutivo no tiene prohibido por la Ley de Procedimientos Administrativos o el régimen SINAPA otorgar este tipo de excepciones, pues esta práctica de autorizar excepciones particulares a regímenes generales es tratada bajo el tema de la “*inderogabilidad singular de reglamentos*”¹³³

Por todo lo dicho, la solución a este caso no pasa por la sanción penal, sino por aplicar una política preventiva receptando en la ley de procedimientos administrativos, o al menos en algunos regímenes especiales como el SINAPA, el principio de la “*inderogabilidad singular de reglamentos*” esbozada. Ello así por cuanto la excepción a los requisitos

132. Marienhoff, Miguel Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo*, op. cit., T. III- B, p. 128.

133. Bianchi, Alberto, “El caso Promenade y la llamada inderogabilidad singular de reglamentos en un controvertido fallo”, *Revista de Derecho Administrativo*, Año 1, Depalma, 1989, p. 34.

de idoneidad que aquí se trató no es un caso aislado en la práctica de nombramiento de funcionarios públicos.

Asimismo, con este tipo de previsiones legales se reduciría la discrecionalidad de los órganos técnicos que efectúan el control de legalidad en los procesos de designación de funcionarios.

En cambio, la aceptación por parte de quien es designado en el cargo conlleva un acto previo administrativo, designación y la comunicación formal que impone su nombramiento. Salvo caso donde se toma juramento y hace entrega de la designación, despacho o decreto en un acto público, en este caso el nombramiento es verbal respecto a la notificación.

En todos los casos, el sujeto activo consiente la asignación funcional del cargo sabiendo que no reúne las condiciones legales para ello.

12.4. Tipo subjetivo

Es un delito doloso para ambos sujetos. Para algunos autores se trata del dolo *común*,¹³⁴ en cambio, para otros, debe ser *directo*,¹³⁵ y para Soler alcanza con el dolo *eventual*, sin mayor explicación.¹³⁶

Adherimos a la idea del dolo directo porque entendemos que el funcionario debe conocer perfectamente que no concurren sobre el propuesto (por ejemplo, al candidato -sin título de abogado- en una terna para cubrir el cargo de juez), o nombrarlo sin requisitos legales necesarios, y pese a ello, lleva adelante su voluntad de designar o proponer.

Respecto de la figura de la aceptación ilegal, estamos en presencia de un delito doloso directo, donde el agente tiene el conocimiento actual y concreto de la existencia de una causal impeditiva para acceder a la función y el propósito de aceptar el nombramiento, al que sabe que no puede acceder.

12.5. Consumación y tentativa

El delito es de mera actividad, y se *consume* con la sola proposición o nombramiento de quien en ese momento no tenía los requisitos legales exigidos para el cargo, sin importar conducta posterior alguna que le confiera efectos jurídicos administrativos al nombramiento,

134. Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino - Parte Especial*, op. cit., T. VII, p. 86; Villada, Jorge L., *Delitos contra la función pública*, op. cit., p. 310.

135. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal - Parte Especial*, op. cit., T. 2, p. 278.

136. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, op. cit., T. V, p. 150.

perfeccionándolo por la aceptación de designado o propuesto,¹³⁷ o la designación es refrendada por otro órgano cuando así es exigido.¹³⁸

Para el aceptante, se consuma al aceptar independientemente que ejecute actos funcionales propios de la designación efectuada, siempre que sea oficial.

Según Fontán Balestra, el error sobre los requisitos legales indispensables excluye el dolo (¹³⁹) y no admite *tentativa* (¹⁴⁰).

137. Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino - Parte Especial*, op. cit., T. VII, p. 87.

138. D'Alessio, Andrés J. / Divito, Mauro A., *Código Penal de la Nación - Comentado y anotado*, op. cit., T. II, p. 1260.

139. Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, T. VII, op. cit., p. 172.

140. D'Alessio, Andrés J. / Divito, Mauro A., *Código Penal de la Nación - Comentado y anotado*, op. cit., T. II, p. 1229.

JURISPRUDENCIA

En concurso ideal con encubrimiento en las modalidades de favorecimiento personal por auxilio para eludir investigaciones y omisión de denuncia agravado por la condición de funcionario público y falsificación de documento público reiterado. Procesamiento. Miembros de la Policía Federal Argentina que omitieron actuar como se los mandaba su condición en connivencia con los dueños o encargados de casas de tolerancia, falsificando documentación. Elementos de prueba suficientes como para agravar la situación procesal. Confirmación.

Fallo: (...) el procesamiento de (...), (...), (...) y (...) por los delitos de incumplimiento de los deberes de funcionario público en concurso ideal con encubrimiento en las modalidades de favorecimiento personal por auxilio para eludir investigaciones y omisión de denuncia, agravado por la condición de funcionario público.

En el caso de (...), tal atribución delictiva a su vez concurre realmente con el delito de falsificación de documento público reiterado en seis ocasiones también agravado por su condición de funcionario público y en el de (...) con el de falsedad ideológica reiterada en dos oportunidades también agravada por la condición de funcionario público.

(...) Y CONSIDERANDO:

Estimamos que los agravios esgrimidos por la asistencia técnica de los causantes no consiguen desvirtuar los sólidos fundamentos expuestos por la juez a quo con principal sustento en la investigación preliminar 143/10 realizada por la “Unidad Fiscal de Asistencia en Secuestros Extorsivos y Trata de Personas” (UFASE) que acreditan tanto la materialidad de los hechos como la intervención de (...), (...), (...) y (...) en su condición de funcionarios policiales.

Así, se ha corroborado que mientras se desempeñaban en la Seccional XX^a de la Policía Federal, el entonces Comisario (...), los Subcomisarios (...) y (...) y el Subinspector (...), actuaron coordinada y deliberadamente omitiendo denunciar las infracciones a la Ley N° 12.331 que verificaron en los locales nocturnos de su jurisdicción, en franca connivencia con sus dueños o encargados.

Además, para otorgar un manto de legalidad a esas casas de tolerancia, falsearon constancias documentales respecto de la actividad que allí se desarrollaba.

En este sentido, en cumplimiento de la Orden del Día Interna N° XX/XX de la Policía Federal, los locales referidos fueron inspeccionados el 3 y 5 de diciembre de 2008, el 20, 22 y 27 de enero de 2009 y el 23 y 24 de abril de 2009. En todos esos casos, se omitió informar a la superioridad que se explotaba sexualmente a mujeres y en consecuencia tampoco se dio intervención a la justicia correccional. De tales procedimientos participó (...), en algunos secundado por (...) (ver actas de fs. (...) de este legajo e informes de fs. (...) y acta de fs. (...) de la IP que corre por cuerda).

Concretamente, en el caso de (...), no obstante lo asentado en las actas policiales, los testigos de actuación V. M. C. y E. M. F. R., al ser convocados judicialmente coincidieron en que allí funcionaba un prostíbulo (cfr. fs. (...) y (...)). Por su parte, J. M. que figuraba en el acta con el mismo rol, negó haber ingresado al local (...). A ello se aduna, que también en un proceso paralelo se corroboró que allí funcionaba una casa de tolerancia, procesándose al que la regenteaba, C. Á. G., con quien todos los aquí imputados se comunicaban asiduamente (cfr. testimonios de la causa (...) del Juzgado en lo Correccional 12 que corre por cuerda).

En lo que respecta a (...), el resultado adverso que arrojaron las inspecciones antes aludidas se da de bruces con lo manifestado por C. D. R. y P. M. G. -testigos de uno de los procedimientos-, pues ambos corroboraron que en el lugar se ejercía la prostitución.

Además, también en este caso se insertaron datos de un testigo que nada presencié (ver declaración de H. R. M. de fs. (...)). En la misma línea, no es posible desconocer que en el marco del allanamiento realizado por personal de la Prefectura Naval Argentina por disposición del Juzgado Federal N° 1 (causa N° (...)) se identificaron en el interior del local a dieciocho mujeres que ejercían la prostitución y a varios de sus clientes (cfr. fs. (...)).

Por su parte, lo informado respecto de (...) es desmentido por las constancias obtenidas por la justicia de excepción según las cuales allí se incautaron preservativos y tickets "de control" en la caja y se identificaron a varias mujeres que se desempeñaban como alternadoras. Además, al declarar quien resultó ser un cliente, G. N., indicó que allí funcionaba

un lupanar desde hacía más de diez años, brindando detalles acerca de sus tarifas y demás circunstancias propias de esa actividad (cfr. fs. (...)).

En el contexto descripto, la importante cantidad de comunicaciones telefónicas registradas entre todos los causantes (especialmente (...) con 691 llamadas) y los dueños o encargados de los locales nocturnos -acreditadas a partir de los relevamientos efectuados por el Ministerio Público Fiscal- lejos de reflejar el ejercicio de la función policial invocado por la defensa, se exhibe como un concreto indicador de la existencia de un acuerdo espurio entre todos ellos destinado a frustrar la tarea preventiva, máxime si se tiene en cuenta que algunos de los contactos fueron concomitantes con las inspecciones (ver fs. (...)).

En igual dirección, la confección de seis actas testimoniales falsas por parte del entonces Comisario (...) aparece como otra conducta preordenada a los mismos fines, por cuanto no sólo omitió consignar información relevante, es decir, cuál era el giro comercial de los negocios inspeccionados, sino que para ello se valió de los datos filiatorios de ciudadanos que, en la mayoría de los casos, habían realizado otros trámites en la comisaría y nunca fueron interrogados sobre las actividades de "E.", "F." y "D.", todos los cuales desconocieron las firmas que se les atribuían (cfr. fs. (...) de estas actuaciones y fs. (...) de la IP anexa).

Sobre este punto, la delegación de funciones inherente a cualquier estructura jerárquica en la que pretende escudarse (...), no puede ser atendida como excusa válida atento al resto de las probanzas que exhiben un comportamiento policial tendiente a representar una falsa realidad respecto del funcionamiento de los locales que por orden superior se le encomendaba supervisar.

Sentado cuanto precede, la eventual existencia de disposiciones de fiscales nacionales que restringieran a la denuncia de particulares el inicio de actuaciones por infracción a la ley de profilaxis tampoco es un argumento admisible, pues no se trata de justificar el haber dejado de realizar actos funcionales sino concretamente llevarlos a cabo mediante espurias actuaciones, falsas ideológica y materialmente para brindar protección y cobertura legal a establecimientos donde terceros explotaban la prostitución (...).

(...) Por las razones expuestas, el tribunal RESUELVE: Confirmar (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala IV, González, González Palazzo, Seijas. (Sec.: Uhrlandt). c. 36.932/10, C., R. A. s/procesamiento. Rta.: 17/06/2013.

Abuso de autoridad. Sobreseimiento. Cargo cubierto en un hospital municipal mediante una designación directa. Acto administrativo que no resultó ser un acto arbitrario. Cuestión de mérito, oportunidad y conveniencia. Cuestión ajena al derecho penal. Confirmación.

Fallo: (...) Entendemos que la solución a la que arribara el magistrado de la anterior instancia luce ajustada a derecho y a las constancias de la causa.

En efecto, la situación que originó la necesidad de cubrir el cargo en la unidad de farmacia del hospital (...), tuvo la finalidad de no alterar el normal desenvolvimiento de la institución ante una fortuita situación de acefalía en dicha unidad de vital importancia para el nosocomio. Ello, conforme se desprende tanto de los descargos de (...) y (...), como así también de la constancia de fs. (...).

Tal circunstancia permite sostener que la discrecionalidad del acto administrativo mediante el cual se designó a (...) obedeció a estrictas cuestiones de mérito, oportunidad y conveniencia, ajenas al Derecho Penal.

Nótese, al respecto, que (...) fue contundente al sostener que (...), al momento de su designación contaba con la capacidad, disponibilidad horaria y la experiencia necesaria para llevar a cabo las funciones que se le encomendarían, pues habría sido entrenada por la predecesora (ver fs...).

Por ello, no es posible concebir tal discrecionalidad como un acto arbitrario o que buscara “posicionar” a la imputada de cara a un hipotético concurso por el puesto, sino simplemente como un acto de orden general y condicionado, como se dijo, por el cumplimiento de una finalidad válida y vital para el normal funcionamiento del nosocomio que no incidía, en absoluto, en la realización del concurso para lograr el nombramiento efectivo del cargo.

Tal es así que la designación provisoria ni siquiera incluía una retribución económica. Así, puede concluirse que (...) actuó en el marco de sus facultades, en su calidad de Jefe del Departamento de Diagnóstico y Tratamiento del hospital, para elegir en forma oportuna y eficaz los medios necesarios para garantizar su actividad, circunstancia que lejos está de ser ilícita. (...) el tribunal resuelve:

Confirmar, con costas dealzada a la querella, el auto de fs. (...).

López González, Pociello Argerich. (Sec.: Vilar). 2160_13_5 VITA, Cayetano A. y Otro. 19/02/13 c. 2.160/13. C. N. Crim. y Correc. Sala V.

Prevaricato/Abuso de autoridad. Sobreseimiento. Ausencia de los elementos necesarios para tipificar los delitos imputados por la querrela. Atipicidad. Confirmación.

Fallo: (...) Adelantamos que el auto impugnado habrá de ser objeto de homologación, pues de la lectura de los expedientes civiles que corren por cuerda no se advierte que en sus respectivas intervenciones -configurativas a criterio de la querellante de los delitos de abuso de autoridad y prevaricato (arts. 248 y 269 del Código)- los magistrados y funcionarios denunciados hayan actuado de manera contraria a la ley o a la Constitución Nacional o basado sus decisiones en hechos o resoluciones falsas.

Así, tanto la que dejó sin efecto la medida cautelar que impedía el acercamiento de (...) en relación a su hija, como aquella que denegó la salida del país de la menor, fueron adoptadas por los encausados en el entendimiento de que favorecían la revinculación de esta con su progenitor a la procura de dar una solución al caso compatible con el espíritu de las normas a su respecto aplicables (cfr. fs. ...).

Por otra parte, la modificación efectuada sobre la liquidación de la cuota alimentaria que ya había sido aprobada con anterioridad, fue admitida por el imputado (...) y luego convalidada por un tribunal superior con base en copiosa jurisprudencia, en especial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que descarta la calidad de “cosa juzgada” a los autos interlocutorios como los que fueran observados, concluyendo los magistrados que la inclusión de los rubros señalados dentro del concepto de “gastos de jardín” no resultaba razonable y por ende correspondía su rectificación (cfr. fs. ... del proceso de ejecución de alimentos).

Frente a ello, la arbitrariedad de tales pronunciamientos que alega la querrela carece de sustento por cuanto encontraron su motivación en las constancias de las causas y fueron adoptados en el marco de atribuciones que su específica función les confiere a los jueces, habiendo tenido acceso la acusadora particular a la revisión de los mismos por medio de sus impugnaciones.

Entonces, la disconformidad de esta con las soluciones aplicadas a cada caso no pueden generar repercusión en este ámbito en tanto “los pronunciamientos equivocados o adversos a los intereses de la parte o bien al criterio legal, jurisprudencial o doctrinal se encuentran sujetos a revisión por parte del Tribunal de grado al que corresponda intervenir ante la deducción de algún recurso pero no por ello los tornan delictuales, en los términos del artículo 269 del Código Penal” (1).

Es así que la sede penal no puede oficiar de nueva instancia para que las decisiones adversas dispuestas legítimamente en otra vuelvan a ser objeto de análisis, pues el ordenamiento jurídico presenta una variada gama de posibilidades para intentar revertir, por los medios adecuados, toda decisión que se estime desatendida o que irroge algún tipo de agravio para las partes (2).

Finalmente, el carácter malicioso que la apelante les otorga a las decisiones objetadas constituye una crítica sin respaldo en las constancias de las actuaciones civiles reseñadas; de otro lado, la parte siquiera ha fundamentado ni brindado explicación satisfactoria alguna sobre tal cuestionamiento, lo cual exime a este tribunal de efectuar cualquier otro tipo de apreciación al respecto.

En consecuencia, y no advirtiéndose en la especie circunstancia alguna que amerite apartarse del principio general de la derrota que rige en materia de costas, se RESUELVE: CONFIRMAR la resolución de fs. (...) en todo cuanto fuera materia de recurso, con costas de alzada a la parte vencida (artículo 531 del CPP). (...).

González, González Palazzo, Seijas. (Prosec.Cám.: Pereyra). 730078311_11_4 A., L. C. y otros. 6/05/13 c. 730.078.311/11. C. N. Crim. y Correc. Sala IV.

Se citó: (1) C. N. Crim. y Correc., Sala IV, c. 31.555 “Braga. Margarita”, rta. 25/10/07. (2) C. N. Crim. y Correc., Sala IV, c. 31.490 “Prada Errecart”, rta. 10/5/07.

CAPÍTULO 13
VIOLACIÓN DE SELLOS Y DOCUMENTOS
ARTÍCULOS 254-255 DEL CÓDIGO PENAL

LOS DELITOS DE VIOLACIÓN DE SELLOS Y DOCUMENTOS

Por Cristian Javier Cabral*

1. INTRODUCCIÓN

Dentro de las distintas figuras construidas en el Título XI de nuestro Código Penal vigente, me acercaré a desarrollar una descripción y evolución de dos figuras en especial dentro de los delitos contra la Administración Pública, que hoy se encuentran tan vigentes y son objeto de la transferencia de competencias penales, Ley N° 26702. Partiendo de la funcionalidad de la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, y de esa forma determinar el bien jurídico protegido, para luego describir los antecedentes, analizar el aspecto objetivo, subjetivo, consumación y sujetos, doctrina y jurisprudencia.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Estos delitos tipificados en los artículos 254 -texto Ley N° 24286 / BO 29-12-1993- y artículo 255 CPN -texto Ley N° 26388 / BO 25-6-2008- integran el Título XI: Delitos contra la administración de Justicia - capítulo V.

La administración del Estado requiere eficiencia, eficacia, regularidad en el servicio público, en la preservación y custodia de las cosas o documentos con el objeto de resguardar la identidad de estos, función que se desarrolla a través de la impresión y colocación de sellos identificadores, de control o seguridad; todo acto que interrumpa estos fines

* Abogado. Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca. Especialista en Derecho Penal y Criminología por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Secretario Legal y Técnico de la Universidad Nacional de La Matanza. Comisión de Juicio Político (HCD 2001-2003). Dirección de Asesoría Jurídica (HCD 1984-2003).

altera la funcionalidad de la Administración Pública e incumple con la funciones específicas.¹

El bien jurídico protegido Administración Pública, se lo debe considerar desde el punto de vista funcional, o desde la funcionalidad de la Administración Pública, en su correcto despliegue, los principios que generan este funcionamiento y la protección constitucional signada por nuestra Carta Magna.

La cosa es el objeto del delito, el bien jurídico protegido se orienta hacia la seguridad que para dicha cosa representan los sellos o impresiones puestos por el Estado.

La determinación de cuál sea el bien jurídico protegido, por un precepto penal, es imprescindible, pues constituye el criterio básico para poder establecer barreras entre el ilícito penal y el ilícito administrativo.

A lo largo del tiempo, el bien jurídico que se dice lesionado por el gestor público en los delitos ubicados en el Título XI del Código Penal, ha variado.

La Administración Pública, para el cumplimiento de sus objetivos, necesita en algunas oportunidades poner bajo ciertas garantías o resguardo o custodia un bien, cosa o documentos, asegurando de esa forma la conservación, identidad y protección de los objetos. Para ello, se ponen sellos identificadores, de control o de seguridad, y se conservan objetos, piezas del más variado carácter y documentos públicos y privados, auténticos o falsos, o simples papeles de trabajo.

Toda conducta que altere la seguridad, conservación, sustracción de los objetos de tal ambiente y las irregularidades en la protección, produce una grave lesión en la funcionalidad de la Administración Pública y también lesiona el cumplimiento de una función determinada.

Con respecto a los delitos contra la Administración Pública, se pune acciones de este tipo, con independencia de la vinculación que esta clase de hechos pueda guardar con otras infracciones o faltas de distinta índole y gravedad. Existe un desplazamiento de las infracciones más leves y, a su vez, son desplazadas por disposiciones más graves, como por ejemplo la de falsedad por destrucción.

1. Buompadre, Jorge E., *Delitos contra la Administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*, Corrientes R. A., Editor Mario A. Viera, 2001, p. 165.

En el Código Penal de 1887, estos delitos estaban comprendidos dentro del título “Infidelidad en la custodia de los documentos”, entre los “Delitos peculiares a los empleados públicos”, artículo 258 y siguientes, pero esas infracciones fueron ampliadas en el proyecto de 1891, mediante las disposiciones que también abarcan a particulares.²

Los antecedentes de estas normas se encuentran en el capítulo V del Título XI, que abre con el actual 254, y ha sufrido modificaciones, su adecuación o actualización en virtud de las siguientes leyes: N° 17567; N° 20509; N° 21338; N° 22461; N° 22936; N° 23077 artículo 12, inciso 2°; N° 23479, artículo 1, inciso 2°; y por último la Ley N° 24286 BO 29/12/1993, que modifica y/o complementa a la Ley N° 9643 (20-nov-1914). CERTIFICADOS DE DEPÓSITOS WARRANTS; Ley N° 10903 (27-oct-1919) CÓDIGO CIVIL PATRONATO DE MENORES; Ley N° 11179 (03-nov-1921) CÓDIGO PENAL; Ley N° 11723 (30-sep-1933) PROPIEDAD INTELECTUAL; Ley N° 12331 (11-ene-1937) PROFILAXIS DE LAS ENFERMEDADES VENÉREAS - CREACIÓN DEL INSTITUTO DE PROFILAXIS - ORGANIZACIÓN; Decreto/Ley N° 6618/1957 PODER EJECUTIVO NACIONAL (P.E.N.) (24-jun-1957) JUEGOS DE AZAR PROHIBICIÓN; Ley N° 20840 (02-oct-1974) SEGURIDAD NACIONAL SUBVERSIÓN ECONÓMICA Y OTRAS; Decreto N° 3992/1984 (16-ene-1985) CÓDIGO PENAL TEXTO ORDENADO; Ley N° 23479 (26-ene-1987) MULTAS MODIFICA PENAS DE MULTAS DEL CÓDIGO PENAL; Ley N° 23974 (17-sep-1991) CÓDIGO PENAL MULTAS.

El origen de la norma de violación de sellos se encuentra en el proyecto de Carlos Tejedor,³ que fue adoptado por el Código Penal de 1887, y en los sucesivos proyectos, continuando las fuentes seguidas por el proyecto de 1891, Código Penal de 1887, Código italiano, holandés, francés, alemán, chileno, húngaro y uruguayo.

El sujeto activo de este delito puede ser tanto un funcionario público como un particular, indistintamente, pero en el caso del funcionario público, para que se aplique el agravante, se debe requerir la conducta de abuso de función. Que viene a significar, que incumbe hallarse la relación íntima entre sujeto y función, y que se presente en la comisión del hecho infidencia y abuso, pero no es necesario que se

2. Ver la Exposición de motivos del Proyecto de 1891, p. 202.

3. Artículo 2° del 7, tit. 2°, lib. 2°.

trate de la misma persona, que ha colocado los sellos, o de quien tiene a cargo la custodia.

El delito admite un acto administrativo funcional público de sellar -identificar- con esos fines o de la simple conservación de las cosas o bienes. El sello debe ser oficial y la colocación debe ser realizada por un funcionario público, o por orden de él, en cumplimiento de su deber y/o facultades inherentes a la función; no se requiere que el acto propiamente de sellar se halle prescripto como en las leyes procesales, sólo basta que se trate de sellos puestos por orden de la autoridad competente para desarrollar ese acto.

El sello protegido es el que ha sido puesto para asegurar la conservación o la identidad de una cosa: locales cerrados y sellados para que en esos espacios nada se modifique o se altere, los objetos, cosas y bienes secuestrados y sellados para su identificación, los libros penitenciarios sellados por los presidentes de los tribunales. En consecuencia, no cualquier postura de sellos se encuentra protegida, la que acredita un pago, cierra un envase o una carta postal.

La conducta material consiste en violar los sellos, rompiéndolo como quien lo levanta dejándolo sano, como el que rompe los hilos o fajas que van de un sello a otro, pero sin perjudicar el sello mismo. El sello en ningún caso constituye una defensa material de la cosa; su valor protegido es el que tiene, como símbolo de la voluntad del Estado en cuanto a la identificación de la cosa. Por lo tanto, hay violación de sello cuando se ha violado lo que el sello cerraba: abrir por un costado un sobre sellado por la autoridad o un paquete o caja que contiene los instrumentos de un delito; violar la clausura de un local cuyas puertas están selladas, forzando las ventanas o los techos.⁴ No basta, sin embargo, el simple ingreso; si se dejó sin cerrar o sellar algún acceso, no es violación de sellos el ingreso por una abertura.⁵ Distintos autores tradicionales y contemporáneos han sostenido a través del tiempo que la acción exige al autor que este deje al cerramiento en inferioridad de condiciones con relación al estado original. El delito no radica en romper el sello, sino en violarlo, es

4. Cfr. Manzini, Vincenzo, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1948, p. 330 – Stamor traducción Santiago Sentia Melengo, Tomo V, Schroder 136, III, Zeitschrift Fur Rechtspolitik 1990 y Neve Juristische Wochenschrift, 1993.

5. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Ed. TEA, Actualizador Manuel A. Bayala Basombrio, Edición Parte Especial 1945/6, T. V, pp. 200-201.

decir, en quebrantar la prohibición que representa, si la acción no va dirigida contra esa representación del sello, es atípica; perjudicar o dañar el sello materialmente pero sin quitar el poder simbólico identificador no alcanza a configurar el delito.

El aspecto subjetivo de la norma admite la figura dolosa y la figura culposa. En la primera se sostiene en el conocimiento por parte del autor del valor teórico del sello y su naturaleza oficial. Responde a los principios generales. El fin específico del autor es irrelevante, pero fue ejecutado para apropiarse indebidamente de una cosa total o parcialmente ajena; el delito concurre con el delito de hurto o robo de acuerdo a la modalidad empleada. Con respecto a la segunda, la forma culposa es muy irregular.

Consiste en que el funcionario haya tenido una conducta negligente o imprudente, que haya dado lugar a otro sujeto para que proceda a cometer la violación de sellos sistema que mencioné anteriormente (tercera escuela positivista), extraído del sistema francés e italiano de 1890,⁶ y de acuerdo con él, resulta irregular porque la figura dolosa se pone en conexión con una fuente culposa mediata.

Se debe presentar la culpa del funcionario y el hecho del tercero como el Secretario de un Juzgado que deja abierta la caja de seguridad con elementos de una causa que incriminan al procesado, y este, aprovechando el descuido del funcionario, se apropia de esos elementos.

Se trata de un delito de singulares características, que no consiste -como en los delitos culposos- en la realización de una acción a la que se añade un resultado típico, sino es una conducta imprudente o negligente que posibilita que un tercero, dolosamente, viole el sello puesto por la autoridad competente; la conducta del funcionario público se convierte en una condición facilitadora de la violación del sello cometida por el tercero.⁷

No debe confundirse el sello oficial con el sello oficialmente impuesto; es este el que protege el derecho penal en los delitos que nos ocupan. La imposición del sello debe provenir de un acto legítimo de la autoridad pública, por lo tanto no quedan alcanzados por el tipo penal

6. Impallomeni, Juan B., Tercera Escuela (Italia) Positivism, *Theorie DV Code Penal*, 1872; Manzini, 332, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1948, Tomo V, Traducción Santiago Sentia Melengo.

7. Cfr. Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1959/1975, p. 94; Tomo de actualización, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1975.

la violación de sellos impuestos en forma arbitraria o abusiva por el funcionario competente. Un sello puesto por un funcionario incompetente configura un abuso de autoridad no protegido por la ley.⁸

Se trata de un delito de pura actividad y de peligro, que se consuma con la violación del sello, independientemente de que la acción derive de un perjuicio para la cosa asegurada o para la Administración Pública. Es suficiente con la violación de la seguridad que el sello representa; la participación criminal se rige por las reglas generales; la doctrina admite la tentativa.⁹

Violación de los medios de prueba, registros o documentos: el artículo 255 CPN contempla dos tipos de delitos que difieren entre sí subjetivamente; en el primer párrafo está sancionada la forma dolosa y, en el segundo, la forma culposa.

La disposición tiene origen en el proyecto de Carlos Tejedor y del Código Penal de 1887; su forma actual se debe al proyecto de 1891.

El sujeto activo puede ser cualquiera, pero cometido el hecho por el depositario, se aplica además inhabilitación. El depositario también es alcanzado por la figura culposa. El tipo penal extiende su protección en dos sentidos: por un lado, los objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad pública, y por el otro, a los registros o documentos confiados a la custodia de la propia autoridad o de un particular, en interés del servicio público.

La simple calidad de funcionario público no conlleva la agravación; esta se sostiene solamente en el incumplimiento de los deberes de custodia, que obtienen atribuir a personas que no son funcionarios públicos: el particular designado depositario de bienes secuestrados, el escribano público depositario de un registro o de un testamento.¹⁰ Lo que se tiene en cuenta no es la calidad del depositario, sino la naturaleza pública de la custodia y el motivo de esta última, sea o no el objeto de propiedad del Estado. Debe tratarse de objetos custodiados con la finalidad de

8. Buompadre, Jorge E., *Delitos contra la Administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*, Corrientes R. A., Editor Mario A. Viera, 2001, p. 169.

9. Cfr. Núñez, Ricardo C., *op. cit.*, p. 92.

10. Moreno (h), Rodolfo, *Proyecto de Código Penal para la República Argentina*, Buenos Aires, 1916; Díaz, Emilio C., *El Código Penal de la República Argentina*, Buenos Aires, La Facultad, 4ª ed., 1942; Gonzalez Roura, Octavio, *Derecho Penal*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1925; Malagarriga, Carlos, *Código Penal Argentino*, 1927.

utilizarlos como medios de prueba, de registros o de documentos. Todos se caracterizan por ser medios necesarios para el ejercicio de un acto propio de autoridad, administrativo, legislativo o judicial, con lo cual se excluyen los objetos que el Estado tiene como patrimonio.

Para los objetos, lo característico es el destino probatorio, para los registros o documentos basta el interés del servicio público.¹¹ Los objetos son los secuestrados como cuerpos de delito.

La acción típica consiste en sustraer, ocultar, destruir o inutilizar. La primera debe ser entendida de manera de quitar de la esfera de custodia en la que se encuentra, como en el concepto de hurto; la segunda, es la acción de esconder o hacerla desaparecer, tornar inaccesible para quien tiene la custodia, privando el uso oportuno del objeto; la tercera quiere decir dañar, perjudicar, menoscabar, que el objeto no sirva a los fines probatorios que motivaron la custodia. Inutilizar es equivalente a destruir porque basta que el objeto no sirva, es tornarlo inidóneo o incapaz al objeto, haciendo desaparecer sus caracteres y propiedades. Mientras destruir se refiere a una cuestión material, inutilizar se refiere al destino que la cosa tiene asignado.¹² Los elementos en los que recae la acción típica deben estar destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, y confiada a la custodia de un funcionario público o un particular.

En el aspecto subjetivo, la forma dolosa está constituida por el conocimiento de que se quebranta la custodia oficial. No es necesaria la intención de causar un perjuicio, condición que figuraba como elemento del delito en el Código Penal de 1887.¹³

Los registros son los asientos y anotaciones de la constancia de bienes: inventarios, de objetos, documentos, libros, protocolos, planillas, etcétera.

11. T.S. Córdoba, caso Casal, L. L. T. 37, p. 463, fallo 18490 esp. En este aspecto, el voto del Dr. Diógenes Ruiz. Los prontuarios policiales; C. C. J. A. LVIII, p. 599. No se contempla, sin embargo, la posibilidad de encuadrar el hecho en la falsedad de supresión, dado el restringido concepto de instrumento público, que tantas veces se ha manifestado en la jurisprudencia.

12. Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, 6ª edición, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1969.

13. Cfr. C. C. R. *in re* Irigoyen, mayo de 1944.

Los documentos: su concepto aparece en distintos títulos del CPN, como por ejemplo, en los delitos contra la fe pública, falsedades documentales que remiten al CCyCN.

La dicción “en el interés del servicio público”, hace referencia a todo tipo de interés o reseña del Estado.

En la forma culposa, este delito presenta la misma irregularidad que ya se ha señalado con respecto al artículo 254 CPN, tanto en su estructura objetiva como subjetiva.

Una particularidad es que la forma típica reside en que el sujeto activo del delito puede ser únicamente el depositario de la cosa.

Jurisprudencia reciente nos ilustra sobre la infracción al artículo 255 del Código Penal, en orden al delito de inutilización de un objeto destinado a servir como prueba en la causa “Locles, Jr.”, Juzgado Nacional de Instrucción N° 27, Secretaría N° 124, causa 42635/11, confirmado el procesamiento por la Sala Primera 42365/12. La Sala V en causa 31.002, “Banchick, Carlos Valentín y otro s/ destrucción de medios de prueba”, afirmó la existencia de la vigencia de una cuestión oficial sobre ellos, de naturaleza pública. Si falta tal condición, no es aplicable la figura descripta.

Asimismo, en la causa 6318/III, caratulada “M. M. s/ inf. art. 254 CP (Dte. Acumar)”, se resolvió confirmar el procesamiento por considerar consumado el delito, sin perjuicio de que la faja haya sido volada por la acción del viento y/o que la empresa no siguiera volcando efluentes contaminantes hacia el exterior; la conducta típica queda configurada con la sola continuación de la actividad cuestionada, ya que se había dispuesto una clausura total.

3. CONCLUSIONES

La violación de sellos también puede ser calificante del hurto, y en este sentido lo ha contemplado el sistema francés, aunque fuera de su sitio propio, y puede calificar otros delitos, como la falsedad por supresión.

Estas figuras tampoco tienen, en los códigos contemporáneos, ni objeto jurídico ni penas uniformes y constantes. Esto me lleva a poder afirmar que no es oportuno hacer de la violación de sellos un título principal del delito, porque es una circunstancia agravante, que pue-

de acompañar a un gran número de delitos, hurto, fraude, abuso de confianza, falsificación, violación de correspondencia, entre otros.

Asimismo, se debería modificar la figura del artículo 254 agregando barras, fajas o cualquier otro elemento, dado que no son propiamente sellos, pero que cumplen con la misma función, y se debería eliminar la figura culposa, que se trata de una sanción administrativa disciplinaria.

JURISPRUDENCIA

Sustracción de medios de prueba. Contienda entre Juzgado Correccional y Juzgado de Instrucción. Sustracción de documentación que supuestamente denunciaba delitos de lesa humanidad de oficina de una asociación. Documentación que no había sido puesta bajo custodia oficial de la asociación. Justicia Correccional.

Fallo: (...) Y VISTOS: Concita la atención del Tribunal la contienda negativa de competencia suscitada entre el Juzgado Nacional en lo Correccional N° (...) y el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° (...).

Conforme surge del requerimiento fiscal de instrucción (...), se investiga en autos el hecho denunciado por (...), quien refirió que el pasado 5 de marzo, aproximadamente a las 16:00, observó a (...) y (...) salir de las oficinas de la Asociación (...), regional (...), sita en la calle (...), llevándose unas carpetas amarillas con documentación, en tanto en la puerta se encontraba (...). Agregó que las nombradas corrieron, egresaron del lugar y se dirigieron a un automóvil que las aguardaba, al que ascendieron junto a (...), y se fugaron por la calle México hacia la avenida Entre Ríos.

Señaló además, que los hechos fueron presenciados por (...); que las carpetas sustraídas contenían unos treinta y cinco legajos en los que se denunciaban delitos de lesa humanidad; que tres de las imputadas pertenecen a una organización denominada "...", que fue denunciada por la asociación (...) por falsificación de documentos; y que (...) representa a una agrupación denominada "...", que también se dedicaría a la falsificación de documentos.

El señor juez en lo correccional declinó la competencia a favor de la justicia de instrucción, pues consideró que el hecho a investigar configuraría el delito de sustracción de medios de prueba previsto en el artículo 255 del Código Penal ya que se habría afectado la administración de justicia y el interés del Estado en la preservación de ciertos documentos (en el caso referidos a delitos de lesa humanidad) que se encuentran en custodia oficial o legalmente instituida (como se trata de la asociación -...-).

Por su parte, la señora juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° (...) rechazó la competencia atribuida, en el entendimiento de que no existe constancia alguna que acredite que la documentación sustraída pertenezca a una investigación judicial abierta y tampoco que haya sido confiada a la asociación (...) por alguna autoridad competente. Así, sostuvo que los elementos sustraídos, parcialmente recuperados, no son “objetos” a los fines del artículo citado, y que es menester para su configuración que estén en custodia de un organismo (oficial o particular), custodia que debe ser ungida por una autoridad legalmente constituida y que a la vez justifique el “interés del servicio público”.

Al respecto, entiende esta Sala que la figura en estudio tipifica la afectación del interés del Estado en la preservación de los objetos y documentos que se encuentran bajo su custodia con el fin de ser utilizados como elementos de prueba de un proceso (1).

Por ello, como de momento no se verifica que dichos documentos -sean públicos o privados- hayan sido puestos bajo la custodia oficial de la asociación (...), corresponde asignar competencia a la justicia en lo correccional, a los fines de investigar tanto en torno a lo señalado por (...) a fs. (...) como las circunstancias conocidas con posterioridad a la traba de contienda. Por ello, esta Sala del Tribunal RESUELVE:

DECLARAR que en las presentes actuaciones deberá continuar interviniendo el Juzgado Nacional en lo Correccional N° (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala VII, Scotto, Divito, Cicciaro. (Sec.: Franco). c. 16.182/14, OVIEDO, María Rosa y otros. Rta.: 25/06/2013.

Se citó. (1) C. N. Crim. y Correc., Sala VII, c. 31.571, “N. N. damnif. Martínez, Pablo”, rta: 12/04/2007.

Procesamiento. Impericia del funcionario al conservar en custodia los objetos secuestrados y depositarlos en un cajón sin llaves. Elementos de prueba que no permiten imputar una actuación negligente o imprudente. Inexistencia de protocolo de actuación -en la oficina de judiciales-, sobre la conservación de los objetos secuestrados y judicializados. Encargado de depósito en poder de las llaves con licencia. Atipicidad. Revocación. Sobreseimiento.

Fallo: (...) entendemos que la conducta culposa por la que se ha responsabilizado a (...) no se ha configurado.

Concretamente, el magistrado le atribuyó al nombrado haber sido imperito en la conservación de la cadena de custodia de los objetos secuestrados en este caso y, a raíz de ello, haber habilitado las condiciones para que los teléfonos fueran sustraídos. Al precisar sobre el punto, afirmó que los dejó en un sitio sin ningún tipo de resguardo, que no se ocupó de hacerlos llegar al depósito y que tampoco verificó sucesivamente que siguieran estando donde los dejó.

No hay duda de que los celulares que dieron lugar a esta instrucción fueron recibidos en la División por el nombrado (...) el 21 de julio de 2011 y que, por hallarse de licencia el encargado del depósito, quedaron en el cajón de la Oficina de Judiciales, donde habitualmente se los colocaba en ese caso (sin llave), dentro de la propia División.

Sin embargo, la prueba producida desecha la presunción de una actuación negligente o imprudente del nombrado, en conexión objetiva con una acción dolosa de un tercero en los términos del artículo 255 primer párrafo.

En la División no existía un “protocolo de actuación”, en relación a los elementos de prueba afectados a actuaciones judiciales; había un depósito de puerta cerrada, cuyas llaves estaban -por disposición de los sucesivos Comisarios- siempre en poder de su encargado desde el año 2009, (...); en ausencia de este -por razones de horario- no se tenía acceso al lugar, salvo que se lo convocara porque era necesario sacar con urgencia algún elemento allí depositado y, fuera de horario o cuando este se encontraba de licencia, los objetos secuestrados se guardaban en un cajón de la Oficina de Judiciales hasta que él retomara el servicio.

De hecho, en el lapso comprendido entre el 16 de julio y el 1° de agosto de 2011 estuvo formalmente de licencia, por lo que los efectos procedentes del allanamiento concretado en sede provincial en relación a una causa del Juzgado de Instrucción N° 29 fueron guardados en ese lugar, porque durante ese período no se designó a persona alguna en su reemplazo. De estas cuestiones dan cuenta el informe del Comisario (...), agregado al sumario administrativo respectivo (fs. ...); lo expresado por el subcomisario (...) en el acta de allanamiento glosada a fs. (...) y lo referido por (...) a fs. (...).

Ante la inexistencia en la división de un protocolo de actuación específico sobre el resguardo de los elementos de prueba que se recibirán, en base al cual pudiera evaluarse actualmente el desempeño de (...),

entendemos que, en principio, corresponde computar a su favor la circunstancia de haber observado las pautas habitualmente autorizadas o consentidas por sus superiores para aquellas situaciones en que (...) estaba de licencia y en que su función no se había delegado a otra persona.

En este contexto, no existen elementos objetivos para imputarle que no hizo lo que debía o que hizo lo que no debía. Las acciones descriptas en el último párrafo del artículo 255 del Código Penal resultan alcanzadas por los principios generales de la culpa y, por tanto, su configuración requiere la previsibilidad del resultado.

Los imputados que fueron escuchados en indagatoria explicaron que la Oficina de Judiciales es un lugar de acceso exclusivo del personal policial y así también lo son sus conexiones internas -la Oficina de Guardia y la de los dos subcomisarios-. En un marco como el descripto, vedado absolutamente al ingreso de ajenos, no es razonable pensar que el imputado previera que integrantes de la fuerza pudieran perpetrar un delito; sólo bajo una hipótesis de ese estilo -que entendemos desacertada- podría afirmarse que debió optimizar el resguardo de los efectos recibidos en la División, más allá de los cánones habituales y autorizados.

En estas condiciones, consideramos que la actuación de (...) fue atípica, razón por la cual revocaremos su procesamiento y los sobreseeremos (artículo 336, inciso 3° del código adjetivo).

(...) el tribunal RESUELVE: Revocar el punto 1 del auto de fs. (...) y sobreseer a (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala V, López González, Bruzzone, Pociello Argerich. (Sec.: Herrera). c. 46.055/13, VEGEGA, Leandro E. y otros. Rta.: 15/10/2013.

CAPÍTULO 14
COHECHO Y TRÁFICO DE INFLUENCIAS

ARTÍCULOS 256-259 DEL CÓDIGO PENAL

LINEAMIENTOS SOBRE LOS DELITOS DE COHECHO Y TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN EL DERECHO ARGENTINO

Por María Victoria Huergo*

1. INTRODUCCIÓN

Podría definirse a la corrupción administrativa como un fenómeno de desviación o privatización de intereses públicos, los cuales resultan desvirtuados en beneficio de propósitos privados, en violación a la imparcialidad que debe regir la actividad administrativa. Estos desvíos inciden en el ejercicio de una serie de derechos fundamentales para el libre desarrollo y participación ciudadana, ya que cuando los recursos del Estado se distribuyen guiados por objetivos privados se tornan ineficientes para la comunidad, afectando directamente la calidad de vida de las personas.

La corrupción quebranta la base democrática del país, pues los actos de los funcionarios dejarán de dirigirse en beneficio de la sociedad que con su voto los erigió en sus representantes. Además, constituye la puerta de acceso de la criminalidad organizada, puesto que las mafias la asumen como un costo de producción del bien o servicio a ofrecer, trasladando la cuantía de los sobornos al valor final.

Nuestra Constitución Nacional, desde el año 1994, reconoce expresamente la necesidad de luchar contra la corrupción al establecer, en el párrafo final del artículo 36, que quien cometa un delito doloso que conlleve enriquecimiento atentará contra el sistema democrático.

* Abogada egresada de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Especialista en Criminalidad Económica por la Universidad de Castilla. La Mancha. Docente universitaria de grado y postgrado en la Universidad mencionada y en la Universidad Católica de La Plata. Directora del Instituto de Investigación sobre Criminalidad Compleja de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de La Plata y Agente Fiscal de la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio N° 8 de Investigaciones Complejas del Departamento Judicial La Plata.

Dicho reconocimiento constitucional se enmarca dentro de un proceso legislativo nacional, regional e internacional, en el que se destacan la Convención Interamericana contra la Corrupción de la OEA (Ley N° 24759), la Convención sobre la lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (Ley N° 25319), la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Ley N° 26097) y la Ley N° 25188 de Ética Pública. Cabe señalar que todo este impulso reformista se evidencia en varios tipos del Capítulo VI del Código Penal, que han sido incorporados o reformados tanto por la citada Ley de Ética Pública como por la Ley N° 25825. A continuación, realizaré un breve análisis de las figuras de cohecho y admisión u ofrecimiento de dádivas, así como de la de tráfico de influencias, con la mayor claridad posible, sirviendo los fallos de complemento necesario para el tratamiento de la temática abordada.

2. COHECHO - ADMISIÓN Y OFRECIMIENTO DE DÁDIVAS TIPOS PREVISTOS EN EL CÓDIGO PENAL

Dentro del catálogo de delitos contra la Administración Pública que procuran atacar la corrupción como flagelo, se destacan las distintas formas de cohecho. Tal es la relación entre ambos que en España e Italia se utiliza la expresión “corrupción” como equivalente a soborno. Igual equivalencia se advierte en la Convención Interamericana contra la Corrupción. Por ello, podemos afirmar que la corrupción se materializa principalmente utilizando esta figura como vehículo. Si pretendiéramos una conceptualización única de las distintas formas que el cohecho puede asumir, podríamos genéricamente decir que agrupa todas las propuestas o acuerdos celebrados entre particulares y funcionarios públicos nacionales o extranjeros dirigidos a lograr algún efecto sobre los actos que deben llevar a cabo estos últimos.

Nuestro Código, más allá del nombre que le asigne, contempla en el Capítulo VI cinco formas de cohecho y una forma de menor lesividad, como ser el ofrecimiento o admisión de dádivas:

a) Cohecho pasivo (artículo 256 CP)¹

1. Artículo 256: “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta,

- b) Cohecho pasivo agravado (artículo 257 CP)²
- c) Cohecho activo simple (artículo 258 CP)³
- d) Cohecho activo agravado (artículo 258 CP)
- e) Soborno de funcionarios extranjeros (artículo 258 bis CP)⁴
- f) Ofrecimiento y admisión de dádivas (artículo 259 CP)⁵

2.1. Bien jurídico protegido

En general, todos los delitos que quedan comprendidos dentro del concepto amplio de corrupción se encuentran descriptos en los capítulos VI a X del Título XI.⁶ Comprenden conductas que afectan a la Admi-

recibiére dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones”.

2. Artículo 257: “Será reprimido con prisión o reclusión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua, el magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia”.

3. Artículo 258: “Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los artículos 256 y 256 bis, primer párrafo. Si la dádiva se hiciera u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los artículos 256 bis, segundo párrafo y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo”.

4. Artículo 258 bis: “Será reprimido con reclusión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere u otorgare a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier objeto de valor pecuniario u otras compensaciones, tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo, en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial”.

5. Artículo 259: “Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo. El que presentare u ofreciere la dádiva será reprimido con prisión de un mes a un año”.

6. Habría que incluir al artículo 174, inciso 5 del mismo cuerpo, en las consideraciones que se realizarán sobre el bien jurídico y el objeto de tutela.

nistración Pública, entendida en su mayor extensión, la que incluye a los tres poderes del Estado en las distintas esferas de gobierno (nacional, provincial y municipal), organismos centralizados y descentralizados, en la medida en que tiendan al cumplimiento de finalidades públicas. Creus define a la Administración Pública como “...el gobierno del Estado integrado con los Poderes que lo componen, con los servicios que son inherentes a esos poderes o que el Estado atrajo a su esfera por razones prácticas, pero en cumplimiento de finalidades públicas”.⁷

En líneas generales, el bien jurídico protegido por el Título XI es el normal desenvolvimiento de las funciones del Estado, con regularidad, eficiencia y apego a las normas vigentes. Pero en el caso del cohecho, el legislador quiso además disuadir a los funcionarios de que actúen con otro interés que no fuere el exclusivo de la ley. Por ello, sostiene la doctrina que lo que se castiga es la venalidad como motor del desempeño de los cargos.⁸

Los distintos tipos de cohecho procuran desalentar tanto a los particulares de amenazar la probidad de los servidores públicos, como a estos últimos de aceptar cualquier tipo de incentivo adicional para el cumplimiento de su función, estableciendo sanciones aun si la conducta desplegada resultara de acuerdo a la ley pero se acreditara otro ali-

7. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge Eduardo, *Derecho Penal*, 7ª ed., Buenos Aires, Astrea, [1983], 2007, T. II, p. 227.

8. En ese sentido, Creus, Carlos / Buompadre, *op. cit.*, p. 287; Rimondi, Jorge Luis, *Calificación Legal de los Actos de Corrupción en la Administración Pública*, 1ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 50; Villada, Jorge Luis, *Delitos contra la Función Pública*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p. 322; Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal Parte Especial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, T. III, p. 210; Clemente, José L. / Ríos, Carlos I., *Cohecho y Tráfico de Influencias*, 1ª ed., Córdoba, Lerner, 2011, p. 65; Rodríguez, Agustín Washington / Galetta de Rodríguez, Beatriz, *Delitos contra la Administración Pública*, 1ª ed., Rosario, Juris, 2002, p. 59; Rua, Gonzalo, “Cohecho y Tráfico de influencias”, en Baigún, David / Zaffaroni, Eugenio Raúl (Dir.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2011, T. 10, p. 540; D'Alessio, Andrés José (Dir.) *Código Penal Comentado y Anotado Parte especial*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 823. En España no existe uniformidad en razón de las diferencias emergentes de los distintos tipos de cohecho (activo/pasivo propio/impropio), tal como lo expone Rodríguez Puerta, María José, *El Delito de Cohecho: Problemática Jurídico-Penal del Soborno de Funcionarios*, 1ª ed., Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 41-89, y Vizueta Fernández, Jorge, *Delitos contra la Administración Pública: estudio crítico del delito de cohecho*, 1ª ed., Granada, Comares, 2003, pp. 201-312.

ciente o motivación.⁹ Incluso en el supuesto del artículo 259 del Código Penal, donde no existe un acuerdo para la celebración de un determinado acto espurio (omisión o retardo), sino un ofrecimiento o admisión de dádivas en razón de la función, se ha entendido que se protege la probidad y la ausencia de venalidad del funcionario, pues el obsequio podría teñir a futuro su conducta de parcialidad. Donna señala que en este tipo penal se protege la irreprochabilidad o insospechabilidad que deben tener los funcionarios en orden a su investidura.¹⁰ De lo expuesto se desprende que los delitos bajo examen son pluriofensivos.

2.2. Modalidades de la acción

Las distintas acciones típicas que conforman el cohecho se encuentran descritas en pares lógicos: dar/recibir y ofrecer/aceptar, según si la figura penal toma como sujeto activo al corruptor o al funcionario corrompido. A diferencia de la *recepción*, que importa el traspaso material del objeto de negociación, la *aceptación* conlleva un acto futuro, sin perjuicio de lo cual el delito se perfecciona en ese momento, incluso frente al incumplimiento posterior. Si bien la secuencia temporal debería ubicar como primer artículo del conjunto antes referido al que contempla las acciones de *dar* u *ofrecer*, nuestro legislador ha optado por comenzar el capítulo con el acuerdo espurio perfeccionado, conocido como cohecho pasivo (artículo 256 CP).

El cohecho pasivo constituye un contrato *bilateral* de objeto ilícito, por lo que se lo señala como un delito de convergencia o de codelinquencia necesaria, pues para que se consume, primero debe haberse perfeccionado la formulación de la promesa o la entrega del dinero o la dádiva, o sea el cohecho activo, resultando irrelevante a los efectos de la consumación, si la conducta futura comprometida se llevara a cabo o no. A diferencia de otros ordenamientos penales, la solicitud por parte del funcionario público de un pago desplaza el ilícito hacia los ti-

9. A diferencia de lo que ocurre en España o Alemania, en que las aguas doctrinarias se dividen básicamente entre quienes sostienen que en el cohecho existe un único objeto de tutela y quienes distinguen ámbitos de protección distintos según el tipo de cohecho al que se refieran, en nuestro país este punto no ha suscitado grandes polémicas.

10. Donna, Edgardo Alberto, *op. cit.*, p. 251.

pos previstos en los artículos 266 a 268 del Código Penal.¹¹ Existen zonas grises, tales como las insinuaciones o sugerencias sutiles que quedarían captadas dentro del artículo 256 del Código Penal: “Lo esencial para su adecuada tipificación, no está en quien da inicio o propone un acuerdo, sino respecto de la libertad que tuvo el particular para decidir”.¹²

El cohecho activo (artículo 258 CP) se estructura a partir de un acto de *entrega* o *dación* o *promesa unilateral*, que se consuma desde el mismo momento de su exteriorización, sea con la tradición de la cosa o con el compromiso futuro de cumplimiento. La regulación prevé tipos de cohecho -activos o pasivos- simples y agravados. En los tipos simples la acción se dirige hacia o se despliega por cualquier persona que revista el carácter de funcionario público. Por el contrario, cuando la conducta se encamina a corromper a un magistrado del Poder Judicial o Ministerio Público (artículo 258 CP *in fine*), o son estos quienes efectivamente resultan permeables a los acuerdos venales, se establecen consecuencias diferenciales en lo relativo a la escala penal amenazada.

La Ley N° 25825 incorporó, dentro del capítulo VI como artículo 258 bis del Código Penal, la figura del soborno transnacional, que describe un tipo similar al previsto en el artículo VIII de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Esta figura penal se estructura como el cohecho activo del artículo 258 del Código Penal, sólo distinguible por la calidad de funcionario extranjero o perteneciente a una organización pública internacional del sujeto a corromper.

En cuanto a las acciones típicas, la figura del artículo 259 del Código Penal no reviste diferencias con el cohecho.

2.3. Contenido del pacto

Los objetos sobre los que se puede llevar adelante el acuerdo pueden consistir en dinero o cualquier otra *dáviva*. El concepto de dinero no

11. Si el lector se adscribe a la posición de Ramos Mejía (seguida por Donna), la solicitud de una *dáviva* quedaría encuadrada en el artículo 266 CP, como tipo autónomo de concusión; si siguiera a Soler, el pedido del funcionario encuadraría en el artículo 268 CP; y, para Creus, la exigencia podría dar lugar al supuesto del artículo 168 CP. Por ello, el anteproyecto del año 2013 incorporaba en una misma noma -el artículo 261- bajo el rótulo “cohecho y concusión”, los verbos exigir, solicitar, aceptar o recibir, equiparando las penas en una escala de 2 a 8 años de prisión, multa e inhabilitación.

12. Rúa, Gonzalo, *op. cit.*, p. 546.

amerita mayor explicación, ya que es lo que representa la moneda apta para el cambio monetario, sea nacional o extranjera; pero con relación a la dádiva, se ha discutido mucho en doctrina acerca del alcance de la expresión. Existe consenso en definirla como aquello que se percibe sin contraprestación, graciosa o gratuitamente; por el contrario, son profundas las divergencias doctrinarias en cuanto a si la dádiva debe limitarse a objetos con valor económico o si podrían incluirse otros, como los placeres puramente estéticos.¹³ Rodríguez Puerta asume una posición ecléctica al expresar: “se ha optado por incluir en el ámbito del delito de cohecho todas aquellas ventajas objetivamente mensurables, que generalmente consistirán en dinero u otro beneficio evaluable directa o indirectamente en dinero, si bien también deben considerarse, en mi opinión, como ventajas objetivas, un ascenso laboral y las prestaciones sexuales...”¹⁴

Actualmente, la discusión parecería zanjada en favor de la interpretación más amplia del término en razón de lo prescripto por la Convención Interamericana contra la Corrupción (Ley N° 24759), que dispone en su Artículo VI Actos de corrupción: 1. La presente Convención es aplicable a [...] cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas. De la simple lectura de la norma citada se advierte que señala “cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas...”. En la misma línea fue legislado el soborno transnacional en el artículo 258 bis del Código Penal (Ley N° 25825). Entiendo que si las dádivas siempre deberían poder ser cuantificadas en esos términos, no habría razón para mencionarlas separadamente. Lo expuesto me lleva a concluir que los restantes beneficios los son independientemente de su mensuración

13. La posición restrictiva la sostuvo Núñez, Ricardo, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed. actualizada por Reinaldi, Víctor F., Córdoba, Marcos Lerner Editora, 1999, p. 442; y más modernamente, Villada, José Luis, *op. cit.*, p. 323; y Rimondi, Jorge, *op. cit.*, p. 63; por el contrario, Creus, Carlos / Buompadre Jorge E., *op. cit.*, p. 289, Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 217, Rua, Gonzalo, *op. cit.*, p. 548, y D'Alessio, Andrés, *op. cit.*, p. 823, se expresan por la posición amplia.

14. Rodríguez Puerta, María José, *op. cit.*, p. 194.

económica, en la medida en que puedan influir en la conducta del funcionario para desviarlo de su recto proceder.

El pacto venal debe recaer sobre actos que se encuentren dentro de la competencia específica, sea material, territorial o funcional del servidor a quien la conducta corruptora va dirigida. La ley contempla todas las hipótesis posibles, ya que incluye tanto el *hacer, omitir o retardar*. A diferencia de la regulación de España, que distingue entre cohecho propio o impropio según si el acto es legal o no, derivando de este escalas penales divergentes, en nuestra legislación no se presenta tal distinción.¹⁵

En el caso del tipo agravado del artículo 257 del Código Penal, existe una determinación mayor en cuanto a los actos que pueden ser materia de transacción derivada de la especial calidad de los sujetos involucrados –magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público–, quienes regularmente expresan la voluntad estatal a través de resoluciones, fallos o dictámenes cuando deben resolver asuntos sometidos a su competencia.

Por último, en el supuesto del artículo 259 del Código Penal no entraría en juego la realización de conducta alguna, sino la intención del corruptor de distinguir con un presente al funcionario por su calidad de tal. En este supuesto, no se contemplan promesas, sino sólo la entrega de bienes. Las dificultades de esta norma giran en torno de la envergadura de la gratificación ofrecida o admitida pues, si nos retrotraemos al concepto brindado de dádiva, ella no se vincula a su valor sino a la ausencia de causa (entrega graciosa). Donna entiende que los obsequios insignificantes no tendrían entidad para afectar la imparcialidad de los funcionarios.¹⁶ Rimondi encuentra el distingo entre la tipicidad o no de la entrega o admisión de la dádiva en el tipo subjetivo, ya que quien entrega un pequeño obsequio por cortesía o en función de usos y costumbres comerciales, y no en consideración al cargo, no quedará incurso en el tipo en estudio.¹⁷

15. El artículo 419 español establece para el cohecho propio una escala de 3 a 6 años de prisión, multa e inhabilitación de 9 a 12 años, mientras que el artículo 420, para el supuesto impropio, la reduce a 2 a 4 años de prisión y multa e inhabilitación de 5 a 9 años.

16. Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 253.

17. Rimondi, Jorge Luis, *op. cit.*, p. 139.

2.4. Sujetos intervinientes

Los distintos tipos de cohecho presentan características diferenciales en torno a los sujetos.

Cohecho activo: podemos señalar que los dos supuestos previstos por el capítulo VI –artículo 258 CP y artículo 258 bis CP– contemplan delitos comunes, entendidos como aquellos que pueden ser llevados a cabo por cualquier persona. La distinción se avizora al analizar sobre quién recaen las conductas corruptoras, advirtiendo que en el primer supuesto se trataría de funcionarios públicos nacionales y, en el segundo, de extranjeros o de una organización pública internacional.

El ofrecimiento de dádivas, entendido como un tipo activo de menor lesividad, también reviste el carácter de delito común.

Cohecho pasivo: Todos los tipos pasivos del Capítulo VI –artículos 256, 257 y 259 CP– se estructuran como *delicta propria* o delito especial, pues la conducta reprochada -recibir o aceptar dinero, dádivas o promesas- debe ser llevada a cabo por un funcionario público. Se define a los delitos especiales como: “...aquellos delitos de los que sólo puede ser autor, en el sentido ontológico del término, aquel sujeto en quien concurren los elementos, cualidades, relaciones o propiedades *exigidos por la ley*, e incorporado a dicho concepto el elemento consistente en que la delimitación del círculo de posibles autores se encuentre justificada en términos de protección del bien jurídico...”.¹⁸

Para ser sujeto activo, hay que revestir la condición de funcionario público en los términos del artículo 77 del Código Penal; esto es, contar con designación proveniente de autoridad competente o elección popular, y desempeñar funciones públicas con independencia de si se trata de actividades honorarias o remuneradas, a la luz de las disposiciones de la Ley N° 25188 que integran el concepto de la norma citada. En estos supuestos, carece de relevancia que intermedie un tercero en nombre del funcionario, ya que las calidades resultan intransferibles y el colaborador será considerado a los efectos penales como partícipe.

El cohecho agravado reduce aún más el círculo de potenciales autores, al mencionar a “magistrados del Poder Judicial o del Ministerio

18. Gómez Martín, Víctor, “Los delitos especiales y el artículo 65.3 del Código Penal Español”, en Robles Planas, Ricardo (Dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 1ª ed., Buenos Aires, B de F, 2014, p. 106.

Público”. Estos son jueces, fiscales, defensores oficiales y asesores de incapaces, así como los jurados ciudadanos en las causas penales en las que actúen. Quedan excluidos los jueces administrativos o municipales, árbitros, peritos, interventores, etcétera. Por la trascendencia de la función judicial, las conductas descritas por esta norma son amenazadas con una escala penal sensiblemente más elevada.

2.5. Tipo subjetivo

Nos encontramos ante tipos que sólo admiten dolo directo, por lo que requerirán, en el caso de las formas activas, el conocimiento del corruptor de dirigir su propuesta venal a un funcionario público. En el supuesto del artículo 259 del Código Penal, lo que debe ser abarcado por el dolo del oferente es el conocimiento de que se trata de un funcionario, y su elemento volitivo debe dirigirse a congraciarse con aquel en consideración a su función, sea en agradecimiento de un hecho pasado, con miras a una situación futura indeterminada o por su simple condición de tal, sin que exista una voluntad dirigida a corromperlo para un acto futuro en particular, porque si no la figura se desplazaría hacia el artículo 258 del Código Penal.

En el caso de las formas pasivas, resulta difícil imaginar una alegación de desconocimiento de la prohibición de aceptación de incentivos, pues forma parte del conjunto de limitaciones estatutarias propias del ejercicio de los cargos públicos (artículo 18 de la Ley N° 25188). Pero la norma exige un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo: que el autor reciba el dinero o la dádiva, o acepte la promesa *para* hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones, por lo que si desconoce el motivo de la entrega o el acto que se espera que realice, el tipo del artículo 256 del Código Penal se desplazaría hacia el del artículo 259 del Código Penal.

2.6. Consumación y tentativa

En los tipos activos, la consumación es instantánea; no admite tentativa, pues en el momento en que se exterioriza la voluntad corruptora, sea con la entrega como con la formulación de la promesa, el delito queda perfeccionado. Por el contrario, los tipos pasivos podrían quedar tentados si el funcionario no se pusiera de acuerdo en las condiciones del pacto venal.¹⁹

19. A favor, D'Alessio, Andrés José, *op. cit.*, p. 825; en contra, Creus, Carlos / Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 292.

2.7. Penas

Las escalas penales previstas presentan algunas diferencias.

Cohecho activo: de funcionario nacional (artículo 258 del CP), 1 a 6 años; de magistrado (artículo 258 *in fine* del CP), 2 a 6 años. En ambos supuestos se prevé la pena de inhabilitación especial si el corruptor fuera un funcionario público, establecida en 2 a 6 años para el primer supuesto, y de 3 a 10 años en el cohecho agravado. Se prevé para el cohecho activo de funcionario extranjero (artículo 258 bis CP) la pena de 1 a 6 años de prisión e inhabilitación especial perpetua y, por último, para el ofrecimiento de dádivas (artículo 259 CP), la norma estipula una escala de 1 mes a 1 año.

Cohecho pasivo: el tipo básico (artículo 256 CP) contempla de 1 a 6 años e inhabilitación especial perpetua, incrementándose en el agravado (artículo 257 CP) a un rango de 4 a 12 años, con igual pena de inhabilitación. La admisión de dádivas por parte del funcionario conlleva una escala de 1 mes a 2 años e inhabilitación absoluta de 1 a 6 años.

En cuanto a la modalidad de cumplimiento de las penas privativas de libertad, no existe homogeneidad entre los tipos señalados, sin perjuicio de las equiparaciones en la forma de ejecución existentes entre la reclusión y la prisión, por lo que sería deseable que una futura reforma abordara la cuestión.

3. TRÁFICO DE INFLUENCIAS

El delito de tráfico de influencias, al igual que el de cohecho, conforman tipos penales que importan verdaderos contratos de objeto ilícito, por medio de los cuales se acuerdan entregas de dinero, dádivas, favores sexuales, adjudicaciones en procesos licitatorios, ascensos o nombramientos, entre otros. Muchas veces, para su realización necesitan de la actuación coordinada de varias personas, pero entre ambos existe una diferencia sustancial que radica en que el funcionario que lleva adelante la conducta indebida en el primer caso, sabe que su acción, retardo u omisión constituye la contraprestación pactada por sí o a través de un intermediario, mientras que en el acuerdo venal propio del tráfico de influencias se prescinde de la participación dolosa del funcionario, quien resulta completamente ajeno al pacto celebrado entre una persona con

capacidad de incidir sobre sus decisiones y el tercero en cuyo beneficio se realiza la gestión. Cabe destacar que si la conducta del funcionario influido fuera ilícita, esta deberá serle imputada.

Donna define el núcleo del tipo al afirmar que la influencia consiste en: ...la sugestión, inclinación, invitación o instigación que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de esta que ha de ser una autoridad o un funcionario, respecto de una decisión a tomar en asunto relativo a su cargo, abusando de una situación de superioridad [...] introduciendo en la motivación elementos ajenos a los intereses públicos, que debieron ser los únicos ingredientes de su análisis, previo a la decisión....²⁰

El capítulo VI contiene cuatro tipos de tráfico de influencias:

- a) Tráfico de influencias simple (artículo 256 bis 1er párrafo del CP)²¹
- b) Tráfico de influencias agravado (artículo 256 bis 2do párrafo del CP)
- c) Tráfico de influencias activo simple (artículo 258 CP)
- d) Tráfico de influencias activo agravado (artículo 258 CP)

3.1. Bien jurídico protegido

A las consideraciones ya vertidas en torno al bien jurídico protegido por el Título XI, debe señalarse, en cuanto a este tipo en particular, que tutela "...la imparcialidad de la Administración Pública, en tanto esa imparcialidad puede verse perjudicada por motivaciones venales de los influyentes".²²

3.2. Modalidades de la acción

El legislador, al tipificar las conductas del tráfico de influencias cometido por un funcionario público en el artículo 256 bis del Código Penal, incorporó a las acciones pasivas de *recibir* y *aceptar* una conducta activa: *solicitar*, en la que la iniciativa la toma el personaje

20. Donna, Edgardo, con cita de Feijoo Sánchez, *op. cit.*, p. 230.

21. Artículo 256 bis: "Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que este haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones".

22. Clemente, José L. / Ríos, Carlos I., *op. cit.*, p. 89. En igual sentido, Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 299; Donna, Edgardo, *op. cit.*, pp. 229-230, con cita de Feijoo Sánchez.

influyente.²³ De lo expuesto se desprende que, en este último supuesto, no será indispensable la convergencia de voluntades con el beneficiario para la consumación.

3.3. Contenido del pacto

El núcleo de la figura *sub examine* es la venta de una influencia, entendida como “predominio o fuerza moral sobre otra persona, en este caso un funcionario público, a fin de que este haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones”.²⁴ La influencia, además de ser *real* debe ser *indebida*, lo que descarta cualquier directiva o sugerencia que no tenga tal carácter. En cuanto al concepto de dinero o dádivas, nos remitimos a lo expuesto en materia de cohecho.

3.4. Sujetos intervinientes

En principio, podría señalarse que se trata de *delictas comunias*, pero ello es relativo, ya que no cualquier persona se encuentra en posición de llevar adelante este tipo penal, pues lo relevante es que el influyente realmente cuente con la capacidad de interferir en la motivación del funcionario público, sea que esta provenga de relaciones de parentesco, de orden político o funcional. En este último caso, el acto no debe corresponder a la esfera de competencia del funcionario, pues en ese caso se presentaría un supuesto de delegación de funciones que desplazaría la figura al ámbito del cohecho o la concusión, según si las acciones desplegadas fueran las de recibir o aceptar por una parte o solicitar por la otra. En cuanto al tipo agravado fundado en el carácter de magistrado del funcionario sobre quien se ejerce la influencia, nos remitimos a lo expresado precedentemente. Igualmente, para el supuesto de dirigirse contra un funcionario extranjero o de una organización internacional.

3.5. Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso, en el cual el conocimiento y la voluntad, como en todos los casos, deben abarcar todos los elementos del tipo objetivo, en particular debe estar presente la conciencia del empleo *indebido*

23. En razón de que “solicitar” es una conducta activa, he preferido no denominar tráfico de influencias “pasivo” al contemplado en el 1er párrafo del artículo 256 bis CP.

24. D'Alessio, Andrés José, *op. cit.*, p. 827.

de influencia, destinado a procurar determinada conducta de un funcionario (activa, omisiva o retardataria) *sobre algo referido a sus funciones*.

3.6. Consumación y tentativa

El delito se consuma con la solicitud, la recepción del dinero o dádiva, o la aceptación la promesa. Terragni imagina un caso de tentativa posible para el supuesto de que la solicitud se llevara a cabo por correspondencia y no llegara a destino.²⁵

3.7. Penas

El tráfico de influencias del artículo 256 bis, 1^{er} párrafo del Código Penal: de 1 a 6 años e inhabilitación especial perpetua. El agravado del 2^{do}, artículo 256 bis CP, incrementa el máximo de la pena a 12 años. El tráfico de influencias activo simple del artículo 258 CP, de 1 a 6 años, y el agravado dentro del mismo artículo, de 2 a 6 años. Si se tratara de un funcionario público, se prevé inhabilitación especial de 2 a 6 años para el primer supuesto, y de 3 a 10 años para el segundo.

4. A MODO DE CIERRE

Para finalizar, resta señalar que para revertir la situación actual, signada por una alta tasa de impunidad en estos ilícitos, además de promover una reforma legislativa que corrija ciertos defectos en la redacción de los tipos e incremente las escalas penales, los procesos penales que se inicien deberán sustanciarse de manera eficiente, para que la aplicación inexorable de las normas logre efectos genuinos en materia de prevención y castigo contra la corrupción.

25. Terragni, Marco Antonio, *Delitos Propios de los funcionarios públicos*, 1^{ra} reimpresión, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2005, p. 168.

JURISPRUDENCIA

Tráfico de influencias. Sujeto activo. Calidad de funcionario público. Documentos. Obtención mediante un procedimiento irregular. Procesamiento.

Se considera a la venta de influencia como una especie de concusión impropia, cometida por un particular llamado asiduo, sicofante o vendedor de humo que, abusando de la familiaridad que tiene, o simulara tener, con un funcionario o con el soberano mismo, va dispensando protección y promesas, jactándose de su influencia, ejerciendo extorsión de dineros sobre los crédulos a quienes vende una influencia que realmente no tiene, y por esto se le llama vendedor de humo, expresión esta última que proviene del derecho romano.

El sujeto activo del delito en estudio puede ser cualquier persona, pero la influencia con la que se negocia debe referirse a un funcionario público. Por ello, para cometer este delito, no se requiere ser funcionario público sino sólo se requiere tener la influencia que se ofrece.

El art. 256 bis del CP no requiere que el acto sea propio de un funcionario sino tan sólo que sea relativo a tales funciones, capaz de afectar el bien jurídico tutelado por la ley penal al reprimir los delitos contra la Administración Pública.

Por ello, y dado que los imputados funcionaban como una empresa y en colusión, mediante la utilización de un contacto en la Policía Federal Argentina con el fin de conseguir documentos en un menor tiempo y por un procedimiento irregular, con el consecuente cobro de honorarios por su gestión, debe confirmarse su procesamiento en orden al delito de tráfico de influencias.

CAPRIO, Mario. 29/03/05, c. 25.994. C. N. C. y Corr. Sala V.

Cohecho activo. (artículo 258 CP). Entrega en dinero a la autoridad policial cuando las actas de infracción ya se encontraban hechas.

El accionar del procesado (dueño de un hotel), al efectuar una proposición de arreglo a la autoridad policial para que no le labraran las actas

de infracción al Edicto Policial, entregando finalmente el dinero cuando ya las actas se encontraban irreversiblemente hechas, configura el delito de cohecho activo previsto en el art. 258 CP en función del 256.

CAAMAÑO, Francisco. c. 24.588. C. N. Crim. Sala IV.

NOTA: El aquo encuadró el hecho en la figura del art. 259 del CP por considerar que las actas ya se encontraban labradas, razón por la cual estimó “la entrega del dinero no podía ser para que el funcionario hiciera o dejara de hacer algo relativo a sus funciones, sino en consideración a su oficio”.

Competencia criminal. Casos: Instigación al cohecho atribuido a funcionarios de la Empresa de Correos y Telecomunicaciones (Cuestión de orden local. No alteración de los servicios). Competencia federal. Improcedencia: Instigación al cohecho atribuido a funcionarios de la Empresa Nacional de Correos y Telecomunicaciones.

Es competente la Justicia Criminal de la Capital Federal y no la Federal en el hecho sobre “instigación al cohecho”, el que aunque pueda ser atribuido a funcionarios de la Empresa Nacional de Correos y Telecomunicaciones, no sólo está referido a una cuestión de orden local, sino que no surge la posibilidad de que por ello se altere o se obstruya el servicio, no mediando por otra parte competencia federal por otro tipo de razón (arts. 23 inc. 1 C.P.C. y 24 inc. 7 Dec. Ley 1285/58).

GUZMAN, José. c. 23613, C. N. Crim. Sala IV.

Cohecho. Planteo de la Defensa: Actuación del procesado bajo la influencia de un agente provocador. Delito experimental. Cohecho: Actuación bajo la influencia de un agente provocador.

Configura el delito de cohecho la acción del encausado, al ofrecer una dádiva al oficial de policía para que este omitiera cumplir un acto funcional.

El planteo de la defensa, en el sentido que la conducta es atípica en base a que el procesado habría actuado bajo la influencia de un agente provocador y que la consumación fue experimental, pues el funcionario ya había decidido de antemano rechazar la oferta, lo cual habría evitado “ex ante” todo peligro de corrupción administrativa, debe ser rechazado.

En efecto, el procesado adoptó por sí la decisión del hecho, lo que significa que no fue instigado, ya que nadie determinó inicialmente su actuación dolosa.

Se trata de un delito de pura actividad, que no requiere de complemento externo o resultado material que, simulado por un tercero con fines de aprehensión, pudiera conducir al denominado “delito experimental”.

La actitud del destinatario de la dádiva no pertenece al tipo objetivo del art. 258 C.P. al punto que el rechazo del dinero premeditado o sobreviniente, con prueba procurada o no en nada afecta la integridad del injusto ya cometido por el autor con la simple propuesta venal.

HERBSTEIN, Eduardo. c. 536. C. N. Crim. Sala VII.

NOTA: El juez de primera instancia había absuelto al procesado por aplicación del art. 44, última parte CP Se revocó la sentencia apelada, condenándose por el delito de cohecho (art.258 CP) a la pena de 6 meses de prisión condicional.

Aceptación de dádivas. (artículo 259 CP). Competencia Instrucción. Competencia Criminal. Aceptación de dádivas (artículo 259 CP) Forma de cohecho (artículo 31 inciso 8° CPC)

Es competente la Justicia de Instrucción y no la Correccional en la investigación del delito previsto en el artículo 259 C.P., pues como todos los contemplados en el Capítulo VI del Título XI del código citado es una forma de cohecho, no obstante la pena y aunque se lo denomina habitualmente aceptación de dádivas; quedando abarcado en la enumeración del artículo 31 inciso 8 del C.P.C.

GILLETE, R.E. c. 8126 C. N. Crim. Sala VI.

Cohecho. Diferencia con extorsión (concusión). Exacción. Diferencia con cohecho. Imputado víctima de una exacción.

1) No es tema demasiado sencillo el deslinde práctico de la figura de la concusión, respecto de la del cohecho; y ya el propio Carrara se encargó de dejar claramente sentada la dificultad del tema, destacando entre nosotros Vidal que suelen presentarse zonas grises donde la solución no puede residir en la sola afirmación de que el cohecho es

un delito bilateral y la exacción, unilateral, porque con ello no se agota el contenido del problema, bastando recordar la llamada concusión implícita o fraudulenta, donde el funcionario no pide, sino que hace comprender que recibiría que no deja de ser concusión y el supuesto en que la iniciativa corruptora parte del propio funcionario, que no deja de ser cohecho.

2) Puede aproximarse un distingo entre ambas figuras afirmando que hay sólo exacción (en su modalidad concusionaria) y no cohecho, cuando la “dádiva” fue el resultado de la presión psicológica ejercida por la sollicitación del oficial público que suprimió todo acuerdo y espontaneidad en la entrega.

MACHUCA, C.A. y Otros c. 15.107 C. N. Crim. Sala V.

CAPÍTULO 15
MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

ARTÍCULOS 260-264 DEL CÓDIGO PENAL

LOS TIPOS DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

Por Lucila E. Larrandart*

En el título XI referido a los delitos contra la Administración Pública, en el Capítulo VII, el Código Penal agrupa los tipos que llama “malversación de caudales públicos”, que trae 4 tipos penales: la malversación llamada “simple”: artículo 260; el “peculado”, bajo dos formas, artículo 261; el tipo culposo de “peculado”, que en realidad trata la posibilidad de peculado por un tercero: artículo 262; y, por último, el artículo 264 describe la demora de pago (primer párrafo), y la negativa de entrega (segundo párrafo).

1. BIEN JURÍDICO TUTELADO

Respecto al bien jurídico tutelado -y en relación con todos los delitos contra la Administración Pública- no hay consenso en torno a la índole uni o pluriofensiva de estos delitos, y en las que se inclinan por una afectación plural hay discrepancias acerca de cuál es el objeto jurídico que figura como prevaleciente.

En cuanto a la “malversación”, la principal discusión radica en considerar si el objeto de protección de tales delitos tiene como centro la integridad del patrimonio estatal o la correcta Administración Pública.

Una posición entiende que la malversación no es más que un ataque contra intereses patrimoniales ajenos, que se agrava por la especial condición del sujeto activo: un funcionario que tiene o recibe los objetos correspondientes por razón de su oficio; es decir, un delito contra la propiedad calificado por el abuso de confianza estatal. Tal

* Profesora Consulta de Derecho Penal y Procesal Penal. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires. Directora del Departamento de Derecho Penal y Criminología. Facultad de Derecho. UBA.

concepción implica que, en el fondo, son sólo apropiaciones indebidas perpetradas por un servidor público. Por tanto, se trata de delitos especiales impropios.

De otro lado se ubican quienes, como contenido esencial de estos ilícitos, dan preferencia al quebrantamiento de los deberes inherentes a ciertas funciones oficiales, y que hacen a la regularidad y probidad con que los obligados han de gestionar los recursos puestos a su cargo. Ello convertiría todas las formas de malversación en delitos especiales propios.

Una variante de esta segunda teoría, según una visión asimismo monista, con el objeto de asentar el bien jurídico en bases jurídico-constitucionales, apela a la buena marcha y la imparcialidad de la Administración en sus actuaciones pecuniarias, o a la confianza pública en la pureza del desempeño del cargo, o a la confianza de la comunidad en la ejecución del servicio público.

Al referirse a la Administración Pública como bien jurídico protegido, Feijoo Sánchez señala que la doctrina mayoritaria lo entiende como un bien jurídico de tipo funcional y no de tipo estático: la función pública en sus diversas variantes. Es decir, que lo que se intenta tutelar es el correcto funcionamiento de la Administración Pública y no un ente abstracto con independencia de la función jurídico-social, citando sentencias del Tribunal Supremo español que se referían al “recto y normal funcionamiento de la actividad de la Administración Pública con sujeción al sistema de valores instaurado en la Constitución y, en definitiva el correcto ejercicio de la potestad administrativa”. La función o tarea constitucional es servir con eficacia y objetividad a los intereses generales, agregando que, al protegerse un bien jurídico supraindividual en la mayoría de los preceptos, no se exige una lesión del correcto funcionamiento de la Administración Pública para la consumación.¹

Por último, están los que sostienen que estos delitos vulneran los intereses económicos de la Administración, sea directamente, sea en la regularidad con que deben ser administrados.

La tutela de los medios económicos del Estado sólo cobra relevancia, en el sentido de estos tipos, frente a la infidelidad de individuos

1. Feijoo Sánchez, Bernardo, “Delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal español: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año III, Número 7, Ad-Hoc, 1997, pp. 489 y 491.

que, en lugar de cuidar de los intereses estatales, se aprovechan de la investidura o posición privilegiada que ostentan para torcer la voluntad estatal relativa a su administración. Siendo, entonces, una característica pluriofensiva, que asocia al ataque contra la hacienda una lesión al correcto desenvolvimiento de la función pública.

Muñoz Conde señala que, además de constituir una infracción al deber de fidelidad e integridad que tiene el funcionario con la Administración, la malversación ostenta un carácter patrimonial evidente, al incidir sobre los fondos públicos, lesionando los intereses patrimoniales del Estado, si bien en este caso, a diferencia de los intereses patrimoniales puramente privados, se trata del interés en el mantenimiento de los recursos públicos y en su correcta función.²

En el mismo sentido, afirma Rodríguez Devesa que la gestión desleal de los funcionarios públicos provoca un “perjuicio patrimonial cierto”, porque al otorgarles a los fondos o caudales públicos un destino distinto que aquel que tenían previsto, se obliga al Estado a utilizar otros medios, que quizá debían satisfacer otras necesidades, para cubrir el faltante anterior, dejando desatendidos los servicios para los cuales estos últimos habían sido originalmente presupuestados.³

De la Mata y Etxebarría definen al patrimonio desde un punto de vista funcional, según el cual el patrimonio estatal no se define cuantitativamente, sino que “prima la idoneidad del conjunto económico individualizado para llevar a cabo la finalidad a que estén destinados los caudales públicos”, lo que permite afirmar el carácter exclusivamente patrimonial del objeto jurídico tutelado en las diferentes formas de malversación o, al menos, en gran parte de ellas; “se trata de la protección de un patrimonio público, sometido normativamente, por tanto, a determinadas previsiones presupuestarias y a un concreto proceder en la ejecución del gasto y vinculado a la consecución de unas finalidades objetivadas jurídicamente”. A su entender, el incumplimiento de los deberes de funcionario público, su infidelidad o deslealtad, resultan insuficientes por sí solos para justificar el injusto penal de este delito debido a que tales conductas constituyen un presupuesto necesario para que pueda ejecutarse la acción típica, destacando que

2. Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 9ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, p. 871.

3. Cfr. De la Mata, Norberto / Etxebarría, Xabier, *Malversación y lesión del patrimonio público*, Barcelona, Bosch, 1995, p. 61.

al confiársele al funcionario el monopolio del ejercicio de la función pública se coloca a los caudales o efectos en una posición de vulnerabilidad respecto de estos sujetos. Asimismo, señalan que el patrimonio del Estado no puede calcularse matemáticamente y en forma estática; que el daño patrimonial tiene que entenderse no como una disminución de bienes cuya propiedad le corresponde al Estado, sino como “el entorpecimiento de la función patrimonial dinámica y el concepto valorativo de daño económico ha de hacer referencia al valor de uso del objeto material... El gasto indebido de los recursos públicos implica la necesidad de encontrar nuevos medios para la consecución de las tareas públicas...”. Concluyen, entonces, que el patrimonio público -definido en términos funcionales- es el objeto de protección de la norma, indicando que la lesión es la afectación del buen funcionamiento de los servicios públicos, de las cualidades que deben acompañar el ejercicio de toda actividad administrativa, en el ámbito del cumplimiento de los fines públicos mediante el empleo de los recursos públicos.⁴

En nuestra doctrina, la posición que cuenta actualmente con mayor aceptación pareciera ser la que sostiene que el bien jurídico protegido por estos tipos penales es el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Donna señala que, en los delitos contra la Administración Pública, se tutela la función pública, entendida como el regular, ordenado y legal desenvolvimiento de las funciones de los tres poderes del Estado, referida no sólo a la función específica de cada uno de ellos, sino también a la típica función administrativa de todos. Se pretende asegurar la conducta de los funcionarios estatales, quienes con la inobservancia de los deberes a su cargo, obstaculizan esa regularidad funcional. De modo que el bien jurídico protegido en el Título XI del Código Penal es la preservación de la función pública, frente a los ataques que provienen tanto de la organización burocrática del Estado como de particulares.⁵ Se busca proteger el eficiente desarrollo de las distintas actividades y servicios prestados por la Administración, tal como han sido previstos legalmente, con relación al especial deber que tienen los

4. De la Mata, Norberto / Etxebarria, Xabier, *Malversación y lesión del patrimonio público. Apropiación, distracción y desviación por funcionarios de caudales públicos*, Barcelona, Bosch, 1995, p. 55.

5. Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, T. III, p. 15.

funcionarios públicos de custodiar los caudales o efectos que les han sido asignados para realizar su gestión.

Creus señala que, a partir de la malversación de caudales públicos, se pretende asegurar el normal funcionamiento de la Administración Pública, consistiendo el bien jurídico protegido en “la regularidad del cumplimiento de las actividades patrimoniales del Estado”, o sea, la seguridad de su afectación para los fines que fueron legalmente establecidos, tanto con relación a los bienes públicos como a aquellos bienes privados sobre los cuales tenga una especial función de tutela, agregando que “los tipos no protegen específicamente la propiedad de esos bienes... sino la seguridad de su afectación a los fines para los cuales se los ha reunido o creado... Todos ellos tienen en común, el manejo anormal de los bienes por parte de quienes funcionalmente están encargados de hacerles cumplir sus finalidades o preservarlos para ello”.⁶

Soler considera que, en los delitos contra la Administración Pública, el bien jurídico es el normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, en todas las ramas de sus tres poderes.

Para Soler, la relación funcional hace que el abuso de confianza enuelva un verdadero abuso de autoridad, una traición no solamente a los intereses financieros del Estado, sino también al interés administrativo en el cumplimiento regular y legal de las funciones públicas.⁷

2. EL ARTÍCULO 260 DEL CÓDIGO PENAL

El delito de malversación simple contempla la conducta del funcionario que le imprime a los efectos o caudales públicos un destino distinto a aquel que estaba previsto legalmente, pero siempre dentro del ámbito de la propia administración, ya que el funcionario no tiene la facultad de desviar dichos bienes a su arbitrio, sin que medie sustracción, puesto que estos permanecen en todo momento dentro del ámbito de custodia estatal. Se cambia el destino, no tiene fin de lucro, no se causa lesión patrimonial, sino a intereses administrativos. Es por ello que el daño está previsto como agravante, previéndose en la segunda parte de la norma que si resulta daño (efecto perjudicial), o entorpecimiento (inconveniente en la prestación del servicio), se aplicará como pena

6. Creus, Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial*, Buenos Aires, Astrea, T. II, p. 310.

7. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, TEA, 1956, T. V, pp. 100 y 191.

conjunta a la inhabilitación, la pena de multa, determinada en proporción al monto malversado o cantidad distraída, del 20 al 50%.

Algunos autores consideran que aplicar una pena tan grave como es la pena de inhabilitación especial, para el simple hecho de dar a los fondos públicos administrados un destino diferente, sin que por ello se cause daño o se ponga en peligro la hacienda pública, es una decisión del legislador que violenta el principio de lesividad, anticipando la punibilidad a un estadio anterior a la lesión del bien jurídico.

Donna y Soler sostienen que por el monto de pena y la falta de relación con el resto de las figuras, se trata de una infracción que sólo muy indirectamente puede perjudicar el patrimonio del Estado, por lo que debería eliminársela.

Núñez considera que la esencia de la malversación radica en la perturbación del destino asignado legalmente a los fondos públicos, es decir, que el funcionario utilice dichos caudales de una manera distinta a la prevista. El tipo penal no protege específicamente la propiedad de dichos fondos, sino su administración ordenada y regular, cuyo régimen no puede quedar al arbitrio de los encargados de realizarla.⁸

A través de esta figura, el legislador intenta que rijan el orden y la regularidad en la aplicación de fondos públicos al destino que se les dio en la ley, impidiendo que el funcionario que los administre disponga de aquellos en forma arbitraria, afectando así la regularidad y eficiencia de la Administración Pública en general.

Para Bacigalupo, se trata de una hipótesis especial del delito de administración fraudulenta, previsto en el artículo 173, inciso 7, contra el patrimonio del Estado. Señala que el desvío de los caudales de su destino no es meramente formal. El funcionario que desvía los caudales decide contra el orden dado por la autoridad a la disposición de los caudales, y esto tiene un importante significado institucional, dado que tergiversa la voluntad del legislador o de la autoridad del gobierno que tiene competencia para decidir sobre los fondos. De esta manera, produce un perjuicio al patrimonio del Estado, destinado a fines que él no tiene derecho a modificar o revisar. Estas consideraciones son suficientes para constituir un perjuicio patrimonial en el sentido de la administración fraudulenta del artículo 173, inciso 7, dado que el patrimonio ha sido empleado en una erogación no autorizada. Considera

8. Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino, Parte Especial*, Lerner, 1974, T. VII, p. 108.

que lo más adecuado hubiera sido establecer un tipo agravado por la condición del autor de la administración fraudulenta (artículo 173, 7 del Código Penal), y que la penalidad reducida que tiene respecto de la figura común contra la propiedad resulta injustificada.⁹

Acción: Malversar significa invertir mal, dar a los caudales o efectos un destino diferente del que tenían dispuesto. El término malversar admite idiomáticamente tanto esa acepción de aplicación de caudales a usos distintos, como la inversión ilícita de caudales. Por ello, puede genéricamente cubrir las distintas modalidades de delito y de las que el peculado viene a ser una forma agravada con sus características y singularidades propias. Se consuma con la efectiva inversión, no basta la sola imputación.

La acción típica consiste, entonces, en dar a los caudales o efectos una aplicación diferente de la que corresponde, de manera que el destino no resulte el establecido. Por tanto, la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional ha exigido la determinación precisa de la utilización del dinero y su correspondencia con la inversión basada en el presupuesto.¹⁰

Fontán Balestra afirma que es presupuesto de esta malversación que los fondos tengan asignado un destino, que puede ser establecido por ley, decreto, ordenanza o resolución de autoridad competente.¹¹

Por su parte, Soler dice que poco importa la naturaleza del acto que fija el destino de los fondos (ley, decreto, orden); basta que exista una determinación legítima de ese destino y que el funcionario los aplique a otro.¹²

Tipo subjetivo: Afirma Fontán Balestra que el dolo en el caso de este delito “debe abarcar el conocimiento de que los bienes tienen asignada una imputación concreta. No se requiere ningún ánimo especial...”.¹³ Así, no es preciso establecer la intencionalidad del autor en orden a la producción de un daño apreciable económicamente; basta comprobar el uso del dinero con un fin distinto al convenido.

9. Bacigalupo, Enrique, *Malversación, peculado y administración fraudulenta*, copia cedida por el autor.

10. CNCC, Sala I: Donna, Navarro, Elbert. Nro. Causa: c. 19.218. - Fecha: 26/05/2003.

11. Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, T. VII, p. 320.

12. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 200.

13. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 321.

Donna¹⁴ señala que requiere dolo directo: debe saber el destino que tenían los bienes y el cambio que hace a su respecto, no requiriendo fin de lucro. El error, aun el vencible, elimina el dolo.

Se ha señalado que no siempre tiene carácter doloso el cambio del destino; en tal sentido, Bielsa expresa que el poder administrador ejecuta la ley de acuerdo a las necesidades de la administración, lo que hace que en ocasiones interprete la ley respectiva dándole el verdadero destino.

3. EL ARTÍCULO 261 DEL CÓDIGO PENAL: PECULADO

El artículo 261 describe la forma más grave -el peculado-, como la conducta de quien sustrae caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le hubiere sido confiada por razón de su cargo (primer párrafo).

También, el que empleare en provecho propio o de un tercero trabajos o servicios pagados por la Administración Pública (segundo párrafo).

En ambos casos, la pena es de 2 a 10 años de prisión e inhabilitación absoluta perpetua.

En cuanto al bien jurídico protegido -además de lo que ya se expresara en el punto I-, se ha dicho que es el eficaz desarrollo de la administración referida al cuidado de los fondos públicos que surgen en razón de los deberes especiales que pesan sobre los funcionarios. Asimismo, se dice que el bien jurídico tutelado en el delito de peculado es el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

También, algunos sectores han hecho hincapié en evitar el abuso de confianza por parte de los funcionarios públicos y el incumplimiento de los deberes del cargo. El bien jurídico protegido por estos delitos no radicaría en la protección del patrimonio público sino en la defensa de los servicios prestados por la administración, que pueden verse afectados por la violación de un deber jurídico público propio de ciertas funciones sociales.

Otros autores han señalado que se trata de un delito que tiene como objeto de protección varios bienes jurídicos distintos. Así se considera que, al normal funcionamiento de la Administración Pública en su

14. Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 268.

aspecto patrimonial se agrega la propiedad, la seguridad de los bienes públicos y la confianza depositada en el manejo de estos bienes.

Carrera ha expresado que el resultado que el peculado requiere, dada su objetividad jurídica, es el quebrantamiento del regular desenvolvimiento de la actividad patrimonial de la Administración Pública, que el funcionario ejecuta al faltar al deber de probidad, se siga o no de una lesión al patrimonio de la Administración Pública.¹⁵

Feijoo Sánchez señala que la malversación tiene como objeto de tutela el patrimonio público como sustrato esencial de los servicios públicos. Citando lo expresado por De la Mata y Etxebarria, respecto de que la potencialidad de la administración para cumplir los fines que le son propios depende en gran medida del mantenimiento del sustrato patrimonial que se le atribuye, primando, desde un concepto dinámico, la idoneidad de dicho sustrato para llevar a cabo las finalidades que le son propias. Al referirse al fundamento del injusto de los delitos del funcionario, dice que se encuentra en una relación positiva con el bien jurídico, vinculado a la posición jurídica especial que detenta; en ese marco, señala que un sector de la doctrina española ha venido haciendo referencia al doble objeto de protección en el delito de malversación, entendiéndose que lesiona el deber de fidelidad o probidad del funcionario y el patrimonio público. Sin embargo, en su opinión, el bien jurídico protegido es sólo el patrimonio público. Lo que pasa es que en la malversación se lo protege mediante un “delito de deber”, si una persona que no está especialmente obligada a proteger el patrimonio público sustrae bienes públicos, realizará un delito común patrimonial.¹⁶

La posición respecto del bien jurídico hace que se exija o no que resulte necesario que la conducta desplegada por el funcionario provoque una lesión o perjuicio al patrimonio público para que se configure el tipo penal. Aquellos que consideran que el bien jurídico protegido es de carácter patrimonial, entienden que la conducta del funcionario público debe provocar un perjuicio a la Administración, entendido como un menoscabo a los bienes del Estado.

En tal sentido, Muñoz Conde sostiene que el desplazamiento patrimonial que se verifica desde la Administración Pública hacia el autor

15. Carrera, Daniel P., *Peculado*, Buenos Aires, Depalma, 1968, p. 139.

16. Feijoo Sánchez, Bernardo, *op. cit.*, pp. 497-502.

de la sustracción -aunque no sea definitiva- provoca un perjuicio, entendido como la imposibilidad temporal de disponer de dichos fondos, toda vez que la Administración puede verse obligada a proveer con otros medios las necesidades que se dejaron de satisfacer con aquellos bienes que fueron sustraídos o desviados, incidiendo sobre los fondos públicos y lesionando los intereses patrimoniales del Estado. Quienes adhieren a esta postura entienden que el acento de la tutela penal tiene como objetivo la preservación de la capacidad económica del Estado.

Para esta postura, el delito de peculado tiene como bien jurídico la protección del patrimonio estatal, que puede verse perjudicado por la conducta del funcionario público que desvía o sustrae los fondos públicos que le han sido confiados.

Para Fontán Balestra, el peculado no se caracteriza por la condición del autor, ni por la naturaleza de los bienes. Señala que no puede negarse que al lado de la tutela del derecho de propiedad aparece el quebrantamiento del deber del funcionario para con el Estado. Pero la noción de peculado se logra con un ingrediente más, que es el que pone el aspecto funcional, por el cual se requiere que los bienes que son objeto del delito hayan sido confiados al funcionario, de modo que la malversación también viola la fe o la confianza pública.¹⁷

Acción: ha sido debatida, la opinión dominante es conteste en que esta sustracción no coincide indispensablemente con la del hurto y robo. Puede considerarse que existen tres posiciones: a) equivale a apropiación, el funcionario público debe apropiarse de los efectos o caudales públicos que se encontraban dentro de su órbita de custodia; b) equivale a apropiación defraudatoria; c) equivale a cualquier acto que implique quebrantar la esfera de custodia fijada; se entiende que significa apartar, separar y/o extraer.

La postura minoritaria entiende que el verbo sustraer debe ser entendido como equivalente a la acción de apoderarse constitutiva del delito de hurto; sin embargo, esta posición ha recibido fuertes objeciones, ya que tal conducta implica traer bajo su poder algo que no se tenía y, en tal sentido, en el caso de esta figura, los efectos o caudales han sido entregados o confiados al funcionario público en razón de la función que

17. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 309.

desempeña dentro de la Administración, es decir que este no tiene que efectuar ninguna acción específica para conseguir su posesión.

Carrera considera que el concepto de sustracción es ambiguo, ya que comprende la acción de ocultar la cosa con la intención de apropiarse de ella, como también el hecho de extraerla de un lugar específico para apoderarse de ella.¹⁸

Se critica el uso del término “sustraer”, ya que el sujeto activo no necesita arrebatarse o apoderarse de los bienes -puesto que estos ya se encuentran en su poder-, sino que lo que hace es apropiarse de ellos, rompiendo el vínculo de lealtad que lo liga al Estado y por el cual, en su nombre, y para un fin público, están bajo su custodia. No resulta posible que el funcionario público sustraiga algo que ya posee en administración o en custodia en razón del cargo que desempeña, sino que la conducta que lleva a cabo es la de apropiarse de dichos bienes, disponer de ellos como si en verdad le pertenecieran.

Igual opinión al respecto han manifestado Núñez, Gómez y Ramos, quienes consideran que sustrae, en el sentido del delito previsto en el artículo 261 del Código Penal, aquel funcionario que ilegítimamente se apropia de los caudales públicos que administra, percibe o custodia.

Por su parte, Fontán Balestra considera que los intérpretes del Código Penal le han dado a la conducta típica prevista en el delito de peculado el significado de apropiarse o disponer de los efectos o caudales públicos, identificándolo algunos como un delito de apropiación indebida. Considera que la sustracción es el acto de poner los bienes fuera del alcance de la custodia bajo la cual las leyes, los reglamentos o, en general, las disposiciones las colocan, para cuya consumación es necesario que ese vínculo en algún momento se haya quebrado, coincidiendo con Soler.¹⁹

Finalmente, se encuentra la postura que entiende que el verbo sustraer previsto como conducta típica implica separar o apartar los bienes de la esfera de custodia de la Administración Pública. A ella adhieren Donna y Laje Anaya, entre otros autores, quienes concuerdan en que la acción típica se configura al separar o apartar los efectos o caudales públicos del ámbito de tenencia de la Administración Pública, señalando el

18. Carrera, Daniel P., *op. cit.*, p. 140.

19. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 323.

primero de los autores mencionados que lo “decisivo es el quebranto de confianza, del vínculo que unía al funcionario con los caudales o efectos confiados”. Agrega que, teniendo en cuenta esta característica, no podría considerarse atípico el peculado de uso, pero explica que la utilización abusiva o ilícita del bien no implica su sustracción, ya que el aprovechamiento abusivo de la cosa sin que ella sea apartada del ámbito de tenencia efectiva o simbólica de la Administración, no constituye delito. Por ello, Donna afirma que el término “sustraer” significa separar, y como se trata de un delito contra la Administración Pública y no contra la propiedad del Estado, el sujeto activo consuma el delito al quebrantar “la buena marcha patrimonial de la Administración Pública mediante la violación de su deber de probidad”.²⁰

Considera que, para cumplir con el principio de legalidad consagrado en nuestra Constitución Nacional, sería necesario modificar el término sustraer, señalando que parte de la doctrina nacional estima que debería haberse utilizado el verbo típico “apropiación”. Asimismo, explica que en el derecho comparado se exige como integrante del tipo penal de peculado la acreditación de un beneficio para el autor o para un tercero. Con respecto a esta última afirmación, cabe destacar que en nuestro Código Penal no se hace ningún tipo de referencia a la obtención de un beneficio para el sujeto activo o para un tercero para que la acción típica se configure.

Creus, por su parte, entiende que no se trata de un apoderamiento o de una apropiación, pues no es necesario que el autor actúe con ánimo de hacer penetrar el bien en su propia esfera, ya que sustrae el que quita el bien de la esfera de tenencia administrativa, aunque sólo lo haya hecho para apartarlo de dicha esfera. Por ello, a su criterio, la acción propia del peculado se satisface con el simple quebrantamiento de la esfera de custodia en la que el bien legalmente se encuentra, sin perjuicio de que ello implique una verdadera apropiación.²¹

Adhiere a esta opinión Di Giorgio ya que, a su criterio, no puede hablarse de límites difusos o desdibujados al extremo de admitir leer “apropiarse” donde dice “sustrajere”, explicando al respecto que la conducta típica reprimida por este delito se configura cuando el funcionario

20. Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 283.

21. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 314.

público aparta, separa o extrae los caudales o efectos públicos del ámbito donde debían estar de la esfera de la actividad patrimonial de la Administración Pública y se configura con el quebrantamiento de dicha esfera de custodia en la que se encuentra el bien, es decir que la acción típica se lleva a cabo antes de que el sujeto activo haga propios dichos bienes, no pudiéndose exigir una apropiación donde la ley no la exige.²²

Para Soler,²³ el presupuesto característico de este delito coincide plenamente con el del abuso de confianza del artículo 173, inciso 2; sería una retención indebida calificada por haber sido cometido con abuso por el funcionario público. Considera que la acción consiste en extraer lo que hay en caja, en impedir que ingrese o emplear los fondos en uso privado; el tipo penal se consume con la mera sustracción del dinero, aunque esta se haga con la intención de devolverlo, y que efectivamente sea restituido, así como el abuso de confianza del artículo 173, inciso 2 del Código Penal, el peculado tiene como presupuesto que el sujeto activo entró en tenencia de la cosa por un acto de confianza que se encuentra presente tanto en el caso de la retención indebida como en el peculado.

Para Bacigalupo, también el peculado constituye una apropiación indebida de caudales o efectos recibidos en la Administración, descrita en el artículo 173, inciso 2. El empleo del término “sustracción” no puede ser entendido de una manera literal, pues quien tiene en su poder caudales o efectos “cuya administración le ha sido confiada” (en razón de su cargo) no sustrae, dado que sustraer implica quitarle a otro. Considera que lo más adecuado hubiera sido establecer un tipo agravado de apropiación indebida por la condición del autor, y que la penalidad reducida respecto a la figura común contra la propiedad resulta injustificada.²⁴

Así, puede advertirse que quienes sostienen que el verbo sustraer implica una apropiación de los efectos o caudales públicos, propugnan una aplicación más restrictiva del tipo penal, ya que no sólo requieren para su configuración que el funcionario aparte o separe los bienes de la esfera

22. Di Giorgio, Julio César, “El sentido del verbo sustraer en el delito de peculado”, *Revista de Derecho Penal, Delitos contra la Administración Pública - I*, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 131.

23. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 202.

24. Bacigalupo, Enrique, *Malversación, peculado y administración fraudulenta*, copia cedida por el autor.

de custodia de la administración, sino que exigen un plus, es decir, que el funcionario, además, tenga la intención de apropiarse de aquellos.

4. OTROS ELEMENTOS TÍPICOS EN LOS DELITOS DE MALVERSACIÓN

4.1. Objeto material

Son caudales o efectos públicos o de particulares. La voz *caudales* se refiere a toda clase de bienes que tengan un valor económico. La ausencia de significado patrimonial o que el objeto posea uno tan exiguo que pueda reputarse como carente de valor, quedan fuera del tipo de injusto. *Efectos* se refiere a valores en papel, sello, estampillas, en general a documentos de crédito emanados del Estado nacional o provincial o de las municipalidades.

Fontán Balestra, asimismo, expresa que el término “caudales” se refiere a toda clase de bienes, mientras “efectos” se refiere a valores en papel, títulos, documentos emitidos por el Estado, que tienen valor económico.²⁵

Para Muñoz Conde, por caudal o efecto se entiende cualquier objeto o cosa mueble, dinero, efectos negociables, etcétera, que tengan un valor económico apreciable.²⁶

La Convención Interamericana contra la Corrupción define a los bienes como “los activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten, intenten probar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre dichos activos” (artículo 1).

Públicos: son los pertenecientes a la nación, provincias o municipios. Pero cabe preguntarse: ¿hasta cuándo?; ¿también cuando el Estado desempeña sólo un papel financiero?

El carácter público de los caudales o efectos está determinado, ante todo, por su pertenencia a la Administración, en el más amplio sentido de esta. En principio, no es indispensable la incorporación formal (contable, o física, previo inventario) al erario para que los bienes integren el patrimonio público, siendo suficiente que estén jurídicamente

25. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 311.

26. Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, p. 870.

destinados a ingresar a él y queden a cargo del funcionario competente para recibirlos o, en su caso, custodiarlos.

En la doctrina hay diversas posiciones respecto al carácter público. Una posición señala que la responsabilidad del Estado deviene no sólo de la pertenencia, sino del lugar donde se hallan los bienes. Otra posición sostiene que es suficiente que los bienes se hayan confiado al funcionario o a la administración. Otro sector señala que deben pertenecer a la Administración Pública.

Se suele dividir en dos las posiciones: las teorías del “riesgo” o de la “pertenencia”. Para la primera, son bienes públicos todos los que pertenecen al Estado, en cuanto no estén afectados a actividades de índole comercial. Deben ser bienes públicos con fines administrativos específicos, por lo que serán públicos los gastos de la administración central o provincial, pero no aquellos que integran el patrimonio de entidades autárquicas que intervienen en la vida comercial o financiera. Sobre esta base, se distinguen los supuestos en que se excluye la malversación cuando los bienes pertenecen a algún ente con personalidad jurídica propia (Banco Hipotecario o Banco Nación), o cuando corresponden a entes autárquicos de la Administración. Esta es la posición de Soler.

Para la teoría de la “pertenencia”, son públicos todos los bienes que pertenecen al Estado, discutiéndose hasta dónde llega la pertenencia al Estado. Un grupo sostiene que se trata del derecho de propiedad u otro derecho real.

Para Carrera, el objeto está constituido por caudales o efectos públicos, es decir que pertenezcan a la Administración Pública en sentido lato.

Para Núñez, son públicos los caudales o efectos de los que dispone una Administración Pública nacional, provincial o municipal para satisfacer sus necesidades o los fines a cuya realización tiende.²⁷

Para Fontán Balestra, la tesis del riesgo desenvuelta por Soler es la que resulta más apropiada: son públicos los fondos del fisco, en cuanto no estén afectados a empresas de tipo comercial, cuando los fondos se emplean en actividades de tipo financiero, afectados a empresas de tipo comercial, como en las entidades autárquicas de carácter comercial o industrial.²⁸

27. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 113.

28. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 312.

Para Creus, la teoría del riesgo está superada y son públicos todos los bienes propios del Estado o entes autárquicos, o bienes aportados o puestos a disposición de aquellos por particulares para realizar servicios a cargo de entes públicos.

Donna adhiere a esta posición, pues tiene en cuenta que no se trata de proteger al Estado contra los particulares, sino de proteger a los particulares en contra de los funcionarios del Estado.

Para Muñoz Conde, el carácter público se determina por la pertenencia de los bienes a la Administración Pública, comenzando tal pertenencia desde el momento en que existe un derecho expectante de la Administración a la entrega de los caudales, aunque no hayan ingresado formalmente.²⁹

4.2. Sujeto activo

La malversación es siempre un delito vinculado a funciones especiales. La mayor parte de las formas de malversación tienen como agente un empleado público, pero, no cualquier servidor público entra en el tipo, sino aquel que, según los casos, tenga a su cargo, administre, custodie o sea tenedor de los bienes que malversa, pues sólo entonces son lesionados los especiales deberes del oficio. De modo que estas disposiciones envuelven unos *delicta propria*, pero no puede afirmarse que la condición de funcionario es razón necesaria y suficiente para que el sujeto pueda transformarse en malversador, ya que a ese requisito hay que sumar el quebrantamiento de unas acotadas obligaciones que el Derecho pone sobre ciertas personas, por la confianza que les concedió el Estado al nombrarlas como custodios de sus intereses. El empleado que no tiene la competencia específica sobre los caudales que sustrae o altera, sin poseer injerencia administrativa a su respecto, responderá de otros delitos.

Hay discusión sobre el concepto de “funcionario público”, y si este debe definirse en función del derecho administrativo o tomando como base la definición del artículo 77 de nuestro Código Penal, que en el párrafo cuarto establece que por “funcionario público” y “empleado público” se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente. Se desplaza entonces el

29. Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, p. 871.

problema a la necesidad de delimitar el contenido de la “función pública” a la que hace referencia este artículo.

Respecto al concepto de *funcionario público*, se ha señalado que la doctrina argentina no ha sido clara respecto a qué debe entenderse por funcionario público, y la diferencia con el empleado público, pareciendo ser dos las posiciones.³⁰ La primera es de Ramos Mejía, que dice que funcionario debe entenderse en el sentido admitido por el Código Penal, coincida o no con el alcance que le da el derecho administrativo. Igualmente, para Soler el concepto está fijado por el artículo 77.

Para Fontán Balestra, el concepto de *funcionario público* es dado por el artículo 77, pero se limita a los que por la naturaleza de su cargo están legalmente facultados para administrar, percibir o custodiar bienes públicos. La relación funcional aparece claramente indicada en el artículo 261 “por razón de su cargo”.³¹

Para Núñez, en lo atinente al Derecho Penal, la idea de lo que es un funcionario o empleado público es la participación en el ejercicio de funciones públicas, participación que existe cuando el Estado ha delegado en la persona, de manera exclusiva o en colaboración con otras, la facultad de formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público.³²

Los administrativistas -como Bielsa y Marienhoff- habían separado al funcionario del empleado. Contrariamente, Gordillo descartó tal distinción pues señala que no hay ningún agente de la Administración que tenga por función exclusiva la de decidir o la de ejecutar. Ningún agente de la Administración tiene calidad exclusiva de funcionario o de empleado, todos son alternativamente lo uno como lo otro.

Para Donna, no hay base legal para diferenciarlos. Señala que la calidad de funcionario público del autor es un elemento normativo del tipo. El concepto de funcionario es jurídico; los requisitos son: 1) estar adscripto a la Administración Pública; 2) tener una relación de profesionalidad, es decir cubre un hueco en la administración; 3) tener una remuneración por parte de la Administración Pública; y 4) tener un régimen jurídico administrativo propio.

Sólo se atiende, como delito especial, a los delitos que comete el funcionario en ocasión del ejercicio de la función pública; se trata de un

30. Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 21.

31. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 317.

32. Núñez, Ricardo, “El significado del concepto de ‘funcionario público’ en el Código Penal”, J. A. 1970-544, citado por Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 22.

concepto funcional. Pero la participación del funcionario en la función requiere algo más: ejercer de acuerdo a la llamada concepción real-funcionalista, que es la adecuada al orden legal-penal.³³ Por ello, expresa que el concepto es funcional. En primer lugar, se debe recurrir a lo dispuesto por la Ley N° 24759, Convención Interamericana contra la corrupción y artículo 77 del Código Penal. En segundo lugar, debe tratarse de un sujeto adscripto, que cobre un sueldo y que ocupe un lugar dentro de la administración (relación de profesionalidad). En tercer lugar, habrá que analizar, en cada caso concreto, si el sujeto por su cercanía con el bien jurídico protegido en el tipo penal, tiene capacidad funcional para afectarlo. Es decir, si en su relación con el bien jurídico, la persona se encuentra obligada a su cuidado y, por ende, por esa relación directa, puede afectarlo, lesionarlo o violarlo, de manera que poco importa si la persona es funcionario o empleado sino que, por su posición y sus deberes, puede afectar directamente al bien jurídico protegido.³⁴

Muñoz Conde³⁵ señala como elementos comunes a las figuras de malversación: el sujeto activo respecto del cual no se trata sólo de ser una autoridad o funcionario público, sino la relación de estas personas con los caudales o efectos públicos, es decir, con el objeto material del delito. Es preciso que la tenencia se derive de la función y competencia específicas. Es necesario que los caudales estén a su cargo, por lo que no se precisa la tenencia material, bastando con la posibilidad de disposición meramente jurídica.

Feijoo Sánchez considera más importante la idea de que no basta la formalidad de ser funcionario, sino que el injusto sólo existe si el funcionario infringe los deberes propios de su cargo; es la infracción de un deber específico por razón del cargo, y no un hecho realizado “con ocasión” del cargo. Con esta idea, se puede diferenciar entre el delito de malversación (especial) y el delito de hurto (común), aunque la persona que realice la sustracción sea un funcionario en horas de trabajo.³⁶

En cuanto al concepto de *función pública*: para determinarlo, tampoco ha existido un criterio único. Dentro de las teorías objetivas, una primera posición, desde un criterio material finalista, afirma que es aquella

33. Donna, Edgrado, *op. cit.*, p. 27.

34. *Ibíd.*, p. 276.

35. Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, p. 871.

36. Feijoo Sánchez, Bernardo, *op. cit.* p. 503.

destinada, por parte del Estado, al bien común. Una segunda posición, con un criterio formal, afirma que depende la función del giro que tenga el ente público; si está sometido al derecho privado, el fin es privado; en cambio, si el giro está en derecho público, entonces será función pública. Otra posición sigue un criterio subjetivo: función pública es la que está reservada por el Estado a sus órganos. Por último, hay un criterio mixto restrictivo, por el que es aquella que tiene un fin público, está sometida al derecho público y es una actividad de un ente público.³⁷

Asimismo, está el concepto en la Ley de Ética de la Función Pública (Ley N° 25188), que en lo sustancial concuerda con la definición de “función pública” estipulada en la Convención Interamericana contra la Corrupción (Ley N° 24759), que ha sido ratificada por nuestro país, dándole un alcance más amplio, y por ende, ampliando el espectro de sujetos que quedan comprendidos por la norma, definiéndose a tal función como “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”, y en la Ley N° 25188, el artículo 1 señala que la ley de ética en el ejercicio de la función pública establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado.

Con acierto, se ha señalado la ampliación del alcance que ello implicaría, manifestándose en contra, entre otros, Daniel P. Carrera, quien destaca que con arreglo a lo dispuesto por el 2 párrafo del artículo 1 de la Ley N° 25188, algunos teóricos y tribunales entienden que se han ampliado los alcances de los términos “funcionario público” y “empleado público”, cuyo concepto en lo penal entrega el párrafo 4 del artículo 77 de nuestro Código. Considera que aceptar el referido entendimiento, significa multiplicar el número de los sujetos activos de los delitos comisibles en el ejercicio de funciones públicas, puesto que ya no existirán más los niveles jerárquicos de las personas que actúen en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades.

37. Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 29.

Los efectos o caudales públicos deben haberle sido confiados al funcionario público en virtud de su cargo, ya sea para administrarlos, es decir, para que los utilice en las actividades que estaban legalmente previstas; percibirlos, entendiéndose tal facultad como la de recibir bienes a nombre de la Administración Pública o custodiarlos, encontrándose en este último caso obligado a guardar y vigilar los bienes cuya tenencia le había sido conferida.

Señala Donna³⁸ que se trata de un delito especial propio; sólo puede ser autor el funcionario público y quien tiene a su cargo la administración de los caudales. Se requiere que sea funcionario y que exista una relación especial con los caudales o efectos, debe ser el administrador, debe tener el manejo y disposición, aunque no tenga la posesión material.

Para Núñez, administra el funcionario que está facultado para disponer de los caudales, aun sin posesión material, así como el coadministrador, no así el custodio.³⁹

5. PECULADO DE TRABAJOS O SERVICIOS: ARTÍCULO 261, SEGUNDO PÁRRAFO DEL CÓDIGO PENAL

Se trata de supuestos en que se desafectan los trabajos y servicios de los destinos a los que estaban determinados. El empleado desvía de un ámbito a otro, se apropia, al decir de Núñez, o sustrae, en el entendimiento de Soler. Esa desviación requiere que sea realizada en beneficio del sujeto activo (el funcionario) o de un tercero.

Se trata de trabajos o servicios que están a disposición del funcionario. Dice Núñez que no es un peculado de uso, ya que no es usar *animus domine* cosas pertenecientes a la administración, sin que ese uso implique la apropiación de la cosa. Es la utilización en beneficio o provecho del funcionario, de actividades personales, corporales o intelectuales, cuyo precio es satisfecho por la administración, comprendiendo los tres poderes, nacionales provinciales y los municipales.⁴⁰

Los trabajos o servicios deben estar unidos en una situación funcional con el autor, debe poder jerárquicamente disponer de ellos.

38. *Ibidem*, p. 267.

39. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 108.

40. *Ibidem*, p. 117.

La Ley N° 25188, en el artículo 2, establece los deberes y pautas de comportamiento de los funcionarios públicos, y en el inciso g), dice: *“abstenerse de usar las instalaciones y servicios del Estado para su beneficio particular o para el de sus familiares, allegados o personas ajenas a la función oficial, a fin de avalar o promover algún producto, servicio o empresa”*.

La esencia de este tipo de peculado reside no sólo en quien lo presta, sino que el precio del trabajo o servicio sustraído debe ser pagado por cuenta de la administración y no por el funcionario. Entre el trabajo o servicio y el funcionario debe existir una relación funcional, que el funcionario administre, que estén a disposición de él y por tanto que tenga la posibilidad del desvío. Si lo que se desvía es el pago o el dinero que se debe a las personas que trabajan, la acción recae en el primer párrafo.

En cuanto a la autoría, una parte de la doctrina (Fontán Balestra) no exige ninguna relación funcional entre el funcionario y los trabajos y servicios, pudiendo ser autor cualquier funcionario. Otra posición (Donna, Creus, Núñez) sostiene que por ser una especie de malversación hay un abuso funcional específico y sólo puede malversar el funcionario competente para disponer de los trabajos.

Creus señala que debe existir relación funcional entre el funcionario y los trabajos o servicios, por la cual el destino de estos dentro de la administración esté a su disposición, porque el concepto de peculado requiere una violación funcional que sólo puede darse cuando la función pone en sus manos la posibilidad de desviar los trabajos o servicios de la finalidad administrativa a la que están afectados.⁴¹

Para Núñez, el concepto de “peculado” implica una violación funcional de la seguridad de los bienes públicos, y el término “empleare” significa destinar, señalando que debe tratarse de trabajos o servicios cuyo destino esté a disposición del funcionario.⁴²

Tipo subjetivo: es doloso, el funcionario debe conocer el carácter de trabajo o servicio y tener la voluntad de desviarlo del destino administrativo en función propia o de un tercero. Tiene un elemento subjetivo del tipo que es el aprovechamiento para sí o para un tercero, con lo que el único dolo posible es el directo. Si el funcionario cree que la conducta le está permitida, hay error, es de prohibición.

41. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 317.

42. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 116.

6. TIPO CULPOSO

El artículo 262 prevé la posibilitación culposa de peculado en el caso de que un funcionario público diere ocasión a que otra persona cometiere peculado, sancionando con multa del 20 al 60% del valor sustraído, lo que revela la exigencia de un valor económico en la comisión del peculado.

La actitud del titular de la función se concreta y limita a la tolerancia permisiva o a la facilitación ejecutiva de la sustracción de los caudales a su cargo realizada por un tercero. La sustracción la realiza dolosamente un tercero y el funcionario con su actitud negligente permite tal conducta. Es una forma autónoma de incriminación de participación culposa del funcionario en la realización, por parte de un tercero, de una conducta de sustracción ilícita de caudales públicos. El núcleo del tipo de injusto del delito imprudente consiste en la divergencia entre la acción realmente realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que, objetivamente, era necesario realizar. El tipo objetivo del hecho punible culposo incluye una acción descuidada referida al bien jurídico perjudicado.⁴³

La diferencia de esta figura con otras culposas consiste en que la violación del deber objetivo de cuidado lleva a un resultado dañoso para la Administración Pública, provocado por un tercero dolosamente. Entre la violación del deber de cuidado del funcionario y la sustracción de bienes debe haber una relación directa, por la cual el tercero se aprovecha y sustrae. No se castiga la sustracción culposa, sino el dar lugar a la sustracción dolosa.

Entre ambos autores -el culposo y el doloso- no debe mediar convergencia intencional respecto de la sustracción. En caso de que medie tal convergencia, el funcionario será autor, coautor o cómplice del delito cometido.

El tipo subjetivo implica la previsibilidad o la reconocibilidad individual, que debe incluir a todos los elementos del tipo objetivo: sujeto, objeto, resultado, acción, infracción al deber de cuidado y causalidad de la evitabilidad.⁴⁴ No basta el nexo causal natural; se requiere previsibilidad del resultado, causación adecuada.

43. Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 291.

44. *Ibíd.*, p. 292.

7. EL ARTÍCULO 263 DEL CÓDIGO PENAL

El artículo 263 extiende la autoría de las figuras de malversación simple y peculado a quienes administren o custodien bienes pertenecientes a establecimientos escolares o de beneficencia, y a los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque sean de particulares.

Por excepción, ciertos particulares son llamados a responder, cuando se hallen encargados por cualquier concepto de los fondos a que alude el artículo 263. Con todo, como la razón de ser de esta ampliación legal del sujeto activo reside en que tales individuos han asumido una responsabilidad y se ha depositado en ellos una confianza general, resulta que también en este caso estamos ante un delito especial.

Para Soler, la protección extraordinaria que la ley le acuerda a ciertos fondos privados lleva a tratar a quien los administra como si fuera un funcionario, entendiéndose que la incorporación de este artículo es inconveniente.⁴⁵

Las acciones contempladas son las de los artículos 260, 261 -primer párrafo- y 262. Los objetos son los bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, los caudales embargados, secuestrados o depositados. La doctrina es pacífica en considerar que no podrán ser objeto de malversación los bienes objeto de administración, depósito o custodia convencionalmente constituidos, con un origen contractual.

8. DEMORA EN EL PAGO O NEGATIVA A ENTREGA. ARTÍCULO 264 DEL CÓDIGO PENAL

El artículo 264 sanciona con inhabilitación especial de 1 a 6 meses al funcionario público que, teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago o que, requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración.

Es decir, que prevé dos conductas: la demora injustificada de pago y la negativa a entregar bienes.

⁴⁵ Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 196.

El primero se trata de un delito de omisión propia, que sólo debería ser una infracción administrativa. Soler dice que se trata de una conducta omisiva, de una desobediencia que se califica por la condición del sujeto activo en relación con el tipo básico del artículo 239 y, como tal, debería estar ubicada en ese capítulo. Considera que se trata de una infracción que sólo muy indirectamente puede perjudicar patrimonialmente al Estado por posibles demoras en el cumplimiento de las obligaciones, tratándose más bien de una negligencia.⁴⁶

Para Creus, la punibilidad se justifica porque perturba el normal desenvolvimiento de la esfera patrimonial del Estado.⁴⁷

Núñez acota que, aunque este delito es más bien de desobediencia, el deber de pagar que tiene el funcionario, si bien su omisión no constituye una aplicación indebida del artículo 260, ni una sustracción exigida por el artículo 261, participa de la esencia de la malversación pues perturba la normal realización del destino asignado legalmente a los fondos públicos.⁴⁸

Demora el pago quien no lo hace en el tiempo debido de acuerdo con la ley, el reglamento o la costumbre administrativa, pudiendo consistir en no efectuar el pago el funcionario que debe hacerlo o en no dar en ese tiempo la orden de pagar cuando el pago debe hacerlo otro funcionario. La acción consiste en no pagar cuando, no obstante poder (porque se poseen los fondos), se debe pagar (porque es el tiempo oportuno).

El tipo tiene un elemento normativo “injustificadamente”, conocimiento que consiste en la valoración paralela del autor en la esfera del lego. Es un delito doloso.

En cuanto a la *segunda parte del artículo 264*: la negativa a entregar bienes, se trata de una desobediencia, que entorpece al normal ejercicio de la Administración Pública. Rehusar es negarse explícita o implícitamente a la entrega una vez que ha sido ordenada, es desobedecer el requerimiento efectuado por la autoridad competente. Es un tipo omisivo propio; la norma que subyace bajo el tipo es un mandato.⁴⁹ Es necesario

46. *Ibíd.*, p. 211.

47. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 323.

48. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 124.

49. Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 308.

el requerimiento de la autoridad a efectos de que el objeto sea entregado a quien requiere, que debe ser competente para ello.

Para Núñez, se trata de otra malversación omisiva. El deber violado por el funcionario en este caso es el requerimiento efectuado por una autoridad facultada legalmente para ordenarle la entrega del bien. Si el funcionario ha cambiado el destino, o ha sustraído el bien, el delito es el del artículo 260, o el del artículo 261 respectivamente.⁵⁰

Para Creus, aunque el núcleo del tipo se acerque a la desobediencia, el hecho es en sí una malversación, porque en este caso no se protege el principio de autoridad, sino el normal ejercicio de la actividad patrimonial de la Administración.⁵¹

50. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 126.

51. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 324.

JURISPRUDENCIA

Procesamiento. Faltante de dinero en la cooperadora de una escuela subsidiada en parte por el Gobierno de la Ciudad. Imputado que reviste la calidad de Director de la escuela. Medidas tendientes a profundizar la investigación. Revocación. Falta de mérito.

Hechos: Apela la defensa el procesamiento del imputado por el delito de malversación de caudales públicos a quien se le reprocha el mal manejo de los fondos de una Cooperadora del establecimiento educativo donde ejercía la dirección.

Fallo: (...) Ahora bien, juzga la Sala que el temperamento compromisorio adoptado no puede, al menos de momento, recibir homologación.

Es que la compulsas de las constancias de la causa revelan que aún no se ha determinado en qué momento del año 2005 tuvieron lugar los desvíos denunciados ni se explicaron las razones por las que podría atribuirse esos actos fraudulentos a un accionar desplegado en concreto por el imputado, máxime cuando este revestía la calidad de Director del establecimiento educativo y, a la luz de la normativa que regula la constitución y el funcionamiento de las asociaciones cooperativas (artículo 14 de la Ordenanza Municipal N° 35514 y artículos 12, 25, 32, 41 y 62 del Estatuto respectivo), no tenía a su cargo la administración de esos fondos -lo que le impedía realizar actos dispositivos tales como extracciones de dinero o emisión de cheques- y que, según se comprobó, en el mes de octubre dejó de cumplir funciones por encontrarse en uso de licencia médica (fs. ...).

Se advierte entonces necesario profundizar la pesquisa a fin de dar respuesta al interrogante planteado y desentrañar con mayor precisión el modo en que se habría desarrollado la maniobra que se investiga, para lo cual deviene útil realizar un peritaje contable con base en el cotejo de los movimientos mensuales que se registraron en las cuentas corrientes n° (...) del Banco de la Ciudad de Buenos Aires durante el año 2005, y su posible respaldo en los comprobantes aportados.

Con base en esos elementos deberá analizarse la pertinencia de escuchar como testigos a (...) para que indiquen, de ser posible, la causa de las extracciones bancarias.

Finalmente, en relación a los gastos que fueron identificados como no autorizados, cabe indicar que aún no se ha establecido quién habría realizado esas erogaciones.

En tales condiciones, el tribunal RESUELVE: REVOCAR el auto de fs. (...) y dictar la FALTA DE MÉRITO para procesar o sobreseer a (...) en orden al hecho por el cual fue indagado (artículo 309 del CPPN). (...).

Seijas, González, Lucini. (Sec.: Morillo Guglielmi).

2014/11_4 ASOC. COOP. ESCUELA 20 y otros. 22/02/12 c. 2.014. C. N. Crim. y Correc. Sala IV.

Funcionario público. Procesamiento por malversación de caudales públicos por equiparación. Agravio: Particulares depositarios judiciales no poseen la calidad de funcionario público. Rechazo. Equiparación. No afectación del principio de legalidad. Confirmación.

Fallo: (...) contra los puntos I y III del auto de fs. 75/87 que dispuso su procesamiento en orden al delito de malversación de caudales públicos por equiparación y trabó un embargo (...) G. M. habría tornado incierto el destino del Renault Megane dominio (...), que se encontraba bajo su custodia en virtud de su carácter de depositario judicial conferido el 5 de agosto de 2009 por el oficial de justicia que lo secuestró por orden del Juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Comercial N° (...), Secretaría N° (...) en el expediente (...), en donde actuaba como letrado patrocinante de la parte actora.(...).

(...) Sostuvo el impugnante que el automóvil nunca estuvo bajo su custodia efectiva sino que estaba en poder de NP, vice-presidente de la sociedad "(...) S. A." y que siempre informó su ubicación y que no podía aplicarse al caso la figura de malversación de caudales públicos pues los particulares depositarios judiciales de bienes embargados no son funcionarios públicos.

Así obró sin dolo y a lo sumo fue negligente al cuidar el vehículo (...).

(...) De esta forma advertimos que no le fue informado al juez comercial lo alegado respecto a que la custodia la realizaba otra per-

sona y en todo caso debió hacerle saber ese extremo en razón de las obligaciones que le eran inherentes por su condición.

La equiparación del artículo 263 del Código Penal respecto de los particulares con los funcionarios públicos, no afecta el principio de legalidad pues ello se encuentra previsto expresamente en la legislación.

Al respecto, la doctrina ha sostenido que “La norma equipara ciertos bienes a los que -sin ser públicos- el Estado ha considerado necesario otorgarles una mayor protección, ya sea por su destino o por su imputación (°) contiene una doble equiparación: por un lado, se equipara al autor del delito con el funcionario público que tiene a su cargo la administración o custodia de bienes; por otro, se equiparan los bienes privados a los bienes públicos (°). La protección extraordinaria que la ley quiere acordar a ciertos fondos privados lleva a tratar a quien los administra como si fuera un funcionario que maneja fondos públicos, aunque ni uno ni lo otro sea real. El poder agravante proviene de la calidad de los fondos o de la situación de estos (°). Se ha señalado que la persona que administra o custodia estos bienes [caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente] (sea particular, empleado o funcionario público), reviste la calidad de funcionario público transitoriamente, porque la autoridad competente le ha delegado los deberes y facultades propios del cargo de depositario de tales bienes (sólo respecto a los mismos)” (ver David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. 1 edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, Tomo 10, págs. 672/673 y sus citas).

Consideramos que el indagado actuó con dolo pues conocía el carácter público -por equiparación- del bien y la relación funcional con ellos por su carácter de depositario judicial; y tuvo la voluntad de separarlo de la esfera de custodia al brindar información inexacta de donde se hallaba el vehículo y no lo restituyó cuando le fue ordenado por el magistrado comercial.

Nótese que el juez dispuso la devolución a B. del rodado el 6 de octubre de 2010 (ver fs. 1 (...) del expte. N° (...)).

Todo lo expuesto permite inferir que G. M. sustrajo de la administración un bien que debía custodiar, en tanto no anotició al tribunal de su efectiva ubicación, siendo que hasta la fecha se desconoce, impi-

diendo de esta manera la preservación de la seguridad administrativa del automóvil, por lo que corresponde confirmar el procesamiento (...).

(...) En mérito a los argumentos expuestos, este Tribunal RESUELVE: Confirmar los puntos I y III (...).”

Filozof, Lucini, Pinto. (Sec.: Carande).

41693_12_6 GARGANO MENDOZA, Miguel Ángel. 13/06/13 c. 41.693/12. C. N. Crim. y Correc. Sala VI.

Se citó: (1) David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. 1ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, Tomo 10, págs. 672/673 y sus citas.

Contienda entre Juzgado Correccional y Juzgado de Instrucción. Funcionarios policiales que se apoderaron ilegítimamente de motocicletas incautadas en predio perteneciente a la Comisaría. Funcionarios públicos que tenían a su cargo la custodia de los bienes incautados. Impedimento de preservación de la seguridad administrativa de los bienes. Justicia de Instrucción.

Fallo: (...) Se imputó a (...) y (...), agente y suboficial escribiente de la Policía Federal Argentina respectivamente, el haberse apoderado ilegítimamente de tres motocicletas que se hallaban incautadas en el predio ubicado en la calle (...) -bajo la autopista (...), entre las calles (...)-, perteneciente a la Comisaría (...) de la Policía Federal (...).

El señor juez correccional luego de indagar a los imputados, se declaró incompetente en el entendimiento de que el hecho constituiría el delito de malversación de caudales públicos -que sería abarcado por el artículo 261 del Código Penal- pues, en su carácter de funcionarios públicos, aquellos habrían sustraído los bienes que, en razón de su cargo, les habrían sido confiados (...).

De adverso, la señora juez de instrucción sostuvo que el hecho se subordina típicamente en la figura de hurto agravado (CP art. 163 bis), cuya escala penal determinaría la competencia de la justicia en lo correccional, según se establece en el artículo 27, inc. 2, del Código Procesal Penal (...).

Al respecto, comparte el Tribunal el criterio asumido por el señor fiscal general (...), en cuanto a que no puede desconocerse como hipótesis que los imputados en su carácter de funcionarios públicos tenían

a su cargo la custodia de los bienes incautados en un predio que era administrado por la Policía Federal Argentina y habrían sustraído las motocicletas fuera del ámbito asignado, lo que habría impedido la preservación de la seguridad administrativa de los bienes.

En consecuencia, el Tribunal RESUELVE: DECLARAR que en las presentes actuaciones deberá intervenir el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción (...).

Divito, Pociello Argerich. (Prosec. Cám.: Decarli).

1306/12_7 TALE, Miguel Néstor. 14/09/12 c. 1.306/12. C. N. Crim. y Correc. Sala VII.

Malversación de caudales. Disposición de fondos. Facultad del órgano. Ausencia de asignación de destino. Improcedencia.

La funcionaria a cargo de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires que pagó cauciones fijadas a detenidos imposibilitados de hacer efectiva la excarcelación por falta de medios económicos, actuó dentro de las atribuciones propias del organismo a su cargo y se complace con lo normado por los arts. 75, inc. 22, CN, art. 137 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la ley N° 3 de esa ciudad autónoma.

Tal conducta no configura el tipo penal de malversación de caudales públicos pues, en ese delito, el funcionario público otorga a los caudales o efectos un destino distinto al que tenían asignados; por tanto, si los fondos no tienen un destino determinado, no puede hablarse del delito de malversación.

Donna, Navarro, Filozof.

17819_1 O., A. 18/06/02 Publicado en Bol. Int. de Jurisp. N° 2/2002, pág. 100. c. 17.819. C. N. Crim. y Correc. Sala I.

Malversación de caudales públicos. Causa de justificación. Exclusión. Utilización de bienes del Estado para provecho propio. Configuración.

Si el imputado, en su carácter de Director operativo del SAME, dispuso la utilización de dos ambulancias de dicha institución para trasladar a su sobrino a un club ubicado en la Provincia para que lleve a cabo sus prácticas de fútbol y luego lo trasladaba a su domicilio, ha

abusado de sus funciones y se ha apartado de los fines administrativos previstos para los vehículos en cuestión.

Las excusas vertidas por el encausado en cuanto a las amenazas que padeciera su sobrino (lo que habilitaría la aplicación de la causa de justificación prevista en el art. 34, inc. 3° del CP) no lo exculpan en modo alguno para disponer de los bienes del Estado destinados a socorrer a los ciudadanos. Menos aún, cuando contaba con los medios legales para contrarrestar los temores a los que hace referencia.

Las causas de justificación traen aparejada la existencia del dolo, y no su ausencia, lo que se excluye es la antijuridicidad del acto o la culpabilidad del autor, dependiendo ello de la tesis que se escoja. Por ello, debe confirmarse el procesamiento dictado al imputado en orden al delito previsto en el art. 261 *in fine* del C.P.

Escobar, Gerome (Sec.: Paisan). 20617_6 ESPINOSA, Luis Alberto. 14/03/03 c. 20.617. C. N. Crim. y Correc. Sala VI.

CAPÍTULO 16
MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS,
PECULADO Y NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES
CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS

ARTÍCULOS 260-265 DEL CÓDIGO PENAL

NOTA INTRODUCTORIA A LOS DELITOS DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS, PECULADO (ARTÍCULOS 260 AL 264 CP) Y NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA (ARTÍCULO 265 CP)

Por Fabián Omar Canda*

1. LA TRANSFERENCIA DE LOS DELITOS DE MALVERSACIÓN Y NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES A LA ÓRBITA DE LA CABA. SU ALCANCE

La Ley N° 26702 dispuso la transferencia a la órbita de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la investigación y juzgamiento de los delitos que serán objeto de este estudio. Dicha transferencia se efectúa bajo las siguientes reglas:

-No se transfiere la investigación y juzgamiento de delitos en “materia federal” (Ley N° 26702, artículo 1).

* Abogado por la Universidad de Buenos Aires y Máster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral, Diploma de Honor y Premio Editorial Ciencias de la Administración a la mejor tesina año 1994. Profesor de posgrado en Derecho Administrativo en las Universidades Nacionales de Buenos Aires, Cuyo, Nordeste, La Pampa, Comahue, Tres de Febrero y La Matanza; de las Universidades Austral y Católica de Buenos Aires, y de las Escuelas del Cuerpo de Abogados del Estado de la Nación, de la Provincia de Buenos Aires y de la CABA. Es autor de un libro y de múltiples trabajos de doctrina publicados en revistas y libros colectivos en el país y en el extranjero. En la vida profesional, se desempeñó como Fiscal de Investigaciones Administrativas, Secretario de la Comisión de Reglamentos del Consejo de la Magistratura de la Nación, Jefe de Gabinete del Síndico General de la Nación y Fiscal Federal en lo Civil y Comercial Federal. En la actualidad es Fiscal en lo Contencioso Administrativo Federal.

Los delitos de malversación de caudales públicos y negociaciones incompatibles integran el catálogo de “delitos contra la Administración Pública”. En razón del sistema federal adoptado por nuestro Estado, la Administración Pública es una organización administrativa presente tanto a nivel nacional como provincial y municipal. La Ley N° 26702 transfiere la competencia para la investigación y juzgamiento de aquellos delitos “*ocurridos exclusivamente en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuando se tratare de actos cometidos por sus funcionarios públicos, o contra sus funcionarios públicos, que atenten contra el funcionamiento de sus poderes públicos u ocurran en el marco de un proceso judicial que tramite ante los tribunales locales*” (Ley N° 26702, Anexo, Punto segundo).

De esta disposición es dable extraer que serán competentes las autoridades ciudadanas en la medida en que los delitos en cuestión se sucedan en su ámbito territorial (elemento jurisdiccional), por o contra sus funcionarios públicos (elemento subjetivo), y cuando dichos delitos atenten contra el correcto funcionamiento de los poderes públicos de la Ciudad (elemento teleológico). Analicemos sucintamente estos requisitos.

a) **Ámbito jurisdiccional:** la ley preceptúa que deben ocurrir “exclusivamente” en el ámbito de la CABA. Este requisito requiere – en nuestro parecer- alguna precisión, pues si bien lo usual es que los delitos contra la administración local se sucedan en su ámbito territorial, puede ocurrir que fácticamente se concreten en alguna otra jurisdicción pero afecten el correcto funcionamiento de aquella administración. En nuestro parecer, lo sustancial en estos delitos es que se vea afectado el bien jurídico “buen funcionamiento de la Administración Pública de la CABA”, sin perjuicio del ámbito territorial en el que el delito pueda haberse consumado. En otras palabras, si el delito es cometido por un funcionario público de la CABA e impacta sobre el buen funcionamiento de esa Administración Pública, la competencia para investigarlo y juzgarlo será de las autoridades de la Ciudad, más allá de que el delito pudiere haber “ocurrido” o se hubiere consumado -desde el punto de vista territorial- en o desde otra jurisdicción.

b) **Elemento subjetivo:** los delitos de malversación y negociaciones incompatibles que se transfieren son aquellos que sean cometidos por funcionarios públicos de la Ciudad. Va de suyo que los que cometan funcionarios nacionales o provinciales serán investigados y

juzgados -como lo han sido hasta ahora- por las autoridades nacionales y provinciales que correspondan.

c) Elemento teleológico: La ley de transferencia identifica el bien jurídico protegido en este tipo de delitos: el buen funcionamiento de la Administración de la Ciudad. De modo que para que una malversación o negociación incompatible pueda ser investigada y juzgada por las autoridades de la CABA, es menester que el delito impacte sobre dicho bien jurídico. Si no impactase sobre la Administración, o si incidiese sobre el buen funcionamiento de una Administración nacional o de alguna provincia, su investigación y juzgamiento no corresponderá a la Ciudad Autónoma.

Los poderes públicos comprometidos por la comisión de estos delitos son los propios de la CABA y no los de otros ámbitos jurisdiccionales. En este sentido, cabe recordar que como consecuencia de nuestro sistema federal, los tribunales federales y provinciales juzgan los delitos cometidos contra las respectivas administraciones públicas según la jurisdicción que corresponda (artículos 5, 121, 122, 123, y para la CABA, artículo 129 CN), sin que ello se altere por el hecho de que en todas las jurisdicciones rija el mismo derecho penal de fondo, reservado a la Nación y vedado en su regulación a las provincias (artículos 75, inciso 12, y 126 CN), y por cierto también a la CABA.

2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN ESTOS DELITOS

Si se acepta que definir el bien jurídico protegido implica enunciar de modo sintético y concreto aquello que se procura proteger realmente, el capítulo VII del Código Penal persigue preservar el “correcto funcionamiento de la Administración Pública”; más precisamente, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado y la fidelidad de los funcionarios públicos al velar por aquel.¹ No se protege la propiedad de los bienes (no estamos frente a delitos contra la propiedad), sino el cumplimiento de la finalidad a la que aquellos están destinados.

Por eso, el quid en estos delitos es el otorgamiento a los bienes públicos de una finalidad distinta a la querida por el legislador, con lo cual

1. Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª edición actualizada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, T. III, p. 293.

la conducta típica se emparenta -haciendo ahora una vinculación interdisciplinaria- con el vicio de desviación de poder que se estudia en el derecho administrativo como el vicio específico que recae en el elemento finalidad del acto administrativo (artículos 7, inciso f), y 14, inciso b) de la LNPA N° 19549, y de la LPA CABA, Decreto 1510/97, respectivamente). Se incurre en este vicio cuando el funcionario competente, para dictar un determinado acto, lo hace con una finalidad distinta (pública o privada) a la querida por la norma atributiva de la competencia.²

Se procura, pues, preservar la regularidad del desarrollo de las actividades patrimoniales del Estado a través del aseguramiento de la finalidad para la cual fueron destinados por el legislador los bienes públicos.³

La finalidad propia de los bienes públicos será aquella que le asignen las normas específicas que los regulan. Por ejemplo, en materia dineraria, la norma presupuestaria sancionada por el órgano deliberativo pertinente (el Congreso en la Nación; la Legislatura en la Ciudad) es la que determina qué, cómo y cuándo se habrán de gastar los recursos monetarios estatales. Cuando se asigne a estos recursos una finalidad distinta a la querida por la ley de presupuesto, y se reúnan los demás requisitos que seguidamente veremos, se incurrirá en una malversación de caudales públicos.

3. LA MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

Artículo 260: *“Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída”.*

Esta disposición prevé una figura básica, que se configura cuando el funcionario otorga a los caudales o efectos que se administre una

2. Para una aproximación a este vicio y su evolución, puede verse Canda, Fabián, “La desviación de poder: del Consejo de Estado a la Corte IDH, del Derecho Administrativo local al Derecho Administrativo convencional. El caso “Granier” (Radio y Televisión de Caracas) y el Derecho Administrativo como derecho convencional concretizado”, DPI, *Diario Administrativo* Nro 92 - 24/11/2015, y *Diario Administrativo* Nro 93 - 01/12/2015.

3. Creus, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires, Astrea, 1981, p. 311.

aplicación diferente a la que están destinados, y otra agravada, que se suscita cuando a resultas de la aplicación diferente se produce un daño o entorpecimiento del servicio al cual estaban destinados los bienes.

3.1. Malversación simple [artículo 260, primera parte]

Tipo objetivo

Acción típica

La acción típica consiste en dar a los caudales o efectos administrados una aplicación diferente a aquella a la cual estuvieren destinados.

Es importante puntualizar que dicha aplicación diferente no debe ser, necesariamente, extraadministrativa. Cuando la aplicación se incardina a una finalidad que excede el ámbito de la Administración y genera una “sustracción” del bien público, se ingresa en otra figura penal, tal es la del peculado del artículo 261 del Código Penal. Con base en este criterio, la jurisprudencia sostuvo que la conducta de un ministro que asignó a los fondos reservados una finalidad distinta pero igualmente administrativa (pago de sobresueldos a funcionarios públicos), encuadra en los cánones de la malversación del artículo 260 y no en el peculado del artículo 261.⁴

Atento lo expuesto, la figura de la malversación exige que el bien o caudal público se destine a una finalidad distinta a la prevista por las normas, pero siempre destinada a la satisfacción de un interés público y no de uno privado. Si se destina a la atención de una finalidad privada, y ello implica sustraer el bien público de la esfera administrativa, se configura un peculado.⁵

4. C. N. Fed. Crim. y Corr., Sala II, “Granillo Ocampo”, 19/9/2006 (cit. por D'Alessio, Andrés (Director), *Código Penal de la Nación comentado y anotado*, 2ª ed. actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2009, nota 490, T. II, p. 1295). Se tuvo por configurado el delito en un caso en el cual se constató que el imputado certificó falsamente el cobro de los haberes de sueldo del agente, así como la firma estampada del lado del agente era de su autoría, lo que posibilitaba el cobro indebido de los sueldos; si aquel había procedido a certificar falsamente la prestación de servicios a las personas antes mencionadas; si por medio de los peritajes caligráficos realizados se ha podido establecer que las firmas existentes en los recibos de sueldos cuestionados no pertenecen a quienes allí figuran como designados, y además estas personas al prestar declaración han referido en lo sustancial que nunca prestaron funciones en el citado Concejo Deliberante de la CABA (C. N. Crim. y Corr., Sala I, “DE LA RUÍA, Fernando”, 16/10/02, causa 18.755).

5. Creus, Carlos, *op. cit.* p. 317, con cita de Núñez y Fontán Balestra.

Para que la acción sea típica, los bienes que se malversan tienen que estar destinados a una determinada aplicación.

Por cierto, para que se pueda imputar la comisión de la conducta típica, esa aplicación tiene que ser previa y surgir de una norma o de un acto dictado por autoridad competente para disponer el destino. Así, el destino o aplicación deberá encontrarse determinado en una norma (Constitución, ley o reglamento), o bien surgir de un acto administrativo de alcance general no normativo⁶ (la autoridad competente asigna X partidas presupuestarias a la satisfacción del acto eleccionario del día X), o de un acto administrativo de alcance particular (la autoridad competente asigna X partida a la compra de un determinado bien).

La jurisprudencia tiene dicho que es atípica la conducta de la Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires que, para cumplir con sus funciones, afectó una partida presupuestaria que carecía de un destino legalmente determinado.⁷ De modo análogo, se ordenó revocar un procesamiento por este delito cuando existan dudas en punto a si las partidas fueron o no utilizadas para las obras a las que estaban destinadas.⁸

En suma, para que exista malversación, el bien público tiene que haber sido asignado a una determinada finalidad por una norma o por un acto administrativo emanado de autoridad competente. Esto im-

6. Esta categoría engloba a aquellos actos que regulan situaciones de carácter general y abstractas pero que se agotan con su consumación (v. gr. la convocatoria a un acto eleccionario, a presentar ofertas en el marco de una licitación pública, a inscribirse en una carrera universitaria, etc.). Estos actos no son normativos porque se agotan con su ejecución. Carecen, pues, de la vocación de permanencia que caracteriza a los reglamentos.

7. C. N. Crim. y Corr., Sala I, "O., A.", 18/6/2002, La Ley, SIP, marzo 2003, cit. por D'Alessio, *op. cit.*, nota 488, T. II, p. 1294. En el caso, la Defensora utilizó fondos asignados al organismo para pagar cauciones fijadas a detenidos que carecían de medios económicos suficientes para afrontarlos.

8. "La acción típica del delito de malversación de caudales públicos previsto en el artículo 260 del CP, consiste en dar a los caudales o efectos una aplicación diferente de la que corresponde, de manera que el destino no resulte el establecido legalmente, sino otro, que arbitrariamente impone el funcionario. Por tanto, hasta tanto no se determine con precisión si el dinero utilizado para realizar las remodelaciones edilicias encaradas por los funcionarios contaba con respaldo presupuestario previo y en su caso, si las mejoras concretadas se corresponden a la inversión realizada, en base al presupuesto que regía para estas operaciones, debe revocarse el procesamiento decretado y dictar la falta de mérito de los incurso" (C. N. Crim. y Corr., Sala I, "FATALA, Abel Claudio", 26/05/03, causa 19.218).

plica que el para qué del bien debe estar reglado. Si existe discrecionalidad -es decir, si el funcionario puede asignar un bien de modo indiferente, pues tiene ante sí un abanico de soluciones justas posibles- no cometerá el delito al destinarlo a cualquier finalidad pública.

Una cuestión interesante se suscita cuando el bien tiene una asignación o destino establecido mediante conceptos jurídicos imprecisos.⁹ En estos casos, la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados enseña que habrá asignaciones que claramente encuadrarán en el destino establecido¹⁰ (es lo que se denomina “zona de certeza positiva”); habrá otras que con igual claridad quedarán fuera de la finalidad perseguida¹¹ (“zona de certeza negativa”); mientras que -por último y más interesante- habrá otro cúmulo de situaciones signadas por la duda¹² que caracterizan a la “zona de incertidumbre” o “halo del concepto”.

En suma, habrá que analizar si el destino dado en concreto al bien público por el funcionario encuadra en la zona de certeza positiva (caso en el que no habrá malversación); o si, por el contrario, dicho destino se sitúa en la zona de certeza negativa (supuesto en el cual la conducta será típica). Por último, si el destino elegido por cae en el halo del concepto o zona de incertidumbre, ello implicará que no es posible postular que se ha dado un destino distinto al querido por el legislador,¹³ por lo cual la conducta no es punible.

Sujeto activo

Sólo puede ser autor quien es funcionario público, por lo que se trata de un delito especial propio.¹⁴

9. V. gr. una partida es asignada a la satisfacción de “necesidades operativas” de una fuerza de seguridad.

10. En nuestro ejemplo, destinar la partida a la compra de combustible para los móviles policiales.

11. Asignación de la partida a la organización de un torneo de fútbol interno en el ámbito de la fuerza policial.

12. Asignar la partida al embellecimiento externo de la comisaría; a la construcción de una cocina para el personal policial, etc.

13. O por el acto administrativo particular dictado por autoridad competente para asignar una finalidad a un bien público.

14. Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. III, p. 302.

Por cierto, y como ya fuera puntualizado, toda vez que el traspaso de las competencias para investigar y juzgar lo es en beneficio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, va de suyo que los funcionarios que pueden ser sujetos activos de la malversación son aquellos con competencia para destinar bienes de la Ciudad y no los funcionarios de las provincias ni los de la Nación.

Ahora bien, no cualquier funcionario público de la Ciudad puede malversar bienes: debe tratarse de aquel que tiene competencia para administrarlos. En efecto, el tipo requiere que la aplicación diferente se otorgue a los bienes que el funcionario “administrare”.

La asignación de la competencia para “administrar” bienes públicos ha de emanar de la Constitución, de la ley o de un reglamento (artículo 3 LPA CABA). En este sentido, cabe recordar que la competencia es la aptitud legal para obrar y que las organizaciones estatales -al revés de los habitantes- no cuentan con libertad ontológica de actuación, sino que extraen su aptitud para obrar del ordenamiento jurídico.¹⁵ De modo tal que dicho ordenamiento jurídico no sólo juega como un límite negativo (en el sentido de que preceptúa qué está prohibido hacer tanto para los particulares como para los órganos y entes estatales), sino que vincula positivamente a estos últimos, de modo que sólo tendrán competencia para hacer aquello que el ordenamiento jurídico previamente les habilite.

El sintagma “administrar” aplicado a los caudales o efectos públicos constituye un concepto jurídico indeterminado, que exige verificar, en cada caso, cuál es el órgano¹⁶ con competencia o encargado de administrar tales bienes y -más concretamente, a efectos de la conducta típica- cuál es el órgano con facultades para otorgar o dar al bien en cuestión un destino concreto.

15. El art. 19 CN establece el principio según el cual las personas pueden hacer todo aquello que no esté prohibido, pero esta libertad ontológica del ser no aplica para la persona jurídica estatal. Los órganos y entes administrativos sólo pueden hacer aquello que el ordenamiento jurídico les habilita a hacer de modo expreso o razonablemente implícito, leyendo este último estándar conforme al criterio de la especialidad.

16. La teoría del órgano, que sirve para explicar cuándo una conducta se imputa a la administración, supone la existencia de una persona física -el funcionario- que actúa la voluntad administrativa. La voluntad del funcionario se incrusta en el órgano (que es un concepto objetivo) y así se conforma la voluntad administrativa.

Así, no incurre en el delito de malversación el director de un establecimiento educativo estatal al que se imputa un desvío en fondos pertenecientes a la cooperadora escolar, toda vez que “a la luz de la normativa que regula la constitución y el funcionamiento de las asociaciones cooperativas.... No tenía a su cargo la administración de esos fondos -lo que le impedía realizar actos dispositivos tales como extracciones de dinero o emisión de cheques...”.¹⁷

Desde la doctrina penal se ha sostenido que, a los efectos del delito que nos ocupa, es administrador “quien está facultado administrativamente para aplicar los bienes a las finalidades legalmente determinadas, es decir, que tenga la facultad de disposición sobre ellos”,¹⁸ sin que sea necesario que detente la posesión material.

Por cierto, dentro del universo de bienes públicos destacan por su vital relevancia para el funcionamiento del Estado las partidas presupuestarias votadas anualmente por los órganos deliberantes de la Nación, las provincias y los municipios.

A los fines de este delito, cabe señalar que lo atinente a la administración de las partidas previstas en el presupuesto anual que posibilitan la operatividad del Estado (caudales, en la terminología del Código Penal) se halla regulado en las leyes de administración financiera (LAF).

En el ámbito de la CABA, la LAF N° 70 establece la inexistencia de “gastos reservados, secretos o análogos, cualquiera que sea su denominación” (artículo 31), quedando vedada de tal modo la posibilidad de que existan partidas destinadas a finalidades no explicitadas adecuadamente o desdibujadas bajo el rótulo de lo secreto, reservado, etcétera. Los gastos que se dispongan en contravención a la ley son calificados de nulos (artículo 35).

Esto conduce, en lo que aquí interesa, a que cualquier destino que quiera darse a una partida para la supuesta atención de gastos reservados o secretos resulte contraria a la ley y típica en los términos del delito que venimos estudiando.

Una vez aprobado el presupuesto, el Ejecutivo establece su distribución “desagregada hasta el último nivel previsto en los clasificadores y categorías de programación utilizadas, de los créditos y realizaciones

17. C. N. Crim. y Corr., Sala IV., “ASOC. COOP. ESCUELA 20 y otros”, 22/02/12.

18. D'Alessio, Andrés, *op. cit.*, T. II, p. 1293, con cita de Creus, Núñez y Fontán Balestra.

contenidas en la Ley de Presupuesto General” (artículo 54), prohibiéndose la disposición de los créditos “para una función distinta a la prevista” (artículo 60).

Las modificaciones relevantes al presupuesto en ejecución corresponden a la Legislatura, mientras que las que no revistan esa importancia pueden ser dispuestas por el Poder Ejecutivo (artículo 63).¹⁹

La desagregación detallada procura reducir la discrecionalidad de las autoridades competentes en el uso de las partidas y permite verificar con mayor precisión si el destino dado, en concreto, a cada una de ellas, encuadra o no en la finalidad establecida.

Objeto

La malversación recae sobre “caudales o efectos”, conceptos utilizados también en los delitos previstos en los artículos 261 y 262 del Código Penal. Conforme la doctrina y jurisprudencia,²⁰ el concepto “caudales” no queda equiparado sólo a dinero, sino que abarca toda clase de bienes con el alcance del artículo 2312 del antiguo Código Civil, es decir, cosas o bienes materiales e inmateriales. Se ha entendido, por otra parte, que el vocablo efectos se vincula con documentos de crédito emanados del Estado.

Sin desmedro de esta interpretación clásica de ambos conceptos, pensamos que de acuerdo con el uso común dado a estos conceptos, “caudales” parece vincularse más con dinero, mientras que “efectos” remite a la idea de “cosas” o “bienes”.²¹

19. La Legislatura puede modificar la ley de Presupuesto “cuando afecte al total del presupuesto, al monto del endeudamiento autorizado, así como incrementar los gastos corrientes en detrimento de los gastos de capital o de las aplicaciones financieras, cambiar la distribución de las funciones, y modificar el crédito total autorizado para las partidas de “Transferencias” y las de “Personal” con excepción de los refuerzos originados en el “Crédito Adicional”. Las demás modificaciones corresponden al Poder Ejecutivo, pudiendo delegar esta atribución en el órgano coordinador de la Administración Financiera y en el órgano rector del Sistema de Presupuesto. En todos los casos dichas modificaciones deben ser publicadas en forma íntegra en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires dentro de los cinco (5) días de firmada la Resolución correspondiente” (art. 63). En casos de emergencia, el PE puede disponer autorizaciones para gastar no previstas en la ley de presupuesto (art. 65).

20. Ver, por todos, Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 313.

21. El significado de caudal en su cuarta acepción es el de “bienes de cualquier especie y más comúnmente dinero”, mientras que el de “efectos” en su novena es el de “bienes,

Más compleja es la calificación de los caudales o efectos como “públicos”, destacándose, en la doctrina penal, dos teorías al respecto: una pone énfasis en la tésis o finalidad del caudal o efecto, y ha sido denominada “teoría del riesgo”. Esta posición considera que son caudales o efectos públicos todos los destinados a satisfacer un fin igualmente público (con lo cual se excluyen los asignados a fines de índole industrial o comercial perseguidos por entidades estatales tales como empresas y sociedades del Estado). La otra se centra en el sujeto titular de los bienes, y se denomina “teoría de la pertenencia”, según la cual son caudales o efectos públicos todos aquellos que pertenecen al Estado, sin importar la finalidad a la cual sean destinados.²²

Tipo subjetivo

La figura no prevé elemento subjetivo especial alguno que no sea el dolo, de modo que el delito se produce cuando quien actúa conoce la calidad de funcionario con competencia para disponer del bien (administrador); conoce asimismo el destino al que se encuentran asignados los caudales y efectos, y sabe que los aplica a un fin distinto, admitiéndose el dolo eventual.²³

Concreción del delito. Posibilidad de tentativa

Al tratarse de un delito de peligro, no se exige la concreción de un daño o lesión patrimonial. El bien jurídico se lesiona con la mera aplicación indebida de los bienes que afecta el correcto funcionamiento de la administración en la faz patrimonial. Ahora bien, esa aplicación indebida debió concretarse para que se afecte el bien jurídico protegido. Se ha considerado insuficiente el dictado de un acto administrativo disponiendo meramente un cambio de imputación sin que esta se haya concretado. Ello no implica, empero, que sea necesario que el bien sea “gastado”, sino que es suficiente su “utilización” con un destino diverso al querido por el legislador.²⁴

muebles, enseres”. A favor de la interpretación vigente en la doctrina clásica, en su quinta acepción “efectos” significa “documento o valor mercantil” (Diccionario de la RAE).

22. Un análisis pormenorizado de estas teorías puede verse en Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. III, pp. 299-300. En materia jurisprudencial, D'Alessio cita jurisprudencia vinculada con ambas teorías (cfr. D'Alessio, *op. cit.*, T. II, p. 1294, notas 485 y 486).

23. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 321.

24. *Ibíd.*, pp. 317-318.

En cuanto a la posibilidad de tentativa, tratándose de un delito de peligro se plantean serias dudas en cuanto a que pueda considerarse viable aquella. Sin embargo, Núñez y Creus la admiten al entender que en este tipo penal el peligro se patentiza a través de un resultado material (la aplicación desviada de los fondos), en cuyo iter pueden darse diversas etapas.

3.2. Malversación agravada [artículo 260, parte final]

El delito se agrava si a resultas del desvío de los fondos se sigue “un daño o entorpecimiento del servicio” al cual estaban destinados.

Consideramos que a los efectos penales, el concepto “servicios” está utilizado como equivalente a “servicio o función administrativa”, y no en el sentido técnico de “servicio público” que, como es sabido, es sólo una parte o porción -junto con las técnicas de ordenamiento y las de fomento- de la actividad estatal a cargo de la Administración. Por “servicio” debe entenderse, en suma, toda prestación estatal efectuada en ejercicio de la función administrativa.

Los bienes estatales se destinan a la satisfacción inmediata o mediata del interés público, de modo que la figura agravada se consuma cuando a resultas de la desviación la actividad estatal que el bien debía atender se ve de algún modo entorpecida o dañada.

Si bien la doctrina ha señalado que “daño” es “todo efecto perjudicial para el servicio, sea en orden a la prestación... sea de carácter económico”, sin que sea imprescindible que el daño tenga “repercusión económica”,²⁵ pensamos -atendiendo a la terminología elegida por el codificador- que cuando el desvío de los bienes produzca una afectación mensurable en dinero habrá daño, mientras que cuando de alguna manera incida negativamente sobre la actividad administrativa a la que estaban destinados, habrá “entorpecimiento”. Por cierto, la partícula adversativa “o” marca que nada obsta a que haya daño y entorpecimiento o cualquiera de las dos por separado. En todos estos supuestos, se configura la malversación agravada.

25. *Ibidem*, p. 322.

4. PECULADO

Artículo 261: “Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. Será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una Administración Pública.

El primer párrafo contempla la figura básica y el segundo el peculado de trabajos y servicios”.

4.1. Figura básica [artículo 261, primer párrafo]

Bien jurídico tutelado

Uno de los primeros interrogantes que genera este delito es el atinente al bien jurídico tutelado. Al respecto, se ha señalado, en posición que compartimos, que “... el tipo penal previsto por el artículo 261 no tutela el patrimonio estatal sino su administración. Por tanto, no necesita de la producción de un perjuicio patrimonial”.²⁶

En sentido similar se ha expedido la jurisprudencia.²⁷

26. Molinas, Fernando, “El peculado. Una aproximación a algunas cuestiones penales”, *Doctrina Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 164. En igual sentido, STJ de La Pampa, Sala B, “REINHARDT, Edgardo Anibal – AGRADI, Juan Julio s/Peculado”, 12-9-03, disponible en: <http://www.jusonline.gov.ar/Jurisprudencia/textos.asp?id=432&fallo=false>. La C. N. Crim. y Corr., por su parte, ha entendido que el art. 261 CP vela por el patrimonio del Estado y por el interés administrativo en el cumplimiento regular de la función pública. En atención a la pluralidad de bienes comprometidos se decidió que el escaso monto sustraído en nada obstaba a la configuración del delito (“Morales, Víctor H.”, 21-11-2006, Lexis 9/7664).

27. El peculado “es considerado un delito contra la administración pública; y por tanto el interés jurídico prevaleciente es el correcto desenvolvimiento de su actividad administrativa. Empero, no debe soslayarse que algunas de las figuras contenidas en dicho capítulo, importan además la violación de un derecho ulterior, que en el caso es la propiedad de esa administración pública. En esa inteligencia, el objeto específico de tutela del primer párrafo del artículo 261 del Código Penal, se traduce en el probo desenvolvimiento de la actividad patrimonial de la administración dentro de la genérica tutela que resguarda la incolumidad funcional administrativa, pues “sin probidad no se concibe desarrollo regular y normal...[en tanto] el funcionario que falta a esa obligación (recuérdese que el peculado encierra un abuso de función), además de perturbar la normal mar-

Tipo objetivo
Acción típica

El peculado exige la sustracción de los bienes públicos comprometidos, es decir el apartamiento o separación de estos de la esfera de la Administración, poniéndolos fuera del alcance de su custodia. No alcanza con el simple cambio de destino en el ámbito interno estatal, por lo que no hay delito si este cambio se suscita en el seno de la propia Administración. Es menester que el bien sea extraído de la esfera de custodia de aquella.²⁸

Se ha distinguido la acción de “sustraer” tanto de la de “apropiarse” como de la de “apoderarse”, pues estas dos últimas tienen connotaciones subjetivas, mientras que la sustracción se consuma con el solo apartamiento o separación, quebrantándose a través de ella la custodia que la Administración tiene de los bienes.²⁹

En suma, el peculado se configura con la sustracción, extracción o apartamiento del bien de la custodia administrativa sin exigirse un elemento subjetivo adicional ni que el sujeto se haya visto patrimonialmente beneficiado con la sustracción.³⁰

cha administrativa, siembra el descrédito para la administración...” (C. N. Crim. y Corr., Sala VII, “SÁNCHEZ, Carlos Eduardo y otros”, 26/06/15, causa 21.666/96).

28. No alcanza que se sustraiga de la esfera del depositario, es necesario que la sustracción lo quite del ámbito de custodia de la Administración (C. N. Casación Penal, Sala I, “Humes, Fahmy, Antonio W.”, 10-9-2007, Lexis 70044216).

29. Al respecto, tiene dicho la jurisprudencia que “... el verbo sustraer responde “a la idea de apartar, separar, extraer, [que] en el peculado equivale a todo acto que importe ‘separar o apartar’ los bienes de la esfera de actividad patrimonial de la administración pública”, por lo que “...habrá sustracción peculadora cuando los funcionarios públicos a quienes compete el desenvolvimiento de esa actividad patrimonial ejecuten, con relación a los bienes, cualquier acto que importe el quebrantamiento de ella” (*op. cit.* p. 138), sin la necesidad de acreditar una efectiva lesión al patrimonio porque es un elemento ajeno al *corpus delicti* (carácter formal del delito) y, como se expusiera, la objetividad jurídica se encuentra en la afectación al interés colectivo en el probo desenvolvimiento de la actividad patrimonial de la administración pública. Desde esta perspectiva, ha de convenirse en que la sustracción del art. 261 del Código Penal resulta más específica que la de la administración infiel -más amplia-, por lo que se evidencia la posibilidad de un desplazamiento en razón de la especialidad (C. N. Crim. y Corr., Sala VII, “SÁNCHEZ, Carlos Eduardo y otros”, 26/06/15, causa 21.666/96).

30. C. N. Crim. y Corr., Sala VII, “Figueroa”, Lexis 12/14485 (cit. por D'Alessio, Andrés, *op. cit.*, T. II, p. 1298, nota 511).

Es necesario que se suscite una efectiva sustracción del bien, por lo que no hay peculado cuando la acción consiste en la mera utilización de bienes públicos con finalidad distinta a la administrativamente prevista. Esta acción, denominada peculado de uso, no es punible en nuestra realidad jurídica, por entenderse que no da lugar a una sustracción en los términos en los que lo exige el tipo bajo estudio. Ahora bien, cuando la utilización recaiga sobre bienes fungibles o consumibles, sí constituirá una sustracción.³¹

No tiene incidencia sobre la configuración del delito la circunstancia de que, con posterioridad a la sustracción, los bienes sean restituidos a la Administración.³²

Sujeto activo

Al igual que en la malversación, la figura exige una doble condición: por un lado sólo puede ser autor un funcionario público pero, además, debe tratarse del funcionario al cual se le otorgó la competencia para la administración, percepción o custodia del bien sustraído.³³

31. La jurisprudencia ha dicho que el uso de un télex oficial para fines personales no era típico (C. N. Crim. y Corr., Sala I, "Donofrio", 3-7-86) a igual conclusión se llegó respecto de la autorización para usar de un vehículo oficial a favor de un tercero (C. N. Crim. y Corr., Sala II, 11-2-86). En cambio, sí se consideró típico el peculado de dinero (C.N. Fed., Sala I, "Martínez", 27-4-85 y C.N. Casación Penal, Sala I, "Cenizo", 29-6-2006) y el de bienes consumibles (C. N. Crim. y Corr., Sala II, "Miglierina", 6-5-92, todos cits. por D'Alessio, Andrés, *op. cit.*, T. II, p. 1299).

32. "...La sustracción siempre consuma el peculado, aunque sea hecha con propósito de restitución y aunque efectivamente se restituya... En el mismo sentido, se ha sostenido que "el resultado que el peculado requiere, dada su objetividad jurídica, es el quebrantamiento del regular desenvolvimiento de la actividad patrimonial de la administración pública, que el funcionario ejecuta al faltar al deber de probidad, se siga o no de una lesión al patrimonio de la administración pública". De allí que lo alegado en relación con la devolución de los fondos, no neutraliza, como se dijo, la sustracción peculadora, que tampoco requiere una voluntad particular por parte del autor." (C. N. Crim. y Corr., Sala VII, "SÁNCHEZ, Carlos Eduardo y otros", 26/06/15, causa 21.666/96). En sentido análogo se ha expedido dicha Sala en relación con la irregular aplicación de los fondos públicos en los planes sociales emprendidos desde la Secretaría de Promoción Social del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (C. N. Crim. y Corr., Sala VII, "FIGUEROA, Justo D. y otros.", 21/06/05, causa 25.287).

33. Ha dicho la jurisprudencia que en el peculado "... la relación funcional con los bienes viene dada en razón del cargo del funcionario, quien deberá disponerlos con

La calidad de administrador fue analizada al tratar el delito de malversación de caudales públicos. Por su lado, es perceptor quien tiene competencia para recibir bienes para la Administración Pública con la finalidad de ingresarlos o reingresarlos, mientras que es custodio quien tiene a su cargo el cuidado y vigilancia de los bienes, lo cual importa la tenencia.³⁴ Por las razones ya dadas, la competencia para la administración, percepción o custodia debe surgir de modo expreso o razonablemente implícito de la Constitución, la ley o un reglamento (artículo 2 LPA CABA).³⁵

Jurisprudencialmente, se ha admitido -con apoyatura en cierta doctrina- que la competencia para la administración, percepción o custodia de los fondos dada “en razón de su cargo”, puede surgir no sólo de las normas positivas sino también de la práctica administrativa o la costumbre,³⁶ criterio que no se condice con el derecho positivo administrativo (que establece que la competencia de los órganos administrativos surge de la Constitución, la ley o el reglamento, artículos 3 de la LNPA y de la LPA CABA, respectivamente). Esta interpretación extensiva no parece condecirse con el principio de intervención penal mínima

arreglo a los ordenamientos respectivos, sin que esta facultad de gobernar entrañe, necesariamente, su posesión material” (C. N. Crim. y Corr., Sala VII, “SÁNCHEZ, Carlos Eduardo y otros”, 26/06/15, causa 21.666/96).

34. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 328-329.

35. En un caso en el que se investigaba el posible peculado de una beca asignada a un becario del CONICET y desviada en beneficio de un tercero subempleado al efecto de cumplir con los trabajos de la beca, se sostuvo “Respecto del desvío de fondos, aún cuando el dinero dispuesto haya sido el de la beca, en tanto no se encontraba dentro de los bienes a cargo del imputado -director de la especialización del becario- (ya que no tenía ni su administración, ni su percepción, ni su custodia), y si en la órbita de su legítimo tenedor -el becario-, quien dispuso de este, no puede configurarse el delito, ya que aquel no reviste la calidad de funcionario público exigida por el art. 260 y 261 del CP”. (C. N. Crim. Sala I, causa 24059, “FAINBOIM, Leonardo”, 15/02/05).

36. Tiene dicho la Cámara que “...se admite en la doctrina que, ante la falta de indicación en los reglamentos o disposiciones respectivas, la “razón del cargo” puede surgir de diversas fuentes, como ser la práctica o costumbre administrativa, razón por la cual, al haberse establecido que una de las tareas de la imputada era el cobro y posterior depósito de los fondos provenientes de la venta de espacios publicitarios, sin duda alguna se advierte el carácter público de las funciones desempeñadas por la inculpada”. (C. N. Crim. y Corr., Sala IV, “MARTÍNEZ, Liliana B. y otros”, 28/12/06, causa 33.155, con cita de Carrera, Daniel, *Peculado*, Buenos Aires, Depalma, 1968, pp. 122-124).

y -además- acrece, a los efectos penales, los deberes del cargo sin límites precisos, pues ¿cuándo una actividad pasa a ser competencia de un órgano por incidencia de la práctica o la costumbre?

Objeto

La sustracción recae sobre los ya estudiados caudales o efectos, por lo que nos remitimos a lo señalado anteriormente en cuanto al alcance de estos conceptos.

Tipo subjetivo

Atento hemos caracterizado a la acción de sustraer como despojada de todo tinte subjetivo, desde el punto de vista subjetivo no se requiere más que el dolo, consistente en el conocimiento de la calidad de los bienes, el vínculo con el cargo de quien los administra, percibe o custodia y el querer separar el objeto de la esfera de la Administración.³⁷

Concreción y tentativa

Desde la posición que asumieramos, el delito se consuma con la mera sustracción del bien del ámbito de custodia administrativa.

Para el sector doctrinal que opina que el peculado exige lesión patrimonial, será necesario tal daño en el patrimonio estatal para que se configure el delito.³⁸

La tentativa resultaría posible, en la medida en que es dable discernir etapas previas a la consumación que gocen de la calidad de actos ejecutivos, como podría ser la entrega del bien a un tercero en la Administración, para que lo sustraiga de ella.³⁹

37. En tal sentido, la jurisprudencia ha sostenido que el delito se configura con el conocimiento de que se es depositario judicial y la simple voluntad de hacer o permitir que se haga ilusorio el resguardo de los bienes (C. Fed. San Martín, Sala I, "Fernández Aramburu", 7-6-2005) y que la sustracción no requiere el ingreso de la cosa en la propia tenencia (C. N. Crim. y Corr., Sala I, "Morales, Víctor H.", 21-11-2006, Lexis 9/7664).

38. En esta posición D'Alessio cita a Soler, Fontán Balestra y Núñez (D'Alessio, Andrés, *op. cit.*, T. II, p. 1300, nota 518).

39. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 334.

4.2. Peculado de trabajos o servicios [artículo 261, segundo párrafo]

Tipo objetivo

Acción típica

Para que se configure el delito es necesario que el funcionario emplee en su beneficio o el de un tercero, trabajos o servicios administrativos, desviándolos -de esa manera- de la finalidad administrativa a la que estaban asignados.⁴⁰

Emplear es ocupar o encargar, o bien, más concretamente, utilizar actividades administrativas en beneficio propio o de terceros.⁴¹

El bien jurídico tutelado es el correcto empleo de los trabajos o servicios administrativos conforme al destino establecido para ellos, razón por la cual se configura el delito aun cuando el otro destino al que se desvíen los trabajos o servicios tenga -también- una naturaleza administrativa.⁴²

Sujeto activo

La figura requiere que quien emplee desviadamente los trabajos o servicios sea un funcionario, pero no exige explícitamente que se encuentre en una especial relación competencial respecto de aquellos, por lo que

40. Ha dicho la jurisprudencia que “el tipo penal de peculado de trabajos y servicios previsto en el párrafo segundo del art. 261 del CP exige, para que la conducta pueda ser considerada típica, que se trate de trabajos y servicios pagados por la administración pública. Si se encuentra comprobado que el imputado, en su carácter de alcaide de la unidad penitenciaria, requirió a dos internos la reparación de su vehículo particular en el taller de la unidad, ello permite tener por configurada la tipicidad del delito en cuestión” (C. N. Crim. y Corr., Sala IV, “ENSINA, Pedro Norberto y otro”, 30/04/03, causa 20.647).

41. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 341, notas 126 y 127, con citas de Carrera, Fontán Balestra y Núñez.

42. Así, se configura el peculado en cuestión cuando un jefe policial ordena a un subordinado abandonar su labor específica en la comisaría e ir a recaudar cuotas de la cooperadora policial, por más que dichas cuotas fueren luego utilizadas para atender gastos de la comisaría (STJ, Río Negro, Sala Penal, “Sales, Ricardo”, LL *online*). Igual criterio se siguió en un caso en el que un jefe policial desvió el trabajo de guardia que realizaba un subordinado a la custodia, no declarada, de una empresa privada (C. N. Fed. Crim. y Correcc., Sala I, “Migliavacca, Guillermo”. 13-1-2005, cits. por D'Alessio, *op. cit.*, T II, p. 1302, nota 531). Asimismo, también se consideró típica la conducta del comisario que destinó a un subordinado a realizar tareas de electricidad en su domicilio particular (C. N. Crim. y Corr., Sala I, “SALMOIRAGHI, José”, 30/12/10, causa 39.972).

parte de la doctrina sostiene que la condición de funcionario es suficiente para que la acción de desvío sea típica. Sin embargo, otro sector doctrinal entiende que el peculado implica en sí un incumplimiento funcional, por lo que el funcionario debe contar con facultades de disposición sobre los trabajos o servicios que desvía para que el peculado se configure.⁴³

Objeto

Dos han sido los criterios para discernir entre “trabajos” y “servicios”.

Tradicionalmente se consideró que los “trabajos” se vinculaban con la realización de actividades manuales, mientras que los “servicios” referían a actividades de naturaleza intelectual; más cerca en el tiempo, la distinción se afincó en que los trabajos implican la realización de algo determinado, mientras que los servicios carecen de esa nota y grafican una relación o vínculo más permanente entre quien los efectúa y la administración.⁴⁴

Los sintagmas “trabajos” y “servicios” aparecen en otras ramas del Derecho Público. Al definirse la “obra pública”, la Ley N° 13064 establece que es “*toda construcción o trabajo o servicio de industria que se ejecute con fondos del tesoro de la Nación*” (artículo 1), y el decreto reglamentario de la ley enuncia como construcciones a las diferentes posibles obras viales, portuenses, edificios, etcétera, mientras que reserva para el concepto “trabajos” las obras de ampliación, reparación y conservación de bienes inmuebles, dragados, etcétera, y para el sustantivo “servicio” la organización e instalación de servicios industriales tales como talleres, fábricas, usinas, etcétera (Decreto 19324/49, artículo 1).

Es evidente que tanto en la doctrina más reciente como en la ley de obras públicas, la distinción se orienta por el lado de la locación de obra (para los trabajos) y la locación de servicios (en tanto prestaciones que no tienen por norte la realización de una obra sino el despliegue de una actividad en beneficio estatal), con lo cual quedan abarcadas todas las posibles actividades administrativas susceptibles de ser “empleadas” de modo desviado para favorecer al funcionario autor o a terceros.

43. En la primera posición, Fontán Balestra; en la segunda -a la que adherimos- Creus, Donna, Núñez, Maldonado y Levene (cfr. D'Alessio, Andrés, *op. cit.*, T. II, p. 1301, y Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 344).

44. Cfr. D'Alessio, Andrés, *op. cit.*, T. II, pp. 1301-1302.

Tipo subjetivo

En este delito, el dolo supone el conocimiento del carácter del trabajo o servicio y la voluntad de desviarlos de su destino administrativo. En cuanto al provecho que exige el tipo en estudio, siempre en relación con el elemento subjetivo en análisis, encontraremos dos posiciones.

Para quienes consideran que la utilización en provecho propio o de un tercero constituye un elemento o particular disposición subjetiva de la voluntad del autor que debe estar presente al momento del desvío de los trabajos o servicios, la acción sólo será típica ante el dolo directo; mientras que quienes consideran que el provecho indica sólo el destino al que fue aplicado el trabajo o servicio desviado, lo considerarán un elemento objetivo y, consecuentemente, será admisible también el dolo eventual.⁴⁵

En un caso en que un director de la CABA dispuso el uso de ambulancias del SAME para trasladar a su sobrino a actividades deportivas aduciendo la inexistencia de dolo porque -sostuvo- el sobrino trasladado se encontraba amenazado, la jurisprudencia hizo notar que en todo caso se trataba de una causa de justificación (que no tuvo por probada) que no excluiría el dolo sino la antijuridicidad.⁴⁶

Concreción y tentativa

No alcanza con el mero desvío de los trabajos o servicios, sino que es menester que estos hayan sido efectivamente utilizados en provecho del funcionario o del tercero, pues lo que se pune es el “aprovechamiento” y

45. Cfr. Creus, Carlos, *op. cit.*, pp. 348-349; y D'Alessio, Andrés, *op. cit.*, T. II, pp. 1302-1303.

46. “Si el imputado, en su carácter de director operativo del SAME, dispuso la utilización de dos ambulancias de dicha institución para trasladar a su sobrino a un club ubicado en la provincia para que lleve a cabo sus prácticas de fútbol y luego lo trasladaba a su domicilio, ha abusado de sus funciones y se ha apartado de los fines administrativos previstos para los vehículos en cuestión. Las excusas vertidas por el encausado en cuanto a las amenazas que padeciera su sobrino (lo que habilitaría la aplicación de la causa de justificación prevista en el art. 34, inc. 3 del CP) no lo exculpan en modo alguno para disponer de los bienes del Estado destinados a socorrer a los ciudadanos. Menos aún, cuando contaba con los medios legales para contrarrestar los temores a los que hace referencia. Las causas de justificación traen aparejada la existencia del dolo, y no su ausencia, lo que se excluye es la antijuridicidad del acto o la culpabilidad del autor, dependiendo ello de la tesis que se escoja. (C. N. Crim. y Corr., Sala VI, “ESPINOSA, Luis Alberto.”, 14/03/03, causa 20.617).

no la mera “sustracción”. No debe pensarse, empero, que ello significa que el trabajo o servicio debió haber satisfecho efectivamente la necesidad propia o de un tercero a la cual el funcionario la asignó: basta con que se haya desviado y utilizado con tal propósito. Podrá haber tentativa, si se atiende a que es posible dividir la sustracción (que no consuma el delito) de la efectiva utilización del trabajo o servicio en provecho de alguien ajeno a la administración (provecho propio del funcionario o de tercero).⁴⁷

5. MALVERSACIÓN CULPOSA [ARTÍCULO 262 DEL CÓDIGO PENAL]

Artículo 262: *“Será reprimido con multa del veinte al sesenta por ciento del valor sustraído, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior”.*

Delito también conceptualizado como “Facilitación imprudente de bienes públicos”, presenta una estructura similar a la de los artículos 254 y 255 del Código Penal, y tiene como nota que la conducta del funcionario se limita a posibilitar por su imprudencia, negligencia o incumplimiento de deberes funcionales la sustracción, a manos de un tercero, de caudales públicos bajo su custodia.⁴⁸

Dar ocasión implica generar una “oportunidad posibilitadora” para que el tercero sustraiga, pero este último no habrá de estar en connivencia con el agente público, pues en tal supuesto el funcionario será autor de peculado (artículo 261, párrafo primero; sería un supuesto de autoría mediata a través de un ejecutor culpable).⁴⁹

El tercero que sustrae debe hacerlo a título doloso, de modo que no se configura el delito si el tercero -aprovechándose de la conducta negligente del depositario- sustrae el bien para devolvérselo a su legítimo dueño.⁵⁰

47. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 346.

48. D'Alessio, Andrés, *op. cit.*, T. II, p. 1303.

49. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 351.

50. “La tipicidad objetiva del delito de malversación culposa exige -y se limita-, a la tolerancia permisiva o a la facilitación ejecutiva -de manera negligente- de la sustracción de los caudales, por parte de un tercero que lo hace dolosamente. Es decir, el funcionario equiparado, con su actitud negligente o imprudente, permite aquella conducta. Si el tercero quitó el televisor de la casa del imputado intencionalmente para

La jurisprudencia ha exigido que el funcionario debe tener conocimiento cierto de su calidad de administrador, custodio o depositario de los bienes.⁵¹

El concepto de sustracción es análogo al del artículo 261, párrafo primero, al igual que los términos “caudales” o “efectos”, y el funcionario debe encontrarse, respecto de los bienes sustraídos, en alguna de las condiciones funcionales ya analizadas.

6. MALVERSACIÓN DE BIENES EQUIPARADOS [ARTÍCULO 263 DEL CÓDIGO PENAL]

Artículo 263: *“Quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administraren o custodiaren bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares”.*

El legislador ha igualado, a los efectos de la malversación y peculado, un conjunto de bienes que por su situación o destino merecen análoga protección a la que gozan los bienes estatales tutelados por aquellos delitos.

Esta equiparación no es, sin embargo, exacta, pues como el artículo sólo hace referencia a “bienes”, quedan fuera de la protección las actividades (los “trabajos o servicios” del peculado). Es decir, que la sustracción de trabajos o servicios, aunque se vincule con las actividades de instrucción pública, beneficencia y otras mencionadas en el artículo bajo examen, no será típica.

entregárselo a su dueño, acción esta notoriamente diferente a la de sustraer en los términos exigidos por la figura típica, sin que el dolo se haya dirigido a dañar a la administración pública, la ausencia de delito es clara. La imputación dirigida a título de negligencia sólo puede ser sostenida en tanto su precedente -la sustracción dolosa-, posea el específico fin de dañar a la administración pública (C. N. Crim. y Corr., Sala V, “KLEMENSIEWICZ, Ricardo D.”, 2/06/06, causa 29.088).

51. En el caso una persona había sido designada depositaria judicial de unos muebles personales luego sustraídos por su negligencia (C. N. Casación Penal, Sala I, “Blasoni”, 20-4-2006, DJ, 13-9-2006, cit. por D'Alessio, Andrés, *op. cit.*, T. II, p. 1303, nota 538).

Se distinguen dos grupos de bienes equiparados: los que pertenecen a establecimientos de instrucción pública o beneficencia, no exigiéndose que dicha pertenencia necesariamente implique propiedad, pues alcanza con que sirvan a la finalidad de dichos establecimientos aun bajo otro derecho real (v. gr. bienes en usufructo, comodato, locación, etcétera),⁵² y los bienes que han sido embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente y son dados en administración o depósito.

Tipo objetivo
Acción típica

Las acciones son las de los artículos 260, 261 primera parte y 262. Queda excluido, como se dijo, el peculado de trabajos o servicios.

Sujeto activo

Son los administradores o custodios de los bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o beneficencia, y los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente.

Tratándose de bienes privados, el administrador será aquel que ostenta tal calidad en el derecho civil o comercial, es decir, quien maneja los bienes de la institución con autonomía suficiente. Por su lado, custodio es el guardador de los bienes y, por último, depositario de bienes embargados, secuestrados o depositados ha de ser aquel al cual la autoridad administrativa o judicial inviste en tal calidad al momento de confiarle los bienes.⁵³

Objeto

Los bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o beneficencia son los que se hallan en propiedad o bajo el poder de aquellos en razón de algún otro derecho real, y que sirven para la finalidad propia de esos establecimientos que, valga aclararlo, son establecimientos privados, es decir, ajenos a la Administración Pública. Va de suyo que si fueran establecimientos estatales, estaríamos asimismo ante administradores

52. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 354.

53. *Ibíd.*, pp. 356-7.

públicos y sus conductas serían susceptibles de encuadrar en alguno de los supuestos analizados en los artículos que preceden.

Tipo subjetivo

El dolo requiere que el autor conozca el carácter de administrador o custodio que ostenta y la situación de los bienes, así como la voluntad de disponer de modo veleidoso de ellos.⁵⁴

En un caso en el cual el depositario de un automóvil secuestrado por orden judicial (y que a la sazón era, además, letrado de la parte actora), adujo que los depositarios judiciales no podían ser asimilados a los funcionarios públicos y que no había dolo en su conducta sino, a lo sumo, negligencia, el tribunal sostuvo que el tipo penal en estudio equipara ciertos bienes a los estatales en el sentido de otorgarles una mayor protección, y a ciertos particulares que los administran o custodian a funcionarios públicos transitorios, confirmando en consecuencia la existencia de dolo en el depositario, en la medida en que el letrado depositario conocía ambas equiparaciones.⁵⁵

54. *Ibidem*, pp. 353-354.

55. Dijo la Cámara, con cita de doctrina, que “La norma equipara ciertos bienes a los que -sin ser públicos- el Estado ha considerado necesario otorgarles una mayor protección, ya sea por su destino o por su imputación contiene una doble equiparación: por un lado, se equipara al autor del delito con el funcionario público que tiene a su cargo la administración o custodia de bienes; por otro, se equiparan los bienes privados a los bienes públicos. La protección extraordinaria que la ley quiere acordar a ciertos fondos privados lleva a tratar a quien los administra como si fuera un funcionario que maneja fondos públicos, aunque ni uno ni lo otro sea real. El poder agravante proviene de la calidad de los fondos o de la situación de estos. Se ha señalado que la persona que administra o custodia estos bienes [caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente] (sea particular, empleado o funcionario público), reviste la calidad de funcionario público transitoriamente, porque la autoridad competente le ha delegado los deberes y facultades propios del cargo de depositario de tales bienes (sólo respecto a los mismos)” y que “Consideramos que el indagado actuó con dolo pues conocía el carácter público -por equiparación- del bien y la relación funcional con ellos por su carácter de depositario judicial; y tuvo la voluntad de separarlo de la esfera de custodia al brindar información inexacta de donde se hallaba el vehículo y no lo restituyó cuando le fue ordenado por el magistrado comercial. Nótese que el juez dispuso la devolución... del rodado.... Todo lo expuesto permite inferir que G. M. sustrajo de la administración un bien que debía custodiar, en tanto no anotició al tribunal de su efectiva ubicación, siendo que hasta la fecha se desconoce, impidiendo de

Concreción y tentativa

Resulta de aplicación lo dicho al respecto en materia de malversación, peculado y malversación culposa, a lo que remitimos.

7. DEMORA INJUSTIFICADA DE PAGO Y NEGATIVA A ENTREGAR BIENES [ARTÍCULO 264 DEL CÓDIGO PENAL]

Artículo 264: *“Será reprimido con inhabilitación especial por uno a seis meses, el funcionario público que, teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente. En la misma pena incurrirá el funcionario público que, requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración”.*

Bien jurídico protegido

Aunque hay similitudes entre los delitos aquí previstos y el de desobediencia (cuando se demora un pago ordenado se rehúsa el requerimiento de entrega formulado por autoridad competente), o el de incumplimiento de deberes (cuando se demora un pago ordinario previsto legalmente), no debe perderse de vista que el bien jurídico tutelado en el artículo 264 sigue siendo el normal desenvolvimiento de la función patrimonial de la Administración Pública, por lo que es correcta la ubicación en este capítulo del Código Penal.⁵⁶

7.1. Demora injustificada de pago [artículo 264, primera parte]

Tipo objetivo

Acción típica

La conducta punible es la de demorar injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente, teniéndose los fondos para realizarlo.

esta manera la preservación de la seguridad administrativa del automóvil, por lo que corresponde confirmar el procesamiento” (C. N. Crim. y Corr., Sala VI, “GARGANO MENDOZA, Miguel Ángel”, 13/06/13, causa 41.693/12).

56. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 359.

¿Cuándo un pago es “ordinario”? Cuando una norma (Constitución, ley o reglamento, en tanto fuentes de la competencia administrativa)⁵⁷ establece sus condiciones, concretamente el deber de pagar y el cómo hacerlo, particularmente, en la especie, en qué momento efectuarlo.

Se trata, por un lado, de pagos previstos normativamente, sea periódicamente (p. ej. sueldos), o ante circunstancias regladas (pliego de licitación especial que establece el pago a los treinta días de entregado el suministro por el contratista); y por el otro, de pagos ordenados a través de actos administrativos de alcance individual (pagos decretados).

En la segunda hipótesis, el órgano competente ha ordenado el pago, no obstante lo cual el competente para efectivizarlo omite cumplir.

Es concorde la doctrina en que la omisión se configura con la ausencia de pago en tiempo oportuno. De modo que el pago tardío no excluye el delito. Una vez vencido el plazo, la omisión es típica, pues la norma no exige que el pago no se realice nunca.⁵⁸

Sujeto

Es el funcionario con competencia para ordenar o hacer efectivo el pago. Nuevamente, merece puntualizarse que en el Derecho Administrativo la competencia no se presume sino que debe extraerse del ordenamiento jurídico positivo de modo expreso o razonablemente implícito, razón por la que la competencia para ordenar o efectivizar el pago debe surgir de la Constitución, la ley o el reglamento para que pueda imputarse una omisión antijurídica, en la especie, con consecuencias penales.

Objeto

La omisión de pago recae sobre fondos que deben estar disponibles, es decir, debe tratarse de fondos expeditos. Deben estar previstos para atender tales gastos y además resultar suficientes para afrontarlos. La falta concreta de fondos (aunque figuren en el presupuesto) torna atípica la conducta omisiva.

57. Art. 2 LPA, CABA.

58. D'Alessio, Andrés, *op. cit.*, p. 1308, con cita de Creus, Núñez, Donna, Soler y Fontán Balestra.

Tipo subjetivo

El dolo requiere conocer el carácter funcional que se ostenta y la situación de los fondos, sumados a la voluntad arbitraria de no pagar. Va de suyo que si existiera alguna causal de justificación para no abonar, la demora quedará justificada. Se ha sostenido, al respecto, que la no justificación de la demora es un elemento normativo del tipo, de modo que si no se suscita (porque hay una causa de justificación) queda excluida la conducta típica.⁵⁹

No se exige ninguna dirección subjetiva particular, pues no es necesario que se procure un provecho para el funcionario o un tercero, ni tampoco la irrogación de un perjuicio a la Administración.

Concreción y tentativa

Es un delito puro de omisión que se consuma con la ausencia de pago en tiempo oportuno. No es necesario que haya intimación previa o puesta en mora.

Su calidad de delito de omisión descarta la posibilidad de tentativa.

7.2. Negativa a entregar bienes [artículo 264, segunda parte]

Bien jurídico tutelado

Coincidimos con quienes piensan que, más allá de que la conducta típica entraña una desobediencia a la orden de entrega de bienes dada por la autoridad competente, el bien jurídico primordialmente tutelado es el normal ejercicio de la actividad administrativa en la esfera patrimonial antes que el principio de autoridad.⁶⁰

Tipo objetivo

Acción típica

La conducta típica es la de rehusar la entrega previamente ordenada por una autoridad competente.

59. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 361.

60. En este sentido, v. la opinión de Creus. Este autor señala que para Soler se trata de una figura privilegiada del delito de desobediencia mientras que Ramos y Oderigo hablan de resistencia a la autoridad (Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 364).

Rehusar es no querer o no aceptar algo⁶¹ y, respecto de este delito, implica negar la entrega ordenada por autoridad competente de modo explícito o implícito.⁶²

La particularidad de este delito es que la negativa a la entrega debe ir precedida de una orden emanada del órgano competente para ordenar aquella.

Sujeto

Es el funcionario que, en razón de su cargo, tiene la custodia o la administración de la cantidad o el efecto cuya entrega ha sido ordenada. Caben aquí, pues, las mismas reflexiones efectuadas al tratar la malversación, respecto de los sintagmas “administración” y “custodia”.

Objeto

La norma se refiere a “cantidad o efecto”. Pensamos que resultan de aplicación aquí las apreciaciones que efectuáramos más arriba, en tanto conducen a discernir entre “cantidades” (en referencia a sumas de dinero) y “efectos” (cualquier otro tipo de bienes). Ello no obstante, la doctrina sostiene que al referirse la ley a “cantidad” y no a “caudales” (como en el peculado), “no cualquier especie de bienes queda comprendida, sino aquella en que los bienes son determinables por cantidad, no a los determinables por unidad, aunque la suma de los mismos constituya una universalidad”.⁶³

Tipo subjetivo

Rehusar es no querer o no aceptar algo con la voluntad de no cumplir la orden de entrega efectuada por autoridad competente, por lo

61. Diccionario usual RAE.

62. Habrá negativa implícita cuando, por ejemplo, el bien que debe ser entregado es colocado fuera del alcance de quien deba recibirlo (Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 364, con cita de Soler).

63. Así lo piensa Creus, para quien no sería típica la negativa de entrega de un automóvil o un hato de animales (Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 365). Por nuestra parte, pensamos que es pertinente asimilar cantidades a cantidades de dinero y efectos a cualquier otro bien que la autoridad competente ordene entregar y genere la negativa a hacerlo por parte del funcionario que lo administra o custodia.

que se ha visto en ello la necesidad de que exista una particularidad subjetiva, por lo que sólo se admite el dolo directo.

Tal dolo supone el conocimiento de una orden de entrega dada por autoridad competente, que recae sobre bienes respecto de los cuales el funcionario tiene administración y custodia y que se rehúsa voluntariamente a entregar pese a no existir razón o imposibilidad de hacerlo.

Consumación y tentativa

El delito se consuma con la negativa voluntaria a entregar el bien, no obstante la existencia de una orden en tal sentido. No es necesario que la falta de entrega implique un perjuicio patrimonial a la Administración o la afectación del servicio.

Tratándose de un delito de omisión, no admite tentativa.⁶⁴

8. NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS [ARTÍCULO 265 DEL CÓDIGO PENAL]

Artículo 265: *“Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.*

Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales”.

Bien jurídico tutelado

La particularidad de la figura reside en que no obstante que el bien jurídico tutelado es el correcto funcionamiento de la Administración pública (nota común a todos los delitos que han sido objeto de referencia), en el presente ilícito no es necesario que dicho funcionamiento se vea efectivamente lesionado, pues alcanza con que sea amenazado o puesto en riesgo. Se trata, pues, de un delito de peligro representado por el hecho de que el funcionario introduce un interés particular en

64. *Ibíd.*, p. 366.

el ejercicio de su función, dañando así la imagen y el prestigio de la Administración para la cual labora.⁶⁵

En tal sentido, se ha sostenido que en este delito el bien jurídico protegido es “el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no sólo sea plenamente imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad”.⁶⁶

8.1. Negociaciones incompatibles. Figura básica [artículo 265, parte primera]

Tipo objetivo

Acción típica

Consiste en “interesarse” en un contrato u operación en el que interviene en razón de su cargo con vistas a un beneficio propio o de un tercero.

La doctrina propicia desdoblarse el estudio de esta acción en aspectos objetivos y subjetivos, pues la figura debe ser distinguida de la mera incompatibilidad o conflicto de interés en el que puede incurrir un funcionario.⁶⁷ En tal orden de ideas, interesarse implica intervenir como

65. Ver por todos, D'Alessio, Andrés, *op. cit.*, T. II, p. 1310 (con citas de doctrina y jurisprudencia).

66. Cfr. C. N. Fed., Sala II: causa N° 6298 “Di Fonzo, A.”, Reg. 6849, del 28-12-1989, causa N° 12307 “Tedescio Balut y otros”, Reg. 13.497, del 16-9-96, causa N° 12180 “Testimonios de apelación en Nicolini”, Reg. 13.177, del 29-5-96, causa N° 26839, “Del Valle Rivas”, del 04/12/08, causa N° 31.338 “Chavero” del 27/03/12, Reg. 34.288; Sala I: causa N° 22372 “Martínez de Hoz, José Alfredo”, Reg. 742, del 15-11-1990, causa N° 28847 “Lira, Rodolfo A.”, Reg. 943, del 4-11-97, causa “Sofovich” del 17-9-93, Reg. 10.165, Dr. Cattani en minoría, causa n° 40166 “Mendez Diaz” del 19/09/07, Reg. 1082, causa n° 42511, “Leonetti” del 21/04/09, Reg. 324.

67. Al respecto, ha sostenido la jurisprudencia que en el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, lo que torna ilícito el acto no es violar una mera incompatibilidad sino condicionar la voluntad negocial de la Administración en beneficio de los intereses propios, aunque ellos no coincidan con los de la Administración (C. Fed. Apel. Crim. y Corr., “Di Fonzo, Amadeo s/incidente de excarcelación”, 28-12-1989, *Infojus*: SU30003305). En similar sentido, se ha afirmado que lo relevante es el desvío de poder que ejerce el funcionario en desmedro del necesario interés unilateral que debe animar toda actuación de un órgano estatal, procediendo con tendencia beneficiante, condicionando la voluntad negocial de la

parte lo que excede -se sostiene- el hecho de ser parcial exigiéndose “volcar sobre el negocio una pretensión de parte no administrativa”.⁶⁸

Ese interés puede ser económico o patrimonial (posición mayoritaria), o de cualquier otra naturaleza (doctrina minoritaria, que entiende que es suficiente que se trate de un interés que no sea el de la Administración), mientras que desde un tercera opinión se sostiene que el contenido económico del interés particular es un requisito típico

administración por la inserción de un interés particular (C. Fed. Crim. y Corr., Sala I “MARTÍNEZ DE HOZ” del 15.11.90; “LIRA” del 4.11. 97; “DIRECCIÓN NACIONAL DE LA PROPIEDAD AUTOMOTOR” del 19.5.03; y Sala II “NICOLINI” del 29.5.96 y “TEDESCO BALUT” del 16.9.96). Ese actuar interesado del funcionario debe poner en peligro o lesionar la imparcialidad de la administración pública y en consecuencia, el buen y debido desempeño de las funciones de la administración (C. Fed. Crim. y Corr., “Decibe, Susana y otros”, 2005, *Infojus*: SU30007357). La jurisprudencia ha discernido que para que se configure el delito de negociaciones incompatibles se necesita de un interés que permita sostener una sospecha de parcialidad del funcionario, mientras que para el mero conflicto de intereses basta la posibilidad de esa parcialidad, que nace de la mera oportunidad de utilizar sus facultades en miras de un beneficio, resultado de la tensión que existe entre las inclinaciones que surgen de su vínculo con el particular y el deber que demanda el ejercicio de la función pública (C. Fed. Crim. y Corr., “Peragalo, Laura”, 13-3-2005, *Infojus*: SU30007280).

68. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 371, Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 318. Estándar recogido asimismo por la jurisprudencia (cfr. J. Fed. Crim. y Corr. Nro. 4, Causa n° 1302/12, “Boudou Amado y otro s/cohecho y negociaciones incompatibles (artículos 256, 258 y 265 del Código Penal”, 27-6-2014). Desde la jurisprudencia se ha sostenido, con criterio restrictivo para la procedencia del delito, que el funcionario público debe haberse interesado en un contrato o relación, introduciéndose en la voluntad negociadora de la Administración Pública, orientando la misma para producir un beneficio tenido en cuenta por el funcionario y que no se habría producido si las negociaciones contractuales entre las partes no se hubieran visto afectadas por la mentada injerencia. Esta actividad excede el hecho de ser doble parte en un contrato en un plano de igualdad con otros sujetos que potencialmente pudieron ser competidores. En el caso, se trataba de una entidad regida por la ley 19550 que había sido intervenida por el PEN encontrándose el funcionario facultado a celebrar con la sociedad los contratos que sean de la actividad en que esta opere y siempre que se concierten en las condiciones de mercado. Por lo tanto -se sostiene en el fallo glosado- el interventor del ente puede celebrar y renovar contratos con empresas con los que estuvo ligado, siempre que se respetaran las condiciones de mercado y no existieran intereses contrarios (C. N. Crim. y Corr., “Sofovich, Gerardo”, 17-3-1993, *Infojus*: SU30003976).

indispensable, aunque las finalidades que persiga el funcionario puedan ser de otra índole (v. gr. políticas, afectivas o de otra naturaleza).⁶⁹

Sujeto

Es el funcionario público que interviene en un contrato u operación “en razón de su cargo”, por lo cual es exigible para la conducta típica que la intervención se base en una competencia previamente otorgada a tal efecto.⁷⁰

Para otros autores, es suficiente con que el funcionario intervenga en el contrato u operación en ejercicio de la función o con ocasión de la misma, sin importar que tenga o no asignada una competencia específica relativa a aquellos,⁷¹ más el hecho de que la figura exija que la intervención se dé “en razón de su cargo” refuerza la idea de que debe tratarse del funcionario con competencia asignada por el ordenamiento jurídico para intervenir en el contrato u operación sobre el que vuelca su interés.

Esa intervención puede ser directa o por interpósita persona, cuestión sobre la cual la jurisprudencia ha sostenido que implica aceptar la hipótesis de intervención de terceras personas que no reúnen la calidad especial de funcionario público; más aún cuando la contribución al hecho es de una entidad tal que el delito no podría haberse cometido de otro modo que serán imputadas en calidad de partícipes, por cooperar en el hecho de otro. Ello en la medida en que exista accesoriedad, aun cuando no se encuentren las características típicas para ser autor, ya que el partícipe no es autor en forma directa, sino que actúa típicamente cuando lo hace por vía del hecho del autor.⁷²

69. Creus se sitúa en esta última posición (Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 373) y efectúa una reseña de las opiniones que coinciden con los otros dos criterios. Desde la jurisprudencia se ha dicho que el tipo penal no exige necesariamente el perjuicio para el Estado ni el lucro personal del autor, sino que resulta suficiente el interés de este demostrado en beneficio de un tercero en cualquier contrato o negociación.

70. D'Alessio, *op. cit.*, T. II, p. 1311, quien además de citar a Molinaro, Donna, F. Balestra y Creus en esta posición, refiere a la jurisprudencia de la C. N. Crim. y Corr., Sala I, “Zaffaroni”, 31-5-1984; Sala II, “Casiraghi”, 17-5-1985 y “Salvatierra”, 1-4-2009, entre otros.

71. Sancinetti, Marcelo, “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”, pp. 82-83.

72. C. N. Crim. y Corr., “Leonetti, Jorge s/sobreseimiento”, 7-7-2011, *Infojus*: SU30008564.

Objeto

El interés recae sobre “contratos u operaciones”. Por contratos debe entenderse a los contratos administrativos, los que han sido caracterizados por la CSJN como aquellos acuerdos de voluntades en los cuales una parte es el Estado, se persigue la satisfacción de un interés público y se rigen por un régimen administrativo exorbitante al derecho privado,⁷³ mientras que el concepto “operaciones” carece de contenido técnico en el Derecho Constitucional y Administrativo, pero debe ser asimilado -en nuestro parecer- al resto de las actividades estatales que no sean contratos administrativos, más concretamente a los “actos unilaterales” del Estado, que pueden ser individuales o generales y, dentro de estos últimos, normativos (reglamentos) y no normativos; así como a los hechos o comportamientos materiales con relevancia jurídico-administrativa.⁷⁴

La “operación” o el “contrato” deben ser en sí lícitos, pues el delito se vincula con la actividad que despliega en estos el funcionario y no en aquellos en tanto tales.

No se configura el delito si el interés no recae sobre un contrato u operación estatales. Así, es atípica la conducta del policía abogado

73. CSJN, “Cinplast”, Fallos: 316:212, 2-3-1993.

74. La Administración Pública, en tanto persona jurídica estatal, desarrolla su actividad a través de actos, hechos u omisiones. Los hechos jurídicos administrativos se caracterizan por ser comportamientos materiales que producen efectos jurídicos (al igual que los actos) pero prescindiendo de las formalidades propias del acto administrativo. En concreto, en el hecho administrativo no existe una declaración de voluntad previa efectuada por un órgano destinada a producir efectos jurídicos sobre terceros sino -directamente- un comportamiento material generador de tales efectos (v. gr. el policía detiene al espectador exaltado en el partido de fútbol; la ambulancia del hospital público recoge al herido en la calle). Los hechos jurídicos pueden ser lícitos o ilícitos. Dentro de los ilícitos los groseramente ilegítimos que resulten violatorios de garantías constitucionales constituyen vías de hecho (v. gr. la agencia impositiva da de baja un CUIT sin un acto administrativo que lo preceda; la policía clausura un periódico sin que exista acto alguno que ordene tal sanción -CSJN, “Siri”, 1957, caso que dio lugar a la primera acción de amparo con resultado favorable al amparista-, etc.). Desde una posición que restringe el concepto “operaciones” a aquellas que tienen naturaleza patrimonial se ha sostenido que el interés que exige la figura no debe referirse a cualquier acto realizado por cuenta y orden de una administración pública, sino sólo a contratos en el sentido del art. 1137 del Cód. Civil, cualquiera que sea su objeto-, o a operaciones, esto es, actos de naturaleza patrimonial de otra índole, -por ejemplo expropiaciones, secuestros, embargos, incautaciones de bienes, comisos, etc. (C. N. Apel. Crim. y Corr., “Digiorno”, 3-10-1978, *Infojus*: SUGOO04364).

que al recibir una denuncia de un siniestro en la comisaría ofrece sus servicios a la siniestrada para gestionar ante la aseguradora un reclamo civil, pues el interés no recayó sobre tales contratos u operaciones atinentes a su función sino sobre una actividad privada.⁷⁵

Tipo subjetivo

El dolo se integra con el conocimiento de las circunstancias ya señaladas al analizar el tipo objetivo: la calidad de contrato u operación en la que se interviene en razón del cargo y la voluntad de realizar la actividad en la que se inserta el interés que caracteriza a la acción.⁷⁶

75. “...el caso traído a estudio no se adecua a la hipótesis prevista en el artículo 265 del Código Penal, más allá de la eventual falta administrativa que pudiera haberse cometido en atención a la incompatibilidad para los funcionarios policiales con el ejercicio de la profesión de abogacía prevista en el artículo 3, inciso a) apartado 4) de la Ley 23.187. El hecho de que D.M.A. hubiera ofrecido sus servicios como abogado para representar o patrocinar los intereses de M.Á.C. en un eventual reclamo civil a la compañía de seguros, después de haber recibido su denuncia ante la Comisaría 11 en que precisamente cumple funciones como Principal, conforme evidencia la copia de “(fs. ...), no nos ubica per se frente a la acción acuñada en dicho tipo penal. Véase que la figura en cuestión reclama que “El interés particular se tiene que insertar en cualquier contrato u operación en que el funcionario intervenga por razón de su cargo.... El contrato u operación tiene que pertenecer a la competencia funcional del autor (por razón de su cargo, dice el tipo); o sea, tiene que ser un negocio en el que el funcionario deba -o por lo menos pueda- formalmente, desplegar una actividad funcional que integre los niveles decisivos o sirva para completar de manera legal el acto”. Desde esa óptica, y siempre que el presunto ofrecimiento de servicios a C. fue para asistirlo en la acción civil, en la que no tuvo competencia funcional alguna el imputado, la sola circunstancia de que pertenezca a la repartición policial en que se le recibió la denuncia no torna en ilícita su conducta, no solo bajo el prisma del artículo 265 del Código Penal sino tampoco del artículo 249 de ese mismo ordenamiento, en tanto, el hecho no consiste en la omisión de un acto propio de su órbita funcional, sino, como se ha dicho *ab initio*, en una eventual falta administrativa. (C. N. Crim. y Corr., Sala IV., “ABARCA, Diego M.”, 18/03/14, causa 15.378/13).

76. En un caso en el que se imputaba un interés desviado en la creación de nuevos registros de la propiedad automotor se tomó en cuenta, a efectos de desestimarlos, que no se había acreditado el incumplimiento de la normativa relativa a la creación de los registros, así como tampoco se había probado el “interés” que exige el art. 265 CP ni que hubieren sido creados para su posterior asignación a determinadas personas (C. Fed. Casación Penal, “Gronchi, Adriana y ot. s/recurso de casación” 26-2-2009, *Infójus*: SU33016470). En otro precedente, también se tuvieron en cuenta extremos tales como la vulneración de la normativa aplicable y otras circunstancias para determinar la configuración del

A su vez, hay componentes estrictamente subjetivos tales como el ánimo de obtener un beneficio propio o de un tercero.

Consumación y tentativa

No es relevante que la Administración se haya visto concretamente dañada o perjudicada, así como tampoco lo es que el funcionario o el tercero se hayan beneficiado en el contrato u operación.⁷⁷

Al consumarse el delito con la manifestación del interés en el contrato u operación, es muy difícil que pueda configurarse un supuesto de tentativa.⁷⁸

“interés” que requiere el tipo penal. Así, se sostuvo que “son configurativas del delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas las irregularidades en los procesos licitatorios -diversas contrataciones con la misma empresa- tales como la elección de la modalidad directa en contra de la normativa vigente, el desdoblamiento indebido de estas, o que los restantes oferentes son desconocidos, la vinculación entre los oferentes, falta de determinación de la fecha de apertura de pliegos, documentación insuficiente, ausencia de constatación de finalización de obras, demostrativas de que diversos funcionarios incumpliendo deberes, acudieron en forma sistemática a regímenes de excepción para evadir el necesario control al que deberían haberse sometidos, para asegurar el éxito de sus maniobras delictivas, consistentes en el armado de ruedas de oferentes ficticias y simuladas en esas contrataciones directas para el beneficio de la co contratante del estado la cual en todos los casos resultó ser la única adjudicataria” (C. N. Crim. y Corr., “Cambiazio, Daniel”, 20-9-2007, *Infojus*: SU30008025). Se sostuvo, en igual orden de ideas, que “digitar una contratación hacia una empresa determinada -sin actividad real en el rubro- simulando una competencia de precios inexistente, en perjuicio del interés Estatal que los funcionarios debían resguardar, pone en evidencia la comisión del delito previsto por el artículo 265 del Código Penal (C. Fed. Crim. y Corr., “Tabuada, Víctor”, 21-10-2005, *Infojus*: SU30007392).

77. Cfr. D'Alessio, *op. cit.*, T. II, p. 1314. Al respecto, ha sostenido la jurisprudencia que: “Los agravios expresados por el recurrente en cuanto a que las empresas de mención no abonaron suma de dinero alguna y que el Banco Central de la República Argentina no sufrió un perjuicio patrimonial, deben ser descartados toda vez que la configuración de la figura penal asignada por el a quo a la conducta atribuida no exige ninguno de esos extremos”... “Adviértase que el requerimiento o solicitud indebidos bastan para la consumación del delito -que es de pura actividad-, con independencia de que el pago en cuestión finalmente se efectúe o no. Resta agregar que nos encontramos frente a un delito contra la administración pública, cuya configuración no exige la provocación de un perjuicio de carácter patrimonial” (C. N. Crim. y Corr., “Miri, Alberto”, 19-4-2011, *Infojus*: SU30008500).

78. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 384.

8.2. Negociaciones incompatibles por sujetos equiparados [artículo 265, parte final]

En esta figura, la negociación incompatible recae sobre actividades que, sin ser en sí desplegadas por el Estado, se encuentran fuertemente reguladas por este en razón de la relevancia que para la seguridad jurídica o social trasuntan.

Las particularidades recaen entonces sobre los sujetos activos susceptibles de ser autores: peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas y síndicos, entendiéndose que respecto de los dos primeros la norma se refiere a estos cuando no actúan en calidad de funcionarios públicos,⁷⁹ mientras que los tutores, curadores y albaceas siempre desempeñan un oficio público y es la lealtad a él lo que la ley garantiza.⁸⁰

79. *Ibidem*, p. 387.

80. *Ídem*.

JURISPRUDENCIA

Procesamiento. Policía imputado de haber ofrecido sus servicios de abogado para realizar un reclamo civil ante la aseguradora después de haber recibido una denuncia en la Comisaría en la que cumple sus funciones. Análisis del tipo penal elegido en el procesamiento recurrido. Eventual falta administrativa. Atipicidad. Revocación. Sobreseimiento.

Fallo: (...) Junto a la defensa, puede convenirse en que el caso traído a estudio no se adecua a la hipótesis prevista en el artículo 265 del Código Penal, más allá de la eventual falta administrativa que pudiera haberse cometido en atención a la incompatibilidad para los funcionarios policiales con el ejercicio de la profesión de abogacía prevista en el artículo 3, inciso a) apartado 4) de la Ley 23.187.

El hecho de que (...) hubiera ofrecido sus servicios como abogado para representar o patrocinar los intereses de M.Á.C. en un eventual reclamo civil a la compañía de seguros, después de haber recibido su denuncia ante la Comisaría 11 en que precisamente cumple funciones como Principal, conforme evidencia la copia de (fs. ...), no nos ubica per se frente a la acción acuñada en dicho tipo penal. Véase que la figura en cuestión reclama que *“El interés particular se tiene que insertar en cualquier contrato u operación en que el funcionario intervenga por razón de su cargo.... El contrato u operación tiene que pertenecer a la competencia funcional del autor (por razón de su cargo, dice el tipo); o sea, tiene que ser un negocio en el que el funcionario deba -o por lo menos pueda- formalmente, desplegar una actividad funcional que integre los niveles decisorios o sirva para completar de manera legal el acto”* (1).

Desde esa óptica, y siempre que el presunto ofrecimiento de servicios a C. fue para asistirlo en la acción civil, en la que no tuvo competencia funcional alguna el imputado, la sola circunstancia de que pertenezca a la repartición policial en que se le recibió la denuncia no torna en ilícita su conducta, no sólo bajo el prisma del artículo 265 del Código Penal sino tampoco del artículo 249 de ese mismo ordenamiento, en tanto, el hecho no consiste en la omisión de un acto propio

de su órbita funcional, sino, como se ha dicho ab initio, en una eventual falta administrativa.

Por ello, se RESUELVE: REVOCAR el pronunciamiento de “(fs. ...)” puntos I y II en cuanto fue materia de recurso y SOBRESEER a D.M.A. en orden al hecho por el que fue indagado, con la expresa constancia de que la formación de esta causa no afecta el buen nombre y honor de que hubiera gozado (artículo 336 inciso 3 del C.P.P.N.). (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala IV, González Palazzo, Seijas. (Prosec. Cám: Fuertes). c. 15378/13, ABARCA, Diego M. Rta.: 18/03/2014.

Se citó: (1) Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, “Derecho Penal. Parte Especial”, T. 2, Ed. Astrea, p. 328.

Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas. Excepción de falta de acción rechazada. Bien jurídico protegido. Hecho por el cual no fueron directamente afectados quienes fueron legitimados. Revocación. Hacer lugar a la excepción.

Fallo: (...) El apelante tanto en la presentación que encabeza este incidente como en la audiencia, propicia la separación de los acusadores particulares, porque consideran que al no ser titulares del bien jurídico protegido por el tipo penal por el que se ha requerido su juicio -negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública- y no verificarse un perjuicio concreto y directo a su respecto no pueden ser considerados particulares ofendidos en los términos exigidos por el artículo 82 del Código Procesal Penal.

Conforme surge de los principales, en el hecho vinculado con la licitación adjudicada a “S. M. S.”, resultaron procesados, por un lado, (...) como autor del delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública y, por el otro, (...), (...), (...), (...), (...) y (...) como partícipes necesarios de ese delito.

Por estos delitos formularon la fiscalía y la querrela sus respectivos requerimientos de elevación a juicio.

Tal como hemos sostenido en anteriores pronunciamientos entendemos que para ser querellante en una causa penal es necesario ser el titular del bien jurídicamente protegido por el delito presuntamente cometido y haber sido afectado directamente por aquel (conf. 1240-12

“Moneta, Raúl y otros”, rta. 19/9/2012 y causa 40776 “Izaguirre Claudio y otra”, rta. 31-3-2011).

En el caso particular, nos encontramos frente a un delito en el cual, el bien jurídico protegido es la Administración Pública y donde, además, no se verifica ningún perjuicio directo para los socios ni para la entidad deportiva, más allá de las consecuencias indirectas que pudieron haber sufrido.

La circunstancia de que “S. M. S.” no haya tomado posesión como gerenciadora de las actividades recreativas del club -a excepción del fútbol- y consecuentemente no haya realizados ningún acto de contenido económico vinculado con la licitación, pone en evidencia la inexistencia de un daño concreto y directo para los socios y para el C. F. O.

Por estos motivos, haremos lugar a la excepción por falta de acción introducida por la defensa de (...) y dispondremos el apartamiento de los querellantes, exclusivamente, respecto del hecho vinculado con la licitación otorgada a “S. M. S.”.

IV. En atención a lo resuelto precedentemente, corresponde que las costas sean impuestas por su orden, exclusivamente, en lo que a este incidente respecta.

(...) el Tribunal resuelve: I. Revocar la resolución de fs. (...), hacer lugar a la excepción por falta de acción interpuesta por la defensa de (...) y apartar de su rol a los querellantes, respecto del hecho vinculado con la licitación otorgada a “S.M.S”.

Garrigós de Rébora, López González. (Sec.: Roldán).

1683_12_5 HERMAN, Pablo A. 4/12/12 c. 1.683/12. C. N. Crim. y Correc. Sala V.

CAPÍTULO 17
EXACCIONES ILEGALES

ARTÍCULOS 266-268 DEL CÓDIGO PENAL

DELITOS DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS, EXACCIONES ILEGALES Y CONCUSIÓN

Por Marcelo H. Echevarría*

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como objetivo brindar una somera explicación de los delitos de exacciones ilegales y concusión, sus diferencias y el criterio jurisprudencial que se viene adoptando, a fin de resolver diversas cuestiones relacionadas con las figuras delictivas tipificadas en el Código Penal (CP) -artículos 266, 267 y 268- mencionadas precedentemente.

Transcribiré el artículo 266 del Código Penal (texto según Ley N° 25188), que dice:

“Será reprimido con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere, o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden”.

La acción típica consiste en que el funcionario público, en el ámbito de su funcionalidad y no fuera de ella, solicite, exija, hiciere pagar o entregar contribuciones, derechos o dádivas o cobrase mayores derechos a los debidos por sí o por interpuesta persona.

Ahora bien, un criterio que doctrinariamente es seguido por el Profesor Creus, sostendrá que por dádiva se entiende una retribución económica que es exigida por el funcionario en nombre de la Administración.

* Abogado (UBA). Especialización: Especialista en Ciencias Penales (Universidad de Belgrano). Actualmente cursando la Maestría Internacional en Ciencias Penales y Criminología.

Por lo tanto, para este autor cabe la posibilidad de que el funcionario público solicite dádiva para la Administración.

Centra su postura en que si el funcionario exige una dádiva para sí mismo, esta conducta se enmarca en otro delito, pero no en el de concusión, ya que la figura requiere que se pida dádiva para el Estado, sumado a ello a una simultánea conversión de lo detraído, redundando esto en provecho particular o de un tercero.

La conducta descrita en el anterior párrafo se encuentra tipificada en la agravante del artículo 268 del Código Penal, que sostendrá:

“Será reprimido con prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores”.

Siguiendo al citado autor, este interpretará que el término “convertir” significará dar a lo detraído un destino distinto al que se invocó como motivo de la detraición.

Entonces, para este criterio doctrinal la alegación que efectúe el funcionario relativa al destino de la exigencia será lo determinante para encuadrar la conducta dentro de lo tipificado en el artículo 266 o 268 del Código Penal, toda vez que -siempre siguiendo el criterio del autor citado- a fin de que la conducta punible se convierta en concusión, no basta su condición de funcionario público al momento de exigir la dádiva, sino que debe invocar a la Administración como destino final de lo detraído.

Concluirá en el entendimiento de que, si el funcionario público no solicitó una contribución, un derecho o una dádiva en nombre del Estado, estaría incurso en el delito de extorsión, mientras que si lo hizo en nombre del último su conducta sería la tipificada en el delito de concusión (artículo 268 CP).

Un fallo en sentido contrario a esta posición afirmará que configura el delito de concusión la acción del procesado, suboficial de la Policía Federal que, vistiendo su uniforme reglamentario, realizó una inspección en una finca habitada por extranjeros indocumentados a quienes les manifestó que ello le acarrearía problemas -detención y no otorgamiento de documentación-, contestando ante los interrogantes que todo podía arreglarse con dinero, recibiendo una cantidad a cuenta de una mayor.

En el citado fallo se sostendrá que se diferencian los delitos de extorsión y concusión por la calidad de funcionario público que debe revestir en este último caso el sujeto activo, concluyendo que la exacción ilegal con fin de lucro funciona como figura especial respecto de la genérica de la extorsión, y verificándose sus requisitos, la desplaza.¹

Una postura diferente a la analizada anteriormente es la sostenida por el profesor Edgardo Donna,² quien diferenciará la exigencia de dádivas respecto a la solicitud o exigencia de un mayor derecho o contribución.

Argumentará que la dádiva consiste en una retribución de carácter gratuito, por lo cual la víctima jamás podría pensar ni remotamente que algo se le adeude al Estado, toda vez que ello es incompatible con una exigencia originada en la Administración Pública, con lo cual mal podría considerarse un caso de exacción.

Concluirá que el significado de la dádiva incluida en el artículo 266 del Código Penal es una solicitud dineraria o de cualquier beneficio, provecho o utilidad con o sin valor económico en beneficio propio, lo cual provoca la inclusión de una figura autónoma dentro del tipo, y nunca podría caber en el artículo 268, dado que no es posible convertir en provecho propio lo que desde un principio fue obtenido de esta manera.

Me enrolo en la última postura, toda vez que resulta improbable o materialmente de imposible realización que el pedido o exigencia de una dádiva tenga como destinatario al propio Estado, ya que es algo que se entrega sin obligación jurídica alguna, toda vez que el autor actúa desde su inicio en su propio beneficio y, por tal circunstancia, es impensable que pueda “convertir” algo que deliberadamente solicitó en beneficio propio.³

Si bien no es imposible que se soliciten dádivas para beneficiar a las arcas públicas, en la realidad actual esta interpretación oscila de lo piadoso a lo ingenuo, porque en la casi totalidad de los casos de corrupción de funcionarios públicos nos encontramos con la situación de que la dádiva se pide directamente para sí, sin perjuicio de que la

1. “Díaz, César s/ Exacciones ilegales - Extorsión”, Cám. de Apel. en lo Crim. y Correccional 29/3/1990. *Infojus*: SUG0005571.

2. Donna, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, T. III, p. 390.

3. *Ibídem*, p. 394.

norma, de acuerdo a una interpretación teleológica y racional, admita ambas formas de exacción ilegal en perjuicio de la Administración.⁴

Conteste con esta posición se decidió que, en orden a una correcta diferenciación de los tipos contenidos en los artículos 266 y 268 del Código Penal, es necesario analizar aquello que resulta ser objeto de la ilegítima exigencia, por cuanto en razón de requerir la exacción ilegal la demanda de algo que únicamente se puede deber al Estado -una contribución o un derecho- es menester concluir en que tal extremo de ningún modo concurre en el supuesto de exigencia de dádivas, entendiéndose por tales algo que la víctima nunca puede suponer como adeudado regularmente por el Estado. Así, el agente actúa *ab initio* en su exclusivo beneficio, y por tal motivo no puede convertir en su propio provecho lo así obtenido, infringiendo solamente el artículo 266 como delito autónomo e independiente.⁵

2. AUTORÍA

Respecto a la autoría, el artículo 266 del Código Penal reprime la conducta del funcionario público que, abusando de su cargo, solicitar, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos a los que corresponden.

Cuando lo exigido indebidamente es una dádiva -por lo cual el sujeto activo actúa desde el inicio en su exclusivo beneficio e invocando su propio nombre- se configura el tipo autónomo de concusión.

Sin perjuicio de la discusión relativa a la distinción entre las exacciones ilegales con la concusión, y la previsión de esta última por el artículo 266 y 268 del Código Penal -en esta dirección, parte de la doctrina considera que la segunda figura exige necesariamente una previa exacción, para la posterior conversión de lo percibido en provecho propio-, lo cierto es que en una u otra hipótesis existe un obstáculo común para aplicar cualquiera de las disposiciones.

4. Fallo recaído en la causa "Coll Areco s/ Extorsión- Exacciones ilegales", Cám. Nacional en lo Criminal 1/11/1991 *Infjus*: SUG0008638.

5. "Stutz, Oscar y otros s/ Procesamiento", Causa 29.490. Cám. Nac. de Apelaciones Crim. y Corr. Fed. 31/3/1998.

En efecto, sea que el funcionario exija una dádiva, una contribución o un derecho, sea que lo haga invocando el nombre de la Administración o en beneficio propio, lo cierto es que debe hacerlo “abusando de sus funciones”.

En este sentido, la doctrina sostiene que el funcionario debe plantear sus exigencias actuando en el carácter que inviste dentro de la Administración Pública, es decir, que debe poner en juego el ejercicio de su cargo, hacer valer su potestad -aun cuando, atendiendo al propio carácter arbitrario de la exigencia, no se encuentre autorizado a efectuar el reclamo.⁶

Se concluye que se trata de un delito especial propio porque el sujeto activo debe ser un funcionario público que abuse de su cargo,⁷ siendo para el caso de la exacción ilegal la autoridad o funcionario público facultado para percibir la contribución o los derechos, por lo cual la exigencia recaudatoria se debe realizar en el ámbito de ejercicio de la función, ya que si el funcionario que solicita la exacción fuera incompetente para exigir ese pago, la conducta se desplazaría al tipo penal de la estafa o cohecho.⁸

En el caso de las dádivas, el sujeto activo puede ser cualquier funcionario.

En este orden, es pacífica la jurisprudencia al sostener que la exigencia de una dádiva con abuso funcional y en provecho propio configura el supuesto de concusión incluido en el artículo 266 del Código Penal, junto a las hipótesis de exacciones propiamente dichas en que la contribución o el derecho se exigen con destino al Estado, siendo indiferente, a los efectos de la tipificación, que el abuso esté referido a la función específica desempeñada por el agente o a la condición genérica de funcionario público.⁹

Así se condenó a una letrada funcionaria de la unidad de control previsual como autora material del delito de exacciones ilegales (artículo 266 CP), por pedir un soborno respecto del trámite de un expediente

6. Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999, T. 2, citado en el fallo “Torres, Ramón Eduardo y otros s/ procesamiento”, Cám. Nac. Crim. Fed. 15/02/2010.

7. Ramos Mejía, Enrique, *El delito de Concusión*, Buenos Aires, Depalma, 1963, p. 54.

8. Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 401, con cita de Polaino Navarrete.

9. “Carlomagno, José s/ Exacciones Ilegales”, Cám. Crim. y Correccional 18/9/1990.

administrativo iniciado por una jubilada;¹⁰ al requerimiento de dinero efectuado por la empleada de la DGI, basándose la sola exigencia o insinuación para que se produzca la consumación;¹¹ comete de idéntica manera delito de concusión (artículo 266 CP) el síndico del procedimiento concursal que exigió al presidente de la empresa bajo su supervisión la entrega de dinero al margen de sus honorarios, a fin de presentar un informe favorable para la homologación judicial del acuerdo alcanzado con los acreedores;¹² de igual manera, es punible la conducta del oficial de policía que solicitó y recibió una suma de dinero para interesarse por la libertad de un detenido;¹³ o como fue el caso de un supervisor y un inspector de la DGI que, abusando de sus cargos, exigieron a los damnificados la entrega de dinero pagaderas en dos cuotas, configurándose el delito de concusión consumado y no mera tentativa, por cuanto la figura del artículo 266 del Código Penal es formal y se consuma con la sola existencia, sin que sea necesaria la entrega de dinero.¹⁴

3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido mediante la penalización de las acciones contenidas en los preceptos del artículo 266 y 267 del Código Penal, es la Administración Pública, desde que se intenta preservar la regularidad y eficacia de la función pública en su sentido más amplio.

El Estado expresa su voluntad frente a y sobre sus administrados a través de sus agentes calificados, y cuando estos actúan a merced de la autoridad de la que están investidos, menoscabando patrimonialmente a sus víctimas, ofenden directamente al Organismo del cual dependen jerárquicamente.¹⁵

Diferente criterio es el que sostienen el profesor Dr. Javier de Luca y Julio López Casariego, toda vez que para ellos el bien jurídico prote-

10. "T. Del R. M. s/ Exacciones Ilegales", TOC 2, 20/09/2013.

11. "Gisen de Jait s/ Exacciones ilegales", Cám. Nac. Apel. en lo Crim., 2/3/1994.

12. "Robbiano, Ernesto s/ Delito Penal", Cám. Nac. de Apel. en lo Crim., 18/3/1994.

13. "Di Blasi, Luis s/ causa 44.465", Cám. Nac. en lo Crim., 16/02/1995.

14. "Perlezzi, Virgilio s/ Exacciones Ilegales", Cám. Nac. en lo Crim., 4/11/1982.

15. "Rosales, Juan Carlos s/ ser tenido por parte querellante", Causa 29.580 Interlocutorio, Cám. Apel. Crim. Fed., 16/4/1998, *Infojus*: SU30006432.

gido es la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la Administración y quienes la encarnan.

A los fines de fundamentar su posición, afirmarán que aunque el funcionario público se haya enriquecido lícitamente, porque ganó la lotería, recibió una herencia, el no justificarlo lesiona el bien jurídico, porque todos los administrados, al percibir por sí mismos el cambio sustancial en el patrimonio del funcionario se representarán -fundada o infundadamente-, que está originado en su actividad pública y, por ende, que los perjudica, ya que la Administración Pública tiene su única razón de su existencia (objeto y fin) y sustento (económico a través de los tributos) en los ciudadanos.¹⁶

Se concluye con que el bien jurídico tutelado es la Administración Pública, y que tiene por objeto preservar su funcionamiento regular, en el concepto más amplio de la función administrativa del Estado, contemplando aspectos vinculados tanto con la conducta de los funcionarios públicos como de los particulares, procurando prevenir cualquier comportamiento que pudiera obstaculizar la regularidad funcional de la Administración Pública.¹⁷

16. De Luca, Javier, López Casariego, Julio, "Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional", Suplemento de Jurisprudencia Penal, *Revista La Ley*, Buenos Aires, febrero 2000.

17. Jurisprudencia argentina 2005-I-321.

JURISPRUDENCIA

Contienda entre Juzgado de Instrucción y Juzgado Federal. Exacciones ilegales. Funcionarios policiales. Suceso que reúne características de interés netamente federal. Justicia Federal.

Fallo: (...) Convoca la atención del Tribunal la contienda de competencia suscitada entre el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° (...) y el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° (...).

Si bien las imputaciones recaen sobre funcionarios policiales que prestan sus servicios en la Seccional (...) de la Policía Federal Argentina y que en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires bien pueden desempeñar funciones de naturaleza local o federal, en el presente caso, surge de las actuaciones que el suceso investigado reúne características que suscitan un interés netamente federal, pues al menos dos de los episodios protagonizados por los numerarios de tal institución acontecieron en el marco de una posible infracción a la ley 23737 y -por tanto- en ocasión de ejercer los imputados una función específicamente federal (artículos 33, apartado 1°, inciso “c” del Código Procesal Penal y 34 de la ley citada).

En consecuencia y dada la íntima vinculación existente entre los hechos que habrían tenido lugar en el interior del asentamiento habitacional denominado “...” de esta ciudad, se impone que, por su especialidad, sea la justicia de excepción la que conozca, máxime cuando las cuestiones referidas a la insuficiencia probatoria no deben vincularse con la competencia material, en tanto, en casos como el del sub examen se vislumbra nítida la competencia federal.

Por ello, el Tribunal RESUELVE: DECLARAR que en las presentes actuaciones deberá intervenir el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° (...)

C. N. Crim. y Correc., Sala VII, Scotto, Divito, Cicciaro. (Sec.: Franco).c. 32.772/13, Seccional n° 46 de la P. F. A. Rta.: 9/05/2014.

Conclusión. Calificada por el uso de intimidación. Procesamiento. Imputados: personal policial se presentó en el trabajo del damnificado y le exigió dinero a cambio de no llevarlo detenido. Elementos de prueba de los que se desprende que los dichos del damnificado son ciertos. Confirmación.

Fallo: (...) A juicio del Tribunal la denuncia formulada por (...) (fs. ...), evaluada en conjunto con los testimonios de (...) (fs. ...) y de (...) (fs. ...), alcanza para conformar la convicción que reclama el artículo 306 del Código Procesal Penal de la Nación y consecuentemente para homologar la decisión recurrida.

Por un lado, cabe destacar que no existía un conocimiento previo entre la víctima y los encausados, por lo que no hay razones que permitan dudar del testimonio del denunciante ni se han insinuado motivos de enemistad que restaran verosimilitud a la imputación.

A su vez, los testigos (...) y (...) avalaron los dichos de (...) en cuanto a que personal policial se presentó en su lugar de trabajo y mantuvo una conversación a solas con el damnificado.

En el caso de (...), si bien no escuchó lo que hablaron, dio cuenta de que apenas los agentes se retiraron, la víctima le manifestó que le habían formulado una indebida exigencia de dinero a cambio de no llevarlo detenido.

De otra parte, la circunstancia de que los imputados no hubieran labrado actuación alguna con motivo del episodio ocurrido el 16 de junio de 2011, en que -conforme su versión- habrían encontrado al denunciante y a otro sujeto fumando un cigarrillo de marihuana, que inmediatamente (...) habría ingerido para evitar su aprehensión cuando fue descubierto por los preventores, y el hecho de que se hubieran presentado al día siguiente de ese suceso en el domicilio laboral del damnificado -según ellos en modo casual para conversar sobre lo ocurrido un día antes-, avala la hipótesis sobre la que recae la imputación, esta es, que (...) y (...) en un principio y (...) y (...) después habrían exigido en forma indebida una suma de dinero a (...) abusando de su condición de integrantes de una fuerza de seguridad y bajo amenazas de proceder a su detención.

A todo esto se agrega que la declaración de (...) contrarresta el descargo de (...), quien dijo que al entrevistarse con el empleador de (...) le

mencionó que “tenía varios problemas con ese muchachito” (fs. ...), referencia que (...) negó haber efectuado, manifestando contrariamente que su empleado le merecía un muy buen concepto (fs. ...).

En suma, el plexo probatorio y las demás cuestiones hasta aquí mencionadas, a las que se añaden las propias contradicciones que exhiben las versiones de los imputados en cuanto a la actividad de cada uno de ellos tanto durante el procedimiento ocurrido el día 16 como en el curso del episodio que se produjo el día 17 (ver fs. ...), habilitan el avance del proceso a la más amplia y propicia etapa del debate, donde los tópicos discutidos encontrarán el marco de discusión adecuado merced a las características de inmediatez y contradicción que la caracterizan.

Por todo ello, sin perjuicio de la calificación legal que en definitiva corresponda, se RESUELVE: CONFIRMAR el pronunciamiento de fs. (...) puntos (...) en cuanto fue materia de recurso. (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala IV, González Palazzo, Seijas. (Prosec. Cám.: Fuertes). c. 23.728/12, NOGUEDA, Juan D. y otros. Rta.: 02/12/2013.

Procesamiento. Defensa que plantea la nulidad de la indagatoria y el procesamiento por tener fundamento en una prueba ilegítima. Grabación realizada por la denunciante de una conversación que mantuviera con la imputada -médica legista-. Validez de la prueba aportada. Confirmación. Rechazo de la nulidad.

Fallo: (...) la entrevista entre la denunciante y la imputada se produjo en el domicilio de la calle (...) de esta ciudad, al que aquella fue citada en una única ocasión por (...) para concretar el estudio pericial que, como médica legista de los fueros civil y de trabajo, le fue encomendado por el Juzgado de Trabajo N° (...), en los autos “(...) c/ s/ accidente-acción civil”, sitio al que concurrió para ser revisada por la especialista, a la que le aportó los antecedentes radiológicos con que contaba. En ese marco, se produjo la grabación cuestionada, llevada a cabo por una de las participantes de la conversación - (...)-.

Los datos señalados permiten desechar varias cuestiones. En primer lugar, que el registro hubiera sido sustraído ilegalmente de un ámbito de privacidad y, en segundo término, que la comunicación se

hubiera producido en un contexto que jurídicamente hubiera estado amparado por un deber de confidencialidad que abarcara a todos sus participantes -como lo habría sido, por ejemplo, una audiencia de conciliación o una de mediación-. En el caso, ese deber sólo regía para la profesional interviniente.

Entonces, más allá de que la imputada no fuera informada del registro que se estaba llevando a cabo, es claro que sabía que sus manifestaciones podían trascender fuera de ese estrecho ámbito.

La parte cuestionó la motivación de esa grabación. Sin embargo, el hecho de que la revisión pericial se circunscribiera a una única ocasión brinda fundamento razonable a la explicación expuesta por la denunciante; v. gr. su intención de hacerle escuchar el encuentro a su abogada, porque presumía que la profesional se expresaría con términos jurídicos y médicos que le serían difíciles de comprender, máxime si se considera que su asesora técnica no estaba autorizada para acompañarla a ese encuentro.

2. Teniendo en cuenta que en el ámbito penal no existen restricciones probatorias, salvo en lo relativo al estado civil de las personas (artículo 206 del código adjetivo), no hay razón válida alguna para la exclusión de una grabación realizada por el particular participante del intercambio, aun cuando fuera obtenida sin el consentimiento de su contraparte, por cuanto bajo las especiales condiciones en que se la obtuvo -en un domicilio al que se le habilitó voluntariamente el acceso y en un marco que no imponía reserva a la denunciante- no se advierte que se haya contravenido norma constitucional o procesal alguna.

En el caso, se trató de la documentación en un soporte auditivo de un hecho histórico ocurrido, plenamente válida. Para los particulares rigen límites formales, diferentes a los establecidos por la ley procesal penal para los órganos estatales y sus auxiliares. En definitiva, si los reúne un órgano oficial tendrá una entidad probatoria diferente cuando en su valoración se apliquen las reglas de la sana crítica (en ese sentido, ver CCC, Sala V, causa nro. 24.583, “M., J. J. y otros s/ procesamiento”, rta. el 8/7/2005; CNCP, Sala III, causa nro. 8446, “R., G. A.”, rta. el 13/2/2008, entre muchas otras).

3. La defensa sostuvo reiteradamente que su representada negó haber hablado de suma alguna durante el encuentro con la denunciante y, consecuentemente con ello, reclamó la realización de un peritaje de voz para verificar positiva o negativamente su participación en el

diálogo registrado. Sin embargo, agregó que, aun cuando el resultado fuese positivo, la prueba debía ser excluida porque el Estado no podría valerse de una grabación engañosa, obtenida forzosamente y violatoria de la garantía de autoincriminación, marco en el que mencionó la causa “Azcarate” de la Justicia Federal.

Las bases fácticas y procesales de esas actuaciones son absolutamente diferentes a las de este legajo. En aquella existía una causa judicial en trámite, en la que el interlocutor afectado estaba imputado porque aparecía como posible responsable de los hechos investigados y, en ese contexto, un particular, que conocía tales circunstancias y que se involucró en una investigación paralela, lo indujo y estimuló a decir aquello que, de haber sabido que estaba siendo grabado, quizás no hubiera revelado o, eventualmente, hubiera acomodado a la situación, por cuanto le resultaba auto-incriminante. Ese marco no es el que tenemos en estas actuaciones, razón por la cual la traspolación a este caso de la solución a que se arribó en aquel no es admisible de modo alguno.

En este legajo, conforme a los términos de las transcripciones agregadas a fs. (...), no surgen expresiones atribuibles a la denunciante que permitan poner en duda la espontaneidad de las manifestaciones que vertió (...) en la ocasión, más allá de que en un momento ulterior pueda complementarse la prueba para procurar la transcripción íntegra de la conversación entre ambas.

4. Los resultados de los peritajes realizados y el testimonio de una de las especialistas intervinientes, (...), indicaron que el material de audio recabado no presentaba indicios de edición y compaginación, y que las conversaciones reproducidas no estaban adulteradas (fs. ...).

El contenido del diálogo, específicamente relacionado con el objeto médico del encuentro, en principio no deja duda sobre la identidad de sus protagonistas.

Por su parte, la reiterada mención de dos importes dinerarios (\$3.000 y \$5.000) y de su vinculación a diferentes porcentuales de la incapacidad laboral a informar, sustentan, en principio, una lectura unívoca de la cuestión en el sentido señalado por la denunciante y en relación a la hipótesis delictiva por la que se la responsabilizara en el auto que se revisa.

5. En definitiva, consideramos que la incorporación como prueba de la grabación cuestionada resulta legítima, por lo cual entendemos inadmisibles su exclusión. A su vez, la evaluación de su contenido en

forma conjunta con los restantes elementos arrimados a la instrucción brinda sustento suficiente tanto para el rechazo de las nulidades que, incidentalmente, planteó la defensa durante la audiencia, como así también para la homologación del auto de procesamiento sujeto a revisión, lo que así dispondremos.

Las actuaciones se encuentran en condiciones de transitar las instancias procesales subsiguientes, durante las cuales, eventualmente, podrá llevarse a cabo la verificación pericial de voz peticionada por la defensa.

(...) el tribunal RESUELVE: I. Rechazar la articulación de nulidad formulada por la defensa en relación al llamado a indagatoria de (...) y al dictado de su procesamiento. II. Confirmar el punto I del auto de fs. (...), en todo cuanto fue materia de recurso. III. Tener presentes las reservas formuladas.

C. N. Crim. y Correc., Sala V, López González, Bruzzone. (Sec.: Herrera). c. 6.726/13, Vázquez, Alicia P. Rta.: 29/08/2013.

Procesamiento. Inspectores del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que, exhibiendo la credencial correspondiente, se presentaron en varios locales y exigieron dinero a cambio de no labrar acta por irregularidades que señalaron haber encontrado. Elementos de prueba suficientes como para agravar la situación procesal. Confirmación.

Fallo: (...) el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el auto pasado a fs. (...), punto I, en cuanto se dispusieron los procesamientos de (...) y (...) en orden al delito de exacciones ilegales.

A los nombrados se atribuye el haber exigido indebidamente la entrega de sumas de dinero en distintos comercios ubicados en las inmediaciones de las avenidas Olivera y Rivadavia, previo identificarse como inspectores del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y exhibiendo a tal efecto una credencial, para evitar las inspecciones correspondientes y obrar en consecuencia. Tales episodios habrían tenido lugar el día 24 de julio de 2012, entre las 9:00 y 13:00, aproximadamente.

Principia señalar que este Tribunal comparte los argumentos formulados en la decisión apelada, pues los elementos reunidos en la encuesta se exhiben suficientes para que, con la provisoriedad requerida en esta etapa del proceso, se avance en la incriminación penal de los encausados respecto del hecho enrostrado.

En efecto, se encuentra acreditada en autos la imputación formulada a partir de los dichos brindados por M. S. C. (fs. (...)), J. D. C. A. (fs. (...)), J. R. B. (fs. (...)) y F. M. M. (fs. (...)), testimonios que lucen verosímiles en razón de que no se evidencian indicios que autoricen a sospechar que declararon inspirados por algún interés de perjudicar deliberadamente a los imputados o que se hubieran confabulado a tal fin (artículo 241 del ceremonial).

Concretamente, M. S. C. dijo que al arribar al lugar los inspectores “exhibieron una credencial” y le mencionaron que *“el lugar carecía de letreros con los precios y que ello es una falta, informándole que el precio estimado de la multa que labrarían en el lugar es de pesos dos mil...[y] que le sería más económico darle a él, en mano la suma de pesos doscientos... debido a que eran dos personas y debían repartirlos... a lo cual el firmante accede, brindándole la suma solicitada en forma de dos billetes de pesos cien”* (fs. (...)).

Tal procedimiento denunciado se habría repetido en los distintos comercios de la zona, aunque con distintos montos de dinero.

Así, C. A. relató que los imputados le habrían informado *“que el precio estimado de las multas que labrarían en el lugar es de miles de pesos...[y] que le sería... mejor darle a él, en mano la suma de pesos doscientos cincuenta... a lo cual el firmante accedió, brindándole la suma solicitada en forma de dos billetes de pesos cien y uno de pesos cincuenta”* (fs. (...)).

A su turno, B. indicó que luego de que le informaran que *“el precio estimado de las multas que labrarían en el lugar es de mil quinientos... y que le sería más económico darle a él, en mano la suma de pesos trescientos”*, les dio tres billetes de \$ 100 (fs. (...)).

Finalmente, M. afirmó que les entregó a los encartados la suma de \$ 200, a fin de evitar el pago de una multa de \$ 3.000 por las faltas e infracciones que presentaba el local (fs. (...)).

Tales elementos de juicio se exhiben complementados con las declaraciones del personal policial interviniente, O. D. V. (fs. (...)), P. M. N. (fs. (...)) y M. G. C. (fs. (...)), quienes constituidos en la zona procedieron al secuestro en poder de los encausados de una credencial y un sello a nombre de (...), un talonario con la inscripción “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires - Agencia Gubernamental de Control - Dirección General de Control de Faltas Especiales - Actas de Comprobación - Infracciones Varias - serie 3 n° 00540001 a serie 3 n° 00540025”, y la suma de \$ 939, en siete billetes de \$100, uno de \$50, diecisiete de \$10, uno de \$5, dos de \$2 y monedas, suma que si bien es menor a la

manifestada por los comerciantes, no puede desentenderse del lapso en que se habrían desarrollado los hechos denunciados.

Así, la prueba reunida desvirtúa la versión de los encartados (fs. (...)), en el sentido de que no procedieron de la forma atribuida y que labraron las actas pertinentes en los locales en donde encontraron diferentes infracciones, actas que “fueron secuestradas por la Policía Federal Argentina” (fs. (...)), pues del único talonario incautado en poder de (...) -que se tiene a la vista- al tiempo de ocurrido el hecho, no surge ningún acta de infracción respecto de los comercios involucrados.

Dicha conclusión no se ve desmerecida por los dichos del jefe de inspecciones, E. J. R., pues aun cuando refirió tener un buen concepto de los imputados, es claro que no se encontraba presente al tiempo de los hechos, ni es factible considerar su experiencia en torno a otros sucesos, pues no existen elementos demostrativos de que existió algún tipo de connivencia entre los comerciantes (fs. (...)).

Tampoco lucen desincriminantes las fotocopias de las actas aportadas a fs. (...) dado que remiten a la labor emprendida en otros comercios, a la vez que la fotocopia incorporada a fs. (...) se trata de una hoja de ruta en relación con los comercios autorizados a inspeccionar, dato que no incide a favor de los imputados.

En consecuencia, al encontrarse satisfechas las exigencias previstas por el artículo 306 del Código Procesal Penal, esta Sala del Tribunal RESUELVE: CONFIRMAR el auto (...)

C. N. Crim. y Correc., Sala VII, Cicciaro, Scotto. (Sec.: Besansón). c. 37996/13, BENITEZ, Emiliano F. y otros. Rta.: 26/09/2013.

Sobreseimiento. 1) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas. Situaciones fácticas que no se adecuan al tipo penal. Ausencia de acto administrativo con interés económico. 2) Exacciones ilegales. Reclamo pecuniario materializado con posterioridad a que los magistrados se apartaran del conocimiento de la causa. La formal demanda en procura de resarcimiento por daño moral no importa un pedido de dádivas. Ausencia de cohecho. Confirmación.

Hechos: apeló la querrela el sobreseimiento de los imputados.

Fallo: (...) I. (...). II. (...). III. Refieren los querellantes que los jueces denunciados les remitieron dos cartas documento convocándolos para que concurran a sendas “audiencias de mediación privada” que

tuvieron lugar los días 29 de marzo y 20 de abril de 2007 -a las que también asistieron como requirentes los funcionarios (...) y (...), todo ello a los fines de requerirles la suma de ciento setenta y cinco mil pesos en concepto de daños y perjuicios, mientras que -por entonces- las causas que los recurrentes mencionan en la presentación inicial y en las que actúan como defensores o querellantes, se hallaban en condiciones de ser resueltas por la Sala V de esta Cámara, en la cual los imputados desarrollaban sus tareas (...).

Así, les reprochan que no se excusaran y prosiguieran actuando en los expedientes sin dejar constancia del pedido de dinero “por intermedio de un mediador extrajudicial” con un *“objetivo claro y preciso de requerir... la suma... a los efectos de solucionar favorablemente las causas en trámite ... [de modo que] ante la imposibilidad de obtener las sumas requeridas, con fecha 24 de abril de 2007 resolvieron excusarse”* (...).

Por tal motivo, consideran que la conducta que aquellos desplegaron encontraría receptación típica en los delitos de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública o exacciones ilegales.

Y precisan por otra parte que los imputados -excepto (...)- han formalizado su petición dineraria -(...)- promoviendo el expediente (...), que quedara radicado ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil (...).

IV. En relación con el contenido de fondo introducido en el escrito de apelación (...) y el informe glosado (...), el Tribunal se encuentra en condiciones de resolver.

Así las cosas, comparte la Sala -en lo sustancial- los fundamentos invocados por el juez a quo para arribar a la solución liberatoria, toda vez que -por un lado- la pesquisa se exhibe agotada y -por el otro- las constancias de la causa dejan sin sustento las afirmaciones por las que los acusadores estiman que los hechos denunciados encuadran en el catálogo penal.

En ese sentido, cabe apuntar que la propia querrela reconoce que los magistrados se excusaron de seguir interviniendo en las actuaciones el 24 de abril de 2007 (...), es decir, poco después de las fechas fijadas para la realización de las audiencias de mediación que no se concretaron y casi cuatro meses antes de la presentación de la demanda civil, que data del 18 de agosto de 2007 (...), extremo por cierto demostrativo de que aquellos no incurrieron en las ilicitudes que se les atribuyen

pues -en definitiva- se apartaron del conocimiento de las causas antes de materializar su reclamo indemnizatorio.

Al respecto, se estiman acertadas las alegaciones introducidas por la defensa de (...) -quien, como se dijo, no es actor en el expediente civil- en el memorial acompañado en esta alzada (...), en torno a que la petición dineraria recién se concretó al promover la demanda por daños y perjuicios y no antes, porque -como es de práctica- no se consignó monto alguno en la convocatoria dirigida a los querellantes ni en los formularios que documentan las mediaciones que fracasaron (...).

Hechas esas precisiones, a contrario de lo que sostienen los acusadores particulares se entiende que -puntualmente- la citación a las audiencias de mediación en modo alguno autoriza a considerar que los querellados se interesaron en una negociación de manera incompatible con su función (art. 265, primer párrafo, del Código Penal), que exigieron -explícita o implícitamente- una contraprestación indebida en función de su autoridad (íd., arts. 266 y 268) o que incurrieron en alguna forma de cohecho (íd., arts. 256 y 257).

En relación con la primera de las figuras legales citadas cabe apuntar que ninguna de las situaciones fácticas a las que aluden los querellantes se adecua a aquella. En efecto, en la hipótesis prevista en el art. 265 del catálogo sustantivo la conducta punible recae sobre un contrato u operación en el que el funcionario debe intervenir, de modo que este ha de insertar su interés particular en un acto administrativo con contenido económico. Y puesto que la intervención de los jueces y funcionarios aquí imputados en las causas penales cuestionadas no tiene dicho carácter, ya que estas -como es obvio- no constituyen el “contrato” ni la “operación” que contempla la figura, resultan claramente incompatibles con ella las convocatorias a las audiencias de mediación que son objeto de análisis.

Luce también desacertado que el suceso denunciado pueda subsumirse en el tipo del art. 266 del Cód. Penal porque, por un lado, las citaciones a mediación no conllevaron reclamo pecuniario alguno -este recién se concretó alrededor de cuatro meses después, es decir, cuando los funcionarios ya habían dejado de intervenir en los procesos respectivos- y, por el otro, ellas no pueden ser asimiladas a la solicitud o exigencia indebidas que aquel requiere, pues la pretensión se

canalizó mediante una acción judicial presentada -ulteriormente- de conformidad con la ley procesal correspondiente.

La línea argumental apuntada conduce asimismo a descartar el eventual cohecho pues, con independencia de que una formal demanda en procura de un resarcimiento por daño moral no importa ni puede importar un pedido de dádivas, aquella -como se dijo- se materializó luego de que los jueces imputados se habían apartado de las causas en cuestión, extremo que impide predicar que pretendían condicionar un pronunciamiento que, en función de lo expuesto, no podían dictar.

En las condiciones indicadas parece claro que la convocatoria para una mediación -paso previo indispensable para promover la acción finalmente instaurada- conlleva el ejercicio de una facultad que permite entonces desechar toda posibilidad de una conducta venal. Sobre el punto cabe insistir en que las constancias agregadas -en copias- (...) demuestran claramente que no es cierto aquello que afirmaran los apelantes (...) en el sentido de que en las audiencias de mediación -a las que, por lo demás, ellos no asistieron- se les requirió una suma de dinero.

Bajo dicho contexto, resultan irrelevantes las consideraciones de los querellantes en cuanto a que *“no existe prueba alguna que acredite el perjuicio que dicen haber sufrido [los imputados]... de lo que se desprende que el reclamo pecuniario resulta a todas luces ilegítimo”* (...), ya que se trata de una apreciación personal sobre la procedencia de la demanda que -en todo caso- debe ser argüida en el marco del proceso civil cuyas fotocopias corren por cuerda.

V. De acuerdo con lo decidido, como no se advierten circunstancias que permitan apartarse del principio general de la derrota, la imposición de costas en la instancia de grado será homologada y los apelantes también deberán correr con las correspondientes al trámite cumplido en la alzada (arts. 530 y 531 del Código Procesal Penal).

Es que aun cuando el principio objetivo de la derrota no es definitivo, en el caso se aprecia que las contingencias de la causa y los fundamentos del auto interlocutorio por el que se sobreseyó a los imputados, permiten desechar que el reclamante “hubiera tenido razón plausible para litigar”, en tanto resulta insuficiente a tal fin la mera creencia subjetiva del litigante acerca de la existencia de motivos para ello.

(...), el Tribunal RESUELVE: I. RECHAZAR in limine la nulidad deducida en el escrito glosado a fs. (...) contra lo resuelto por la Sala en

los puntos II y III del resolutorio de fs. (...). II. CONFIRMAR con costas de alzada el auto documentado a fs. (...) -puntos 1 y 2- en cuanto fuera materia de recurso.

Divito, Grabivker. (Sec.: Besansón).

35197_7 FILOZOF, Mario. y otros. 28/06/10 c. 35.197. C. N. Crim. y Correc. Sala VII.

CAPÍTULO 18
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIOS Y
EMPLEADOS

ARTÍCULO 268 [2] DEL CÓDIGO PENAL

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIO PÚBLICO. FUNDAMENTOS ACERCA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA FIGURA PENAL

Por Marcelo H. Echevarría*

1. INTRODUCCIÓN

El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos es quizás una de las figuras más controvertidas de nuestro Derecho Penal.

Importante doctrina se ha pronunciado acerca de la inconstitucionalidad del tipo legal, lo cual será materia de análisis posterior.

Lo cierto es que en sendos fallos dictados como resultantes de causas donde fueron investigados diversos funcionarios públicos por presunta comisión del delito de enriquecimiento ilícito, recayeron pronunciamientos a favor de la constitucionalidad de la norma, dejando de lado sólidas argumentaciones que fundamentan técnicamente lo contrario.

El objetivo perseguido en el presente trabajo es arribar a una conclusión que intentará fundamentar que el tipo penal de enriquecimiento ilícito vulnera derechos y garantías de nuestro bloque constitucional, como de igual manera de Tratados Internacionales incorporados a nuestra Carta Magna.

A los fines de practicidad, transcribiré literalmente el artículo 268, inciso 2 del Código Penal (CP), que dice:

“Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia

* Abogado (UBA). Especialista en Ciencias Penales (Universidad de Belgrano). Actualmente cursando la Maestría Internacional en Ciencias Penales y Criminología.

de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño”.

2. RESEÑA ACERCA DE LAS POSICIONES A FAVOR Y EN CONTRA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PRECEPTO NORMATIVO. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA DEL TIPO LEGAL

La controversia acerca de la constitucionalidad de la norma se origina en el antecedente que el tipo penal obliga al funcionario o empleado -previo a ser debidamente requerido- a justificar el incremento patrimonial suyo o de persona interpuesta; caso contrario, su silencio al respecto conllevará a la imposición de la sanción prevista en la norma.

Sin lugar a dudas, la posición más contundente en lo referido a la inconstitucionalidad del precepto normativo ha sido la del profesor Dr. Marcelo Sancinetti,¹ no sólo subtitulando su obra calificando al tipo penal bajo estudio como violatorio del Estado de Derecho, sino también con sólidas críticas realizadas respecto de los derechos y garantías de raigambre constitucional que considera cercenados, argumentos que sistemáticamente fueron y son reproducidos al momento de fundar la tacha por inconstitucional de la norma en estudio, en el marco de la defensa de un imputado ante la eventual incursión en el artículo 268 (2) del Código Penal.

Con la carga que se le impone al sujeto bajo investigación constituida por la obligación de justificar su propio incremento patrimonial, a criterio de cierta doctrina, la figura delictiva claramente presume su culpabilidad, debiendo el imputado proceder a desvirtuar dicha presunción.

La violación del principio de inocencia consagrado en el artículo 18 de nuestra Carta Magna es uno de los motivos que suscita la crítica al tipo penal en estudio.

En efecto, la norma obliga al sujeto activo a justificar la procedencia de un enriquecimiento patrimonial; caso contrario, operará la consumación típica habilitando la imposición de condena.

1. Sancinetti, Marcelo A., *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público, -artículo 268, 2, CP-*, subtitulado *Un tipo penal violatorio del Estado de Derecho*, Ad-Hoc, 2014.

El tipo penal se configura primero con un hecho preexistente constituido por el incremento patrimonial del sujeto inculcado, ya sea exteriorizado por un aumento apreciable² de su activo, o una disminución apreciable de su pasivo y, luego, consecuentemente, ante el requerimiento fehaciente, la no justificación de dicho estado.

De esa manera, el “deber de justificación” del incremento patrimonial a cargo del investigado (la figura alude al que ...“no justificar”...) es lo que releva al Estado de ejercer su rol de acusador a través del Ministerio Público Fiscal, quien tiene a su cargo la demostración de culpabilidad en el curso de las investigaciones penales.

Del contenido de este precepto surge que el propio sujeto inculcado deberá desvirtuar la presunción de culpabilidad que le recae, atribuyéndole la eventualidad de encontrarse incurso en un enriquecimiento ilícito, invirtiendo de esa manera la carga de la prueba, quedando el último obligado a probar su inocencia cuando, contrariamente, la presunción de inocencia es un principio que emana de nuestra Carta Magna, el cual goza todo habitante.

Por lo expuesto, lo que debería llevarse adelante es una investigación previa de donde surja la sospecha de una eventual incursión en la figura típica a fin de justificar el sometimiento de una persona al proceso penal y no, contrariamente, que sea el propio sujeto investigado quien deba desbaratar la presunción de culpabilidad que le recae ante el llamado a justificar su incremento patrimonial, ya sea lícito o ilícito, encontrándose en este contexto vulnerada la presunción de inocencia.

Similar situación de vulneración se produce con los alcances de la garantía de la no autoincriminación *nemo tenetur se ipsum prodere*,³ consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

La norma obliga al imputado a declarar sobre el origen de los fondos que integran su patrimonio, los cuales presuntamente constituirían un enriquecimiento ilícito apreciable que se le pretendería enrostrar.

Lo cierto es que nuestra Constitución Nacional prohíbe expresamente que el sujeto inculcado esté obligado a declarar contra sí mismo.

2. Utilizo el término “apreciable”, toda vez que la norma así lo tipifica, siendo aplicable tanto al incremento del activo como a la disminución del pasivo.

3. Constituye la garantía de no verse obligado a declarar contra sí mismo.

Es la Convención Americana de Derechos Humanos la que regula esta garantía como manifestación del principio de inocencia en su artículo 8, titulado Garantías Judiciales, inciso 2, cuando dice: “*Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ...g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable...*”.⁴

En efecto, el funcionario o empleado público que es llamado a justificar su incremento patrimonial, al pretender utilizar su legítimo derecho a negarse a declarar, esta circunstancia recaería como confirmatoria acerca de la presunción de culpabilidad que opera en su contra, lo cual se contradice con los postulados que recepta el Tratado Internacional mencionado en el párrafo anterior.

Comparte este criterio Edgardo Donna, al citar doctrina alemana que afirma: “*no se debe forzar a nadie a declarar contra sí mismo. Esta garantía vale tanto para los interrogatorios policiales como del Ministerio Fiscal durante el procedimiento preliminar*”,⁵ y siguiendo la teoría de prohibición de la prueba que el BGH ha construido en Alemania, no se podrá utilizar el material probatorio obtenido.⁶

Así las cosas, la declaración que podría prestar el imputado ante la sede penal estaría precedida de coacción,⁷ toda vez que este se encontraría obligado por la propia normativa a ofrecer prueba suficiente a fin de justificar que su incremento patrimonial no fue ilícito, o, de haberlo sido, que lo fue en base a la comisión de diferentes delitos ajenos a la función pública, para no caer inmerso en el precepto del artículo 268, inciso 2 del Código Penal en estudio, lo cual contradice el artículo 18 de la Constitución Nacional, y el 8.2.g de la Convención Americana de Derechos Humanos, incorporada a nuestra Carta Magna.

4. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

5. Schlüchter, Ellen, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 45, citado por Donna, Edgardo, en *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, 2008, T. III.

6. Ídem, BGHSt 11, 213, 218.

7. Así lo enuncian los Dres. Conti, Néstor y Saumell, Marina, en la obra de su autoría titulada *Las figuras del enriquecimiento ilícito*, Nova Tesis, 2007, p. 74.

En referencia a la inconstitucionalidad de la norma en el fallo “Prestía”,⁸ en el voto en disidencia⁹ se ha sostenido que:

“Bastan estos aspectos para sostener que estamos ante una elaboración desafortunada de un tipo penal, que viola tanto el principio de culpabilidad, como el de presunción de inocencia”.

“En este último aspecto lleva razón a mi entender Sancinetti, al acudir a la Convención Americana de Derechos Humanos, cuando en su artículo 8.2 afirma que “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas... g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable” (Sancinetti - El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público, p. 97).

“Con esta argumentación, que insisto es mínima, habida cuenta del voto minoritario en esta causa, entiendo que la conclusión es que el artículo 268. II es lesiva de normas fundamentales establecidas en la Constitución Nacional (artículos 18 y 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos...)”.

Contrariamente, otro sector de la doctrina se inclina por la constitucionalidad del precepto normativo, y es aquí donde adquiere relevancia la clase de delito tipificado en la figura, para lo cual pasará a enunciar someramente la estructura del tipo penal.

Carlos Creus¹⁰ sostendrá que la acción típica no es la de enriquecerse ilícitamente, sino la de no justificar la procedencia del enriquecimiento. Por consiguiente, el autor mencionado es partidario de afirmar que la ley no consagra una presunción, sino que impone un deber (el de justificar) castigando su incumplimiento, concluyendo que estamos en presencia de un delito de omisión.

Cierta jurisprudencia ha sostenido lo citado en el entendimiento que el delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público no castiga la acción de enriquecerse, sino la de no justificar la procedencia

8. Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Interlocutoria 10/130 de fecha 11 de junio de 1998.

9. Voto en disidencia del Dr. Edgardo Donna.

10. *Delitos contra la Administración Pública*. Comentarios de los artículos 237 a 281 del Código Penal, Buenos Aires, Astrea, 1981.

del enriquecimiento, con lo cual la ley no consagra una presunción, sino impone un deber y sanciona su incumplimiento.¹¹

La crítica a esta postura doctrinaria sostiene que al afirmar que es un delito de omisión, la cuestión se vuelve más compleja, porque sería la omisión de declarar el origen del aumento patrimonial, lo cual no sería otra cosa que la *desobediencia* ante el requerimiento del juez, lo cual tendría una pena desproporcionada¹² respecto a las desobediencias que la ley ha tipificado,¹³ adoleciendo del vicio de lesión al principio de proporcionalidad.¹⁴

Así fue expuesto en el voto en minoría en el fallo “Prestía”:

*“... basta con remitirse a la doctrina para entender que no se sabe si estamos ante un tipo de comisión o de omisión. De ser el primer caso, tendríamos que la conducta típica sería la de enriquecerse ilícitamente mediante el ejercicio de la función pública. Si, en cambio, se afirma que es un delito de omisión, la cuestión se vuelve más compleja porque sería la omisión de declarar el aumento patrimonial, lo cual no sería más que una mera desobediencia ante el requerimiento del juez”.*¹⁵

Autores como el profesor Dr. Javier de Luca y López Casariego¹⁶ sostendrán una particular posición, por la cual entienden que podría tratarse de un delito de omisión que no se corresponde con el tipo activo.

Argumentan que al estar legislado de esa manera no se puede cuestionar su constitucionalidad, porque su redacción y funcionamiento no respeta todos y cada uno de los elementos de alguna clasificación más o menos aceptada por los científicos.

11. Cita jurisprudencial contenida en Conti, Néstor / Saumell, Marina, *Las figuras del enriquecimiento ilícito*, op. cit., p. 94: “Vallone, José” Rta. 11-6-98 (C. N. Crim. y Corr., Sala I, Pagnota, Vicente 5/10/2000, en web Rubinzal penal 6.1.1.2.r1).

12. El artículo 239 del CP, “Resistencia y Desobediencia a la autoridad”, reprime con prisión de quince días a un año el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquel o en virtud de una obligación legal”. En el delito bajo estudio (artículo 268, inciso 2 CP), la escala penal es de reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua.

13. Donna, Edgardo, *Derecho Penal Parte Especial*, Rubinzal-Culzoni, 2008, T. III, p. 436.

14. Sancinetti, Marcelo, op. cit., p. 118.

15. Argumentos expuestos en el voto en minoría por el Dr. Edgardo Donna.

16. “Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional”, Suplemento de Jurisprudencia Penal de La Ley, 25 de febrero de 2000.

A los fines de fundamentar esta postura, sostendrán que el deber de justificar estaría compuesto por dos elementos, siendo el primero de ellos la condición de funcionario público y, el segundo, el incremento patrimonial apreciable.

Este incremento patrimonial apreciable no constituiría necesariamente el acto de enriquecerse, lo que descarta que se trate de un delito doloso activo, sino que se trata de una situación objetiva que genera la obligación de actuar para evitar la lesión del bien jurídico (la imagen de transparencia).¹⁷

La doctrina mayoritaria se inclina por afirmar que estamos ante un *delito de comisión*, mediante el cual la conducta típica consiste en enriquecerse patrimonialmente en forma apreciable e injustificada durante el ejercicio de un cargo público (y, según la modificación establecida por la Ley N° 25188, hasta dos años después de haber cesado en su desempeño).¹⁸

En relación al aspecto temporal, el enriquecimiento debe producirse con posterioridad a la asunción del cargo o empleo público.

La falta de justificación del incremento, ante el requerimiento efectuado por la autoridad competente, constituye una condición objetiva de punibilidad.

Esta postura sigue la línea doctrinal argumentando que, no obstante que la redacción de la figura pueda prestarse a equívocos, lo que la ley castiga es el hecho de enriquecerse ilícitamente, aunque no justificar ese enriquecimiento sea una condición de punibilidad. Por ende, el delito se consuma con el enriquecimiento.¹⁹

Lo antedicho se contradice con la doctrina que entiende que el momento consumativo de este delito se verifica cuando el sospechado, luego de haber sido debidamente requerido, no justificó de manera satisfactoria la alteración de su patrimonio.

Además, debe demostrarse un apreciable incremento patrimonial sin justa causa aparente; esto significa que dicho incremento debe

17. Sugiero la atenta lectura de la publicación mencionada en el pie de página anterior respecto a la concepción del bien jurídico protegido por la norma "imagen de transparencia", conforme al pormenorizado estudio de los autores citados.

18. "Pico, José Manuel s/ recurso de casación", Sala I, fecha 08/05/2000 (reg. 3485).

19. Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Abeledo-Perrot, T. VII, p. 323.

exceder crecidamente las posibilidades emergentes de los ingresos normales del funcionario o empleado.

Así, Ricardo Levene sostendrá que se encontrará incurso en dicha circunstancia ...cuando el patrimonio del funcionario o empleado, el de su cónyuge, si no mediare separación judicial y el de las personas sometidas a su patria potestad, tutela o curatela, no provenga de las causas que aquellas deben especificar y que, comúnmente aceptadas, son las retribuciones comunes del cargo, el ejercicio de la profesión, oficio o actividad lícita compatible con la función pública; el acrecentamiento natural de los bienes que tenía al asumir el cargo y de los que adquiriere lícitamente durante su ejercicio, de acuerdo con las correspondientes declaraciones juradas, y los frutos y productos; las herencias, legados y donaciones por causa extraña a la función, acreditadas por instrumento público; el ejercicio de derechos legítimamente adquiridos y los hechos fortuitos debidamente comprobados.²⁰

Recientemente, la Sala I de la Cámara Criminal y Correccional Federal, en el fallo “Jaime, Ricardo Raúl s/ rechazo del planteo de inconstitucionalidad”, confirmando esta tendencia, sostuvo que el delito de enriquecimiento ilícito debe ser concebido como un delito de acción, que se consuma cuando se produce el incremento patrimonial considerable e injustificado -y no cuando el encausado omite, frente al correspondiente requerimiento, justificar el incremento-.

El fallo citado afirma la validez constitucional de la figura legal ante los cuestionamientos realizados referidos a su inconstitucionalidad, fundamentando que se está en presencia de un delito de acción donde la conducta típica es enriquecerse de manera apreciable e injustificada.

Remitiendo al fallo “Alsogaray”, emanado de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, se hace mención a que el término “injustificada” debía entenderse “en el sentido de no tener origen en una fuente legítimamente compatible con el desempeño del cargo o empleo de que se trate...”, y que “...esta justificación, a la luz de todo lo expuesto, no es, por definición, la que proviene del funcionario cuando es requerido para que justifique ese enriquecimiento, sino la que resulta en principio de la comprobación -en base a pruebas colectadas en el juicio- de

20. Levene, Ricardo (h), “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos”, LL. 112-1963 y ss, citado en el fallo “Pico, José Manuel s/ recurso de casación”, Sala I, fecha 08/05/2000 (reg. 3485).

que no encuentra sustento en los ingresos registrados del agente y, en definitiva, cuando ese aumento del patrimonio excede crecidamente y con evidencia las posibilidades económicas provenientes de los ingresos legítimos del sujeto, es decir, sin justa causa comprobada. De modo que no se castiga sobre la base de una presunción, sino por el hecho cierto y comprobado de que el funcionario se enriqueció durante el ejercicio de la función pública de modo apreciable e injustificado”.²¹

Otra parte de la doctrina minoritaria entiende que estamos en presencia de un “delito complejo”, toda vez que la exigencia del tipo es el enriquecimiento apreciable del sujeto activo, aunado a ello con la no justificación de su procedencia al serle debidamente requerido.

Ricardo Núñez, quien fue el que introdujo esta definición, sostendrá que se trata de un delito complejo dado que contempla una acción positiva que es la de enriquecerse ilegítimamente, y una omisión al deber de justificación o imposibilidad de así realizarlo. Consecuentemente, sostendrá que si bien el delito se perfecciona con la omisión de justificar, su esencia radica en el ilícito enriquecimiento, del que la falta de justificación será la mejor y más acabada prueba.²²

Otra postura es la que considera que se trata de un “tipo compuesto o de pluralidad de actos”, toda vez que para su consumación se requiere más de un comportamiento, uno positivo y otro negativo. Luego, entre el antecedente -la conducta comisiva del funcionario público consistente en incrementar significativamente su patrimonio durante su desempeño en el cargo o hasta dos años después de su cese, respecto a sus ingresos legítimos- y el consecuente -la omisión de justificar que la causa de tal enriquecimiento ha sido extraña al ejercicio funcional (no exigiéndose que acredite el “origen lícito del incremento”)- debe haber mediado un elemento normativo del propio tipo penal: que el agente haya sido debidamente requerido a justificar el enriquecimiento por autoridad competente, exigencia que algunos autores consideran una condición objetiva de punibilidad.²³

21. Del voto del Dr. Eduardo Freiler en la causa 47315, caratulada “Jaime, Ricardo Raúl y otros s/ Rechazo planteo de inconstitucionalidad”, C. N. Crim. y Correc., Sala I, 18/10/2012.

22. Núñez, Ricardo, *Derecho Penal Argentino*, p. 144.

23. Lascano, Carlos Julio (h), “El tipo objetivo del delito de enriquecimiento de funcionarios y empleados públicos”, disponible en: www.terragnijurista.com.ar

3. FUNDAMENTO RESPECTO A LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL TIPO PENAL EN ESTUDIO

El tipo penal presenta una conducta comisiva en primera instancia (el incremento patrimonial apreciable) y, a la vez, una conducta omisiva (la no justificación), no pudiendo prescindir una de la otra a los fines de la consumación, toda vez que, si no existiera un incremento patrimonial apreciable, no nacería el deber de justificación y, viceversa, el sujeto especial de la figura no es llamado a justificar en caso de no exteriorizarse una sospecha acerca del antedicho incremento patrimonial.

Anticipo que, a mi criterio, el tipo penal examinado es inconstitucional, toda vez que es violatorio de la “garantía a la no autoincriminación”, y de la “presunción de inocencia”.²⁴

La garantía contra la no autoincriminación, o el también denominado principio *nemo tenetur*, es quebrantado al instante en que el sujeto activo del delito es llamado a declarar, tal como se encuentra redactada la norma bajo examen.

En efecto, la intimación judicial al funcionario con el objetivo de prestar declaración a fin de justificar el origen de su patrimonio lo constituye como presunto autor del delito tipificado en el artículo 268, inciso 2 del Código Penal, lo cual hace presumir dos circunstancias:

- a) La existencia de un enriquecimiento patrimonial presumiblemente originado directa o indirectamente por el paso del funcionario ante la Administración Pública y,
- b) Que ese presunto enriquecimiento patrimonial calificado como apreciable provenga de un ilícito.

Es así que la figura penal, tal como se encuentra tipificada, obliga a que el sujeto llamado a investigación en su carácter de presunto autor de un enriquecimiento patrimonial, deba obligadamente “justificar” la licitud del último.

Consecuentemente, se parte de una sospecha respecto al origen de ese enriquecimiento -presumiéndolo ilícito-, para lo cual es la propia norma la que le impone al sujeto bajo investigación la carga de aportar

24. Agradezco a la Dra. Rosario de Vicente Martínez - Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Castilla, La Mancha, quien me suministró la bibliografía de su autoría, titulada “Culpabilidad, Presunción de Inocencia y Delitos de Sospecha”, publicada en la *Revista del Poder Judicial* de España N° 33, 1994. Me complace mencionar en este trabajo algunos pasajes de la citada catedrática de prestigio internacional.

los documentos necesarios y suficientes, cuya fuerza probatoria desbarate la presunción de ilicitud que *ex ante* se le adjudica al citado enriquecimiento patrimonial.

Entonces, ante la eventual argumentación deficiente del funcionario en su declaración, o ejerciendo el último la opción a guardar silencio ante la intimación judicial utilizando su derecho a guardarse a declarar, ambas circunstancias conspirarán en su contra aparejando un resultado inexorable, tal lo es su condena.

De tal modo, es el propio sujeto investigado quien deberá convencer a la justicia que ese enriquecimiento no proviene de una actividad ilícita.

Podemos afirmar en este contexto que la presunción de la “ilicitud” del enriquecimiento patrimonial funcionaría como el factor desencadenante a fin de llamar a justificar los orígenes del último en sede judicial.

Por lo expuesto, no se presume la “licitud” del enriquecimiento, sino su “ilicitud”, lo cual vulnera de plano el principio de inocencia.

Ergo, tomando como antecedente tal presunción, y con el objetivo de desvirtuarla, se coloca a cargo del sujeto sometido a investigación el deber de aportar la prueba de descargo que contrarreste la antedicha presunción de “ilicitud” que pesa *ex ante* en cabeza del sujeto especial de la figura delictiva.

Se colige de lo antedicho que la garantía a la no autoincriminación se encuentra cercenada, toda vez que el silencio ante el requerimiento judicial conspirará contra el derecho de defensa y la garantía a la no autoincriminación del sujeto investigado, situación reprochable por el bloque constitucional (artículo 18 CN).

De igual manera, el tipo penal (artículo 268 (2) CP) vulnera la presunción de inocencia, entendiendo por tal el derecho subjetivo público, autónomo e irreversible del que está investida toda persona física acusada de un delito, y consistente en desplazar sobre la persona acusadora la carga cumplida de los hechos de la acusación, encontrándose obligado el Juez o Tribunal a declarar la inocencia si tal prueba no tiene lugar,²⁵ constituyendo uno de los principios cardinales del derecho penal contemporáneo en sus facetas sustantiva y formal, toda vez que la presunción de inocencia proclama que toda persona acusada de una infracción es inocente mientras no se demuestre lo contrario, constituyendo un derecho subjetivo público que posee su eficacia en un doble plano.

25. Guerra, San Martín, Belloch y Torres y López, “El derecho a la presunción de inocencia”, La Ley 1982-4, p. 1185, citada por la Dra. Rosario de Vicente Martínez.

En efecto, por una parte opera en las situaciones extraprocerales y, por la otra, opera en el campo procesal en el cual el derecho y la norma que lo consagra determinan una presunción, tal la denominada “presunción de inocencia”, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba, toda vez que la inocencia de una persona acusada o sospechosa de un delito debe ser tenida por cierta salvo prueba en contrario.

De ese principio fundamental se deriva la consecuencia concreta de que la culpabilidad del imputado debe ser probada positivamente, siendo necesario para condenar la certeza de culpabilidad.

En este contexto, la presunción de inocencia comporta una doble exigencia: a) de una parte, que nadie pueda ser considerado culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria, y b) de la otra, que las consecuencias de la incertidumbre sobre la existencia de los hechos y su atribución culpable al acusado beneficien a este, imponiendo la carga material de la prueba a las partes acusadoras.

Por lo tanto:

- a) Toda condena debe ir siempre precedida de una actividad probatoria, impidiendo la condena sin pruebas;
- b) Las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas; y
- c) La carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores, no existiendo nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia o no participación de los hechos.

Por lo expuesto, toda condena debe apoyarse en elementos de prueba y, además, si estas pruebas han sido obtenidas o practicadas con observancia de las garantías procesales y los derechos fundamentales.

Por ello, es la importancia de determinar que la prueba sea de cargo a los fines de desvirtuar la inocencia de toda persona sometida a investigación por presunta comisión de un ilícito reprochable penalmente, no bastando la simple duda en torno a si el funcionario realizó o no los hechos que se le imputan -principio *in dubio pro reo*-, conociendo que en el proceso no se opera sobre el concepto de hechos ocurridos como sobre el de “hechos probados”.²⁶

26. Rosario de Vicente Martínez, “Culpabilidad, Presunción de Inocencia y Delitos de Sospecha”, *op. cit.*

Siguiendo a la catedrática Rosario de Vicente Martínez, esta sostendrá que:

“En el plano del derecho penal sustantivo, la presunción de inocencia representa un límite frente al legislador. En virtud de ese límite, y dada la naturaleza constitucional del mismo, serán nulos los preceptos penales que establezcan una responsabilidad basada en “hechos presuntos” (hechos que se presume ha realizado el autor, aunque de ello no exista prueba alguna) o, lo que es lo mismo, en “presunciones de culpabilidad”.²⁷

Siguiendo con este razonamiento, el principio de culpabilidad es el punto cardinal para apreciar la constitucionalidad de una presunción. Por ello, la vulneración del principio de presunción de inocencia, en su vertiente material, es una vulneración al principio de culpabilidad, en la medida en que una norma puede establecer en relación al sujeto que realiza determinada conducta una imputación *iure et de iure* de la comisión de un injusto penal, existiendo posibilidades en contra de esa relación impuesta como jurídicamente necesaria. Al sujeto, en definitiva, se le reprocharía un hecho que no necesariamente ha perpetrado.²⁸

Ahora bien, podría suceder que el sujeto inculpatado:

1. Justifique el origen de su incremento patrimonial de manera eficiente y, sin perjuicio de ello, sus argumentos no alcanzan a conmover al director del proceso; o
2. Justifique su incremento patrimonial, pero existen pruebas de descargo que evidencian la comisión de otros hechos delictivos.²⁹

Transcribiré, en su parte pertinente, lo enunciado por el Dr. Marcelo Sancinetti:³⁰

“Ahora bien, cabe preguntarse: ¿Qué sucede si el funcionario demuestra que el incremento se registró por un cohecho?

- a) Literalmente se debería interpretar: se trata ya de otro delito: por consiguiente, ya no es aplicable el tipo presuntivo de “enriquecimiento ilícito”, ni tampoco se lo podría juzgar por cohecho, porque,

27. *Ibidem*, p. 449.

28. Borja Jimenez, “Algunas reflexiones a raíz de la nueva formulación del principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código Penal de 1992”, *Actualidad Penal* 1992-I, pp. 347-348, citado por la Dra. Rosario de Vicente en su obra citada.

29. Sancinetti, Marcelo, *op. cit.*, p. 69.

30. *Ídem*.

respecto a este último delito, sí regiría la regla de exclusión probatoria (el imputado habría declarado contra sí mismo).

b) Y si se llegara a otra interpretación, ¿Se lo penaría por cohecho o por enriquecimiento ilícito?

b.1) Si se dice lo primero -porque el hecho ya está demostrado- no se podrá negar que el delito quedó comprobado por una confesión coactiva (si el funcionario no confesaba, se lo penaba por un delito más severamente penado);

b.2) Si dice lo segundo -porque un cohecho no puede justificar el enriquecimiento patrimonial-, no se podrá negar que al autor se lo trata más gravemente que lo que impone el delito que realmente cometió (el cohecho)".

En esta línea directriz, el diputado Saturnino Bilbao³¹ fue quien sostuvo, al momento de la discusión del Proyecto de esta ley ante la Cámara de Diputados, que:

“Se advierte que mediante este artículo se introduce en nuestra legislación penal el delito de sospecha, y que se lo reprime con una pena más grave que la establecida contra el funcionario o empleado que admitiere dádivas...”.

Por lo expuesto, tanto la “justificación deficiente” como la “justificación eficiente pero no convincente”, que realiza el sujeto investigado en el marco del proceso seguido en su contra, en donde a la justicia no le conmovieron sus explicaciones acerca del origen de su incremento patrimonial, exterioriza el “estado de sospecha” existente desde el momento en que el sujeto activo fue puesto bajo proceso -cuando nació la presunción del enriquecimiento ilícito-, motivo por el cual fue llamado a justificar el origen de su incremento patrimonial, viéndose obligado el propio imputado a la carga de probar su inocencia, relevando de esta manera al Ministerio Público Fiscal de bregar por la obtención de las pruebas de cargo, situación esta que conspira contra la presunción de inocencia receptada en nuestra Carta Magna.

En el artículo 268, inciso 2 del Código Penal, la expresión “al ser debidamente requerido” le atribuye al funcionario la obligación de producir prueba de su no enriquecimiento, lo cual no parece incompatible con la garantía del debido proceso, pero cuando el artículo menciona

31. Es transcripta en su parte pertinente por Sancinetti, Marcelo, en *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público (artículo 268, 2, CP)*, Ad-Hoc, p. 42.

acerca de “no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable”, va más allá de atribuir al funcionario la carga de producción, sino que también le atribuye la obligación de convencer al tribunal de que su enriquecimiento es lícito, estableciendo responsabilidad a aquel si no logra acreditar dicho extremo.³²

Consecuentemente, opera la presunción de culpabilidad al invertir la carga probatoria toda vez que, si la presunción no sería tal, la mencionada carga probatoria estaría en cabeza del Ministerio Público Fiscal y no del propio inculpado.

A modo de colofón, la norma bajo tratamiento a mi criterio es violatoria del artículo 18 de la Constitución Nacional, XXVI de la Declaración Americana de los Derechos Humanos, 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros, con vigencia constitucional en virtud de lo normado en el artículo 75, inciso 22, del bloque constitucional, en el entendimiento de que nuestra Ley Fundamental acoge la garantía de toda persona sometida a un proceso penal de ser considerado y tratado como inocente hasta que una sentencia firme declare su responsabilidad respecto del hecho delictivo atribuido.

El acusado no tiene necesidad de soportar la imputación activamente mediante la producción de prueba de descargo, sino que su estado de inocente debe ser destruido por la acusación, y que ante la duda sobre su culpabilidad, el juez deberá excluirlo del proceso mediante una resolución que declare que dicho estado se mantiene intacto.³³

Concuera mi posición con la del Dr. Donna, al sostener:

“No hace falta ser muy astuto para descubrir algunos de los problemas del artículo en estudio y no tiene por qué ser el intérprete el que llene las lagunas del Derecho y menos aún el que deba justificar los errores legislativos, dándole a las normas violatorias de la Constitución el ropaje necesario para su aplicación”./.³⁴

32. Bruzzone, Gustavo / Gullco, Hernán, *Teoría y Práctica del Delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionario Público*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 29.

33. Macagno, Ernesto Mauricio, “La supervivencia de los delitos de sospecha...”, *Anales* N° 41, Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, 2011.

34. Donna, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, 2008, T. III.

JURISPRUDENCIA

Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados. Información reservada: adquisición previa de estado público. Legítimo ejercicio de un derecho.

Aun cuando para entablar la acción por calumnias e injurias los magistrados imputados han incorporado fotocopias del expediente en el que oportunamente intervinieran, dicha conducta además de constituir el legítimo ejercicio de un derecho como resulta la defensa del honor, de manera alguna importa la utilización de información reservada pues sus constancias habían ya adquirido estado público al haber constituido el objeto del artículo editado en una revista por el que se consideraron agraviados.

Bonorino Peró, Ouviña, Piombo,

MANCUSI, Alberto D. 2/11/94 c. 2.081 C. N. Crim. Sala VII.

Enriquecimiento ilícito de magistrados y funcionarios. a) Utilización de información o datos de carácter reservado. b) Reiteración. Hechos independientes.

a) Es autor penalmente responsable del delito de utilización de información o datos de carácter reservado quien en su condición de inspector de la Dirección de Industria y Comercio de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires utilizó, con propósito de lucro, el conocimiento de cuestiones de la órbita municipal relativas a presuntas infracciones en las que se hallarían inmuebles de distintas firmas, ofreciéndose a solucionar los problemas de los inspeccionados.

b) La hipótesis típica, conforme a la redacción que le diera el legislador a la norma del art. 268 (1), C.P., no da lugar para pensar que el verbo “utilizar” empleado en la enunciación encierre multiplicidad de comportamientos. Cada aprovechamiento de un dato o información reservada importa un hecho independiente e inescindible, nada existe en el enunciado normativo que nos alcance una pauta de mensuración, y menos aún la descripción legal nos permite aventurar

supuestos de tal naturaleza por lo que la acción típica fue reiterada, en tres oportunidades, en tanto los conocimientos que se aprovechaban correspondían a tres empresas diferentes.

Bonorino Perú, Ouviaña RODRIGUEZ, Ariel 25/11/97 c. 21.791 C. N. Crim. Sala VII.

Funcionario público. Enriquecimiento ilícito. Conducta que reprime la figura.

En el delito de enriquecimiento ilícito, cometido por un funcionario público no se castiga la acción de enriquecerse, sino la de no justificar la procedencia de este, con lo cual la ley no consagra una presunción sino impone un deber y sanciona su incumplimiento (*).

Rivarola, González Palazzo. 13478_1 PAGNOTA, Vicente. 5/10/00 Bol. Int. de Jurisp. N° 4/2000, pág. 55. 13.478 C.N.Crim. Sala I.

Se citó: (*) C. N. Crim., Sala I, c. 8.936, "Vallone, José", rta: 11/6/98.

Enriquecimiento ilícito de empleado y funcionario público. Constitucionalidad de la disposición. Función del Estado. Funcionario público. Acreditación legítima del patrimonio. Rechazo. Configuración del tipo. Falta de mérito.

Con relación al tipo del art. 268, C.P., la primera carga la cumple el Estado al acreditar el enriquecimiento patrimonial apreciable y la necesidad de justificar (el incremento desproporcionado de sus ingresos) es parte de los deberes que corresponden al funcionario a quien nadie obligó a aceptar y gozar el cargo público.

Por ello, aunque el intimado decida no contestar aquel requerimiento, al Estado le resta la carga de comprobar que el aumento patrimonial tampoco se encuentra justificado y el funcionario tendrá todas las alternativas procesales que cualquier imputado posee en aras de ejercer debidamente el derecho de defensa en juicio.

Si el funcionario se colocó en la imposibilidad de acreditar la legitimidad de su incremento patrimonial, habrá violado la transparencia que pretende proteger la norma represiva y con ello, la invitación a responder sobre elementos de cargo ya colectados, es una alternativa más, un derecho más, no una forma de violar garantías de la Carta Magna.

Cuando aparece lesionada la referida transparencia de la función pública, se genera la obligación de restablecer las cosas a su primitiva condición, así, cuando se aceptó el cargo, el funcionario generó el deber de respetarlo y cumplir, de buen grado o movido por las consecuencias de no hacerlo, lo que reclama el deber. Es decir que si existen elementos que permitan imputar algún enriquecimiento indebido, debe justificar dicho incremento, para reparar el posible daño a las instituciones que la injustificación acarrea.

El incumplimiento ético de no justificar permite sólo la iniciación del proceso y la posibilidad de instruir sumario al prever -como en todos los casos- la posibilidad de adecuarse la conducta al tipo penal de referencia.

Ello por cuanto, al ingresar a la función se generó una deuda, un compromiso que sólo puede saldarse si se elimina el daño que algún mal entendido pueda ocasionar.

Allí reside la necesidad y potestad del Estado para reclamar a los administradores la justificación de lo que puede aparecer como ilegítimo.

Debe tenerse en consideración que el art. 902 del C.C. reza "*Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos*" y el art. 904 *ibídem* establece: "*Las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas*".

Con ello y en cuanto un precepto legal debe ser interpretado en todo su contexto legal, y propugnar preferentemente por su validez y sólo como última alternativa por la inconstitucionalidad (*), debe rechazarse el planteo de la defensa.

Asimismo y en cuanto el delito de enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 268, párrafo segundo del Código Penal, requiere para su configuración un notorio incremento del patrimonio del imputado durante el período en que ejerció la función pública y una falta de justificación de su origen; si del informe del peritaje contable se acredita que los ingresos del matrimonio cubrirían los egresos, debe considerarse que no se encuentran reunidos los extremos previstos en el art. 306, C.P.P.N., como para homologar los procesamientos decretados.

Navarro, Filozof, Donna (por sus fundamentos). (Sec.: Gorostiaga).

Fundamentos del Dr. Donna: El delito de enriquecimiento ilícito previsto en el art. 268, inc. 2, C.P., es inconstitucional (**), razón por la cual, corresponde revocar la resolución recurrida por la defensa de los imputados.

18150_1 ARGÜELLO, Jorge M. 4/11/02 c. 18.150. C. N. Crim. y Correc. Sala I.

Se citó: (*) CSJN, “Piccirilli, Ricardo H”, rta: 15/3/1989, Fallos 312:296; “Fernández Prego, Jorge Carlos”, rta: 14/6/1989, Fallos 312:974; y “Ojea Quintana, Julio María”, rta: 7/8/1996, Fallos 319:1331. (**) C. N. Crim. y Correc., Sala I, c. 10.996, “Jaramillo, Eduardo”, rta: 27/5/1999.

Procesamiento. Elementos suficientes para tener por configurada la maniobra sin perjuicio de la pericia contable que resta ordenar para determinar con exactitud los ingresos percibidos y las erogaciones efectuadas. Confirmación.

Fallo: (...) Coincidimos con el juez a quo en que, sin perjuicio de profundizarse la investigación mediante un peritaje contable que determine con exactitud los ingresos percibidos y las erogaciones efectuadas por (...) durante los períodos en los que se le atribuye haberse enriquecido ilícitamente mientras se desempeñaba como Comisario de la Policía Federal Argentina y haber omitido maliciosamente incorporar datos sobre algunos de sus bienes en las declaraciones juradas patrimoniales, las pruebas reunidas hasta el momento, analizadas a la luz de su descargo y de las prescripciones de la ley de “Ética Pública”, satisfacen las exigencias del artículo 306, CPPN.

No pueden soslayarse dos datos objetivos que fueron relevados por la fiscalía en el dictamen de fs. (...): que durante el lapso objetado los únicos ingresos legítimos de (...) procedían de sus remuneraciones como funcionario y docente de la Policía Federal Argentina y que no registró deudas significativas según lo informado por las empresas prestatarias de servicios públicos, las oficinas de Rentas, las entidades bancarias con las que operaba y las administraciones de los consorcios que integraba.

Es decir, que existía un cúmulo de gastos fijos que necesariamente debía afrontar con aquellos ingresos. En esa línea, la adquisición de inmuebles y automotores, en la mayoría de los casos sin desprenderse

de otros activos ni aplicar reservas e incluso acrecentando los ahorros propios y los de su cónyuge, quien no desempeñaba actividad remunerada alguna, aunada a las insatisfactorias explicaciones sobre el origen de los fondos, la omisión de denunciar en sus declaraciones juradas la compra de dos inmuebles, una cochera y un rodado y de un 50% de otra propiedad que le pertenecía en su totalidad, corroboran prima facie que existió un incremento injustificado de su patrimonio.

En virtud de lo expuesto, el tribunal RESUELVE: Confirmar el auto de fs. (...) en todo cuanto fuera materia de recurso. (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala IV, González, González Palazzo, Seijas. (Sec.: Uhlrandt). c. 9215/11, META, Eduardo E. Rta.: 11/06/2013.

CAPÍTULO 19
PREVARICATO

ARTÍCULOS 269-272 DEL CÓDIGO PENAL

PREVARICATO

Por Ricardo Levene [nieto]*

1. ARTÍCULO 269 DEL CÓDIGO PENAL

Artículo 269 del Código Penal: *“(Texto vigente por Ley 23077 y montos según ley 24286) sufrirá multa de pesos tres mil (\$3000) a pesos setenta y cinco mil (\$75000) e inhabilitación absoluta perpetua el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas.*

Si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal, la pena será de tres (3) a quince (15) años de reclusión o prisión e inhabilitación absoluta perpetua.

Lo dispuesto en el párrafo 1 de este artículo, será aplicable, en su caso, a los árbitros y arbitradores amigables componedores”.

1.1. Sujeto activo es el juez, el árbitro y los arbitradores amigables componedores. Son jueces tanto los de los tribunales unipersonales como de los colegiados y los conjueces, sean letrados o legos, aunque estos últimos procedan según su leal saber y entender. Únicamente los jueces pueden cometer este delito toda vez que ellos ostentan la facultad jurisdiccional. En cuanto al dolo, no le interesa a la ley penal la intención que haya tenido un juez al prevaricar; para perfeccionar este delito basta el dolo genérico.

1.2. El delito se puede cometer dictando resoluciones contrarias a la ley invocada expresamente por las partes o por el sujeto activo, o citando para fundar la resolución, hechos o resoluciones falsas. En los

* Abogado. Aprobación del curso de doctorado de Derecho Penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Licenciado en Criminología en la Escuela de Técnicas Forenses de la Universidad del Salvador, con promedio sobresaliente. Profesor titular de Derecho Penal en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador. Ex profesor titular de Criminología en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad John F. Kennedy.

dos supuestos se presupone que el sujeto activo ha dictado una resolución y se consuma al dictársela en esa forma, siempre que la resolución fuere efectuada en función jurisdiccional.

Una resolución es contraria a la ley expresa invocada, si manda o prohíbe lo contrario de lo que de modo expreso y claro manda o prohíbe la ley.

El sujeto activo prevarica cuando cita, para fundar su resolución, hechos o resoluciones falsas, es decir cuando invoca, para resolver, acontecimientos, actuaciones y circunstancias de cualquier especie o resoluciones de una autoridad judicial o no, que no existen o que carecen de la significación que les atribuye.

1.3. El prevaricato es un tipo doloso. Exige discordancia entre el derecho declarado y el conocido por el juez o sujeto equiparado. El error o la ignorancia excluyen el prevaricato que exige la mala fe del juzgador.

Nuestra ley no requiere propósito de causar perjuicio y el móvil carece de significación, dado que el prevaricato existe independientemente de los resultados perjudiciales o beneficiosos.

1.4. El prevaricato se agrava si se comete al dictarse sentencia condenatoria en causa criminal en toda clase de delito. No es necesario que la sentencia condenatoria haya sido ejecutada. Es lo que se denomina el prevaricato agravado de los magistrados, y la sentencia condenatoria puede provenir tanto de la primera como de la segunda instancia; siendo de instancia única, es irrelevante que admita o no una impugnación ordinaria o de excepción.

1.5. El párrafo 3 declara aplicable en su caso lo dispuesto en el párrafo 1, a los árbitros y arbitradores amigables componedores. Son los jueces elegidos en su caso por las partes en litigio, debiendo los primeros conocer y resolver de acuerdo a las leyes procesales y las de fondo, en tanto los segundos proceden sin atenerse a las formas legales y resuelven según su leal saber y entender. Se encuentran equiparados a los jueces con facultad jurisdiccional -jueces de derecho integrantes del Poder Judicial-. Parte de la doctrina se ha cuestionado sobre si únicamente cometen delito cuando citan hechos o resoluciones falsas, o si prevarican también cuando se pronuncian contra la ley expresa in-

vocada por las partes o por ellos mismos. Tanto González Roura¹ como Vázquez Iruzubieta² están contestes en que, al ser personas legas o no técnicas, no puede exigírseles conocimientos científicos específicos.

Nuestra opinión es adversa a la de los destacados autores citados, toda vez que nuestra legislación no admite el error de derecho, y la ley se reputa conocida por todos a partir de su publicación, con lo que mal puede invocarse ignorancia del derecho para los árbitros designados para dirimir controversias.

1.6. Acciones delictivas: Según la ley son dos:

a) Dictar: Significa, dentro de la función jurisdiccional, despachar un pronunciamiento que constituya una decisión dentro del proceso. Es irrelevante la categoría del pronunciamiento, como también su forma, ya que sólo interesa su contenido decisorio. Quedan excluidas las providencias de mero trámite que solamente deciden aspectos de administración procesal.

b) Citar: Es una actitud referenciadora, toda vez que se exponen circunstancias y actos ya acaecidos o registrados. Para nada importa la forma inhabitual o irreverente de la cita, pues es su contenido lo que resulta penalmente relevante.

1.7. En cuanto al objeto de las acciones, a cada una de ellas corresponde un objeto distinto.

Resoluciones: En el sentido de pronunciamientos, o sea, que puede asumir la forma de decreto, resolución propiamente dicha o fallo de cualquier instancia. Quedan fuera de la norma las resoluciones de superintendencia, ya que mediante el precepto se tutela exclusivamente la función jurisdiccional.

1.8. En cuanto a los hechos o resoluciones para fundar las resoluciones, este objeto es propio de la acción delictiva citar, y debe mediar una relación causal entre la cita y la decisión, pues de lo contrario el hecho es penalmente irrelevante.

1. González Roura, Octavio, *Derecho Penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1922, T. III, p. 334.

2. Vázquez Iruzubieta, Carlos, *Código Penal Comentado*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1971, T. IV, p. 523.

Respecto a la cita de los hechos, deben ser cualquiera de aquellos que se encuentren incluidos en el proceso.

2. PRISIÓN PREVENTIVA ILEGAL

Artículo 270 del Código Penal: *“(Montos según Ley 24286) Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos (\$2500) a pesos treinta mil (\$30000) e inhabilitación absoluta de uno (1) a seis (6) años, el juez que decretare prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda o que prolongare la prisión preventiva que, computada en la forma establecida en el art. 24, hubiere agotado la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito imputado”.*

La denominación de esta figura proviene del tratadista Díaz,³ y que luego fuera adoptada por el insigne penalista Sebastián Soler.⁴

Se trata de un delito material, por cuanto produce un daño concreto, que consiste en que la víctima debe padecer y sufrir una detención ilegal dispuesta por el magistrado.

En cuanto a las acciones delictivas descriptas en la norma, podemos afirmar que son dos:

- a) Decretar: Hay que analizar esta forma comisiva con sentido amplio, y el decreto está referido a cualquier otra forma procesal que el juez utilice, ya sea mediante decretos, autos o resoluciones, y sentencias. Este ilícito sólo puede ser cometido únicamente por un funcionario que ostente jurisdicción.
- b) Prolongar: Esta acción ejecutiva presupone el dictado de la medida con anterioridad por parte del juez y simplemente prolonga sus efectos, manteniéndola vigente dentro del lapso que la ley determina.

El objeto del decreto judicial o del prolongamiento de un estado procesal es la prisión preventiva, instituto que por cierto queda reservado a la Nación y a las provincias, a través de los códigos de procedimientos penales, siendo un instrumento legal de orden local. Quedan incluidos en esta disposición la detención previa al auto de prisión

3. Ver Díaz, *El Código Penal para la República Argentina*, Buenos Aires, Roldán, 1928; ver cita de Vázquez Iruzubieta, *op. cit.*, p. 525.

4. Ver Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1956.

preventiva y toda otra privación de libertad provisoria y preventiva que pudiera disponer el magistrado.

Estamos contestes con Ricardo Levene (h),⁵ cuando refiere que la acción consiste en decretar prisión preventiva por un delito que la ley no sanciona con pena de prisión, como lo es, por ejemplo, el abandono de personas prevista en el artículo 108 del Código Penal, o cualquier otro delito que contemple penas de multa o inhabilitación.

En cuanto al dolo, parte de la doctrina lo considera delito doloso. Soler y Fontán Balestra,⁶ por el contrario, sostienen que el magistrado ha actuado en forma negligente o imprudente y que, por ligereza, dejadez o retardo, determina que la víctima sufra prisión preventiva más allá de los límites establecidos por la ley. El segundo de los autores mencionados coincide con Soler, ya que, si la disposición fuese dolosa, debería estar sancionada con una escala mayor de penalidad que la que corresponde al prevaricato simple y menor que la determinada para el prevaricato agravado.

Lamentablemente, debemos discrepar con los insignes tratadistas, toda vez que el juez que “decreta o dicta” la prisión preventiva -primer supuesto- no puede desconocer ni la ley penal ni el Derecho Penal, que además constituyen su especialización -momento cognoscitivo del dolo-.

En el caso de “prolongar” la prisión preventiva -legalmente dictada-, a pesar de haberse agotado el tiempo máximo establecido en la ley respecto del delito por el que dictara oportunamente tal medida cautelar -segundo supuesto-, también es una acción u omisión dolosa. Es que aquí tampoco la ley hace referencia a ninguna de las formas que emplea el Código Penal en los tipos culposos, porque se trata de un delito de omisión impropia o de comisión por omisión.

El juez tiene el deber de hacer cesar la privación de la libertad al cumplirse los plazos legales, que es la situación típica. No hay violación de un deber de cuidado, toda vez que el magistrado posee el deber de actuar en garantía de un bien jurídico que corresponde a su posición de garante, que tiene su fuente en la ley. No estamos contestes con Soler en el hecho de que se trata de una figura privilegiada por

5. Ver Levene, Ricardo (h), *Manual de Derecho Penal - Parte especial*, Buenos Aires, Víctor de Zavalía editor, 1976, p. 563 y ss.

6. Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964.

la escala de la pena con relación al prevaricato simple, y también respecto a los de privación ilegal de la libertad y abuso de autoridad, no obstante su mayor gravedad. Es que la calidad de doloso o culposo de un delito, a nuestro entender, no depende de la pena ni de la armonía de las escalas penales, sino de su estructura típica.

3. PREVARICATO DE LOS AUXILIARES DE JUSTICIA

Artículo 271 del Código Penal: *“(Texto vigente por Ley 23077 y montos según Ley 24286). Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos (\$2500) a pesos treinta mil (\$30000) e inhabilitación especial de uno (1) a seis (6) años, el abogado o mandatario judicial que defendiere o representare partes contrarias en el mismo juicio, simultánea o sucesivamente o que de cualquier otro modo perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada”.*

En cuanto a las acciones delictivas son dos: defender y representar.

Sujetos activos pueden ser los abogados o mandatarios judiciales que hayan asumido la defensa o la representación de una parte en un juicio, pero no se consuma con la mera asunción simultánea o sucesiva ni con el ejercicio activo de la defensa o representación, sino con el perjuicio deliberado de la causa por cualquier modo no consentido por la parte perjudicada. Uno de estos modos es la defensa o representación judicial simultánea o sucesiva.

Las formas de actividad en este ilícito son tres: la defensa o representación simultánea, defensa o representación sucesiva y, finalmente, cualquier modo por el que deliberadamente se perjudiquen los intereses confiados.

En el primero de los casos, ello significa realizar en el mismo espacio de tiempo dos operaciones o propósitos. En el segundo de los casos se trata de una intervención que sigue a otra, sin solución de continuidad de los intereses conflictuados. Y finalmente, en el tercer caso, cabe decir que a diferencia de lo que acontece con la defensa o representación simultáneas o sucesivas, que constituyen delitos formales, en este caso se requiere el perjuicio efectivo, porque se trata de un delito de daño, pero este perjuicio de ninguna manera debe ser exclusivamente patrimonial, ya que ello no se trata de una exigencia de la ley.

En cuanto al objeto de las acciones, la ley describe a las partes contrarias. Conforme la opinión de Oderigo,⁷ es menester que tengan en el proceso “una situación formalmente contrastante, no bastando la inexistencia de una perfecta comunidad de intereses”.

La deslealtad profesional, por otra parte, debe operar en el mismo juicio, por lo que se trata de un delito que sólo puede cometerse en juicio, en toda clase de ellos y en cualquier fuero o jurisdicción, tanto en el expediente principal como en sus incidentes, sea o no contencioso y se encuentre o no apelado, tanto con patrocinio gratuito u oneroso.

En punto a los sujetos activos, ellos son el abogado, por una parte, que es el profesional del derecho que actúa como patrocinante letrado o bien como apoderado, por ejemplo, con poder especial para querellar -letrado apoderado de la querella- y por otra, el mandatario judicial, que es el profesional que representa al litigante.

En cuanto al dolo, para la comisión de este delito basta el dolo genérico, toda vez que el autor puede obrar no solamente para perseguir un beneficio económico, sino por piedad, odio o enemistad, etcétera.

La voz “deliberadamente” excluye de manera tajante toda forma culposa, sin que ello constituya la exigencia de un dolo específico.

4. EL ARTÍCULO 272 DEL CÓDIGO PENAL

Artículo 272 del Código Penal: *“La disposición del artículo anterior será aplicable a los fiscales, asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades”.*

De conformidad con el artículo 272 de la Ley punitiva, pueden ser autores del prevaricato previsto en el artículo 271 los fiscales, asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades. Según Levene (h),⁸ no tienen el valor de dictamen los informes sobre hechos que pueden encuadrar en las falsedades, pero no en el prevaricato.

La acción consiste en perjudicar deliberadamente la causa confiada. Además de la defensa o representación de partes contrarias, es decir, de partes cuyos intereses son contrarios o contrapuestos, el sujeto activo

7. Oderigo, Mario, *Código Penal Anotado*, Buenos Aires, 1957, p. 387, nota 1371.

8. Ver n° 5, *op. cit.*

puede valerse de otros actos u omisiones procesales (vencimiento de términos, omisión de producir prueba, etcétera) o no (renuncia, actos fraudulentos, colusión, etcétera), por sí o por interpósitas personas.

La causa se perjudica al perder el proceso o cuando se disminuye la posibilidad procesal o de fondo de la acción ejercida. Entre el modo usado y el perjuicio, debe existir relación de causalidad.

Es un tipo doloso, que exige perjuicio deliberado, deliberación que importa preordenación del hecho, siendo suficiente el conocimiento de que se sacrifican los intereses del patrocinado o representado aunque la conducta no tenga fin de lucro, siendo irrelevante cualquier otra finalidad.

Admite tentativa por cuanto se pueden realizar actos ejecutivos con el propósito de perjudicar la causa, sin lograrlo. Levene (h), Fontán Balestra⁹ y la mayoría de los tratadistas, concluyen en que el delito se consuma con el perjuicio.

Es menester que la deslealtad profesional se lleve a cabo en el mismo juicio, por lo que constituye un delito que solamente se puede cometer en juicio, en toda clase de juicios y en cualquier fuero o jurisdicción, en el expediente principal o en los incidentes con patrocinio gratuito u oneroso.

En punto al dolo, sólo basta con el dolo genérico, ya que el agente puede obrar no solamente por lucro, sino también por odio, piedad o enemistad, etcétera.

Por otra parte, la inclusión en la figura delictiva de la voz “deliberadamente”, como ya dijimos, tiene el objeto preciso de excluir de manera concreta la forma culposa, sin que constituya la exigencia de un dolo específico.

Aquí no bastan los meros informes de simple trámite sino que, por el contrario, se requiere legalmente lo que desde un punto de vista de la técnica procesal se conoce como dictámenes.

9. Ver n° 6, *op. cit.*

JURISPRUDENCIA

Sobreseimiento. Ausencia de notorio apartamiento de las disposiciones legales en juego. Ausencia de los requisitos del tipo legal. Confirmación.

Fallo: (...) La parte querellante recurrió el auto documentado a fs. (...), punto I, en cuanto se dictó el sobreseimiento de (...), con costas a la vencida, respecto del delito de prevaricato (artículo 271 del Código Penal).

El presente legajo tuvo su origen en virtud de la denuncia formulada por (...), quien señaló que en el marco del Expediente N° (...), caratulado “(...)”, que tramitó ante el Juzgado Nacional en lo Civil N° (...), el imputado, en calidad de letrado patrocinante del denunciante, había desperdiciado la posibilidad procesal de alterar el resultado del juicio que finalmente lo perjudicó, al dejar vencer los términos de los traslados y omitir la interposición de apelaciones.

Ante ello, le revocó el mandato y designó al Dr. (...). Se extrae del relato de (...), quien le presentó a (...) tanto al Dr. (...) como a su actual abogado, que el imputado no actuó conforme a las expectativas del querellante y tomó conocimiento de ello a partir de los dichos del denunciante.

Advierte el Tribunal que, con arreglo a los testimonios del expediente civil (fs. ...), no resulta posible aseverar que la actuación desplegada por el encartado haya tenido por objeto perjudicar al recurrente, como tampoco se encuentra corroborado que hubiera prestado colaboración con la contraparte.

Por otro lado, se destaca que a lo largo de las mencionadas actuaciones (...) realizó diferentes presentaciones (ver copias de la causa civil agregadas a (...), por lo que no es posible sostener la inacción deliberada aludida por el recurrente (fs...).

Bajo tales condiciones, se comparte el juicio de atipicidad en que concluye el señor juez de grado (artículo 336, inciso 3, del ceremonial), y teniendo en cuenta que no se exhiben elementos que permitan apartarse del principio general de la derrota (artículo 531 del Código Procesal Penal), sumado a que la Fiscalía postuló el archivo de las actuaciones (...), corresponde homologar que las costas sean impuestas a la vencida.

En consecuencia, esta Sala del Tribunal RESUELVE: CONFIRMAR la resolución extendida a fs (...) en cuanto fuera materia de recurso, con costas de alzada (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala VII, Cicciaro, Divito. (Sec.: Franco). c. 44864/11, ALARCON, Carlos Alberto. Rta.: 28/06/2013.

Sobreseimiento. Querella que se agravia por entender que las pruebas no son concluyentes para descartar la figura en cuanto al proceder del magistrado en el marco de un expediente civil. Expediente en el cual el magistrado dio respuesta a los planteos realizados por el demandado en desalojo y en el cual se advierte que hay una predominante disconformidad del querellante respecto de las disposiciones adoptadas por el titular del juzgado. Atipicidad. Confirmación.

Fallo: (...) sobreseimiento de F. L. S. en relación al delito de prevaricato previsto en el artículo 269, primer apartado, del Código Penal, con la expresa constancia de que el presente sumario no afectó el buen nombre y honor del que hubiere gozado con anterioridad -ver auto de fs. 193/198 vta, punto I-.

II. El querellante impugnó dicho decisorio (...). De la lectura detallada de las actuaciones reunidas en autos así como también de las copias de los expedientes civiles que corren por cuerda, entendemos que el análisis del cuadro probatorio realizado por la juzgadora se ajusta, en forma correcta, a los parámetros de la sana crítica racional y al derecho vigente.

En efecto, la jueza explicó en forma precisa la figura penal en estudio en contraposición con los elementos colectados en el sumario y concluyó, como correlato de ello, que no se reúnen los requisitos necesarios para acreditar un ilícito por parte de S.

Más allá de la cuestión que gira en torno a si la conducta que se le achaca al encausado debería encuadrar en un prevaricato de derecho -como lo entendió la magistrada- o de hecho -como postuló la querella-, lo cierto es que ambas categorías fueron rechazadas, en forma argumentada, en el decisorio puesto en crisis así como también se afirmó que no se verifica en autos el aspecto subjetivo del tipo.

Compartimos las afirmaciones plasmadas en la resolución impugnada en punto a que los planteos del querellante de este expediente -sujeto demandado en el juicio por desalojo- fueron contestados en

tiempo y forma por el juez civil en sentido negativo respecto del solicitante, circunstancias que no implican, por sí sólo, la comisión de un delito por parte del magistrado.

A su vez, cabe señalar que P. cuestionó diversas decisiones de S. en dicho sumario -tales como el carácter que le imprimió al proceso, la no acumulación de las actuaciones N° (...) y N° (...), el levantamiento de la suspensión del desalojo, entre otras (ver fs. (...) de los testimonios del expediente de desalojo que corre por cuerda)- oportunidades en que el juez contestó cada planteo en forma fundamentada, más allá de que el peticionante contó con la posibilidad de acudir ante un tribunal superior para lograr la reversión de los temperamentos atacados.

Tampoco es posible soslayar que el Dr. S. dio intervención a las partes durante el trámite del sumario -como correspondía- incluyendo a la defensora pública de menores e incapaces y al curador provisional (...) y (...) de los testimonios del expediente de desalojo que corre por cuerda), quienes también tuvieron la posibilidad de manifestar su disconformidad con las decisiones y que el juzgador respondió cada uno de los planteamientos y recursos.

En este contexto, coincidimos con lo postulado en la decisión que se recurre en punto a que no se observa de parte del encausado comportamiento alguno que permita encuadrar su conducta en el tipo penal que se intenta atribuirle sino, antes bien, se advierte como predominante la disconformidad del querellante respecto de las disposiciones adoptadas por el juez civil, circunstancia ajena al fuero criminal.

En consecuencia, consideramos acertada la resolución que se impugna, pues corresponde desvincular a S. del presente proceso. En mérito al acuerdo que antecede, el tribunal RESUELVE: CONFIRMAR el auto (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala V, López González, Pociello Argerich. (Sec.: Vilar). c. 590094974/11, SPANO, Fernando. Rta.: 02/07/2013.

Prevaricato/abuso de autoridad. Sobreseimiento. Ausencia de los elementos necesarios para tipificar los delitos imputados por la querrela. Atipicidad. Confirmación.

Fallo: (...) Adelantamos que el auto impugnado habrá de ser objeto de homologación, pues de la lectura de los expedientes civiles que corren por cuerda no se advierte que en sus respectivas intervenciones -configurativas

a criterio de la querellante de los delitos de abuso de autoridad y prevaricato (arts. 248 y 269 del Código)- los magistrados y funcionarios denunciados hayan actuado de manera contraria a la ley o a la Constitución Nacional o basado sus decisiones en hechos o resoluciones falsas.

Así, tanto la que dejó sin efecto la medida cautelar que impedía el acercamiento de (...) en relación a su hija, como aquella que denegó la salida del país de la menor, fueron adoptadas por los encausados en el entendimiento de que favorecían la revinculación de esta con su progenitor a la procura de dar una solución al caso compatible con el espíritu de las normas a su respecto aplicables (cfr. fs. ...).

Por otra parte, la modificación efectuada sobre la liquidación de la cuota alimentaria que ya había sido aprobada con anterioridad, fue admitida por el imputado (...) y luego convalidada por un tribunal superior con base en copiosa jurisprudencia, en especial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que descarta la calidad de “cosa juzgada” a los autos interlocutorios como los que fueran observados, concluyendo los magistrados que la inclusión de los rubros señalados dentro del concepto de “gastos de jardín” no resultaba razonable y por ende correspondía su rectificación (cfr. fs. ... del proceso de ejecución de alimentos).

Frente a ello, la arbitrariedad de tales pronunciamientos que alega la querella carece de sustento por cuanto encontraron su motivación en las constancias de las causas y fueron adoptados en el marco de atribuciones que su específica función les confiere a los jueces, habiendo tenido acceso la acusadora particular a la revisión de los mismos por medio de sus impugnaciones.

Entonces, la disconformidad de esta con las soluciones aplicadas a cada caso no pueden generar repercusión en este ámbito en tanto “los pronunciamientos equivocados o adversos a los intereses de la parte o bien al criterio legal, jurisprudencial o doctrinal se encuentran sujetos a revisión por parte del Tribunal de grado al que corresponda intervenir ante la deducción de algún recurso pero no por ello los tornan delictuales, en los términos del artículo 269 del Código Penal” (1).

Es así que la sede penal no puede oficiar de nueva instancia para que las decisiones adversas dispuestas legítimamente en otra vuelvan a ser objeto de análisis, pues el ordenamiento jurídico presenta una variada gama de posibilidades para intentar revertir, por los medios

adecuados, toda decisión que se estime desatendida o que irroque algún tipo de agravio para las partes (2).

Finalmente, el carácter malicioso que la apelante les otorga a las decisiones objetadas constituye una crítica sin respaldo en las constancias de las actuaciones civiles reseñadas; de otro lado, la parte siquiera ha fundamentado ni brindado explicación satisfactoria alguna sobre tal cuestionamiento, lo cual exime a este tribunal de efectuar cualquier otro tipo de apreciación al respecto.

En consecuencia, y no advirtiéndose en la especie circunstancia alguna que amerite apartarse del principio general de la derrota que rige en materia de costas, se RESUELVE: CONFIRMAR la resolución de fs. (...) en todo cuanto fuera materia de recurso, con costas dealzada a la parte vencida (artículo 531 del CPP). (...).

González, González Palazzo, Seijas. (Prosec.Cám.: Pereyra). 730078311_11_4 A., L. C. y otros. 6/05/13 c. 730.078.311/11. C. N. Crim. y Correc. Sala IV.

Se citó: (1) C. N. Crim. y Correc., Sala IV, c. 31.555 “Braga. Margarita”, rta. 25/10/07. (2) C. N. Crim y Correc., Sala IV, c. 31.490 “Prada Errecart”, rta. 10/5/07.

Desestimación por inexistencia de delito. Rechazo de legitimación activa. Revocatoria. Juez y fiscal denunciados por violación al secreto de sumario y prevaricato. Revocatoria. Legitimación activa. Atipicidad. Publicidad de los actos de gobierno. Confirmación.

Hechos: Apela la pretensa querellante la desestimación por inexistencia de delito y el rechazo a su legitimación. Le atribuye al juez y al fiscal el haber dado a conocer circunstancias propias del sumario a medios periodísticos.

Fallo: (...) I.- De la solicitud de ser tenido por querellante: Habida cuenta la trascendencia que sobre la apelación de la desestimación de las actuaciones posee el rechazo de la solicitud de ser tenido por querellante, habremos de ingresar en esta cuestión en primer término, pues es criterio del tribunal que la viabilidad de esa pretensión debe analizarse a la luz de la hipótesis de delito denunciada, con independencia de la decisión que se adopte respecto del fondo del asunto (1).

Con ese alcance, y toda vez que se verifican cumplidos los requisitos exigidos por los artículos 82 y 83 del ordenamiento adjetivo, hemos

de revocar el punto (...) del auto impugnado y admitir la legitimación activa del Dr. (...).

II.- De la desestimación de las actuaciones por inexistencia de delito:

El querellante atribuyó al Juez de Instrucción (...) haber introducido frases de tenor intimidatorio en la resolución del 22 de noviembre de 2011 en la causa (...), caratulada "(...) s/ Infracción 256 bis, primer párrafo" -mediante la que se evacuó una solicitud de restitución que él efectuó-, basándose en la referencia del magistrado sobre su posible convocatoria a tenor del artículo 294 del código adjetivo, en tanto sostuvo que no tenía vinculación alguna con los hechos allí ventilados.

Indicó que al dictar el decisorio, el juez había incurrido también en el delito de prevaricato, pues en sustento del temperamento que adoptó habría afirmado hechos falsos, relativos a que el denunciante nunca había intervenido en aquel proceso cuando en realidad sí lo había hecho.

Por otra parte, señaló el recurrente que tanto el juez como el Dr. (...) -fiscal interviniente en la causa-, habrían dado a conocer circunstancias propias del trámite del sumario a medios periodísticos, desconociendo el mandato del artículo 204, tercer párrafo, del Código Procesal Penal, lo cual a su juicio verificaría los requisitos de la figura contemplada en el artículo 157 del Código Penal.

Ahora bien, en cuanto a las frases reputadas como intimidatorias, la simple lectura del decisorio en que fueron insertas revela que la aclaración efectuada por el magistrado al rechazar su pedido de ser llamado como testigo, indicando que aún no se había descartado su participación en los sucesos allí denunciados, traduce simplemente la necesidad de tutelar los derechos del aquí querellante frente a su eventual legitimación pasiva, circunstancia que lejos de representar un mal grave e injusto en los términos de la figura penal en estudio, se enmarca entre las prerrogativas propias del juez de instrucción.

En este sentido, se ha sostenido que para que la amenaza satisfaga ese requisito, el mal no tiene que ser soportado por la víctima a raíz de una imposición legal, no resultando injusto el anuncio del ejercicio legítimo de un derecho -o prerrogativa-, tal como se verifica en el caso (2).

Sentado ello, en lo que concierne a la falta de correspondencia entre lo afirmado por el Juez (...) y las constancias de la causa respecto a que el aquí querellante no se había presentado con anterioridad a formular la solicitud de restitución, advertimos que dicha referencia, si

bien errónea, se exhibe insuficiente para habilitar su persecución por el delito de prevaricato, pues ninguna incidencia tuvo en la decisión.

A tal punto es así que la petición fue denegada por la utilidad probatoria del dinero secuestrado y la imposibilidad de acreditar que perteneciera al requirente, dadas las diversas explicaciones que sobre su origen dieron algunos imputados en el marco de aquel proceso y que incluso el propio recurrente manifestó en la audiencia que el prevaricato se habría verificado únicamente en los considerandos de la resolución que siquiera apeló.

Finalmente, infiere el querellante a partir de las diversas publicaciones periódicas que cita, que el Dr. (...) o el Fiscal (...) habrían revelado información de la causa, infringiendo el expreso mandato del artículo 204 del código procesal, último párrafo, e incurriendo así en el delito de violación de secretos.

Cabe puntualizar al respecto que la reserva legal contemplada en la norma de referencia reconoce su razón de ser en la necesidad de preservar a la investigación del peligro que podría acarrear la divulgación de sus actos para la averiguación de la verdad y la regular tramitación del proceso.

De otro modo no sería posible compatibilizar su aplicación con el mandato constitucional de que “el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia” (3).

Con ese alcance, y más allá de la potestad que con aquella finalidad la ley confiere al juez para disponer excepcionalmente y por un plazo acotado el secreto del sumario -no adoptado en aquel proceso-, en ninguna hipótesis la norma invocada por el recurrente persigue salvaguardar los intereses individuales de las partes, máxime considerando que su importancia al inicio de las actuaciones, necesariamente cedería en la etapa del juicio, regida por los principios de oralidad y publicidad.

En esas condiciones, la divulgación de información objetiva de la causa por parte del órgano judicial o de la representación del Ministerio Público Fiscal que intervienen en su tramitación se presenta como una manifestación más de la regla de publicidad de los actos de gobierno, inherente al principio republicano adoptado por la ley fundamental, circunstancia que adquiere especial relevancia frente a denuncias de corrupción que, como en aquel caso, involucran a funcionarios públicos.

En mérito a lo expuesto, el tribunal RESUELVE: I.- Revocar parcialmente el auto de fs. (...), y tener por querellante al Dr. (...). II.- Confirmar parcialmente el decisorio recurrido en cuanto dispuso la desestimación de las actuaciones por inexistencia de delito. (...).

Seijas, González. (Sec.: Uhrlandt). 501/12_4 RODRIGUEZ, Luis O. y otro. 31/05/12 c. 501/12. C. N. Crim. y Correc. Sala IV.

Se citó: (1) C. N. Crim. y Correc., Sala IV, c. 110/10, “La Perseverancia del Sur S.A. y otro”, rta: 17/03/10; c. 1811/09, “Laita”, rta: 01/12/09 y c. 1550/10 “Talice”, rta. 4/11/10. (2) D’Alessio y Divito “Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado”, 2da. Edición actualizada y ampliada”, T. II, Ed. La Ley, 2009, p. 498. (3) Constitución Nacional Art. 75, inciso 22, por remisión al Art. 8, párr. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Navarro y Daray, “Código Procesal Penal de la Nación, Análisis Doctrinal y Jurisprudencial”, T. II, Ed. Hammurabi, 2010, pág. 176 y ss.

Prevaricato. Requisitos. Fundamentación de sentencia en hechos falsos. Ausencia de elementos típicos.

El prevaricato requiere que la sentencia condenatoria se haya fundamentado en hechos que no existieron, o que no existen o que no han sido presentados tal como los presenta el juzgador, a sabiendas de esta circunstancia (*).

Si del cotejo de las actas del debate con la sentencia condenatoria del tribunal oral surge que los testimonios del damnificado y de los testigos han sido interpretados por los magistrados de similar manera a lo relatado, sin observarse omisiones maliciosas de prueba o de circunstancias diferentes a las descriptas, no se advierte a simple vista su falsedad, y ello excluye el elemento típico del ilícito investigado.

Por ello, la ausencia de los elementos típicos constitutivos del ilícito, deja de manifiesto el acierto de la desestimación de la denuncia y obliga a imponer las costas de alzada al perdedoso (arts. 530 y 531 C.P.P.N.).

Navarro, González Palazzo (Sec.: Collados Storni). 20763_5. T.O.C. N° 6 y otros. 20/03/03 c. 20.763. C. N. Crim. y Correc. Sala V.

Se citó: (*) Carlos Creus, Derecho Penal, parte especial, Astrea, T. II, 1998, p. 317.

CAPÍTULO 20
DENEGACIÓN Y RETARDO DE JUSTICIA
ARTÍCULOS 273-274 DEL CÓDIGO PENAL

DENEGACIÓN Y RETARDO DE JUSTICIA

Por Ricardo Levene [nieto]*

1. EL ARTÍCULO 273 DEL CÓDIGO PENAL

Artículo 273 del Código Penal: “Será reprimido con inhabilitación absoluta de uno (1) a cuatro (4) años el juez que se negare a juzgar so pretexto de obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.

En la misma pena incurrirá el juez que retardare maliciosamente la administración de justicia después de requerido por las partes y de vencidos los términos legales”.

En el primer párrafo de la norma antes descripta, media una omisión delictiva por parte del juez. Esta consiste en “negarse” a juzgar, lo que debe ser entendido como en un no hacer o un no querer realizar algo que es debido en razón del cargo. Atinente resulta aquí recordar que el juez posee jurisdicción y competencia. La primera de ellas consiste en decir el derecho *-iuris dicere-*, y la competencia resulta ser el ámbito de validez de dicha jurisdicción. El magistrado, en el caso de la figura analizada, se niega a cumplir con su obligación de dictar el derecho, obviamente dentro de su competencia. Con ello incumple con su potestad medular, con la razón de ser de su cargo, cual es decir o aplicar el derecho positivo, negándose a hacerlo.

Levene (h)¹ refiere que el Capítulo XI protege a la Administración Pública frente a la conducta de los jueces y funcionarios públicos que

* Abogado. Aprobación del curso de doctorado de Derecho Penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Licenciado en Criminología en la Escuela de Técnicas Forenses de la Universidad del Salvador, con promedio sobresaliente. Profesor titular de Derecho Penal en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador. Ex profesor titular de Criminología en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad John F. Kennedy.

1. Ver Levene, Ricardo (hijo), *Manual de Derecho Penal - Parte Especial*, Buenos Aires, Víctor de Zavallía editor, 1976, p. 562.

tienden a paralizar o enervar la acción protectora del Poder Judicial de los derechos individuales.

El ordenamiento civil² prescribe el deber de los jueces de resolver los asuntos traídos a su conocimiento, y en caso de que la cuestión sometida a los tribunales no pueda resolverse si la causa es civil, el juez debe resolverla atendiendo a los principios de las leyes análogas y, si aún la cuestión fuere dudosa, debe resolverla por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso. Si se tratare de una causa penal, el juez no puede recurrir en perjuicio del imputado a leyes análogas o a los principios generales del derecho. Si la causa fuere del ámbito penal, y la ley nada dice o lo dice en forma insuficiente u oscura, el juez debe resolver siempre en forma favorable al imputado aplicando el principio del “*favor rei*”. El artículo 273 del código punitivo resguarda represivamente ese deber de juzgar a que están sometidos los jueces.

En cuanto al sujeto activo de esta figura, debemos decir que es sólo el juez integrante de los tribunales de justicia.

La acción típica consiste en negarse a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley. Empero, la negativa a juzgar o el no hacerlo por un motivo distinto de los mencionados en el artículo 273 del código represivo, es atípica.

El delito se consuma con la negativa por parte del juez a juzgar, sin necesidad de otro perjuicio que el propio de ella.

Es un delito doloso y basta que el juez consciente y voluntariamente se niegue a juzgar (aspecto cognoscitivo y conativo del dolo).

En cuanto al dolo, basta el genérico.

En punto al delito de retardo de justicia, ya expuesto en el segundo párrafo del artículo 273 de la ley penal, la acción puede referirse a toda clase de resoluciones, de manera que debe atenderse a los distintos términos fijados por las leyes procesales. El simple vencimiento de los términos procesales no constituye retardo, y es necesario el previo requerimiento de la parte interesada.

El delito es imputable a título de dolo, y el término “maliciosamente” fue introducido por la Comisión Especial de Legislación Penal y

2. Ver Código Civil. Interpretación de la ley: artículo 2, Anexo I, y deber de resolver, artículo 3 Anexo I. Título Preliminar Cap. I - Derecho, Código Civil y Comercial vigente según Ley N° 26944.

Carcelaria de la Cámara de Diputados de la Nación en 1917. En consecuencia, no comprende el retardo justificado por recargo de tareas o licencias y tampoco el retardo injustificado, pero no malicioso, caso en que la responsabilidad puede ser de orden disciplinario o político.

2. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PROMOVER LA REPRESIÓN

Artículo 274: *“El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis (6) meses o dos (2) años, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable”.*

Se trata aquí de una omisión delictiva. Consiste en dejar de promover y se refiere a la promoción de la acción penal que está a cargo de fiscales o de la policía judicial u otras fuerzas de seguridad, cuando deben iniciar los sumarios de prevención.³ Se trata de una actitud lindante con la negligencia pero, según el autor, “para la perfección del delito es necesario que la omisión sea completa, ya que la falta de diligencia se corrige mediante sanciones administrativas”.

Sujeto activo es el funcionario público, cuyo deber específico sea el de promover la persecución o represión de los delincuentes. Puede ser un funcionario administrativo o judicial, quedando comprendido el Ministerio Público Fiscal -con funciones requirentes y de control dentro del proceso- y los demás auxiliares de justicia como lo son, por ejemplo, las fuerzas de seguridad de diferente rango y funciones (Policía Federal, Prefectura Naval Argentina, Gendarmería Nacional, Policía de Seguridad Aeroportuaria, Servicio Penitenciario Federal, tanto en el orden nacional como el provincial, por ejemplo policías provinciales, servicios penitenciarios de las provincias, etcétera).

El funcionario debe estar obligado, en razón de su cargo, a promover la persecución y represión de los delincuentes, esto es, debe tener el deber policial y del Ministerio Público Fiscal de practicar diligencias o instruir sumarios para comprobar la existencia de un delito y descubrir

3. Ver Vázquez Iruzubieta, *Código Penal Comentado*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1971, T. IV, p. 538.

y aprehender a sus autores, cómplices y encubridores. Esto es, el funcionario que teniendo ese deber no efectúa diligencias o no practica una instrucción a esos fines, incurre en el delito de omisión, que consiste en dejar de promover la persecución y represión de la delincuencia.

El delito se consuma con el vencimiento de los términos legales de acuerdo a los cuales el acto del funcionario debió ser ejecutado.

Se trata aquí de un delito de omisión doloso, que requiere el conocimiento de la situación típica, esto es, de un delito que obligue a promover la persecución o la represión de los delincuentes y que la conducta del funcionario no se dirija al fin ordenado por el deber policial o del Ministerio Público o el judicial -esto último según los códigos procedimentales-, y finalmente la posibilidad física de realizar la conducta ordenada que está específicamente establecida en el artículo 274 del Código Penal *in fine*, esto es, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable.

Resulta criticable que el límite de la posibilidad física se anuncie bajo la forma de inversión de prueba, u *onus probandi*. Ello se trata de una situación de hecho o fáctica que debe ser resuelta en cada caso concreto.

El agente de este delito debe ser un funcionario público con el alcance de la definición legal contemplado en el artículo 77, párrafo 4 del Código Penal, siempre, claro está, que pese sobre él la obligación de promover la referida persecución y represión de los delincuentes.

El delito es atribuible a título de dolo genérico.

3. BIEN JURÍDICO TUTELADO

En las figuras delictivas que venimos de analizar, no es otro que la Administración Pública, y más precisamente la administración de justicia, y que consiste en la rectitud, la legalidad y la honestidad en el cumplimiento de los actos relativos a la actividad de administrar justicia, sean estas cumplidas por los órganos específicos, como por los auxiliares que contribuyen a la formación de los actos procesales.⁴

La voz Administración Pública debe ser entendida en sentido amplio comprensivo de los tres poderes del Estado -Ejecutivo, Legislativo y Judicial-, tanto nacional como provinciales, e incluso el régimen municipal.

4. Ver Levene, Ricardo (hijo), *Manual de Derecho Penal - Parte Especial*, op. cit., p.562.

El sistema de agrupar una gran variedad de infracciones bajo el título de Delitos contra la Administración Pública proviene del Proyecto de 1891, el que lo toma a su vez del Código holandés de 1881, y del italiano de 1889, método seguido por los proyectos de 1906 y 1917.

Se resguarda así el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública, en cualquiera de sus ramas, de los atentados que puedan producir por abuso de sus funciones los propios funcionarios, como de los que provengan de terceros extraños o no a la administración, y que perturben la actividad del funcionario que la representa o el funcionamiento de los órganos del Estado, incluso de la intromisión ilegal de terceros en la función pública.

4. PERFIL CRIMINOLÓGICO DE LOS INFRACTORES

Como entendemos a la Criminología como una ciencia fundamental para la comprensión de los fenómenos delictivos en su búsqueda de la etiología del delito, nos parece interesante dejar esbozado aquí someramente el perfil criminológico de los autores y cómplices de esta clase de delitos que vienen de ser analizados precedentemente.

Así, podemos afirmar que en todos los delitos analizados está presente una personalidad corrupta, que por la existencia de unos pocos, logran descalificar al Poder Judicial y al Ministerio Público en plenitud, por cuanto la opinión pública suele generalizar en su opinión, descalificando a todos los miembros del poder y no precisamente a quien pudo cometer el delito. Por unos pocos, quedan todos desprestigiados en la consideración pública, lo que es verdaderamente grave e injusto. Por ello, el daño que provocan estos ilícitos trascienden el caso juzgado y la responsabilidad y ubicación del infractor, para proyectarse como una negra sombra sobre todos los demás integrantes de la administración, a la que desprestigian injustamente y sin razón.

Quien prevarica por ejemplo, utiliza toda la estructura que el Estado le confiere para aplicar la ley como corresponde, aprovechando esta circunstancia para convertirse en patrón de la ley y verificar resoluciones dictadas contrariamente a su letra y espíritu o citando, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas.

Lo mismo ocurre con quien decreta prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda o que prolongare la prisión preventiva

agotada por su pena máxima establecida para el delito específico, o la representación simultánea o sucesiva de partes contrarias, perjudicando la causa confiada, por ejemplo, a fiscales, asesores y demás funcionarios encargados de emitir sus dictámenes ante las autoridades respectivas.

También quedan comprendidos en esta categoría quienes retardaren maliciosamente la administración de justicia luego de requeridos por las partes y de vencidos los términos legales, y quienes dejaren de promover la persecución y represión de los delincuentes.

De allí que propiciamos el máximo rigor judicial para con los infractores, quienes echan sombras, como dijimos, sobre todos sus colegas, y ameritan un castigo ejemplar, si correspondiere. Propiciamos por ello, la imprescriptibilidad de tales hechos delictivos que afectan la credibilidad ciudadana en sus instituciones que se suponen republicanas. Además, propiciamos la realización de concursos públicos transparentes de los consejos de la magistratura, para que sean seleccionados los aspirantes más probos y técnicamente bien formados, que habrán de asegurar una recta administración de justicia, posibilitando así que el pueblo recupere la confianza en sus instituciones. Es que quienes tuercen el verdadero sentido de la ley son delincuentes peligrosos toda vez que, a partir de su designio, vulneran la decisión de un pueblo que, a través de sus representantes genuinos, sancionaron la ley que el infractor deja de aplicar o lo hace según su propio criterio, en perjuicio del justiciable y en definitiva, de la ciudadanía toda.

Abundan fallos prevaricantes en la justicia nacional y federal, y en especial hemos detectado estos casos en la Cámara Nacional de Casación Penal, que motivaran nuestro respectivo comentario doctrinario.⁵ El fallo analizado era de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, donde se juzgaba la conducta de un comercializador de estupefacientes en Rosario, provincia de Santa Fe, a quien el tribunal mencionado le impone una pena menor a la prevista como mínimo para dichos delitos en el artículo 5 de la Ley N° 23737. Esta temeridad jurídica convierte al juez en legislador, lo que le está vedado por la Constitución Nacional. Se torció la letra y el espíritu de la ley con

5. Ver Levene, Ricardo (nieto), "La creación judicial de mínimos penales no previstos en la ley constituye una decisión ilegal por parte de los jueces", *Doctrina Judicial*, La Ley, Año XXIX, número 51, del 18 diciembre 2013, pp. 11-36, al que nos remitimos.

finés ideológicos, por cuanto es conocida dicha sala -enrolada en la corriente abolicionista del derecho penal- como liberadora automática de infractores, forzando la interpretación de la ley y haciéndole decir a esta lo que ella no reza. Dijimos que eso contribuye a la destrucción de principios e instituciones y que no se respetan, a pesar de ser tradición en el Derecho Penal argentino. Para más consideraciones, nos remitimos al trabajo mencionado.

Si todos estamos contestes que una de las misiones fundamentales de la justicia es la protección de los derechos del ciudadano, no logramos avizorar cómo se logra tal cometido verificando los tipos penales analizados precedentemente. Son jueces venales comprometidos únicamente con sus propios intereses, olvidando el poder que representan y que les ha sido conferido para decir el derecho objetivo y no aquel subordinado a sus personales designios, provocando de esa forma, injustos daños a los justiciables.

La etiología de esta clase de delitos que venimos de analizar obedece a diversas razones, entre las cuales se reiteran la codicia, la egolatría, el odio, el resentimiento, la discriminación, fundamentalmente también la ideología o por precio, amistad o por ser condescendiente con el poder de turno, o la supervivencia en un cargo que no se merece por falta de preparación y formación profesional.

En los últimos tiempos se ha visto con frecuencia que prevalecieran las prescripciones de los procesos penales, los cierres de causa a velocidad descomunal sin fundamentos, la demora en resolver procesos que involucran a los amigos del poder, fallos y resoluciones producidos sin razón lógica que los sustente, las decisiones que no tienen fundamento en el derecho sino en las conveniencias, el no haber producido pruebas atingentes, cajoneándose prematuramente las investigaciones debidas, la inacción frente a hechos comprobados, la interposición de recursos y excepciones que no poseen justificación alguna, etcétera. Y ello es así, además, por una combinación de motivaciones como la ambición -deseo de ascensos, de más poder e influencia, de mayores ingresos- y también el temor de ser objetado, de perder privilegios ya obtenidos, de ser amenazados desde otros poderes del Estado para conseguir la prebenda o el privilegio.⁶

6. Ver Gargarella, Roberto, "Una década de deserción jurídica", *La Nación*, 2/10/2015, p. 25.

Los infractores presentan una personalidad temeraria, arriesgada y astuta, denotando sentimientos de impunidad y prepotencia debido al poder que ostentan. Se sienten invulnerables y disponen de la administración de justicia conforme su propia conveniencia. Son también manipuladores y, en general, responden a una matriz casi única de pensamiento y acción que generalmente los caracteriza.

Mediante forzadas interpretaciones de la ley, a la que acomodan a su antojo, los infractores de los tipos penales que venimos de hacer referencia, preferentemente se hacen visibles en casos de corrupción donde se encuentran presentes, con mayor frecuencia, resoluciones y fallos beneficiadores para los funcionarios corruptos de la Administración Pública, sin importar ni la letra ni el espíritu de la ley que deben aplicar. El único objetivo de jueces y fiscales, en estos casos, lo constituye el beneficiar a esta peligrosa delincuencia que degrada la función pública en propio beneficio o en el de terceros. Son resoluciones y fallos producidos a la medida de justiciables poderosos -por cuanto integran el poder político o económico- que generan vergüenza en la población y alarma en la comunidad jurídica, toda vez que se tuerce el recto sentido de la ley, o bien se retarda o deniega el reparto de justicia, sólo para beneficiar a esa delincuencia de elite y privilegiada.

Según se observa en los tiempos que corren, dos son los motivos preponderantes para torcer la voluntad de la ley por parte de estos funcionarios: a) la ideología -por ejemplo el minimalismo y abolicionismo del Derecho Penal-, y b) las resoluciones o fallos destinados exclusivamente a lograr la impunidad de funcionarios corruptos que integran el poder o de beneficiar al poder económico. Allí radica la espuria misión de estos magistrados y funcionarios indeseables, que la cumplen con llamativa eficacia y celeridad.

Esta clase de funcionarios judiciales que prevarican o que deniegan o retardan sus pronunciamientos son complacientes al poder de turno, si ello satisface sus propias conveniencias. Genuflexos ante el poder económico o ante la ideología, a la que sirven sin límites y con evidente prepotencia e impunidad, y asimismo, muchas veces sirven al poder de turno, toda vez que este puede significar su seguro de supervivencia en los cargos que ostentan. En definitiva, son sujetos cínicos que, bajo el ropaje de la magistratura que ejercen, que les im-

pone aplicar como es debido la ley, la violan impunemente y, con ello, degradan la calidad de la República y el servicio de justicia.

Este tipo de pronunciamientos delictivos que vienen de ser analizados precedentemente, además, conspiran contra la seguridad jurídica del país. Fargosi⁷ sostiene que no puede haber producción y desarrollo de un país sin normas claras interpretadas con sentido común por jueces independientes, lúcidos y firmes. Queda claro que las inversiones extranjeras que producen progreso en la comunidad, no habrán de establecerse en el país para su desarrollo y progreso. He aquí otro grave daño colateral que produce este tipo de resoluciones delictivas. Por ello, dicho autor propicia restablecer la independencia de criterio de cada juez y del Poder Judicial como conjunto, para que recupere la aptitud y la actitud de poner límite a las normas inconstitucionales o absurdas o ilegales o corruptas, que perjudican personas, empresas y sectores en beneficio de unos pocos, victimizando en definitiva al país en su conjunto, lo que evidencia la temeridad de estos funcionarios que afectan con su ilegítimo accionar, a toda la República.

7. Ver Fargosi, Alejandro, "Los jueces deben dar batalla", *La Nación*, 16/10/2015, p. 27.

JURISPRUDENCIA

Debido proceso. Garantías procesales: audiencias: ausencia del juez. Nulidad: improcedencia.

Es improcedente la declaración de nulidad de una audiencia celebrada sin la presencia del juez, puesto que esta circunstancia tiene causa en la imposibilidad material y técnica de que una misma persona pueda estar presente, simultánea o alternativamente, en las múltiples audiencias que se fijan cada día y, al mismo tiempo, atender el despacho diario, estudiar la documentación de cada causa y resolver los expedientes.

Por otra parte, cabe consignar que estuvo presente el actuario, quien dio fe de la corrección de los procedimientos así como también de la identidad de los comparecientes.

(*) La conducta del juez, en estos casos, está motivada por la necesidad de evitar el mal mayor inminente de paralizar el funcionamiento del Juzgado, incurriendo en retardo de justicia.

González, Elbert, Escobar BARTOLOTTA, Francisco 31/05/96 c. 4.277 C. N. Crim. Sala VI.

Resoluciones judiciales. Queja por retardo de justicia: rechazo.

Si tras la petición de pronto despacho, el tribunal dictó resolución en los siguientes tres días, art. 127, C.P.P., la queja por retardo de justicia debe rechazarse.

MALLEA, Julia. 10/09/98. c. 9.587. C. N. Crim. Sala VI.

EXPEDIENTE: 20734_15_1_1

DOCUMENTO: Interlocutorio.

FECHA: 14/10/15

AUTOS: DIAZ, María Fernanda.

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y
CORRECCIONAL - SALA 1

CCC 20734/2015/1/RH1

Díaz, María Fernanda Recurso de Queja por retardo de justicia

Origen: Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 14, Secretaría N° 143

///nos Aires, de octubre de 2015.

Y VISTOS:

Se encuentra a estudio del Tribunal la queja por retardo de justicia interpuesta por la Dra. María Fernanda Díaz, en representación de Marta Silvia Mazzeo, quien entendió que en la primera instancia se encontrarían vencidos los términos legales en que debían dictarse resoluciones, impidiéndose a la parte el acceso a la causa y no haber resuelto aún el escrito presentado con fecha 13 de abril del corriente año obrante a fs. 2/19vta. de los autos principales.

Y CONSIDERANDO:

El artículo 127 del Código Procesal Penal de la Nación establece expresamente que “Vencido el término en que deba dictarse una resolución, el interesado podrá pedir pronto despacho y, si dentro de tres (3) días no lo obtuviere, podrá denunciar el retardo al tribunal que ejerza la superintendencia...”.

Sin embargo, de la compulsua del expediente puede advertirse que además de no verse satisfechos dichos requisitos -ineludibles para habilitar el tratamiento de la cuestión en esta sede-, tanto el Sr. Juez “a quo” como el fiscal de grado se expidieron oportunamente a fs. 20 y 29, sobre las solicitudes motivo de queja. (Ver en idénticos términos fs. 56, 68, 59, 61 y 63).

Por otra parte, la solicitud de legitimación de su rol de querellante y pronto despacho aportada con fecha 28 de septiembre del corriente año, fue resuelta en el mismo día de su presentación en el juzgado de origen, con independencia de que lo allí decidido pueda resultar favorable a los intereses de la quejosa.

De tal suerte, toda vez que no se verifica en la especie la hipótesis de retardo introducida, este Tribunal RESUELVE:

Rechazar la queja interpuesta por la Dra. María Fernanda Díaz.

Se deja constancia que el Dr. Jorge Luis Rimondi no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia, y que el Dr. Julio Marcelo Lucini interviene en su calidad de juez subrogante designado por la Presidencia de esta Cámara para integrar la vocalía nro. 4.

Notifíquese a las partes mediante cédula electrónica, y devuélvase a la instancia de origen sirviendo lo proveído de atenta nota.

Luis María Bunge Campos; Julio Marcelo Lucini
Ante mí: Sebastián Castrillón; Secretario de Cámara

EXPEDIENTE: 54967_15_1_6

DOCUMENTO: Interlocutorio.

FECHA: 16/03/16

AUTOS: ROJAS SOSA, Miguel Jesús s/recurso de Queja.

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6

CCC 54967/2015/1/RH1

ROJAS SOSA, Miguel Jesús Recurso de Queja (17) Juzgado de Instrucción nro. 42

///nos Aires, 16 de marzo de 2016.

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

I.- Intervenimos en virtud del recurso de queja por denegación y retardo de justicia interpuesto por Teodoro De Bary, por su propio derecho (ver fs. a fs. 4).

II.- El nombrado entendió que se incurrió en una “denegación o retardo de justicia” debido a que el Fiscal, ante su solicitud de ser sobreseído, respondió “¿agreguese y téngase presente?” (ver fs. 100 y 101).

El artículo 127 del Código Procesal Penal de la Nación establece que “Vencido el término en que deba dictarse una resolución, el interesado podrá pedir pronto despacho y, si dentro de tres (3) días no lo obtuviere, podrá denunciar el retardo al tribunal que ejerza la superintendencia, el que previo informe del denunciado, proveerá enseguida lo que corresponda (°)”.

Se advierte que el procedimiento seleccionado no se ajusta a las previsiones legales, pues el quejoso no realizó ningún pedido de pronto despacho en la instancia anterior que habilitara su planteo en esta Alzada.

En consecuencia, el Tribunal RESUELVE:

RECHAZAR el recurso de queja interpuesto a fs. 4, con costas (artículos 127, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese y devuélvanse las presentes actuaciones al juzgado de origen, sirviendo lo proveído de atenta nota de envío.

Se deja constancia que el juez Rodolfo Pociello Argerich, interviene en la presente en su condición de subrogante de la Vocalía nro. 3 de esta Cámara.

Mario Filozof; Siguen las firmas; Julio Marcelo Lucini; Rodolfo Pociello Argerich.

Ante mí: Alejandra Gabriela Silva, Prosecretaria de Cámara "Ad Hoc".
En si libraron cédulas electrónicas. Conste.

EXPEDIENTE: 20631_08_12_1_6

DOCUMENTO: Interlocutorio.

FECHA: 29/03/16

AUTOS: CATALDI, Roberto Venancio s/queja por retardo de justicia.

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRRECCIONAL - SALA 6 (4)

CCC 20631/2008/12/1/RH9

CATALDI, ROBERTO VENANCIO

Queja por retardo de justicia

Juzgado de Instrucción N° 2

///nos Aires, 29 de marzo de 2016.

Y VISTOS; Y CONSIDERANDO:

I.- Intervenimos en virtud del recurso de queja por retardo de justicia interpuesto por la querrela a fs. 12/14.

II.- El mismo día que se presentó el pronto despacho en los términos del artículo 127 del Código Procesal Penal de la Nación, la parte obtuvo el correspondiente pronunciamiento, ocasión en la que el Sr. Juez declaró su pedido inadmisibile porque el principal estaba en

tratamiento de la Cámara Nacional de Casación Penal de esta ciudad (ver fs. 30/30 vta. y 33 del incidente que corre por cuerda).

Evalrados los términos de la presentación y el informe producido a fs. 17, no se advierte que el estado del legajo se encuentre en la hipótesis prevista en la norma citada.

Sin perjuicio de ello, en atención a la naturaleza de la materia a decidir, se recomienda al magistrado que agote las medidas necesarias para concretar la vista del fiscal y resolver la cuestión a la brevedad.

En consecuencia, el Tribunal

RESUELVE:

RECHAZAR el recurso de queja por retardo de justicia articulado a fs. 12/14.

Regístrese, notifíquese. Fecho, devuélvanse las presentes actuaciones al juzgado de origen, sirviendo lo proveído de atenta nota de envío.

Se deja constancia que el juez Rodolfo Pociello Argerich interviene como subrogante de la Vocalía n° 3 de esta Cámara.

Mario Filozof; Julio Marcelo Lucini; Rodolfo Pociello Argerich

Sigue la firma.

Ante mí: Alejandra Gabriela Silva, Prosecretaria de Cámara "Ad Hoc".

CAPÍTULO 21
FALSO TESTIMONIO

ARTÍCULOS 275-276 DEL CÓDIGO PENAL

ACERCA DE TRES CUESTIONES PROBLEMÁTICAS EN EL DELITO DE FALSO TESTIMONIO*

Por Edgardo Horacio Salatino**

1. INTRODUCCIÓN

La prueba de testigos es, probablemente, el medio probatorio más antiguo, y el delito de falso testimonio sigue su misma suerte temporal sin ser, claro está, “el delito más antiguo”.

Pero quizá también sea el delito que más se menciona en los tribunales, y el artículo 275 del Código Penal en el que está tipificado, el más leído y escuchado.

A cada testigo, perito o intérprete que presta una declaración, informe o interpretación se le hacen saber las penas con las que la ley castiga el delito de falso testimonio aunque, por suerte, no muchos incurrir en las conductas delictivas que prevé la norma de mención.

Pese a que leemos, releemos y comunicamos a las personas el contenido de esa norma, las distintas interpretaciones y problemas están lejos de desaparecer.

El objetivo de este trabajo es poner de resalto tres cuestiones problemáticas que han traído aparejada una diversidad de opiniones en

* Este trabajo tiene por objeto profundizar en tres temas que fueron oportunamente tratados al comentar los artículos 275 y 276 del Código Penal en AA.VV., Código Penal Comentado. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado>, en coautoría con Luciana Pierbattisti.

** Abogado (UBA). Juez del Juzgado en lo Correccional N° 1 del Departamento Judicial Quilmes. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Morón. Miembro de la Asociación Pensamiento Penal y de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Procesal Penal. Autor de varias publicaciones de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Garantías Constitucionales.

doctrina y jurisprudencia, pero que en estos tiempos parece que han caído en el olvido aunque no por haberse solucionado.

Las cuestiones son: la situación del traductor como sujeto activo; las conductas de callar la verdad y reticencia a declarar; y la declaración en causa criminal.

2. EL TRADUCTOR

Los sujetos activos que pueden cometer el delito de falso testimonio son el testigo, perito e intérprete, y los actos procesales respectivos son la declaración, el informe y la interpretación.

Pero la norma también menciona a la traducción como otro acto en el que se puede cometer el delito.

Tenemos entonces, testigo, perito e intérprete, que realizan respectivamente declaración, informe e interpretación, mas no contamos con la persona que realice la traducción, pues únicamente puede ser formulada por un traductor.

Entonces, sólo queda preguntar si el traductor puede cometer, como tal, el delito de falso testimonio y, a mi juicio, la respuesta es negativa, ya que de lo contrario se incurriría en una indebida extensión del principio de legalidad.

No puedo dejar de reconocer que mi posición es por demás minoritaria. Puedo decir que, de acuerdo a Grinda González, autores como González Rus y Quintero Olivares entienden que incluir en este delito a los traductores de documentos supondría la extensión de un régimen dirigido a quienes se someten a una relación de especial fidelidad al órgano judicial.¹

El Decreto Ley N° 17567/67 mencionaba expresamente al traductor como sujeto activo de la figura en estudio, mas la Ley N° 20509 lo derogó.

La postura mayoritaria es la de incluir a los traductores en la norma mencionada. Así, Fontán Balestra, a quien en este punto sigue la mayoría de los autores, refiere que “aunque los *traductores* no aparezcan específicamente mencionados luego de la sanción de la Ley N° 23077

1. Cfr. Grinda González, José, *El falso testimonio*. En Hernández García, Javier / Goyena Huerta, Jaime / Grinda González, José / Muñoz Cuesta, Javier, *Los delitos contra la Administración de Justicia*, Pamplona, Aranzadi, 2002, p. 220.

como lo estaban durante el imperio de la ley derogada, deben entenderse comprendidos en la disposición. Ello así porque los efectos del engaño que pueden emerger de una falsa traducción son los mismos que los que provienen de los sujetos antes mencionados”.²

El problema radica, reitero, en la propia redacción del tipo penal en cuanto se refiere sólo al intérprete, pero menciona “traducciones” como forma de comisión del delito.

Suele equipararse la figura del traductor a la del intérprete³ y, con ello, justificar la posibilidad de cometer el delito de falso testimonio en la traducción.

Se entiende que el intérprete es aquella persona que “interpreta, explica o busca el sentido de una palabra, un texto o un documento que está expresado en idioma extranjero, en clave o signos”.⁴

Moreno decía que el intérprete “verifica [la] versión de expresiones verbales” realizadas por el traductor, a diferencia de aquel, quien “vierte escritos de un idioma a otro”, y que la norma se refiere a ambos, ya que “aun cuando emplea la palabra *intérprete*, cuando se refiere al trabajo que ejecutare usa expresamente los términos traducción e interpretación”.⁵

Pero de todas maneras el Código Penal no lo hace extensivo; sólo hace alusión al intérprete, no así al traductor. Por tal razón, parte de la doctrina opina que “el intérprete es el sujeto idóneo a fin de realizar la traducción de documentos o declaraciones que resultan ininteligibles a quienes no tengan una capacitación especial para ello”,⁶ pudiendo descartar así la figura del traductor como sujeto activo del delito

2. Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, p. 899 (bastardilla en original).

3. Así lo considera, por ejemplo, Levene (h), Ricardo, *El delito de falso testimonio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, pp. 56-57.

4. Buompadre, Jorge Eduardo, *Delitos contra la Administración Pública. Doctrina y jurisprudencia*, 1ª ed., Buenos Aires, Mario A. Viera editor, 2001, p. 450.

5. Moreno, Rodolfo (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, H. A. Tommasi Editor, 1923, T. VI, p. 313.

6. Estrella, Oscar Alberto / Godoy Lemos, Roberto, *Parte Especial. De los delitos en particular*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, 2007, p. 595. Ver en el mismo sentido Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la Administración Pública. Delitos contra la fe pública*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1992, T. 5, volumen II, p. 164.

analizado. Si bien la traducción y la interpretación pueden contar con elementos en común, se trata de dos formas diferentes de ingresar un acto al proceso.

Claro ejemplo lo constituye el caso del sordomudo que se expresa mediante el lenguaje de señas, y cuya declaración ingresará al proceso mediante el trabajo de un intérprete y no de un traductor, mientras que tampoco cabe duda de que quien traduzca un texto en idioma ruso al castellano, por citar un ejemplo, será un traductor y no un intérprete.

Pero la diferencia más importante radica en la traducción de documentos que, en caso de falsedad, podría encuadrar en la figura prevista en el artículo 293 del Código Penal, en el caso de que el instrumento fuera público y no en la de falso testimonio, por lo que aquella equiparación entre intérprete y traductor quedaría limitada, en su caso, solamente a las exposiciones orales.

La circunstancia aquí apuntada constituye otra razón para no considerar al traductor como sujeto activo del delito de falso testimonio.

De esta manera, y sin perjuicio de la casi inexistente jurisprudencia sobre la cuestión, debo señalar que la redacción del artículo 275 dejaría impune a quien figura y asume el cargo de traductor, pues una aplicación estricta del principio de legalidad contemplado en el artículo 18 de la Constitución Nacional impediría tal imputación, ya que sólo podría formularse mediante una interpretación extensiva absolutamente indebida e inválida desde la óptica constitucional -a un extremo tal de casi ser analógica- y la cual nunca podrá generar un juicio analítico de tipicidad penal.

3. CALLAR LA VERDAD Y SER RETICENTE A PRESTAR DECLARACIÓN [VIOLACIÓN DE DEBERES PROCESALES]

Callar la verdad es no decir algo que se sabe, es “omitir en todo o en parte la esencia o las circunstancias fundamentales para el juicio de valor que se debe formar la autoridad, sobre aspectos acerca de los que se depone, se informa, se interpreta o se traduce y sobre los cuales se ha tomado conocimiento”.⁷

7. Villada, Jorge Luis, *Delitos contra la Administración Pública*, Córdoba, Advocatus, 2005, p. 467.

Creus indica que puede tratarse de una omisión o una acción: el primer caso se dará cuando se deje de afirmar lo que se sabe; el segundo cuando se niegue saber algo que en realidad se conoce.⁸ Lo más frecuente en la práctica, sin embargo, es escuchar de boca del declarante que ignora lo que se le pregunta.

Pero suele confundirse este tipo de conducta con la estipulada en el artículo 243 del Código Penal, que prevé pena de prisión de quince días a un año a la persona citada como testigo, perito o intérprete que se abstiene de comparecer o de prestar la declaración o exposición respectiva.

La diferencia entre ambas figuras es bastante clara: en el delito de violación de deberes procesales el testigo, perito o intérprete se niega a comparecer o se abstiene de prestar exposición o declaración.⁹ En cambio, en el de falso testimonio, sí contesta con las observaciones analizadas anteriormente.¹⁰ Soler considera que “la negativa a declarar no puede *engañar al juez* acerca del *contenido* de la declaración, mientras que la reticencia es una forma de engaño. En un caso el testigo dice: me niego a contestar ni sí ni no. En el otro, dice: no sé, y en realidad sabe”.¹¹

Ciertamente que el testigo, perito o intérprete “que en el medio de su declaración se niega a contestar una pregunta, con toda evidencia se niega a declarar tal cual es su obligación y, por lo tanto, incurre en el delito del artículo 243 del Código Penal, no suministra la verdad que él conoce, pero no engaña al tribunal, pues queda claramente establecido que no dijo algo que él sabe, mientras que en el caso del artículo 275 oculta maliciosamente su conocimiento y puede inducir a engaño al magistrado”.¹²

8. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge Eduardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, T. 2, 7ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 365; Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 475.

9. Donna, Edgardo Alberto, *Delitos contra la Administración Pública – II. Doctrina. Jurisprudencia. Jurisprudencia anotada. Jurisprudencia temática. Actualidad*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 495.

10. Buompadre, Jorge Eduardo, *Delitos contra la Administración Pública. Doctrina y jurisprudencia*, 1ª ed., Buenos Aires, Mario A. Viera editor, 2001, p. 431.

11. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, TEA, 1996, T. V, p. 307. En igual sentido, Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, p. 900; Donna, Edgardo, Alberto, *op. cit.*, p. 495; Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 431, aunque desarrolla esta diferencia respecto de la conducta de “negar la verdad”.

12. Fierro, Guillermo J., *Delitos de atentado, resistencia y desobediencia contra la autoridad*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, p. 224.

Reitero, la diferencia es clara, y si bien ambos delitos afectan a la administración de justicia, lo hacen de manera y con consecuencias bien distintas. Pero en los juicios orales es habitual escuchar a los jueces, fiscales y defensores cuando “recuerdan” al testigo, que está bajo juramento y que puede incurrir en el delito de falso testimonio, cuando este manifestó que no quería o podía contestar una determinada pregunta.

Con base en ese criterio o, mejor dicho, actitud, parecería que la reticencia sólo podría cometerse antes de la declaración y, luego de comenzada esta, cualquier negativa es considerada como la modalidad del falso testimonio aquí analizada, consideración por demás errónea, ya que la reticencia puede ser cometida hasta el final de la declaración.

Las distintas cuestiones internas de cada persona que pueden llevarla a ser reticente a declarar -miedo, bronca, impotencia, indiferencia, etcétera- deberán ser analizadas para evaluar si no existen causas de justificación o inculpabilidad, mas nunca deberíamos confundir esa reticencia con la acción de callar la verdad.

No sería una mala práctica que quien interroga al testigo y sólo obtiene una negativa a responder le haga saber que, además de las penas con que la ley castiga el delito de falso testimonio de cuya existencia comunicaron al testigo al principio de la exposición, también puede ser pasible de la sanción prevista en el artículo 243 del Código Penal.

4. LA CAUSA CRIMINAL

El segundo párrafo del artículo 275 del Código Penal eleva el mínimo de la pena a un año de prisión y el máximo a diez años, cuando el falso testimonio es cometido en una causa criminal en perjuicio del inculgado.

No se albergan dudas importantes en cuanto a la última de las dos circunstancias que deben coexistir para que se dé la agravante. La declaración contra la persona que está sometida a proceso constituye “toda aquella susceptible de agravar su situación respecto al objeto del proceso, bien tenga por finalidad incrementar su culpabilidad o impedir su no disminución, la apreciación de agravantes o la inaplicación de circunstancias atenuantes o eximentes”.¹³

13. Rodríguez López, Pedro / Sobrino Martínez, Ana, *Delitos contra la administración de justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, Barcelona, Bosch, 2008, p. 231.

Menos dudas aun caben en cuanto a considerar que para que se configure el delito no resulta suficiente la sola intención del autor de producir el perjuicio, sino que la acción debe ser objetivamente idónea para ello.

Ese perjuicio, claro está, no deja de ser potencial al no requerir la producción de un daño real y efectivo,¹⁴ ya que de otro modo el delito sólo podría consumarse recién cuando el imputado contra quien se declaró falsamente fuera condenado y en la sentencia condenatoria obrara la falsa exposición como parte de su sustento.

Este supuesto sólo podría darse si la sentencia condenatoria fuera consignada en la norma como una expresa condición objetiva de punibilidad, tal como ocurre con el Código Penal español (artículo 458-2) o uruguayo (artículo 181), entre otros, pues sin ello no cabe considerarla como presupuesto del delito ya que no “dependería del autor su realización una vez que hubiera ejecutado los actos que de él dependían”.¹⁵

El testigo, perito o intérprete emite su exposición falsa y con idoneidad para causar un perjuicio al imputado, circunstancia que, al ser potencial, habrá de ser minuciosamente valorada por el juez para considerar la existencia de la agravante, mas ello no podrá implicar, una vez advertida la presunta comisión del delito, una ilegal e intolerable espera de un veredicto perjudicial para el imputado.

En la misma orientación, la acción del falsario resulta instantánea y las consecuencias que de ella emanen contra el imputado, tales como una sentencia condenatoria o un auto de procesamiento, por ejemplo, quedará fuera de tal conducta y, por consiguiente, fuera del análisis encaminado a verificar si el delito existió.

El problema mayor, a mi juicio, se encuentra en lo que implica la causa criminal.

La doctrina clásica ha entendido que se trata de delitos de cualquier índole,¹⁶ quedando fuera los procesos por faltas o contravenciones.¹⁷

14. Así lo entiende la mayoría doctrinaria. Por todos, Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial. Delitos contra la Administración Pública. Delitos contra la fe pública*, Córdoba, Marcos Lerner Editora, 1992, T. 5, volumen II, p. 169.

15. Grinda González, José, *El falso testimonio*. En Hernández García, Javier / Goyena Huerta, Jaime / Grinda González, José / Muñoz Cuesta, Javier, *Los delitos contra la Administración de Justicia*, Pamplona, Aranzadi, 2002, p. 228.

16. Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Astrea, 1998, T. 2, p. 337.

17. Soler, en la obra antes citada, se inclina por la postura contraria.

Sin embargo, no cabe considerar que causa criminal equivale a causa penal, para así distinguirla de los casos de los fueros restantes, ya que de ser así, el legislador habría optado por consignar causa “penal” o, como antes de la reforma, “proceso penal”¹⁸ y, al mismo tiempo, el referirse a inculcado sólo puede aludir, en este caso, a la persona a quien se le imputa un delito.

El sujeto pasivo es, de este modo, la justicia en lo criminal, con lo cual habría que evaluar, de nuevo, si se da la agravante cuando el falso testimonio se produce en contra del imputado en el marco de un proceso correccional.

Me inclino, nuevamente, por encuadrar la cuestión en la figura básica, “ya que sólo mediante analogía podría considerarse que ese procedimiento constituye una ‘causa criminal’”.¹⁹

Sin embargo, esta solución trae aparejado otro problema. En cada provincia, de acuerdo con el código procesal penal que rija, una misma acción de falso testimonio en perjuicio del inculcado podrá ser tipificada como la figura agravada, o podrá no serlo.

Así, por ejemplo, de acuerdo con el Código Procesal Penal de la Nación, el juez en lo correccional entiende en delitos de hasta tres años de prisión. Según el de la provincia de Buenos Aires, en delitos de hasta seis años de prisión.

Entonces, una persona que comete el delito de falso testimonio en perjuicio del inculcado en una causa penal que se le sigue en orden al delito de robo, si lo consuma en el territorio de la provincia de Buenos Aires le corresponderá la calificación de la figura básica, mientras que si lo consumó en el de la Capital Federal será calificado con la agravante aquí analizada.

La conducta será exactamente la misma, al igual que la intensidad en la culpabilidad, pero distinta será la calificación legal y la eventual pena.

Esta situación genera una desigualdad en los términos del artículo 16 de la Constitución Nacional y, sin duda alguna, se ve resentido el

18. Explica Buompadre que la Ley N° 21388 introdujo la expresión “proceso penal” en reemplazo de causa criminal, mientras que la Ley N° 23077 volvió las cosas a su estado original y, por ende, a la fórmula actual (Buompadre, Jorge Eduardo, *Delitos contra la Administración Pública. Doctrina y jurisprudencia*, 1ª ed., Buenos Aires, Mario A. Viera editor, 2001, p. 455).

19. D'Alessio, Andrés José (Director), *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2009, T. II, p. 1380.

principio de culpabilidad en cuanto la misma acción con el mismo resultado conllevará una pena más gravosa.

Las diferencias en cada provincia sobre la intervención del fuero en lo correccional obedecen, lógicamente, a razones de política criminal, en virtud de la situación que les toca transitar, y el problema aquí mencionado está lejos de tener una solución en el ámbito judicial.

Sólo queda proponer una reforma legislativa, modificando la última parte del artículo 275 y consignando delitos conminados con penas mayores de una determinada cantidad de años de prisión en lugar de causa criminal.

5. CONCLUSIONES

El artículo 275 del Código Penal deja impune al traductor, en virtud de una aplicación estricta del principio de legalidad contemplado en el artículo 18 de la Constitución Nacional que impide tal imputación, la cual sólo podría formularse mediante una interpretación extensiva absolutamente indebida e inválida desde la óptica constitucional del tipo penal.

El testigo, perito o intérprete que se niega a declarar o a responder determinadas preguntas comete el delito de violación de deberes procesales y no el de falso testimonio en la modalidad de callar la verdad.

El perjuicio contra el imputado en el delito de falso testimonio es potencial, pero la acción debe ser idónea para producir tal perjuicio.

Es necesaria una reforma legislativa que subsane los problemas que emanan de la “causa criminal” en cuanto excluye las causas correccionales de manera desigual.

JURISPRUDENCIA

Procesamiento. Imputado: denunciante. Atipicidad por tener interés y no ser ajeno a la cuestión ventilada. Conducta que eventualmente encuadraría en la figura de calumnias. Delito de acción privada. Nulidad. Archivo. Disidencia: Tipicidad. Persona que ha declarado en causa propia o sobre hechos propios con obligación de decir verdad bajo apercibimiento de incurrir en falsedad. Confirmación.

Fallo: (...), convoca al Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el auto documentado (...), en cuanto se dispuso el procesamiento de (...).

El juez Mauro A. Divito dijo: A mi juicio, la solución asumida (...) debe ser revocada, pues comparto la doctrina por la cual se entiende que al resultar el imputado (...) denunciante e interesado en la causa número (...) del Tribunal Oral en lo Criminal N° (...), la conducta aquí atribuida en este proceso, en todo caso, encuadraría en la figura de calumnias, que es un delito de acción privada (artículo 73, inciso 1, del Código Penal).

Sobre el tópico, esta Sala ha sostenido que es requisito para mantener la calidad de testigo la ajenidad que con el juicio debe guardar el deponente, de modo que no corresponde considerar testigo en sentido propio a quienes deponen sobre hechos respecto de los cuales ellos mismos son actores y que pueden traerles aparejado algún perjuicio, razón por la cual las falsedades en que hubieran eventualmente incurrido en tales circunstancias no configuran el delito de falso testimonio (1).

En ese precedente se destacó que, como dice Soler, “es preciso descartar del falso testimonio toda declaración inexacta dada por el testigo con referencia a hechos en los cuales él mismo ha sido actor, y de cuya manifestación puede resultarle un perjuicio, aunque no consista este en la autoinculpación de un delito” (2).

En ese sentido, dable es concluir en que no puede cometer falso testimonio quien tiene interés en la respuesta que brinda, “si de ella puede resultar perjuicio aunque no signifique procesamiento penal o prueba que tienda a ello...porque en realidad lo que no hay es testigo y

en consecuencia el acto es atípico en relación a la figura descripta por el artículo 275 del Código Penal” (3).

Es que, como se ha pronunciado esta Alzada oportunamente, “la norma en cuestión [art. 275 del Código Penal] no sanciona a la persona que hubiera depuesto falsamente con las formalidades de la declaración testimonial, sino concretamente, al testigo que hubiera incurrido en esa conducta” (causa número 13651, “Rojas, Lucía”, del 7 de julio de 2000).

En consonancia con ello, se ha dicho que “...no somos testigos de lo que hicimos nosotros, por más que se nos pregunte por ello... Por esa razón tampoco son testimoniales casi todas las preguntas formuladas a una parte, aunque sean bajo juramento” (4).

Tal imputación contra una persona determinada, en el caso, en detrimento de (...), como se dijo, sólo conlleva eventualmente la posible comisión del delito de calumnias, que por ser de acción privada provoca la nulidad del pedido fiscal para que (...) declare en indagatoria (...), del llamado respectivo (...), del acto cumplido consecuentemente (...) y del auto de procesamiento dictado (...), al no haberse observado las prescripciones de los arts. 71, inciso 2; 73, inciso 1 y 109 del Código Penal, y 7, 168, segundo párrafo y 415 del Código Procesal Penal, y consecuentemente el archivo de las actuaciones relativas a ese objeto procesal, por cuanto no se puede proceder (art. 195 del canon ritual).

Así voto.

El juez Mariano A. Scotto dijo: Frente a la imputación dirigida contra (...) -habría mentido en perjuicio del imputado (...) en el marco de la causa número (...) del Tribunal Oral en lo Criminal N° (...)-, cabe adelantarse que, a mi juicio, el hecho de que el nombrado haya declarado testimonialmente aun como víctima del suceso sobre el cual depusiera falsamente, no descarta la posibilidad de que sus dichos configuren el delito de falso testimonio, en este caso agravado por haber sido cometido en causa penal contra el imputado (artículo 275, segundo párrafo, del Código Penal).

De los elementos incorporados a la causa resulta que (...), los días 31 de mayo de 2011, ante la sede de la Comisaría (...) de la P.F.A. (...) y 6 y 10 de junio del mismo año (...), al declarar en el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° (...), afirmó e ilustró las circunstancias en las cuales reconoció al encartado como uno de los autores del hecho que lo damnificara -circunstancia sobre la cual se fundó el dictado

del procesamiento con prisión preventiva en contra del imputado-, mientras que el 23 de abril de 2012, al deponer en la audiencia de juicio celebrada en el Tribunal Oral en lo Criminal N° (...), afirmó que aquel reconocimiento no había tenido lugar, en tanto al ser advertido acerca de la contradicción de sus declaraciones dijo que “no recordaba haberlo visto... que no recordaba lo que había sucedido” (...).

Sentado lo expuesto, corresponde mencionar que se ha negado la posibilidad de que tengan carácter de autores del delito de falso testimonio quienes declaran en “causa propia”, mas dicha posición ha sido refutada por parte de la doctrina, a la cual adhiero, que acepta la posibilidad de que también puedan ser considerados testigos los propios sujetos de la relación procesal en cuestión, es decir, se apartan del requisito de que el testigo sea una persona ajena a aquella relación, o que tenga que ser un individuo que declare en causa ajena, o que sea un tercero ajeno o no interesado en la cuestión objeto del testimonio (5).

Dicho criterio también fue adoptado por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, en la causa “Vázquez, Carlos Alberto”, del 15 de marzo de 2004, al entender que la declaración en “causa propia” o sobre “hechos propios” no excluye la calidad de testigo del declarante y, así, el tipo del artículo 275 del Código Penal.

Por otra parte, esta posición se compadece con la posibilidad de que el querellante y/o damnificado declaren como testigos, con obligación de decir la verdad, que prevé el Código Procesal Penal de la Nación, y bajo apercibimiento de incurrir en una falsedad, lo que importa que aquellos puedan ser sujetos activos del delito previsto y reprimido en el artículo 275 del Código de fondo.

Tal es mi voto.

El juez Juan Esteban Cicciaro dijo: El caso ofrece la particularidad de que el aquí imputado (...), que resultó damnificado por un hecho de robo que el Tribunal Oral en lo Criminal (...) tuvo por comprobado -(...) fue condenado por el episodio y el ahora querellante (...), contrariamente, ha sido absuelto-, en ese proceso declaró en cuatro oportunidades con el formato de la declaración testimonial.

En las primeras tres ocasiones (una en la prevención y dos en el juzgado de instrucción que oportunamente intervino) dijo que uno de los autores del suceso que lo había damnificado era la persona que, a

la sazón, reconoció en la Seccional (...) de la Policía Federal a la que por razón de lo sucedido había concurrido.

Ya en el marco del debate llevado a cabo en el tribunal aludido, (...) suministró otro relato en ese aspecto, pues no sostuvo el reconocimiento -impropio- que antes había afirmado.

El Tribunal Oral en lo Criminal (...) extrajo los testimonios que encabezaron las actuaciones.

Según las consideraciones formuladas en el auto de procesamiento que ha venido en apelación, la señora juez de grado entendió que “lo falaz de sus primeras declaraciones, entonces, queda expuesto en su propia actitud ante el debate oral y público, según quedó asentado en el acta...” (...). Ello es, que lo mendaz habría sido el reconocimiento de (...), y lo verdadero aquello que relató en el juicio oral al que el nombrado resultó sometido.

De la reseña formulada se advierte que, justamente por su condición de damnificado de un hecho delictivo, (...) no es propiamente testigo, pues no puede predicarse que haya resultado ajeno a lo sucedido y en sus primeras declaraciones habría formulado una imputación dirigida a una persona determinada, de modo que cabe aplicar al caso la doctrina referenciada por el juez Divito, pues a cualquier evento sólo cabe atribuirse el delito de calumnias.

Sólo queda por decir que el supuesto del sub examen difiere de aquel que concitó la atención de la Sala en la causa N° 38.643, “Domeneck, Neri”, del 21 de mayo de 2010 (voto del juez Cicciaro), siempre que en esa oportunidad se tuvo por configurado el falso testimonio de quien, ya en el debate e inversamente de lo que aquí ocurre, “apareció beneficiando a los imputados, a través de manifestaciones que han perturbado el desenvolvimiento de la administración de justicia, siempre que no se encontraba ante disyuntiva alguna entre conducirse con lo conocido y soportar un posible perjuicio a sus intereses” -siquiera en el juicio oral había corroborado su condición de víctima de un delito-, pues, como ha señalado Carrara, “cuando el agraviado, después de haber presentado una querrela verídica, al ser llamado después como testigo altera maliciosamente la verdad para favorecer al acusado, surge en toda nitidez de sus términos el título de falso testimonio” (6).

No es esta, como se dijo, la situación que reporta el caso, de suerte tal que sólo puede haber una imputación a título de calumnias.

Adhiero entonces a la solución proporcionada por el juez Divito, con arreglo a estos fundamentos.

En mérito del acuerdo que precede, esta Sala RESUELVE: DECLARAR LA NULIDAD de las actuaciones obrantes (...) de los autos principales y DISPONER EL ARCHIVO del legajo en lo relativo a la imputación formulada a (...), por cuanto no se puede proceder (artículos 71, inciso 2º; 73, inciso 1º y 109 del Código Penal, y 7, 168, segundo párrafo, 195 y 415 del Código Procesal Penal).

C. N. Crim. y Correc., Sala VII, Cicciaro, Divito, Scotto (en disidencia). (Sec.: Sánchez). c. 20.477/12, BASSAN, Emilio Agustín. Rta.: 08/07/2013

Se citó: (1) C. N. Crim. y Correc., Sala VII, c. 39.038, “Medina, Odina”, rta: 28/06/2010. (2) Soler, Derecho Penal Argentino, TEA, Bs. As., 1978, t. V, p. 228. (3) C.F.C.P., Sala I, “G., M.E. y otros”, rta: 19/10/2001. (4) Molinario-Aguirre Obarrio, Los delitos, TEA, Bs. As., 1999, t. III, p. 419. (5) Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal, parte especial, Rubinzal-Culzoni, Bs. As. 2001, t. IIII., p. 452. (6) Francesco Carrara, Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Temis, Bogotá, 1961, volumen V, p. 218.

Sobreseimiento. Fiscal que precisa que las declaraciones incorporadas en el proceso contravencional acreditan las diferencias entre la declaración del imputado y la de los testigos. Testimonio mendaz en sede contravencional. Dolo. Revocación. Procesamiento. Disidencia: Ausencia de dolo. Relatos con imprecisiones que no evidencian una intención mendaz. Atipicidad. Confirmación.

Fallo: (...) Los jueces Gustavo A. Bruzzone y Rodolfo Pociello Argerich dijeron: IV. Los argumentos vertidos por la fiscalía en la audiencia resultan razonables, coherentes y suficientes para alterar los fundamentos del auto que se revisa, por lo que entendemos que corresponde revocar la decisión impugnada y, en consecuencia, disponer el procesamiento de (...), en orden al delito de falso testimonio (artículo 275 del Código Penal).

(...) cabe recordar que a (...) se le atribuye haber declarado con falsedad al prestar testimonio, bajo juramento de decir verdad, el 16 de septiembre de 2010, en el marco de la causa N° 23392/10, seguida a (...), ante el Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 8 de esta Ciudad.

En esa ocasión, expuso que el 28 de marzo de 2010, asistió al local de la calle (...), de esta ciudad, a celebrar el cumpleaños de (...) donde permaneció entre las 23:00 y las 04:00 horas.

También especificó que el bar tenía sólo una planta, que no había gente bailando, que no observó inspección municipal alguna y que también estuvieron presentes (...),(...),(...) y (...), estudiantes de la misma facultad (ver fs. ...).

En la intervención anterior, al disponer la falta de mérito para procesar o sobreseer a (...) (fs...), el tribunal indicó conducente y útil la solicitud de la fiscalía en relación a que se convoque a (...), (...) y (...) a prestar declaración testimonial, para que se expidan en torno a los hechos relatados por el imputado en el proceso contravencional, como así también, se cite al inspector (...) del G.C.B.A y al testigo (...) a efectos de que amplíen sus dichos sobre las cuestiones que aquí se debaten.

Por tal razón, la instrucción incorporó el testimonio del inspector (...) (fs. ...), quien dio cuenta de la existencia de un subsuelo en el local ubicado en las proximidades de la entrada, por lo que estimó que este resultaba notorio para las personas que ingresaban al bar, ya que su acceso se encontraba cerca de la barra. A ello, cabe agregar lo declarado en sede contravencional, en torno a que en el local había gente bailando tanto en el subsuelo como en la planta baja y que las mesas y sillas estaban contra las paredes, lo que facilitaba el espacio para que los asistentes danzaran.

Por su parte, (...) (fs...), aseguró que jamás concurrió a ese bar y refirió desconocer al resto de las personas individualizadas por (...) -señaladas por este como quienes lo habían acompañado al local el 28 de marzo de 2010, a los fines de celebrar el cumpleaños de uno de ellos-, lo cual desacredita la versión sostenida por (...).

En cambio, los testigos (...), (...) y (...) no pudieron ser localizados, pese a que (...) sostuvo que eran estudiantes de la Universidad de Palermo, ya que contrariamente esa institución informó que los nombrados no pertenecían al establecimiento (fs...).

Asimismo, corresponde resaltar que en el proceso contravencional se verificó que el 28 de marzo de 2010, aproximadamente a las 02:00 horas, el domicilio en cuestión fue clausurado porque era explotado como local bailable, sin habilitación para ello y se corroboró la existen-

cia de un subsuelo, circunstancia que resulta relevante para obtener la autorización para un comercio de ese tipo (ver fs...).

El cotejo de la declaración del imputado, examinada a la luz de los testimonios brindados por los inspectores (...) (fs...), (...) (fs...), (...) (fs...) y (...) (fs...), sumados al relato vertido por el testigo (...) (fs...), como así también, a la información brindada por la Universidad de Palermo (fs. ...), constituyen un cuadro que alcanza (...) agravar la situación procesal de (...).

Las pruebas reseñadas precedentemente, habilitan a sostener que el imputado se habría apartado de los hechos realmente conocidos al momento de brindar su testimonio en sede contravencional, máxime si se tiene en cuenta que fue ofrecido como testigo en ese proceso por la defensa de (...), dueño del local, quien resultó finalmente sancionado en sede administrativa.

En ese sentido, destácase que (...) sostuvo que asistía habitualmente a ese bar, por lo que difícilmente podía ignorar la existencia de las dos plantas. Incluso, nótese que para respaldar su relato, mencionó la presencia de un testigo que lo desacreditó -(...)- y de otros que se corroboró que no eran alumnos de la universidad que él dijo -(...), (...) y (...).

(...) las divergencias que se han acreditado en el expediente, sustentan un obrar doloso en la conducta del imputado que potencialmente pudo haber incidido en la decisión de la Justicia de la Ciudad, sin perjuicio del resultado finalmente obtenido en aquellas actuaciones.

(...) dispondremos el procesamiento de (...), por resultar, en principio, autor penalmente responsable del delito de falso testimonio (artículo 275 del Código Penal).

V. En cuanto al embargo previsto por el artículo 518 del código adjetivo, (...) deberá trabarse embargo sobre los bienes de (...) para garantizar las costas del proceso, por lo que tenemos en cuenta que estas comprenden el pago de la tasa de justicia, los honorarios devengados por los abogados, procuradores, peritos y los demás gastos que se hubieran originado por la tramitación de la causa (artículo 533 del código de rito).

VI. Respecto a la prisión preventiva del acusado, en concordancia con lo expuesto por la fiscalía en la audiencia, estimamos que no corresponde su imposición en el caso concreto de (...), dado que no se verifican ninguna de las pautas de artículo 312, incisos 1 y 2 del Código Procesal Penal de la Nación.

Disidencia La jueza Mirta L. López González dijo: (...) comparto los fundamentos brindados por el juez de grado en el auto impugnado, tal como lo sostuve en la anterior intervención de la sala (fs...), ocasión en que voté porque se confirme el sobreseimiento dispuesto.

(...) entiendo que los nuevos elementos reunidos no modifican mi postura, por lo que insisto en que el plexo probatorio impide tener por acreditado el dolo exigido por el tipo penal en cuestión, dado que si bien existen algunas diferencias entre los relatos de los inspectores que procedieron en el local y los del testigo (...), ello no implica por sí sólo que (...) haya faltado a la verdad en sus dichos u omitido circunstancias en relación a los hechos que realmente pudo conocer, sino que bien pudo tratarse de ciertas imprecisiones propias de quien asiste como cliente a un local de estas características a distenderse, sin que se advierta en su relato intención de introducir elementos mendaces para favorecer al propietario del local en sede contravencional.

En este sentido, esta sala ha sostenido que: "...para que la falsedad configure el delito del art. 275 del Código Penal, se requiere la existencia de una oposición entre lo afirmado y lo que el deponente conoce como verdad, y no una divergencia entre lo aseverado y lo objetivamente verdadero. Es decir, requiere una discrepancia entre lo afirmado y lo sabido" (causa N° 37493, resuelta el 01/09/09, entre muchas otras), circunstancia que a mi entender, no se verifica en el sub examine.

Por último, insisto en que el hecho de que su testimonio no haya incidido en el normal desarrollo de la actividad jurisdiccional de la justicia de faltas, en donde (...) resultó finalmente condenado, refuerza aún más las consideraciones efectuadas en torno a la atipicidad de la conducta denunciada.

(...) el tribunal RESUELVE: I. REVOCAR el auto de fs. (...) y consecuentemente, disponer el procesamiento sin prisión preventiva de (...), cuyas demás condiciones personales obran en autos, por considerarlo, prima facie, autor penalmente responsable del delito de falso testimonio (artículo 275 del Código Penal, 306 y 310 del Código Procesal Penal de la Nación). II. ORDENAR trabar embargo sobre los bienes de (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala V, López González (en disidencia), Bruzzone, Pociello Argerich. (Sec.: Raña) c. 8.923/13, REDONDO, José Luis. Rta.: 29/10/2013.

Agravado por ser cometido en una causa criminal en perjuicio de la persona imputada. Sobreseimiento. Elementos suficientes para considerar al imputado autor del delito investigado. Análisis del agravante y del término “causa criminal”. Significación que abarca las causas de competencia correccional. Figura agravada. Revocatoria. Procesamiento por falso testimonio agravado. Disidencia parcial: Revocatoria. Procesamiento por falso testimonio. Terminología que no comprende las causas que tramitan ante el fuero correccional.

Fallo: (...) Los jueces Juan Esteban Cicciaro y Mariano A. Scotto dijeron: El representante del Ministerio Público Fiscal recurrió la decisión extendida (...), por la que se dispuso el sobreseimiento de (...) (artículo 336, inciso 3 del Código Procesal Penal). Luego de celebrarse la audiencia prevista por el artículo 454 del Código Procesal Penal, se entiende que la decisión desvinculante no puede ser avalada, siempre que las constancias de la causa conducen a agravar la situación procesal del imputado.

Se atribuyó al nombrado el haber afirmado hechos falsos al prestar declaración testimonial ante la Fiscalía Correccional N° (...), en el marco de la causa N° (...), caratulada “...” que tramitó ante el Juzgado Nacional en lo Correccional N° (...).

En esa ocasión, (...) manifestó que se encontraba caminando por la avenida Boyacá hacia la calle (...), de esta ciudad, cuando escuchó un ruido de frenada y observó que un vehículo que avanzaba por la última de dichas arterias impactó con su trompa contra una motocicleta que circulaba por (...).

Además, refirió que la mujer que conducía el rodado que embistió a la moto se encontraba acompañada por una persona del sexo masculino y circulaba a una velocidad más elevada que la del damnificado.

Por último, destacó que pudo observar el momento exacto del impacto, pues caminaba de frente a este (...).

Sin embargo, en aquel sumario se corroboró que la motocicleta fue la que impactó al vehículo (...) y la conductora refirió que no se encontraba acompañada, circunstancia que -por otra parte- el preventor policial no consignó en el acta correspondiente (...).

Así se concluyó en el sobreseimiento de (...) y en la extracción de testimonios a fin de investigar la conducta del aquí imputado.

Luego de las medidas ordenadas por esta Sala en su anterior intervención (...), puede concluirse en que el descargo formulado por (...) se encuentra desvirtuado en autos, puesto que no habría presenciado el episodio por el cual rindiera declaración testimonial.

Ello es así, puesto que si bien se verificó la existencia del taller mecánico donde dijo el encartado desempeñarse, se corroboró que el 13 de agosto de 2011 -a la hora del accidente- no se encontraba allí, pues su teléfono celular se activó en otro lugar de esta ciudad (...).

Nótese que el aparato móvil del causante se activó antes y después del evento, esto es, a las 16:29:51 en la celda correspondiente a la avenida (...) y a las 17:23:06 en la ubicada en (...), lugares que se encuentran alejados de la intersección donde ocurrió el hecho -(...) y (...).

En ese marco, el imputado puntualizó que luego de cerrar su taller mecánico en horas de la tarde del sábado 13 de agosto de 2011 y cuando se encontraba caminando por la avenida (...) pudo observar en la intersección con la calle (...) la colisión de los rodados, razón por la que decidió volver para tomar el teléfono a fin de requerir auxilio (...).

Sin embargo, las probanzas colectadas llevan a sostener que tal versión ha sido mendaz, puesto que del informe documentado (...) surge que a las 16:29 (...) se hallaba en otro sitio -como se dijo, su teléfono activó la antena correspondiente a la avenida (...) y no cerrando su taller mecánico como dijo al dar su testimonio.

Por lo expuesto, las probanzas reunidas son aptas para procesar al imputado en orden al delito de falso testimonio agravado (artículo 275, segundo párrafo del Código Penal), puesto que se encuentran acreditados los elementos objetivos y subjetivos de dicho tipo penal, siempre que faltó a la verdad en un proceso penal a fin de perjudicar a la allí imputada.

Puesto que la aplicación o no de la agravante constituyó materia de deliberación del Tribunal, cabe apuntar que la expresión “se cometiere en una causa criminal” abarca también a las causas correccionales, siempre que el sentido de la cualificación transita por haberse verificado la declaración o informe falaz en un proceso penal -y en perjuicio del imputado- por la gravedad que ello supone, a diferencia de procesos de otra naturaleza (por caso, civil, comercial, contencioso o laboral).

La locución “causa criminal” se remonta al Proyecto de Código Penal de 1891 redactado por Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo (art. 321) y fue mantenida por Rodolfo Moreno (h),

quien comentó en tal sentido lo siguiente: “Esa pena se agrava cuando el testimonio falso hubiera sido prestado en causa criminal y en perjuicio del inculpado. La gravedad de la infracción, en este caso, salta a la vista, y de ahí la penalidad mayor, como lo han reconocido todos los proyectos y leyes nacionales que nos han servido de antecedente” (1).

Tal es la redacción actual a partir de la ley 23.077, que volvió al texto originario de la ley 11.129, respecto del cual se ha comentado -conclusión que se comparte-, que “el concepto de ‘causa criminal’ comprende sólo los procesos tramitados exclusivamente por delitos, sean de competencia de la justicia en lo criminal o de la justicia en lo correccional...” (David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni (dirección), Marco Terragni (coordinación), Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Hammurabi, Bs. As., 2011, t. 11, p. 95, comentario Jorge E. Buompadre; Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, TEA, Bs. As., 1978, t. V, p. 236, para quien “causa criminal es...expresión genérica que comprende a todo proceso penal, es decir, la causa cuyo fin sea la aplicación de una pena...”; y Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal, parte especial, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2000, t. III, p. 457).

Finalmente en este aspecto, debe recordarse que la Constitución Nacional ha reservado al Congreso federal la legislación en materia penal (art. 75, inciso 12) y al propio tiempo ha asegurado a cada provincia el dictado de las respectivas constituciones y leyes -entre ellas las relativas a la “administración de justicia”- (art. 5).

En ese entendimiento, la identificación del concepto “causa criminal” (art. 275 del Código Penal) con la noción de proceso penal obedece también a la idea de no formular distinciones a partir de que las provincias podrían distribuir la competencia penal de la manera que estimen conveniente (así en el ámbito nacional y federal, con los arts. 26 y 27 del Código Procesal Penal), de lo que se colige que con aquella expresión el legislador federal ha excluido materias distintas a la penal al agravar el delito de falso testimonio cometido en perjuicio del imputado, sin que, entonces, la diferenciación entre lo “criminal” y “correccional” adquiera relevancia en el tópico aquí abordado.

Análogamente, la expresión “juicios criminales ordinarios” prevista en el art. 118 de la Ley Fundamental, en el marco del juicio por jurados, de notable parecido a la locución contenida en el art. 275 del Código Penal, no debe interpretarse sino referida a las causas penales, más allá de la distribución de las competencias con sus respectivas

denominaciones que cada jurisdicción diseñe, en tanto materia que no ha sido delegada al poder central (2).

Dicho de otro modo, los giros “causa criminal” y “juicios criminales” (en este último caso, vale recalcar, aún después de la reforma constitucional de 1994), siempre reconducen a la idea de delito penal, y ello debe ser así en todo el país por tratarse de legislación de fondo (art. 16 de la Constitución Nacional), sea que cada jurisdicción prefiera o no dividir la competencia penal con arreglo a criterios relacionados con la materia.

Ello superado, en lo concerniente a la coerción personal, además de no haber sido solicitada por el Ministerio Público Fiscal la prisión preventiva, se estima que no se avizoran pautas que autoricen a apartarse de las disposiciones del artículo 310 del Código Procesal Penal.

Finalmente, en cuanto a la medida de cautela real contemplada por el artículo 518 del digesto ritual, el monto del perjuicio irrogado, la eventual indemnización civil y las costas devengadas por la tramitación del proceso, llevan a entender que la suma de cinco mil pesos (\$ 5.000) luce adecuada para satisfacer esos tópicos.

Así votamos.

El juez Mauro A. Divito dijo: Si bien adhiero a la solución que proponen los colegas preopinantes en torno de la situación del imputado, he de disentir en cuanto a la calificación legal propiciada, por considerar que no resulta aplicable el tipo calificado del falso testimonio.

En efecto, la mención a una “causa criminal” que se formula al describir la modalidad agravada de este delito, constituye un elemento normativo del tipo para cuya interpretación corresponde acudir a la legislación procesal respectiva, conforme a la cual -en cuanto aquí interesa- dicha denominación no resulta abarcativa de los procesos que se siguen en el fuero correccional (Código Procesal Penal, arts. 26, 27 y ccs.).

Esto mismo se advierte, por lo demás, en el lenguaje corriente de los operadores del sistema judicial, que no usamos la expresión “causa criminal” para referirnos a un asunto que se ventila en sede correccional.

Desde esa perspectiva, tanto el sentido técnico de las palabras empleadas por el legislador como su uso cotidiano en el ámbito forense, conducen a incluir el caso del sub examen en la figura simple del art. 275 -párrafo primero- del Código Penal y excluirlo de la agravada -ídem, párrafo segundo-.

Este es el criterio que ha sostenido una parte minoritaria de la doctrina, al exponer -con toda claridad- que “...cuando se clasifican las

causas penales en criminales y correccionales, la causa correccional no es causa criminal” (3).

No cabe entonces admitir el argumento de que, en ambos casos, se trata de causas penales, toda vez que los respectivos procedimientos tienen sus reglas propias (en particular, ver arts. 354 y ss. del CPPN, referidos al juicio común; y 405 y ss., referidos al juicio correccional) y, en función de la gravedad de los delitos a los que cada uno se aplica, pueden acarrear sanciones de distinta magnitud.

Tal extremo permite apreciar el mayor contenido de injusto del falso testimonio que se brinda en una causa criminal, en virtud de que las sanciones allí aplicables suelen ser más severas que las impuestas en los juicios correccionales, interpretación que -a todo evento- se adecua al criterio que, históricamente, se ha seguido para tipificar diversas modalidades del delito de falso testimonio, según la gravedad de sus consecuencias.

Así, por ejemplo, se ha destacado que ya en las leyes de Hammurabi se distinguía entre “la deposición de cargo en un proceso de pena capital” y “cualquier otra deposición falsa” (4).

Y respecto de nuestro país, cabe señalar que el Proyecto de Código Penal de Carlos Tejedor, en su Libro Segundo -De los crímenes y delitos públicos y sus penas-, Título tercero -De las falsedades-, apartado 5º -Del falso testimonio-, exhibía una amplia gama de figuras según las sanciones que se hubieran impuesto (art. 1º), abarcando los casos en que no se dictara condena (art. 2) y aquellos “en materia civil” (art. 3º), entre otros.

Dichos lineamientos fueron seguidos, en líneas generales, por el Código Penal de 1887 (arts. 286 a 292), vigente hasta que se sancionó, en 1921, el ordenamiento que incluyó el texto actual del art. 275, momento en el que -vale la pena aclararlo llevaba más de tres décadas el código de procedimientos en lo criminal (ley 2372) que separaba la competencia criminal y la correccional.

En función de las consideraciones expuestas, que ilustran acerca de las diferencias que cabe trazar entre una causa criminal y una causa correccional, concluyo en que equipararlas -a los fines aquí tratados-importaría, en definitiva, prescindir del principio de legalidad penal (CN, art. 18), en cuanto proscribiera la aplicación de la analogía (CPPN, art. 2 *in fine*), al menos en perjuicio del imputado, es decir, la analogía *in malam partem* (5).

Sin perjuicio de ello, y aun si se entendiera que la cuestión resulta dudosa, es dable recordar que el denominado principio de taxatividad impone “una técnica legislativa que permita la mayor objetividad en el proceso de concretización judicial de las figuras delictivas” y la limitación de los elementos típicos normativos por medio de reenvíos a “normas cuya existencia y cuyo contenido sean empíricamente comprobables...” (6); idea que la doctrina nacional ha complementado mediante el principio de máxima taxatividad interpretativa, conforme al cual “las dudas interpretativas deben ser resueltas en la forma más limitativa de la criminalización” (7) y que -en definitiva- conduce a atenerse a las disposiciones procesales aplicables para definir los alcances de la remisión que hace el tipo legal examinado al aludir a una “causa criminal”.

Como entiendo que ello es así, no comparto que la identificación de dicho concepto típico (“causa criminal”) con el -a todas luces más amplio- de “proceso penal” pueda ser aceptada, atendiendo a la potestad que tienen las provincias para distribuir la competencia penal, en aras de no formular distinciones.

Aunque se trata de un argumento atractivo, en modo alguno parece suficiente para prescindir de una interpretación taxativa de la ley penal, ya que -en rigor- son varias las figuras del Código Penal que dan lugar a situaciones similares, sin que ello importe un menoscabo de las atribuciones del Congreso Nacional para legislar en materia penal.

Solamente a título de ejemplo, he de recordar que corresponde a las legislaturas locales definir de qué modo ha de citarse a un testigo, perito o intérprete a los fines previstos en el art. 243 del CP, qué formalidades debe tener una denuncia y cuál es la autoridad competente para recibirla (íd, art. 245) o en qué supuestos no procedería decretar una prisión preventiva (íd., art. 270).

Finalmente, he de decir que, en función de lo expuesto, tampoco creo que la expresión “juicios criminales” contenida en el art. 118 de la Constitución Nacional -interpretada como referida a las causas penales- conduzca a extender los alcances de la figura aquí examinada, particularmente porque la interpretación de los textos de la norma fundamental no debe observar los estrictos límites que el principio de legalidad -consagrado precisamente en aquella- impone respecto de los tipos penales.

Consecuentemente, dado que la declaración en la que (...) habría faltado a la verdad no fue prestada en una causa criminal, el hecho que se

le atribuye debe ser encuadrado en la figura básica de falso testimonio prevista en el artículo 275, párrafo primero, del Código Penal.

Así voto.

En mérito al acuerdo que antecede, esta Sala del Tribunal RESUELVE: I. REVOCAR la decisión obrante (...), en cuanto fuera materia de recurso. II. DECRETAR el procesamiento sin prisión preventiva de (...) por considerarlo autor penalmente responsable del delito de falso testimonio agravado por haberse cometido en una causa criminal en perjuicio del imputado (artículos 45 y 275, segundo párrafo del Código Penal y 306, 308 y 310 del Código Procesal Penal). III. MANDAR TRABAR embargo sobre sus bienes o dinero por la suma de cinco mil pesos (\$ 5.000) cuyo mandamiento será ordenado por la señora juez de origen (artículo 518 del Código Procesal Penal).

C. N. Crim. y Correc., Sala VII, Cicciaro, Divito (en disidencia parcial), Scotto. (Prosec. Ad Hoc.: Sposetti).c. 27.701/12, BENITEZ ADISSI CAMEL, Rafael F. Rta.: 16/12/2013.

Se citó: (1) El Código Penal y sus antecedentes, Tommasi Editor, Bs. As., 1923, t. VI, p. 320. (2) María Angélica Gelli, Constitución de la Nación Argentina, 4ta. ed., La Ley, Bs. As., 2011, t. II, p. 571. (3) Alfredo J. Molinaro, Los Delitos -texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio-, TEA, Bs. As., 1999, p. 424. (4) Ricardo Levene (h), El delito de falso testimonio, 2da. ed., Abeledo Perrot, Bs. As., 1962, p. 38. (5) Eugenio R. Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, Derecho Penal, Parte General, Ediar, Bs. As., 2002, p. 118/119. (6) Alessandro Baratta, Criminología y sistema penal, Compilación in memoriam, Editorial B de F, Bs. As., 2004, p. 306. (7) Zaffaroni, Alagia y Slokar, ob. cit., p. 119.

Falso testimonio. Archivo por imposibilidad de proceder y rechazo de ser legitimado como parte querellante. Declaraciones vertidas en expediente laboral en trámite. Cuestión no prejudicial establecida por la ley. Revocación.

Fallo: (...) no resulta procedente aguardar a la finalización de un juicio en otro fuero para investigar el delito de falso testimonio, pues la justicia penal es la que debe pronunciarse sobre un hecho denunciado con la pertinente disposición de medidas que permitan avanzar en torno al objeto procesal a debatirse.

(...) las razones que invocó el magistrado para suspender el trámite de la causa, por imposibilidad de proceder, no se vinculan con ninguna de las cuestiones prejudiciales que la ley taxativamente establece, ni tampoco se avizoran cuestiones de excepción que permitan apartarse de la regla general en estos casos -la prosecución del proceso- (1).

(...) En otro orden de ideas, sobre la legitimación que invoca el particular respecto al delito de falso testimonio, cuya naturaleza afecta a la administración de justicia, hemos dicho que, sólo resulta procedente si la conducta reprochada le causa un perjuicio directo y real (2).

(...) dicha circunstancia se verifica en autos, toda vez que (...) podría encontrarse directamente afectado por el accionar de las imputadas ya que, mediante sus declaraciones vertidas en el marco del juicio promovido contra la Asociación Civil Universidad (...), habrían intentado desacreditar la supuesta relación laboral que aquel habría mantenido con (...) circunstancia que, eventualmente, podría frustrar sus expectativas de percibir la suma de la liquidación reclamada por su despido.

(...) se RESUELVE: REVOCAR el auto de fs. (...).

Pociello Argerich, López González. (Sec.: Vilar). 846_5 ABALO CARMEN, Dinorah y Otros. 24/02/12 c. 846. C. N. Crim. y Correc. Sala V.

Se citó: (1) C. N. Crim. y Correc., Sala V, in re c. 27.558, “Bonorino, Norma Esther...”, rta: 8/03/2006; c. 35.612 “Reoyo, Javier Ezequiel...”, rta: 25/03/2009. (2) C. N. Crim. y Correc., Sala V, cn 36.483, del registro de esta Sala, “Basciano, Miguel Ángel s/falso testimonio”, rta. 11/03/09; en igual sentido, C.C.C.F., Sala II, Dunayevich de Martínez, rta. 12/8/85; Sala I, “Spicacci Citarella, Aldo Andrés”, rta. 14/08/03.

Archivo por imposibilidad de proceder. Estrecha y clara conexión entre el objeto procesal del expediente de instrucción y el correccional. Confirmación. Disidencia: Cuestión prejudicial no contemplada. Procesos que persiguen finalidades diferentes. Revocación.

Fallo: El juez Julio Marcelo Lucini dijo: He sostenido con anterioridad que la regla general es que la ausencia de una resolución en la causa original no obsta a la promoción de la acción penal por falso testimonio (1).

Sin embargo, en este caso, estimo que continuar con esta investigación implica inmiscuirse en una cuestión que debe analizarse en el expediente N° (...) del registro del Juzgado en lo Correccional N° (...),

donde sin perjuicio de que ya se ha adoptado un auto de mérito desvinculante respecto de (...), confirmado por la Sala IV de esta Cámara, aún no está firme dado el recurso de casación interpuesto por la querrela y que se encuentra a estudio ante la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal (...).

Se advierte una estrecha y clara conexión entre ambos objetos procesales. En aquel legajo se discute si (...) fue el autor de las lesiones padecidas por (...) y en este, si en ese preciso momento se hallaba en su estudio jurídico junto a los clientes (...) y (...).

En consecuencia, cualquier decisión de mérito que se adopte aquí, sea en beneficio o perjuicio de los acusados, indudablemente podría provocar el dictado de sentencias judiciales contradictorias, motivo por el cual debe aguardarse el pronunciamiento de los magistrados de aquella sede (2).

Por ello, entiendo que corresponde confirmar la resolución apelada.

El juez Mario Filozof dijo: Tal como he afirmado con anterioridad “(...) procede suspender el ejercicio de la acción penal hasta que finalice definitivamente el proceso en sede ajena, puesto que la decisión que allí pueda adoptarse puede causar estado respecto a la existencia o inexistencia de un elemento del tipo denunciado (...)” y “(...) dicha medida privilegia la necesidad de no coartar el margen de valoración de prueba del tribunal que tendrá a cargo el juzgamiento del conflicto (...) y elimina toda posibilidad de que se produzca un escándalo jurídico mediante decisiones contradictorias (...)” (3).

Así, por iguales motivos que los esbozados por mi colega preopinante y dadas las particulares características del objeto procesal de esta causa, corresponde homologarse el pronunciamiento impugnado.

El juez Ricardo Matías Pinto dijo: Disiento con el criterio adoptado en los votos que anteceden pues considero que la suspensión del trámite de la pesquisa hasta que se dicte una resolución final en el expediente en el que se investigan las lesiones que presuntamente ocasionó (...), implica la aplicación de una cuestión prejudicial no contemplada en el artículo 10 del Código Procesal Penal que establece que “...cuando la existencia de un delito dependa de una cuestión prejudicial establecida por la ley, el ejercicio de la acción penal se suspenderá aún de oficio, hasta que en la otra jurisdicción recaiga sobre ella sentencia firme”.

Doctrinariamente se ha discutido sobre el alcance de la citada norma, limitándosela a la validez o nulidad de los matrimonios y a la calificación legal de las quiebras de los comerciantes conforme lo señalado en el artículo 1104 del Código Civil. En este sentido, quedaría descartada la procedencia del instituto para la figura penal aquí analizada que no prevé tal opción (4).

En igual inteligencia, otras Salas de esta Cámara han resuelto que “...se ha introducido en el análisis del asunto, una cuestión prejudicial que el tipo penal del delito de falso testimonio no requiere; esto es, la valoración que el juez laboral podía haber realizado del testimonio vertido por B. en la conclusión de aquella demanda” (5).

Con similar criterio se señaló que “...la imposibilidad de proceder -como razón del archivo dispuesto en la instancia anterior- no se vincula con ninguna de las cuestiones prejudiciales que la ley taxativamente establece, ni tampoco se avizoran cuestiones de excepción que permitan apartarse de la regla en estos casos -la prosecución del proceso” (6).

Por su parte, la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal refuerza esta postura cuando señala: “La posibilidad de influir en el resultado de la causa debe ser apreciada en el momento en que la falsedad se produjo, independientemente de cuál haya sido el resultado, pues la causa puede finalizar por una circunstancia que no está directa ni indirectamente vinculada con la declaración falsa. Si por ejemplo, la acción ha prescripto, señala Soler, de manera que en el momento de resolverse la causa la declaración no puede ejercer influencia alguna, no por ello deja de existir el delito de falso testimonio. La declaración seguirá siendo falsa aun cuando la causa haya finalizado por otra circunstancia” (7).

No desconozco que la decisión que eventualmente se adopte en esta sede podría tener alguna incidencia en el desarrollo del otro proceso, mas ello no implica forzosamente incurrir en pronunciamientos contradictorios.

En primer lugar, ambos persiguen finalidades diferentes. En uno determinar si (...) fue el autor de las lesiones padecidas por (...) y en el otro, si los aquí imputados habrían declarado mendazmente que en ese preciso momento (...) se hallaba en su estudio jurídico junto a ellos. En segundo término, la sentencia que finalmente recaiga en la causa N° (...) podría encontrar fundamento en otras evidencias o en

cuestiones meramente procesales ajenas a la falsedad o veracidad de los dichos de (...) y (...), no resultando aconsejable, en consecuencia, paralizar el trámite de la presente.

En razón de lo expuesto, voto por revocar el auto en crisis. (...), el Tribunal RESUELVE: Confirmar el punto I del auto de fs. (...) en cuanto fuera materia de recurso. (...).”

Lucini, Filozof, Pinto (en disidencia). (Sec.: Oberlander). 43040_6 WILSON, Ricardo Horacio y otra. 22/02/12 c. 43.040. C. N. Crim. y Correc. Sala VI.

Se citó: (1) C. N. Crim. y Correc., Sala VI, c. 41.117, “Montano”, rta.: 6/4/2011; (2) C. N. Crim. y Correc., Sala VI. C. 42.847, “Freire, José Ariel”, rta.: 27/12/11; c. 41.080, “Miño, Adriana Karina”, rta.: 9/6/11; (3) C. N. Crim. y Correc., c. 41.080 “Miño, Adriana Karina”, rta.9/6/11; (4) Navarro-Daray, Código Procesal Penal de la Nación, Tomo I, p. 84 y ss., 2da edición, Hammurabi, 2006; (5) C. N. Crim. y Correc., Sala I, c. 36.975, “Bonfati, Santiago”, rta.: 16/11/09; (6) C. N. Crim. y Correc., Sala V, c. 35.597 “Aranda, Hugo A.”, rta.: 30/3/09 y c. 40.009, “Samra, Juan P.”, rta.: 28/10/10; (7) C.N.C.P., Sala III, c. 6217, “Sartirana, María Beatriz”, rta.: 6/2/07.

CAPÍTULO 22
EVASIÓN Y QUEBRANTAMIENTO DE PENA
ARTÍCULOS 280-281 BIS DEL CÓDIGO PENAL

EVASIÓN, FAVORECIMIENTO DE EVASIÓN Y QUEBRANTAMIENTO DE INHABILITACIÓN

Por Jonatan Robert*

1. INTRODUCCIÓN

La sistematización de las figuras que a continuación se desarrollarán -“evasión”, “favorecimiento de evasión” y “quebrantamiento de inhabilitación”-, puede situársela en el Título XI -Delitos contra la Administración Pública-. Ello permite generar una idea referente al objeto de tutela tenido en miras por el legislador al momento de su inclusión en el Código Penal.

En una primera aproximación -fruto de la lectura de los diversos preceptos legales- pueden dilucidarse diversas modalidades típicas, las características de aquellos sujetos que asumirán el rol activo y la presencia de elementos comunes a otros delitos. A la par de ello, emergen interrogantes que se vinculan con el momento consumativo, la posibilidad de concurrencia de diversos actores, o incluso, si la tentativa es admisible en la mismas.

Por ello, su estudio debe realizarse de forma analítica, partiendo de una correcta delimitación del bien jurídico protegido y las diversas acciones descriptas en las normas. Los aspectos objetivo y subjetivo -de los correspondientes tipos penales- revelarán los elementos que deban hacerse presente para asignar relevancia típica a la misma, como así también la intención tenida en miras por el autor, o los motivos por los cuales se desencadenó el resultado contemplado.

* Abogado -Universidad Católica de la ciudad de La Plata-, Especialista en Derecho Penal -Universidad Austral Argentina-, Secretario del Juzgado de Garantías N° 2 del Departamento Judicial de La Plata, Pcia. de Buenos Aires; Secretario del Instituto de Derecho Penal del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata.

Durante dicho cometido aflorarán particularidades propias de estos delitos -y que rara vez se hacen presentes en otros-, las cuales necesariamente trascenderán la esfera de la investigación iniciada como consecuencia de su acaecimiento. Tales circunstancias ameritarán una reflexión que las contemple para poder tomar en cuenta su real significancia.

2. EVASIÓN

Artículo 280: “Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hallándose legalmente detenido se evadiere por medio de violencia en las personas o fuerza en las cosas”.

2.1. Bien jurídico protegido

Dada la ubicación de este delito entre aquellos que afectan la Administración Pública, es más que claro que en aquella dirección debe enmarcarse el bien tutelado. Pero dentro de aquella, debe situárselo entre los que vulneran el normal desenvolvimiento de la Administración de Justicia;¹ en este sentido, Jorge E. Buompadre -con cita de la obra de Carlos Creus y Ricardo C. Núñez- sostiene que el mismo radica en “la efectividad de las sanciones impuestas o de las medidas adoptadas por razones de seguridad respecto del agente o de un tercero, y que se constituyen en un amenguamiento de la libre disponibilidad de ciertos derechos, o bien porque constituyen una ofensa a la actividad administrativa de ejecución de las penas, o de medidas procesales, o de seguridad, o corrección, impuestas en razón de delitos, o por otras causas, y que significan un levantamiento contra la decisión de un tribunal de justicia”.²

En dichas consideraciones puede apreciarse la razón de ser de este delito, radicando en el acatamiento de las medidas dispuestas judicialmente en el marco de un proceso penal, y siendo su eje central la privación legal de la libertad de una persona, pudiendo ser a título cautelar

1. Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 305:1502. De similar forma se pronunció la Cámara Penal de Jujuy, Sala II, en el marco de los autos “A. A. A. y C. R. V. s/ robo calificado en poblado y en banda”, del 31/10/11 (LLNOA 2012, marzo, 144).

2. Buompadre, Jorge E., “Artículos 280/281 bis”, en Baigún, David / Zaffaroni, Eugenio (dir.) / Terragni, Marco A. (coord.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, T. XI, p. 210.

en los supuestos de detención o prisión preventiva, o en el marco del cumplimiento de una sentencia a penas de prisión o reclusión. De ahí que el Estado, con la conminación penal de conductas que impliquen un quebrantamiento de ellas, intente proteger las funciones atribuidas a los órganos jurisdiccionales y el cabal acatamiento a estas.

2.2. Tipo objetivo

2.2.1. Concepto y acción típica

La acción central de la norma está delimitada por el hecho de “*evadirse*”, lo cual debe ser interpretado como fugarse o escaparse de un lugar cerrado, con miras de superar la restricción de la libertad impuesta.³ Es indiferente el lugar del cual se dé a la fuga el sujeto, ya que la letra de la ley nada dice al respecto; de esta forma, aquella podrá suceder en una institución penitenciaria, policial, un juzgado, o del interior de un vehículo mientras se realiza un traslado. Por su parte, se ha sostenido también que se configuraría este supuesto en los casos en que una persona se fugare “de manos de quien lo detiene, siempre que hubiere sido reducido previamente”.⁴

Dicho proceder tendrá que ir acompañado de los medios enunciados en el artículo -“violencia en las personas o fuerza en las cosas”-, ya que de lo contrario la conducta será reputada atípica.⁵ Ello es consecuencia de que la simple evasión sin su utilización o valiéndose de otros medios diversos -como ser astucias o engaños, o si se quiere, aprovechando un actuar negligente de los encargados del establecimiento de detención, como podría ser el incorrecto aseguramiento de una puerta-, no se encuentra reprochada en el Código Penal, a

3. A modo de adelanto -ya que este tema será analizado al tratar los sujetos del delito-, corresponde sostener que la privación de la libertad deberá ser legal, lo cual surge como un requisito plasmado en la norma e integra el tipo objetivo.

4. D'Alessio, Andrés José, (dir.) / Divito, Mauro A. (coord.), *Código Penal, comentado y anotado. Parte especial*, 1° edición, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 935.

5. En este sentido se encuentra lo resuelto por la Cámara Civil, Comercial, Laboral y Minería de Comodoro Rivadavia, Sala Procesal Penal, en el marco de los autos “S., G. s/ Evasión”, del 02/06/95, donde sostuvo que “No incurre en delito de evasión el reo que sin violencia en las personas ni fuerza en las cosas, aprovechó, para evadirse, la negligencia de sus vigilantes” (*Infojus*, sumario N° Q0003444).

diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos extranjeros, como ser el español⁶ o el boliviano.⁷

En aquellos se encuentra reprimida la conducta de quien se evade de un lugar de detención, sin valerse para ello de la utilización de medios comisivos; y en el caso de que la misma sea llevada adelante mediante el empleo de violencia, fuerza o intimidación, se contempla una agravante en la escala penal del delito.⁸

2.2.2. Medios comisivos

La evasión tiene que llevarse adelante utilizando violencia en las personas o fuerza en las cosas; la forma como se encuentra redactado el precepto permite afirmar su carácter taxativo.

Por violencia en las personas, debe entenderse la “*vis física*”, la cual implica el “despliegue de energía física sobre quienes ofician de custodia del agente”;⁹ en este caso, podrán ser los miembros del servicio penitenciario, de los cuerpos policiales, o de otras fuerzas de seguridad que tengan a su cargo la custodia o traslado de personas privadas de la libertad, como por ejemplo, la prefectura o la gendarmería.

También comprende el concepto de violencia la denominada “*vis moral*”, es decir, la intimidación. Durante la vigencia del Decreto-Ley N° 17567, aquella se encontraba prevista -expresamente- en el texto de la norma, pero con el correr de los años y las sucesivas reformas que sufrió el Código Penal, fue suprimida. Sin perjuicio de ello, existe cierta coincidencia

6. El artículo 468, primera parte, del Código Penal español, reza: “Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos”.

7. El artículo 180 del Código Penal boliviano estipula: “El que se evadiere hallándose legalmente detenido o condenado, será sancionado con reclusión de uno a seis meses. Si el hecho se perpetrare empleando violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, la sanción será de reclusión de seis meses a dos años”.

8. Así, el artículo 469 del Código Penal español estipula: “Los sentenciados o presos que se fugaren del lugar en que estén reclusos, haciendo uso de violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas o tomando parte en motín, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años”.

9. Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2° edición actualizada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, T. III, p. 627.

entre los autores al afirmar su inclusión como medio para poder llevar adelante la evasión. A favor de dicha interpretación se había pronunciado Carlos Creus, quien entendía que ella debía estar representada por la amenaza del empleo de violencia y encontrarse presente los requisitos propios del delito de robo,¹⁰ lo cual, según Edgardo Alberto Donna, consiste en el despliegue de energía, direccionada “para vencer materialmente la resistencia de la víctima, aun sin operar sobre su cuerpo, quebrantándola o paralizándola (ej. uso de armas)”.¹¹ Por su parte, Jorge E. Buompadre se muestra contrario a dicha tesis, afirmando que ella no se encuentra incluida en el término de violencia del artículo.¹²

En cuanto a la fuerza en las cosas, tiene idéntica significancia que en el delito de robo previsto en el artículo 164 del Código Penal; así, el despliegue de ella implicará la superación material de los medios predisuestos con motivo de asegurar o mantener la privación de la libertad del agente. Teniendo en cuenta ello, podrá direccionarse hacia los barrotes de una celda, ventanas, techos o sus muros, las cerraduras o candados que se encuentren colocados en las puertas; también integran este supuesto aquellas que atentan contra los medios de seguridad y contención de los transportes que se utilizan para los distintos traslados de las personas detenidas.¹³

Así, la jurisprudencia ha sostenido que “quien, encontrándose legalmente detenido, bajó la ventanilla de la puerta del móvil, la abrió y se dio a la fuga, quebrantó la detención, pero ese acto físico no implica que la evasión haya sido por medio de fuerza en las cosas, pues nada aparece

10. Cfr. Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, 6° edición actualizada y ampliada, 2° reimpression, Buenos Aires, Astrea, 1999, T. II, p. 353. De similar forma se pronunciaba también Sebastián Soler, a la vez que afirmaba que “el agregado del término intimidación (ley 17.567) es aclaratorio” (Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 10° reimpression total, Buenos Aires, TEA, 1992, T. V, p. 355).

11. Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. III, p. 627.

12. Cfr. Buompadre, Jorge E., *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, 3° edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2009, T. III, p. 535.

13. La Cámara de Apelaciones en lo Penal de Córdoba, en el marco de los autos “Cepeda, Miguel Ángel s/ Evasión”, del 07/03/80, sostuvo: “La ausencia de fuerza sobre los elementos de seguridad colocados para el resguardo de un detenido, hace que la evasión de aquel no configure delito, en los términos del art. 280 CP” (*Infojus*, sumario N° FA80163201).

forzado por el despliegue de alguna energía física y, por consiguiente, no se configura el delito de evasión (artículo 280 del Código Penal).¹⁴

El empleo de fuerza -a los fines del delito-, tendrá que exceder la que hubiera efectuado la persona encargada de llevar adelante la custodia del detenido; por ello no podrá configurar este medio, la apertura de la cerradura de una puerta mediante la utilización de una ganzúa, sin causarle daños, pudiendo predicarse lo mismo en el caso de un candado.¹⁵

Tanto la violencia como la fuerza deben haber sido desplegadas por el autor, o este, en su caso, aprovechado la realizada por un partícipe de la empresa criminal,¹⁶ siendo dicha afirmación fruto del enunciado legal, en cuanto se reprocha el proceder de quien “se evadiere por medio de...”. De no darse ello, se torna atípica la conducta de quien se fugue de su lugar de detención, lo cual podría suceder, por ejemplo, cuando una persona desde el exterior corta los barrotes de un calabozo, permitiendo de esa manera que las personas privadas de libertad, la recuperen, o en su caso, aprovecha las violencias ejercidas por un tercero en la persona de sus custodios, con idéntico resultado;¹⁷ lo mismo sucedería en el supuesto de excavar un túnel desde las afueras de una unidad carcelaria, culminando dentro de un pabellón para consumir la huida de los detenidos.¹⁸

Asimismo, debe existir una relación causal entre los medios enunciados y el cometido del agente; en este sentido, la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, en el marco de los autos “Fasoli, Néstor A.”, resuelta el 11 de mayo del año 1995, sostuvo que “en el delito de evasión, el uso de fuerza, violencia o intimidación debe tener estrecha relación con el fin buscado, en carácter de medio a fin, aunque sea como mera contribución”. En sintonía con ello, Jorge Luis Villada supo

14. Cámara de Apelaciones en lo Penal de Córdoba, en el marco de los autos “Sosa, Ernesto Florentino s/ Evasión”, del 04/07/86 (*Infojus*, sumario N° R0004374).

15. Ver en este sentido, Suprema Corte de Justicia de Tucumán -05/05/45- (*La Ley*, 40-93).

16. En este sentido, se pronunció la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala II, en el marco de los autos “Martínez, Fabián C. y otros”, del 03/07/92 (*La Ley*, 1993-A, 328).

17. En este sentido hubo de pronunciarse la Cámara del Crimen de la Capital -08/03/57- (*La Ley*, 88-195).

18. En estos supuestos, quien preste la colaboración para que se desarrolle la fuga, se vería incurso en el delito de favorecimiento de evasión previsto en el artículo 281 del Código Penal.

sostener que “tanto la fuerza en las cosas como la violencia sobre las personas, *se utiliza para evadir*, y no conjuntamente con la evasión, ni para procurar la impunidad o para impedir la posterior persecución”.¹⁹

Por último, cabe desechar la posibilidad de un concurso real en el caso de constatar lesiones en la persona de los guardias o custodios, predicándose lo mismo respecto de los daños que puedan causarse en los bienes, todo ello con motivo de la evasión. Dicha circunstancia es consecuencia directa de la unidad de acción propia de este delito, ya que resultan inescindibles las violencias o fuerzas -requeridas en el tipo- de la acción descripta en la norma, absorbiendo el fruto de ellas; sería diversa la afirmación, en el caso de contemplarse en la normativa un supuesto donde no se exigiese la utilización de medios comisivos para llevar adelante la fuga, como ocurre en las legislaciones española o boliviana. De esta forma, las lesiones o daños resultantes, concurrirán de forma ideal con la evasión, siendo de aplicación las previsiones del artículo 54 del Código Penal.

Respecto a ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hubo de sostener que “el daño causado para llevar a cabo la fuga no constituye, en el supuesto de autos, un delito autónomo, ya que se halla absorbido por la figura especial de la evasión, que para ser punible requiere violencia en las personas o fuerza en las cosas (artículo 280 del Código Penal)”.²⁰

Por el contrario, se consideró que mediaba un concurso real entre las figuras de robo calificado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa y evasión en grado de tentativa -artículos 166, inciso 2, segundo párrafo, primer supuesto, 280, 42 y 55 del Código Penal-; en este caso, un grupo de internos del Establecimiento Carcelario N° 2 -Penal de San Martín- de la provincia de Córdoba, luego de tomar las instalaciones del penal, procedieron a la sustracción de un camión del Servicio Penitenciario -que se encontraba en el interior del penal- y con él intentaron darse a la fuga un número aproximado de 29 internos, no

19. Villada, Jorge Luis, *Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p. 197.

20. Corte Suprema de Justicia de la Nación -28/09/59- (*La Ley*, 98-492); en sintonía con ello, la Cámara Criminal de Tucumán -20/03/63- resolvió que “la violencia ejercida en el guardiacárcel con el propósito de evadirse constituye el delito de evasión, ya que la intención fue una y única, y el daño ocasionado en el custodia no constituye delito autónomo, puesto que es absorbido por la figura especial de la evasión” (J. A. 1964-I-348).

logrando su cometido por razones ajenas a su voluntad y el oportuno proceder de las fuerzas de seguridad.²¹

2.2.3. Sujetos del delito

El sujeto activo de este delito será aquella persona que se encuentre legalmente detenida. De esta forma, aflora como necesario que la privación de libertad que reposa en cabeza de un individuo sea legítima; ello implica que haya sido dispuesta por la autoridad competente en la materia y de conformidad con las leyes que la regulan, es decir, que extrínsecamente reúna los requisitos necesarios de validez. En ese sentido, afloran como situaciones de privación de libertad los casos de personas condenadas a penas privativas de libertad, las sujetas a un encierro cautelar, como ser el arresto o el estado de detención -propio de los primeros momentos de una investigación- o la prisión preventiva. Tales disposiciones podrán tener su razón de ser en procesos iniciados con motivo de un delito penal, o en la instrucción de un sumario contravencional.

Amén de esos supuestos, pueden presentarse otros donde la persona aún no se encuentra en una situación de encierro -entiéndase por ello, alguno de los lugares enunciados al tratar el bien jurídico protegido-; estos se corresponden con los instantes posteriores a la consumación de un ilícito, y por lo general se dan en las situaciones de flagrancia, donde el sospechado es aprehendido por efectivos policiales a poco de constatada la infracción penal, o incluso por los particulares.²² El proceder de quien limite la libertad ambulatoria de otro en dichas circunstancias se tendrá que adecuar a lo dispuesto en la normativa procesal de aplicación en la materia, o en leyes especiales,²³ ya que de lo contrario estaríamos frente a una privación ilegal de la libertad como consecuencia de aquel.

21. Cfr. Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, Sala Penal, en el marco de los autos "Alem, Roque R. y otros", del 12/11/10.

22. Cfr. Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino, Parte Especial*, Córdoba, Lerner, 1974, T. VII, p. 192; comparte ello, Villada, Jorge Luis, *op. cit.*, pp. 196 y 203.

23. A modo de ejemplo pueden citarse los artículos 77, 78, 88 y 152 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 183, 184 y 240 del Código Procesal Penal de la Nación; 153, 154 y 294 del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires. También pueden señalarse los artículos 1 de la Ley N° 23950 y 15 de la Ley N° 13482 -esta última, de la provincia de Buenos Aires-.

Referido al tema, se tornan de importancia las apreciaciones brindadas por Jorge E. Buompadre, en cuanto sostiene que “la evasión de una persona que se halla ilegal o arbitrariamente privada de su libertad ambulatoria no configura el delito, aun cuando haya empleado fuerza o violencia en el hecho, sin perjuicio, como es natural, de las responsabilidades por otros delitos que se cometan por el empleo de tales medios, por ejemplo, daño”.²⁴

En lo concerniente al sujeto activo, no se requieren en él calidades particulares, pudiendo cometerlo cualquier persona, claro está, que se encuentre privada de su libertad, lo que sí da la pauta de que nos encontramos ante un delito de propia mano si se tiene en cuenta ello. Dicha medida tiene que haberse efectivizado para que su proceder pueda incurrir en el tipo penal, es decir, ya encontrarse reducido por las fuerzas del orden, o en su caso, los particulares; la jurisprudencia -en lo que a ello respecta- ha sostenido que “no comete el delito de evasión en concurso con los de resistencia a la autoridad y lesiones, quien arrestado por un agente de policía forcejea y auxiliado por otros huye, ya que si su detención había comenzado, no puede afirmarse que se hallase sometido a la autoridad, pues toda su actividad y la de sus compañeros fue de activa resistencia a ella”.²⁵

Por el contrario, no podrán revestir la calidad de sujeto activo los menores privados de su libertad, habida cuenta la “*finalidad tutelar*” que gobierna las medidas de restricción de libertad que pueden reposar en cabeza de estos.²⁶ También cabe predicar ello respecto de las

24. Buompadre, Jorge E., *Tratado...*, *op.cit.*, T. III, p. 535.

25. Cámara del Crimen de la Capital -14/09/56- (*La Ley*, 86-457). Semejanzas con lo sostenido se aprecian en el fallo pronunciado por la Sala III, del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, en el marco de los autos “F., M. Á. s/ recurso de casación”, causa N° 14594, del 09/12/08; en él se afirmó: “En definitiva, no hay delito de evasión por parte del preso que recupera la libertad sin violencia o fuerza en personas o cosas, ya que no puede atribuírsele que trate de recuperarla, aprovechando la inoperancia o incapacidad de los organismos encargados de su sujeción personal. Y si aún no ha sido detenido, el interés de preservar la libertad locomotiva que lo lleva a no acatar la orden de detención que se dice impartida, es impune...”.

26. Cfr. Soler, Sebastián, *op. cit.*, T. V, p. 354. En sintonía con ello, puede traerse a colación lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el marco de los autos “Maldonado, Daniel Enrique y otros s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado” -causa n°1174-, del 07/12/05, en cuanto afirma

personas que se encuentran internadas o sometidas a una medida de seguridad o tutela,²⁷ pudiendo emanar dichas disposiciones del fuero penal, civil o de familia.

Si bien en tales casos se encuentra restringida la libertad ambulatoria, dichas medidas no implican, *per se*, una detención o estado que se le asimile, por lo cual no puede considerarse como “evadidos” a los sujetos que quebranten el cumplimiento de aquellas.

En lo que respecta al sujeto pasivo de este delito, corresponde hacer la siguiente distinción. Dicha calidad le corresponderá -habida cuenta el bien jurídico delimitado, la administración de justicia- al Estado, principal afectado con el desplegar ilícito, no debiendo confundirse ello con los eventuales perjudicados resultantes del desplegar ilícito llevado a cabo. Nótese que si la misma es llevada adelante con violencia en las personas -por ejemplo, miembros del servicio penitenciario o policías-, estas podrán adquirir el mentado rol, pero no serán consideradas sujetos pasivos.

La diferenciación efectuada cobra importancia en el marco procesal penal, ya que al instruirse un sumario con motivo de este delito, sólo podrán ostentar el rol de querellante²⁸ o particular damnificado²⁹ los representantes designados por el Estado, principal ofendido con motivo del mismo, y como consecuencia de ello, asumir la calidad de parte en el proceso con los derechos y facultades que le son reconocidas por los ordenamientos de forma. Sin perjuicio de ello, las personas que resulten damnificadas, fruto de la evasión -en el caso de que hayan sido destinatarias de violencia por parte del sujeto activo-, podrán comparecer a proceso, asumiendo la investidura de actor civil,³⁰ y so-

que “...los menores no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su libertad, sino que ellos son “dispuestos”, “internados” o “reeducados” o “sujetos de medidas tutelares”.

27. En el marco de ello, pueden mencionarse los supuestos contemplados en los artículos 9 de la Ley N° 12331 -hospitalización forzosa- y 34, inciso 1 del Código Penal -para el caso de los inimputables-, entre otros.

28. Figura contemplada -entre otros- por los artículos 3, 10 y ss. del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 82 y ss. del Código Procesal Penal de la Nación.

29. A modo de ejemplo, pueden citarse los artículos 77 y ss. del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires.

30. Véanse -tan sólo a título ejemplificativo- los artículos 12 y ss. del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 14, 87 y ss. del Código Procesal Penal

licitar en el marco de aquel la correspondiente pretensión resarcitoria por los padecimientos sufridos.

2.3. Tipo subjetivo

La figura de evasión resulta ser dolosa, siendo necesario que la conducta del autor se encuentre guiada por un dolo directo, debiendo este abarcar el conocimiento de la situación de detención en la cual se encuentra y la voluntad de fugarse mediante la utilización de los medios comisivos enunciados en la norma -es decir, fuerza en las cosas o violencia física en las personas- en aras de recuperar su libertad, que a la postre, se encuentra legalmente restringida.

2.4. Consumación y tentativa

El delito resulta de consumación instantánea, produciéndose esta “en el momento en que el privado legalmente de la libertad se desvincula totalmente de su estado de detención”.³¹ Partiendo de dichos postulados, cabe afirmar que no se encontraría perfeccionado el ilícito si el sujeto sólo logra salir de su celda o pabellón donde se encontraba alojado y es sorprendido en espacios comunes pertenecientes al lugar de detención, como podrían ser pasillos, sectores de baños, patios, etcétera. En estos supuestos, si bien logra vencer alguna de las medidas de seguridad predispuestas -como podrían ser las puertas, cerrojos o barrotes-, no recupera de forma plena la libertad que antes gozaba. Cabría predicar lo mismo en el caso de que lograse sustraerse de la acción de la custodia de los efectivos policiales o penitenciarios, sin poder egresar del predio donde se hallaba detenido.

Para considerar consumada la evasión, es necesario que el sujeto activo logre sustraerse del lugar donde se materializa la privación de la libertad -sea este una institución carcelaria, alcaidía de detenidos o seccional policial- o donde se encuentra con motivo de aquella -como pueden ser dependencias judiciales, móviles policiales o camiones de

de la Nación, y 12, 66 y ss. del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires. Dichas normas se encuentran en franca consonancia con lo previsto por el artículo 29, inciso 1 del Código Penal.

31. Marín, Jorge Luis, *Derecho Penal, Parte Especial, 2ª edición actualizada*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, p. 874.

traslado del servicio penitenciario, por citar algunos ejemplos-, o simplemente de manos de la autoridad -o un particular-, debiendo ser de forma “plena”, es decir, sin restricciones a la libertad ambulatoria aunque sea por pocos instantes, siendo indiferente si luego es recapturado.³² En ese estadio debe situarse al momento consumativo.

Teniendo en cuenta las características propias de este delito y los requisitos necesarios para su consumación, cabe sostener que este es de resultado material, ya que no se concibe que pueda ser llevado adelante sin el despliegue de fuerza en las cosas o violencia física en las personas.

Como consecuencia de ello -y en consonancia con lo expuesto en el primer párrafo del presente- debe sostenerse que el delito de evasión admite tentativa.³³ Al situarse el comienzo de ejecución de este delito en los procesos de despliegue de fuerza o violencia -con la finalidad antes enunciada-, los actos así ejecutados son pasibles de reproche, pese a que no se logre superar el grado de conato. Quizás, los ejemplos más emblemáticos de ello sean el corte de barrotes, perforación de muros -o techos- o la excavación de túneles subterráneos. En estos casos, resulta por demás complicado -habida cuenta de las connotaciones propias de los centros de detención- que dicho proceder pueda ser cumplido sin solución de continuidad; por lo general se tratará de procesos que demanden tiempo de ejecución. Si ellos son descubiertos, su autor o autores serán pasibles de la imputación en orden a este ilícito, con los alcances señalados.

Otra de las notas de este delito es que admite la concurrencia de personas en su desarrollo; un buen ejemplo de ello fue expuesto por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal de Concepción del Uruguay, en el marco de los autos “García, Lorenzo Odelmar s/ Robo calificado por

32. En ese orden de ideas, la Cámara Penal de Concordia, en el marco de los autos “Gerfó, Jorge R.”, del 23/11/87, hubo de sostener que “el delito de evasión es instantáneo, y se consuma con la salida del ámbito de encierro, sin que la persecución y aprehensión, lograda luego de superados los límites de ese ámbito, implique la no consumación del tipo” (D. J. 988-2-397).

33. La Cámara Penal de Rosario, Sala II, en el marco de los autos “Insaurrealde, Gabina”, del 24/10/79, resolvió: “Si entre el acto de sustraerse a la custodia y la ulterior aprehensión del procesado no medio solución de continuidad, ya que el agente que lo custodiaba en ningún momento dejó de saber dónde se hallaba el encausado, la evasión quedó en grado de tentativa” (SP *La Ley*, 981-459).

uso de armas, Abuso de armas y Evasión”, resuelta el 30 de marzo del 1999, donde sostuvo:

“Probada la rotura del ojal inferior de la puerta del patio, el corte de una reja de hierro de 16’ mediante una sierra, reja ubicada en el techo del patio, la cual fue doblada hacia abajo, el corte de otro hierro más fino; una tarea tan gravosa requirió mutua colaboración entre los evadidos, ya que mientras uno de ellos trabajaba con los hierros, el otro vigilaba la guardia. No existió ninguna puerta abierta ni mucho menos descuido de la guardia, sino que utilizando una sierra realizaron la tarea en común, lo que permite decir que existió una coautoría entre los evadidos, dada la presencia activa y concomitante de ambos, al cumplir cada uno de ellos actos determinados -rotura, corte, colocación de escalera, etc.-, que integraron el accionar configurativo de la evasión”.

De esta forma, y para poder aplicar las reglas propias de los artículos 45 y 46 del Código Penal, los distintos sujetos tendrán que tener un rol activo en la evasión -en pos de vencer los obstáculos que restringen su libertad-, ya que no basta -como antes se indicara- que se evada aprovechando la conducta desplegada por otros, y a la cual resulta ajeno.

3. FAVORECIMIENTO DE EVASIÓN

Artículo 281: *“Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el que favoreciere la evasión de algún detenido o condenado, y si fuere funcionario público, sufrirá, además, inhabilitación absoluta por triple tiempo”.*

“Si la evasión se produjere por negligencia de un funcionario público, este será reprimido con multa de pesos argentinos mil a pesos argentinos quince mil”.

3.1. Bien jurídico protegido

En el caso de las dos figuras contenidas en el artículo, el bien jurídico protegido también debe situárselo en el normal desenvolvimiento de la Administración de Justicia; dentro de ella -y más específicamente hablando-, se trata de asegurar el efectivo cumplimiento de las medidas que restringen la libertad de un individuo -dispuestas por la autoridad competente en la materia-, no ya reprochando el

proceder de su destinatario -en cuanto este intente evadirlas-, sino el comportamiento de terceras personas que atentan contra las mismas.

De esta forma, el legislador buscó desalentar conductas que atentan contra el normal cumplimiento de las medidas privativas de libertad -hayan sido dispuestas a título cautelar o como pena-, sancionando a quienes mediante un obrar intencional colaboran en causar su quebrantamiento, viéndose este traducido en la evasión del destinatario directo de aquellas. Sin embargo -y como se aprecia en la letra del articulado-, también se reprocha el proceder de funcionarios públicos que desencadenan dicho resultado como consecuencia de la violación a deberes de cuidado inherentes a sus funciones.³⁴

3.2. Tipo objetivo

3.2.1. Concepto y acción típica

La acción típica consiste en favorecer la evasión de alguna persona que se encuentre detenida o condenada; ella debe ser interpretada como una colaboración o ayuda que se presta -por parte de un tercero- a la persona que se encuentra privada de su libertad, tendiente a que ella pueda evadirse de la situación de encierro o restricción. El alcance que debe asignársele al concepto de “detenido o condenado” -en este precepto- es equivalente al expuesto al tratar lo atinente al sujeto activo del delito de evasión, al cual corresponde remitirse. En orden a ello, es que se pregonoó la atipicidad de la conducta desplegada por quien había favorecido la evasión de un menor de edad, que se encontraba privado de su libertad en virtud de una “disposición tutelar” regida por la Ley N° 22278.³⁵

34. En torno al bien jurídico protegido por este delito, la Cámara Federal de La Plata, Sala I, en el marco de los autos “Sumario instruido por av. pta. inf. art. 281, C. Pen.”, del 16/8/2012, sostuvo: “Precisamente, la administración de justicia, y dentro de ella la acción ejecutiva de las penas privativas de la libertad, pueden verse afectadas por conductas intencionales o desaprensivas de quienes favorecieren la evasión de una persona que se encuentre legalmente detenida”.

35. Cfr. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, en el marco de los autos “O., S. L. S/ facilitación de evasión”, causa N° 1931/12, del 04/12/12. En pos de ello, se sostuvo: “Por utilizar iguales términos en su redacción, resulta pertinente remitirnos a lo sostenido por la doctrina para el delito previsto en el artículo 280 del cuerpo penal e indicar que, entre otros, los menores tutelados no pueden ser sujetos activos porque no revisten la calidad de detenidos”.

Dicha colaboración puede asumir una diversidad de modalidades, ya que la norma no exige que sea llevada adelante mediante la utilización de algún medio específico; respecto a ello, la jurisprudencia ha sostenido que:

“El artículo 281 del Código Penal sanciona a quien colabore en la evasión de algún detenido o condenado, sin exigir que aquella se produzca mediante fuerza o violencia, ni siquiera por remisión a la norma que le precede. El tipo abarca inclusive formas fraudulentas de favorecimiento, además de otras variadas con independencia del modo de actuación de quien resulte engañado”.³⁶

Así, aflora como nota saliente de este delito que el obrar desplegado se ponga al servicio del sujeto que se pretende recupere su libertad, debiendo este voluntariamente aceptarlo.³⁷ El mismo -teniendo en cuenta lo expuesto- deberá consistir en un aporte materialmente necesario y útil a los efectos de obtener la finalidad señalada en la norma,³⁸ mencionándose a título ejemplificativo el hecho de “entregar al detenido una lima para aserrar los barrotes de su celda, un disfraz, una escalera, traje y documentos falsos para salir de la prisión; funcionario que deja abiertas las puertas de una alcaidía, de un camión celular”.³⁹

Como bien señala Edgardo Alberto Donna,⁴⁰ la ayuda suministrada puede verse representada en *un hacer* -por ejemplo, quien facilita las llaves necesarias para abrir las cerraduras de los calabozos- como en *una omisión* en la modalidad impropia -o comisión por omisión-, siendo necesario en este supuesto que el autor se encuentre en posición de garante respecto de la persona detenida, con el consiguiente deber de actuar -lo cual sucedería en el caso de que un efectivo policial o penitenciario, cumpliendo funciones de imaginaria en un sector de

36. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, en el marco de los autos “Bernharat, Hilda E”, del 10/11/04.

37. Cfr. Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, T. III, p. 539. Dicho autor afirma que quien saca de la cárcel a un detenido en contra de su voluntad, no comete el delito de favorecimiento de evasión.

38. De similar forma se pronunció el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, en el marco de los autos “Juárez, Enrique A.”, del 13/04/73 (*La Ley*, Repertorio XXXV, 1975, A-1).

39. Chiappini, Julio, “El delito de favorecimiento de evasión”, *La Ley* 1981-C, 1109.

40. Cfr. Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. III, p. 635.

calabozos, advirtiera que los reclusos cortaron los barrotes y emprenden la fuga y pese a ello, guarda pasividad, sin dar aviso a la superioridad o tomara las medidas del caso-.

La conducta favorecedora -para poder considerarse típica- debe tener incidencia en el curso causal de la fuga, sin ser necesario que sea la única, o incluso que concurren varias. En este sentido, puede ser desplegada tanto para vencer las defensas que aseguran la situación de encierro -por ejemplo, rompiendo una puerta, reja o cavando un túnel-, como estar dirigida a las personas que trasladan o custodian al detenido, dándose ello, por ejemplo, cuando se los golpea en aras de liberarlo de su custodia para que pueda emprender la fuga.

Por último, cuando en el supuesto en examen se menciona “el que favoreciere la evasión...”, el término evasión no debe ser interpretado en el sentido expuesto en el artículo 280 del Código Penal, es decir, como una fuga con fuerza en las cosas o violencia física en las personas.⁴¹ En este artículo, ello implica un simple salir de la situación de encierro o restricción en la cual se encontraba el sujeto, sin ser necesario que se hagan presentes dichos medios comisivos.⁴²

3.2.2. Sujetos del delito

El rol de sujeto activo de este delito lo podrá asumir cualquier persona, siendo ello consecuencia directa del enunciado normativo “...el que favoreciere...”. Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde marcar las siguientes diferencias. Si la persona que se evade, además de contar con la colaboración brindada por un tercero, lleva adelante su cometido con fuerza en las cosas o violencia física en las personas, estaremos ante dos conductas típicas diversas: la del artículo 280 del Código Penal, respecto de quien se evade mediante su empleo, y por otro lado, la de quien favoreció dicho proceder subsumible en este artículo. Así, el obrar de quien favorece la evasión típica no constituye un supuesto de complicidad en aquella, sino que encuentra sanción en el supuesto en estudio. Ello es consecuencia de que “la complicidad en la evasión, aun cuando esta

41. Ver en este sentido, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, en el marco de los autos “González Sánchez, Víctor E. s/ recurso de casación”, del 11/08/02.

42. En este sentido se pronuncia -entre otros- Molinario, Alfredo J., *Los Delitos*, texto preparado y actualizado por Aguirre Obarrio, Eduardo, Buenos Aires, TEA, 1999, T. III, p. 443.

caiga bajo el artículo 280, es siempre punible a norma del artículo 281. Dado que este artículo fija una pena autónoma y superior a la de la evasión, es evidente que el hecho que estudiamos constituye un delito *per se*, que en ningún caso puede ser puesto en relación con la pena del 280".⁴³

Puede asumir dicha calidad -incluso- otro detenido o condenado, siempre y cuando su conducta se encuentre dirigida a favorecer la fuga de otro -y no la propia-, ya que de no ser ello así, la misma podría quedar subsumida en el delito previsto en el artículo 280 del Código Penal.⁴⁴

En el supuesto de que el sujeto activo sea un funcionario público, la norma contempla como agravante su inhabilitación absoluta por triple tiempo. La razón de ser de la misma debe situarse en los especiales deberes que les corresponde a esta clase de sujetos, en orden a la labor que desempeñan -por ejemplo, cuerpos de policía, servicio penitenciario, prefectura o gendarmería-, los cuales, en principio, no rigen las conductas de los particulares.

La aplicación de la agravante no debe circunscribirse sólo a quienes tienen responsabilidad de vigilancia o custodia sobre quien se evade,⁴⁵ como podrían ser los policías, guardiacárceles o custodios que efectúan traslados. A la luz del contenido del artículo 77 del Código Penal⁴⁶ -donde se brinda el concepto de funcionario público- cabe afirmar que también se encuentran comprendidos en la aplicación de la agravante, entre otros, a aquellos sujetos que se desempeñan laboralmente en los ámbitos judiciales. De esta forma, si colaboran -por ejemplo, un auxiliar letrado o un secretario de un juzgado o fiscalía, por mencionar algunos supuestos- en la evasión de un detenido o condenado, les cabría la aplicación de la misma.

En lo que respecta al sujeto pasivo, resulta ser el Estado, tal como se indicara al tratar el delito de evasión, siendo de aplicación -en este caso- las consideraciones allí expuestas y a las cuales corresponde remitirse, claro está, atendiendo a las particularidades propias de este delito.

43. Soler, Sebastián, *op. cit.*, T. V, pp. 359-360.

44. Cfr. D'Alessio, Andrés, *op. cit.*, p. 938.

45. Comulga dicha tesis Villada, Jorge Luis, *op. cit.*, p. 208.

46. En su cuarto párrafo puede leerse: "Por los términos 'funcionario público' y 'empleado público', usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente".

3.3. Tipo subjetivo

El favorecimiento de evasión resulta ser un delito doloso, siendo necesario que el autor conozca la situación de privación de libertad en la cual se encuentra el sujeto destinatario del favorecimiento y que su proceder -mediante un hacer u omitir- colaborará en la fuga de aquel, debiendo ello ser el fruto de su voluntad. El dolo requerido es el directo;⁴⁷ no obstante ello, en el ámbito doctrinal se admite la posibilidad de que pueda concurrir en la figura la forma eventual del dolo.⁴⁸ Dicha alternativa podría hacerse presente cuando “el autor preste una ayuda para una evasión que sólo sospecha y, no obstante ello, el autor igual actúa prestando la colaboración para la evasión”.⁴⁹

De esta forma, el sujeto activo deberá conocer que su actuar favorecerá la evasión de algún detenido o condenado. En torno a ello, y a modo de ejemplo, puede traerse a colación el fallo dictado por la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de Chubut, en el marco de los autos “Q., M. A. s/ Incumplimiento de los Deberes de Funcionario Público en Concurso Ideal con Favorecimiento de Evasión Doloso”, pronunciado el 16 de marzo del año 2007, en el cual se confirmó la absolución dictada por el A Quo -en orden al delito de favorecimiento de evasión-, ponderando que en el precedente se encontraba ausente el elemento subjetivo requerido por la figura. En lo que interesa, sostuvo:

“En el caso, ha quedado demostrado, en cambio, que la voluntad del imputado era la de permitirles el egreso por un espacio corto de tiempo, con el objeto de que pudieran celebrar con sus familias la llegada del año nuevo, al punto que les había reclamado el compromiso del retorno. No era una fuga lo que propiciaba Q., sino la concesión de un irregular favor para el que no estaba autorizado”.⁵⁰

Por el contrario, se consideró que concurre la intención requerida por el tipo en el proceder de un efectivo policial que detiene la mar-

47. Núñez habla de “dolo de intención” (Núñez, Ricardo C., *op. cit.*, T. VII, p. 195).

48. En este sentido, Laje Anaya, Justo, *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, T. III, Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 241.

49. Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. III, p. 637.

50. Si bien en el marco de dicho decisorio se confirmó la absolución del inculcado en orden a la figura en estudio, este resultó condenado en orden al delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público (artículo 248, última parte del Código Penal).

cha del vehículo en el cual se movilizaba- para facilitar la fuga de los detenidos que debía trasladar.⁵¹

3.4. Consumación y tentativa

Determinar cuándo se tiene por consumado este delito ha dividido a la doctrina nacional. Un sector -mayoritario- considera que debe situárselo cuando la fuga del detenido o condenado se ha materializado, lo cual supo ser propugnado por Sebastián Soler. Dicho autor afirmaba que “el hecho no consiste en los actos mismos de favorecimiento (llevar la lima y entregarla al preso) sino en favorecer la evasión”.⁵² Resulta consecuencia de ello, la posibilidad de admitir la tentativa de esta figura penal, la cual se podría ver representada en el principio de ejecución de la fuga llevada adelante por el detenido, valiéndose de los medios aportados por el favorecedor.

Por su parte, Ricardo C. Núñez -enrolado en la tesis minoritaria- sostenía que el delito no se consumaba con el acto de favorecimiento, sino con la evasión o su intento,⁵³ postura que era compartida por Carlos Creus;⁵⁴ dicho autor entendía que “la evasión, por lo tanto, cuando menos debe haberse tentado, puesto que cuando esto ocurre ya ha comenzado a operar el favorecimiento”, conduciéndolo a negar la tentativa de este delito -extremo este en el cual también era coincidente el primero de los autores citados en el párrafo-, ya que “antes de que se realice el intento de evasión, el acto favorecedor será meramente preparatorio y, cuando se lo haya realizado, nos enfrentaremos a un delito consumado”.⁵⁵

51. Cfr. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos “Arias, Rogelio H. y otros”, del 18/02/75 (*La Ley* 1975-C, 88).

52. Soler, Sebastián, *op. cit.*, T. V, p. 360. En este sentido se pronunciaron también -entre otros-, Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, T. VII, p. 428; Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. III, p. 637.

53. Cfr. Núñez, Ricardo C., *op. cit.*, T. VII, p. 195. Dicho autor afirmaba, en la nota n° 25 -correspondientes al tema-, que “...favorecer la evasión no equivale a lograrla. Basta que la evasión se haya manifestado, aunque no se haya consumado”.

54. Cfr. Creus, Carlos, *op. cit.*, T. II, p. 355.

55. Creus, Carlos, *op. cit.*, T. II, p. 355; comparten dicha postura, Breglia Arias, Omar / Gauna, Omar R., *Código Penal y Leyes Complementarias. Comentado, concordado y anotado*, Buenos Aires, Astrea, 2003, T. II, p. 768.

El favorecimiento de evasión es un delito de resultado material, el cual se pone de manifiesto con la fuga del detenido o condenado y de consumación instantánea. El mismo, habida cuenta de tratarse de una *delicta communia*, admite la concurrencia de personas en el desarrollo de la conducta típica, siendo de aplicación lo normado por los artículos 45 y 46 del Código Penal, en cuanto rigen las reglas de la autoría y participación criminal.

4. FAVORECIMIENTO CULPOSO DE EVASIÓN

4.1. Tipo objetivo

4.1.1. Concepto y acción típica

El supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 281 resulta ser una figura autónoma, y no una modalidad culposa de la contenida en el primer párrafo de dicho precepto,⁵⁶ ya que su razón de ser se halla en la producción, mediante un obrar negligente, de la evasión de algún detenido o condenado. Tal aclaración corresponde realizarla con anterioridad a su tratamiento, en pos de evitar confusiones en su correcta interpretación.

La acción típica en este delito está enmarcada en la producción negligente de la evasión; ella debe ser interpretada como un “causar o generar” la misma. Aquí, no puede hablarse de una ayuda en pos de liberar a la persona detenida; dicho aspecto es el que permite diferenciarla del supuesto doloso contenido en el primer párrafo del artículo, donde el sujeto activo obra con intención de lograr la fuga del mismo, intención que se ve traducida en un favorecimiento.⁵⁷

56. Cfr. Núñez, Ricardo C., *op. cit.*, T. VII; p. 196; Creus, Carlos, *op. cit.*, T. II, p. 356; Laje Anaya, Justo, *op. cit.*, T. III, p. 241; Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, T. III, p. 541; Breglia Arias, Omar / Gauna, Omar, *op. cit.*, T. II, p. 769, entre otros.

57. En este sentido, la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Córdoba, en el marco de los autos “Ferreyra José Mario s/ evasión culposa”, del 24/11/93, sostuvo: “El art. 281, última parte C. Penal, castiga al funcionario que por negligencia dé lugar a la evasión, esto es, al que observa una conducta descuidada con respecto a la obligación de asegurar la continuidad del sometimiento. Es decir la división de cuidados que se deben poner para que no cese el estado de privación de quien así se halla. No se debe hablar de esa forma culposa en una verdadera ayuda para la fuga, pues quien facilita una fuga poniendo todas las condiciones y allanando todos los obstáculos para que pueda consensuarse, realiza una conducta activa que rebasa la más grave negligencia y contiene el dolo exigido por el art. 281 C. Penal” (*Infojus*, sumario N° RO014432).

La causación de la evasión tiene que ser consecuencia de un obrar negligente;⁵⁸ este debe ser interpretado como una omisión o falta de la diligencia debida en la situación que se está afrontando, es decir, “no realizar algo que la prudencia indica hacer”.⁵⁹ En orden a ello, corresponde aclarar que lo reprochado por la norma no es la simple negligencia en el cumplimiento del deber, si ella no ha lesionado al bien jurídico tutelado -que en los tipos culposos se revela con la producción de un daño en aquel-. En ese caso, dicha conducta bien puede ser merecedora de una sanción administrativa, mas no penal. Afloran como ejemplos de conductas negligentes el no cerrar con llave un calabozo, dormirse durante una guardia, no prestar la atención debida por parte de quien cumple la función de vigilancia en los muros perimetrales.

Sólo el obrar negligente se encuentra reprobado por la norma -lo cual surge de su texto-; de esta forma, las restantes modalidades propias de los tipos culposos, como ser la imprudencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo -enunciadas, entre otros, en el artículo 84 del Código Penal, donde se contempla el homicidio culposo- no son de aplicación a esta figura. Amén de ello, no puede desatenderse la opinión puesta de resalto por Carlos Creus, quien estima que dichas formas de culpa “sólo pueden convertirse en típicas cuando impliquen negligencia; de lo contrario, se las podrá punir a través de la violación de los deberes de funcionario público cuando se hayan originado en un obrar doloso, pero no serán el favorecimiento culposo...”⁶⁰

Entre la conducta negligente y la evasión de la persona privada de la libertad debe mediar una relación de causalidad,⁶¹ de modo tal que ella sea consecuencia directa de aquella, o si se quiere, que sin la conducta

58. El Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos sentenció: “El guardiacárcel que hallándose en servicio de guardia la abandona o se entrega al reposo, incurre en el delito previsto en el art. 281, segunda parte del CP, si esa circunstancia la aprovecha un preso para evadirse” (Cfr. Rubianes, Carlos J., *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, Buenos Aires, Depalma, 1966, T. II, p. 1372).

59. Marín, Jorge Luis, *op. cit.*, p. 104.

60. Creus, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires, Astrea, 1981, p. 586.

61. Ver en este sentido el pronunciamiento dictado por el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos en fecha 07/11/47 (*La Ley*, 49-693). Ver también en este sentido, Acosta, Daniel F., *Tratado de la culpa en el Derecho Penal*, Rosario, Juris, 2007, p. 558.

verificada, el resultado lesivo del bien jurídico protegido no se hubiese producido de la forma como sucedió.⁶² Retomando con los ejemplos antes expuestos, si el encargado de los calabozos no los cierra con llave, y se verifica una fuga, determinándose con posterioridad que esta tuvo como epicentro un túnel excavado en uno de los extremos del calabozo, dicha conducta, si bien negligente en cuanto no cumplió con una manda elemental -de cerrar con llave-, no fue la causa motora de la posterior evasión. En este caso, el agente podría ser sancionado administrativamente por no haber puesto la diligencia debida en la función que cumple, pero como la misma no ha sido causa determinante del escape de los detenidos, deviene atípica a la luz de la norma en estudio.

Diversa sería la resolución del ejemplo antes visto si la evasión se hubiese producido como consecuencia de aquel obrar descuidado -los detenidos salen por la puerta que se encontraba sin llave-; en este caso, al constatarse una relación de causalidad entre la conducta negligente -violatoria de un deber objetivo de cuidado- y el resultado, cual es la fuga de los detenidos, bien se podría afirmar la presencia de una conducta con relevancia típica.

4.1.2. Sujeto del delito

La calidad de sujeto activo de este delito le corresponderá exclusivamente a quien revista la condición de funcionario público -delito especial propio-. En torno a ello, se ha sostenido que “se tratará de quien tiene la guarda o cumple funciones en el lugar, o quien tiene funciones de ordenar qué sucede con la detención o sus modalidades, incluido el juez”.⁶³ De esta forma, aflora la necesidad de una vinculación entre el funcionario público y la persona privada de la libertad, lo que implica que el primero tendrá cuanto menos el deber de mantener la situación en la cual se encuentra la persona y en la que debe continuar privada de la libertad.

62. En este sentido se pronunció también la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, en el marco de los autos “Castro, Luis”, del 27/05/94. Núñez por su parte, si bien admite la necesidad de la relación causal, sostiene respecto a ello que “la negligencia del funcionario que haya constituido uno de los factores del proceso causal de la evasión, facilitándola, aunque sin ella también se hubiera producido...” (Núñez, Ricardo C., *op. cit.*, T. VII, p. 196).

63. Molinaro, Alfredo J., *op. cit.*, p. 444.

Resultan por demás claras las apreciaciones brindadas por Justo Laje Anaya, quien refiere que “será difícil, pues, concebir que un funcionario totalmente ajeno pueda ser autor de este delito. No se requiere, a la inversa, que el agente se halle encargado de la custodia personal para que el detenido se evada (por ej., el policía que permanece junto al procesado enfermo que guarda cama en un hospital). Es suficiente que el sometido esté a cargo o bajo su responsabilidad, aunque no tenga su custodia directa o su conducción”.⁶⁴

Tomando en cuenta lo expuesto, se puede afirmar que podrán serlo los efectivos policiales, penitenciarios, de gendarmería, prefectura naval argentina, o incluso, magistrados y funcionarios judiciales.⁶⁵

En lo que respecta al sujeto pasivo, resulta ser el Estado tal como se indicara al tratar el delito de evasión, siendo de aplicación -en este caso- las consideraciones allí expuestas, y a las cuales corresponde remitirse, claro está, con las diferencias propias del presente.

4.2. Consumación y tentativa

La consumación en este delito está signada por la concreción de la evasión por parte de la persona privada de la libertad, siendo este el resultado requerido por la norma. Al ser la presente una figura culposa, sin la producción de dicho resultado, la conducta del sujeto activo deviene atípica. Con ello se pone de resalto que si el detenido o condenado no logra superar los límites de la restricción de libertad propios de la situación que le toca afrontar -sea en un lugar de encierro, mientras es trasladado, o incluso, si se encuentra en la vía pública-, el obrar negligente del funcionario público no logrará adquirir relevancia penal, o cuanto menos, en virtud a la infracción del precepto en estudio.

En orden a ello, bien puede traerse a colación lo resuelto por la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos “Superintendencia de Investigaciones de Policía”, resuelta el 5 de febrero del año 2004, apreciándose en él que: “Si el imputado -jefe de

64. Laje Anaya, Justo, *op. cit.*, T. III, p. 242.

65. Por su parte, Creus considera que no revisten la calidad de sujetos activos del delito quienes antirreglamentariamente asumen de hecho la custodia de los detenidos, poniendo como ejemplo de ello, el caso de los empleados de un juzgado, mientras reciben declaraciones (Cfr. Creus, Carlos, *Delitos...*, *op. cit.*, p. 587).

servicio a cargo de la alcaidía de Superintendencia de investigaciones de la PFA- procedió a la libertad de un imputado detenido a disposición de varios tribunales al recibir un oficio en el que se otorgaba la libertad ‘en lo que a esos actuados respecta’, pero se dejaba expresa constancia que estaba detenido a disposición de un juzgado de menores, su obrar ha sido negligente al no haber verificado debidamente los alcances de la libertad ordenada, lo que facilitó la evasión del detenido. En consecuencia, debe homologarse el auto que dispuso el procesamiento del imputado en orden al delito de favorecimiento culposo de evasión (artículo 281, segundo párrafo del Código Penal)”.⁶⁶

Resulta pacífica la opinión de que dicha figura -al igual que las otras de la misma especie plasmadas en el Código Penal- no son pasibles de tentativa.⁶⁷

En lo que respecta a la autoría y participación criminal en los delitos culposos, se ha sostenido con acierto que “sólo se puede participar en la autoría dolosa, porque en la culposa, todo el que pone una causa para un resultado es autor. No es posible la participación culposa en delito doloso ni la participación dolosa en delito culposo”.⁶⁸ Dichos postulados han sabido ser receptados por la jurisprudencia nacional en lo que a este delito en particular concierne.⁶⁹

66. Cfr. *Infojus*, sumario N° G0021590.

67. Ver sobre los aspectos culposos en general y la tentativa en esta especie de delitos -que resultan de aplicación a dicha figura-, Terragni, Marco Antonio, *El delito culposo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 175 y ss. Sobre el particular de este delito, Laje Anaya, Justo, *op. cit.*, T. III, p. 242.

68. Zaffaroni, Raúl Eugenio / Alagia, Alejandro / Slokar, Alejandro, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 614. Por su parte, Carlos Creus, sobre el particular de este delito, sostuvo que “de las distintas formas de participación admite la coautoría” (Creus, Carlos, *Delitos...*, *op. cit.*, p. 587).

69. En este sentido, se enmarca lo resuelto por la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos “Bravo, Mario A. y otro”, del 08/07/05; en dicho precedente -en lo que interesa- se sostuvo: “En principio, es necesario destacar que si bien el art. 58, Reglamento General de Procedimientos con Detenidos refiere que el oficial jefe de servicio está obligado a ejercer una constante fiscalización sobre la situación de los detenidos y en la tarea que cumplen sus custodios, lo cierto es que en el presente caso no se advierte que Bravo haya violado el deber objetivo de cuidado. Ello, porque no resulta acertado pretender que el nombrado responda por las consecuencias que trajo aparejadas la conducta negligente del sargento de guardia, suboficial auxiliar

5. QUEBRANTAMIENTO DE INHABILITACIÓN

Artículo 281 bis: “*El que quebrantare una inhabilitación judicialmente impuesta será reprimido con prisión de dos meses a dos años*”.

5.1. Bien jurídico protegido

En el caso de la figura contenida en el artículo, el bien jurídico protegido también debe situárselo en el normal desenvolvimiento de la Administración de Justicia; dentro de ella -y más específicamente hablando- se sitúa en el normal acatamiento de las decisiones impuestas por los órganos jurisdiccionales. La razón de ser de una decisión, es que ella sea cumplida y acatada por parte de los destinatarios; de no suceder ello, se desvirtúa y pierde su significación como tal.

La consecuencia principal de tal desatención está dada por la pérdida del crédito que debe reposar en los Órganos de la Administración de Justicia. En este caso, se tratará del quebrantamiento de una inhabilitación -impuesta mediante una decisión jurisdiccional-, la cual puede asumir el carácter de pena única o conjunta, especial o absoluta -dependiendo ello del supuesto que se trate-, según los alcances previstos en los artículos 19 y 20 del Código Penal.

Su incriminación como delito, según Edgardo Alberto Donna, “está en que, al existir la inhabilitación como pena, su efectividad, salvo el caso del funcionario público, resultaba ilusoria, al decir de Fontán Balestra y Millán, si no existiera protección para su incumplimiento, ya que, de lo contrario, no existiría una sanción específica penal”.⁷⁰

5.2. Tipo objetivo

5.2.1. Concepto y acción típica

La conducta reprochada por la norma consiste en quebrantar una inhabilitación impuesta por un órgano jurisdiccional. El verbo típico quebrantar, debe ser interpretado -a los efectos del artículo- como una acción que vulnera, avasalla, no acata o incumple una pena dispuesta

Manuel A. Rosas, toda vez que de sostenerse lo contrario, se estaría extendiendo los alcances de la punibilidad de manera contraria al principio de culpabilidad”. Como corolario de ello, se resolvió desvincular del proceso al imputado Bravo, Mario A.

70. Donna, Edgardo Alberto, *Delitos contra la Administración Pública*, op. cit., p. 570.

judicialmente.⁷¹ Dicho proceder se configura cuando el agente lleva adelante aquella actividad que la justicia le vedó realizar, o en su caso, excede los límites impuestos, si la inhabilitación se refiere sólo a una porción de las actividades que se encontraba facultado para realizar.

Para la configuración del tipo se debe quebrantar una pena de inhabilitación; dicha clase de sanción se encuentra prevista en el artículo 5 del Código Penal, y comprende la privación del ejercicio ciertos derechos que otrora reposaban en cabeza del condenado; esta puede ser *absoluta*, implicando la restricción de “un conjunto preestablecido y típico de derechos y que atiende en parte a razones de prevención (artículo 19, incisos 1 y 3), y en parte razones de indignidad (artículo 19, incisos 2 y 4)”,⁷² o *especial*, la cual se vincula “por regla, a sólo uno de los varios que la ley enumera (cargo o empleo, profesión, derecho)”.⁷³ Tales penas se pueden hacer presentes de forma principal,⁷⁴ accesoria,⁷⁵ única⁷⁶ o conjunta,⁷⁷ disponiéndose de manera temporaria⁷⁸ o perpetua.⁷⁹

El incumplimiento de los efectos que conlleva esta clase de penas es la que le interesa a la figura en estudio, variando estos en virtud de los delitos por los cuales se impusiera. Para su mejor comprensión, basta con realizar una lectura en los delitos reseñados en las notas que anteceden.

Teniendo en cuenta ello, cabe afirmar que la sanción -pena- de inhabilitación que se quebrante debe haber sido impuesta “por un órga-

71. La Cámara de Apelaciones Criminal y Correccional de Pergaminos, en el marco de los autos “Aldo Armellini s/ Infracción art. 281 bis C.P.”, del 23/06/94 sostuvo: “El delito de quebrantamiento de inhabilitación judicial consiste en la actitud de renuencia a la abstención de desarrollar la actividad para la cual la persona estaba inhabilitada”.

72. De La Rúa, Jorge, *Código Penal Argentino, Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 271. Ejemplos de esta clase de pena se pueden apreciar en el artículo 273 del Código Penal.

73. *Ibidem*, p. 280. Una muestra de este tipo de pena se aprecia en el artículo 86 del Código Penal.

74. Es el caso de los artículos 260 y 264 del Código Penal.

75. Dicho supuesto se aprecia en el artículo 94 del Código Penal.

76. Prevé dicha pena el artículo 274 del Código Penal.

77. Ejemplo de ello se puede encontrar en el artículo 174, incisos 4, 5 y 6 del Código Penal.

78. Se halla receptada en el artículo 266 del Código Penal.

79. Dicha pena es la que corresponde a los artículos 257 y 258 bis del Código Penal.

no jurisdiccional y en función jurisdiccional”,⁸⁰ ya sea de la Nación, las Provincias o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lo cual también es sostenido por la jurisprudencia, afirmándose en este sentido que “el artículo 281 bis del Código Penal sólo tipifica penalmente como delito la conducta de aquel que quebrantare una inhabilitación impuesta por instancia perteneciente al Poder Judicial”.⁸¹ Carlos Fontán Balestra ha sido uno de los doctrinarios que supo sostener tal postura; dicho autor encontraba su fundamento en la nota del artículo 330 del Proyecto de Código Penal de 1960 -también conocido como “Proyecto Soler”-, el cual resultaba ser antecedente directo del precepto en comentario. En ella se hacía una remisión al artículo 234 del Código Penal italiano, y se marcaba una diferencia entre aquel y el precepto nacional, afirmándose: “no satisfacen la exigencia legal las interdicciones o inhabilitaciones impuestas por autoridad administrativa o de colegios profesionales. En este aspecto el Código argentino es más restringido que el italiano”.⁸²

Lo expuesto trae aparejado que no constituirán infracciones al precepto en cuestión el quebrantamiento de aquellas sanciones de carácter administrativo -como ser las dispuestas por los Juzgados de Faltas Municipales-⁸³ o disciplinarias -impuestas por los Colegios Profesionales a sus matriculados-⁸⁴ que importen una inhabilitación para el ejercicio de deter-

80. Buompadre, Jorge Eduardo, *Delitos contra la Administración Pública*, op. cit., p. 553. Ver también en este sentido, Rodríguez, Agustín Washington / Galetta de Rodríguez, Beatriz, *Delitos contra la Administración Pública, -delitos especiales 2-*, Rosario, Juris, 2002, p. 127.

81. Superior Tribunal de Justicia de Santa Cruz, en el marco de los autos “Cárdenas, Juan Carlos s/ quebrantamiento de inhabilitación en concurso ideal con desobediencia”, Expte. c-504/05 TSJ s/ Recurso de Casación, del 01/08/06.

82. Fontán Balestra, op. cit., T. VII, p. 429.

83. En este sentido, la jurisprudencia supo afirmar: “No constituye quebrantamiento de inhabilitación en los términos del art. 281 bis del Código Penal el quebrantamiento de inhabilitación para conducir impuesto por el Juzgado Municipal de Faltas esto en razón que la Justicia Municipal de Faltas no integra el Poder Judicial y por lo tanto no constituye una instancia jurisdiccional independiente de la administración ejecutiva municipal...” (Superior Tribunal de Justicia de Santa Cruz, en el marco de los autos “Cárdenas, Juan Carlos s/ quebrantamiento de inhabilitación en concurso ideal con desobediencia”, Expte. c-504/05 TSJ s/ Recurso de Casación, del 01/08/06).

84. En lo que a ello respecta, puede traerse a colación lo sostenido por la Sala III del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en el marco de los autos “N., M. s/ Recurso de Casación”, causa n° 47669, del 02/12/11: “en definitiva el Colegio Público

minados derechos.⁸⁵ Idéntico temperamento corresponde adoptar en lo concerniente a las decisiones dictadas por órganos jurisdiccionales, que actúan en grado de alzada respecto de pronunciamientos administrativos;⁸⁶ un ejemplo de ello se puede apreciar en lo normado por los incisos 3 y 4 del artículo 24 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, en los cuales se establece que el Juez en lo Correccional conocerá en carácter originario y de alzada respecto de faltas o contravenciones municipales, policiales o administrativas, según lo dispongan las leyes pertinentes, como así también en la queja por denegación de los recursos en ellas previstos.

Sin embargo, un sector de la doctrina se manifiesta de forma diversa afirmando que también quedan incluidas las penas de inhabilitación judicialmente impuestas en virtud de contravenciones;⁸⁷ por su

de Abogados no es una asociación (artículo 14 de la Constitución Nacional) que se integra con la adhesión libre y espontánea de cada componente, sino una entidad destinada a cumplir fines públicos que originariamente pertenecen al Estado y, que este por delegación circunstanciada normativamente, transfiere a la institución que crea para el gobierno de la matrícula y el régimen disciplinario de todos los abogados..." (CSJN, Fallos: 315:1830, "Colegio Público de Abogados c/ Benjamín Martínez Echenique", sent. del 01/09/92). En este orden de ideas, y ya en lo que hace al ámbito de la Provincia de Buenos Aires, se impone la invocación de la Ley N° 5177, cuyo artículo 19 (incisos 1 y 3) pone en cabeza de los Colegios de Abogados departamentales no sólo el gobierno de la matrícula de los abogados, sino también el poder disciplinario sobre ellos. Asimismo, su artículo 24 encomienda y obliga a tales instituciones a fiscalizar el correcto ejercicio de la función de abogado y el decoro profesional confiriéndole, a dichos efectos, el poder disciplinario que deben ejercitar sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales concomitantes, así como de las medidas sancionatorias que puedan aplicar los magistrados judiciales".

85. Sobre el tópico, la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, el marco de los autos "Lucero Funes, Guillermo R.", del 16/06/95, afirmó: "El posterior control que realizara la Excma. Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo sobre la sanción de inhabilitación impuesta a un abogado por el Tribunal de disciplina del Colegio Público de Abogados, no transforma "per se" a aquella en la judicialmente impuesta, que exige el art. 281 bis del CP pues su función es constatar la legitimidad de la sanción y verificar que durante el procedimiento no se haya vulnerado el derecho de defensa en juicio, por lo que el hecho de haber sido quebrantado el cumplimiento de tal sanción, no configura el delito previsto y reprimido por dicha norma legal". También en este sentido, Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos "Perales, Susana L.", del 17/03/11.

86. Ver en este sentido, Donna, Edgardo, *Delitos...*, *op. cit.*, p. 571.

87. Propugna ello Laje Anaya, Justo, *op. cit.*, T. III, p. 243. También Núñez, Ricardo C., *Análisis de la Ley 21.338*, Córdoba, Lerner, 1976, p. 147.

parte, Carlos Creus va aún más allá sosteniendo que quedarían comprendidas las inhabilitaciones dispuestas con motivo de la aplicación de leyes civiles, comerciales y administrativas, siempre que ellas hayan tenido su origen en una relación jurisdiccional.⁸⁸

La sentencia que imponga la pena de inhabilitación deberá encontrarse firme,⁸⁹ es decir, haber pasado en autoridad de cosa juzgada al momento de constatarse la conducta reprochada, ya que de lo contrario no podría hablarse de una persona inhabilitada.⁹⁰ Recién con posterioridad a dicho estadio procesal, las conductas que no acaten las restricciones de derechos impuestas podrían encuadrar en el tipo del artículo 281 bis del Código de Fondo.⁹¹

5.2.2. Sujetos del delito

El rol de sujeto activo de este delito le corresponderá a quien haya sido inhabilitado -en alguna de las modalidades enunciadas en el Código Penal- en virtud de una pena dictada con motivo de un delito y por autoridad judicial competente. La misma, como antes se enunciara, se tendrá que encontrar firme; de esta forma, no podrá considerarse sujeto activo al agente que lleve adelante el ejercicio de derechos que le han sido vedados en virtud de una pena, si el pronunciamiento pertinente se encuentra en

88. Cfr. Creus, Carlos, *Delitos...*, *op. cit.*, p. 589. Comparten dicha tesis, Estrella, Oscar Alberto / Godoy Lemos, Roberto, *Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, T. III, pp. 526-527. Breglia Arias y Gauna consideran que la inhabilitación judicialmente impuesta puede ser tanto penal como civil (Breglia Arias / Gauna, *op. cit.*, T. II, p. 770).

89. Ello también es propugnado por Edgardo Alberto Donna (Donna, Edgardo A., *Delitos...*, *op. cit.*, p. 572), Jorge E. Buompadre (Buompadre, Jorge E., *Delitos...*, *op. cit.*, p. 555), entre otros.

90. La Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos "Mooney, Guillermo R. s/ Quebrantamiento de inhabilitación", del 22/10/91, supo sostener: "Los actos profesionales llevados a cabo por quien se encontraba inhabilitado por una sentencia penal que había sido recurrida de hecho ante la Corte son atípicos, pues no pudiéndose predicar que se trate de una resolución firme no es susceptible su quebrantamiento". En contra, Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala II, en el marco de los autos "Peluso, Ricardo A.", del 11/06/91.

91. En contra, Carlos Creus, para quien no es necesarios que la inhabilitación provenga de una sentencia, admitiendo aquellas emergente de decisiones provisionales (Creus, Carlos, *Delitos...*, *op. cit.*, p. 589).

período de notificación, o de haberse notificado personalmente, aún se encuentra dentro de los plazos -de conformidad a los códigos de forma- para deducir una impugnación contra el decisorio en cuestión.

Teniendo en cuenta ello, bien puede afirmarse que nos encontramos ante un delito de propia mano, ya que sólo pueden “ser cometidos por el autor realizando personalmente la acción típica”.⁹²

En lo que respecta al sujeto pasivo, corresponde hacer la siguiente distinción. Dicha calidad le corresponderá -habida cuenta el bien jurídico delimitado, la administración de justicia, traducida en el normal acatamiento de sus decisiones- al Estado, principal afectado con el desplegar ilícito, no debiendo confundirse ello con los eventuales perjudicados resultantes del desplegar ilícito llevado a cabo, ya que estas podrán adquirir el mentado rol, pero no serán consideradas sujetos pasivos.

La diferenciación efectuada cobra importancia en el marco procesal penal, ya que al instruirse un sumario con motivo de este delito, sólo podrán ostentar el rol de querellante⁹³ o particular damnificado⁹⁴ los representantes designados por el Estado, principal ofendido con motivo del mismo y, como consecuencia de ello, asumir la calidad de parte en el proceso con los derechos y facultades que le son reconocidas por los ordenamientos procesales. Sin perjuicio de ello, las personas que resulten perjudicadas, fruto del quebrantamiento de una pena de inhabilitación, podrán comparecer a proceso, asumiendo la investidura de actor civil,⁹⁵ y solicitar en el marco de aquel la correspondiente pretensión resarcitoria por los padecimientos sufridos, o en su caso, ejercer dicha pretensión ante el fuero correspondiente.

En el caso de verificarse un concurso -ideal, artículo 54 del Código Penal- con otra figura penal -por ejemplo, lesiones culposas u homicidio culposo-, quien resulte ofendido en aquel podrá asumir el rol de querellante o particular damnificado, habida cuenta del diverso bien jurídico que se vio afectado con el desplegar ilícito.

92. Zaffaroni, Alagia y Slokar, *op. cit.*, p. 614.

93. Ver nota n° 29.

94. Ver nota n° 30.

95. Ver nota n° 31.

5.3. Tipo subjetivo

El presente resulta ser un delito doloso, siendo necesario que el autor conozca la situación de inhabilitación en la cual se encuentra, es decir, que ha sido condenado a aquella clase de pena, lo que ello implica -privación del ejercicio de una clase determinada de derechos, que antes podía ejercer-, y que la misma se encuentre firme. Asimismo, es necesaria la voluntad de llevar adelante la conducta descrita en el tipo penal.

De esta forma, bien puede afirmarse que el dolo requerido por la figura no es otro que el directo,⁹⁶ debiendo descartarse la necesidad de motivaciones particulares que guíen el proceder del sujeto activo.

El error en cuanto al conocimiento de los elementos del tipo objetivo hace plenamente aplicable las reglas concernientes al error de tipo, y por lo tanto, elimina el dolo; en lo que a ello respecta, la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, en el marco de los autos “Coronado, Enrique M.,” resuelta el 14 de febrero del año 2003, supo sostener -en relación al proceder desplegado por un abogado- que: “Así, puede afirmarse que el incuso ha actuado dolosamente al encontrarse inhabilitado mediante sentencia firme para ejercer la profesión de abogado, libre de error que le haya impedido conocer los elementos del tipo del artículo 281 bis del Código Penal, en cuanto al quebrantamiento de dicha inhabilitación. Ello toda vez que no se trata de una notificación sino de un largo proceso en que el imputado conocía su situación, de modo que la invocación al error no tiene fundamento”.⁹⁷

5.4. Consumación y tentativa

La consumación de este ilícito debe situársela en el momento en el cual el sujeto activo realiza la conducta que implica quebrantar la inhabilitación que a su respecto pesaba, o a mejor decir, realiza lo que no podía realizar. Es el inhabilitado quien debe protagonizar un hacer activo

96. Comparten ello -entre otros- Donna, Edgardo A., *Delitos...*, *op. cit.*, p. 573; Levene, *op. cit.*, p. 591; D'Alessio, Andrés, *op. cit.*, p. 942; y Villada, Jorge Luis, *op. cit.*, p. 201. Carlos Creus, afirma que no es indispensable el dolo directo, siendo suficiente el eventual (cfr. Creus, Carlos, *Delitos...*, *op. cit.*, p. 591). Por su parte, Estrella y Godoy Lemos sostienen que el delito “es de dolo directo y aun eventual” (Estrella / Godoy Lemos, *op. cit.*, p. 527).

97. De similar forma se ha pronunciado la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, en el marco de los autos “Callieri, Luis Miguel”, del 29/02/08.

dirigido a desatender la prohibición; en torno a ello, y como bien lo señala Carlos Creus, no configura la exigencia requerida en el tipo “la recepción pasiva del comportamiento de un tercero, que importe la asignación de un derecho para cuyo ejercicio se está inhabilitado, mientras quien se encuentra en tal circunstancia no lo ejerza efectivamente”.⁹⁸ Asimismo -y vinculado con lo expuesto-, cabe afirmar que no es necesaria la producción de un determinado resultado, siendo suficiente la mera actividad que no acata la interdicción impuesta.

Dependiendo de la especie de inhabilitación sufrida por el sujeto activo -y las características de la conducta llevada adelante por este-, el delito podrá ser considerado de consumación instantánea o permanente. Así, nos encontraríamos en el primer supuesto, si respecto del agente operaba una inhabilitación para ejercer el derecho de sufragar en elecciones; mientras que podría asumir carácter permanente si el autor, encontrándose inhabilitado para ejercer cargos públicos, asume en uno. En el primer ejemplo, el delito se consume con el sufragio prohibido -luego del cual se agota el mismo-, mientras que en el otro caso, el perfeccionamiento debe situárselo con la asunción del cargo para el cual había sido propuesto -con el correspondiente juramento o toma formal de posesión- y sus efectos se prolongarán mientras el autor continúe ejerciendo el cargo y hasta tanto renuncie o sea suspendido.

La jurisprudencia le ha sabido asignar efectos permanentes a la figura en cuestión, sosteniendo al respecto que: “...en función de la naturaleza y características del hecho atribuido, con arreglo a la descripción aludida, la actuación de (...) como letrado defensor pese a encontrarse inhabilitado para ello, lleva a concluir en que se está en presencia de un delito de carácter permanente. Justamente, la nota de permanencia en la actuación como letrado defensor de (...) ya fue señalada por esta Sala cuando se dictó el procesamiento del nombrado en otro proceso”.⁹⁹

En lo vinculado a la posibilidad de que el mismo quede en grado tentado, Edgardo Alberto Donna y Justo Laje Anaya se pronuncian de forma afirmativa, brindando el segundo de los nombrados ejemplos donde

98. Creus, Carlos, *Delitos...*, *op. cit.*, p. 589.

99. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, en el marco de los autos “Callieri, Luis Miguel”, del 20/05/09.

ello podría suceder, pudiendo traerse a colación el caso de un inhabilitado para votar, que cuando se apresta a ingresar al cuarto oscuro con el sobre en la mano para sufragar, es impedido de realizar ello.¹⁰⁰

Teniendo en cuenta las características de este delito, este no es posible de coautoría -delito de propia mano, lo que importa que sólo lo pueda cometer el inhabilitado-; sin perjuicio de ello, admite la posibilidad de participación en el desarrollo de la conducta descrita en la norma, bajo una división de las tareas en la empresa criminal.

6. REFLEXIÓN FINAL E IMPLICANCIAS DE LAS FIGURAS EN EL PROCESO PENAL

Luego de desarrolladas las figuras de “evasión”, “favorecimiento de evasión” y “quebrantamiento de inhabilitación”, bien se puede afirmar que han sido objeto de tratamiento todos aquellos aspectos necesarios para su correcta comprensión. Así, han sido materia de delimitación las conductas descriptas en las normas -con su debida significancia en el campo jurídico-, y qué características deben reunir los sujetos que las lleven adelante; fueron delimitados los tipos objetivos y subjetivos de las figuras explicándose los elementos que deben hacerse presente -en el primero de los casos-, como así también el conocimiento y voluntad que deben guiar el actuar del sujeto activo -en el segundo-, con la salvedad propia del tipo culposo expuesto; fueron motivo de análisis los aspectos vinculados al momento consumativo, pluralidad de actores y posibilidad de que las mismas queden en grado de tentativa.

Dicho cometido se nutrió de casos traídos a la luz -fruto de los precedentes jurisprudenciales- que permitieron realizar una correcta interpretación de las normas en estudio, a la par de generar una importante amalgama entre la teoría y la práctica, puntos que muchas veces suelen encontrarse distantes.

Como puede apreciarse en el desarrollo del trabajo -y avisorado en la introducción-, existe una “*particularidad*” que las diferencia de otras contempladas en el Código Penal: una previa intervención judicial, o cuanto menos, en el caso de la figura de evasión, una actuación prevencional de las

100. Cfr. Donna, Edgardo A., *Delitos...*, op. cit., p. 574; Laje Anaya, Justo, op. cit., T. III, p. 245.

fuerzas de seguridad -cuya razón de ser se encuentra en el acaecimiento de un hecho ilícito-. Por ello, estos delitos denotan -en el sujeto activo- una clara voluntad dirigida a desatender la manda de diversos preceptos legales. Repárese en el caso que un individuo que se halla aprehendido por la comisión del delito hurto; al ser conducido por las fuerzas policiales en un móvil -mediante el empleo de fuerza o violencia- se fuga de este. En dicha instancia, nos encontraremos ante un concurso real de delitos,¹⁰¹ instancia que supone una eventual acumulación de procesos conforme la normativa de forma.¹⁰²

Sin perjuicio de ello, no puede desatenderse qué conductas de ese estilo atentan contra los fines del proceso, afirmación que encuentra previsión en los distintos códigos de procedimiento en lo penal, traducéndose en normas que exigen merituar comportamientos como los expuestos en el anterior ejemplo. Las mismas son valoradas en la oportunidad de imponerse una medida de coerción personal -como puede ser la detención o prisión preventiva-; pero también al momento de evaluarse una morigeración de los efectos del encierro cautelar -por ejemplo, al dictarse una prisión domiciliaria- o su eventual cese.

Revéase el ejemplo expuesto, pero esta vez a la luz del contenido de los artículos 169 a 172 del Código Procesal Penal de Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹⁰³ -por citar un Ordenamiento Procesal-; de esta for-

101. En el caso, siendo de aplicación lo normado por el artículo 55 del Código Penal.

102. Véase en este sentido los artículos 16 a 20 del Código Procesal Pena de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 41 y ss. del Código Procesal Penal de la Nación; 32 y ss. del Código Procesal Penal de Provincia de Buenos Aires, entre otros.

103. Dichos preceptos estatuyen; artículo 169: “Las únicas medidas de coerción admisibles serán las autorizadas por este Código, su carácter será excepcional y durarán el tiempo mínimo razonable dentro de los máximos previstos por la ley. La libertad ambulatoria del imputado sólo podrá limitarse en caso de peligro de fuga o entorpecimiento del proceso”; artículo 170: “Se entenderá que existe peligro de fuga cuando la objetiva valoración de las circunstancias del caso, los antecedentes y circunstancias personales del / la imputado/a permitan sospechar fundadamente que intentará substraerse a las obligaciones procesales. Se tendrán en cuenta especialmente las siguientes circunstancias: 1) Arraigo en el país determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajos y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. La falsedad o la falta de información al respecto constituirá presunción de fuga. 2) La magnitud de la pena que podría llegarse a imponer en el caso. Se tendrá en cuenta especialmente la escala penal correspondiente al delito o concurso de delitos atribuidos que tuviese una pena máxima superior a los ocho años de privación de libertad y se estimase fundadamente que

ma, cobra mayor significancia lo sostenido en el párrafo precedente y permite comprender las hipótesis de *peligro de fuga* o *entorpecimiento procesal* que pueden generar dichos comportamientos, máxime que las figuras tratadas -con excepción del favorecimiento culposo de evasión- resultan ser figuras dolosas con todo lo que ello implica.

En pos de no generar interpretaciones contradictorias, cabe aclarar que lo sostenido no implica una presunción *iure et de iure*, sino tan sólo lo que es, una presunción de que el encausado pueda intentar eludir la acción de la justicia -o entorpecer el cumplimiento de sus fines-, pero en este caso basada en comportamientos propios que se encuentran estrechamente vinculados con un proceso anterior.

Así, delitos con escasa significancia en el campo penal -habida cuenta las escalas penales previstas en cada uno de ellos- dejan de serlo en el marco del proceso penal, al punto de habilitar una privación de la libertad en supuestos donde los códigos de procedimiento -partiendo de las penas en abstractos que contemplan- no la habilitarían.¹⁰⁴

en caso de condena no procedería la condena condicional. 3) El comportamiento del imputado durante el proceso, o en otro proceso, en la medida que indique su voluntad de no someterse a la persecución penal"; artículo 171: "Se entenderá que existe riesgo de entorpecimiento del proceso cuando la objetiva valoración de las circunstancias del caso, las características personales del / la imputado/a y el estado de la pesquisa, permitan sospechar fundadamente que la libertad del encausado pondrá en peligro la recolección de elementos probatorios, individualización y/o aprehensión de otros / as imputados / as o el normal desenvolvimiento del proceso"; artículo 172: "El/la Fiscal solicita al juez / jueza competente, por resolución fundamentada la detención del / la imputado/a cuando exista peligro de fuga o de entorpecimiento del proceso. Luego de haber intimado al imputado por el hecho, en el menor tiempo posible dentro de las veinticuatro horas deberá resolver sobre la libertad del detenido, en forma irrestricta o bajo caución, u otra medida restrictiva que no implique privación de libertad, con conformidad de la defensa o solicitar audiencia para que el tribunal resuelva la prisión preventiva. La audiencia podrá ser solicitada por la defensa en caso de disconformidad con la modalidad de libertad dispuesta por el/la fiscal".

104. Véase en este sentido el artículo 151 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, en especial los párrafos cuarto y quinto.

JURISPRUDENCIA

Culposa. Procesamiento. Favorecimiento de fuga en el marco de salidas transitorias otorgadas. Imputado que no se encontraba detenido en los términos del artículo 281 segundo párrafo del CP. Necesidad de determinar si existe alguna normativa o protocolo o de instrucciones que el personal penitenciario debe aplicar a situaciones en donde el imputado goza de salidas transitorias. Revocatoria. Falta de mérito para procesar o sobreseer al imputado.

Fallo: (...) El accionar negligente atribuido a los causantes habría tenido lugar en el marco de las salidas transitorias otorgadas a (...) el 16 de febrero de 2012 (...).

En esa oportunidad, se estableció que las salidas debían ser efectuadas bajo “tuición penitenciaria” a cargo de agentes penitenciarios no uniformados (artículo 16, incisos II “a” y III “a” de la Ley 24660), extremos a los que se agrega la resolución emanada de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal, que dispuso que debían realizarse sin esposas (...).

El marco descripto autoriza a sostener que la labor de los aquí imputados importaba un mero acompañamiento, tal como se extrae del punto 7 de la resolución que concedió el beneficio, que aludió al “... agente no uniformado que lo acompañará...”, y de la solicitud cursada a la Comisaría n° (...) de la Policía Federal Argentina (...), en función de “las características del lugar” y para “garantizar el normal desarrollo de la salida transitoria dispuesta judicialmente”.

Además, cabe destacar que, precisamente, las salidas transitorias (Ley 24660, art. 16 y ss.) suponen que el condenado goce, bajo determinadas condiciones, de libertad ambulatoria por períodos discontinuos (1).

Por tales motivos, bien puede entenderse que, en este contexto, (...) no se encontraba “detenido” en los términos a los que alude el artículo 281, segundo párrafo del Código Penal, inteligencia que conduce a inferir que la conducta endilgada resulta atípica según ese cuño legal, más allá de la expresión utilizada en aquella solicitud cursada a las autoridades policiales –“custodia”-, si se repara en que el tribunal que dispuso el

beneficio seleccionó el sistema de “tuición penitenciaria” y que, inclusive, entre las normas que (...) debía observar, se alude a la obligación de “concurrir y permanecer en el domicilio fijado” y de “respetar el trayecto establecido para trasladarse desde el complejo hasta el domicilio”.

No obstante lo expuesto y en el marco de los deberes que podían caberle al personal asignado, habrá de profundizarse la pesquisa en miras de requerir a la autoridad penitenciaria pertinente que informe sobre la existencia de alguna normativa o protocolo que pudiera ser aplicado a situaciones análogas a la aquí investigada o de instrucciones que aquellos debían observar específicamente en el caso.

De allí que los procesamientos dictados en la anterior instancia deban ser revocados y adoptar al respecto un temperamento expectante (artículo 309 del canon ritual).

En consecuencia, esta Sala RESUELVE: REVOCAR la resolución documentada (...) y DECRETAR que en la causa no existe mérito suficiente para procesar a (...), (...) y (...) ni para sobreseerlos en orden a los hechos por los que rindieron declaración indagatoria (art. 309 del Código Procesal Penal).

C. N. Crim. y Correc., Sala VII, Cicciaro, Divito, Scotto. (Sec.: Franco). c. 580.018.046/12, SANCHEZ, Héctor y otros. Rta.: 24/10/2013.

Se citó: (1) Marcos Salt, Los Derechos fundamentales de los reclusos en España y Argentina, Del Puerto, Bs. As., 1999, p. 243.

Entrega de rodado. Rechazo. Vehículo utilizado para llevar a cabo el hecho investigado. Dueño del bien que no reviste la calidad de imputado. Revocación. Restitución en el mismo carácter que lo detentara con anterioridad a lo investigado.

Fallo: (...) La doctrina establece que “El decomiso o comiso...es pena accesoria de carácter retributivo del artículo 23 del CP... que importa la pérdida para el delincuente...de los instrumentos del delito (instrumenta sceleris) y de los efectos del delito (producta sceleris). Así ocurrirá salvo la hipótesis de su pertenencia a un tercero no responsable [... dado que debe su imposición respetar el principio de identidad entre el autor del delito y el condenado evitando comprometer en el castigo la inocente situación de terceros ajenos al hecho, hipótesis que importaría una violación de la garantía consagrada por el art. 18 de la CN]...” (1).

Y que "...la pena no procedía en el caso de que los instrumentos o efectos pertenecieran a terceros no responsables. Al respecto, en un interesante artículo, Daniel Carrera, con su habitual claridad conceptual, comentando dos fallos de nuestro máximo tribunal elabora la siguiente conclusión: si el decomiso actúa como un castigo impuesto en su patrimonio a quien ha delinquido, debe recaer en cosas que le pertenezcan y, además, a cuyo respecto terceros inocentes no posean derechos legítimos, ya que lo contrario importa el quebrantamiento liso y llano de la personalidad de la pena. Esta en manera alguna puede alcanzar directamente el patrimonio de terceros no implicados..." (2).

De esta forma, teniéndose en cuenta que (...) no reviste la calidad de imputado (...) y que del título de fs. (...) surge que el vehículo pertenece al agraviado, ajeno al hecho, su restitución es procedente (3).

En consecuencia, el Tribunal RESUELVE: Revocar el auto de fs. (...) y disponer la restitución del automóvil (...), a (...) en el mismo carácter que lo detentaba con anterioridad. (...).

Lucini, Filozof, Pinto. (Sec.: Oberlander). 1120/2012_6 GASSMANN, Martín. 6/09/12 c. 1120/12. C. N. Crim. y Correc. Sala VI.

Se citó: (1) Navarro, Guillermo Rafael - Daray, Roberto Raúl "Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial". Hammurabi, José Luis Depalma Editor, Bs. As., 2004, Tomo 2, pág. 1298 y ss.; (2) DONNA, Edgardo Alberto, "Reformas Penales Actualizadas. Hasta la ley 26087", Editorial Rubinzal-Culzoni, 1ª edición, Santa Fe, 2006, pág. 81 y 82; artículo escrito por el Dr. Marcelo Alvero, en donde se citó a Carrera, Daniel "El decomiso del artículo 23 del Código Penal y el derecho de terceros inocentes. En la doctrina de la Corte Suprema de Justicia", en J.A. Doctrina 1972-290/2; (3) C. N. Crim. y Correc., Sala VI, c. 42.252, "E., M. A. y G., C. E. s/entrega de rodado", rta.: 8/9/11.

Quebramiento de inhabilitación judicial. Delito doloso. Artículo 281 bis del Código Penal de la Nación. Falta de notificación personal de la pena impuesta.

Hechos: la defensa apeló el procesamiento por el delito de quebrantamiento de inhabilitación judicial.

Fallo: (...) Compartimos el planteo de la defensa en cuanto a que la resolución deviene prematura pues, efectivamente, no surge del legajo

la notificación en forma personal a (...) que le dictara el Tribunal Oral en lo Criminal N° ..., mediante la cual se lo inhabilitara para conducir automotores por el plazo de ... años.

Cabe destacar que el tipo penal tratado corresponde a un delito doloso, el que exige el conocimiento cierto y efectivo por parte del autor de la pena impuesta, por lo cual corresponde revocar la resolución recurrida y..., a fin de constatar las circunstancias indicadas en el párrafo precedente.

..., el Tribunal RESUELVE: Revocar la resolución de fs. en todo cuanto fuera materia de recurso y dar cumplimiento a lo aquí dispuesto. (...).

Lucini, Filozof. (Prosec. Cam.: Carande). 37291_6 TORRES, Néstor Marcos. 26/05/09 c. 37.291. C. N. Crim. y Correc. Sala VI.

Quebrantamiento de pena. Procesamiento. Ausencia del elemento objetivo del artículo 281 bis del CP. Falta de condena judicial. Sanción administrativa. Tipicidad. Revocación. Sobreseimiento.

Fallo: (...) A juicio de esta alzada se encuentra ausente en el caso el elemento objetivo requerido por el tipo penal del artículo 281 bis del Código Penal, ello es la existencia previa de una pena de habilitación como consecuencia de una condena judicial (1).

Ello en tanto la decisión que derivó en la exclusión de la matrícula de la abogada (...) fue adoptada por el Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, y la posterior intervención de la Cámara en lo Contencioso Administrativo en los términos del artículo 47 de la Ley 23187, no modifica la naturaleza administrativa de dicha sanción.

En función de lo expuesto, corresponde revocar el auto fs. (...) y disponer el sobreseimiento de (...) en función del artículo 336, inciso 3 del código de procedimientos, haciendo mención que la formación de la presente causa no afecta su buen nombre y honor del que hubiere gozado, lo que ASÍ SE RESUELVE. (...).

Seijas, González. (Sec.: Daray).

195/11_4 PERALES, Susana L. 17/03/11 c. 195. C. N. Crim. y Correc. Sala IV.

Se citó: (1) Molinario y Aguirre Obarrio, Los Delitos, tomo III, 1ª impresión, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina S.A., 199, pág. 445 y D'Alessio Mauro A. Divito, Código Penal de la Nación, Comentado y Anotado, Tomo II, Parte Especial, Arts. 79 a 306, 2ª Edición Actualizada y Ampliada, La Ley 2009, pág. 1435.

CAPÍTULO 23
FALSIFICACIÓN DE SELLOS, TIMBRES Y MARCAS
ARTÍCULOS 288, 289 INCISO 1, 290 Y 291 DEL CÓDIGO PENAL

COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS 288, 289 INCISO 1, 290 Y 291 DEL CÓDIGO PENAL

Por Carlos A. Chiara Díaz* y Sebastián Gallino**

1. CONCEPTO. PRINCIPIOS BÁSICOS

El concepto de fe pública, bien jurídico que agrupa los delitos comentados, ha dado lugar a una extensa controversia en doctrina.

Filangieri, en el siglo XIX, fue el creador de esta categoría, que integró con los delitos que quebrantaban la confianza que se deposita en funcionarios o personas que desempeñan funciones públicas.¹

* Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL 1966 y 1982). Vocal del STJER desde 1998 y continúa Presidente del mismo en 1994/1995. Presidente de la Sala N° 1 de Procedimientos Constitucionales y Penal STJER en varios períodos –último 2016/2018–. Presidente y Vocal Honorable Jurado de Enjuiciamiento Provincia de Entre Ríos. Miembro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Director de Reforma Judicial desde 1995 en la Universidad Notarial Argentina. Profesor Titular por Concurso de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la UNL y de Derecho Público de la UNER. Director de la Especialización y Maestría en Derecho Penal de la Universidad de Belgrano (2004/2015). Profesor de Posgrado (UBA, UNNE, UMSA, Universidad Notarial Argentina y Católica de San Luis y Salta). Autor y Coautor de 67 libros jurídicos y de varias publicaciones vinculadas con la Administración de Justicia, el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal.

** Vocal a cargo del despacho de la Cámara de Gualeguay, Entre Ríos. Se inició como empleado en la carrera judicial. Fue Oficial Relator del TOC 3 de Capital Federal, Prosecretario Contratado del Juzgado en lo Criminal Federal 11 de CP, Secretario del Juzgado de Garantías 3 de San Isidro, Juez de Instrucción, cargo que se transformó en Juez de Transición y Garantías de la Ciudad de Nogoyá, Entre Ríos. Juez de Cámara a cargo del despacho del Tribunal de Juicios y Apelaciones de Gualeguay con asiento en Nogoyá. Especialista en Derecho Penal UNR. Ha publicado artículos y comentarios de Derecho Penal. Colaboradores en citas y jurisprudencia: Silvina Díaz Ortiz y María Andrea Cavagna.

1. Cfr. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, TEA, 8ª reimp. 1978, T. V, p. 280; Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot,

Inicialmente, no se distinguían los delitos contra la fe pública de los que “ofenden la propiedad mediante un fraude cualquiera”.² Luego, Carrara diferenció la fe privada, propia de la creencia en los contratos, permutas, operaciones y pactos con semejantes, de la fe pública, que emana de la autoridad estatuida por la sociedad civil y nace en los ciudadanos coasociados, sin que provenga “de los sentidos, ni del juicio, ni de las simples afirmaciones de un individuo, sino de lo prescrito por la autoridad que la impone”.³ La palabra fe, para Carrara, no se emplea en el sentido de fidelidad o de mantener un compromiso, sino en el de creencia o confianza.⁴

Para Pessina, la fe pública es “la fe sancionada por el Estado, la fuerza probatoria atribuida por él a algunos objetos o signos o formas exteriores”.⁵ Maggiore postula un concepto negativo de falsedad: “es lo que va contra la fe pública [...] ya no es el particular el que cree en otro particular, sino que es toda la sociedad la que cree en algunos actos exteriores, signos y formas, a las que el estado atribuye valor jurídico”.⁶ También encontramos cuestionamientos a la autonomía de la fe pública; Von Liszt expuso que lo común de las acciones falsarias es que recaen sobre el documento, por lo que constituyen el medio de ataque a otro bien jurídico.⁷

2ª edición actualizada por Guillermo A. C. Ledesma 1980, T. VII, p. 497; Millán, Alberto S., *Nuevo Régimen Penal del Cheque*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, p. 32, entre otros.

2. Cfr. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 281.

3. Cfr. Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal Parte Especial*, publicado originalmente como *Programma del corso di diritto criminale dettato nella Regia Università di Pisa*, en ediciones italianas 5ª de Lucca, 6ª de Firenze y 7ª de Lucca, Buenos Aires, Depalma, 4ª edición 1977, traducción al español realizada de José J. Ortega Torresmiembro de Número de la Academia Colombiana de la Lengua y correspondiente de la Real Academia Española- y Jorge Guerrero -Abogado y Doctor en Filosofía y Letras-, volumen VII, pp. 1-2 y ss.

4. Cfr. Carrara, Francesco, *op. cit.*, p. 4.

5. Cfr. Pessina, *Elementi di D.P.*, T. III p. 127; citado por Finzi, Marcelo, *I Reati Di falso*, 1ª 1908, 2ª parte 1920, Torino, Bocca; citado por Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 281.

6. Cfr. Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal Parte Especial delitos en particular*, Bogotá, Temis, 1955, volumen III, p. 508.

7. Cfr. Litsst / Schmidt, *Deutsches Strafrecht. Lehrbuch Des Deutschen Strafrechts*, 25, vollkommen durchgearbeitete undzun Teil ungestalte Auflage, Walter d Gruyter & Co. Verlag, Berlín / Leipzig, 1927, p. 739, citado por Villacampa Estiarte, Carolina, *La*

En nuestro país, Ramos consideró que las falsedades, por lo común, no terminan en la falsedad misma, sino que persiguen un fin distinto. Este fin puede estar dado por la apropiación de un bien patrimonial ajeno, saldar una deuda, la creación, o extinción dolosa de un derecho.

En consecuencia, por lo general la falsedad no configura un delito en sí, sino un medio para ejecutar otro.⁸

Por su parte, Soler sostiene que se trata de tutelar “las cosas, documentos y signos a los cuales el Estado vincula la idea de autenticidad y veracidad, y por otra parte, de tomar en cuenta la alteración de la verdad en la medida en que aparece como medio para causar ulteriores lesiones, induciendo a alguien a error acerca de un hecho en el cual fundará su juicio”.⁹

Núñez observó que el epígrafe del Título XII del Código Penal “no alude a delitos contra la plena fe legalmente otorgada, como sucede, *v. gr.*, con la moneda de curso legal, los títulos, cupones, bonos e instrumentos públicos, sino a delitos contra la confianza del público respecto de ciertos objetos o actos, cuya autenticidad o veracidad es necesario preservar por la función social que desempeñan”.¹⁰

Para Oderigo, se trata de “la confianza que el público, en general, deposita en la autenticidad, inmutabilidad y veracidad de determinados valores, signos o instrumentos, y que permite a estos circular, autenticar actos u objetos, o servir de prueba de un derecho. Tales funciones que hacen a la vida económica, política y jurídica del Estado, no podrían cumplirse debidamente si la persona a quien se entrega en pago una moneda, dudara de su cuño; la que negocia sobre un derecho, del instrumento que lo justifica en su forma o en su contenido, etc.”.¹¹

Falsedad Documental: Análisis jurídico-penal, p. 6, disponible en: http://www.tesisnaxarxa.net/TESIS_UdL/AVAILABLE/TDX-0203109-62212//TcveidE1.pdf, 3/03/2010 [consulta: 2 de diciembre de 2015].

8. Cfr. Ramos, Juan P., *Curso de Derecho Penal*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1938, T. 5, p. 291.

9. Cfr. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 282.

10. Cfr. Núñez, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal Parte Especial*, Córdoba, Marcos Lerner Editora, 1992, T. V, volumen II, pp. 201-202.

11. Cfr. Oderigo, Mario A., *Código Penal Anotado*, 3ª edición, Buenos Aires, Epifanio Romero, 1957, p. 406.

En opinión de Baigun-Tozzini, la fe pública responde a la confianza general que emana de los signos e instrumentos convencionales impuestos por el Estado con carácter obligatorio, y de los actos jurídicos que respetan formas materiales destinadas a los objetivos legalmente previstos. En ambos casos consagrados a relacionarse jurídicamente con terceros indeterminados, que se desinteresan de la relación original entre partes, para fincar su confianza en las formas y destinos de los signos e instrumentos.¹²

Creus recuerda que el bien jurídico “es atacado o puesto en peligro cuando la objetividad introducida por la conducta del agente en el objeto es apta para suscitar en cualquiera la confianza que él merece, por reunir las formas prescriptas por la ley para que se lo acepte como representativo del acto que expresa y, por tanto, como acreditación (prueba) de él”.¹³ La “tipicidad falsaria no se concretará con la confianza infundada de un sujeto determinado; se requerirá la posibilidad de que esa confianza infundada (o errónea) originada en la deformación objetiva del objeto, sea extensible a cualquier sujeto que pueda encontrarse en la misma situación que el sujeto en quien se ha producido esa confianza”.¹⁴ De tal forma, el autor citado considera que la fe pública se apoya en dos conceptos fundamentales: confianza y prueba, además de poner en primer plano a la idoneidad de la falsedad.

Donna se centra, en cambio, en la seguridad del tráfico jurídico -que aparece como prolongación de la fe pública- y propone abandonar las connotaciones psicológicas, y para delimitar el alcance interpretativo se atiene a las funciones de garantía -*posibilidad de reconocer de quién emana el documento*-; de perpetuación -*perdurabilidad de la declaración del pensamiento materializada en soporte perdurable*-; probatoria -*aptitud probatoria del documento para acreditar su contenido*- que desempeñan los documentos o la moneda. Con cita de Freund, opinó que el bien jurídico es la protección de la formalidad, fiabilidad y garantía

12. Cfr. Baigún, David / Tozzini, Carlos, *La falsedad documental en la jurisprudencia*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 16.

13. Cfr. Creus, Carlos, *Derecho Penal Parte Especial*, 4ª edición, Buenos Aires, Astrea, 1993, T. 2, p. 374.

14. Ídem.

del tránsito jurídico, especialmente en el documento con registros técnicos y datos como medio de prueba.¹⁵

2. FALSIFICACIÓN DE SELLOS, TIMBRES Y MARCAS

Se resalta que el artículo 288 del Código Penal establece que: “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años: 1º. El que falsificare sellos oficiales; 2º. El que falsificare papel sellado, sellos de correos o telégrafos o cualquiera otra clase de efectos timbrados cuya emisión esté reservada a la autoridad o tenga por objeto el cobro de impuestos. En estos casos, así como en los de los artículos siguientes, se considerará falsificación la impresión fraudulenta del sello verdadero”.

2.1. Falsificación de sellos y efectos timbrados [incisos 1 y 2]

2.1.1. El tipo no limita el círculo de posibles autores; se trata de un delito común que puede ser cometido por cualquier persona. Rigen los criterios generales en cuanto a la participación.

2.1.2. La acción consiste en falsificar, esto es, imitar el objeto verdadero. Quedan al margen de este delito las alteraciones del sello, siempre y cuando no produzcan la imitación de otro sello verdadero;¹⁶ así como las acciones de destruir,¹⁷ cercenar o suprimir.¹⁸ Si se utiliza un sello, papel sellado, sello de correo u otra clase de efecto timbrado sin imitar las características de uno oficial no es de aplicación este artículo, sin perjuicio de que el accionar pueda encuadrar en otro delito (por ejemplo, estafa). La doctrina se divide al pronunciarse respecto de la perfección que debe alcanzar la imitación. Parte de los tratadistas requieren que se logre la expendibilidad.¹⁹ Por nuestra parte, pensamos que rige el criterio general de posibilidad de inducir a error, por lo que

15. Cfr. Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte Especial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, T. IV, p. 26.

16. Cfr. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge Eduardo, *Derecho Penal, Parte Especial*, 7ª edición, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2010, T. 2, p. 429.

17. Cfr. Breglia Arias, Omar / Gauna, Omar, *Código Penal y leyes complementarias. Comentario, Anotado y Concordado*, 2ª edición, 2ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 288.

18. Cfr. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 310.

19. Cfr. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 534.

lo determinante será establecer la idoneidad del sello para ocasionar error en el caso concreto.²⁰

2.1.3. En el supuesto previsto por el inciso 1), la acción falsaria debe imitar sellos oficiales, es decir, aquellos que imprime o estampa la autoridad pública mediante cualquier procedimiento, para dar autenticidad a determinados documentos.²¹ La figura contempla la falsificación del instrumento sellador, no la impronta o impresión del sello.²² En el inciso 2) el objeto del delito se trata de: a) Papel sellado, que es el que lleva impreso, estampado o grabado un signo o timbre oficial para darle valor y eficacia, al margen del costo o precio material. Por lo general se utiliza en actuaciones judiciales o administrativas, para facilitar el pago de las correspondientes tasas.²³ Los valores tutelados son exclusivamente los del Estado, nacional, provincial o municipal, pero se excluyen los extranjeros.²⁴ Los recibos no son alcanzados por la protección.²⁵ b) Sellos de correos o telégrafos son las estampillas que acreditan el pago de esos servicios. c) “Cualquiera otra clase de efectos timbrados” comprende los papeles con valor autónomo que presenten signos determinados, cuya emisión esté reservada a la autoridad nacional, provincial o municipal, o tengan por objeto el cobro de impuestos. Como ejemplos se mencionan certificados de propiedad de ganado, timbres que acreditan pagos de derechos aduanero, etcétera.²⁶ La emisión debe estar reservada a la autoridad o tener por objeto el cobro de impuestos. De ahí que sólo sean alcanzados por la tipicidad aquellos efectos que legalmente pueden ser emitidos por expresa disposición de la autoridad pública nacional, provincial o municipal.²⁷ Acreditan el cobro de impuestos todos aquellos que prueban el pago de

20. Cfr. Núñez, Ricardo C., *op. cit.*, p. 207; Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 310; en contra Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 534.

21. Cfr. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 429.

22. Cfr. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 311.

23. Cfr. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 431.

24. Cfr. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 313.

25. Ídem.

26. Cfr. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 431; Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 981.

27. Cfr. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 981.

derechos que el Estado impone para recaudar fondos o solventar los servicios que presta -tasas- o las contribuciones que realiza. Es ajena a la tipicidad cualquier representación de valores de particulares.²⁸

2.1.4. Delito doloso, que requiere el conocimiento de la imitación falsaria de los objetos mencionados por los incisos 1 -sello oficial verdadero- y 2 -papel sellado, sellos de correos o teléfonos o cualquiera otra clase de efectos timbrados- y la voluntad de falsificar. El error sobre cualquiera de estas circunstancias elimina el dolo. La imitación de un sello que creyéndose verdadero no lo es, se trata de un delito putativo.²⁹

2.1.5. Delito de peligro abstracto. La consumación se alcanza con la conclusión de la imitación del sello verdadero -inciso 1)- o del impreso que representa el valor -inciso 2)-,³⁰ de forma tal que esté en condiciones de ser utilizado. No se requiere su uso, que, de existir, puede encuadrar en otro delito -defraudación- en concurso ideal con la falsificación.³¹ Es posible la tentativa cuando, iniciada la imitación, no se terminó por razones ajenas a la voluntad del autor; opinión que no comparte Donna, para quien este caso sería “un acto preparatorio”.³²

2.2. Impresión fraudulenta de sello verdadero [último párrafo]

2.2.1. A diferencia de las falsificaciones caracterizadas en el articulado al que el texto remite, la figura prevé casos de impresión ilegal de sello auténtico. La ilegalidad está dada por la impresión en actos u objetos en los que no corresponda, lo que puede darse porque el sujeto excede las disposiciones legales o reglamentarias; o bien porque la persona carece de autorización para utilizar el sello.³³ La imitación fraudulenta equivale a engaño, que recae sobre la autenticidad de la

28. Cfr. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 431.

29. *Ibidem*, p. 430.

30. *Ibidem*, p. 431.

31. En contra Creus, Carlos / Bompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 433, que consideran procede el concurso real.

32. Cfr. Donna, Edgardo A., *op. cit.*, p. 105.

33. Cfr. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 432; Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal Parte Especial*, Buenos Aires, Mave, 2003, T. 3, pp. 565-566.

impresión del sello.³⁴ Lleva la razón Creus, al señalar que no se trata de un delito autónomo puesto que la impresión fraudulenta del sello verdadero debe realizarse de manera compatible con lo previsto en los artículos 288 y siguientes por expresa imposición del texto.³⁵ De tal manera, la acción debe recaer sobre los objetos incluidos en los artículos 288 y ss., lo que margina de esta norma la aplicación fraudulenta de sello verdadero sobre objetos que no están contemplados en los tipos a los que la figura remite. La falsedad del objeto en el cual el sello se imprime desplaza a este delito.³⁶ Se sostiene que la impresión de sello verdadero en un documento que legalmente debía llevarlo por quien no tiene uso legítimo del sello quedaría al margen de la punición, por haber accionado sobre un objeto atípico³⁷ o, en opinión de Núñez, en virtud de que la impresión fraudulenta no equivale a la impresión por quien no tiene uso del sello, puesto que, en tal accionar falta la ilegitimidad objetiva del acto.³⁸ A nuestro criterio, la cuestión radica en determinar si el accionar es o no fraudulento. La figura requiere un accionar lesivo, además de indebido, abusivo o improcedente. Siempre que el fraude lesivo se concrete el tipo se configurará. En cambio, cuando no exista fraude perjudicial estaremos fuera del tipo.

2.2.2. Se requiere el conocimiento de la condición del sello y la voluntad de imprimirlo fraudulentamente.

2.3. Jurisprudencia

“Corresponde revocar el auto de sobreseimiento dictado con el fundamento de que el hecho investigado no encuadra en una figura legal, pues la circunstancia de que no se reúna la condición objetiva de punibilidad a la que se encuentra supeditada la sanción de los delitos tributarios, no justifica el sobreseimiento en tanto se habría configurado un hecho encuadrable en el artículo 288 del Código Penal.

34. Cfr. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 433; Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 534.

35. Cfr. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 433.

36. Cfr. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 432; en contra Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 315, para quien existe concurso de delitos.

37. Cfr. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 433.

38. Cfr. Núñez, Ricardo C., *op. cit.*, p. 207.

En efecto, la falsificación de sellos de una Repartición del Estado está prevista como delito en el Título 2, Capítulo 2 del Libro 2 del Código Penal y, por ende, no se ajusta a derecho la resolución que se funda en el artículo 336, inciso 3 del Código Penal, referido a hechos que no encuadran en una figura legal". CPE, Sala A, 15/11/2002, Bienenwald, Roberto, Id Infojus: FA02180174.- [en línea] <http://www.infojus.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-penal-economico-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-bienenwald-roberto-contrabando-ley-penal-tributaria-incidente-apelacion-sobreseimiento-parcial-dictado-autos-interpuesto-fiscalia-7-fuero-fa02180174-2002-1115/123456789-471-0812-Ootd-eupmovdollsf> [Consulta: 25 de noviembre de 2015].

Incurre en el delito de falsificación previsto en el artículo 288, inciso 2 del Código Penal, quien realiza tal conducta respecto de las tarjetas que acreditan la habilitación otorgada por la MCBA a las empresas fabricantes y recargadoras de matafuegos, cuya emisión y venta se encuentra a cargo del ente mencionado, y a través de las cuales se percibe un derecho de timbre. El documento público, propio de la tipicidad del artículo 292 del Código Penal, ha de revestir las condiciones que el Código Civil exige para este tipo de instrumentos en su artículo 979, y ha de advertirse que los requisitos propios del otorgamiento de las tarjetas no proceden de una ley en el sentido formal, es decir, emanadas del Congreso Nacional o Provincial, por lo que extender la protección de aquellas derivadas de una ley en sentido material importaría, a la postre, una extensión analógica de la regla represiva. CCC, Sala VII, 25/08/1997, Id Infojus: FA97060360 [en línea] <http://www.infojus.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-criminal-correccional-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-lamelas-ramon-falsificación-fa97060360-1997-08-25/123456789-063-0607-90ts-eupmocsollaf> [consulta: 25 de noviembre de 2015].

La imposición de estampillas y del sello del correo verdadero con fecha falsa en un pagaré significa impresión fraudulenta de efectos timbrados que tienen por objeto el cobro de impuestos, por lo que constituye el delito previsto por el artículo 288, inciso 2 del Código Penal. Es que, a diferencia de la conducta que reprime al que falsificare "sellos oficiales" -inciso 1- que son los utilizados por la autoridad pública, el sello de ENCOTEL y las estampillas se inscriben dentro del concepto de "sello" a que alude el segundo párrafo de dicha norma penal. A su vez, aunque las estampillas y el sello utilizado no sean falsos, la impresión fraudulenta se encuentra equiparada a la falsificación. Esta falsificación, cuyo

objetivo es hacer incurrir en error al Juez al simular en un pagaré una fecha anterior a la constitución del bien inmueble a ejecutar como bien de familia, no constituye una conducta autónoma sino una que es parte del ardid utilizado para realizar la estafa procesal, por lo que se trata de una única acción con encuadramiento en dos disposiciones legales que, al no desplazarse entre sí, concurren idealmente (CCC Sala II, 28/12/99, “FORMICA, Guillermo s/inf. art. 172 y 288 del C. P.”, Causa 15.694 Reg. N° 17.169, J. 1 - S. 2. Del voto del Dr. Cattani al que adhirió el Dr. Luraschi).

3. FALSIFICACIÓN DE MARCAS Y CONTRASEÑAS

Artículo 289: “Será reprimido con prisión de seis meses a tres años:

1. *El que falsificare marcas, contraseñas o firmas oficialmente usadas o legalmente requeridas para contrastar pesas o medidas, identificar cualquier objeto o certificar su calidad, cantidad o contenido, y el que las aplicare a objetos distintos de aquellos a que debían ser aplicados”.*

FALSIFICACIÓN Y APLICACIÓN INDEBIDA DE MARCAS, CONTRASEÑAS Y FIRMAS [INCISO 1]

3.1. Cualquier persona puede ser autor del delito.

3.2. Las acciones son: a) *Falsificar*: imitar el signo verdadero de los objetos típicos. b) *Aplicar*: es “poner la marca, contraseña o firma identificatoria”³⁹ en objetos distintos de aquellos a que debían ser aplicados. Se trata de “poner un signo legalmente establecido para la designación de la naturaleza, calidad o cantidad de un objeto sobre otro que no reúne esas condiciones”.⁴⁰

3.3. Los objetos son marcas, contraseñas o firmas, es decir las grafías, señales o dibujos utilizados para distinguir una cosa determinada.⁴¹ Las firmas son las puestas a mano con objeto de identificación, las

39. Cfr. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 539.

40. Cfr. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 317.

41. Cfr. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 434; Donna, Edgardo A., *op. cit.*, p. 103.

que indican que se ha procedido al contraste o certificación,⁴² extremo que permite deslindar la figura de las falsedades documentales. Se excluyen las estampillas o fajas representativas de valores correspondientes a un impuesto, como las fajas adheridas a los atados de cigarrillos, cuya falsificación cae dentro de las previsiones del artículo 288, inciso 2.⁴³ El tipo limita su alcance a las “oficialmente usadas”, lo que equivale a decir, utilizadas por un funcionario competente del Estado⁴⁴ o “las legalmente requeridas”, que son las que la ley obliga colocar a los particulares en determinados casos.⁴⁵

Las marcas, contraseñas o firmas oficialmente usadas o legalmente requeridas deben utilizarse para contrastar pesas o medidas, esto es, para dar fe de los instrumentos que se usan para pesar, medir, o para identificar cualquier objeto, de tal forma que permita distinguirlo de otros de la misma especie; o certificar su calidad, cantidad o contenido, de modo que se fije, según el caso, la composición, proporción de sustancias, calidad, elaboración, origen, volumen o peso de las cosas envasadas.⁴⁶ Para que se complete el tipo objetivo debe estar presente la finalidad de contrastar pesas, medidas, o identificar cualquier objeto o certificar su calidad, cantidad o contenido. La imposición en el objeto de signo verdadero llevada a cabo por persona no autorizada no configura el delito que nos ocupa, sin perjuicio de que, llegado el caso, pueda encuadrar en impresión fraudulenta de sello verdadero –artículo 288, última parte–.

La marca de fábrica es amparada por Ley N° 22362 de propiedad industrial, no por esta figura,⁴⁷ que atiende a resguardar la autenticidad de la cosa en el tráfico comercial.⁴⁸

3.4. Se trata de un delito doloso, que exige el conocimiento del carácter oficial o legal de la utilización de la marca, contraseña o firma, y la voluntad de falsificar o aplicar indebidamente.

42. Cfr. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 540.

43. Cfr. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 317.

44. Cfr. Donna, Edgardo A., *op. cit.*, p. 103.

45. Cfr. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 434.

46. Cfr. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 540.

47. Cfr. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 317.

48. Cfr. Donna, Edgardo A., *op. cit.*, p. 104.

3.5. El delito se consuma con la realización de las respectivas acciones, sin exigirse otro resultado. La falsificación admite tentativa.

3.6. Jurisprudencia.

La conducta del imputado de utilizar una oblea identificadora de GNC apócrifa en su automóvil, encuadra en las previsiones del artículo 289 del Código Penal, pues dicha oblea expedida por el Ente Regulador del Gas posee la calidad de documento público, porque en su expedición interviene un funcionario público, en ejercicio de facultades otorgadas por la legislación vigente. Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, sala B, Fiscal c. Vilchez, Juan s/Av. inf. arts. 292 y 296 del CP, 09/05/2012, LL Gran Cuyo 2012, 827.

4. RESTAURACIÓN DE SELLOS, TIMBRES, MARCAS Y CONTRASEÑAS

Artículo 290: *“Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que hiciere desaparecer de cualquiera de los sellos, timbres, marcas o contraseñas, a que se refieren los artículos anteriores, el signo que indique haber ya servido o sido inutilizado para el objeto de su expedición.*

El que a sabiendas usare, hiciere usar o pusiere en venta estos sellos, timbres, etcétera, inutilizados, será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos”.

4.1. Cualquier persona puede ser el autor; sin embargo, quedan exceptuados del segundo párrafo quienes hicieren desaparecer signos, pues tal conducta es reprimida por el primer párrafo.

4.2. Primer párrafo: La acción prevista es hacer desaparecer el signo colocado en los sellos, timbres, marcas o contraseñas a efectos de indicar que ya han servido o han sido inutilizados. Hacer desaparecer es restaurarlos para poder utilizarlos o, si han sido utilizados, para hacerlo nuevamente⁴⁹ mediante la eliminación, supresión o borrado del signo del objeto por cualquier medio.

La acción tiene como presupuesto la colocación de un signo en el objeto que indique que ya ha servido o sido inutilizado. La alteración

49. Cfr. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 438.

llevada a cabo sin remover el signo de la impresión del sello, timbre, marca o contraseña no es atrapada por la figura en estudio, sin perjuicio de que puedan ser de aplicación los artículos 288 o 289, según el caso.⁵⁰

Segundo párrafo: Las acciones son las de usar, hacer usar o poner en venta los sellos, timbres, marcas o contraseñas a los que se refiere el primer párrafo. La referencia al primer párrafo, mediante “estos”, implica que deben haber sido removidos los signos de los objetos, y además deben haberse inutilizado. En consecuencia, quedan fuera de la tipicidad las conductas desplegadas sobre objetos inutilizados cuyo signo no haya sido removido.⁵¹ La remoción del signo debe haber sido realizada por un tercero, de lo contrario el accionar se subsume en el primer párrafo,⁵² sin que se multiplique la delictuosidad. Las acciones deben recaer sobre sellos, timbres, marcas o contraseñas, por lo que nos remitimos a lo desarrollado sobre el particular.

4.3. Delito doloso, que requiere dolo directo. El autor debe conocer el carácter del objeto y del signo que restaura, y tener voluntad de eliminar dicho signo. En el segundo párrafo se requiere el conocimiento de que el objeto ha sido restaurado, y tener voluntad de usar, hacer usar por un tercero o poner en venta el objeto en tales condiciones. Puede haber sido recibido de buena fe, si al llevar a cabo el hecho se tenía conocimiento de la restauración.⁵³

4.4. En el primer párrafo, el delito se consuma con la remoción del signo, sin que se requiera la utilización del sello, timbre, marca o contraseña, que de existir concurre en forma ideal con la estafa.⁵⁴ La tentativa es posible. En el párrafo segundo, el delito se consuma con el uso, con la acción de hacer usar por un tercero el objeto restaurado, o de ponerlo en venta, sin que sea necesario que esta se concrete. La

50. *Ibidem*, p. 439.

51. Cfr. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 440; Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 546.

52. Cfr. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 440.

53. Cfr. Donna, Edgardo A., *op. cit.*, p. 116.

54. Cfr. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 439, en contra, que se pronuncia en favor del concurso material.

acción de poner en venta no admite tentativa. En los demás supuestos difícilmente es posible.⁵⁵

4.5. Jurisprudencia.

El artículo 290 del Código Penal prevé como delito la conducta de quien hace desaparecer de los sellos, timbres, marcas o contraseñas a que se refieren los artículos anteriores de ese capítulo, el signo que indique haber servido o sido inutilizado para el objeto de su expedición; y la del que a sabiendas los usare o pusiere en venta. Es unánime la opinión de que los efectos objeto de restauración a que se refiere el artículo deben ser genuinos, y que el uso previsible se restringe a los restaurados, por lo que dicho precepto no resulta aplicable en este caso ya que la conducta de los procesados lo es respecto del uso de billetes de empresas falsos. CNC, Sala I, 04/11/85, Amido, Raúl E. y otros, P/JN Intranet.

Incurrir en el delito previsto por el artículo 290 del Código Penal quien, intencionalmente, pone nuevamente en uso estampillas ya inutilizadas, haciendo desaparecer simultáneamente la marca anterior con la superposición de otro sello de diferente data. La primera parte del artículo 290 del Código Penal sanciona la falsificación consistente en simular sellos, timbres, marcas o contraseñas, utilizando para ello materiales auténticos, pero ya han desempeñado su función o por cualquier motivo han perdido su valor. Cámara Federal de Paraná, 12/12/67, LL-131-1150.

5. PUNIBILIDAD DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Artículo 291: *“Cuando el culpable de alguno de los delitos comprendidos en los artículos anteriores, fuere funcionario público y cometiere el hecho abusando de su cargo, sufrirá, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena”*.

5.1. Comentario

El artículo prevé pena de inhabilitación absoluta por el doble del tiempo de la condena cuando el culpable de alguno de los delitos previstos en el capítulo fuere funcionario público y cometiere el hecho abusando de su cargo.

55. Cfr. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, p. 440.

En cuanto al concepto de funcionario público, cabe remitir a lo dispuesto en el artículo 77 del Código Penal. La calidad de funcionarios no es suficiente para la aplicación de la sanción contemplada por la norma; además, se requiere que abuse del cargo. No es necesario que el funcionario tenga competencia funcional para el manejo de los objetos, basta con que facilite al autor la ocasión para cometer el delito (*por ejemplo, el policía que custodia una partida de sellos ilegítimamente restaurados y pone en venta una parte de ellos*).⁵⁶

En la faz subjetiva, únicamente se admite dolo directo,⁵⁷ dado que el autor, además de conocer los elementos del tipo objetivo, debe obrar abusando de su cargo, con lo que se descarta la viabilidad del dolo eventual.

5.2. Jurisprudencia

Incorre en el delito el funcionario público que en el extranjero encarga la confección de sellos oficiales argentinos si se carece de autorización para hacerlo y lo realiza con finalidad ilegítima. CNC, Sala I, 31/08/62, A., y C., LL 110-779.

56. *Ibidem*, p. 441.

57. Cfr. Donna, Edgardo A., *op. cit.*, p. 118.

JURISPRUDENCIA

Falsificación de marcas. Aplicabilidad de la Ley N° 3975 y no de la Ley N° 22363. Ley más benigna. Nulidad por falta de acusación particular. Nulidad procesal. Falsificación de marcas. Acción no perseguible de oficio. Marcas.

Debe declararse la nulidad parcial del proceso y de todo lo actuado en consecuencia, en lo que atañe a la errónea aplicación del delito de falsificación de marcas (artículo 289, inc. 1 CP) por no haberse puesto en movimiento la acción penal en los términos de los artículos 57 y sgts., 65 y 66 de la Ley 3975 y artículo 509 CP.

Si bien actualmente tiene vigencia la Ley de Marcas y Designaciones N° 22363 que sustituye a la Ley 3975 y que en su artículo 32 establece que la acción penal es pública y las disposiciones generales del Libro I del CP son aplicables en cuanto sean compatibles, fijando el artículo 33 la competencia de la Justicia Federal en lo Criminal y supeditando el trámite al juicio correccional; lo cierto es que en el caso de autos, en virtud de la fecha de ocurrencia de los hechos, es aplicable, por aplicación del artículo 2 CP, la Ley 3975, que torna necesaria la acusación particular a los fines de la competencia del fuero federal.

Basile, Carmelo y otros. C. 26.069. C. N. Crim. Sala I.

Competencia. Instrucción: impuestos locales: falsificación de sellos.

Es competente la justicia de instrucción toda vez que se trata de un impuesto de carácter local, cuyo pago se habría burlado mediante la imposición de sellos apócrifos. (*)

N. N. 3/05/96. c. 4.793. C. N. Crim. Sala V.

Se citó: (*) C. N. Crim., Sala V, c. 4.380, "Bustos, Pablo", rta: 28/3/96.

Falsificación. Sellos. Competencia: Juzgados de Instrucción.

La falsificación de sellos, insertos en las boletas del impuesto a la radicación de automotores, recaudado por la Municipalidad de la

Ciudad de Buenos Aires, es un hecho ajeno a la órbita de la Justicia en lo Penal Económico y por ende, debe ser investigado por la Justicia de Instrucción.

D.G.R. 3/05/96 c. 4.670. C. N. Crim. Sala I.

Nota: Ver en igual sentido, C. N. Crim., Sala I, c. 4.640 “Acosta y Lara”, rta: 3/5/96.

Contienda entre Juzgado de Instrucción y Juzgado Federal. Falsificación de formulario 08 no presentado en el Registro Nacional de la Propiedad Automotor. Ausencia de entidad para alterar el normal desenvolvimiento ni el buen desempeño de los empleados. Justicia de Instrucción.

Fallo: (...) Convoca la atención del Tribunal la contienda de competencia suscitada entre el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° (...) y el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° (...).

Se inician las presentes actuaciones con motivo de la denuncia formulada por Dr. (...), apoderado del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, quien refirió que el 26 de junio de 2010 (...) concurrió a esa sede con el fin de obtener la legalización de diversa documentación, oportunidad en la que personal de la División Legalizaciones advirtió que las firmas y sellos aclaratorios del escribano (...), estampadas en la foja de certificación de firmas N° (...) y en el formulario “08” N° (...) -original y fotocopia- no se correspondían con los allí consignados.

Posteriormente, se determinó que las firmas atribuidas a los propietarios del vehículo insertas en el formulario “08” eran falsas y sus números de documento nacional de identidad habían sido escritos por (...).

Al respecto y tal como postuló el Ministerio Público Fiscal en su dictamen (...), no se encuentra justificada la intervención del Fuero Federal (art. 33, inciso 1, apartado “c”, del Código Procesal Penal), en tanto la falsificación de un formulario “08” que no fue presentado ante funcionarios del Registro Nacional de la Propiedad Automotor para realizar la respectiva transferencia, no tiene entidad para alterar el normal desenvolvimiento ni el buen desempeño de sus empleados (1).

En todo caso, la situación de autos difiere del precedente citado (...), *in fine*, pues en tal supuesto, aun cuando no se había presentado el formulario “08” ante el citado Registro, aparecía falsificada la firma

de un encargado seccional, funcionario de carácter federal cuyo buen servicio pudo ser corrompido.

Por ello, el Tribunal RESUELVE: DECLARAR que en las presentes actuaciones deberá continuar interviniendo el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° (...).

Scotto, Divito, Cicciaro. (Sec.: Franco).

31139_10_7 ALTIERI, Domingo Ángel. 9/05/14 c. 31.139/10. C. N. Crim. y Correc. Sala VII.

Se citó: (1) C. N. Crim. y Correc., Sala VII, c. N° 63768/13, “Vallejos, Marcela Alejandra”, rta: 11/04/2014 y c. 957/12, “N.N. damnif. Colegio de Escribanos”, rta: 09/08/2012.

Contienda de competencia entre Juzgado de Instrucción y Juzgado Federal. Falsificación y uso de sellos para confeccionar certificados de discapacidad. Medio para obtener fraudulentamente beneficios sociales ante organismos nacionales. Afectación al patrimonio de la Administración Pública. Justicia Federal.

Fallo: (...) entendemos que el material probatorio colectado, de momento, habilita sostener que la maniobra delictiva investigada consiste en haber falsificado y/o utilizado los sellos incautados para la confección ilegítima de documentos médicos, entre los que se destaca la elaboración de un certificado de discapacidad cuya emisión corresponde al Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad, dependiente del Ministerio de Salud de la Nación (fs. ...).

(...) tal certificado habría sido aportado por los imputados para procurar la obtención fraudulenta de beneficios sociales ante el Programa de Ciudadanía Porteña del Ministerio de Desarrollo Social del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (fs...) y la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación (fs...).

Nótese que si bien advertimos que los documentos médicos en cuestión, habrían sido presentados ante organismos nacionales como locales, lo cierto es que no corresponde escindir la investigación (artículo 54 del Código Penal) y resulta adecuado que sea un único juez el que prosiga la pesquisa.

En efecto, destácase que por cuanto las conductas objeto de estudio habrían afectado el patrimonio de la Administración Pública (artículo 33, inciso “c” del Código Procesal Penal de la Nación), debe ser la Justicia Federal la que continúe interviniendo, en atención al carácter de excepción que ostenta ese Fuero.

(...) cabe precisar que si bien la Ley N° 26702 de “Transferencia de Competencias Penales y Contravencionales de la Justicia Nacional Ordinaria a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, que transfiere, entre otros delitos, a la justicia local el de falsificación de sellos (artículo 288 inciso 1 del código sustantivo), lo cierto es que lo allí dispuesto recién se perfeccionará con la entrada en vigencia de la ley de la ciudad que la acepte sin limitaciones ni reservas (artículo 8 de la Ley N° 26702).

Tal situación no ha ocurrido, por lo que dicha norma aún no resulta aplicable.

(...) el tribunal RESUELVE: I. Atribuir la competencia en esta causa al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal (...).

Pociello Argerich, Garrigós de Rébora, López González.

(Prosec.Cám. Ad. Hoc.: González).

771_5/12 ROMALDETTI, Paola N. 12/07/12 c. 771. C. N. Crim. y Correc. Sala V.

Ley de marcas. Falsificación de marcas o designaciones.

Si la supuesta falsificación de marcas o designaciones es utilizada como un simple medio para lograr el rédito económico buscado mediante la comercialización de las obras musicales adulteradas, resulta ser el delito principal la infracción a la ley N° 11.723 de Propiedad Intelectual, el cual es competencia de la Justicia de Instrucción.

González Palazzo, Elbert, Barbarosch (en disidencia parcial).

18700_4 RIAL, Claudio. 29/05/02 Publicado en Bol. Int. de Jurisp. N° 2/2002, pág. 99. c. 18.700. C. N. Crim. y Correc. Sala IV.

La disidencia del Dr. Barbarosch se relaciona con una cuestión de procedimiento.

Competencia. Justicia federal y Justicia de Instrucción. Infracción Ley N° 22362 y Ley N° 11723.

La comercialización de material de software apócrifo y la presunta falsificación de marcas, logos, emblemas, etiquetas, envases, soportes, carátulas, etc., resultan conductas escindibles que contravienen las disposiciones de las Leyes N° 11723 y N° 22362, por lo que deben dividirse las competencias entre el Juzgado de Instrucción y el Federal de Instrucción.

Donna, Navarro, Filozof.

16785_1 DANI CARL. 24/10/01 Bol. Int. de Jurisp. N° 4/01, pág. 326. c. 16.785. C. N. Crim. y Correc. Sala I.

Competencia. Falsificación de tapas de CDs. Justicia de Instrucción.

Si de la pericia practicada surge que la totalidad de las láminas de los discos compactos eran falsas, por tratarse de impresiones en chorro a tinta, ello no implica violación a la Ley de Marcas y Designaciones N° 22.362 que habilite la competencia del fuero de excepción, sino que tal falsificación aparece como un simple medio para llevar a cabo la actividad principal que sería la reproducción y comercialización ilegítima de las obras en cuestión (infracción a la ley 11723).

Con ello, debe seguir interviniendo la Justicia de Instrucción.

Barbarosch, González Palazzo. (Sec. Mouradian).

20545_4 GUZMÁN, Martín. 19/02/03 c. 20.545. C. N. Crim. y Correc. Sala IV.

CAPÍTULO 24
FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS EN GENERAL
ARTÍCULOS 292-298 DEL CÓDIGO PENAL

FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS

Por Rubén E. Figari*

1. CONCEPTO DE DOCUMENTO

Como primera medida, se debe puntualizar que de acuerdo a la nueva redacción del artículo 77 del Código Penal (Ley N° 26388 (04/06/2008 BO 25/06/2008)), “el término ‘documento’ comprende toda representación de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión”. Esta definición alcanza al documento informático o electrónico que no responden al concepto tradicional o restringido de documento manuscrito en soporte de papel, sino a una noción mucho más amplia, ya que hace alusión a casos en que el lenguaje magnético constituye la acreditación, materialización o documentación de una voluntad -quizás ya expresada en las formas tradicionales- y donde la actividad de un computador -o de una red- únicamente comprueban y/o consignan un hecho, una relación jurídica

* Abogado egresado de UNC. Doctor en Ciencias Jurídicas egresado de la Escuela de Posgrado de la UN de LM. Posgrado en Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de Ciencias Sociales de la UCC. Profesor adjunto interino de Derecho Penal I y II de la UNSL. Miembro titular de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba (Secretaría Villa Mercedes - San Luis). Exjuez de Instrucción en lo Criminal y Correccional en la Primera Circunscripción de la ciudad capital de La Rioja; Exjuez de Cámara en lo Criminal y Correccional de la Primera Circunscripción de la ciudad capital de La Rioja; Exjuez de Cámara del Crimen en la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de San Luis. Colaborador en aportes sobre la Parte Especial para la Comisión encargada de elaborar un Anteproyecto de Código Penal de la Nación (Dec. 678/12) - 2012/13. Integrante de la Comisión Redactora del Proyecto de Código de Procedimiento Penal para la provincia de San Luis en 1992. Codirector de la Revista de Doctrina de Derecho Penal de IJ International Legal Group. Colaborador de la Revista Electrónica *El Dial.com*. Colaborador de la página de Internet terragnijurista.com.ar. Miembro del comité de redacción de la Revista de Derecho Penal y Criminología de Editorial La Ley; autor y coautor de veintidós libros referidos al fuero penal, y autor de más de cincuenta artículos en revistas especializadas.

o una regulación de intereses preexistentes en forma electrónica, digital o magnética. De modo que, por documento electrónico debe entenderse como toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos, con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica.¹

Con respecto a la definición de documento que provee el diseño del nuevo artículo 77 del Código Penal, Riquert apunta que:

*“... es claro ahora que se cuenta en materia penal con una definición propia que reemplaza la discusión para construir la que se realizaba a partir de los arts. 292/296 del CP, que dividía en una corriente conocida comúnmente como ‘civilista’ (por su apego a lo establecido por el Código Civil en relación a los actos jurídicos y su instrumentación pública o privada, conf. arts. 944, 979 y 1012) y otra que pretendía ‘autonomizar’ el concepto de documento, asignándole un contenido diferente para el ámbito penal, clasificación que Baigún y Tozzini corregían proponiendo como más correcta denominación la que, siguiendo los resultados de estas posiciones, denominaban respectivamente como ‘restrictiva’ y ‘ampliatoria’ del tipo penal”.*²

Pero como bien el mismo autor citado lo dice, queda indemne el concepto de que siempre el documento es representativo de un hecho o acto, su concreción es perennemente un producto humano y que tiene una función probatoria, pues la frase incluida en el artículo 77 reza que el término “documento” comprende toda representación de actos o hechos, prescindiendo del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión.

Justamente Baigún / Tozzini, sobre el particular, afirman que todo documento es representativo de un hecho, de la naturaleza o de los hombres, pero reflejado por la mano del hombre y el objeto donde se representa el hecho, constituye la plataforma, la base sobre la cual se asienta el acontecimiento o suceso y se corporiza el reflejo.

1. Kohen, Esteban / Lucero, Pablo, *¿Qué es un documento informático o electrónico?*, disponible en: www.eldial.com, [consulta 4 de septiembre de 2015].

2. Riquert, Marcelo, “Algo más sobre la legislación contra la delincuencia informática en Mercosur a propósito de la modificación al Código Penal argentino por Ley N° 26388”, en *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*, disponible en: www.ciidpe.com.ar, p. 58 (consultado el 25 de octubre de 2010).

“Como los objetos son diversos desde el punto de vista histórico, y varían al compás de la evolución de la técnica y de los mecanismos creados por la cultura, queda como dato perceptible y constante el hecho de que la *representación*, esto es, la circunstancia de que siempre exista un objeto al cual se le ha incorporado un mensaje exterior ... De lo cual resulta que no es el medio técnico, por sí mismo, por muy revolucionario que pueda ser, lo que le otorga a su producto la significación jurídica que pide el derecho en general, sino que esa significación proviene, en cada caso, del ‘documento’ o ‘instrumento’ cuya forma se haya reproducido -por medios vetustos o modernísimos- y de su consiguiente actitud para lesionar un bien jurídico tutelado en particular”.³

De modo que la definición del artículo 77 con respecto al documento, no altera en lo sustancial la concepción que se viene teniendo hasta el momento, y sólo hace hincapié en el soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión, aunque se ha ampliado el contenido a toda representación de actos o hechos, con lo cual las imágenes grabadas en cintas, la información contenida en discos compactos u otra clase de soporte, como también las impresiones de voces o palabras incorporados a cualquier clase de objeto que sirva para su registración, quedan comprendidas dentro del concepto de documento a los fines de su protección penal.⁴

Lo que debe quedar en claro es que el concepto de documento idóneo para configurar el tráfico jurídico no es de índole penal, porque no establece qué es, jurídicamente, un documento, sino que selecciona o determina a algunos de los que se tienen por tales por el ordenamiento jurídico como objeto de protección penal, en la medida que sean afectados de determinada manera. De modo que lo consignado en el

3. Baigún, David / Tozzini, Carlos, *La falsedad documental en la Jurisprudencia*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1992 pp. 58-59 y 64).

4. Tazza, Alejandro / Carreras, Eduardo, *Pornografía infantil y violación de identidad. La correspondencia electrónica y la intrusión telefónica*, LL 2008-D-1185; Reggiani, Carlos, *Delitos informáticos*, LL 2008-D-1090; Carbone Carlos, *El documento informático. Su nuevo régimen legal*, LL 2008-D-1036; Kohen, Esteban / Lucero, Pablo, *op. cit.* La Ley N° 25506 (14/11/2001 BO 14/12/2001 - ADLA 2002 - A, 6) que regulaba la firma digital, definía al documento digital en su artículo 6 de la siguiente forma: “Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura”, pero ello quedaba circunscripto al documento digitalmente firmado, cosa que ahora se amplía por la disposición del artículo 77 del Código Penal.

artículo 77 mencionado *ut-supra* no está fijando un concepto penal de documento, ya que el contenido hace alusión al llamado “documento digital”; por ende, debe afirmarse que la noción de documento idóneo para configurar el tráfico jurídico no deviene del Derecho Penal sino de normas generales, más específicamente del Derecho Privado -Código Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias- y las del Derecho Público Administrativo. La función del Derecho Penal irrumpe recién cuando alguna clase específica de falsedad es cometida en documentos que ya son tales para el resto del ordenamiento jurídico.⁵

Donna sigue esta orientación al atestar que cuando la ley habla en este capítulo de documento o instrumento, no hay duda de que se trata de un elemento normativo del tipo, es decir, que su concepto no se encuentra en el ámbito del ser, sino que es valorativo, y no existe otra alternativa que recurrir a la ley civil para buscar los conceptos antes mencionados. Pensar lo contrario sería -según su criterio- inventar un concepto de documento cuando ello no es necesario y, en realidad, la cuestión está regulada en forma expresa. Agrega: “Que ello no le convenga al intérprete, ya sea juez o doctrinario, por miedo a las lagunas de punibilidad que puedan darse, no es ni un motivo serio de interpretación y, es más, vuelve a darse la interpretación analógica, que como es sabido no corresponde a nuestra materia”. En definitiva, habrá que atenerse a dichos conceptos el intérprete si quiere actuar dentro del principio de legalidad.⁶

2. DOCUMENTO O INSTRUMENTO PÚBLICO Y PRIVADO

En realidad, la expresión “instrumento” hace una referencia a la forma como está “instrumentado” el documento o, en su defecto, al modo de representar el hecho pasado, aunque en materia de falsedades documentales aparecen como sinónimos.

“La ley penal, como hemos visto, entiende aquí el documento como instrumentación de algo, como representación de ese algo; con esta idea es difícil plantearnos una distinción conceptual entre lo que es

5. Pérez Barbera, Gabriel, en Baigún, David / Zaffaroni, Eugenio (Dirs.), Terragni, Marco (Coord.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Parte Especial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, T. 11, pp. 477-478.

6. Donna, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, T. IV, p. 139.

documento y lo que es instrumento que, superando la mera especificación verbal de la función documental, tenga influencia decisiva en el contenido de los tipos. Con la expresión documento se hace referencia a la materialidad jurídica del objeto; con la de instrumento, a la función jurídica de él, pero no a esencialidades diferentes o distinguibles... ahora se insiste en que la ley, con la expresión 'documento', se refiere al bien jurídico protegido; de ello se deduciría que la de 'instrumento' queda reservada para designar el objeto material del delito: este, para serlo, tiene que reunir las características de 'documento' que sólo sería el que está destinado a sustentar la confianza pública, como confianza general exigible a todos los componentes de la sociedad. No será típica, por tanto, la falsificación que recaiga sobre un instrumento que no sea documento en el sentido expuesto".⁷

Carreras es más conciso al señalar las conductas tipificadas por el artículo 292, especificando que la protección penal comprende a los instrumentos públicos y a los privados. "Por lo tanto documento e instrumento no son términos sinónimos: el instrumento no es más que la forma de documentar, la cual puede ser pública o privada", y cita el artículo 973 del CC derogado por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CC y CN).⁸

Con respecto a los instrumentos públicos, se han vertido diversas opiniones en cuanto a qué documentación abarcaba dicho concepto. Parafraseando a Creus, se pueden advertir tres alcances: a) restricción del concepto de documento público a los enunciados en el artículo 979 del CC -sustituido por el artículo 289 del CC y CN-;⁹ b) ampliación

7. Creus, Carlos, *Falsificación de documento en general*, 3ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 1999, pp. 27-32.

8. Carreras, Eduardo, *Los delitos de falsedades documentales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 64.

9. Artículo 289: "Son instrumentos públicos: a. *las escrituras públicas y sus copias o testimonios*; b. *los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes*; c. *los títulos emitidos por el Estado nacional, provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme a las leyes que autorizan su emisión*".

"Entre los instrumentos públicos, en primer lugar, se incluyen las escrituras públicas y las copias o testimonios. Aquí observamos una modificación respecto del Código vellezano al haberse optado por la sinonimia de estos dos vocablos de manera que se ha terminado la discusión entre la palabra copia, que consignan las leyes notariales, y la palabra testimonio, que es la utilizada en la práctica forense y notarial" (Cfr. Herrera,

Marisa / Caramelo, Gustavo / Picasso, Sebastián (Dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires, Infojus, 2015, T. I, p. 477). En el 2 inciso, “Comprende una cantidad innumerable de instrumentos emanados de autoridades integrantes de cualquiera de los tres poderes del Estado (legislativo, ejecutivo, judicial). A saber, son instrumentos públicos las partidas que expide el Registro Civil, las actuaciones judiciales producidas conforme las leyes procesales que llevan la firma del juez o del secretario (la sentencia, las resoluciones, las notas, los autos, los cargos que consignan fecha de presentación del escrito, las actas de audiencias). Son, además, instrumentos públicos las diligencias de los mandamientos o notificaciones asentadas por el oficial de justicia o por el oficial notificador por las vías de comunicación establecidas en las leyes de procedimiento, incluidas las electrónicas y digitales, etc. La jurisprudencia ha considerado que son instrumentos públicos las actuaciones administrativas, las actas policiales, los documentos nacionales de identidad, los certificados de transferencia de automotores, los telegramas colacionados, el cargo electrónico o mecánico que consigna la fecha de presentación del escrito judicial, las cartas documento en las que interviene un funcionario para su expedición. No se le ha reconocido tal carácter a los certificados de buena conducta otorgados por la policía, a las copias simples no autorizadas, a las versiones taquigráficas de declaraciones de testigos realizadas por idóneos. No obstante, el carácter de instrumentos públicos se amplía también a aquellos que provienen de los escribanos y también a documentos notariales, aunque no sean escrituras públicas. Es decir, son instrumentos notariales que se traducen, según el art. 310 CCyC, en las llamadas actas notariales; por ejemplo, certificaciones de firmas e impresiones digitales autorizados por escribanos; certificados que pueden ser actas protocolares o extraprotocolares -por ejemplo, el acta de entrega de testamento cerrado es acta extra protocolar-; los inventarios que realicen los notarios; las actas de transcripción y la redacción de actas de asambleas y de actas de protesto; las notificaciones; los testimonios de asientos contables; las actas notariales de constatación de situaciones de hecho a pedido de personas particulares... También existen los documentos extra protocolares, que se extienden en hojas de actuación notarial que, para cada caso, determinen los Colegios de Escribanos, excepto en los supuestos en los que se requiera otro tipo de soporte documental previsto en las leyes de fondo (art. 93 de la ley notarial 404 de la CABA). Por ejemplo: hojas para certificaciones de firmas e impresiones digitales autorizadas por escribanos (con requerimiento en el libro respectivo). Estas hojas provistas por los Colegios de Escribanos tienen distintos colores según el caso y requerimiento, mas no son hojas de protocolo, ya que tienen otras características y otras numeraciones” (Cfr. *Ibíd*em, p. 478).

En cuanto a los títulos emitidos por el Estado Nacional, provincial o de la CABA conforme las leyes que autorizan su emisión: Son aquellos títulos que se emiten de conformidad a la norma que los crea. Si bien por su origen son instrumentos particulares, se los ha revestido de la autenticidad que ostentan para facilitar el crédito público y su circulación, y por la innecesariedad de justificar la certeza de la firma del funcionario que las emite, simplificando así la negociación del Estado con los particulares. A título de ejemplo, los billetes de papel moneda, los títulos de crédito emitidos por el Estado nacional o provincial o de

del concepto a cualquier documento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado, entendiéndose por ley “toda disposición jurídica dictada por autoridad competente”; y c) dentro de esta última hipótesis, que supera los límites del artículo 979 mencionado *ut-supra*, invocando esa misma normatividad, restringe el concepto de la “ley”, mencionado por el inciso 2, a la ley en sentido formal.¹⁰

Durante un lapso bastante prolongado, la jurisprudencia se inclinó por la alternativa enunciada en el punto a), pero posteriormente se fue ampliando el concepto civilístico para incursionar en lo que se puntualiza en el apartado b); de esta manera, esa amplitud conceptual es acogida por la jurisprudencia, y los Tribunales comienzan a considerar documento público a “todo el que documenta una situación dotada de significación jurídica sustancial, en cuya formación interviene el Estado por intermedio de uno de sus órganos competentes”.¹¹ Pero cierta jurisprudencia, al advertir que la extensión antes señalada encontraba su razón de ser en el inciso 2 del artículo 979 del CC -equivalente al artículo 279, inciso b) del CC y CN-, entiende que cualquier ley podía ampliar el abanico de los documentos públicos, lo cual eventualmente desvirtuaría el concepto. Son partidarios de esta idea Baigún y Tozzini, quienes estiman que si bien no es factible desconocer que la expresión “leyes” del inciso 2 del artículo 979 del CC -actual 279, inciso b del CC y CN- no conforma exactamente un ingrediente del tipo del artículo 292 del Código Penal, y que su extensión a las disposiciones administrativas (nacionales, provinciales o municipales) pertenecen a lo que se conoce comúnmente como una interpretación extensiva, advierten que esta, por vía indirecta, incrementa la pretensión punitiva al disponer una pena mayor que la que correspondería a la falsificación de instrumento privado. “La valoración, si bien no se transforma en un caso de cruda analogía, vedado por el artículo 18 de la CN, alcanza idénticos efectos, o para decirlo en lenguaje hegeliano, el *quantum* de la interpretación extensiva se transforma cualitativamente en una categoría

la CABA -o sea, los reconocimientos de deuda del Estado-, los títulos de la deuda pública -como los bonos, los CEDINES, etc.- (Cfr. *Ibidem*, p. 479).

10. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 34.

11. T.S. Córdoba, sala Crim. Correc., 19/9/69, LL 137-278, y ED 42- 466.

distinta”; por ende, se adscriben a la posición limitativa, pues aducen que en tanto se mantenga la redacción actual del artículo 979 del CC, el vocablo “leyes”, para el ámbito penal, debería ser valorado conforme a la tesis restrictiva, esto es, como disposición emanada del Congreso Nacional y de las asambleas provinciales.¹²

No participa de esta opinión Creus, quien entiende que la significación del vocablo “ley” del inciso 2 del artículo 979 del CC -actual artículo 279, inciso b del CC y CN- normalmente ha sido ampliada hasta comprender la ley en sentido material, y no vislumbra razones de peso para variar tal interpretación debido a que la protección del bien jurídico “fe pública” no impone la necesidad de restringirla, de modo que sustenta la tesis amplia.¹³

En esta última línea interpretativa, enfáticamente Carreras sostiene que el concepto de instrumento público no se subordina exclusivamente a la idea civilista que suministra el artículo 979 del CC -actual 279, inciso b) del CC y CN-; de allí que instrumento público, a la luz de la ley penal, no es únicamente el que extienden los escribanos o funcionarios públicos “en las formas que las leyes hubieren determinado”, pues ellos no agotan todo el material que la ley penal ampara en orden a la genuinidad y veracidad protegiendo la ley, la fe pública. Afirma que el instrumento público que documenta una situación jurídica sustancial dotada de significación probatoria, en cuya formación interviene el Estado por intermedio de uno de sus órganos competentes, es público por la fe que le es comunicada a ese instrumento precisamente por tal intervención.

“El instrumento público es aquel que emana de un funcionario público -o de persona equiparada a él- dentro de las formas legales y en el ejercicio de funciones determinadas por una ley material, sea cumpliendo un fin de derecho público, o bien certificando declaraciones privadas, de voluntad y verdad, atribuyéndoles pública fe a las mismas. Sintéticamente, debe entenderse por instrumento público todo aquel que ha sido otorgado por un funcionario público u otro órgano del Estado de conformidad a una ley en sentido material”.¹⁴

12. Baigún, David / Tozzini, Carlos, *op. cit.*, p. 80.

13. Creus, Carlos, *op. cit.*, pp. 37-38.

14. Carreras, Eduardo, *op. cit.*, pp. 74-75.

Cita en apoyo las atestaciones de Bielsa.¹⁵ Como corolario de ello, afirma que todo instrumento público de la ley civil será tal para la ley penal; pero no puede aceptarse el razonamiento inverso, en el sentido de que sólo serán tales para la ley penal los enumerados en el Código Civil. Ya se ha dicho anteriormente que no existe un documento en sentido penal, sino que hay que recurrir a lo regulado por el derecho privado.

La norma del artículo 292 pune con una pena inferior -seis meses a dos años de prisión- la falsificación o adulteración de los instrumentos privados. La doctrina tradicional ha considerado a este en un sentido residual a todo aquel que no tenga la categoría de “público”.¹⁶

Más concisamente, se ha conceptualizado al instrumento privado como una declaración escrita de la voluntad que ha sido suscripta con el fin de hacer constar un acto o negocio que interesa al derecho pero que no tiene fuerza probatoria por sí mismo. También se ha dicho que: “Son todos aquellos que contienen una declaración con eficacia jurídica, extendidos por los distintos sujetos de derecho (persona física, ideal o jurídica) sin sujeción a forma determinada que le confiera autenticidad”,¹⁷ o “Toda aseveración escrita... atribuible a alguien y que sirva de prueba de hechos o relaciones jurídicas”.¹⁸

15. Bielsa, Rafael, *Instrumento público emanado de funcionario u órgano del Estado*, JA 1954-II-7. “El concepto de ley debe entenderse en cuanto es norma jurídica con los caracteres propia de ella: objetiva, obligatoria, impersonal, relativa a derechos e intereses legítimos. En consecuencia, se trata de ley en sentido material o sustancial”.

16. Soler, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 1970, T. V, p. 333; Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, T. VII, p. 556; Buompadre, Jorge, *Derecho Penal. Parte Especial*, Corrientes, Mave, 2003, T. III, p. 590; Carreras, Eduardo, *op. cit.*, p. 65; Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 43; Estrella, Oscar / Godoy Lemos, Roberto, *Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*, 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, T. III, p. 715; Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. IV, p. 145; Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, Córdoba, Marcos Lerner, 1989, T. V, vol. II, p. 212, considerando que es un instrumento privado cuando sin necesidad de observar una forma especial y de estar redactado en idioma nacional, está firmado por las partes otorgantes, salvo que la ley disponga lo contrario.

17. Cafure de Batistelli, María, “La ‘imitatio’ como requisito en la falsedad documental”, en *Cuadernos del Instituto de Derecho Penal U.N.C.*, 1975, N° 126, p. 215.

18. Marcópulos, Mario, “Delitos contra la fe pública”, en Levene (h), Ricardo (Director), *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires, Zavalía, 1976, pp. 609-10.

El nuevo Código Civil y Comercial determina, en el artículo 284, la libertad de las formas para este tipo de documentos en estos términos: “*Si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente. Las partes pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley*”.¹⁹ Hay que distinguir entre la forma y la prueba del acto; en tal sentido se dice que:

“No es posible confundir forma y prueba del acto jurídico. La forma, dijimos, es el elemento externo del acto, en tanto la prueba es el medio, no necesariamente instrumental, por el cual se demuestra la verdad del hecho de haberse celebrado el acto. Muchas veces la ley exige que el acto se celebre con una forma determinada para facilitar la prueba de su existencia. En otros casos requiere inexorablemente su celebración bajo determinada formalidad para que tenga validez. Estas posibilidades dieron lugar a la antigua clasificación entre actos ‘ad probationem’ o ‘ad solemnitatem’”.²⁰

El nuevo artículo 286 consigna que: “*La expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos*”. Esta normativa reafirma la libertad de la forma de instrumentación de la voluntad, como así también determina que es válido cualquier soporte. También vale señalar que los instrumentos privados o particulares pueden estar o no firmados; así lo expresa el nuevo artículo 287: “*Los*

19. “Es preciso distinguir la forma como exteriorización de la voluntad de las formalidades, o en otras palabras, la forma en sentido amplio, por un lado, y en sentido estricto, por otro. La primera es el modo de ser de la manifestación. La forma es la manera de expresar algo, ya se trate de la palabra escrita, hablada, los gestos inequívocos o cualquier comportamiento, sin importar de qué manera se traduce al mundo de los hechos; lo que importa para esta acepción de forma es que la voluntad de una persona se haga reconocible para el resto. La segunda acepción es la que se conoce como ‘formalidades del acto’ y que marcan la mayor o menor libertad de los sujetos para poder elegir de qué modo expresan el acto jurídico. Es decir, el término ‘forma’ se refiere en este caso a la que es impuesta por la ley o por voluntad de los particulares para exteriorizar una determinada manera prefijada, una declaración de voluntad” (Cfr. Herrera, Marisa / Caramelo, Gustavo / Picasso, Sebastián (Dirs.), *op. cit.*, p. 470).

20. *Ibíd.*, p. 471.

*instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados. Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información”.*²¹ De hecho, la firma sigue siendo un elemento fundamental para la validez de esta clase de instrumento, y así lo determina el nuevo artículo 288: *“La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitavelmente la autoría e integridad del instrumento”.*²²

El anterior artículo 1026 del CC contemplaba la posibilidad de que el instrumento privado carecía de autenticidad mientras no fuera reconocido por la parte contra quien se lo pretendía hacer valer; a partir de ello adquiere las características de un instrumento público. Mas este dispositivo ha sido reformulado por el artículo 319: *“El valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones*

21. “El CCyC, expresamente, clasifica a los instrumentos privados según estén o no firmados. Así, son instrumentos privados propiamente dichos si están firmados, mientras que son particulares cuando no lo están. En forma ejemplificativa, el artículo en comentario menciona entre ellos a los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos, los registros de la palabra –grabaciones– o de información. De esta forma, se abarca una importantísima gama de documentos que hacen a la vida cotidiana y cuya regulación es difusa; basta con mencionar los extractos y comprobantes de los cajeros automáticos y todas las transacciones comerciales que se realizan diariamente sin que se encuentren firmadas. Las nuevas tecnologías han aportado elementos valiosísimos para el tráfico jurídico, para su agilidad, comodidad y rapidez; y avanzan a paso acelerado sin que hasta ahora su enorme importancia tuviera correlato en la legislación. Esta norma será, entonces, un pilar muy importante para la elaboración de los caracteres y efectos de esta nueva categoría de instrumentos” (Cfr. *Ibidem*, p. 475).

22. “La firma se caracteriza por ser ológrafa y por la exclusividad del trazo. Existe amplia libertad de elección y las personas pueden adoptar cualquier grafía para firmar; la prueba está en que en la gran mayoría de los casos son ilegibles. Su esencia e importancia radica en que constituye la expresión o manifestación habitual de la individualidad de quien la estampa y debe estar puesta con el fin de expresar voluntad de adhesión al texto en el que la misma se inserta” (Cfr. *Ibidem*, p. 476).

precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen".²³ Por último, cabe señalar que el nuevo artículo 317 regula lo concerniente a la denominada "fecha cierta": "La eficacia probatoria de los instrumentos privados reconocidos se extiende a los terceros desde su fecha cierta. Adquieren fecha cierta el día en que acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después. La prueba puede producirse por cualquier medio, y debe ser apreciada rigurosamente por el juez".²⁴

3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En términos generales, el bien jurídico que se protege en el Título XII "Delitos contra la fe pública", atañe a los ataques que se concretan justamente a la fe pública cuando se hace aparecer como auténticos y reveladores de verdad, signos representativos o documentos que dan cuenta de lo pasado, cuando no son de esa manera o miente sobre lo representado. Esto se funda en que todos los objetos de estos delitos se destacan por una particular característica que les ha otorgado el Estado con su función jurídica, o sea, se los ha impuesto como instrumentos de fe valederos *erga omnes*, debido a la forma de su representación o por la persona que interviene en su formación, o se lo ha dotado de una determinada atribución acreditadora de su procedencia y contenido

23. "Este artículo fija las pautas de interpretación de los documentos particulares, es decir de aquellos que no se encuentran firmados por las partes. Su valor probatorio deber ser apreciado por el juez y, a tal fin, se determinan una serie de pautas que no son excluyentes, como la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen. Gran parte de las directivas están orientadas a los documentos electrónicos, que han sido definidos como toda representación en forma electrónica de un hecho jurídicamente relevante susceptible de ser recuperado en forma humanamente comprensible" (Cfr. *Ibidem*, p. 524).

24. "El nuevo régimen que trae el CCyC es, por cierto, más aconsejable. Fuera de la casuística que contenía el sistema anterior de Vélez Sarsfield, se inclina por afirmar que la fecha cierta se adquiere cuando acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después. Deja así un margen discrecional al juez para valorar si el documento estaba o no fechado, pero la prueba debe analizarse rigurosamente" (Cfr. *Ibidem*, p. 519).

para que puedan cumplir en forma efectiva su cometido, la función que el mismo derecho les asigna en la vida transaccional.

“Pero si los primeros se encarnan en lo que, con propiedad, podemos indicar como la esfera de la *fe pública*, los segundos participan de ella en virtud de los efectos que la ley le otorga en los negocios jurídicos de los particulares, aunque no tengan consecuencia para quienes son extraños a dichos negocios. Por otra parte, tiene que subrayarse que la inclusión de estos últimos dentro del grupo de los delitos *contra la fe pública* es más bien una característica particular de nuestro derecho penal, lo cual ha hecho pensar que el Título XII del Código, más que a preservar la fe pública en sentido propio, está enderezado a proteger la confianza general en la autenticidad y veracidad de los objetos en cuanto medio indispensable para que aquellos cumplan debidamente sus finalidades públicas”.²⁵

Según estos autores, puede decirse que el bien jurídico “fe pública” es atacado o puesto en peligro cuando la objetividad introducida por la conducta del agente en el objeto es apta para suscitar en cualquiera la confianza que él merece, por reunir las formas prescriptas por la ley para que se lo acepte como representativo del acto que expresa y, por tanto, como acreditación –prueba– de él. Por consiguiente, para que el ataque se produzca, no bastará ni la pura objetividad deformante ni la mera confianza infundada en la autenticidad y veracidad del objeto; ambas deben estar presentes: la una como origen de la otra, y aunque sea suficiente para un concreto hecho típico, la tipicidad falsaria no se conformará con la confianza infundada de un sujeto determinado; se requerirá la posibilidad de que esa confianza infundada –o errónea– originada en la deformación objetiva del objeto, sea extensible a cualquier sujeto que pueda encontrarse en la misma situación que el sujeto en quien se ha producido esa confianza. En definitiva, la teoría de los delitos contra la fe pública se apoya en dos conceptos básicos: el de confianza y el de prueba, aunado a ellos, el requisito del peligro para los bienes jurídicos más concretos, originado en la falsedad.²⁶

25. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge, *Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2004, T. II, pp. 411-412.

26. *Ibidem*, p. 414.

Sin desdeñar las atestaciones de los anteriores autores mencionados, es preciso reconocer que el tema de las falsedades documentales es uno de los más controversiales; también es uno de los más analizados y, asimismo, se puede decir que sobre aquel siguen flotando las dudas. En tal sentido, se ha considerado que este tipo de delitos tiene carácter de pluriofensivo, pues se atacan intereses generales que abarcan la seguridad del tráfico jurídico, como concreción de la fe pública y el valor de los documentos en que aquella ha sido depositada. En tal sentido, Bacigalupo expresa que si bien el bien jurídico es la seguridad en el tráfico jurídico o la fe pública, dichos conceptos requieren una precisión adecuada. Si se habla de una doble dimensión del objeto de protección hay que enfatizar que existen algunas declaraciones cuya veracidad debe tener cierta protección, en especial cuando actúa un funcionario público o la propia ley le atribuye cierto valor probatorio. Por otra parte, existen determinadas situaciones de particulares en las cuales no debe haber una protección igual que en el caso anterior, ya que no hay un derecho a la verdad. De todo ello se desprende que existe una doble dimensión o estatus en la protección jurídica de los documentos, y con ello distinguirse entre los públicos y los privados.²⁷

Lo que se debe considerar es que el bien jurídico es la seguridad en el tráfico jurídico, debido a que al documento se le asignan tres funciones concretas: la de garantía, que implica la reconocibilidad en el documento de una persona a la que se le atribuye la declaración documentada; la de perpetuación, que permite la consolidación en el tiempo de una declaración en un soporte que perdure; y la probatoria, en el sentido de que el documento está destinado y es idóneo como medio de prueba. En síntesis, se tiene como objetivo la protección de la seguridad jurídica.²⁸

4. FALSEDAD MATERIAL

El artículo 292 del Código Penal reza: “*El que hiciere en todo o en parte un documento falso o adulterare uno verdadero, de modo que pueda causar*

27. Bacigalupo, Enrique, “El delito de falsedad documental”, en Vallejo, Manuel / Moreno Ibravo, Emilio / Silva Castaño, Luisa (Dir.), *Cuadernos Luis Jiménez de Asúa*, Madrid, Dykinson, 1999, p. 3, citado por Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. IV, pp. 126-127.

28. Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. IV, p. 128.

perjuicio, será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, si se tratare de un instrumento público y con prisión de seis meses a dos años, si se tratare de un instrumento privado...”.

4.1. Conducta típica

Los modos comisivos son hacer en todo o en parte un documento falso o adulterar en todo o en parte un documento verdadero.

En el primer caso se crea, se fabrica, se confecciona, etcétera, un documento y se lo atribuye a una persona distinta del otorgante, lo que implica la falsificación de los signos de autenticidad del documento. Este es totalmente falso al que se le altera la autenticidad o autoría, que hace a la genuinidad del instrumento por medio de dos manobras: atribuyendo las manifestaciones a alguien que no es el autor o imputando la manifestación del propio agente a una persona supuesta -nombre ideal o inventado-. En el caso de marras, la falsificación integral consiste en un trabajo de imitación completo de los signos de autenticidad en el modelo original, con lo que no sólo debe crearse el tenor del instrumento y otorgársele una identidad al sujeto a quien se le atribuye, sino también adicionarle los restantes elementos que hacen que aquel sea de tal manera y no de otra. Consiguientemente, el documento será totalmente falso cuando no es genuino, y esto trae aparejado la circunstancia de que la falsedad ha recaído sobre sus elementos esenciales o signos de autenticación.²⁹

En el supuesto del documento parcialmente falso, la acción se da cuando se agregan declaraciones falsas en un instrumento auténtico. Es decir que el documento es el verdadero pero los agregados son falsos. También aquí se requiere una tarea imitativa, y la falsificación puede darse hacia un instrumento ya existente o uno totalmente inventado por el sujeto activo. La falsificación parcial puede ser confeccionada por el autor del acto genuino, agregando manifestaciones o datos falsos, o se puede atribuir a un tercero, completando los espacios en blanco, su texto, etcétera. En cualquier caso, el documento debe ser genuino o legítimo.³⁰

Cabe aclarar que tanto en la creación total como parcial del documento falso, la tarea del falsificador debe ser imitativa.

29. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, T. III, pp. 595-596.

30. *Ibidem*, p. 596.

En el segundo caso, la adulteración de un documento verdadero trae aparejada la existencia de un documento auténtico o genuino, mas falso en su significación. En este caso, el sujeto activo despliega su actividad delictiva sobre un instrumento ya existente y verdadero, introduciéndole modificaciones a su tenor. Esta alteración debe dejar subsistente el documento originario. En síntesis, la genuinidad del documento está referida a su autor, en tanto que la veracidad se relaciona con su contenido. “La adulteración siempre deriva en el cambio de sentido del texto modificado, sea que ese cambio se haya llevado a cabo mediante el agregado de frases, puntuaciones, interlineados, borrados, etcétera. La hipótesis de adulteración admite, a diferencia de la falsificación, que la conducta puede ser realizada por el otorgante”.³¹

4.2. Posibilidad de perjuicio

Para redondear el concepto de falsificación documental, cabe consignar una exigencia típica de la falsedad, esto es, que de ella “pueda resultar perjuicio”. Tal requisito del tipo objetivo se advierte en los delitos consignados en los artículos 292, 293 y 294, es decir, en la falsedad material, ideológica e impropia; queda fuera de ese marco la extensión del certificado médico falso contenido en el artículo 295, que requiere un perjuicio efectivo. De todo ello se deduce que para concretarse la comisión delictiva se requiere la posibilidad de perjuicio, o sea, la afectación de otros bienes jurídicos que no atañan exclusivamente a la fe pública. De allí se puede establecer que no alcanza con la mera falsificación del instrumento sino que se hace imprescindible que a dicha conducta se le sume la posibilidad de conculcación a otros bienes jurídicos.³²

Tal como lo afirma Buompadre, en la generalidad de los casos se está frente a infracciones de pura actividad, y de peligro concreto que exige la posibilidad de afectación de un bien jurídico distinto de la fe pública; este perjuicio potencial³³ se constituye en el límite mínimo de

31. *Ibíd.*, pp. 597-598.

32. Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, T. III, p. 593; Soler, Sebastián, *op. cit.*, T. V, p. 361; Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 64 y ss.; Carreras, Eduardo, *op. cit.*, p. 118; Estrella, Oscar / Godoy Lemos, Roberto, *op. cit.*, T. III, p. 706; Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. IV, pp. 150-154.

33. Para mayor abundamiento, sobre perjuicio potencial y efectivo ver Baigún, David / Tozzini, Carlos, *op. cit.*, p. 261.

la tipicidad. Por otra parte, dicho perjuicio potencial puede ser de cualquier naturaleza, patrimonial o extrapatrimonial, con indiferencia de quién sea el titular del bien jurídico puesto en peligro. De allí que lo realmente importante no estriba en el peligro que deviene de la falsificación en sí misma sino de los efectos ulteriores.³⁴

4.3. Sujeto activo y pasivo

El autor de la falsedad material puede ser cualquier persona, aun el funcionario público, sin perjuicio de que en este supuesto sea de aplicación el artículo 298, inciso 2) del Código Penal.

El autor que efectúa una creación total de un documento falso sólo puede ser un tercero distinto al otorgante, ya que si fuere este el autor de la falsedad, el documento será siempre genuino, porque representará lo que él ha manifestado con independencia de que sea verídico o no lo que dijo. Se trataría de un documento mentiroso, ideológicamente falso -aunque siempre genuino-.³⁵ Pero en el caso de que la falsedad recaiga en forma parcial sobre un documento, el autor puede ser cualquiera, inclusive el mismo otorgante. En el supuesto del instrumento público, el sujeto activo puede ser el fedatario que ha intervenido en él.

En este delito, el sujeto pasivo puede ser cualquier persona pues la norma, al proclamar que pueda resultar perjuicio, despeja cualquier duda.

4.4. Consumación y tentativa

En cuanto al momento consumativo en la falsedad material es preciso distinguir si se trata de documentos públicos o privados. En el primer supuesto, la consumación coincidirá con la acción material, o sea, hacer en todo o en parte el instrumento público, pues en tal momento es que surge la posibilidad del perjuicio al bien jurídico. En el segundo supuesto, la falsedad se consumará con la utilización o empleo del documento espurio. En términos generales no es admitida la tentativa, y los actos de falsificación realizados con anterioridad a la consumación se reputan como actos preparatorios.³⁶

34. Buompadre, Jorge E., *op. cit.*, T. III, pp. 593-94.

35. *Ibíd.*, p. 598.

36. *Ibíd.*, pp. 599-600.

4.5. Aspecto subjetivo

Según Pérez Barbera, la doctrina no es uniforme en este aspecto, incluso refiere que hay autores -Fontán Balestra y Laje Anaya / Gavier- que ni siquiera se pronuncian al respecto, si bien cabe inferir que exigen dolo, mas no distinguen si se trata de eventual o directo. En cambio, otros ponen en claro que se exige dolo y que el mismo debe abarcar no sólo la falsedad, sino también la posibilidad de perjuicio, en cuanto a que ella no es una condición objetiva de punibilidad sino un elemento del tipo, aunque nada dice con respecto a si es suficiente el dolo eventual.³⁷ Otros estiman que debe haber dolo directo para la falsedad y dolo eventual para la posibilidad del perjuicio.³⁸ Y, finalmente, otros consideran que sólo es admisible el dolo directo y abarca tanto la falsedad como la posibilidad de perjuicio.³⁹ El autor en cita expresa que es preciso aclarar que la mayoría de los delitos de falsedad documental -incluido el de falsedad material- son, desde el punto de vista subjetivo, delitos de intención y, a su vez, dentro de ellos, los tipos básicos de los artículos 292 a 295 son delitos mutilados de dos actos, esto es, aquellos en los que el resultado adicional ha de ser provocado por una acción ulterior. Por ende, estos delitos contienen un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, que cabe inferir de la estructura propia del tipo objetivo, aunque no esté en él expresamente mencionado.⁴⁰

Por mi parte, expreso mis reparos con respecto a la categoría de los delitos “mutilados en dos actos”, por lo que me inclino a opinar que estamos en presencia de una figura delictiva que únicamente admite el dolo directo.

4.6. Falsificaciones específicas

Los párrafos segundo y tercero del artículo 292 punen falsificaciones de instrumentos allí delimitados determinados en los siguientes

37. Núñez, Ricardo, *Derecho Penal argentino. Parte Especial*, Buenos Aires, Lerner, 1974, T. VII, p. 214.

38. Soler, Sebastián, *Derecho Penal argentino. Parte Especial*, 4ª edición, Buenos Aires, TEA, 1996, T. V, p. 468.

39. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, T. III, p. 599; Creus, Carlos / Buompadre, Jorge, *op. cit.*, T. II, p. 474; Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. IV, p. 168.

40. Pérez Barbera, Gabriel, *op. cit.*, T. II, pp. 597-598, con cita de Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, La Ley, 2015, §10, 84, T. I, p. 317.

términos: “...Si el documento falsificado o adulterado fuere de los destinados a acreditar la identidad de las personas o la titularidad del dominio o habilitación para circular de vehículos automotores, la pena será de tres (3) a ocho (8) años. Para los efectos del párrafo anterior están equiparados a los documentos destinados a acreditar la identidad de las personas, aquellos que a tal fin se dieren a los integrantes de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales o penitenciarias, las cédulas de identidad expedidas por autoridad pública competente, las libretas cívicas o de enrolamiento, y los pasaportes, así como también los certificados de parto y de nacimiento”.

Los documentos mencionados en el párrafo segundo fueron introducidos por la Ley N° 20642 (BO 29/01/1974-ADLA 1974-A, 138); el del párrafo tercero por la Ley N° 21766 (BO 22/03/1978-ADLA 1978-B, 1371); y los certificados de parto o nacimiento incluidos en el párrafo tercero por la Ley N° 24410 (BO 02/01/1995-ADLA 1995-A, 6), quedando equiparados a los instrumentos públicos y con una escala penal distinta a la prevista en la figura básica del artículo 292. La razón de que se trate de documentos públicos la da la norma del artículo 289, inciso b) del Código Civil y Comercial de la Nación -equivalente al artículo 979 del CC-, pues se trata de documentos otorgados por funcionarios públicos, cuya forma está regulada por la ley.

Los documentos de identidad son aquellos destinados a acreditar la identidad de las personas, de acuerdo a las leyes nacionales o provinciales en la materia. A ellos se refieren el documento nacional de identidad expedido por el Registro Nacional de las Personas de acuerdo a la Ley N° 17671 (BO 12/03/1968) y sus modificatorias, que se otorga a la persona física desde su nacimiento y está especialmente habilitado para acreditar la identidad de las personas.

Las cédulas de identidad también revisten la calidad de documentos identificatorios, y antes eran expedidas por las autoridades policiales. No entran dentro de esta especificación las cédulas de identidad extranjeras.

Los pasaportes han sido incluidos dentro de las figuras agravadas de acuerdo a la Ley N° 21766 (BO 22/03/1978-ADLA 1978-B, 1371). También se incluyen los pasaportes extranjeros porque no se requiere que sean otorgados por la autoridad pública competente y, por otra parte, la persona extranjera prueba su identidad en la República con dicho documento.

La norma menciona los instrumentos que acreditan la titularidad del automotor que es expedida por el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor.

En cuanto a los documentos que acreditan la habilitación para circular de vehículos automotores, son las que se otorgan también por el Registro anteriormente mencionado, y se hace referencia a lo que vulgarmente se conoce como “cédula verde”. Mas no se incluyen los documentos que habilitan para circular con automotores a determinadas personas -licencia de conductor- ni los destinados a probar que una persona tiene autorización para conducir un particular automotor -autorización del propietario a terceros para circular con su automotor- o documentos que habilitan a circular al automotor para cumplir una determinada finalidad -por ejemplo, la habilitación para circular con vehículo de pasajeros-. Con respecto a las denominadas patentes, si bien son documentos destinados esencialmente a acreditar un pago de derechos, el artículo 22 del decreto-ley 6582/58 las incluye expresamente entre los documentos “exigibles para circular”; por ende, su falsificación está abarcada por el párrafo segundo del artículo 292.⁴¹

En el párrafo tercero del artículo 292 se equiparan a documentos destinados a acreditar la identidad de los integrantes de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales o penitenciarias, pero no quedan comprendidos los documentos que sólo están destinados a acreditar el grado, la función o la calidad que se posea dentro de la fuerza. Asimismo, se mencionan las cédulas de identidad pedidas por la autoridad pública competente, las libretas cívicas o de enrolamiento -estas últimas ya son reemplazadas por el Documento Nacional de Identidad- y el ya mencionado pasaporte.

A ello se le ha agregado, como se mencionó *ut-supra*, los certificados de parto y de nacimiento. Los primeros son los expedidos por el médico o la partera que intervino en el nacimiento de la persona y, los segundos, son los emitidos por el Registro de Estado Civil y Capacidad de la Persona cuando se inscribe el nacimiento.

41. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 115.

5. FALSEDAD IDEOLÓGICA

Este tipo penal está contenido en el artículo 293, acuñado de la siguiente forma: “*Será reprimido con reclusión o prisión de uno (1) a seis (6) años, el que insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio. Si se tratase de los documentos o certificados mencionados en el último párrafo del artículo anterior, la pena será de tres (3) a ocho (8) años*”.

La denominada falsedad ideológica está referida a aquella declaración falsa que se inserta o se hace insertar en un instrumento auténtico, de modo que no hay una afectación a los signos de autenticidad del documento, los cuales siguen siendo genuinos, sino a la veracidad de este. “Un documento es veraz cuando existe identidad entre la realidad exterior al documento y la realidad documental manifestada por su autor. La acción falsaria afecta, pues, este atributo de la declaración contenida en el instrumento. Se trata, en suma, de un documento que en sus formas es auténtico pero en su contenido es falso”.⁴²

5.1. Acción típica

Las alternativas que presenta la norma son las de “insertar” o “hacer insertar”.

Lo primero consiste tanto como introducir una cosa en otra, o sea, incluir en un documento -instrumento público- declaraciones que no son verídicas y que pueden llevarse a cabo únicamente por quien extiende el documento, esto es el oficial público que está cumpliendo con la función de autenticar aquel, atribuyendo al contenido del mismo un sentido diferente al que en realidad pasó ante él. “El fedatario da fe de un hecho que no ocurrió en su presencia o que, si ocurrió, lo ha sido de un modo diferente al que se materializa en el documento”.⁴³

La segunda acción -hacer insertar- implica que otro introduzca algo en una cosa; de allí que esta conducta se materializa cuando una persona -el otorgante del acto- logre -haga insertar- que otra persona -el fedatario- introduzca en el documento declaraciones falsas.

42. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, T. III, p. 602.

43. *Ibidem*, p. 603, citando a Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, T. VII, p. 571.

A simple vista se ve que este despliegue no puede ser cometido por el particular solo, pues requiere la contribución de otra persona, más concretamente el funcionario público que da fe del acto pasado en su presencia. Según Buompadre -a quien se sigue en este relato-, se trata de una infracción con muchas semejanzas con los delitos de acción doble, una de ellas realizada por quien hace insertar y la otra realizada por quien inserta.⁴⁴

No obstante lo dicho, la conducta será punible en la medida que exista un deber por parte del otorgante de decir verdad; de lo contrario, el accionar es atípico. En el supuesto de los funcionarios públicos, esta obligación está ínsita en la función que desempeña, mas en el caso de los particulares, sólo podrá tratarse de una obligación jurídica que tenga su fuente en la ley.

Es menester aclarar que la función del funcionario público que da fe no es la de certificar que están probadas las cosas que se han declarado ante él, sino la de dar por cierto que la declaración fue hecha en realidad. Por lo tanto, el funcionario no incurrirá en falsedad si asienta la escritura, por ejemplo, la declaración de una de las partes en el sentido de haber recibido el precio y la de la otra de haber entregado antes del acto que se asienta, y luego el pago resulta ser falso, ya que el funcionario se limita a decir que tal se dijo ante él, pero no que el pago haya sido efectivamente hecho, situación que corre por cuenta de quienes hacen la declaración. Decir lo contrario implicaría poder transformar lo falso en cierto por el sólo hecho de presentarse ante un notario y decirlo.⁴⁵ En consonancia con lo dicho, se puede afirmar que la mentira no deja de ser tal porque haya sido documentada; de allí que el que miente ante el fedatario y no está obligado a decir la verdad no comete este delito, como así tampoco el fedatario.

Los medios de comisión tienen un abanico bastante amplio, porque abarcan las simples mentiras, engaños fraudulentos, coacciones, intimidaciones, etcétera.

La norma indica específicamente que como resultado de este accionar pueda resultar perjuicio para otro bien distinto de la fe pública, situación similar a la que se da en la falsedad material.

44. *Ibidem*, p. 603.

45. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, T. VII, pp. 572-573.

¿Sobre qué recae este accionar? El objeto es únicamente un instrumento público, ya que son los únicos dotados de la garantía de la fe pública y con respecto a hechos que esta clase de documentos deben probar *erga omnes*, oponibles a terceros.

“Excepcionalmente, la ley incluye en la categoría de la falsedad ideológica la falsificación de ciertos instrumentos privados, como son, por ejemplo, el falso certificado (artículo 295, inciso 1) y las facturas de créditos (artículo 295, inciso 2). La inserción de declaraciones falsas en un instrumento privado es, por regla general, una falsificación material en la modalidad de ‘hacer en parte’ un instrumento privado”.⁴⁶

5.2. Sujetos del delito

Como el tipo penal en estudio admite dos modalidades, en el caso de “insertar”, el único sujeto activo posible es el oficial público, pues es el único que tiene competencia para garantizar la expedición del documento. En tanto que en la segunda modalidad -hacer insertar- el sujeto activo puede ser cualquier persona, pero sólo aquella en quien la ley pone a cargo la obligación de veracidad.⁴⁷

5.3. Consumación y tentativa

La falsedad ideológica se consuma cuando el instrumento público ha quedado perfeccionado con todos sus signos de autenticidad (firma, sellos, etcétera), aunque no se hayan realizado todavía los actos necesarios para oponerle la prueba por él constituida a terceros -por ejemplo, inscripciones registrales-, pues ya desde aquel momento nace la posibilidad de perjuicio.⁴⁸ Pero existe otra posición que considera que el delito no se consuma hasta tanto se use el documento público ateniéndose a la frase de la norma “...la falsedad recaiga sobre

46. Por todos Buompadre, Jorge, *op. cit.*, T. III, p. 605, con la reenumeración de los artículos conforme el DJA.

47. Sandro, Jorge, “La calidad de autor en la falsedad ideológica”, en *Doctrina Penal*, año 5, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1982, pp. 146 y ss.

48. Soler, Sebastián, *op. cit.*, T. V, p. 350; Núñez, Ricardo, *op. cit.*, T. V, vol. II, p. 216; Fontán Balestra, *op. cit.*, T. VII, p. 573.

un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio”; ello implica el uso jurídico perjudicante.⁴⁹

Los que interpretan que el delito de falsedad ideológica se consuma cuando queda perfeccionado, no admiten la tentativa. En cambio, los partidarios de la otra posición aceptan la tentativa de uso, que no llega a completarse por causas ajenas a su voluntad.⁵⁰

5.4. Aspecto subjetivo

Se trata de un delito doloso, de dolo directo pues requiera la conciencia acerca del tipo de documento en el que se introduce la falsedad, de la falsedad misma y de la posibilidad de perjuicio y, obviamente, de la voluntad de realizar la conducta típica.

5.5. Participación

Este tipo delictivo recepta todas las formas de participación; por ejemplo, los testigos del acto, conocedores de la falsedad que se inserta o se hace insertar, tendrían una intervención de cómplices necesarios; también se le ha asignado ese carácter al escribiente que confecciona materialmente el documento, pero su intervención dependerá de factores muy concretos.⁵¹

5.6. Agravantes

El párrafo segundo del artículo 293 contiene un agravante referido a los documentos o certificados mencionados en el último párrafo del artículo anterior, agravándose la pena que será de tres a ocho años.

Se ha argumentado que la Ley N° 21766 (BO 22/03/1978-ADLA 1978-B, 1371), al insertar en el artículo 292 lo que establece en el párrafo 3° del artículo 293, produce una perturbación porque cuando la Ley N° 20642 (BO 29/01/1974-ADLA 1974-A, 138) agregó en el 2° párrafo del artículo 292 las figuras especiales de falsificación material, enunciando determinados documentos, introdujo también el párrafo 2° del artículo 293, que castigaba la falsedad ideológica con referencia a los mismos documentos; pero cuando la Ley N° 21766 agregó el párrafo 3° del artículo

49. Baigún, David / Tozzini, Carlos, *op. cit.*, p. 302; Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. IV, p. 223.

50. Creus, Carlos, *op. cit.*, pp. 136-137.

51. Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. IV, p. 223.

292, no procedió de la misma forma con el artículo 293. Pero, según Creus, el último párrafo del artículo 293 se refiere al tipo del párrafo último del artículo 292, y ese tipo no radica en el párrafo 3º de esa disposición, sino en el párrafo en conjunción con el párrafo 2º, y es en este donde se describe la conducta de la figura especial, si bien es cierto que en la ley hay una incorrección, un defecto de técnica legislativa, el error es subsanable pues no vulnera el principio de legalidad, consecuentemente la remisión del párrafo 2º del artículo 293 se refiere a todos los documentos de las figuras especiales del artículo 292.⁵²

6. FALSIFICACIÓN POR SUPRESIÓN

El artículo 294 establece: *“El que suprimiere o destruyere, en todo o en parte, un documento de modo que pueda resultar perjuicio, incurrirá en las penas señaladas en los artículos anteriores, en los casos respectivos”*.

6.1. Acción típica

En este caso, la acción típica consiste en destruir o suprimir total o parcialmente un documento de modo que pueda resultar un perjuicio.

En términos generales, la acción de “suprimir” consiste en hacer imposible su utilización, sea porque se lo oculta, no se lo exhibe, no se lo entrega en el momento oportuno, se impide su localización, etcétera.

“Destruye” el que lo hace desaparecer como tal, deshaciéndose de él, reemplazándolo, borrando su contenido, inutilizándolo para su lectura, etcétera.

En realidad, es intrascendente el procedimiento que el sujeto activo emplea para realizar cualquiera de estas dos acciones, pues lo que realmente interesa a los fines de configurar al delito es que se afecte la estructura esencial o fundamental del documento -lo que este representa jurídicamente-. Es así que si dicha conducta no ha constituido un impedimento para que el documento ingrese en el tráfico jurídico, como medio probatorio el acto que está destinado a probar o no ha afectado su contenido, la relevancia penal es nula.⁵³ Está claro que

52. Creus, Carlos, *op. cit.*, pp. 145-146.

53. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, T. III, pp. 608-609, citando a Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 161; Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, T. VII, p. 577.

tanto la destrucción como la supresión pueden recaer sobre documentos públicos o privados. Pero, con referencia a los primeros, se suscita en la doctrina una controversia.

En efecto, para un sector de la doctrina, en el caso de los instrumentos públicos, las acciones pueden recaer sobre el protocolo o los ejemplares originales, sobre los testimonios de estos o sobre las copias autenticadas, ya que el perjuicio estaría dado por los gastos ocasionados a la parte otorgante y en los efectos de la demora en conseguir otra copia o testimonio.⁵⁴

En tanto que la mayoría de la doctrina, contrariamente, considera que la destrucción de la copia no consistirá en delito en tanto y en cuanto subsista el original en su integridad, ya que desaparece la posibilidad de perjuicio como un requisito típico, en la medida que existe la fuente de prueba que el documento representa, de modo que no basta la destrucción de una copia reemplazable, por ejemplo, de una escritura pública, como así tampoco existe perjuicio solamente derivado del gasto de la confección de una nueva copia.⁵⁵ Empece, sin abandonar esta orientación, se asegura que la destrucción o supresión de la copia -existiendo original- provocaría la tipicidad de la figura en la medida que el acceso al original sea muy difícil o complicado de concreción, cuando la copia contenga atestaciones que son las que le otorgan un valor o, en definitiva, cuando sea el único testimonio del documento original.⁵⁶

6.2. Sujeto activo

La particularidad de este delito está dada porque el sujeto activo puede ser cualquier persona, a diferencia de la falsedad ideológica, y el objeto es un documento público privado, como se ha dicho más arriba, pero tiene que ser genuino o verdadero.

54. Moreno (h), Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, H.A. Tommasi, 1923, T. VII, p. 38; Marcópulos, Mario, *op. cit.*, p. 622 y ss.

55. Soler, Sebastián, *op. cit.*, T. V, p. 345; Núñez, Ricardo, *op. cit.*, T. V, vol. II, p. 217; Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, T. VII, p. 576; Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 162 y ss.

56. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 163.

6.3. Posibilidad de perjuicio

Como en todos estos delitos cometidos sobre documentos, se requiere la posibilidad de perjuicio como un elemento típico objetivo y de un perjuicio potencial.

6.4. Consumación y tentativa

Al tratarse de un delito de peligro y de pura actividad, la consumación coincide con la realización de las conductas típicas, y en términos generales se rechaza la tentativa.

6.5. Aspecto subjetivo

Desde este aspecto, se puede decir que se trata de un delito doloso, de dolo directo, ya que no requiere ningún elemento subjetivo especial; simplemente, debe estar presente la conciencia del tipo de documento que se trate, de la anulación de la representatividad del mismo y de la posibilidad de perjuicio, aunados a la voluntad de realizar las conductas típicas.

7. CERTIFICADO MÉDICO FALSO

El artículo 295, inciso 1), consigna: *“1) Sufrirá prisión de un (1) mes a un (1) año, el médico que diere por escrito un certificado falso, concerniente a la existencia o inexistencia, presente o pasada, de alguna enfermedad o lesión cuando de ello resulte perjuicio. La pena será de uno (1) a cuatro (4) años, si el falso certificado debiera tener por consecuencia que una persona sana fuera detenida en un manicomio, lazareto u otro hospital...”*.

7.1. Acción típica

Este inciso, como se aprecia, contiene dos figuras distintas, las que, si bien la conducta típica se asienta en la expedición de un certificado médico falso, en la primera se trata de cualquier enfermedad o lesión; en la segunda se refiere a determinadas enfermedades, actitudes de daño y otra de peligro.

Son falsedades ideológicas que se cometen en un instrumento privado, erigiéndose así en una excepción al principio general referido a la comisión de aquella forma de falsedad. Por ende, cuando la

falsificación recaiga sobre el certificado médico, y sea material el hecho, no se encasillará en el presente inciso del artículo 295 sino en el artículo 292.

Cualquiera de las dos modalidades debe recaer sobre un documento genuino o auténtico.

El “certificado médico” es una constancia escrita extendida por un médico diplomado, en el que se hace constar la existencia o no de una enfermedad o lesión de cualquier índole, su tiempo de curación o tratamiento, o cualquier otra circunstancia relacionada con el hecho que se afirma, y se trata de una constancia escrita.⁵⁷ No lo es la historia clínica.

Se ha dicho que este tipo penal tiene dos modalidades: la primera está dada por el hecho de otorgar documento falso -certificado médico-, en el que consta la existencia o no de una enfermedad o lesión de la cual deriva un perjuicio para la propia persona o para un tercero, y requiere, en este caso, un daño efectivo en la propia persona que se indica en el falso certificado o en un tercero, y el perjuicio deriva directamente de la afirmación escrita en el documento falso. De esta manera, el daño que derive de cualquier otra circunstancia ajena a la afirmación escrita de la falsedad, margina la tipicidad. Al hablar de un daño efectivo, se descarta la posibilidad de perjuicio, sino que este debe ser real. El documento debe hacer mención a una persona determinada.

La segunda modalidad implica que la extensión del certificado médico falso debe tener como consecuencia que una persona sana fuera detenida en un manicomio, lazareto u otro hospital.

Una parte de la doctrina aboga por el hecho de tratarse de una figura agravada del primer párrafo.⁵⁸ Otros interpretan que se trata de una figura autónoma.⁵⁹ Participo de este criterio.

La infracción es de peligro, ya que no se requiere para su consumación la efectiva causación de un perjuicio, sino que concurra la concreta posibilidad de que una persona sea internada en alguno de los

57. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, T. III, p. 612.

58. Breglia Arias, Omar / Gauna, Omar, *Código Penal y leyes complementarias. Comentado y concordado*, 6ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2007, T. II, p. 807; Marcópulos, Mario, *op. cit.*, p. 625; Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, T. VII, p. 583; Buompadre, Jorge, *op. cit.*, T. III, p. 614.

59. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 187 y ss.; Pérez Barbera, Gabriel, *op. cit.*, T. II, p. 634, quien expresa que este tipo delictivo no debería estar legislado en este título sino entre los delitos contra la libertad. Parece ser de esa opinión Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. IV, p. 254.

lugares mencionados por la norma, mas si la internación efectivamente se produce, este tipo penal concurre en forma ideal con el delito de privación ilegal de la libertad personal.⁶⁰

La internación debe ser en un “manicomio” -término en desuso-, reemplazado por un instituto de salud mental. “Lazareto” -también en desuso-, pero que designa a un lugar de internación de personas que han contraído enfermedades contagiosas y peligrosas u “hospital”.

La falsedad debe estar referida a la existencia ficticia de una dolencia que motiva la necesidad de la internación del sujeto que debe tratarse de una persona sana, es decir que no padece la enfermedad que el certificado médico falso le atribuye.⁶¹

7.2. Sujeto activo

Al tratarse de una *delicta propria*, sólo puede ser agente un médico diplomado y habilitado para ejercer la profesión.

*“Si bien se dice que no es imprescindible la inscripción matricular, cuando ella sea requisito de habilitación, difícilmente nos encontremos con el delito, ya que el certificado falso será un documento sin valor alguno: sólo quien puede actuar como médico puede expedir certificados médicos que es el objeto material del delito, sin perjuicio, por supuesto, de la inserción de la conducta del que no es médico dentro de los límites de otras tipicidades”.*⁶²

Núñez, por ejemplo, extiende el alcance de los sujetos activos a los profesionales del arte de curar,⁶³ pero esto ha sido rechazado por la doctrina y la jurisprudencia.

7.3. Consumación y tentativa

En el caso del apartado primero, al tratarse de una infracción de resultado, el delito se consuma con la producción de perjuicio y no con el mero uso del falso certificado médico.⁶⁴ “La estructura típica de

60. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, T. III, p. 615.

61. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 189.

62. *Ibíd.*, p. 179.

63. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, T. V, vol. II, p. 218.

64. Breglia Arias, Omar / Gauna, Omar, *op. cit.*, T. II, p. 807; Núñez, Ricardo, *op. cit.*, T. V, vol. II, p. 218; Buompadre, Jorge, *op. cit.*, T. III, p. 614; Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. IV, p. 256; Creus, Carlos, *op. cit.*, pp. 174-175; no obstante, no descarta la posibilidad de consumación

infracción de resultado impide que el mero uso del documento consuma el delito, pues bien puede imaginarse una conducta de uso sin que ella derive un perjuicio para el propio beneficiario del certificado o de un tercero”.⁶⁵ La tentativa parece admisible.

En el apartado segundo, la infracción también se consuma con la dación del certificado médico falso, máximo teniendo en cuenta que se trata de un delito de peligro. En este caso, la tentativa no parece admisible porque los actos anteriores se reputan preparatorios.

7.4. Aspecto subjetivo

En el caso del párrafo primero se está en presencia de una figura dolosa de dolo directo, pues el autor debe tener conciencia no sólo de la falsedad que inserta en el certificado médico, sino del perjuicio que ello acarreará. Pero el autor que hace esta afirmación, paradójicamente también admite el dolo eventual, ya que puede ocurrir que el médico extienda el certificado asintiendo una consecuencia dañosa derivada de las mismas.⁶⁶

En el supuesto del segundo párrafo se está en presencia de un tipo de peligro concreto doloso y de dolo directo, pues se exige la concurrencia de una concreta finalidad que guía la conducta del sujeto activo a la internación de la persona.

8. FALSEDAD EN FACTURAS DE CRÉDITOS

El artículo 295, inciso 2, establece: “*Quienes emitan o acepten facturas de crédito que no correspondan a compraventa, locación de cosas muebles, locación de servicios o locación de obra realmente contratadas, serán sancionados con la pena prevista en el artículo 293 de este Código. Igual pena les corresponderá a quienes injustificadamente rechacen o eludan la aceptación de factura de crédito, cuando el servicio ya hubiese sido prestado en forma debida, o reteniendo la mercadería que se le hubiere entregado*”.

a través de su uso. Siguen esta postura Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, T. VII, p. 583; y Soler, Sebastián, *op. cit.*, T. V, p. 360, al entender que se trata de un documento privado.

65. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, T. III, p. 614.

66. *Ibidem*, p. 613.

Esta norma ha sido introducida por la Ley N° 24760 (BO 13/01/1997), que viene a reemplazar la Ley N° 24064 (BO 17/01/1992-ADLA 1992-A, 80), relativa a las facturas conformadas.

De acuerdo a la legislación vigente, la “factura de crédito” es un título valor o de crédito, también llamado título circulatorio, y ante el cual se ejerce el derecho literal y autónomo que en él se menciona. Es un documento escrito en el que se reconoce una deuda en beneficio de otra persona, pero es un instrumento privado y a los efectos penales se equipara a instrumentos públicos.

A los fines de ejercer el derecho que se expresa en el título valor, se requieren los siguientes ítems: 1) la “tenencia del documento”; de lo contrario, no puede ejercerse el derecho que emana de este; 2) el documento “vale por lo que está escrito”, consiguiente no se puede exigir más de lo que está consignado y de anverso no se puede pretender pagar menos; 3) el documento es “autónomo”, vale por sí mismo.

Este nuevo título valor representa, en forma escrita, la deuda que alguien reconoce, con el alcance de lo expresado en la factura de crédito, y siempre que surja de las operaciones que hacen obligatoria su emisión, de modo que su existencia física es necesaria para poder ejercer el derecho que emana de tal documento. Puede acumularse, guardarse, depositarse y negociarse, de acuerdo a las formalidades establecidas por la Ley N° 24760.⁶⁷

Esta factura de crédito es un título formal, por lo tanto debe reunir ciertos elementos para procurar su eficaz validez, de modo que si falta uno de ellos el instrumento en sí no llega a ser factura de crédito y no tendrá validez ni eficacia en el tráfico jurídico.⁶⁸

67. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, T. III, pp 621-622, citando a Chalupowicz, Israel, *Factura de crédito*. Ley 24.760, Buenos Aires, Osmar Buyatti, 1997, p. 16.

68. Artículo 2: “La factura de crédito deberá reunir los siguientes requisitos: a) La denominación ‘factura de crédito’ impresa, inserta en el texto del título. b) Lugar y fecha de emisión. c) Numeración consecutiva y progresiva. d) Fecha de vencimiento de la obligación de pago expresada como día fijo. e) Lugar de pago. Si este no se hubiese indicado, la factura de crédito deberá abonarse en el domicilio del comprador o locatario. f) Identificación de las partes y determinación de sus respectivos domicilios. g) El importe a pagar expresado en números, letras y tipo de moneda; de no especificarse el tipo de moneda se presume que corresponde la del lugar de emisión. En caso de pago en cuotas deberán emitirse tantos ejemplares de facturas de crédito como cuotas, dejando constancia en cada uno de ellos el número del total de cuotas

Por otra parte, se debe consignar que este título de crédito es un elemento normativo del tipo por lo que su definición se encuentra en una ley extrapenal.

y el de la cuota correspondiente al ejemplar. Cada ejemplar circulará como Título de valor independiente, por lo que deberá instrumentarse en original firmado; en tanto, la aceptación deberá producirse en cada uno específicamente. h) Identificación del número de la factura o documento equivalente que dio origen a la emisión de la factura de crédito. i) En caso de haber anticipo deberá dejarse constancia del mismo, descontarlo del importe total y establecer el saldo neto, el cual deberá estar expresado en letras y números y será el importe de la factura de crédito. j) La firma del vendedor o locador. k) La firma del comprador o locatario. l) En el texto de la factura de crédito deberá expresarse que la firma de la misma, por el comprador o locatario, tendrá el efecto irrevocable de aceptación de su exactitud y el reconocimiento de la obligación de pago. El vendedor, locador o prestador, ante la recepción de la factura de crédito aceptada, emitirá y entregará concomitantemente un recibo de factura de crédito. En las operaciones a distancia el recibo de factura de crédito deberá entregarse dentro de los cinco (5) días siguientes al de recepción de la factura de crédito aceptada. La factura de crédito podrá ser sustituida por el Título valor denominado 'Cobranza Bancaria de Factura de Crédito', emitido por una entidad financiera autorizada por el Banco Central de la República Argentina. La Cobranza Bancaria de Factura de Crédito estará sujeta a las reglamentaciones que dicte el Poder Ejecutivo Nacional y el Banco Central de la República Argentina y deberá reunir como mínimo los siguientes requisitos: 1. La denominación 'Cobranza Bancaria de Factura de Crédito'. 2. Lugar y fecha de emisión. 3. Nombre del vendedor o locador y su Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT). 4. Nombre y domicilio del comprador o locatario y su Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT). 5. Número de la factura de crédito. 6. Importe a pagar. 7. Fecha de vencimiento de la obligación, la que debe ser idéntica a la de la factura de crédito sustituida. 8. Nombre de la entidad financiera en la cual se encuentra abierta la cuenta corriente bancaria en la cual será acreditado el pago y el número de dicha cuenta. Deberá entregarse el duplicado de la Cobranza Bancaria de Factura de Crédito al comprador o locatario como mínimo con quince (15) días corridos de anticipación al vencimiento de la obligación, y podrá ser emitida y transmitida por medios electrónicos, magnéticos o afines de acuerdo con lo que establezca la reglamentación. La Cobranza Bancaria de Factura de Crédito deberá ser cancelada por el deudor por intermedio de una entidad financiera autorizada por el Banco Central de la República Argentina. Constituirá práctica desleal cualquier procedimiento del comprador o locatario destinado a impedir o dificultar que el vendedor o locador utilice la factura de crédito o la Cobranza Bancaria de Factura de Crédito, resultando pasible en tales casos de las sanciones resultantes de la legislación vigente y responsable de los daños y perjuicios que haya causado. El vendedor o locador deberá llevar un Libro de Registro de las Facturas de Crédito emitidas en cada caso o de sus documentos sustitutivos, conforme lo establezca la reglamentación".

Artículo 3: "La omisión de cualquiera de los requisitos previstos en el artículo 2° produce la inhabilidad de la factura de crédito a todos los efectos del régimen previsto en esta ley".

8.1. Presupuestos del delito

Se necesitan los siguientes presupuestos para la comisión de este delito: a) que el documento suscrito por las partes contratantes sea una “factura de crédito”; no se consideran tales las facturas simples, las facturas emitidas por el propio deudor, el pagaré, el cheque, etcétera; b) que el documento contenga todos los requisitos que enumera el artículo 2 de la Ley N° 24760, ya transcrita; c) que las partes contratantes sean aquellas que la ley establece: vendedor o locador –acreedor-, comprador o locatario –deudor-, y que están obligados a emitir factura; d) que la operación que constituye la base del contrato sea de las que expresamente están previstas en la ley, o sea, contratos de compraventa de cosas muebles o locación de cosas muebles o de servicio o de obra. La emisión por parte del vendedor y aceptación por parte del comprador es de carácter obligatorio; y e) que el comprador o locatario hayan aceptado el documento para convertirse en “obligados principales y directos”.⁶⁹

8.2. Acción típica

El tipo penal en trato determina dos acciones específicas: a) la emisión o aceptación de facturas de crédito que no se correspondan con las operaciones previstas en la ley, y b) el rechazo o negativa injustificada de aceptación de una factura de crédito cuando el servicio ya se hubiese realizado o retenido la mercadería entregada.

La primera modalidad consiste en “emitir” o “aceptar” una factura de crédito sobre operaciones distintas a las previstas expresamente por la ley, esto es, compra-venta, locaciones de cosas muebles, locaciones de servicios o de obra que realmente hayan sido contratados. En todo caso, debe tratarse de una operación ficticia, ya que la finalidad perseguida por los contratantes sea la de beneficiar a una de las partes, el vendedor o locador –acreedor-, generando un derecho crediticio que emerge de una operación simulada o fraudulentamente concertada. Por ende, la operación requiere la intervención de dos o más personas, debido a que la presencia del deudor es imprescindible, pues no sólo debe aceptar el título obligatoriamente, sino que la aceptación es un presupuesto para el nacimiento del documento y su posterior circulación. En definitiva, lo que la norma persigue es el empleo del

69. Buompadre, Jorge, *op. cit.* T. III, p. 624.

instrumento, mediante su emisión dolosa, para usarlo financieramente, sea ante un banco o cualquier otra entidad financiera.⁷⁰

La otra modalidad consiste en “rechazar” o “eludir” injustificadamente la aceptación de una factura de crédito cuando ya se hubiera recibido la mercadería objeto de la compraventa y la retuviera, o cuando el servicio ya se hubiese prestado en forma debida, o entregada la obra o la cosa objeto de la locación.

De conformidad con la Ley N° 24760, es obligatorio para el comprador o locatario -deudor- la aceptación de las facturas de crédito emitidas por el vendedor o locador -acreedor-, salvo que exista alguna excepción prevista en forma expresa por la ley; el artículo 4 determina cuáles son las excepciones: *“El comprador o locatario estará obligado a aceptar la factura de crédito, excepto en los siguientes casos: a) Daño en las mercaderías, cuando no estuviesen expedidas o entregadas por su cuenta y riesgo; b) Vicios, defectos y diferencias en la calidad o en la cantidad debidamente comprobados; c) Divergencias en los plazos o en los precios estipulados; d) No correspondencia con los servicios o la obra efectivamente contratados; e) Que la factura de crédito tenga alguno de los vicios formales que causen su inhabilidad en los términos del artículo 3 de la presente”*.

Válidamente, la acción típica está dada cuando el deudor rechaza o elude “injustificadamente” el instrumento, o sea sin motivo o razón valedera alguna.

Debe tratarse de una operación real, de una factura de crédito emitida de acuerdo a la ley y que representa una compraventa o una locación verídica y existente, y el deudor no acepte o eluda su aceptación sin un real motivo, cuando ha recibido el servicio o retiene la mercadería. En este caso, la conducta desplegada da lugar a un doble encuadramiento penal entre el delito en trato y la retención indebida del artículo 173, inciso 2 en concurso ideal.⁷¹

Creus critica el tipo de la parte segunda al entender -no sin razón- que su construcción parece estar más cerca de un delito contra la propiedad que contra la fe pública, lo cual puede variar su requisito de punibilidad, sin perjuicio de las dificultades dogmáticas que plantea su interpreta-

70. *Ibidem*, pp. 624-625.

71. *Ibidem*, pp. 626-627.

ción, sumándole a ello la posibilidad de que el tipo puede ser considerado una verdadera “prisión por deudas”, inconstitucional, por cierto.⁷²

Por otra parte, se aduce que la segunda parte de la norma no describe una conducta dirigida contra la falsedad documental, sino que sanciona a quienes habiendo recibido el bien o servicio de conformidad a lo contratado, luego rechazan o eluden aceptar la factura de crédito donde se constata la operación, impidiendo a la otra parte -vendedor o locador, o entidad financiera interviniente- contrate con un título cambiario perfecto.⁷³

8.3. Sujeto del delito

Se trata de un tipo especial, *delicta propria*, que sólo puede ser cometido por un círculo limitado de sujetos: el vendedor o el locador -que es el acreedor de la operación y creador material del documento-, que se lo denomina emisor o librador, y el comprador o locatario -que es el deudor obligado al pago y el creador jurídico o cambiario del documento-, quien debe aceptar el título. Queda al margen el endosante, sujeto no mencionado en la nueva figura, aunque puede incurrir en el uso del documento falso.

En la segunda alternativa delictiva, igualmente se está ante un tipo especial, pero sólo puede ser sujeto activo el comprador o locatario de la operación, que la persona que debe aceptar la factura de crédito emitida por el vendedor o el locador, y al no hacerlo comete el ilícito.

8.4. Consumación y tentativa

Este delito es de pura actividad y se consuma con la realización de las acciones típicas, sin que sea menester un daño patrimonial con independencia del que se pueda derivar de una operación fraudulenta en perjuicio de una de las partes o de alguna institución crediticia. La tentativa no es factible.

72. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 232.

73. Herbel, Gustavo, *La normativa penal incorporada por el régimen de la factura de crédito [ley 24.760]*, LL 1997- F-1261, citado por Arce Aggeo, Miguel / Baéz, Julio (Dirs.) / Asturias, Miguel (Coord.), *Código Penal comentado y anotado. Parte especial*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2013, T. III, p. 1532.

En el segundo caso, como en el supuesto anterior, el hecho se consuma con el rechazo de la aceptación del título o la actividad dirigida a eludir el rechazo. Tampoco la tentativa es factible.⁷⁴

Desde otro punto de vista, se expresa que el delito se consuma en la primera parte de la norma al momento de ser usado el documento, en tanto que para la segunda parte del artículo el hecho disvalioso se concreta en ocasión del rechazo del documento.⁷⁵

8.5. Aspecto subjetivo

Las dos alternativas que propone la norma son dolosas de dolo directo, ya que en el primer caso comprende el conocimiento cierto de estar interviniendo en una acción de emisión o aceptación de una factura de crédito vinculada con una operación no prevista en la ley, aunada a la voluntad de completar esa operación espuria. En el segundo caso, el dolo consiste en el rechazo injustificado de un título correctamente emitido.

9. USO DE DOCUMENTO FALSO

El artículo 296 del Código Penal establece: *“El que hiciera uso de un documento o certificado falso o adulterado será reprimido como si fuera autor de la falsedad”*.

9.1. Acción típica

Brevemente, se puede decir que la acción típica consiste en hacer uso de un documento falso en el tráfico jurídico, tratándose de que aquel sea público o privado, nacional o extranjero, de conformidad con el destino probatorio. No es punible la tenencia del documento falsificado, el uso falso del documento auténtico, el hecho de llevarlo encima, el uso de un documento verdadero con datos erróneos, etcétera.⁷⁶

74. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, T. III, pp. 625-627.

75. Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. IV, p. 282.

76. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, T. V, vol. II, p. 219; Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 187 y ss.; Soler, Sebastián, *op. cit.*, T. V, p. 356; Marcópulos, Mario, *op. cit.*, p. 625; Estrella, Oscar / Godoy Lemos, Roberto, *op. cit.*, T. III, pp. 782-784; Buompadre, Jorge, *op. cit.*, T. III, p. 616; Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. IV, p. 261.

Con respecto a la posibilidad del perjuicio que pueda derivar del uso de un documento o certificado falso o adulterado, se deben tener en cuenta los principios generales expuestos *ut-supra*, con atinencia a la posibilidad o efectividad del perjuicio, poniendo énfasis en la forma en que el documento falso es utilizado.

9.2. Sujeto activo

El sujeto activo del tipo delictivo puede ser cualquier persona, en tanto y en cuanto no se trate del propio falsificador, ya que el uso del documento falso es una figura autónoma, de modo que se castiga siempre que no haya coincidencia entre la persona del falsificador y de quien usa el documento en cuestión. La conducta de usar un documento que el mismo sujeto previamente había falsificado es absorbida por las respectivas figuras de las falsedades documentales, las que se excluyen mutuamente con esta figura, ya que castigar la falsificación y el uso en una misma persona es violatorio de la regla "*ne bis in idem*".⁷⁷

9.3. Consumación y tentativa

En el caso de documentos privados, el autor de la falsedad al usar el documento, en realidad consuma el delito que había iniciado con la falsificación, en tanto que si se trata de documentos públicos, que no requieren de su uso para que se perfeccione el delito, el autor de la falsedad que usa el documento continúa con la consumación de aquel.⁷⁸ En el caso del certificado médico, requiere la efectiva producción de ese perjuicio. La tentativa no es admisible.

9.4. Aspecto subjetivo

Requiere dolo directo, esto es, el conocimiento positivo por parte del sujeto activo de la falsedad y la voluntad de usar el documento como tal, descartándose así el dolo eventual y obviamente las formas culposas.

77. Estrella, Oscar / Godoy Lemos, Roberto, *op. cit.*, T. III, p. 784.

78. Ídem; Carreras, Eduardo, *op. cit.*, p. 116; Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 197. Es interesante la disquisición que realizan sobre el particular Baigún, David / Tozzini, Carlos, *op. cit.*, p. 282 y ss.

10. DOCUMENTOS EQUIPARADOS

El artículo 297 consigna: “Para los efectos de este Capítulo, quedan equiparados a los instrumentos públicos los testamentos ológrafos o cerrados, los certificados de parto o de nacimiento, las letras de cambio y los títulos de crédito transmisibles por endoso o al portador, no comprendidos en el artículo 285”.

La mención que hace esta norma está referida a que los documentos que se mencionan en ella -testamentos ológrafos o cerrados, certificados de parto o nacimiento, letras de cambio y títulos de créditos transmisibles por endoso o al portador que no sean los mencionados en el artículo 285- no son instrumento público, sino instrumentos privados equiparados a aquellos por una disposición de la ley. De manera que la falsedad que pueda cometerse sobre ellos se reputa como una falsedad material contenida en el artículo 292, con la salvedad del falso certificado médico (artículo 285).

La equiparación es a los efectos de la pena y no del delito. Se está en presencia de una enumeración taxativa, por lo que se excluye cualquier otro documento.

Ellos son: a) Testamentos ológrafos o cerrados: es el mencionado en el artículo 2477 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.⁷⁹

b) Certificados de parto o de nacimiento: aluden a los instrumentos que pueden ser expedidos por médicos que, sean también, funcionarios públicos por desempeñarse en un hospital público, por ende tendrán el carácter de tales. Empece, también pueden ser emitidos por médicos particulares, de modo que se tratará de un instrumento privado equiparado público, aunque, como ya se ha dicho *ut-supra*, la equiparación es sólo a los efectos de la pena, seguirán siendo

79. Artículo 2477: “El testamento ológrafo debe ser íntegramente escrito con los caracteres propios del idioma en que es otorgado, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de estas formalidades invalida el acto, excepto que contenga enunciaciones o elementos materiales que permitan establecer la fecha de una manera cierta. La firma debe estar después de las disposiciones, y la fecha puede ponerse antes de la firma o después de ella. El error del testador sobre la fecha no perjudica la validez del acto, pero el testamento no es válido si aquel le puso voluntariamente una fecha falsa para violar una disposición de orden público. Los agregados escritos por mano extraña invalidan el testamento, sólo si han sido hechos por orden o con consentimiento del testador”.

instrumentos privados. Por dicha situación algunos autores entienden que con el agregado de estos instrumentos a la norma, se ha consagrado una nueva excepción a la regla general, según la cual la falsedad ideológica sólo se configura en documentos públicos.⁸⁰

c) Letras de cambio: es la orden escrita revistada de ciertas formalidades, por la cual una persona encarga a otra el pago de una suma de dinero, y para poder falsificarla es necesario que exista como tal.⁸¹

d) Título de créditos transmisibles por endoso o al portador, con la condición de que no se encuentren comprendidos en la enumeración del artículo 285.⁸²

11. FALSIFICACIÓN DOCUMENTAL EN MATERIA DE ABIGEATO⁸³

El artículo 298, inciso 1, estipula: “*Se impondrá prisión de uno a tres años al funcionario público que, por imprudencia o negligencia, intervenga en la expedición de guías de tránsito de ganado o en el visado o legalización de certificados de adquisición u otros documentos que acrediten la propiedad del semoviente, omitiendo adoptar las medidas necesarias para cerciorarse de su procedencia legítima...*”.

En el Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional al Congreso sobre este tópico, se alegaba que: “Se ha considerado conveniente reforzar el deber de vigilancia que es dable exigir a los funcionarios públicos, que de ordinario intervienen en la expedición de guías de tránsito y demás

80. Creus señala que la Ley N° 24410 ha conmovido el sistema del artículo 297, porque si bien el certificado de parto puede considerarse documento privado, el certificado de nacimiento es, por su naturaleza, un documento público respecto del cual la equiparación del artículo 297 no tiene razón de ser y deviene confusa (cfr. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 205).

81. Donna, Edgardo, *op. cit.*, T. IV, p. 274.

82. Artículo 285: “Para los efectos de los artículos anteriores quedan equiparados a la moneda nacional, la moneda extranjera, los títulos de la deuda nacional, provincial o municipal y sus cupones, los bonos o libranzas de los tesoros nacional, provinciales y municipales, los billetes de banco, títulos, cédulas, acciones, valores negociables y tarjetas de compra, crédito o débito, legalmente emitidos por entidades nacionales o extranjeras autorizadas para ello, y los cheques de todo tipo, incluidos los de viajero, cualquiera que fuere la sede del banco girado”.

83. Extracto de Figari, Rubén, *El delito de abigeato y sus conexidades*, Córdoba, Mediterránea, 2012, pp. 245, 247-252.

documentos propios del comercio ganadero, acuñando un tipo culposo al cual, en razón de la naturaleza del bien jurídico en juego, resulta apropiado darle cabida en el Capítulo III del Título XII del Código Penal, como artículo 293 bis”.⁸⁴

Se puede intentar ensayar una idea sobre qué protege la norma del artículo 298, inciso 1, alusiva a la documentación que acredite la propiedad de los semovientes. En dicho trance, se ha dicho que el bien jurídico es el tráfico jurídico, y más específicamente, los documentos mencionados en la norma que tienen importancia desde el punto de vista de tres funciones -prueba, perpetuidad o garantía-, sin perjuicio de que también se tiene en cuenta otro bien jurídico, como es en este caso, la propiedad del ganado.⁸⁵

Villada comenta que el bien jurídico protegido parece ser la fe pública respecto de delitos estrictamente pecuarios, ya que la nueva figura se halla inmersa en ese título del Código Penal, pero con referencia exclusiva a una actividad funcional determinada. Pero objeta su redacción, pues considera que el delito en cuestión se hubiese adecuado mejor en el “incumplimiento culposo de funciones”, dentro del Título XI “Delitos contra la Administración Pública”, a continuación del incumplimiento culposo de los deberes funcionales que introdujo el artículo 248, inciso 2, insertado entre dos tipos dolosos como son los de los artículos 248, inciso 1 y 249, inciso 1, todos del Código Penal.⁸⁶ Y muy errado no está.

11.1. Acción típica

Este tipo penal incorpora la única conducta culposa en el capítulo destinado a la falsificación de los documentos en general, y lo hace en lo específicamente ganadero. Se sigue utilizando el dudoso término “intervenga” como en las anteriores disposiciones que se han comentado, y la culpa está circunscripta únicamente a la imprudencia o negligencia, excluyendo a las restantes formas, tales como la impericia o la inobservancia de los reglamentos o deberes.

84. Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional.

85. Donna, Edgardo, *Delitos contra la propiedad*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 110.

86. Villada, Jorge, *Abigeato. Las nuevas figuras de la ley 25.890*, Córdoba, Advocatus, 2004, p. 55.

Se ha dado en la doctrina una discusión sobre si se trata de un delito imprudente de acción o de omisión.

Tazza plantea una serie de cuestiones respecto a la conformación típica de esta norma; en primer término, señala que el artículo 293 bis -ahora 298, inciso 1- consagra una forma delictiva novedosa de delito imprudente, que consiste en sancionar una acción o una omisión que no produce resultado alguno, y ni siquiera se concreta en la efectiva producción de un peligro para el bien jurídico protegido por la norma penal. “En realidad lo único que castiga es el incumplimiento de ciertas obligaciones pertenecientes a una determinada actividad o profesión, aun cuando con ello no se haya producido modificación alguna en el mundo exterior”,⁸⁷ y señala varios defectos de técnica legislativa y otros de estricta política criminal. Así, no queda claro cuál es la acción u omisión típica de este delito, ya que en todos los supuestos previstos en la legislación nuestra siempre se ha indicado la acción o la omisión característica del delito por la descripción que el verbo efectúa en tercera persona del singular en modo infinitivo y como futuro imperfecto, cosa que no se advierte en la norma en análisis, ya que en vez de indicar como acto la acción de intervenir en aquella modalidad -“interviniere”- le ha dado otro giro formal -“intervenga”-, lo que no se compadece con el resto de los verbos típicos contenidos en el ordenamiento jurídico penal. Entonces, destaca que no se puede afirmar categóricamente que la conducta punible consista o en “intervenir” -el artículo dice intervenga- o en “omitir”, ya que la descripción señala a continuación: “omitiendo” los deberes a su cargo, pero cuando el catálogo de fondo utiliza este giro idiomático -gerundio-, se refiere más bien al modo de comisión que a la acción misma. De modo que, concluye, que no se sabe con claridad si se trata de un delito imprudente activo -intervenga- o un delito imprudente omisivo -omitiere- o si se trata de un delito de acción compleja -intervenga y además omita-, similar en su estructura a lo previsto por el artículo 302, inciso 1 del Código Penal. El autor en cita se inclina por la primera alternativa, aunque sobre lo que pone énfasis es en lo relativo a que por primera

87. Tazza, Alejandro, “El fin de los delitos culposos de resultado material”, en Ferrara, Juan (Dir.) / Simaz, Alexis (coord.), *Temas de Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 253.

vez en la legislación argentina, se consagra un delito culposo o imprudente de peligro abstracto, tal como ocurre con el artículo 277 ter (ahora 278, inciso 2).⁸⁸

Destacan Creus / Buompadre que el delito no consiste en “no adoptar las medidas necesarias tendientes a verificar la procedencia legítima del ganado” -que podría configurar una infracción de naturaleza administrativa-, sino en “intervenir” en la expedición de ciertos documentos -guías de tránsito, documentos acreditadores de la propiedad del semoviente, etcétera-, “omitiendo” adoptar las medidas necesarias para determinar la procedencia lícita del ganado que están impuestas por una legislación extrapenal. Por lo que llegan a la conclusión que se está ante un tipo de omisión impropia que pune al agente por haber infringido el deber de evitar el resultado lesivo al bien jurídico tutelado, y cuya preservación ha sido confiada por el Estado.⁸⁹

Arocena compara el presente tipo con la figura del artículo 277 ter (ahora artículo 278, inciso 2), ya que el comportamiento típico consiste en omitir adoptar las medidas necesarias de la procedencia legítima del ganado, y la omisión del agente debe responder a una infracción suya al cuidado objetivamente debido, o sea, a su falta de empleo de la prudencia y la diligencia debidas, pues la norma alude a la no realización de la acción mandada “por imprudencia o negligencia”.⁹⁰

Para Donna, el delito en trato consistiría en una acción-omisión imprudentes, vinculadas con el cuidado debido de la documentación necesaria para verificar la propiedad y el traslado del ganado.⁹¹

D'Alessio, al describir la acción típica, dice que consiste en “intervenir” a raíz de una violación de los deberes de cuidado por parte del funcionario en la expedición, visado o la legalización del documento respectivo y, a continuación, señala que la infracción debe consistir en

88. *Ibidem*, pp. 253-254.

89. Creus, Carlos / Buompadre, Jorge, *op. cit.*, T. II, p. 492.

90. Arocena, Gustavo, “La represión del abigeato y de otras actividades conexas, según la Ley 25890” en Aboso Gustavo (Coord.), *Reformas al Código Penal. Análisis doctrinario y praxis judicial*, Montevideo, Buenos Aires, Ed. B de F, 2005, p. 291; Estrella, Oscar / Godoy Lemos, Roberto, *op. cit.*, p. 767, quienes sostienen que se trata de un típico caso de delito de omisión simple.

91. Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 111.

una omisión de las medidas requeridas, para que el agente se cerciore de la procedencia legítima del ganado.⁹²

Es evidente que, tal como ocurre en la redacción del artículo 278, inciso 2, esta presenta dificultades para su interpretación, aunque en mi concepto no se da idéntica situación. En efecto, aquí el funcionario público está realizando un acto propio de sus funciones interviniendo en la expedición de guías de tránsito de ganado, visado o legalización de certificados de adquisición u otros documentos que acrediten la propiedad de aquel y, por imprudencia o negligencia, omite adoptar las medidas necesarias para cerciorarse de la procedencia legítima del ganado, es decir, que omite el deber de cuidado que el ejercicio de la función le imponen, ya que la acción de expedir la documentación mencionada consiste en el cumplimiento de las funciones que le competen al funcionario. Por lo que parece ser que lo que se pune es la omisión de adoptar el deber de cuidado cuando expide la documentación al intervenir en dicho menester -delito de omisión simple-. Se trata de una *delicta propria*.

Otro punto que trae controversias es el relativo a si es un delito que requiere resultado.

Un sector opina que de esa intervención del funcionario público debe derivar la confección de un instrumento falso, de lo contrario no habría una afectación a la fe pública. “Este supuesto equivale objetivamente a la falsedad ideológica pues el oficial público interviene en un documento materialmente genuino -relacionado con la actividad rural- en el que se insertan declaraciones falsas concernientes a un hecho que el instrumento debe probar, concretamente, la legítima procedencia del ganado”.⁹³

92. D'Alessio, Andrés (Dir.) / Divito, Mauro (Coord.), *Código Penal. Comentado y anotado. Parte Especial*, 2ª edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2009, T. II, p. 1506; Breglia Arias, Omar y Gauna, Omar coinciden en que el actuar del agente se produce al intervenir en la expedición de las guías o legalización de los certificados, es decir, en la confección de un instrumento falso, con afectación, naturalmente de la fe pública, lo que hace el funcionario al omitir cerciorarse de la procedencia legítima (*op. cit.*, p. 928).

93. D'Alessio, Andrés, *op. cit.*, p. 1506. En igual sentido Donna, quien sostiene que más allá de que el funcionario haya omitido cerciorarse en el caso concreto de la legitimidad de la procedencia del ganado, si no ha existido una verdadera lesión al documento expedido, en algunas de sus funciones (perpetuidad, garantía y prueba), no se encontraría afectada la norma que fundamenta el tipo objetivo del artículo 293 bis del CP (*op. cit.*, p. 111). Por ello habla de un delito de peligro, pero este debe ser concreto.

De anverso, se sostiene que la necesidad de dicho resultado no surge de la ley, y que tampoco de ella emana, tal como el resto de las falsedades documentales, la exigencia de la posibilidad de perjuicio -artículos 292, 293 y 294- o un daño real -artículo 295-, de modo que aquí el peligro no es concreto sino abstracto, y es irrelevante la confección de un instrumento falso.⁹⁴

Si se ha afirmado que el funcionario público competente para intervenir en la expedición, visado o legalización de la documentación pertinente emite esta sin cerciorarse de la legitimidad del origen del ganado, llevando a cabo dicho acto con omisión por imprudencia o negligencia, resulta evidente que está incurriendo en una falsedad ideológica, en este caso, culposa, tal como lo sugiere la primera tesis.

En cuanto a los objetos sobre los cuales recae la acción, se trata de las guías de tránsito -artículo 16 de la Ley N° 22939, artículo 17 modificado por la Ley N° 26478, y la normativa que rige sobre el particular en los códigos rurales de las provincias-; visado o legalización de certificados de adquisición -artículos 12, 13 y 14 de la Ley N° 22939, y también lo dispuesto por los códigos rurales de las provincias-, y con la expresión “otros documentos que acrediten la propiedad del semoviente” se amplía el espectro de la documentación a la que alude la norma, de modo que se debe remitir a una serie de resoluciones y normativas, principalmente dictadas por SENASA, que están dirigidas a los requerimientos necesarios para el transporte de ganado interprovincial y también a los que se exige para la exportación e importación.

Es menester señalar que al funcionario público en cuestión no le cabría la pena de inhabilitación absoluta por el doble de tiempo de la condena establecida por el artículo 298, inciso 2 del Código Penal, si procediera con abuso de sus funciones, ya que en la misma, si bien hace alusión a los delitos previstos en el capítulo -y el del 298, inciso 1 se incorpora al mismo- se tratan todos de delitos dolosos a excepción del introducido por la reforma.⁹⁵

94. Estrella, Oscar / Godoy Lemos, Roberto, *op. cit.*, T. III, p. 765; Villada, Jorge, *op. cit.*, p. 54, para quien el delito se configura independientemente de que los documentos verdaderos o falsos -pero que encubre la procedencia ilícita del ganado- sean utilizados o de algún modo contribuyan a la cadena de ilicitudes que supone el delito principal.

95. Figari, Rubén, *Hurtos, 2ª edición corregida y ampliada*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2005, p. 194, y *El hurto campestre, el abigeato, sus agravantes y normas conexas (ley 25.890)*, *el Dial.com* DC528; Casas Nóbrega, Carlos / López Ariza, Cecilia / Rinaldoni,

11.2. Consumación y tentativa

Ya se ha dicho que se trata de un delito especial propio que sólo puede ser cometido por un funcionario público con la competencia específica del caso, y la consumación del ilícito se produce cuando el mismo omite la verificación de la procedencia legítima del ganado. Aquí tampoco existe tentativa ante un delito culposo.

11.3. Aspecto subjetivo

Queda claro, pues la misma norma expresa, que se trata de un delito culposo bajo el obrar negligente o imprudente.

12. PENALIDAD PARA LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

El artículo 298, inciso 2, expresa: *“Cuando alguno de los delitos previstos en este Capítulo, fuere ejecutado por un funcionario público con abuso de sus funciones, el culpable sufrirá, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena”*.

Esta norma determina una penalidad mayor -además de la pena privativa de libertad que pudiera corresponderle, se le adiciona la inhabilitación absoluta por el doble de tiempo de la condena- en el caso de que se trate de funcionarios públicos y que se hayan ejecutado algunos de los delitos previstos en este Capítulo con abuso de sus funciones, esto es aprovechando de la posición que ostenta en el marco de la administración del Estado -lisa y llanamente un abuso de competencia funcional-.

En cuanto al funcionario público que menciona el dispositivo, se trata de aquel que actúa por delegación del Estado en las relaciones externas de la administración con los administrados, mas no se incluye al empleado público que no actúa por delegación. En el supuesto de que estos pueden haber cometido alguna falsedad documental mediante abuso en el ejercicio de su cargo, serán pasibles de la pena especial de inhabilitación prevista en el artículo 20.⁹⁶

María / Roncaglia, Esteban, “Delitos contra la fe pública” en Balcarce Fabián (Dir.), *Derecho Penal. Parte Especial I. Dogmática (Interpretación)*, Córdoba, Lerner, 2007, p. 706. En contra Franceschetti, Gustavo, “La reforma penal impuesta por la ley 25.890. Tipificación de afectaciones al proceso productivo y comercial ganadero”, *Derecho Agrario*, Rosario, Nova Tesis, 2005, p. 244.

96. Creus, Carlos, *op. cit.*, pp. 221-222.

JURISPRUDENCIA

Falsificación de documento público. Procesamiento. Certificado que acredita la legitimidad en la manipulación de alimentos expedido por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Imputados que encomendaron el trámite a un gestor. Versión que resulta verosímil. Revocación. Sobreseimiento. Disidencia: Elementos suficientes que indican que conocían que los certificados no eran auténticos. Confirmación.

Fallo: (...) La jueza Mirta L. López González dijo: No se encuentra controvertida la falsedad de los certificados a nombre de (...) y (...). Incluso, también fueron adulterados los pertenecientes a (...) y (...) -beneficiados por el dictado de la nulidad del secuestro y consecuente sobreseimiento- (ver al respecto informe del Gobierno de la Ciudad de Bs. As. a fs...) y la pericia realizada por el Cuerpo de Calígrafos Oficiales obrante a fs. ...).

El magistrado de la instancia anterior fundamentó la autoría de quienes fueron procesados por el delito de falsificación de documento público, al considerar que su intervención se deduce de la imposibilidad de confeccionar los instrumentos sin su imprescindible actuación, verificada al haber brindado sus datos personales.

Sin embargo el argumento expuesto no refuta la hipótesis de las defensas, que insistieron en que obtuvieron el certificado luego de proveerle los datos personales a una persona llamada "(...)".

El sujeto se habría presentado ante (...) en las puertas del organismo público, ofreciendo sus servicios de gestión a cambio de una suma dineraria.

(...) Asimismo, al compararse los certificados adulterados con los válidos (a nombre de (...), (...) y (...) -ver documentación adjunta-), se observa a simple vista que no existen notables diferencias entre unos y otros. Incluso, los que se determinó que eran falsos llevan inserto un sello que los indubitados no poseen.

(...) afirmó que desconocía cuáles eran los requisitos para inscribirse en el Registro de Manipuladores de Alimentos, y mucho menos

que era necesario realizar un curso. El imputado ejerce el oficio desde hace 29 años, por lo que bien pudo desconocer el alcance de las nuevas disposiciones administrativas.

Por otra parte, es un dato relevante que se encuentra corroborado que (...) realizó y aprobó el curso de manipulación de alimentos, conforme informó la entidad pública (fs. ...). En su indagatoria, el acusado explicó que fue a buscar el documento en al menos dos oportunidades, cuando le dijeron que no lo tenían listo. Por tal motivo, se habría contactado telefónicamente con el gestor que habría realizado el trámite a sus compañeros de trabajo, para que le acelerara el trámite.

En ese orden, carece de lógica que quien estaba en condiciones para recibir el certificado confeccionado en legal forma, pretendiera adquirir uno adulterado, y con un costo adicional por la gestión.

Por tanto, la versión de los imputados resulta verosímil, en cuanto afirmaron que no conocían la procedencia ilegítima de los documentos, y en consecuencia, considero que no participaron en el delito investigado.

Disidencia del Dr. Gustavo A. Bruzzone dijo: (...) entiendo que asiste razón al magistrado de la instancia de grado al considerar que, no encontrándose cuestionada la falsedad de los documentos en cuestión, la autoría de los procesados en el hecho se verifica en virtud del necesario aporte de sus datos personales para la confección de los documentos apócrifos extendidos a su favor.

(...) respecto de la conducta endilgada a cada uno de ellos en particular, es de destacar en primer término que (...) nunca realizó el curso de Manipuladores de Alimentos, por ende sabía que no cumplía con los requisitos legales para contar con ese certificado. En tal sentido, el desconocimiento alegado por el imputado al momento de ejercer su descargo no puede prosperar, puesto que sus propios compañeros de trabajo dejaron en claro que sus empleadores los pusieron en conocimiento de la nueva normativa vigente, lo que motivó a muchos de ellos a concurrir al lugar en el que finalmente se habrían topado con el gestor que les ofreció sus servicios.

En relación a la actuación de (...), quien sí realizó el curso que les era exigido, deviene dable remarcar que no se encuentra probado que haya concurrido en dos anteriores oportunidades ante el organismo pertinente a tramitar el certificado en legal forma. Y en torno a la falsedad del documento que le fuera entregado, entiendo que la misma le

debió resultar evidente dado que la fecha de expedición y de su validez no coincidía con aquella en la cual él realizó el curso, sino que comprendía un período más amplio que el que en verdad le correspondía.

Frente a estas pruebas, los abogados defensores de ambos imputados han invocado (...) un error en el obrar de sus pupilos con el cual pretenden justificar su accionar, sin desarrollar adecuadamente bajo los lineamientos teóricos de qué clase de error se trataría y sobre qué circunstancias habría recaído como para que pueda ser considerado invencible y excusable en los términos del art. 34, inc. 1 del CP.

No obstante ello, ni el desconocimiento de que su conducta comprendía cada uno de los elementos del tipo (error de hecho o de tipo), ni la ignorancia de la nueva norma administrativa, que configuraría eventualmente aquel error que recae sobre una norma extrapenal que afecta al hecho constitutivo de delito (error de derecho o de prohibición) pueden ser alegados (...) la actuación de los imputados al encargarle a un gestor la tramitación del certificado demuestra que estaban al tanto de la nueva normativa vigente, que los obligaba a realizar la capacitación indicada y a contar con el certificado habilitante expedido por la autoridad competente y frente a ello, con un mínimo asesoramiento podrían haber evitado llevar a cabo el tipo penal que se les reprocha.

(...) entiendo que se debe confirmar la decisión en estudio para que una vez ingresados en la fase crítica, la fiscalía emita su opinión respecto del avance del caso hacia la etapa del juicio oral y público. Así voto.

(...) Verificándose la situación prevista en el art. 455, segundo párrafo del C.P.P.N., la deliberación entre los jueces presentes en la audiencia se prolongó por más de los cinco días contemplados en la norma de mención.

Al no haber conformado mayoría los votos precedentes, (...) corresponde que dirima la cuestión la Presidencia de la Cámara, por verificarse el supuesto del artículo 3ro., inciso t), en función del artículo 36, inciso b) y de los artículos 109 y 110 del anexo V, del Reglamento para la Jurisdicción en lo Criminal y Correccional.

La jueza María Laura Garrigós de Rébora dijo: (...) adhiero al voto de la colega Mirta L. López González, por coincidir con sus fundamentos y solución propuesta.

(...) el tribunal RESUELVE: I. REVOCAR el auto de fs. (...), punto IV, y en consecuencia dictar el sobreseimiento de (...) y (...), en orden a los

hechos por los que fueron indagados, dejando constancia que la presente no afectó el buen nombre y honor del que gozaren (art. 336 inc. 4 y último párrafo, del C.P.P.N.).

II. DECLARAR ABSTRACTO el recurso contra el monto del embargo interpuesto por la defensa de (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala V, López González, Bruzzone (en disidencia), Garrigós de Rébora. (Prosec. Cám.: De la Bandera). c. 38.199/13, RESTAURANTE OVIEDO.

Rta.: 20/09/2013.

Público. Procesamiento. Falsificación de licencia de conducir exhibida en control vehicular. Apariencia de lo verdadero. Documento idóneo para inducir a error. Documento similar a uno auténtico. Confirmación.

Fallo: (...), convoca a la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el punto I del auto pasado a fs. (...), en cuanto se dispuso el procesamiento de (...).

Se atribuye al imputado el haber intervenido en la falsificación de la licencia de conducir de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires número (...), que fuera exhibida al preventor (...) durante un control vehicular.

Del estudio practicado sobre el documento secuestrado se desprende que es falso, al no contar con las medidas de seguridad de una licencia auténtica (...).

De adverso a lo sostenido por la defensa de (...), en cuanto a que “... para que se verifique la existencia de una posibilidad concreta de generar perjuicio, la adulteración debe poseer la entidad suficiente para inducir a error o engaño a la persona ante quien se exhibe el documento...” y su consecuente falta de afectación al bien jurídico, entiende el Tribunal que la apariencia de lo verdadero no tiene que ser perfecta, desde que el grado de idoneidad se mide en los términos del aspecto exterior de lo genuino, extremo que se vincula con el público en general, más allá de las conclusiones a las que los expertos pudieran arribar mediante un informe pericial (1).

En consecuencia, evaluándose que el documento es similar a uno auténtico y que el imputado habría intervenido para la obtención de la fotografía que conformara la licencia incautada mediante una “impresión

láser”, se estima alcanzado el juicio de convencimiento que esta etapa del proceso requiere (artículo 306 del Código Procesal Penal).

Por ello, el tribunal RESUELVE: CONFIRMAR el auto pasado a fs. (...), punto I, en cuanto fuera materia de recurso.

C. N. Crim. y Correc., Sala VII, Cicciaro, Divito, Scotto. (Sec.: Sánchez). c. 59.778/13, FLORES FUERTES, Richard. Rta.: 23/12/2013.

Se citó: (1) C. N. Crim. y Correc., Sala VII, c. 323/12, “Petruccio, Mauro”, rta: 16/04/2012.

Prescripción de la acción penal. Rechazada. Falsificación de documento público. Consumación: Momento de creación por surgir de allí la posibilidad de perjuicio. Transcurso en exceso del máximo de la pena prevista. Necesidad de certificar debidamente los antecedentes. Revocación.

Fallo: (...) contra el auto de (...) por cuanto allí no se hizo lugar al pedido de extinción de la acción penal formulado por esa parte.

A diferencia de lo manifestado por la Sra. Jueza de grado, consideramos que la falsificación de un documento público (...), se consuma desde el momento de su creación, es allí donde surge la posibilidad de perjuicio, requerida por el tipo legal, del art. 292 del CP (...) “cuando recae sobre un documento público el delito se consuma con la sola acción de creación total o parcial o con la adulteración, ya que con esos hechos surge la posibilidad de perjuicio” (...).

(...) se debe considerar como fecha de comisión del hecho a los fines de evaluar la aplicación del instituto de la prescripción (...) una serie de operaciones comerciales previas, donde el documento -presuntamente en las condiciones actuales- habría pasado de “mano en mano” (...). (...) la única fecha cierta de confección se remonta al momento de su adquisición, por parte de (...), el 6 de septiembre de 2004, según lo informado a (...).

(...) se observa, como único acto interruptivo del curso de la prescripción, el llamado de indagatoria de (...) del 12 de diciembre de 2012 (...) se ha solicitado en el principal la determinación de sus antecedentes (...) no surge de autos certificación alguna al respecto o constancia del Registro de Reincidencia y Estadística Criminal que así lo determine.

Por ello, devueltas que sean estas actuaciones, y cumplida la certificación debida de los antecedentes de (...), deberá nuevamente examinar la a quo la cuestión traída a estudio y resolver (...). En virtud de lo expuesto, el tribunal RESUELVE: REVOCAR la resolución de (...) en cuanto fue materia de recurso (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala I, Rimondi, Bunge Campos. (Sec.: Biuso). c. 32388/10, SARACHO, Pedro Benedicto. Rta.: 12/07/2013.

Uso de documento privado falso. Procesamiento por estafa procesal. Presentación en sede civil de recibo falsificado para oponer a la actora. No configuración del tipo penal. Imposibilidad de ser la demandada sujeto activo del delito por no provocar con su accionar una disposición patrimonial distinta a la deuda o la contratación originaria incumplida. Hecho igualmente delictivo. Uso de documento privado falso. Confirmación. Modificación de la calificación. Disidencia parcial: Tipicidad. Demandado y actor: Posibles sujetos activos del delito. Confirmación. Estafa procesal.

Fallo: (...) El juez Juan Esteban Cicciaro dijo: Se imputa al nombrado, en su calidad de demandado en el Expediente N° (...) caratulado "...", el haber intentado inducir a error al magistrado a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° (...), a cuyo fin presentó un recibo falsificado de fecha 14 de agosto de 2011, por la suma de quince mil dólares estadounidenses (U\$S 15.000), con el propósito de obtener una ventaja patrimonial en perjuicio de la parte actora.

Al respecto, las fotocopias del juicio ejecutivo incorporadas a la causa dan cuenta de que tras fijar el juez civil la fecha para llevar a cabo la subasta de la finca (...), el imputado presentó un recibo de pago parcial de la deuda (...) y solicitó la suspensión del trámite de ejecución (...). Sin embargo, al tomar conocimiento la parte actora, negó la autenticidad del documento por resultar falsa la rúbrica de (...) inserta al pie del instrumento (...), a la vez que el magistrado civil ordenó la suspensión de la subasta dispuesta (...).

La falsedad del recibo presentado en el juicio civil se apoya en el desconocimiento de quien aparece como firmante -(...)- (...) y el resultado de la experticia caligráfica glosada a fs. (...), que concluyó en que la escritura ni la firma le pertenecen.

A ello se adiciona que el presidente de la sociedad acreedora, (...) refirió que el documento y la firma son falsos y que “no se utiliza esa modalidad de recibos” (...), a la vez que la pericia caligráfica de fs. (...) descartó su intervención gráfica en el documento.

Si bien tampoco se estableció que la escritura o la rúbrica en el documento se correspondían con las del encausado (...) y que (...) indicó que (...) le entregó el recibo ya confeccionado tras el pago de la suma acordada con (...) para suspender la ejecución judicial (...), cierto es que el documento resultó apócrifo y lo presentó en el expediente civil, incidiendo en la suspensión de la subasta judicial, lo que a su vez resultó perjudicial para la parte actora del juicio ejecutivo, contexto en el cual no puede desatenderse el hecho de que (...) había celebrado otros mutuos con “...”, lo que revelaría cierta experiencia en tales actividades.

De otro lado, no se comparte lo argumentado por la defensa sobre la atipicidad de la conducta en función de la calidad de demandado que revestía (...) en el juicio, pues si el accionar fue enderezado a inducir a engaño al magistrado interviniente con la finalidad de ocasionar un perjuicio a terceros, es indiferente el rol que el imputado adquiriría en aquel proceso.

En ese sentido, como sostuvo la Sala en anterior ocasión, en torno al ardid empleado para ocasionar una disposición patrimonial en perjuicio de la parte contraria en el proceso, no deben formularse diferenciaciones respecto de si se trata del actor o del demandado, pues también este último puede ser sujeto activo en la figura de la estafa procesal (1).

De tal modo, se comparte el juicio de convencimiento que prohijara el señor juez de grado (artículo 306 del código de forma). Así voto.

El juez Mariano A. Scotto dijo: Si bien coincido con mi colega de grado, en cuanto a la valoración de la prueba que acredita la materialidad del hecho y responsabilidad que le cabe al imputado, disiento con la calificación legal, toda vez que a mi entender, la circunstancia de que (...) haya presentado un recibo falsificado en el expediente N° (...) caratulado “...” para oponerse a la pretensión de la parte actora, no integra aquellos supuestos en los que el accionar pueda ser calificado dentro de la figura de la estafa procesal, de acuerdo con el criterio asumido en ocasión de votar en la causa nro. 43693/11, “I., F. P.”, del 28 de junio pasado .

Al respecto, considero que la parte demandada no puede ser sujeto activo del delito de estafa procesal, en la medida en que con su accionar -salvo contadas excepciones como ser la reconversión- no procure una disposición patrimonial distinta a la deuda o contratación originaria incumplida. En el caso en concreto, por el contrario, el accionar desplegado por (...) habría estado dirigido justamente a evitar esa situación, lo que no cubre los requisitos exigidos por la estafa procesal.

La jurisprudencia ha señalado en orden al delito de estafa procesal que “deben verificarse los elementos constitutivos del tipo genérico del artículo 172 del Código Penal. En el caso planteado...debe descartarse esa subsunción típica, ya que no puede admitirse una estafa si dichos requisitos (ardid o engaño, que provoca un error, por el que la víctima realiza una disposición patrimonial que le causa un perjuicio de la misma índole) no se dan en la secuencia temporal debida. Cuando es el quien presenta pruebas falsas ante el juez, a fin de que el demandante no pueda tener éxito en su pretensión, se rompe, se quiebra ese nexo causal directo, ya que la deuda primigenia que originó la acción judicial no reviste la calidad de ardid o engaño, y el perjudicado por la acción fraudulenta (el demandante) no sería, en definitiva, quien debería efectuar la disposición patrimonial.” (2).

Por lo expuesto y en función del concurso ideal (artículo 54 del Código Penal) escogido en la resolución recurrida, no corresponde per se modificar la solución adoptada por el magistrado de grado sino mutar la calificación legal escogida.

Ello, porque de las circunstancias expuestas quedó demostrado con la provisionalidad de esta etapa (art. 306 del ceremonial), que el encausado usó un documento privado -recibo- que, conforme con el resultado de las pericias caligráficas de fs. (...), resultó falso (arts. 45 y 296, en función del 292 del Código Penal).

En consecuencia, voto por confirmar la decisión recurrida, con los alcances aquí dispuestos.

El juez Mauro A. Divito dijo: Habiendo escuchado la grabación, sin preguntas que formular y luego de haber participado de la deliberación dispuesta en el artículo 455 del ceremonial, adhiero a la solución propiciada por el juez Scotto para confirmar el procesamiento dictado a (...), pero modificando la calificación legal del hecho que se le atribuyó al encausado.

Ello, porque de acuerdo con lo que sostuve, entre otros, en el precedente que cita (causa N° 43693/11, “I. F. P.”, del 28 de junio pasado), en casos como el del sub examen no se configura una estafa procesal.

En efecto, no se ha verificado la secuencia que requiere el tipo penal del art. 172 del ordenamiento de fondo, pues -a todo evento- la actividad atribuida a (...) estaba encaminada a evitar la realización de una disposición patrimonial, extremo que no satisface las exigencias de la figura invocada.

Así, en tanto la pretendida conducta ardidosa del demandado, no se dirigió a obtener disposición patrimonial alguna por parte del actor, no puede ser encuadrada como una estafa procesal (3).

Así voto.

En consecuencia, el Tribunal RESUELVE: CONFIRMAR la decisión extendida (...), con la modificación introducida en el sentido de que a (...) se le atribuye el delito de uso de documento privado falso (arts. 45 y 296, en función del 292 del Código Penal).

C. N. Crim. y Correc., Sala VII, Cicciaro (en disidencia parcial), Divito, Scotto. (Sec.: Besansón). c. 47.068/11, BATTIPIEDI, Emilio Ernesto. Rta.: 02/10/2013.

Se citó: (1) C. N. Crim. y Correc., Sala VII, c. 26.322, “A., J. H.”, rta: 05/05/2005 y c. 38.217, “R., C. M. y otra”, rta: 26/02/2010. (2) C.N.Crim. y Correc., Sala I, c. 23.317, P. Á. C.I.S.A., rta: 28/09/2004. (3) Carlos A. Tozzini, La calidad de autor en la estafa procesal, Revista de Derecho Penal 2001-1, Estafas y otras defraudaciones-I, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 135 y ss.

Uso de documento privado falso. Procesamiento. Presentación de un certificado médico falso ante un colegio, por los padres de una alumna, para acreditar el padecimiento de un trastorno psicológico. Confirmación. Disidencia: Uso de certificado falso que no generó un perjuicio. Atipicidad. Ausencia de elemento constitutivo del delito previsto en el Artículo 296 del CP. Revocación. Sobreseimiento

Fallo: (...) La jueza María Laura Garrigós de Rébora y el juez Gustavo Bruzzone dijeron: Se atribuyó a (...) y (...) haber presentado un certificado falso en el Colegio ICED, según el cual el Dr. (...) –médico neuró-

logo- daba cuenta de que la hija que tienen en común, (...), padecía de un trastorno psicológico –dislexia en grado 6-.

Se acreditó la falsedad del certificado médico (fs...), y se verificó que fueron ambos imputados quienes lo presentaron durante una reunión en el colegio (fs...). Asimismo, (...) (fs...), (...) (fs...), (...) (fs...), (...) (fs...) y (...) (fs...), fueron coincidentes al señalar que (...) reconoció que el documento era falso y que lo había obtenido por un amigo.

(...) el temperamento adoptado por el juez de grado se encuentra ajustado a derecho.

(...) realizó una correcta valoración de los elementos aunados en la causa y expuso razonadamente los fundamentos para sustentar el temperamento adoptado.

(...) votamos por confirmar los procesamientos de (...) y (...) en orden al delito de uso de documento falso.

Disidencia de la jueza Mirta López González dijo: (...) la defensa realizó una adecuada crítica del auto impugnado y, en esa dirección, voto por revocarlo.

Tal como señaló el juez de grado, mediante la pericia obrante a fs. (...) quedó demostrada la falsedad del certificado médico mencionado. Sin embargo, en coincidencia con los argumentos brindados por la defensa, entiendo que no se ha podido demostrar en autos que se haya conformado el perjuicio requerido por el tipo penal bajo análisis.

El peligro de perjuicio, o el perjuicio exigido por la figura penal, tienen que provenir del modo como se utilice el documento o certificado. Este peligro no está en la falsificación en sí (sería, entonces, abstracto) sino que está representado por la funcionalidad y los efectos que el particular documento puede asumir en aquellas relaciones en las que se hace valer (1).

Analizado el sustrato fáctico traído a estudio, observo que la intención de presentar el certificado falso habría sido lograr que la alumna (...) tuviera atención especial en la escuela a raíz de los problemas que tendría en su aprendizaje.

Sin embargo, conforme fuera expuesto por (...) –psicopedagoga de la institución- previo a definir el tratamiento a seguir se comunicaron con el médico cuya firma había sido adulterada y rápidamente se detectó la falsedad del documento. De manera tal, que su presentación en la institución educativa no tuvo ningún efecto y consecuentemente,

no provocó ningún resultado lesivo relevante para el derecho penal. (...) surge del testimonio de la docente (...) que, luego de descubrir la irregularidad, acordaron con los padres que la hija comenzaría nuevamente el tratamiento psicopedagógico y aportarían un informe de ello (fs...).

(...) estimo que si bien ha quedado comprobado el uso de certificado falso, el accionar desplegado por los imputados no generó, un perjuicio potencial ni concreto dentro de la relación (escuela-padres) en la que se hizo valer el documento. (...) considero que la conducta reprochada es atípica, por carecer de un elemento constitutivo del delito previsto y reprimido en el art. 296 del C.P.

(...) el tribunal RESUELVE: CONFIRMAR el auto de fs. (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala V, Garrigós de Rébora, Bruzzone, López González (en disidencia). c. 570070358/12, M., J. y otra. Rta.: 03/06/2014.

Se citó: (1) Creus, Derecho Penal Parte Especial, Astrea, Tomo 2, 1998, pág. 415 y 456 y causa n° 24.803 “Gentile”, Sala I, rta. 18/2/05 y causa n° 35.688 “Tusso”, Sala V, rta.

CAPÍTULO 25
DELITOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS
CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL

ARTÍCULOS 143 Y 144 QUINTO DEL CÓDIGO PENAL

TORTURAS Y OTROS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS (ARTÍCULOS 143 Y 144 QUINTO DEL CÓDIGO PENAL)

Por Gabriel Adrián Bombini* y Eduardo Javier Di Iorio**

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo proponemos realizar un recorrido por la producción normativa represiva que ha sido prevista en el Código Penal argentino (CP) relativa a torturas y otros delitos contra la libertad, en los que el autor resulta ser un funcionario público.

Debe ser resaltado desde un comienzo, la existencia de un segmento legal compacto de decisiva vinculación y complementación en torno al delito más grave de torturas. Se trata, por un lado, de tipificaciones que se ubican en la enumeración del código sustantivo, inmediatamente con anterioridad a este tipo de violencias institucionales del artículo 144 tercero del CP, esto es, comprendiendo los artículos 143, 144 y 144 bis (en sus tres incisos).¹ Y a la par, también como integrantes de aquel

* Juez de Garantías (Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, Mar del Plata). Profesor de Criminología y Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMDP). Investigador categoría III Ministerio de Educación de la Nación. Máster por la Universidad de Barcelona. Co-director de la Maestría Criminología y Sociología Jurídico-Penal (UB-UNMDP). Profesor de posgrado e invitado de la UNMDP, UNS, UNL, UNC, Universidad de Guayaquil, Ecuador y Universidad de Barcelona, España.

** Abogado (Universidad Nacional de Mar del Plata). Integrante del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires. Integrante del grupo de investigación "Crítica Penal". Posgrado en Medicina Legal y otras Ciencias Criminalísticas (UNMDP). Maestrando en Criminología y Sociología Jurídico-Penal (Máster Internacional, UB-UNMDP).

1. Considerando que el escenario castigado autónomamente en estos delitos "complementarios" suele servir de base para la aplicación de las violencias constitutivas de torturas, como así también, teniendo en cuenta su estricta relación con estas en tanto

grupo, deben señalarse otras figuras ilícitas (omisivas), directamente conexas con la tortura, que han sido ubicadas a continuación (CP, 144 *quater* y *quinque*, cfr. Ley N° 23097).

Creemos que resulta un aspecto de importancia esta forma de interpretar el articulado, pues nos permite analizar la problemática desde una óptica más amplia y reveladora, en tanto permite *visualizar más claramente el cuadro real que conforman, constitutivo de un preocupante panorama actual englobador de un regular y sistemático circuito de violencia estatal*.²

Es así que debe coincidir en una realidad inocultable que se destaca por una perfecta concordancia de estos delitos en su impacto -en la gran mayoría de los casos- sobre personas que se encuentran alejadas de los factores de poder y en *situaciones de especial y extrema vulnerabilidad*, a la que se le adiciona un *agresor institucionalizado*; entramado que explica un estado de indefensión patente y una total disparidad de medios y fuerzas, que nutre el sometimiento y profundiza diferencias entre los involucrados, a más de *neutralizar derechos fundamentales* y propiciar la *gestación de la impunidad desde el interior de los propios organismos estatales*.

En este contexto, entonces, ha de subrayarse la necesidad de identificar cuál es el interés que se pretende tutelar mediante la tipificación de estos delitos, evaluando la *ubicación sistemática del segmento típico* en estudio como una prioritaria pauta orientativa.

Es dable así señalar que todos los delitos seleccionados han sido emplazados dentro del Título V del libro segundo del Código Penal -“*Delitos contra la libertad*”-; se colocan particularmente en su Capítulo I cuya rúbrica reza “*Delitos contra la libertad individual*”. Si bien en general en el Título el bien jurídico pretensamente protegido resulta ser la *libertad* con un amplísimo y difícil de precisar contenido,³ notoriamente se ve

resultan en muchos casos afines desde sus modalidades (aunque claro está, cualitativamente de una menor intensidad) y hasta en ocasiones son “confundidos” por los operadores jurídicos, resulta aquí indispensable destacarlas juntamente.

2. El Comité contra la Tortura (Comisión Provincial por la Memoria), en sus respectivos informes anuales sobre el ámbito bonaerense, viene dando cuenta de acciones institucionales devenidas en *verdaderas prácticas* por frecuencia, sistematicidad y repetición, que no sólo se expresan en lugares de encierro (en términos amplios), sino que también incluyen rutinarias formas de violencia (física o simbólica) protagonizadas por órbitas policiales y judiciales.

3. Enseña Donna la dificultad de definir no sólo el bien jurídico protegido, sino de identificar uno común para el título, justificando la sistemática y autonomía actual de estos

reducido ese universo al reparar que se hace especial hincapié en este capítulo primero en el *aspecto personal*, considerando al *hombre como ser independiente y autónomamente titular de ese derecho básico individual*.⁴

En línea con esto, tomando como punto de partida lo antedicho y siguiendo la exhaustiva investigación de Rafecas,⁵ resulta posible advertir un claro *quiebre en la enumeración típica hilvanada del Código Penal* que trasluce un diferencial objeto de afectación de cada delito. Precisamente, iniciando con el artículo 140 -“reducción para la servidumbre”-, y ocupándose luego de las privaciones ilegítimas de la libertad protagonizadas por particulares (CP, artículos 141, 142 y 142 bis), el capítulo -en la parte que aquí interesa- alista: i) primero las “privaciones ilegales de la libertad” pero cometidas por funcionarios públicos (CP, artículos 143 -con matices- y 144 bis, inciso 1º); y ii) a continuación, se aboca a la criminalización -aunque con su denominación propia- de los “tratos crueles, inhumanos y degradantes”, y de la “tortura” (CP, artículos 144 bis, incisos 2 y 3, y 144 tercero).

En base a estas ideas, sólo queda por agrupar consecuentemente -por un lado- los crímenes que centran el núcleo del injusto en el castigo de la privación (ilegítima) de la libertad acontecida por un integrante del propio Estado. En este caso recae el interés jurídico-penal

delitos en razones históricas. Frente a este contexto, propone analizar el tema considerando la idea del interés jurídico entroncado con la *“libertad protegida constitucionalmente”*, dando de este modo mayor amplitud al concepto, y abarcando todas las defensas del individuo frente al Estado y al particular. Asimismo, Soler concluye que la dificultad en la sistematización de estos delitos radica en dos circunstancias puntuales: una de orden histórico (aludiendo al nuevo concepto de libertad a partir de las teorías filosóficas de la ilustración), y otra de índole teórico. Dentro de este último aspecto, centraliza la idea de la pluralidad de sentidos que admite la palabra “libertad” desde el punto de vista de la teoría del derecho, sosteniendo que *“...la libertad, efectivamente, con relación a cualquier otro bien o interés jurídico, presenta la particularísima situación de ser, además de un posible bien jurídico en sí, un presupuesto necesario de toda norma jurídica...”*.

4. Se prescinde de una óptica que aprecie a la persona desde su integración comunitaria o colectiva con sus pares mediante la participación en el ejercicio de una actividad social determinada, que cuenta con especial protección constitucional. Compárese así con los ilícitos de otros capítulos del mismo título, como ser el IV (“Delitos contra la libertad de trabajo y asociación”), el V (“Delitos contra la libertad de reunión”), y el VI (“Delitos contra la libertad de prensa”).

5. Rafecas, Daniel Eduardo, *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010, p. 74 y ss.

en la *capacidad del ser humano de fijar su posición espacial*, abarcando así lo que la doctrina ha identificado como la *libertad física o corporal, con una repercusión en la fase ambulatoria o de locomoción*. Ubicamos genéricamente en este contexto a las figuras previstas en los artículos 143 y 144 bis (primer apartado) del Código Penal,⁶ inclusivo de un ámbito de conculcación preferentemente físico, tanto cuando el procedimiento coercitivo ilegal de la autoridad tenga manifestación desde su origen, o casos en que, comenzando como una detención legalmente efectuada, la limitación de tal derecho deviene luego en ilegítima. Serían “*formas puras*” de afectación de ese derecho,⁷ donde se evidenciará siempre un proceder funcional dolosamente *abusivo*.

Por otro lado, también deben considerarse otros tipos penales que se alejan *a priori* de aquel contenido “ambulatorio”. Aquí las infracciones son cometidas respecto del sujeto pasivo que ya se encuentra privado de su libertad (sea de forma legítima o ilegítima) por un funcionario público.⁸ En estos supuestos, es cuando la actuación del sujeto activo lesiona a la libertad de un modo distinto, esto es entendida en una modalidad constitutiva de un valor supremo e innato del hombre, tocante a los *es- casos remanentes de libertad de los que dispone todo detenido* aun cuando su estado personal ya en sí mismo le implique restricciones de derechos.

En concreto, este segundo conjunto refiere a la *forma del tratamiento que se brinda, y apunta a proteger a los habitantes que se encuentran en una situación de vulnerabilidad que merece específica e inmediata atención*. Esas condiciones hallan sustento no únicamente en el estado de detención del sujeto pasivo, sino además en que sólo un determinado círculo de personas puede atentar mediante estas modalidades, y justamente serán quienes se encuentren dotados de un poder-deber que les impone una garantía de indemnidad de la integridad física y moral de aquellos. Significa que la repercusión se concreta en *espacios de los más profundos*

6. Sin perjuicio de ciertos matices que podemos encontrar en las múltiples y variadas figuras penales que integran el artículo 143 del Código Penal y que serán indicados en lo sucesivo.

7. Cfr. Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal - Parte Especial*, edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 321.

8. Esta afectación es independiente de la eventualidad de ajustar el reproche mediante las reglas del concurso de delitos, según el caso y de acuerdo a sus circunstancias de comisión.

*que se traducen en ataques directos contra su dignidad personal, y en razón de lo cual el legislador nacional ha recogido el sentido de libertad remitiendo a la esencia del ser humano;*⁹ lo que consecuentemente está tutelando a la persona como sujeto de derecho y aproximándonos a sus atributos básicos de la personalidad.

Ubicamos aquí tanto al inciso 2 como al 3 del artículo 144 bis del Código Penal, y más enfáticamente al artículo 144 tercero,¹⁰ los que, más allá de la denominación que pueda dársele, se asocian a ciertos estándares mínimos en relación a cómo debe llevarse a cabo toda medida de encierro y al trato que deben dispensar los agentes estatales a los individuos bajo su custodia.¹¹

Resulta prístino que será en *casos de tortura donde la dignidad de la persona sufra su mayor arrebató*, al punto de alcanzar el total aniquilamiento de todo rasgo de humanidad;¹² y donde el semblante de delito *pluriofensivo* se marca con mayor ímpetu, involucrando no sólo la afectación de aquella unidad suprema vinculada a la misma condición de persona,¹³ sino también a la libertad personal (en el sentido

9. Cfr. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 25.

10. Parece asistir razón a Laje Anaya, cuando sostiene que “...de *lege lata*, el bien protegido se traduce en el derecho que tiene la persona humana de ser libre de toda imposición que, traducida en hechos, le hace padecer graves sufrimientos físicos, o sufrimientos síquicos suficientemente graves, de *lege ferenda*, la tortura ofende a la dignidad humana...” (en “Algunas consideraciones sobre el delito de tortura”, J. A. n° 5456, 26/03/86, p. 857).

11. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, pp. 217-221. La diferenciación que hace el autor como estrategia expositiva de su tesis doctoral publicada en el año 2010, parte de dividir entre delitos cuyo objeto de castigo recae en las características que presenta la privación de libertad (“delitos que hacen al *cómo* de la detención”), por oposición a otra categoría que llama “delitos que hacen al *sí* de la detención”. Así también en su comentario en Niño, Luis / Martínez, Stella -coord.- *Delitos contra la libertad*, Ad-Hoc, 2003, p. 116 y ss.

12. El “Protocolo de Estambul” (“Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos), menciona que la tortura destruye deliberadamente no sólo el bienestar físico y emocional de la persona sino también, en ciertos casos, la dignidad y la voluntad de comunidades enteras, atacando la misma base de nuestra existencia y de nuestras esperanzas de un futuro mejor.

13. El concepto de “dignidad” “...comprende y engloba en sí mismo a todos los derechos humanos, ubicando a la persona humana en su condición de fin en sí mismo, y no como instrumento o medio para la concreción de otros fines...” (Cfr. Terragni Marco A., *Delitos propios de los funcionarios públicos*, 1ª reimpresión, Ediciones jurídicas Cuyo, 2005, p. 385).

más extenso y amplio del concepto), la integridad psíquica y moral, el honor,¹⁴ y poniendo -en la mayoría de los casos- en riesgo su vida.

Pero en un orden de ideas concomitante a lo expresado, cabe añadir que nos encontramos ante infracciones en donde al mismo tiempo se impone la *afectación conjunta de un bien jurídico de carácter secundario y que se asienta en un atropello hacia los “intereses de la Administración Pública”*.

Esta derivación nace de la calidad especial que se requiere en el autor para erigirse válidamente como sujeto activo de estas figuras penales, pues se trata de delitos que han sido llamados por los expertos en la materia *“especiales propios”*. En consecuencia, se demanda en el agente una característica específica que se corporiza en la necesidad de que se trate de un *“funcionario público”*; concepto que es regido por el artículo 77 del digesto penal, designando *“a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”*.¹⁵

En esta dirección, se trata de una afectación complementaria que campea en la defraudación de la confianza social depositada en el agente estatal respecto a su cabal cumplimiento funcional. Es decir, se pone el acento sobre las expectativas generales en el correcto desempeño de la función,¹⁶ y por ello varios de los delitos se han organizado conteniendo lo que la doctrina penal ha denominado *“elementos normativos del tipo”*

14. Cfr. Rivera Beiras, Iñaki, “La impunidad de la tortura y las obligaciones de los Estados en el marco internacional y estatal”, *Torturas y Abuso de Poder*, Barcelona, Anthropos, 2006, p. 47, siguiendo en el punto a De la Cuesta Arizmendi, José Luis, *El delito de Tortura. Concepto, Bien Jurídico y Estructura típica del artículo 204 bis del Código Penal*, Barcelona, Bosch, pp. 25-26.

15. No resulta este el sitio oportuno para evaluar el sentido y extensión de los significados de “funcionario público” y “empleado público” (CP, artículo 77), ni tampoco los antecedentes de la normativa. La doctrina argentina se ha ido inclinando hacia la aceptación de un criterio equiparativo de ambas nociones, caracterizándose al agente por su participación en el ejercicio de funciones públicas, existiendo matices en cuanto al baremo que determine esa calidad (véase: Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 286; De la Rúa, Jorge, *Código Penal Argentino*, 2ª edición, Depalma, 2007; Terragni, Marco A., *op. cit.*). Para nuestros intereses, y a los efectos del segmento delictivo que nos ocupa, sobre aquellas referencias baste con el concepto legal genérico, interpretado como sinónimos, y esencialmente, lo que iremos describiendo conforme específicos requerimientos complementarios demandados por cada tipo penal, expresa o implícitamente (según el ámbito de actuación).

16. Cfr. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 77.

como condicionante de ese nivel.¹⁷ Justamente, el *aspecto institucional* al que venimos refiriendo, afinado en la especificidad del sujeto activo, importará un condimento accesorio que justificará el daño concomitante del que hablamos, y por tanto, la mayor respuesta punitiva en su cotejo con las figuras comunes.

2. EL ARTÍCULO 143 DEL CÓDIGO PENAL

Así dadas las cosas, con el alcance anticipado y siguiendo en el recuento el orden previsto en la ley, no podemos dejar de analizar brevemente los diversos delitos que se engloban en el artículo 143 del Código Penal argentino. En particular, el extenso y poco aplicado texto legal reza:

“Será reprimido con reclusión o prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por el doble tiempo:

1º. El funcionario que retuviera a un detenido o preso, cuya soltura haya debido decretar o ejecutar;

2º. El funcionario que prolongare indebidamente la detención de una persona, sin ponerla a disposición del juez competente;

3º. El funcionario que incomunicare indebidamente a un detenido;

4º. El jefe de prisión u otro establecimiento penal, o el que lo reemplace, que recibiera algún reo sin testimonio de la sentencia firme en que se le hubiere impuesto la pena o lo colocare en lugares del establecimiento que no sean los señalados al efecto;

5º. 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;

6º. El funcionario competente que teniendo noticias de una detención ilegal omitiere, retardare o rehusare hacerla cesar o dar cuenta a la autoridad que deba resolver”.

En lo que respecta a los antecedentes de la figura prevista en el artículo 143 del Código Penal, en primer lugar apuntar que ya figuraba en el Código de 1886, pero entre los delitos calificados como *“abusos de*

17. Claros ejemplos, los términos: *“indebidamente”* para la incomunicación de detenidos (CP, artículo 143, inciso 3), o cuando se habla de la *“ilegalidad”* de la acción o se exige el *“abuso de las funciones”* o la *“ausencia de las formalidades”* para la subsunción en el delito de privación ilegítima de la libertad (CP, artículo 144 bis, incisos 2 y 1 respectivamente).

autoridad de funcionarios”. Por su parte, en el Proyecto Tejedor se contemplaba entre los delitos cometidos por funcionarios públicos, y puntualmente en el capítulo destinado a los “abusos de autoridad”.¹⁸

No es de soslayar que su actual ubicación y punibilidad es producto de la Ley N° 14616,¹⁹ la que introdujo importantes modificaciones en los artículos 143 y 144, e incorpora los artículos 144 bis -previendo conductas que antes eran englobadas en el artículo 143 original- y el 144 tercero. Es consecuencia del proyecto del Senador Weidman -reproduciendo el presentado previamente por el diputado Ferrer Zanchi-, motivado en el rechazo de los múltiples episodios de privaciones de libertad ocurridos en años anteriores, y abogando por un castigo “ejemplificador” para evitar su reiteración.²⁰

El artículo en cuestión del Código de 1921 (anterior a la reforma del año 58’) fue duramente criticado por Soler -contando con la adhesión de destacados doctrinarios, entre los que se enfilan Núñez, Fontán Balestra, Ure y Buompadre-, por entremezclar pequeñas faltas administrativas con delitos muy graves, y sometidos a idéntica penalidad, sumado ello a que en los antecedentes que sirvieron de fundamento son severamente castigados, o bien en razón de la patente desproporcionalidad sancionatoria que presentaba en comparación con otros tipos penales.²¹

Finalmente, los anteproyectos de reforma de Código Penal recientes (2006 y 2013), prevén un aumento en el máximo de la pena (a cinco y seis años de prisión respectivamente).

18. Véase sobre la evolución histórica y sistemática del Título V, en Zaffaroni, Eugenio Raúl / Arnedo, Miguel Alfredo, *Digesto de Codificación Penal Argentina*, Madrid, A-Z editores; y en Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, TEA, 2000, T. IV. Para una perspectiva de la evolución de los delitos contra la libertad a lo largo del tiempo, ver Donna, Alberto Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, T. II-A, p. 112 y ss.

19. Sancionada el 30/09/1958.

20. Cfr. los fundamentos parlamentarios de la aludida legislación (Diario de Sesiones del Senado, del 21/05/1958, p. 186).

21. Así, ha mencionado Soler (*op. cit.*, pp. 44-45), a modo de ejemplo, lo que acontecía en el caso del anterior artículo 143, inciso 1 del CP, donde la penalidad era inferior al simple abuso de autoridad, siendo que aquella figura penal no sólo abarcaba el disvalor del ejercicio abusivo de la autoridad (artículo 248 del CP), sino que también incluía la privación de libertad de la persona.

2.1. Inciso 1: “Retención indebida de detenido o preso”

Tipo objetivo

El inciso primero se ocupa del funcionario público que “...retuviera a un detenido o preso, cuya soltura haya debido decretar o ejecutar...”. Primeramente, partiendo de lo anterior, es necesario indicar que se trata de un *delito de omisión impropia*,²² porque el autor incurre en la vulneración de la norma prohibitiva al no decretar la orden de libertad o al no ejecutarla siendo emanada de funcionario competente (omisiones alternativas), con las cuales automáticamente se está reteniendo ilegítimamente al sujeto pasivo (resultado lesivo).²³ El verbo típico consiste en “retener” a un detenido o preso, esto es impedirle que recupere su libertad, manteniendo la detención.

Pero este proceder sólo puede verificarse de dos modos para que llene las expectativas del nivel típico que nos ocupa: ya sea absteniéndose de *decretar* (primer supuesto), o de *ejecutar* (segundo supuesto) la soltura de la víctima.²⁴ Y además, la soltura debe ser debida (*textualmente dice “cuya soltura haya debido decretar o ejecutar”*), lo que implica que la libertad del sujeto debía disponerse *necesariamente* conforme la normativa imperante.

Las hipótesis fácticas que pueden subsumirse en el tipo penal en cuestión podrían ser fácilmente ubicadas, aunque no se agotan en ellos como veremos, si se repara en el ámbito de actuación de agentes de la Administración Pública (v. gr. la omisión dolosa del penitenciario o del policía en disponer la soltura de un detenido).

Sujeto activo

A más de la calidad de funcionario público (CP, artículo 77), en el caso particular, se contienen *dos supuestos típicos autónomos*, por lo que deben concurrir otras exigencias en cuanto al extremo en análisis. Ello

22. En cuanto al polémico concepto en cuestión, véase Silva Sánchez, Jesús M., *El delito de omisión. Concepto y Sistema*, 2ª edición, Edit. B de F, 2003.

23. Se inclinan por encuadrar a la figura en esta categoría: Estrella / Godoy Lemos, Buompadre, Creus, Rafecas. La doctrina señala en apoyo la jurisprudencia de la CCC. Fed., Sala I, *in re “Llaver Leonardo”*, en causa n° 31958, del 6/7/2000, en donde expresamente se la indicó incluida en esa clasificación.

24. Soler indica que la figura en análisis “...es una ilegalidad sustancial, mientras que el del inc. 2, es una ilegalidad por incompetencia...” (texto aludido, p. 48).

pues se imponen mandatos de acción dirigidos a distintos agentes, que cumplen posiciones de responsabilidad dentro del sistema penal bien distintas, las que -por su naturaleza- no resultan intercambiables entre sí.²⁵ En ambos supuestos castigados, el autor especial se encuentra en una estrecha *posición de garante respecto a la intangibilidad del bien jurídico* en cuestión, siendo que el sujeto pasivo se encuentra *bajo su custodia -de forma directa o indirecta-*, surgiendo una obligación legal de libertarlo.

De tal modo, en el *primer supuesto* donde el mandato normativo consiste en la *retención* cuando se debía *decretar* la libertad del detenido, se trata de un *funcionario público con facultades para resolverla, y en consecuencia, disponer el cese de la detención*. En la generalidad de los casos, el sujeto activo será el *juez* a cargo de la causa o que tiene a su cargo la ejecución de la pena.²⁶

Mientras tanto, en el *segundo supuesto*, siendo que la orden normativa recae en *ejecutar* la soltura del detenido, *se trata de un funcionario público que efectiva y directamente tiene a un detenido o preso bajo su custodia; un agente cuya tarea es hacer efectiva la libertad dispuesta por el magistrado competente, sin revistar las de controlar la orden respectiva como paso previo al cumplimiento -siempre que revista las formalidades ordinarias-*.²⁷ Supuesto en el que la competencia en relación a la situación típica será determinada por la legislación vigente que regule el ámbito de actuación,²⁸ y en los que será más compleja determinar cuándo resulta “debida”.²⁹

25. Cfr. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 353.

26. *Ibidem*, p. 354.

27. A decir de Donna, en este segundo supuesto el sujeto activo es “*subordinado y brazo ejecutor del primero*” (*op. cit.*, p. 153). Por su parte, enseña Rafecas: “...*de otro servidor público que tiene como función específica ejecutar la orden de libertad dispuesta por el magistrado interviniente... carece de facultades de verificación o contralor del contenido sustancial de la orden, debiendo limitarse a verificar su legalidad formal, para entonces darle curso. El funcionario específico, a quien corresponde este cometido, y por lo tanto a quien está dirigido el mandato normativo, surgirá de las leyes que regulan el ámbito de actuación funcional de que se trate...*” (*op. cit.*, p. 358).

28. Baigún, David / Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Código Penal y normas complementarias*, Hammurabi, comentario de Federico Delgado, Juan C. Seco y Máximo Lanusse Noguera, p. 316.

29. Para estos supuestos, debe coincidirse plenamente con Rafecas en que será “debida” cuando la soltura sea consecuencia ineludible de una resolución, auto o sentencia, propia o de la alzada, que imponga al magistrado una obligación de disponer la

Sujeto pasivo

La norma habla de “*detenido o preso*”. Ambos términos refieren a una persona que se encuentra *legalmente* privada de la libertad, sea por motivos *administrativos, contravencionales*³⁰ o *judiciales* (v. gr. aprehensión, detención, condena). Este elemento -detención *legítima*- denota el límite de la figura en análisis con el delito de privación ilegal de la libertad cometida por funcionario público del artículo 144 bis, inciso 1 del Código Penal.

La expresión legislativa entraña *dos categorías distintas* que describen al sujeto pasivo. Así, la voz “*preso*”, remite a aquella persona que está privada de su libertad en un establecimiento destinado al efecto, sea como procesado o como condenado; mientras que “*detenido*”, a quien está privado de su libertad en las primeras horas del proceso penal y eventualmente es trasladado, transitoriamente, a recintos dependientes de la prevención.³¹

Por su parte, desde una perspectiva formal que pone el acento en la situación procesal del *titular del bien jurídico (detenido o preso)*, se ha establecido como parámetro diferenciador que el estado del sujeto pasivo sea *procesado no condenado*, o *condenado*, respectivamente para cada término.³²

Tipo subjetivo

Es un *delito doloso*. La retención del sujeto pasivo debe ser intencional, admitiéndose el *dolo de consecuencias necesarias*, e incluso el *dolo eventual*;³³ es decir, el autor debe conocer la situación fáctica en que se

liberación del detenido o preso, sea de oficio o a pedido de parte, proponiendo así un criterio restrictivo (*op. cit.*, p. 358).

30. Cfr. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 526.

31. Cfr. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 360, quien ha indicado que la voluntad legislativa es claramente consistente en ampliar el escenario de protección de la norma desde el mismo inicio del proceso penal. En el mismo sentido, Baigún, David / Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, p. 317.

32. Buompadre, Jorge, texto citado, p. 526; Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 156; Núñez, Ricardo, *Manual de Derecho Penal*, 2ª edición actualizada, Editora Córdoba, 1999, p. 152; Creus, Carlos, *Derecho Penal Parte Especial*, 6ª edición, Astrea, T. I, p. 291.

33. Cfr. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, pp. 360-361. Según el autor, Moreno es el único doctrinario que admite el supuesto en casos de “descuido manifiesto” (Moreno, T. IV, 1923, p. 379), en el marco de una crítica a la ausencia de inclusión en el código de fi-

enclava el detenido o preso, y plasmar la voluntad de mantener el estado de privación de libertad.

Se considera como una detención ilegal imprudente la figura del artículo 270 del fondal, en su segundo párrafo, la que reprime al juez que *prolongare la prisión preventiva que, computada en la forma establecida en el artículo 24, hubiere agotado la pena máxima* que podría corresponder por el delito imputado.³⁴

Consumación y tentativa

Se trata de un delito cuya *consumación* opera en el momento mismo que surge la obligación, por ley o por mandato de autoridad competente, de liberar al detenido, ya sea debiendo decretar o ejecutar la orden según el caso.³⁵ Asimismo, de carácter *permanente*, ya que recién se agota en sus consecuencias una vez que el sujeto pasivo sea finalmente puesto en libertad.

Se postula la inadmisibilidad de la *tentativa* del delito,³⁶ lo que no resulta dificultoso coincidir si se atiende al momento consumativo.

2.2. Inciso 2: “Prolongación indebida de la detención”

El siguiente inciso del artículo 143 del Código Penal trata las conductas de los funcionarios públicos que *“prolongaren”* de forma indebida la detención de una persona *“sin ponerla a disposición del juez competente”*.

En complemento de lo dicho sobre las modificaciones introducidas por Ley N° 14616 en el punto anterior, en lo atinente a esta figura debe remarcarse que el proyecto Tejedor ya la preveía, aunque establecía un plazo de 24 horas para el cumplimiento de la conducta, lo que condicionaba

guras que prevean la punición de casos imprudentes, los que desde su óptica son la generalidad de las hipótesis que se pueden presentar.

34. Con este alcance lo hace Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 362, quien lo caracteriza como la única excepción a la impunidad de detenciones ilegales imprudentes; al igual que Núñez y Soler, para quienes es un delito culposo. Asimismo, es indicado por Donna (*op. cit.*, p. 155), aunque se propone la imputación de esta última figura por aplicación del principio de especialidad; solución idéntica a la propuesta por Creus (*op. cit.*, p. 290).

35. Rafecas, Creus, Estrella / Godoy Lemos y Donna.

36. Creus, Estrella / Godoy Lemos, Marín, Núñez y Donna. Se ha argumentado la posibilidad de aceptar la tentativa acabada en Baigún, David / Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, p. 318.

la consumación al vencimiento del término. El proyecto de Villegas, Ugarriza y García, como así también el Código de 1886, suprimieron el lapso temporal aludido, e incorporaron el tipo penal como artículo 143, inciso 3, con una penalidad considerablemente menor (de un mes a un año, con más el doble de tiempo de inhabilitación especial).³⁷ Recién la mencionada reforma de año 1958 lo incorpora en su sitio actual.

Sujeto activo

Se trata de un *delito especial propio*, aunque a diferencia de lo que acontece con la figura anterior, el *funcionario público (artículo 77 del CP)*, a quien está dirigido el mandato normativo, será quien tenga *permitido -en los casos autorizados legalmente- proceder a la detención sin orden judicial escrita*. Es decir, será un integrante de *agencias ejecutivas con desempeño en la función judicial (agencias policiales y demás fuerzas de seguridad)*, dejando de lado a aquellos funcionarios que cumplan labores penitenciarias.³⁸

Sujeto pasivo

No se establecen limitaciones en lo que atañe a este tópico, pues la ley sólo habla de la detención de una *“persona”*. Únicamente, debe señalarse la identidad que presenta con el caso anterior, en cuanto también parte como presupuesto básico de una *detención legalmente efectuada y que se torna en lo sucesivo ilegítima*, en la especie por no poner al detenido a disposición del juez competente.

Tipo objetivo

Como ha sido indicado, el delito consiste en no poner a disposición del magistrado competente, en el debido tiempo y conforme las normativas legales vigentes, al detenido que se tiene bajo custodia (conducta omisiva intencional), prolongando de esta forma su detención, la que a partir de ese momento devendrá en ilegal (resultado lesivo). De tal modo, es un *delito de omisión impropia*, cuya esencia recae en el *mantenimiento de la disposición o autoridad* sobre el detenido más allá de los términos autorizados por ley, evitando transferirla al juez competente.³⁹

37. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 364.

38. Ídem.

39. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 153, denominándolo “*sustracción de un detenido a un juez*”.

Conviene señalar que la regulación de los motivos y las circunstancias en los que se permite la detención sin orden judicial escrita, como así también de los plazos en que en tales casos debe ponerse a disposición al detenido, es una facultad que corresponde legislativamente a los gobiernos locales; por lo que deberá necesariamente compulsarse los respectivos códigos de rito para poder completar los requerimientos típicos de la figura.

En el ámbito nacional, se destaca lo normado por el artículo 286 del CPPN, el que establece el plazo de *seis horas* para el cumplimiento de ese comportamiento por parte del funcionario policial. En terreno bonaerense, encontramos los artículos 155 y 156 del CPPBA, los que imponen la obligación de presentarlo ante el *agente fiscal “inmediatamente”*, sin perjuicio de la comunicación del inicio de las actuaciones judiciales exigida por imperio del 296 del mismo cuerpo normativo.⁴⁰

La figura exige para su configuración que la prolongación de la detención lo sea en virtud del medio comisivo allí expresamente descripto: la *omisión de “poner al detenido a disposición del juez competente”*. Esto lleva al análisis de dos matices diferentes para la precisión de la expresión:

- a) Por un lado, su alcance encierra la *puesta en conocimiento* de un modo fehaciente al magistrado competente de la existencia de una persona privada de su libertad, admitiéndose sobre el punto un *criterio amplio*, tanto en cuanto a los medios por los cuales sería susceptible informar, como así también a la posibilidad de que tal comunicación sea viable ante auxiliares del juez. Igualmente, deben considerarse las distintas figuras que aparecen según cada *diseño procesal de los códigos de procedimientos provinciales*, dato que no resulta menor en tanto de ello dependerá quién sea la *autoridad* ante la que se deba cumplir el mandato legal.⁴¹
- b) Además, una segunda consideración relativa a los *términos materiales de ilícito* evaluado a la luz del *principio de lesividad*, que impone que la *prolongación indebida (que afecta el bien jurídico) sea consecuencia*

40. Es interesante la crítica de Rafecas respecto a la “desconfianza del legislador sobre la actuación policial”, la que se evidenciaría de la diferencia de las “normas procesales locales” con otros ordenamientos jurídicos europeos que recurren a plazos más extensos.

41. Buompadre expresa que será el magistrado con competencia para la investigación de los delitos de acción pública (*op. cit.*, p. 527). Creus, por su parte, afirma que será típica la comunicación dolosa a un juez que no es competente (texto aludido, p. 292).

exclusiva y directa de la ausencia de conocimiento del órgano jurisdiccional. En otras palabras: que la hipótesis de hecho analizada *ex post facto*, indique que el juez, de haber tenido conocimiento de esa detención en forma y tiempo debido, hubiese ordenado anticipada y necesariamente la inmediata libertad de la persona.⁴²

Tipo subjetivo

Es un tipo penal *doloso*. La admisión del *dolo eventual* para la verificación del aspecto subjetivo del tipo penal es núcleo de discusión en la doctrina. Así, mientras en general es admitida la suficiencia del *dolo eventual*,⁴³ algunos autores sostienen que la inclusión del término “*indebidamente*” en el texto legal, implica la incorporación de un elemento subjetivo del tipo que impone la exigencia de dolo directo en el autor para su configuración.⁴⁴

Consumación y tentativa

Primeramente, creemos que no se admite como posible la *tentativa*.⁴⁵ Lo cual está ceñido a que se trata de un delito cuya *consumación* formal opera en el momento en que transcurre el plazo legal en que el funcionario debió haber comunicado la detención al juez competente, sin perjuicio de que deberá constatarse la afectación al bien jurídico conforme fuera expresado previamente.

Aparece redactado como un delito de *carácter permanente*,⁴⁶ ya que recién se agota en sus consecuencias lesivas y reprochables una vez que el sujeto pasivo es finalmente puesto en libertad.

42. Igual solución adopta Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 367 (partiendo de una consideración de la ubicación sistemática del delito y de la aplicación del principio de subsidiariedad). y en Baigún / Zaffaroni, *op. cit.*, p. 322 (*donde se menciona la posibilidad de incurrir en un supuesto de tentativa de delito imposible, puesto que la consumación -desde esta óptica- depende de la apreciación judicial*).

43. Buompadre, Creus, Baigún / Zaffaroni.

44. Así lo plantean Estrella / Godoy Lemos, *op. cit.*, enrolando en esa opinión restrictiva del elemento subjetivo a Moras Mom / Damianovich.

45. En esta tesitura: Núñez, Baigún / Zaffaroni, Marín.

46. En esta tesitura: Rafecas, Buompadre, Estrella / Godoy Lemos, Marín, Creus, Núñez.

2.3. Inciso 3: “Incomunicación indebida”

La figura del inciso 3 del artículo 143 del CP castiga la incomunicación dolosa e ilegal adoptada respecto de un detenido. Se trata de un delito que resulta cuestionable por su ubicación en la sistemática del subcapítulo, dado que se halla más cercano a los malos tratamientos de carácter institucional.⁴⁷

Esta norma, al igual que la anterior, presenta una directa vinculación con normas procesales, e incluso con textos constitucionales provinciales, en tanto que serán en definitiva las que doten de contenido la prohibición,⁴⁸ ello pues su núcleo de reproche tiene anclaje en la autorización legal (y su duración) para la restricción del *derecho del detenido a comunicarse libremente con terceros mientras dura la detención*. La referencia radica particularmente en aquellas permisiones procesales afinadas en un alegado interés de *reguardo investigativo*, y con el norte de evitar el armado de una versión entre los imputados, o que se facilite el ocultamiento de efectos o pruebas por indicación a terceros; de allí que se haya indicado que la figura consiste en una *garantía procesal*.⁴⁹

47. En el ámbito internacional, tales maniobras han sido consideradas contrarias a la dignidad humana, en función de asignarles carácter de “tratamiento cruel e inhumano” cuando son aplicadas en determinados contextos y/o con cierta intensidad. De tal modo, y sin perjuicio de lo que se diga luego, lo sostuvo la CIDH destacando el carácter excepcional y los graves efectos psíquicos y morales que ocasiona, en los casos: “Maritza Urrutia” -27/11/2003-, “Bámaca Velásquez”, “Cantoral Benavidez” -n° 69, 18/08/2000-, “Faires Garbis y Solís Corrales” -13/03/89-, “Godínez Cruz”, “Suárez Rosero vs. Ecuador” -12/11/97-.

48. Así, el *Código de Procedimientos Penal de la Nación* autoriza al funcionario policial a disponer la incomunicación del detenido por el *plazo de 10 horas -improrrogable salvo autorización judicial-*. Encuentra notoria similitud el *inciso 8 del artículo 294 del CPPBA*, al regular las facultades policiales, permitiendo la incomunicación cuando concurren los requisitos del artículo 152 por un término *máximo de doce (12) horas*, que no podrá prolongarse por ningún motivo sin orden judicial. *Artículo 152, CPPBA: “Con motivación suficiente el Fiscal podrá ordenar la incomunicación del detenido por un plazo máximo de cuarenta y ocho horas. La medida cesará automáticamente al vencimiento de dicho término, salvo prórroga por otro término por resolución fundada del Juez de Garantías a instancia del Ministerio Público Fiscal. En ningún caso la incomunicación del detenido impedirá que este se comuniquen con su defensor, en forma privada, inmediatamente antes de comenzar su declaración o antes de cualquier acto que requiera su intervención personal”*.

49. Cfr. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 153.

La norma proviene de los proyectos de los años 1891 y 1906, siendo que el proyecto “Tejedor” contenía una cláusula similar, y desde su aparición no tuvo modificaciones.

Tipo objetivo

Se reprime al funcionario público que incomunicare a un detenido de forma indebida, por lo que para poder colmar las exigencias del tipo objetivo, la incomunicación deberá ser:

a) Abarcativa de todas las vías de comunicación y de cualquier persona que quiera mantener contacto con el detenido. No alcanzan a ser reprimidos otros *cercenamientos intencionales* -según las leyes penitenciarias vigentes-, tales como restricciones de ingresos de libros u otros objetos inocuos, lo que sólo podrá traducirse en una sanción administrativa de la autoridad.⁵⁰

b) Además, debe ser “*indebida*”, lo que implica que debió haberse apartado de la normativa procesal, ya sea por: *i*) no estar prevista para ese caso, *ii*) por carecer el sujeto activo de competencia para disponerla, ordenándola sin capacidad o ejecutándola sin orden legítima.⁵¹

Se ha entendido también que la incomunicación debe ser indebida desde un prisma reglamentario, esto es, atentatoria de los reglamentos que instruyen la cuestión;⁵² dividiendo a la doctrina nacional aquellos casos en los que la incomunicación es dictada por quien tiene competencia para ello pero se *exceden los plazos legales previstos*.⁵³

Por lo demás, la conducta puede ser cometida *por acción* (esto es por actos positivos que impiden la comunicación), pero también por *omisión (comisión por omisión)*.

50. Cfr. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 274, poniendo el acento en la letra de la norma y en una interpretación compatible con la *estricta legalidad*.

51. Cfr. Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 153; Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 292.

52. Toda vez que acierta Creus, al afirmar que 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 (*op. cit.*, p. 293).

53. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 272, se expresa por la negativa, pues entiende que no es lo mismo prolongar la incomunicación que disponerla ilegalmente, siguiendo en la idea a Ure, y fundado en el principio de estricta legalidad. Es admitida por Creus, Marín, Fontán Balestra. Con mejor técnica legislativa, el artículo 531 del Código español prevé expresamente esta hipótesis.

Sujeto activo

Nuevamente, la calidad de *funcionario público* resulta necesaria para calificar como autor aunque, por las características de la conducta reprimida, deberá exigirse una *mínima capacidad funcional* que permita la realización de ella a partir de un contexto situacional apto para la ilicitud. Así, se ha reclamado que el sujeto activo detente la custodia o guarda del detenido, o al menos un *poder de hecho* sobre aquel para poder calificar válidamente como ejecutor.⁵⁴

Sujeto pasivo

Es el *detenido en sentido amplio*, abarcativo de toda persona privada de su libertad.⁵⁵ Aunque debe hacerse una aclaración diferenciadora de los tipos penales anteriores, en razón de que aquí se *comprenden tanto detenciones legítimas como ilegítimas*, lo que eventualmente podría derivar en la aplicación de normas concursales en relación a otras figuras penales.

Tipo subjetivo

Se trata de un *delito doloso*, por lo que este aspecto de la tipicidad se satisface mediante el conocimiento del agente sobre los elementos objetivos detallados y la voluntad de incomunicar al detenido. No ha previsto legislativamente su figura imprudente.

Consumación y tentativa

La *consumación* del delito se alcanza cuando los actos interruptivos de la libre comunicación realizados por el agente logren efectivamente

54. Cfr. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 271. Asimismo, lo sostienen Estrella / Godoy Lemos, *op. cit.*, p. 89; Baigún / Zaffaroni, p. 324, y Núñez, p. 153. Por su parte Creus, *op. cit.*, p. 293, explica que el funcionario deberá detentar la “*guarda*”, caso contrario cometería el delito de abuso de autoridad del artículo 248 del Código Penal (cita el caso del secretario de juzgado que dispone ilegalmente la incomunicación de un detenido que se encuentra en la alcaidía de jefatura).

55. Buompadre menciona como únicos supuestos excepcionales de sujetos pasivos *no imputados*, a testigos o intervinientes en reconocimientos en ciertas circunstancias, con citas a los artículos 275 y 283 del código de procedimiento de Corrientes. Por otro lado, Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 274, menciona como víctima de este delito al contraventor en la Ciudad de Buenos Aires, con citas al artículo 25 de la ley de procedimientos respectiva, y al testigo que comparece mediante el uso de la fuerza pública.

su objeto, lo que se manifestará cuando el detenido pretenda comunicarse con un tercero (o a la inversa). Perdurará en el tiempo mientras el estado descrito se mantenga -es un delito de *resultado y permanente*-.

Creemos que resulta posible la admisión de la *tentativa*,⁵⁶ a partir de diversas posibilidades en las que el detenido, a pesar de los obstáculos interpuestos por el funcionario público, logre igualmente comunicarse conforme lo pretendido (v. gr. se le coarta la posibilidad de mantener comunicación telefónica con familiares pero logra mantener contacto al concretarse la visita programada).

2.4. Inciso 4: “Recepción y colocación indebida del ‘reó’ ”

El artículo 143 del CP estipula conjuntamente en su inciso cuarto dos figuras penales bien distintas desde el punto de vista de la acción típica, aunque podrían sí considerarse cercanas en cuanto a un *ámbito de aplicación común ligado a la órbita penitenciaria*. Alude que: “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por el doble tiempo (...) 4°. El jefe de prisión u otro establecimiento penal, o el que lo reemplace, que recibiera algún reo sin testimonio de la sentencia firme en que se le hubiere impuesto la pena [primer supuesto], o lo colocare en lugares del establecimiento que no sean los señalados al efecto [segundo supuesto]”.

Ambos tipos penales, vale decir: (a) la recepción indebida o irregular de “reos”, y (b) la colocación indebida de “reos”, en función de la redacción que se le ha impreso, comparten sus protagonistas.

Así, resultarán sujetos pasivos sólo aquellas personas *condenadas por sentencia judicial firme, privadas de su libertad y con pena pendiente de cumplimiento*. Una lectura literal del contenido de la norma, sumado a un razonamiento integrador que considere la redacción total del artículo, y atendiendo a las voces empleadas por el legislador a lo largo de este,⁵⁷ permite entender que el propósito tenido en miras al hablar de “reó” es el de incluir exclusivamente *condenados*.⁵⁸ Por lo que no se contienen supuestos en los que se trate de personas procesadas pero

56. En esta postura: Rafecas, Núñez, Baigún / Zaffaroni.

57. Nótese comparativamente que antes de este inciso cuarto, como así también en lo ulterior, se alude a las expresiones “preso”, “detenido” o simplemente “persona”.

58. Así también Rafecas, *op. cit.*, p. 370, reconociendo que la acepción “reó” resulta, desde una interpretación profana, abarcativa de procesados y condenados.

no condenadas, ni tampoco aquellos relativos al cumplimiento de medidas de seguridad.

Sin perjuicio de la renovación que demanda la expresión usada para designar al sujeto pasivo en futuras reformas,⁵⁹ y las variadas opiniones sobre el punto, la conclusión no puede ser otra al reparar en el componente circunstancial que le sigue en la redacción de este inciso para caracterizar la recepción indebida (identificado mediante la frase “*sin testimonio de la sentencia firme en que se le hubiere impuesto la pena*”).

La norma no sólo requiere la calidad de funcionario público (CP, artículo 77), sino que además impone que este sea responsable formalmente designado de un establecimiento penitenciario, o bien su reemplazante. Está dirigido al “*jefe de prisión, u otro establecimiento penal (...) o su reemplazante*”, siempre que esté destinado a alojar condenados. Al aludir al “*reemplazante*”, la norma admite la posibilidad de que el sujeto activo sea un agente del Estado que, no detentando aquella designación jerárquica (jefe), lo sustituya con algún grado de *formalidad* en las tareas que constituyen el núcleo de los tipos penales (recibir y colocar); esto implica admitir al funcionario que se encuentre *facultado específica y formalmente* para esas decisiones ante la ausencia de aquel. Sin embargo, no bastará un mero poder de hecho en el cargo.

a) El *primer supuesto*, “*recepción indebida o irregular de reos*”, ha recibido serias críticas por la doctrina en relación al grado de afectación que pudiese generar al bien jurídico una conducta como la que se reprime. Se ha mencionado así “*...No se advierte pues, dónde puede estar la afectación al bien jurídico que tratamos. Se trata de una falta administrativa o irregularidad administrativa subsanable por otros medios y que carece de mayor entidad...*”.⁶⁰ Sin embargo, desde otra óptica, puede entenderse que hoy la ilicitud en cuestión se focalizaría en evitar la consagración de la presencia de personas en lugares de detención en forma clandestina, al no formalizarse adecuadamente su ingreso, pudiendo evitarse el desarrollo de sistemas penales subterráneos como padecemos

59. Las proyecciones reformistas han atendido este detalle, siendo que el anteproyecto del año 2006 propone definirlo como “*culpable*”, y el del año 2013 como “*condenado*”.

60. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 370. De allí que propone una interpretación acotada a riesgo de convertir el tipo penal en un delito de “*peligro*”, afirmando que el ingreso a la realidad penitenciaria muchas veces en la práctica implicaría para el detenido una mejora en sus condiciones de alojamiento.

en contextos de regímenes políticos dictatoriales. Si bien, obviamente, estas situaciones supondrían la configuración de hipótesis delictivas de mayor gravedad, la inclusión de esta figura en el ámbito penal podría defenderse como instrumento para remarcar -con ímpetu y sin margen de duda- a las agencias penitenciarias o de custodia, la necesidad de la presencia de una orden judicial para la inclusión de un detenido en un establecimiento penitenciario.

En cuanto al aspecto objetivo del tipo penal, se castiga al jefe de prisión u otro establecimiento penal -o su reemplazante- cuando *recibiere al reo sin el respectivo testimonio de la sentencia firme que se le ha impuesto*. El cimiento sobre el que se construye el dictado típico es una detención legítima y perfectamente válida, en donde el sujeto pasivo ha recibido una sentencia adversa a sus intereses, siendo trasladado al establecimiento pertinente para su cumplimiento.

La “recepción” sin aquel requisito formal es una acción que se verifica y completa sólo ante su admisión o ingreso al sitio, sin que sea necesario el efectivo alojamiento o ubicación del mismo.

En cuanto al “*testimonio de la sentencia firme*”, alude a la constancia documental en la que se plasmará copia, resumen o transcripción de la sentencia condenatoria que se le ha impuesto, la que -generalmente- incluye el respectivo cómputo de pena y la eventual fecha de agotamiento, aunque variando su contenido y formato según las prácticas y estilo del organismo jurisdiccional que lo libra.

Se ha entendido que no sólo la ausencia del testimonio viabiliza la atribución de responsabilidad penal al funcionario receptor del condenado, sino también cuando este presente alguna *clase relevante de vicio formal*, como que no se encuentre debidamente autenticado, no proceda de una autoridad competente, o bien por algún motivo sea inválido.⁶¹ No obstante esta cuestión relativa al perfeccionamiento delictivo, se presenta como un tema íntimamente

61. Cfr. Estrella / Godoy Lemos, p. 91; Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 163. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 294, en similar línea, afirma: “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”.

vinculado a la *necesaria afectación al bien jurídico* que debe exigirse en orden al principio de lesividad (CN, artículo 19).

b) El *segundo supuesto*, “*colocación indebida de reos*”, consiste en la colocación dolosa del condenado en lugares del establecimiento penitenciario que no sean los señalados a ese efecto.

La acción típica consiste en “*colocar*”, entendida como la ubicación o alojamiento. Mientras que “*lugares del establecimiento*” de interés para la configuración del delito, son todos los que reglamentariamente difieren de los determinados para el cumplimiento de la pena impuesta, o bien aquellos estipulados para la aplicación (en su caso) de sanciones disciplinarias, sea por una prohibición (general o particular) en tal sentido.

Ahora bien, una vez más debe señalarse que para su aplicación es menester la verificación en el supuesto de una *efectiva conculcación del bien jurídico*, escenario que se evidenciaría sólo a partir de un empeoramiento concreto de las condiciones de detención.⁶² Por ello, para dar por cumplido el extremo en abordaje, el sujeto activo deberá, además de colocarlo en un lugar que no sea de los previstos, paralelamente con su comportamiento desajustado debe generar (intencionalmente) un *perjuicio* para la situación del detenido. De lo contrario, a pesar de otras responsabilidades, ya sea de tipo administrativo o aun de índole penal subsumible en un puro ilícito contra la Administración Pública, el comportamiento no será típico en esta figura penal del “Capítulo V”.⁶³

62. Existe acuerdo entre los autores en esta exigencia: Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 277; Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 297; Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 595; Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 193; Estrella / Godoy Lemos, *op. cit.*, p. 91; Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 332. En cuanto a las circunstancias que pueden constituir ese agravamiento de la detención, si bien deben ser valoradas en el caso concreto, de manera general es dable admitir todo tipo de cercenamiento de derechos, como puede concretarse si se reducen las actividades diarias del detenido. Es interesante el comentario de Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 163, sobre dos supuestos extremadamente delicados, cuales son los casos de menores alojados con detenidos mayores de edad, y de los acusados de cometer delitos contra la integridad sexual mezclados con la población carcelaria común.

63. Creus menciona como ejemplo la colocación del condenado “*peligroso*” en una granja con sistema de semilibertad.

Finalmente, cabe apreciar que la punición de la colocación del “reo” en lugares no previstos, y siempre que importe un agravamiento de sus condiciones de detención, *actúa subsidiariamente a aquella figura que reglamenta los maltratos a presos* (cfr. CP, 144 bis, inciso 3°). De tal modo, se torna sólo operativa ante un aumento efectivo e injustificado del sufrimiento del detenido, en tanto no implique alcanzar un grado suficiente como para considerarlo en la definición de “vejación” o “severidad”, según las características del caso. Ello sin perjuicio de las dificultades que supone la apreciación de un parámetro intrínsecamente subjetivo como es la medida del “sufrimiento”.

2.5. Inciso 5: “Recepción indebida de ‘preso’ ”

Otro de los delitos que enumera el extenso artículo 143 del digesto penal argentino, es el que se ha denominado “recepción indebida de presos”, el cual presenta plurales semejanzas con el primer supuesto del delito anterior (CP, 143, inciso 4°, primera parte). En consecuencia, lo que también aquí se castiga es *una irregularidad en el procedimiento del funcionario público en el ámbito de los delitos contra la libertad*.⁶⁴

Su materialización en este inciso quinto se plasma en los siguientes términos: *“será reprimido con reclusión o prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por el doble tiempo: 5°.- El alcaide o empleado de las cárceles de detenidos y seguridad, que recibiere un preso sin orden de autoridad competente, salvo flagrante delito”*.

Sujeto activo

Sólo pueden ser autores del ilícito los funcionarios públicos, aunque en el caso puntual del *inciso 5°* se castiga particularmente al *“alcaide o empleados de cárceles de detenidos y seguridad”*. Veamos:

- a) En cuanto a la expresión *“alcaide”*, debe ser entendida como el *jefe de la alcaidía o cárcel de encausados*, por lo que reviste prístina identidad con el sujeto activo de la figura del inciso 4° analizado previamente.⁶⁵

64. Cfr. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 331.

65. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 532. Estrella / Godoy Lemos, mencionan que para el caso de que exista en el establecimiento director o jefe, también quedarán comprendidos por ser, también, “empleados” (*op. cit.*, p. 93).

b) Se propugna, en general, una interpretación restringida al referirse a los *empleados* de los sitios mencionados como sujetos activos de la infracción, abarcando únicamente *agentes penitenciarios con facultades de recibir detenidos*, y no aquellos dedicados a otras tareas ajenas aunque se aboquen a esa función específica.⁶⁶

Sujeto pasivo

Se postulan como víctimas del ilícito, atento la ampliación que se origina en comparación con el inciso anterior a partir del retorno a la expresión “*preso*”, *toda persona privada de su libertad que sea procesada* -cualquiera sea el estado procesal- aunque sin condena.

Tipo objetivo

Se exigirá para la verificación del delito la “*recepción*” del *preso* en un establecimiento carcelario de detenidos y seguridad, *sin la orden* de la autoridad competente. Esta última expresión está limitada al aval judicial respectivo, esto sería la autorización escrita del magistrado a cargo de la causa en virtud de la cual se dirige la imputación penal disponiendo su alojamiento, o bien de otra autoridad judicial pertinente acorde al diseño procesal en el mismo sentido.

Resta señalar únicamente en cuanto a esta referencia normativa, que es propiciada la aplicabilidad de la figura también en los casos donde el permiso presente *algún vicio o defecto formal*, que devenga en su invalidez, como podría ser aquel que recayere en los datos del alojado.⁶⁷

En otro aspecto relevante para la tipicidad objetiva, la ley habla de “*cárceles de detenidos y seguridad*”, lo que debe ser comprensivo de todo establecimiento destinado a su alojamiento, siempre que no sea para el cumplimiento de pena privativa de libertad.⁶⁸ Se descartan así centros

66. Así: Donna, Estrella / Godoy Lemos, Rafecas, Buompadre -quien cita ejemplificativamente el caso, atípico, del *ordenanza o del escribiente* que realizara el comportamiento descripto-.

67. El *error* no sería invocable frente a casos de manifiesta ilegalidad -ej. ausencia de la firma autorizante- (cfr. Baigún / Zaffaroni, *op. cit.*, p. 336).

68. Rafecas señala que la referencia normativa del término “*cárcel*” se encuentra en los arts. 178 y 180 de la Ley N° 24660, aludiendo al objeto de estos establecimientos, cual es *retener y custodiar* personas sometidas a proceso. En igual sentido en Baigún / Zaffaroni, *op. cit.*

de detención que no sean exclusivamente destinados a esa finalidad: clínicas psiquiátricas, régimen de rehabilitación cerrado, comisarías, o institutos de menores,⁶⁹ aunque sí calificarían establecimientos psiquiátricos cerrados dependientes del servicio penitenciario en los supuestos de encierro por aplicación del supuesto del artículo 34, inciso 1 del CP.⁷⁰

En otro orden de ideas, expresión legal de cierre referida al “*caso de flagrante delito*”, incorporada en la parte final del inciso a modo de excepción al mandato prohibitivo, debe completarse con la incorporación de la normativa procesal respectiva, que será la que determinará en qué casos pueda calificarse de tal modo. Se considera, en líneas generales, que hay “*flagrancia*” cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después, o mientras es perseguido por la fuerza pública, el ofendido o el público, o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir que acaba de participar en un delito.⁷¹ En estas hipótesis, por sus propias características, se permitiría la recepción sin necesidad de orden.

Pero los autores argentinos discrepan en cuanto al alcance de la referencia, ya que estando facultada cualquier persona para proceder a la detención en tales casos, la ley no necesitaba -se razona- autorizar expresamente a esos funcionarios para que lo hagan.⁷² Por un lado, se ha postulado un entendimiento que abarque tanto cuando la detención flagrante sea de manos de un funcionario como de un particular, aunque siempre se debería poner al aprehendido a disposición de la autoridad competente.⁷³ Sin embargo, el tópico resulta controvertido, siendo que Soler alude sólo al caso del particular que aprehendiere en flagrancia para cuando no pudiese entregarlo a otra autoridad, descartando que pueda referirse al caso en que el propio alcaide detiene, y considerándola una “*hipótesis poco razonable porque en esa situación cualquier particular puede detener*”.⁷⁴

69. Cfr. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 374.

70. Cfr. Baigún / Zaffaroni, *op. cit.*, p. 334.

71. Así, los artículos 153 y 154 del CPPBA, 275 y 276 del CPP Córdoba, 2102 y 213 CPPSF y 285 del CPPN.

72. Cfr. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 331.

73. Cfr. Estrella / Godoy Lemos, *op. cit.*, p. 93; Donna, Edgardo, en similar sentido, *op. cit.*, p. 166.

74. Cfr. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 50, enrolando en esta postula a Gómez y Pacheco. Rafecas, por su parte, realiza una completa crítica de descarte, y concluye que es un

Tipo subjetivo

Es un *delito doloso*, en el que el requerimiento del aspecto subjetivo se integra con el conocimiento del agente de la recepción del preso sin el aval pertinente. Sería viable completarlo mediante *dolo eventual*.

Consumación y tentativa

El ilícito se *consume* con la sola recepción del preso sin las aludidas formalidades;⁷⁵ y se vislumbra admisible la *tentativa*.⁷⁶

2.6. Inciso 6: “Omisión de hacer cesar o dar cuenta de la detención ilegal”

A manera de clausura del artículo, se ha conformado un tipo penal omisivo cuyo espectro de aplicación *se extiende a todas las “detenciones funcionales ilegales” que se regulan en el Código Penal*, fórmula que -en líneas generales- pretende englobar a las autoridades reticentes en adoptar conductas que pudieren haberlas hecho cesar, o, por lo menos, podido contribuir en su cese. Refiere literalmente el inciso 6 que será reprimido, con la misma pena indicada para los casos anteriores, el funcionario público “*que teniendo noticias de una detención ilegal omitiere, retardare o rehusare hacerla cesar o dar cuenta a la autoridad que deba resolver*”.⁷⁷

Se ha postulado sobre su naturaleza que resulta un delito construido como una *infracción de deber stricto sensu*,⁷⁸ por cuanto es indistinto si el sujeto una vez advertida la detención ilegal no hace nada en absoluto o realiza una acción distinta que no implique el cumplimiento del mandato legal.

Debe aclararse que la preexistencia de una detención ilegal, respecto de la que debe ser *ajena* el agente, es exigida como presupuesto de procedencia. Se incluyen todas las “*detenciones ilegales*” previstas

“arcaísmo” de los más notorios del código pero a la vez “inofensivo”, sin aplicación práctica, e inválido por imperio de la garantía del debido proceso (*op. cit.*, p. 376).

75. Creus entiende al igual que en el supuesto del artículo 143, inciso 4 ya analizado, que se consume con el efectivo “alojamiento” del detenido.

76. En esta tesitura: Donna, Baigún / Zaffaroni y Creus, quienes creen posible la tentativa (obras citadas, p. 167, 337 y 296 respectivamente). Núñez y Marín, de opinión opuesta.

77. Proviene del Proyecto de 1891 (*inciso 10 del antiguo artículo 143*), siendo que la ya aludida Ley N° 14616 lo pone en la situación actual.

78. Cfr. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 378; Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 298.

en el título, es decir: tanto las infracciones encuadrables en el artículo 144 bis, inciso 1, como las del artículo 143, incisos 1 y 2, sin que quepa efectuar limitaciones desde una óptica circunstancial y/o espacial del asunto, de forma tal que no queda exclusivamente restringido a privaciones de la libertad en establecimientos públicos.

Desde la técnica adoptada en el texto se visualiza un desdoblamiento de las conductas demandadas, que dependerá de la competencia del funcionario público, concretizada con los verbos típicos “omitir, retardar o rehusar”,⁷⁹ ya sea “hacer cesar” o “dar cuenta” a la autoridad.⁸⁰ Claramente se denota, en cualquier caso, la imposición de un mandato legal de *interrumpir el iter delictivo que aún se encuentra en curso*.

En este sentido, la determinación e individualización del modo de obrar estará condicionada por el ámbito en el que el agente se desempeña y por la jerarquía que ocupe dentro de este. Partiendo de ello, debemos inclinarnos por una postura interpretativa que exija una vinculación especial entre el sujeto activo del delito y los sucesos sobre los que se asienta el reproche. En efecto, en lo que respecta a la *competencia funcional del agente estatal*, siguiendo a Rafecas, cabe destacar que puede derivar del ámbito procesal penal o procesal administrativo:

- a) Dentro del primero, quedan abarcados jueces, fiscales, y el personal policial a cargo de la investigación en la jurisdicción territorial en que se comete la detención ilegal: la regla es que la conducta exigida es la de hacer cesar el delito. Aunque según el caso, el agente deberá previamente dar cuenta a la autoridad que deba resolver -segundo mandato legal- (v. gr. el personal policial deberá previamente solicitar orden judicial de allanamiento para poder irrumpir en la morada en donde se encuentra la persona en cautiverio);
- b) En el segundo grupo, serían comprendidos funcionarios jerárquicos de los que depende la unidad operacional en que acontece el

79. La redacción ha recibido acertadas críticas por su redundancia, pues -como se ha dicho- “retardar” o “rehusar” en definitiva no son sino variantes del verbo “omitir” (cfr. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 379).

80. Por su parte Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 597 y Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 333, sostienen que la figura se trata de una sola hipótesis delictiva, que se caracteriza por conductas alternativas, siendo que en ambos casos el funcionario tiene competencia para hacer cesar la detención. El argumento radica en que todo funcionario que tenga conocimiento de un hecho delictivo está obligado a denunciarlo ante la autoridad competente, si no fuera competente quedaría abarcado en el 277 del CP.

delito, sean integrantes de la misma fuerza o bien autoridades superiores ministeriales o similares de las cuales dependa la corporación. También aquí se prevén las dos vías señaladas anteriormente, para esquivar el alcance de la responsabilidad emergente del tipo penal: hacer cesar la detención ilegal o poner el conocimiento de quien pueda hacerlo, reservadas respectivamente -en principio- para las autoridades superiores de la misma fuerza, o bien de rango superior o intermedio del órgano administrativo o ministerio del que esta depende.⁸¹

Tales conductas son ordenadas *desde que el agente toma conocimiento de la detención ilegítima*; pero además, se establece un término final al mandato legal -fundado en el objeto del reproche al agente y en la propia redacción empleada en la normativa-, en tanto siempre resultará preciso que la detención ilegal de la que toma conocimiento el funcionario *no haya cesado*. Es que, esencialmente, en la genética de la norma reside el reproche al servidor público por la lesión al bien tutelado, a partir de la continuación de un estado de cautiverio ilegal que con su proceder contribuye a mantener.⁸²

No caben limitaciones en cuanto a la forma o medio por el cual se adquiere ese conocimiento que reclama la actuación. Es indistinta la modalidad o circunstancias por las que se *“tomen esas noticias”*, ya que a diferencia de otros delitos del mismo subcapítulo (v. gr. artículo 144 cuarto, incisos 2 y 3), en los que el legislador incorpora la expresión *“en razón de sus funciones”*, el silencio posibilita admitir un conocimiento meramente *“informal”* o *“extraoficial”*. Sin embargo, deberán tener cierta entidad para considerarlas objetivamente ciertas en miras a asignarles un carácter vinculante respecto del sujeto activo.

Tipo subjetivo

Es un delito *doloso*, si bien se admite el dolo eventual.⁸³ Quedaría configurado cuando al presentarse la situación típica, siendo conocida

81. Cfr. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 379.

82. En una línea opuesta, en el Proyecto Peco (1941), donde se considera a la figura una *“omisión, retardo o denegación vinculado directamente al ejercicio de la función que los códigos remiten a los delitos contra la Administración Pública”*.

83. Cfr. Baigún / Zaffaroni, *op. cit.*, p. 347.

por el sujeto activo, se omita voluntariamente ejercer el encargo impuesto por ley.⁸⁴

Consumación y tentativa

Se *consume* cuando el autor infringe la conducta legal, es decir en el primer momento en que, estando en condiciones de dar aviso a la autoridad o de hacerla cesar, no lo hace; siendo indistinto si esta concluye con ulterioridad por otros motivos. Se postula la inadmisibilidad de la *tentativa*.⁸⁵

3. ARTÍCULO 144 DEL CÓDIGO PENAL: AGRAVANTES PARA LOS CASOS ANTERIORES

El artículo 144 del CP presenta un agravamiento de la sanción penal con la que se reprimen las conductas ilícitas tipificadas en el artículo 143 del fondo, estableciendo un incremento en el *máximo* de la escala por remisión al artículo 142 del mismo cuerpo normativo.⁸⁶ Es así que sólo el límite superior se eleva, de los tres años de prisión o reclusión (previstos para la figura base) a los *cinco años de la misma especie de pena*, si concurriere alguna *“de las circunstancias enumeradas en los incs. 1, 2, 3 y 5 del art. 142”*.⁸⁷

84. En contra Buompadre, para quien sólo es posible mediante *dolo directo* del agente. Creus refiere que el dolo pide el *conocimiento cierto* de la detención y su ilegalidad, y la voluntad de no cumplir con las obligaciones que la ley impone al agente (la duda no bastaría, sin perjuicio de que con ella se incluya la conducta en otras infracciones que pueden llegar a ser delictuosas, por ejemplo, la del artículo 249, Código Penal) (*op. cit.*, p. 299).

85. Estrella / Godoy Lemos, Creus, Núñez, Marín. Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 169, y Baigún / Zaffaroni, *op. cit.*, p. 347, por su parte, se inclinan por su admisión.

86. Las mismas circunstancias resultan previstas como agravantes en el artículo 144 bis, último párrafo, para aumentar las penas de todas sus hipótesis delictivas. Para el caso de darse simultáneamente más de una de ellas, a pesar de no duplicar el agravante, podrán ser medidas dentro del estiramiento de la pena que permite la nueva escala (CP, 40 y 41).

87. Se han elevado distintas críticas en cuanto a la *desproporcionalidad* de las sanciones en su cotejo con las reguladas para las mismas agravantes en el tipo penal no cualificado (*artículo 141, 142, CP*), en tanto mientras la conminación que amenaza al funcionario público oscila entre los 1 a 5 años en el caso del 144 y en los 2 a 6 años de prisión para la del artículo 144 bis *in fine*, la figura agravada que sanciona al particular va desde los 2 a

Como puede advertirse, se excluye de la enumeración las situaciones del inciso 4 del artículo 142. La cuestión resulta de toda lógica si se repara en que el supuesto discriminado estipula el agravamiento cuando “...*el hecho se cometiere simulando autoridad pública u orden de autoridad pública...*”, ello pues mal podría quien detenta tal investidura funcional -requisito esencial de las figuras estudiadas-, simularla al momento de la comisión de alguna de las acciones que son encuadradas en el artículo 143 analizado.

Nada dice la norma acerca de cómo opera el agravante sobre la pena de inhabilitación especial por el doble tiempo que prevé el artículo que viene a ser agravado (CP, 143). Dos son las posiciones que se alzan sobre el punto; una que presume que el silencio legal implica un presumido correlato en el aumento también respecto de esta especie;⁸⁸ y otra, que ajustada al principio de legalidad y sobre la base del *favor rei*, estima inapropiada tal ampliación en perjuicio del imputado.⁸⁹

A continuación, se muestran los presupuestos fácticos que permiten el alongamiento punitivo en cuestión:

3.1. Inciso 1: Hecho cometido con violencias o amenazas, o con fines religiosos o de venganza

El fundamento del acrecentamiento radica, según el caso, en el *medio* utilizado o en el *propósito* seguido por el autor. De tal modo, se circunscribe su ámbito de aplicación al uso de parte del agente de *violencias o amenazas* (“*bis absoluta*” o “*bis compulsiva*”), tanto por sobre la persona de la víctima como de terceros que estén en condiciones de impedir el delito o intenten hacerlo; siendo que el agente podrá servirse de ambas modalidades en cualquier momento del *iter criminis* (sea para cometer la acción típica o para mantener el estado antijurídico de la misma).

El primero de los conceptos implica la utilización del autor de una energía física, u otro medio equiparado -narcóticos o hipnosis (artículo 78, CP)-; mientras que el segundo remite al concepto jurídico

6 años de la misma pena (cfr. *Código Penal y Normas Complementarias*, Dirección: David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, *op. cit.*, p. 370).

88. Desde esta óptica se llevaría la pena de inhabilitación especial a un máximo de diez años. Sostiene este posicionamiento Creus, Núñez, Fontán Balestra.

89. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 271; y Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 170.

clásico, en tanto significa un anuncio de un mal grave, posible e inminente, sobre la persona o sus bienes, que puede provenir de la actividad del agente o de un tercero a instancias de aquel.⁹⁰ Las *lesiones* que, en forma prácticamente inevitable, y sin las cuales no se podría ejercer la *violencia* aludida, son abarcadas por este tipo calificado.⁹¹

En cuanto al segmento final del artículo, dedicado a los *fin*es del autor, aludiendo a los *religiosos o de venganza*, se refiere a incidentes personales que influyen en el ánimo del autor a la determinación de cometer el delito.

Los primeros se vinculan a asuntos de carácter religioso, en un sentido amplio, y relacionados a la inclinación o creencia que el autor, la víctima o un tercero profesen, independientemente del destino concreto de la conducta.⁹² Los “fines de venganza” refieren a un sentimiento de represalia que guía al autor, por un hecho anterior perjudicial a él o a un tercero -con cierta relación como para provocar su actuación-, cuya supuesta o real causación se atribuye a la víctima o a un tercero a instancia suya.⁹³

90. Núñez complementa la idea sentando que no es suficiente la *energía física indirecta* que se ejerza sin contacto físico (p. ej., encerrando a la víctima), ni mediante el engaño que la hace errar a la víctima sobre el carácter del consentimiento que presta para el acto.

91. Soler las llama “*lesiones ligeras*” -daños que pueden lógicamente ser considerados como un resultado físico normal de la violencia, como las equimosis pequeñas o exco-riaciones-, y menciona que aquellas que excedan ese nivel, concurren materialmente (Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, TEA, 2000, T. IV, pp. 40-42). Esta inteligencia es cuestionada por otro sector de la doctrina, que entiende que toda lesión que se produce sobre la víctima desatendiendo al daño causado como integrante de la misma privación de libertad, rechazando su absorción por la violencia y propugnan su concurso ideal (Núñez).

92. Son variadas las hipótesis que mencionan los autores, sea que la conducta tenga como destino atacar o favorecer una determinada religión, o para posibilitar el desarrollo de un determinado acto o ceremonia, o bien para impedirlo, para difundir o imponer una determinada idea, etcétera. Dice Creus: “...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)...”. Soler explica que “...El fin religioso podrá vincularse con los delitos de privación de libertad principalmente con respecto al encierro de que una persona puede ser objeto en un monasterio o del mantenimiento de la clausura a pesar de la expresión de disenso...”.

93. Se acepta la venganza “directa”, y también la llamada “transversal”, y es indiferente que el fin perseguido con la maniobra se consiga o no. Donna y Núñez coinciden en que no es suficiente el “odio” que pueda evidenciar el autor.

3.2. Inciso 2: Hecho cometido en la persona de un ascendiente, de un hermano, del cónyuge o “de otro individuo a quien se deba respeto particular”

Se tiene en cuenta para permitir la figura agravada la *calidad del sujeto pasivo*. Es así que se torna imponible cuando el vínculo sea alguno de los siguientes: a) ascendiente: por consanguinidad, en línea recta y sin límite de grado; b) hermano: sea que comparta ambos o sólo uno de los padres (hermanastro), y también en casos de adopción; c) cónyuge.

No son abarcados parientes por *afinidad* ni tampoco *descendientes* que han sido excluidos de manera expresa de la enumeración.⁹⁴ Sin embargo, sobre el cierre se amplía a un grupo de personas que es identificado con la frase “...otro individuo a quien se deba respeto particular...”, lo que debe ser entendido como referencia a un vínculo específico -no general- entre víctima y victimario que imponga aquella reverencial consideración.⁹⁵

3.3. Inciso 3: Hecho del que “resultare grave daño a la persona, a la salud o a los negocios del ofendido”

Se asocia el aumento de la pena al *resultado* derivado del ilícito castigado, por cuanto importe un “*daño grave*”, que puede pesar sobre la persona, la salud o los negocios del ofendido; agravamiento que estará *condicionado* a que no constituya otro delito más severamente castigado, lo que tiene motivo con el remate expreso de la norma. En todos los casos, el perjuicio deberá ser *grave*, lo que importa -de acuerdo al caso concreto y a las circunstancias particulares- que deberá revestir cierta entidad apreciable.⁹⁶

En cuanto a los supuestos sobre los que puede extenderse el menoscabo, y para el caso que la afectación recaiga *sobre los negocios* del ofendido, implica una perturbación en su ocupación, profesión,

94. De allí que la mayoría de los autores nacionales señalan que el motivo del agravante no radica en *el vínculo de sangre*, sino en la existencia de un *especial deber de respeto que el sujeto tiene que observar con la víctima*.

95. Se han utilizado diversas expresiones para caracterizar el lazo entre víctima y victimario: “*particular respeto*” (Estrella / Godoy Lemos), “*acatamiento personal*” (Núñez), “*respeto especial*” (Donna). Se citan como ejemplos a los *padres adoptivos, tutores y maestros*.

96. La doctrina comenta que se alude al acaecimiento de un *resultado preterintencional* no abarcado por el dolo del autor (así: Soler, Donna, Buompadre). La expresión inicial del agravante al referirse a “...*si resultare...*” apuntala esta interpretación.

empleo o trabajo, produciéndole un perjuicio de carácter económico o patrimonial, que incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante;⁹⁷ mientras que cuando cae sobre la *persona*, afectaría bienes jurídicos inherentes a la personalidad, distintos de la libertad misma (por ejemplo, su honor u honestidad), siempre que no se cometan sobre la víctima delitos específicos.⁹⁸

Tratándose del daño sobre la *salud*, la determinación del alcance deberá ser analizada sin perder de vista los diferentes grados de lesiones regulados en nuestra legislación penal,⁹⁹ atendiendo a la limitación de la parte final del inciso y las precisiones incluidas en las “violencias” del inciso 1 de este mismo artículo.¹⁰⁰

3.4. Inciso 5: Si la privación de la libertad durare “más de un mes”

El agravante funciona haciendo operar el reproche ante un parámetro esencialmente cuantitativo, como la *extensión temporal de la acción*. La detención se deberá exteriorizar, al menos, por más de un mes calendario;¹⁰¹ siendo que el plazo se contara según las pautas que dispone el Código Civil.¹⁰²

97. Así: Estrella / Godoy Lemos, Núñez y Soler.

98. Cfr. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 283. Soler alude de manera ejemplificativa al escándalo sufrido por una “mujer honesta” encerrada en una casa de prostitución.

99. Tanto Soler como Fontán Balestra estiman que la procedencia de la figura requiere lesiones graves, aunque el segundo además menciona que deben ser dolosas. Por su parte, Creus adiciona las gravísimas (CP, 91), precisando respecto de las leves (CP, 89) que no deben ser excluidas de antemano “...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.)...”.

100. La doctrina menciona como ejemplos del agravamiento: la enfermedad sufrida por las condiciones de detención, o el aborto sufrido por el shock del evento. La cuestión volverá a ser analizada en los ítems dedicados a las “hipótesis concursales” que se analizarán infra.

101. Siguiendo a Buompadre, se destacan aquí dos cuestiones, en tanto no incluye casos en los que el alcance temporal sea de un mes exacto, y paralelamente el parámetro lo determinará el mes en que se consuma el delito -que no necesariamente será de treinta días-. En igual sentido, Núñez y Estrella / Godoy Lemos.

102. En igual sentido: Creus, Donna, Buompadre, Estrella / Godoy Lemos.

4. EL ARTÍCULO 144 BIS, APARTADO PRIMERO, DEL CÓDIGO PENAL

De las *detenciones ilegales*¹⁰³ se ocupa el artículo 144 bis del Código Penal en su apartado 1º, castigando al funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, privase a alguno de su libertad personal. Su fundamento originario fue la necesidad de dar acabado respeto a la garantía normada en el artículo 18 de la Constitución Nacional, en cuanto proscribía que “*nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita emanada de autoridad competente*”.

Recordando las consideraciones que fueran mencionadas al inicio del comentario en cuanto a la *constitución dual* del interés objeto de tutela (en la especie, en primer término la *libertad en el aspecto físico apuntado*, y en un segundo plano, la *incorrecta actuación de los agentes estatales*), no puede perderse de vista que la circunstancia de que un ciudadano se encuentre expuesto frente a la autoridad en el marco de una detención ilegalmente practicada, importará *per se* el peligro de afectación de otros derechos no menos importantes.¹⁰⁴

Recién se incluye en el Proyecto de 1891, reconociendo el legislador que su etiología buscaba el resguardo de aquella garantía constitucional. Se mantiene en el Proyecto de 1906 y con la reforma de la Ley Nº 11719 se incorpora al artículo 143, inciso primero. Finalmente, la mentada Ley Nº 14616 lo traslada a su actual ubicación y eleva la pena prevista para su comisión.¹⁰⁵

El anteproyecto del año 2006 no contiene la materia de prohibición circunscripta en los tres incisos del artículo 144 bis;¹⁰⁶ por su parte, el anteproyecto del 2013 los engloba junto al vigente artículo 143 retomando una ordenación tradicional de las figuras (con algunas variantes).

103. Soler denomina a la figura en estudio “*Detención ilegal*”, e “*Irregularidades en la forma de ejecutar la detención*” a las infracciones que han quedado agrupadas en el artículo 143 del CP.

104. Así lo reconoció la CIDH en numerosos precedentes, al decir “...*la Corte observa que un incorrecto actuar de esos agentes estatales en su interacción con las personas a quienes deben proteger, representa una de las principales amenazas al derecho a libertad personal, el cual, cuando es vulnerado, genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la integridad personal y, en algunos casos, la vida.*” (caso “Torres Millacura Vs. Argentina”, del 26/08/2011).

105. Con anterioridad a la referenciada legislación, los delitos previstos en el actual artículo 144 bis, CP, integraban el artículo 143 original, respectivamente en los incisos 1, 8, y 5.

106. Circunstancia que es, a entender de Rafecas, una “*omisión involuntaria fácilmente subsanable*” en la pertinente y eventual discusión parlamentaria.

Sujeto activo

La calidad de *funcionario público* requerida funciona -en principio- agravando la penalidad en función del tipo básico del artículo 141 del Código Penal; aunque, partiendo de los especiales modos típicos comisivos que indica la norma, necesariamente deberá encontrarse “*en ejercicio de sus funciones*”. La diferencia de encuadre legal no es menor, pues comparativamente, además de la penalidad evidentemente más elevada -la que se justifica, tanto por el mayor disvalor de la conducta, como por la mayor afectación al bien jurídico-, también se advierte su relevancia en la posibilidad de invocar por parte del ciudadano ofendido, como causal de justificación, la legítima defensa de sus derechos o de terceros frente a tal accionar del representante estatal.¹⁰⁷

No obstante, se ha exigido otra condición: que de entre las distintas facultades que detenta el agente en virtud de su investidura, se encuentre autorizado a proceder a la detención de personas, sea por el ejercicio de tareas relacionadas con la administración de justicia, o bien atinentes a la prevención, defensa o la seguridad.¹⁰⁸

En directa relación con lo expresado, debe decirse que la exigencia funcional que recae respecto del autor en esta norma, implica que *no puedan serlo*: a) los *funcionarios extranjeros*, quienes deberán ser considerados autores de delitos comunes o cómplices primarios del delito cometido por funcionarios nacionales;¹⁰⁹ ni b) el *ciudadano común*, cuando por expreso mandato legal y en situaciones de excepcionalidad se lo

107. Cuando la autoridad estatal ejerce coacción directa sobre las personas o los bienes para hacer cumplir las normas jurídicas, su intervención está justificada porque se trata del cumplimiento de un deber jurídico que excluye la imputación (tipicidad objetiva conglobante), por ello el que sufre la acción del funcionario no puede resistirse ni defenderse legítimamente; por el contrario “...*puede justificarse la resistencia del habitante cuando la conducta del funcionario sea contraria a su deber, porque actuando ilícitamente incurriría en una agresión ilegítima habilitante de la defensa del agredido.*” (Zaffaroni, Eugenio R., *et al*, *op. cit.*, pp. 638-639).

108. Rafecas llega a esta conclusión valorando el bien jurídico protegido y especialmente la exigencia legal de que la privación de la libertad lo sea “*con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescritas*”. En esta postura, previo aclarar que no se trata de una enumeración taxativa, indica que pueden postularse válidamente para este delito los funcionarios judiciales, los integrantes de las fuerzas de seguridad y fuerzas armadas, y los jueces.

109. Cfr. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 286.

equipara al funcionario público.¹¹⁰ Esta afirmación comprende también al *personal de seguridad privada*, quienes al igual que los particulares son extraños a la función pública, y, a todo evento, darán lugar a la atribución de responsabilidad por un delito común.

Sujeto pasivo

La letra de la ley apunta al funcionario público que “...privase a alguno de su libertad personal...”, presentándose controvertidas opiniones que giran en torno al grupo de personas que resultan protegidas por la norma. En una primera aproximación podremos separar entre aquellas versiones que no efectúan discriminación alguna; o contrariamente, las que sólo lo limitan a quienes siendo titulares del bien jurídico gozan de cierta disponibilidad del mismo. En general, se circunscriben al parámetro que considera la *capacidad de expresar su voluntad*.¹¹¹

Parece *a priori* ajustado el concepto brindado por Diez Ripollés, al expresar que será sujeto pasivo *toda persona que tenga capacidad volitiva natural de movimiento*, ello independientemente de la relevancia jurídica que esta tenga, o de la posibilidad de la víctima de captar el significado de su decisión, o bien de las limitaciones físicas que pueda mostrar (ej. inmobilizados de forma absoluta, en tanto se les coarte los medios que permitan su desplazamiento).¹¹² Desde esta última perspectiva, quedan excluidos algunos casos particulares que han sido puntualmente atendidos por la doctrina, como son aquellos que incluyen a *retrasados mentales profundos*,¹¹³ a *niños de corta edad*,¹¹⁴ *esquizofrénicos*,¹¹⁵ y las *personas inconscientes*.¹¹⁶

110. Claros ejemplos resultan los artículos 284 del CPPN, y 154 del CPPBA, y el artículo 240 del CP.

111. Optan por esta postura conceptual: Creus, Rafecas, Soler, Donna, Estrella / Godoy Lemos, Buompadre.

112. Mencionado por Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 293.

113. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 571; Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 292.

114. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 278. Buompadre alude al “niño de pocos días” (cfr. obra citada, p. 571). Rafecas señala la sentencia dictada por la CCC. Fed., Sala II, del 19/07/2007, *in re* “Acosta” (causa “ESMA”), donde se consideró sin distingos a los niños nacidos en cautiverio como sujetos pasivos.

115. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 571.

116. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 87; Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 571; Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 279.

No puede dejar de indicarse frente a ello, que puede resultar riesgoso trazar anticipadamente pautas generales en este aspecto, recordando los lineamientos que asumimos al definir el bien jurídico y el componente abusivo que caracteriza la situación de preeminencia funcional que da vital fundamento a este injusto especial, y también advirtiendo que ciertos supuestos que serían marginados desde aquella exégesis, responden a muestras patentes de una estructural violencia institucional vigente en nuestro ámbito (el caso claro de personas con patologías mentales).

Respecto de la posibilidad *del detenido legalmente de ser sujeto pasivo de esta figura*, ello en tanto se considera que continúa detentando un remanente de libertad que aún puede en ese estado ser coartado, se ha argumentado que conforme la sistemática que luce nuestro código, esta opción debe ser descartada toda vez que se han previsto otras figuras para esos casos, las que absorben la totalidad del disvalor del injusto y priman sobre este tipo penal -*apremios ilegales, severidades, torturas, artículos 144 bis inciso 2 y 3, y 144 ter*-.¹¹⁷

4.1. Alcance y delimitación de la prohibición normativa

El fondo de la figura consiste en *privar de la libertad a otro*, lo que tiene repercusión en la restricción de la *libertad física, de movimiento o locomoción*.¹¹⁸ esto implica colocar a la persona en una situación de limitación efectiva de su capacidad individual de establecerse en el espacio, es decir, impedir movilizarse fuera de los límites impuestos por el autor.¹¹⁹

Son receptados tanto los impedimentos de movimientos queridos por la víctima, como la imposición de aquellos impulsados por el autor. De lo mencionado, se deriva que no quedan incluidas conductas que

117. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, pp. 292-293.

118. Buompadre la resume como “...la facultad de todo individuo de poder conducirse de un modo u otro, o de abstenerse de hacerlo, conforme con sus propias determinaciones, así como el derecho a que nadie (persona o Estado) interfiera arbitraria o ilegítimamente en la esfera de reserva o intimidad personal, con la sola limitación que imponen el ejercicio de la libertad del otro y el imperio de la ley...”.

119. Soler, Buompadre, Estrella / Godoy Lemos. Es clarificador el concepto -citado por Donna- de Landrove Díaz, definiéndolo como el “...despojo coactivo de toda iniciativa personal en cuanto a la libertad de movimientos o posibilidad de desplazamiento...”.

constituyen una *mera dificultad* a la autodeterminación libertaria,¹²⁰ siendo irrelevante que la víctima (por sí o por otro) haya podido liberarse pasado determinado lapso temporal. Debe adicionarse que no resulta necesaria para confirmar la tipicidad objetiva la *inmovilización* o el *desplazamiento*,¹²¹ ni la *abducción* o el *encerramiento*, circunstancias accesorias que en modo alguno condicionan el delito.

La restricción puede cometerse mediante *acciones*, admitiendo también su consumación en *comisión por omisión*, y podrá ser realizado por *cualquier medio* que posibilite alcanzar la finalidad perseguida por el autor.¹²² Pero además, como se anticipó, resulta necesario que este actúe “*en ejercicio de sus funciones*”. Este concepto queda ceñido en tanto la norma exige que la privación sea: con *abuso de facultades* o *sin las formalidades prescriptas por la ley*; de allí deriva la *ilegalidad* del proceder funcional reprochable.¹²³

120. Por la claridad que denota el caso, vale mencionar el ejemplo al que alude Rafecas para aclarar la atipicidad de conductas que tiendan exclusivamente a obstaculizar la libertad de movimientos sin más, el que atribuye a Landrove Díaz (1999, p. 440), relativo al bañista a quien se le sustrae la ropa de la que se ha despojado para bañarse.

121. Así, señala Soler en comentario al delito del artículo 141 del CP -al que luego remite- que “*puede privarse a alguien de la libertad sin afectar la libertad de locomoción, como ocurriría si a un sujeto se le colocaran esposas cerradas en las muñecas. Por eso, es más exacto hablar de libertad de movimientos, como lo hacen Binding y Manzini...*”, o incluso cuando el medio elegido implica en sí mismo un desplazamiento no querido por la víctima: “*... La detención puede tener lugar a pesar del desplazamiento en el espacio. Puede producirse en un vagón de tren. Puede consistir en conducir un automóvil más allá de los deseos de la persona conducida sin derecho ni consentimiento, de modo que liberarse importe, cuando menos, el riesgo de tirarse del vehículo en movimiento...*” (op. cit., p. 35).

122. Son incluidos en general, sin perjuicio de las circunstancias que agravan la figura (artículo 144 *in fine*): la coerción, el engaño, el encierro, la atadura, la sorpresa.

123. Nótese que a diferencia de los términos utilizados en la *figura básica del 141 del CP*, aquí el legislador omite remarcar expresamente el *carácter ilegal* que debe revestir la conducta -evitando la expresión “*ilegalmente*”. Las modalidades comisivas empleadas colman lo que, a criterio de la Corte Interamericana, conforman las “*garantías específicas en torno a la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios*” (artículo 7, incisos 2 y 3 de la CADH). Ha indicado “*Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados*

Es decir, que este marco ilegal, desde una *óptica sustancial o formal*, se demanda como *escenario de actuación del funcionario público* para la procedencia de la imputación del delito especial. De tal manera, que no quedan abarcadas en este tipo penal las conductas acontecidas en el ámbito privado del funcionario y *desconectadas de su función pública*,¹²⁴ caso en que la plataforma fáctica decantará en la figura legal base, aun cuando esa calidad haya sido utilizada como medio o herramienta para la comisión del evento criminoso.

Siguiendo con esta línea de análisis, ha quedado claro que se regulan *dos modos comisivos*,¹²⁵ y que configuran elementos de recorte de la antijuridicidad:

a) Privación libertaria con abuso de las funciones:

Se exterioriza cuando el funcionario estatal que priva de la libertad carece de facultades de detención, o bien detentándolas, las usa en situaciones que no son las legalmente previstas, o de un modo arbitrario o abusivo. Se habla de un *desvío, extralimitación o exceso*, en la utilización de las potestades otorgadas al agente por la reglamentación pertinente; en tanto el funcionario actúe dentro de los límites impuestos por las normas que regulan su actuación, el delito no tendrá lugar.¹²⁶

Debe recordarse lo mencionado al tratar el punto relativo al sujeto activo, ocasión en la que se ha indicado la necesidad -aunque discutida- de que se verifiquen además en el funcionario *facultades genéricas de detención*, ello pues en esta tesitura si se careciera de esta

de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad" (Caso "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, consid. 131).

124. Rafecas, Creus, Estrella / Godoy Lemos. Se ha indicado como parámetro la exhibición de un "...*exclusivo y particular interés...*" del funcionario en el atentado contra la libertad (Cám. Penal de Morón, Sala II, 08/10/91. Citado por Donna, *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 267).

125. Cierta parte de la doctrina considera que estos conceptos introducidos por el legislador configuran especies del género "*abuso funcional*" (Donna, Núñez, Creus).

126. Rafecas parte de considerar que el ejercicio coercitivo privativo de la libertad llevado adelante por el poder estatal resulta ser parte de lo que denomina *actividades estatales toleradas*, en tanto son consideradas indispensables para el desempeño de instituciones vinculadas a la administración de justicia, las que sólo se justifican en la medida en que sean acotadas dentro de ciertos límites.

competencia, no se colmaría el tipo objetivo del delito. Desde ya debe aclararse que, para aquellos que prefieren excluir como requisito de la tipicidad este extremo, será encuadrable en el *artículo 144 bis, inciso primero del fondal*, cuando la maniobra privativa la ejecute un funcionario público aun sin esa competencia específica para detener.¹²⁷

b) Privación libertaria sin las formalidades legales:

A diferencia del anterior, aquí hay un ejercicio sustancialmente legítimo de la facultad de detención, pero que incumple las formalidades prescriptas por la normativa o reglamentación para disponerla o ejecutarla. Es decir, se halla *un mal uso de la función*, ello pues estando presentes los requisitos sustanciales y de competencia funcional, el ejercicio de la privación de libertad es formalmente incorrecto,¹²⁸ circunstancia que es conocida por el autor.

Las formalidades que deban rodear el procedimiento estarán indicadas por la legislación local vigente; principalmente, se desprenderán del *código de procedimientos* penal de cada provincia. Se suele considerar encuadrada en este delito: la detención, la orden judicial escrita, o cuando es practicada sin exhibirla al destinatario, o presenta defectos formales esenciales.

4.2. Incidencia nula del consentimiento de la víctima

Resulta *irrelevante* el consentimiento que pueda brindar el damnificado, a los efectos de afirmar el tipo penal. Es una diferencia notable con la figura básica del artículo 141 del CP, lo que resulta entendible si se atiende en que en este último caso la protección radica en un bien plenamente disponible por su titular.

Por el contrario, en el tipo penal analizado, se protege un bien jurídico asentado en un doble pilar, que no sólo involucra la libertad

127. Creus cita como ejemplo el inspector municipal que para labrar un acta de infracción priva de la libertad al infractor para hacerle firmar la constancia respectiva. Asimismo, Soler explica: "*Hay abuso en el primer sentido cuando ordena o dispone la privación de la libertad un funcionario público que no tiene facultades para ello. Pero el hecho de tener facultades genéricas no quiere decir que el funcionario munido de ellas sea dueño de tomar cualquier medida. El hecho de este puede ser sustancialmente abusivo también, como ocurre cuando un comisario envía al calabozo a un citado no infractor, no detenido en virtud de alguna expresa disposición procesal (testigo)...*" (op. cit., p. 51).

128. Cfr. Rafecas, Soler.

personal del individuo sino también el correcto uso de las facultades ínsitas en los agentes públicos, y el que además supone un resguardo de principios superiores fundamentales de todo Estado democrático de derecho, los que se verían en cualquier caso conculcados.¹²⁹ Sin perjuicio de lo expuesto, debería verificarse al menos un *disenso positivo* de parte de la víctima.¹³⁰

Tipo subjetivo

Es un *delito doloso*, por lo que no se incluyen aquellos proceder es en los que la irregularidad, sea por ejercicio abusivo o por ausencia de las formas legales, provenga de la *imprudencia* del agente. La figura admite el *dolo eventual*.¹³¹

No son exigidos *elementos subjetivos distintos* del dolo para colmar este aspecto, siendo irrelevantes las finalidades que motivaron el obrar del sujeto activo salvo a los fines de constituir el agravamiento de la penalidad según la previsión de la parte final del artículo; aunque sí necesariamente el autor debe estar en conocimiento que actúa abusivamente o incumpliendo las formas legalmente prescriptas.¹³²

Consumación y tentativa

Es un delito de *resultado* y de carácter *permanente*. Por lo tanto, esto determina que se *consume* con la efectiva privación de libertad del

129. En esta línea: Rafecas, Buompadre, Fontán Balestra, Estrella / Godoy Lemos, Soler y Donna. No obstante, no es pacíficamente admitido este posicionamiento, encontrándose en una opinión opuesta Creus, quien sostiene que “...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, auto limita 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...” (op. cit., T. II, p. 301).

130. Soler enseña que “...el que encierra a un sujeto que permanecerá cerrado exactamente mientras duerma, no comete el delito de privación de la libertad...”.

131. Así: Rafecas, Donna. Buompadre puntualiza que basta con “dolo común”.

132. La CSJN, en la causa “Abraham Jonte, Ronaldo Fabián s/ Recurso de Casación”, remitiendo al dictamen del Procurador Fiscal, afirmó “...no resulta pertinente deducir el dolo solamente del resultado de la acción gravosa. Conviene recordar en este punto, que esta clase de privación ilegal de la libertad exige la conciencia de que la conducta es sustancial o formalmente arbitraria y el conocimiento positivo de la ilegalidad del acto...”.

sujeto pasivo, siempre considerando la afectación al bien jurídico protegido, y se prolonga mientras no cesa el estado de sometimiento.¹³³ Vinculado con este último extremo, debe señalarse que, por imposición del principio de lesividad, se exige una mínima continuidad temporal de la acción restrictiva.¹³⁴

Resulta admitida la *tentativa*, la que acontecerá cuando el funcionario despliegue las maniobras tendientes a la restricción de la libertad del individuo, aunque sin llegar a su cometido por razones ajenas a su ámbito decisorio.¹³⁵ Piénsese en un caso en que el agente, sin motivo legal alguno, comience una persecución sin lograr concretarla por resistencia del otro.

Autoría y Participación

El *autor directo o individual* de esta figura será el funcionario público que privase dolosamente a una persona de su libertad, abusando de sus funciones o sin las formalidades prescriptas legalmente: el policía que detiene a un ciudadano acusándolo de un delito que sabe que no cometió, o con una orden judicial dirigida a un homónimo a sabiendas que no es él. La conclusión no amerita precisiones más que recordar la necesidad de efectiva lesión del bien jurídico tutelado, y el conocimiento del agente de que su actuación funcional es abusiva o desapegada de las normas ceremoniales.

Sobre la posibilidad de cometer la figura mediante el concurso de dos o más personas *-en calidad de coautores-*, atento su carácter de delito especial propio, se precisará que todos los intervinientes revistan

133. Núñez, al abordar la figura básica del artículo 141 del CP, alude que *eventualmente será de carácter permanente*, pues verificada la privación de libertad, esta puede o no prologarse (Núñez, Ricardo, *Manual de Derecho Penal*, 2ª edición actualizada, Editora Córdoba, 1999, pp. 149-152). En igual sentido pareciera expresarse Buompadre, al sostener que sólo *en ciertos momentos* logrará tener esa cualidad (*op. cit.*, p. 517).

134. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, pp. 80 y 313. En contra: Buompadre (*op. cit.*, p. 518). Desde la perspectiva en ciernes, vale traer a colación que tiene dicho la CIDH que sólo basta que haya durado breve tiempo para que se configure dentro de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos una conculcación a la integridad psíquica y moral (Casos “Juan Humberto Sánchez”, “Bámaca Velásquez”, “Cantoral Benavides”, entre otros).

135. Así: Creus, Muñoz Conde, Donna, Estrella / Godoy Lemos, Núñez.

la calidad de funcionario público, de lo contrario se ingresará respecto de aquel que la careciere, en el terreno de la *complicidad necesaria* cuando el *extraneus* detente la dominabilidad del plan fáctico delictivo.¹³⁶ Es viable atribuir el resultado lesivo en calidad de coautor al funcionario público aun cuando su intervención tenga lugar luego del inicio del suceso, siempre que conociere la ilicitud del comportamiento previo de los restantes integrantes, y los secunde el resto del tramo del crimen (*coautoría sucesiva*).¹³⁷

Por último, en lo atinente a la *complicidad*¹³⁸ e *instigación*,¹³⁹ todo individuo -sea que revista las especiales cualidades previstas en la norma, como quien no las posea- podrá *participar en el delito ajeno* bajo estudio, mediante su aporte o influencia que, en mayor o menor medida, contribuya al ilícito en cuestión.

136. Cfr. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 321. El requerimiento señalado -dominio del suceso en virtud del plan criminal y su función específica decisiva en la ejecución total-, resulta determinante para construir la “coautoría funcional”, siempre que se den sus restantes requisitos admitidos por la doctrina (es decir: decisión común y ejecución según el plan seleccionado). Es por eso que verificada su participación en la decisión delictiva, a pesar que el acto no implique ejecutar específicamente la ilicitud reprimida por la norma, será coautor cuando su aporte sea esencial al consorcio delictivo (Ej. El custodio del cautivo, o el jefe del grupo de secuestro). En el mismo sentido Buompadre, Jorge, p. 515.

137. Cfr. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 318.

138. Fue condenado en calidad de partícipe necesario del delito de privación ilegal de la libertad agravada (artículo 144 bis, inciso 1, en función del 142, CP) en concurso con Incumplimiento de los Deberes de Funcionario Público, al agente que en el marco de una privación ilegal libertaria dispuesta por un policía respecto de un ciudadano que fuera recogido en la vía pública en estado de ebriedad, no procedió a dar anoticiamiento a sus familiares, ni a brindar comunicabilidad telefónica, omitiendo prestar especial cuidado al estado que presentaba la víctima (enfermedad psiquiátrica); cuando revestía en ese contexto secretario de las actuaciones preventivas y poseía las llaves de los calabozos [T.O.C. n° 3 de La Plata, 25/09/12, “B. L. P., N. L. A. s/ Torturas seguida de muerte - Encubrimiento agravado”, causas n° 3950 y 3548].

139. Se ha considerado encuadrada en esta figura a título de *instigador* la situación de quien impartió la orden de detención, habiendo excedido el marco territorial de sus funciones e incumplido las formalidades prescriptas para dicho procedimiento (C. N. Corr. Sala VI, 10/10/86, citado por Donna, Edgardo, p. 273).

5. EL ARTÍCULO 144 BIS, APARTADOS SEGUNDO Y TERCERO, DEL CÓDIGO PENAL

Continuando con la enumeración del segmento delictivo objeto del comentario, toca ocuparse de la receptación de las *severidades, vejaciones y apremios ilegales*. Se trata, en líneas generales, de malos tratamientos funcionariales que han sido castigados con una idéntica penalidad (de prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo), pudiendo concluirse sin hesitación alguna que las figuras incluidas en los incisos 2 y 3 del artículo 144 bis del CP se ven identificadas al concepto de “*tratos crueles, inhumanos y degradantes*”, emanado del ámbito internacional.

Como se ha opinado, ya el interés que se pretende proteger se orienta hacia el remanente de libertad del que dispone todo detenido en virtud de ser sujeto de derecho, y que atañe directamente a su *dignidad como persona*. De ahí que estas figuras penales se asocian puntualmente a las pautas que imponen *estándares mínimos* establecidos por la Constitución Nacional, juntamente con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en relación a las *formas y condiciones en que debe llevarse a cabo toda medida de encierro*. Claro que, en el caso particular, los “*apremios ilegales*” cabe su inmediata vinculación a cuestionables prácticas estatales manifestadas (principalmente) en los actos iniciales de la investigación penal, destinadas a obtener datos pesquisitivos.¹⁴⁰

En cuanto a sus antecedentes legislativos, debe decirse que tanto en el Código de 1886 como en el Proyecto Tejedor la figura formaba parte de los *abusos de autoridad* (artículo 243). El traslado al título actual aconteció con el Código de 1891 (artículo 143); lugar donde se mantuvo hasta que, con la reforma establecida mediante Ley N° 14616, pasó al existente artículo 144 bis en su inciso 2, manteniendo su texto aunque aumentando la penalidad sancionatoria.

140. Comprende también como núcleo de defensa la incolumidad de la *integridad personal* de todo ciudadano. Ha dicho la CIDH: “*La Convención Americana reconoce expresamente el derecho a la integridad personal, bien jurídico cuya protección encierra la finalidad principal de la prohibición imperativa de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Este Tribunal ha considerado de forma constante en su jurisprudencia que dicha prohibición pertenece hoy día al dominio del ius cogens*” (Caso “Torres Millacura vs. Argentina”, considerando n° 84, fecha sentencia 26/08/2011).

La redacción vigente establece dos tipos penales autónomos que, a pesar de contar con plurales similitudes,¹⁴¹ no pueden ser confundidos al conservar ámbitos de aplicación independientes: a) inciso 2 “*El funcionario que desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicare apremios ilegales*”; y b) inciso 3 “*El funcionario público que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones, o apremios ilegales*”.

5.1. Primer supuesto legal [CP, inciso 2, artículo 144 bis]: “vejaciones y apremios ilegales a personas”

Sujeto activo

La literalidad de la norma habla del “*funcionario que desempeñando un acto de servicio*” cometiere las vejaciones o aplicare los apremios ilegales. Abarca entonces como potencial autor de la conducta criminosa al *funcionario público* (CP, artículo 77); pero además como complemento típico legal se requiere que el agente se encuentre desempeñando un “*acto de servicio*” al momento de la ejecución ilícita, esto es: un acto propio de su actividad.

Las discrepancias en la doctrina nacional tienen génesis ya en este punto. Así, amén del retome de la cuestión en lo venidero,¹⁴² una gran parte de los juristas no designa exclusión alguna en las tareas propias del funcionario, siempre y cuando proceda en un “*acto de servicio*”.¹⁴³ Otro sector en cambio ha exigido que el agente realice las conductas ilícitas en un contexto puntual: al momento de la detención o mientras esta perdure, sea legal o ilegal, con lo cual el acto de servicio regulado

141. Tal es así, que tanto el tipo subjetivo, como las cuestiones atinentes a su consumación y tentativa, y autoría y participación, resultan asuntos totalmente compatibles; y teniendo la precaución de identificar las cualidades que distinguen cada modalidad, será abordado sólo respecto de la primera figura.

142. Este dato se vincula a la discusión que luego será expuesta al abordar el sujeto pasivo de la norma, en cuanto la necesidad de que exista una privación de libertad que sirva de marco a las modalidades comisivas en cuestión, también condiciona este aspecto del tipo objetivo.

143. Estrella / Godoy Lemos, Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 303; Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 606; Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 180. Mencionan los primeros que comprende a todo funcionario aunque “...no tenga facultades para detener a las personas o guardar presos, aún a aquel cuya actividad en la administración ninguna vinculación tenga con la prevención o represión de delitos o contravenciones, o con el mantenimiento del orden público” (*op. cit.*, p. 99).

en la normativa encontraría demarcación desde una *conexión necesaria y unida a un escenario coercitivo de la libertad*. Esta posición, más estricta y acotada, parte de una atención especial al bien jurídico,¹⁴⁴ y también de considerar sus antecedentes históricos.¹⁴⁵

Sujeto pasivo

La delimitación del segmento afín a las personas que son abarcadas por la figura como *víctimas*, atañe forzosamente a la anticipada discusión doctrinaria en torno a la necesidad de que la conducta típica esté vinculada -o no- a un *acto funcional privativo de libertad*. Es que el artículo alude en su texto a “*personas*” de manera genérica sin brindar más datos. Por lo que, partiendo de este contexto, se identifican dos criterios antagónicos:

Una tesis (amplia) se asienta en la ausencia de referencia expresa en el pasaje del artículo a la necesidad de que se trate de una persona detenida, y que, por lo tanto, la acción vejatoria o apremiante debería recaer sobre una persona que no esté detenida;¹⁴⁶ o bien se afirma que

144. Cfr. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, pp. 217-221. Remarca la necesaria vinculación entre el autor y sus específicas actividades funcionales con el bien jurídico protegido, que lo posicionan en *calidad de garante* de su protección de evitar que la libertad del otro, ahora restringida válidamente o no por su accionar, sea afectada más allá de los límites constitucionales permitidos. Sólo esa *especial relación de poder* lo hará pasible de la atribución de responsabilidad (*op. cit.*, p. 221 y ss.).

145. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 54, sostiene: “...Vista la actual colocación, debe entenderse que se trata de vejaciones o apremios relacionados con la privación de la libertad, y que pueden ser cometidos tanto contra un sujeto que ya se encuentra preso como contra quien todavía no lo está, en el acto de tomarlo. La hipótesis del inc. 2 se daría cuando un funcionario de investigaciones, al interrogar en el lugar donde el sujeto está detenido y al cuidado de otro funcionario, realiza las acciones vejatorias. La otra, puede producirse en el acto mismo de la detención, por el modo abusivo y agravante de practicarla”.

146. Así Núñez, expresando en ese sentido: “No se trata de relaciones entre la autoridad y un detenido o preso, sino de las que presupone todo acto de autoridad respecto de un particular, cualquiera que sea la ocasión en que se produce” (Núñez, *op. cit.*, p. 155). También Gustavo Eduardo Aboso, en *Código Penal de la República Argentina, comentado, anotado, con jurisprudencia*, B de F, 2012, p. 713; y Solsona, *op. cit.*, p. 42. Así lo resolvió la C. N. Crim. y Corr., Sala VI, 07/06/05, en causa n° 25243, al procesar como autor del delito previsto en el artículo 144 bis, inciso 2, a un suboficial por haber asestado un bastonazo en una manifestación a un camarógrafo de televisión (en Estrella / Godoy Lemos, p. 112, punto 25 y en Baigún / Zaffaroni, *op. cit.*, p. 398).

resultaría indistinto que esté o no en esa condición pues el juicio diferencial entre ambos apartados recaería en el ejercicio de la “guarda” del sujeto pasivo por parte de la autoridad.¹⁴⁷

Otra tesis (restrictiva), en cambio, se sostiene en la existencia, entre los apremios o severidades, de una vinculación con la privación de la libertad cometida por un funcionario público, es decir, que ese estado es el que sirve de marco a las conductas criminalizadas, sea por estar el sujeto pasivo detenido o porque aquellas sean ejecutadas en el mismo acto de su detención.¹⁴⁸

Creemos que esta posición referente a los protagonistas del delito es la más adecuada, y coincidimos con Rafecas que se deriva ajustada con el bien jurídico cuya tutela se pretende, acorde con la interpretación sistemática e histórica del tipo penal, evaluada a luz del principio de *lex certa*. De allí que se defina al sujeto pasivo “...como todo aquel que se encuentre sometido a una relación funcional de poder, que por mínima extensión que tenga en el tiempo, implique una restricción de su libertad locomotiva...”¹⁴⁹

El otro límite siempre estará dado por la condición de *preso -en sentido amplio-* del sujeto pasivo, caso en el cual siempre será considerado en el inciso tercero del mismo artículo.

Tipo objetivo

Se castiga, como se transcribió al comienzo, al funcionario público que desempeñando actos de servicios, *cometiere vejaciones* o *aplicare apremios ilegales*. La cita verbal típica estará constituida por las siguientes maniobras: a) “cometer” vejaciones, o b) “aplicar” apremios ilegales; esto importa en cualquier caso un mismo comportamiento: *imponerlos, ejecutarlos o infligirlos*.

Llegados a este punto, tanto las *vejaciones* como los *apremios ilegales* en tanto elementos del tipo deben ser conceptualizados, empresa esta que necesariamente irroga la tarea preliminar de referencia, consistente en repasar anticipadamente la noción de “tortura”; por ello se las ha diferenciado por su distinto grado de *intensidad afectiva*. Como

147. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 606; Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 305; Estrella / Godoy Lemos, *op. cit.*, p. 99; Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 180.

148. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 222; Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 54. En este sentido, el fallo del TOC n° 3 de Bahía Blanca, de fecha 31/03/2009, causa nro. 858, “Vargas”.

149. Cfr. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 221.

explica Rafecas, debemos iniciar desde un primer *parámetro* que implica un umbral mínimo de afectación de los derechos del sujeto pasivo, y que recae en la concreta conculcación de su dignidad personal. La segunda frontera, por otro lado, está construida sobre la siguiente idea: el sufrimiento no deba llegar a ser de tal intensidad que constituya la aplicación de *torturas* en los términos del artículo 144 ter del CP.¹⁵⁰

Un particular fenómeno se puede experimentar al existir ciertos casos de acrecentamiento gradual entre cada una de las especies aludidas, encontrando su tope final en la comisión de la máxima conculcación a la personalidad humana esperable que se encarna en el delito de tortura. Es decir, funcionaría un *rango intensivo ascendente* entre los diferentes géneros castigados, donde las acciones menos gravosas funcionarían como actos preparatorios o incluso como inicio ejecutivo en muchos casos del tipo penal más lesivo, aunque este los comprendería en la merituación del disvalor de la obrar reprochable.¹⁵¹ Es más, muchas veces podrá ocurrir que el avance del curso criminal llegue a contener la muerte de la propia víctima, funcionando el agravamiento del inciso 2 del 144 ter del código represivo argentino.

Siendo así, y a pesar del silencio de nuestro Código sobre el punto, podemos delinear las siguientes definiciones:

Vejaciones: todo *tratamiento denigratorio o humillante*, sea físico o verbal, practicado con el exclusivo propósito de mortificar al destinatario, atacando su *sentimiento de dignidad* o de respeto que merece como persona y con el que espera ser tratada;¹⁵² existiendo cierto consenso en cuanto a que ese concepto jurídico sea vinculado al origen etimológico de la palabra.

150. Considera tales extremos como un *piso* y un *techo* respectivamente, que delimitan el alcance del tipo penal en tratamiento (*op. cit.*, pp. 226-228).

151. Señala Rafecas el caso del aislamiento en áreas de separación en el marco de una detención legítima llevada a cabo en establecimientos penitenciarios destinados al alojamiento de reclusos, cuya reglamentación establece la delimitación temporal máxima por el cual puede imponerse (quince días, artículo 87, inciso 'E', Ley N° 24660), concluyendo el jurista que iniciando en una sanción legal permitida puede derivar en una severidad, y cuando supera excesivamente en días o meses aquellos bordes, ingresar en el terreno de los apremios ilegales o incluso del artículo 144 ter del CP, y siendo que los bienes jurídicos involucrados son absolutamente homogéneos esta figura siempre absorberá el disvalor de aquellas conductas previas.

152. Cfr. Creus, Estrella / Godoy Lemos. En el mismo sentido, Buompadre explica que "...afectan su decoro como persona..."

Es en sí misma un fin, por el cual el autor busca denigrar, agraviar, humillar o mortificar a la víctima, independientemente del móvil ilegal que lo guíe;¹⁵³ cualidad que la caracteriza, y a la vez la diferencia del apremio ilegal en donde la finalidad radica en conseguir algo del receptor.

Se ha puesto de resalto que posee un contenido afflictivo más acentuado en el aspecto psicológico o moral de la persona que en el físico, ello a pesar de que se pueda manifestar lógicamente mediante actos materiales como insultos, patadas, cachetadas, o actos ridiculizantes.¹⁵⁴

153. En esta línea, lo resuelto en fecha 06/12/2011, por la Sala II del TCPBA en causa N° 46.662, al establecer “*El delito de vejaciones, reprimido por el artículo 144 bis inciso tercero del CP, se configura cuando un funcionario público, que tiene en sus manos el poder que le otorga la función, molesta, hace padecer o maltrata a una persona, tanto física como moralmente, de modo ilegítimo, dispensando un trato antirreglamentario, violatorio de lo normado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, humillando y mortificando al sujeto pasivo, atacando su sentimiento de dignidad y el respeto que merece como persona, denigrándola, siendo el acto vejatorio del autor un accionar encaminado a producir humillación en el sujeto que lo padece y que lo mortifica moralmente para la reprochabilidad de la conducta la motivación que lo haya determinado. Por el contrario, las severidades consisten en tratos rigurosos que pueden traducirse en atentados contra la incolumidad personal, en particulares modos de mantenimiento o detención del inculpaado, en la privación de actividades que tiene derecho a realizar, o bien, en restricciones indebidas...*”. En el caso, el tribunal confirmó la sentencia condenatoria en relación al delito del artículo 144 bis, inciso 3 del CP, respecto de funcionarios policiales que prestando servicio en la Seccional Primera de la Comisaría de Luján, ingresaron al sector de calabozos de la dependencia, donde se encontraban alojados alrededor de cuarenta detenidos, y blandiendo distintos elementos -en su mayoría con forma cilíndrica de tipo romo contundente (cables, palos y mangueras de goma), aplicaron a los allí alojados múltiples castigos corporales, obligándolos también, previo trasladarlos a los zurracos hacia el patio de la seccional -alambrado en su techo-, y conocido en la jerga carcelaria como “jaula”, a desnudarse y prosternarse de rodillas, espetándoles improprios y vituperios con tono humillante y mortificante a su dignidad humana.

154. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 302. Constituye “prima facie” el delito previsto en el artículo 144 bis, inciso 2, CP (vejaciones) en concurso ideal con el delito de lesiones leves (artículo 89, CP), la conducta oficial de la PFA, consistente en dirigirse a un menor, a quien creyó ver apoderarse ilegítimamente de una gaseosa en un maxi-quiosco, insultarlo y empujarlo contra unas heladeras y pegarle dos cachetadas. Expresó el órgano interviniente “*Así, aún de ser cierta su versión en cuanto a la sustracción de la botella que habría observado mientras estaba detenido a la espera que lo habilite el semáforo, no actuó conforme lo ordena la normativa legal vigente ante la comisión de un delito “in fraganti”, sino que increpó al niño y lo sometió a esos actos vejatorios, pese a que desde un primer momento -al decir del damnificado y sus amigos- le pedían que lo dejara pues S. no estaba sustrayendo objeto alguno, tal como también en ese momento le dijera el comerciante. De este modo, la actuación de B.*

Apremios ilegales: consisten en el ejercicio de *presiones*, psíquicas o físicas, para obtener un determinado comportamiento a cambio por parte del apremiado. El origen del concepto debe ubicarse en una perspectiva histórica, particularmente identificada y orientada hacia la consecución de una confesión del imputado como prueba por excelencia.¹⁵⁵ Es la especial meta perseguida por el autor lo que la caracteriza, y la contrasta -como quedara dicho- de la anterior modalidad comitiva; de tal modo, se advierte entre los actos apremiantes y lo que se persigue del apremiado una *relación de medio a fin*.¹⁵⁶

Además, la letra de la ley califica al apremio como *ilegal* a condición de permitirle ser típico. Lo que implica que existen ciertos comportamientos permitidos por el ordenamiento jurídico, en pos del cumplimiento de determinados objetivos: sea para el cumplimiento de una orden legítima o la obtención de una prestación -siempre del mismo tenor- de parte de su receptor.¹⁵⁷ Siendo así, se observa la distinción con el concepto anterior, si se repara entonces en que hay acciones que la ley no consiente en ningún caso, como las que constituyen vejaciones.¹⁵⁸

merece un reproche penal y, por ello, debe continuar sometido a proceso" (Cámara de Apel. en lo Criminal y Correccional, Sala I, 21/05/2009, causa 35.801).

155. Cfr. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 235.

156. "La figura del artículo 144 bis inciso 3 del Código Penal contiene dos clases de conductas: los apremios ilegales y las vejaciones. Los primeros, se cometen con el fin de la obtención de algo. En cambio, las vejaciones se agotan en sí mismos, más allá del móvil que los guíe, puesto que sólo intentan humillar o denigrar a quien los padece", conforme la Sala III del TCPBA en fecha 29/10/2009, en la causa N° 5.926 caratulada "G., J. F. s/ Recurso de Casación".

157. Enseña Rafecas que se trata de un elemento de recorte normativo, que permite al funcionario público llevar a cabo tales comportamientos -"coertio"-, que son en principio típicos, los que se rigen por la normativa que regulan el ejercicio del poder penitenciario (*op. cit.*, p. 242). En palabras de la Cámara 5ª Apel. Criminal Mendoza, 09/04/91, autos 'Fiscal c. R.P.M.W. y M.G., V.G.': "...El adjetivo ilegal que califica el apremio evidencia que ciertas medidas apremiantes pueden ser legales pero se tornan ilegales cuando no aparecen justificadas de hecho. Medidas legales pero injustas". (citado por Estrella / Godoy Lemos, *op. cit.*, p. 106, n° 15).

158. Soler expone sobre el tema: "Bajo estas figuras caen dos clases de acciones: aquellas que la ley no consiente en ningún caso y aquellas que, siendo legalmente posibles, son arbitrarias en el caso concreto. Con respecto a la primera categoría, ciertas formas de mortificación están prohibidas por preceptos constitucionales: toda especie de tormento y los azotes, CN, art. 18. En realidad, la misma disposición constitucional fija, además, el límite de la coerción: la estrictamente necesaria como precaución. Todo exceso, aunque sea "a pretexto de precaución" genera responsabilidad. Las medidas lícitas son las contenidas en los reglamentos. En consecuencia,

Tipo subjetivo

Se trata de un *delito doloso*, en el que se plantean discrepancias sobre los requerimientos para satisfacer este aspecto; y sería suficiente con la verificación de dolo eventual en el agente.¹⁵⁹

En un clásico precedente la CSJN, *in re* “Urricelqui Evaristo Manuel s/ Privación ilegítima de libertad, vejaciones” (sent. del 09/03/1973), donde un integrante de la policía federal argentina (Comisario) ordenó cortar el pelo a una persona detenida pese a su manifiesta disconformidad, revocó el auto del inferior que disponía el sobreseimiento definitivo, en tanto consideró que no se podía descartar la verificación del elemento subjetivo -“propósito agravante”- que demanda la figura del artículo 144 bis, inciso 3, CP, sobre la base de considerar las circunstancias en que habría acontecido; discrepando en la valoración de la cámara sentenciante que calificó la actitud de “*docente, y atribuible al exceso de celo moralizador equivocado, pero sin que denote ningún fin vejatorio*”.

Autoría y participación

Los actos apremiantes o vejatorios pueden ser impuestos mediante la *actuación individual o grupal de funcionarios* en el desempeño de su cargo. Cuando estos obren conjuntamente, conservando el dominio funcional y siguiendo un plan previo, su *aporte activo* a la empresa criminal podrá ser punible a todos ellos en calidad de *coautores*. La imputación de la maniobra a una multiplicidad de personas, dependerá pura y exclusivamente de cada supuesto de hecho, de las características y contenido de las conductas ilegales.¹⁶⁰

cualquier transgresión de esos límites constituye delito, siempre que, de acuerdo con el precepto constitucional, represente una mortificación para el detenido. Pero el delito puede también ser cometido aplicando una medida legal en sí misma; pero no justificada de hecho. La palabra “ilegal” está empleada aquí en un sentido muy amplio, comprensivo tanto de la ilegalidad formal como de la sustancial”. (Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 53).

159. Rafecas señala diferencias en virtud de la naturaleza y las características de cada modalidad, así mientras que en las vejaciones habrá de apreciarse dolo directo; en los apremios ilegales el dolo de consecuencias necesarias o de segundo grado -debido a la finalidad del autor- (*op. cit.*, p. 234). Por su parte, para Creus y Donna sólo es admisible el “dolo directo”.

160. La responsabilidad penal no necesariamente deberá implicar la ejecución de propia mano de parte del agente de la conducta típica; por ejemplo la aplicación del golpe,

Pero debe indicarse que la infracción penal podrá ser cometida mediante *comisión por omisión*, siendo reprochable la *inacción* del agente frente al conocimiento de un acto típico practicado por otro, cuando se encuentre en ejercicio de su cargo y este imponga facultades de resguardo de la integridad física del damnificado.

Huelga señalar que, a diferencia del artículo 144 ter del digesto penal, se carece de una reglamentación expresa en lo que concierne a las variantes que se despliegan para el caso de carecer el sujeto activo de la especial condición que se requiere para ser autor de la figura.¹⁶¹ Desde ya será perfectamente viable, siempre que se acrediten las exigencias propias del concepto, la *instigación y participación* de funcionarios o terceros.

Consumación y tentativa

La ilicitud penal en tratamiento se *consume* en el mismo momento de la afectiva aplicación del acto sobre el sujeto pasivo, tratándose de un delito de *consumación instantánea*. A partir de ese hito, según la clase de maltrato de que se trate, la antijuridicidad del injusto se mantiene hasta tanto opere su *agotamiento* en virtud del cese del padecimiento, tanto sea por una decisión voluntaria o no del ejecutor *-delito permanente-*.

Se trata de un delito de *resultado*, pero no obstante, para su consumación, no es necesaria la verificación de *lesiones* de ningún tipo, aunque si servirán como parámetro para la categorización de la agresión y para la medición de la pena, ello sin perjuicio de la posibilidad de la concurrencia formal entre ambas figuras penales.

Se admite la *tentativa*.

5.2. Segundo supuesto legal [CP, inciso 3, artículo 144 bis]: “severidades, vejaciones y apremios ilegales a presos”

A diferencia del anterior supuesto del inciso segundo, aquí se castiga con la misma pena al agente del Estado que *“impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones, o apremios ilegales”*. Como se ha podido observar, emerge entre ambos delitos una identidad en algunos

sino que podrá ser reprochable también la actitud consistente en realizar otras conductas imprescindibles para el diseño delictivo colectivo.

161. El artículo 144 ter, CP, inciso 1, segundo párrafo, estipula: *“Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descriptos.” -en relación a los previstos en el primer párrafo para el tipo doloso básico-*. Sobre el punto se volverá al analizar el delito de torturas.

elementos del tipo objetivo, tanto en el verbo típico como en algunas de las modalidades comitivas (a las que se remite).

Pero en este caso, como nota distintiva, se adiciona la aplicación de *severidades*, que pueden ser definidas como toda imposición que determine un aumento del sufrimiento del detenido contrario o abusivo a las reglamentaciones que regulan la vida intramuros, siempre que no alcance la categoría de apremio o vejación. La noción entonces se concentra en el desapego a la reglamentación que delinea el “tratamiento” de reclusos que supone un agravamiento de su detención (carácter *anti-reglamentario del procedimiento*),¹⁶² y vale remarcar que siempre resultarán subordinadas o residuales de la intensidad de las otras modalidades.

El choque de la medida con el estatuto que rige la materia puede tener diverso origen, lo que en general puede provenir tanto desde una *perspectiva sustancial* como *formal*: a) por ser *contraria* a la reglamentación: por ausencia de previsión absoluta, o en particular para determinado supuesto; o bien por estar directamente prohibida por esas disposiciones; b) por ser *abusiva*: por su aplicación más intensa, sea durante más tiempo que el estipulado o en condiciones más severas; c) por ser impuesta por *autoridad no competente* para disponerla.¹⁶³

Igualmente, no podemos dejar de indicar ciertos contextos en los que, por las características que los denotan, la propagación configurativa de las conductas ilícitas en esta modalidad severa, resultaría alcanzable. Así teniendo siempre como principio rector la mínima afectación del respeto de la dignidad personal del detenido, es válido mencionar la aplicación abusiva de *sanciones y castigos* en el marco del cumplimiento de cualquier detención. Las hipótesis típicas también pueden estar enlazadas e iniciarse en circunstancias que,

162. Estrella / Godoy Lemos las definen como “*privaciones innecesarias y abusivas, privaciones abusivas de derechos o beneficios*”. Núñez y Buompadre la caracterizan como “*tratamientos rigurosos y ásperos*” que se aplican al preso.

163. Explica Soler que “...*toda vejación es antirreglamentaria, de acuerdo con el art. 18 de la CN. Por lo cual tanto puede cometerse este delito azotando a un preso (castigo prohibido) como poniéndolo en celda especial o privándolo de visitas (castigos lícitos). En estos últimos casos, la delictuosidad puede derivar de la incompetencia misma del funcionario que los aplica. Un guardián tiene menos facultades que un inspector, este menos que un alcaide y este menos que un director. Pero inclusive tomada la medida por el funcionario competente, aquella puede constituir vejación si de hecho no está justificada, y ha sido dispuesta en conocimiento de su injusticia*”.

ilegítimamente impuestas, puedan repercutir en *agravamientos de las condiciones de detención*, traducibles en concretas restricciones de derechos reglamentados (v. gr. hacinamiento, aislamiento, falta de luz natural y ventilación, carencia de elementos indispensables para el descanso e higiene personal, restricciones del contacto familiar).

También el *ejercicio de fuerza* de parte de personal penitenciario en el trato de presos, conviene recordar que sólo está permitido para el ejercicio de las facultades inherentes a la función (*excepcional*), siempre que sea *proporcional y razonable* la relación entre el medio empleado y el fin perseguido.¹⁶⁴

Con el panorama relativo a todos los malos tratos del artículo completo, se impone mencionar las siguientes consideraciones comunes:

1. Se trata de *conceptos unitarios*: lo que implica que aunque la letra del artículo aluda pluralmente a “severidades” “vejaciones” y “apremios ilegales”, más allá de la posible mensura de la sanción, *no multiplica el delito* si son cometidos dentro de un mismo contexto circunstancial y contra un mismo sujeto.
2. Pueden ser cometidas tanto por actos *comisivos*, como así también mediante *comisión por omisión (omisión impropia)*.
3. *Mayor disvalor de injusto frente a multiplicidad de sujetos pasivos*: Si las conductas aflictivas son impuestas en un mismo contexto a dos o más personas, el funcionario responderá por todas dando lugar a un concurso real (*artículo 55 CP*). Es que la multiplicidad de subjetividades evidenciadas, de resultados típicos exteriorizados y de bienes jurídicos lesionados, es preponderante por sobre la fusión que pueda experimentar el acontecimiento ilegal histórico en el plano de la realidad.
4. Posibilidad de concursar materialmente con la *privación ilegal de la libertad*, aunque necesariamente deberá verificarse que la

164. El Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (adoptado por Asamblea General (resol. 34/169, del 17/12/1979)), lo prevé en sus artículos 2, 3 y 5 (en el mismo sentido, ver los comentarios incorporados al propio reglamento). También resulta provechoso la mención de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (8° Congreso ONU sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Cuba, 1990)). En el ámbito de la jurisprudencia internacional, se ha mencionado que todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un “atentado a la dignidad humana” en violación del artículo 5 de la Convención Americana (CIDH, 17/09/97, “Caso Loayza Tamayo vs. Perú”).

afectación al bien jurídico no resulte exclusivamente de la conculcación que aquella lleva ínsita en sí misma.¹⁶⁵

Sujeto activo

Otra nota diferenciadora del inciso tercero recae también en el sujeto activo, quien debe lucir la calidad de funcionario público (artículo 77, CP), pero el círculo de postulantes resulta aun más acotado. La consecuencia anida en la expresión “*a los presos que guarde*”, seguida al tiempo verbal típico “imponer” empleado por la norma, lo que indica que sólo podrá serlo un agente estatal que tenga a su cargo la guarda del preso.

Siendo así el alcance de la voz cobra absoluta relevancia, porque implica que sólo funcionarios públicos cuyas funciones consistan en la *custodia* del detenido -directa o indirectamente- podrán serlo.¹⁶⁶ Esto comprende tanto aquella guarda que se ostente de forma permanente, como la que sea detentada de hecho u ocasionalmente, en tanto esa tarea sea abarcada dentro de sus competencias funcionales. Pero también aquellos guardan de forma mediata o indirecta, en tanto se verifique una vinculación entre aquel como garante de la protección integral del detenido.

Es decir, conclusivamente, que tanto puede cometer el delito aquel guardia o custodio, como el Director o Alcaide del establecimiento penal en el que el preso se encuentra alojado. Va de suyo, que para el caso en que el funcionario que lo aplique no esté guardando al detenido -en los términos referenciados-, quedaría cubierto su proceder igualmente por el supuesto anterior (CP, inciso 2 del artículo 144 bis).

Sujeto pasivo

La norma exige que se trate de un *preso*. El término incluye a *toda persona que esté privada de su libertad en un establecimiento penitenciario* destinado a ese efecto: al de guardarlos. Lo caracterizará el personal

165. Sostiene Soler que “*Nada tiene que ver con la privación misma de la libertad el hecho de imponer al que ya está preso -legal o ilegalmente- vejaciones, apremios o severidades ilegales. Si el autor de estas es, además, autor de la ilegal privación de la libertad, debe responder por las dos infracciones en concurso real*” (op. cit., p. 52).

166. El artículo 9 de la Ley N° 24660, prescribe que “*La ejecución de la pena estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Quien ordene, realice o tolere tales excesos se hará pasible de las sanciones previstas en el Código Penal, sin perjuicio de otras que le pudieren corresponder*”.

operativo que allí se desempeñe, con una labor preparada y entrenada para ello, y la reglamentación disciplinaria interna aplicable.

Por ello, en principio, se presupone que su estado de detención debe ser *legítimo*. El alcance de la palabra debe ser asociado con un *concepto amplio*, que incluirá tanto a sujetos condenados como procesados privados de su libertad de manera preventiva, independientemente de la denominación que se les otorgue a la situación procesal y al sitio en que se aloje.¹⁶⁷ Sin que lo dicho no pueda ser entendido como limitativo del *ámbito espacial* en que pueden tener lugar las conductas, pues el tipo penal incluye de la misma manera aquellas aplicadas durante traslados o bien en sitios de alojamientos provisorios.¹⁶⁸

En síntesis, el alcance de la figura queda sellado por la calidad de la persona y no por la circunstancia situacional en que las maniobras puedan tener lugar, lo que a todo evento coadyuvará a desentrañar aquella característica.

5.3. Agravantes para los casos del artículo 144 bis del Código Penal

Para todos los casos de los analizados previamente (incisos 1, 2 y 3 del 144 bis), la normativa del artículo 144 bis *in fine* del CP establece una escala punitiva agravada, que va de *dos a seis años* de prisión o reclusión, para las mismas hipótesis que fueran incluidas en el artículo 144 precitado, y también por remisión al artículo 142, ambos del código sustantivo.

El texto ubicado sobre el final del artículo, tiene repercusión sobre todas la figuras penales contempladas en cada uno de sus tres incisos previos. De tal modo, siendo las mismas circunstancias que aquellas que permiten la punición más severa para los casos del artículo 143 del CP, en honor a la brevedad, se remite al punto pertinente. Debe únicamente resaltarse respecto de casos en los que mediaren “*violencias o amenazas*”, que en la praxis estarán íntimamente vinculadas a los apremios ilegales, severidades y vejaciones, por ser aquellas normal-

167. Como fuera mencionado en el marco del abordaje del artículo 143, inciso 5, CP, resultan incluidos los menores de edad internados en Institutos. En igual sentido para la figura en análisis, lo sentenciado por C. N. Crim. y Corr. Sala IV, 23/03/05, “Fernández, Raúl”. En cambio, no son abarcados los detenidos en *comisarias* por ser ajenos al concepto.

168. Desde el momento en que el detenido es puesto a *disposición de hecho de la autoridad penitenciaria* ingresa bajo el amparo del tipo penal (cfr. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 254).

mente el modo comisivo por excelencia; pudiendo eventualmente ser guiados por motivaciones de “venganza”.¹⁶⁹

6. EL ARTÍCULO 144 TER DEL CÓDIGO PENAL: “TORTURAS”

La tortura ha tenido distintas manifestaciones a lo largo de la historia de la humanidad. Ha sido vinculada como neto instrumento de adoctrinamiento social e imposición ideológica, como medio de sometimiento colectivo demostrativo de poderío colonial y de conquista,¹⁷⁰ o ha funcionado a modo de eje central del procedimiento penal, sea como medio para obtener elementos de prueba o bien como modalidad punitiva en sí misma.¹⁷¹

Prescindiendo de realizar una reconstructiva histórica que intente de estos temas en tanto que ameritaría el proveimiento de un trabajo exclusivo, huelga sí poner de manifiesto su directa asociación al uso monopólico de *violencias públicas* por parte del Estado,¹⁷² cuya delimitación

169. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 269. En este sentido, el Registro Nacional de Casos de Tortura y/o Malos Tratos, en su informe final del 2012, identificó al aludir agresiones físicas, como el segundo contexto más frecuente, a aquellas que tienen lugar frente a “denuncias o reclamos” de los detenidos en los establecimientos penitenciarios federales.

170. Válgase por caso mencionar respectivamente los horrores padecidos por millones de personas en los campos de concentración y exterminio del nacionalsocialismo en el siglo pasado, en los diversos centros clandestinos de detención que fueron instalados en la última dictadura cívico-militar en nuestro país, o la empresa colonizadora puesta en marcha sobre los nativos en el continente americano, por las potencias europeas a partir del siglo XV, con la instalación de su brutal sistema esclavista.

171. Al respecto, en una interesante reconstrucción de sus objetivos a lo largo de la historia, señala Langbein que primero se utilizó para conseguir pruebas para obtener un veredicto de culpa conforme a los criterios “legales” de la época; luego solamente se la podía utilizar frente a la existencia previa de prueba circunstancial que generaba la posibilidad de obtener un mandato de tortura judicial, o también se la utilizaba sobre condenados por crímenes capitales o de alta traición para obtener datos para impedir ataques contra el Estado. (*Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Regime*, University of Chicago Press, 1977). La proyección sobre el caso argentino, ver el trabajo de Rodríguez Molas, Ricardo, *Historia de la Tortura y el orden represivo en la Argentina*, Buenos Aires, EUDEBA, 1985. Para el caso español ver la excelente obra de Tomás y Valiente, Francisco, *La tortura en España*, Barcelona, Ariel, 1994. Asimismo, véase Zysman, Diego, *Sociología del Castigo*, Buenos Aires, Editorial Didot.

172. Cfr. Weber, Max, *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, México, FCE, 2003.

precisa ha resultado tradicionalmente compleja y ambigua,¹⁷³ pero que en todo caso se vincula a las prácticas *institucionales ilegales*.¹⁷⁴

En nuestras latitudes, con el soplo de los aires independentistas, la prohibición de estos tratos logró ser receptada ya en el mismo texto original de la *Constitución Nacional de 1853*. Así, embebida en las ideas liberales contemporáneas de la época,¹⁷⁵ representadas por figuras de la talla de Cesare Beccaria,¹⁷⁶ Pietro Verri¹⁷⁷ o Jeremy Bentham,¹⁷⁸ se incorpora expresamente en su artículo 18 la cláusula de abolición de “*toda especie de tormento y los azotes*”. No obstante, ya con anterioridad, la *Asamblea del año 1813* había erradicado formalmente la esclavitud, prohibido la tortura en el proceso penal y mandado a inutilizar sus instrumentos.

Sin embargo, fue recién con la mentada Ley N° 14616¹⁷⁹ que se reprime este delito por intermedio de la introducción del artículo 144 tercero

173. Cfr. Resta, Eligio, *La certeza y la esperanza. Ensayo sobre el derecho y la violencia*, Barcelona, Paidós, 1995.

174. Señala Carlos Mahiques, que la acepción comúnmente admitida en la historia del derecho incluye a la tortura no entre las penas, sino como un medio de investigación utilizado en los procedimientos penales (*La noción jurídica de tortura*, Educa, 2003, p. 19). En esta inteligencia, también deriva la primera acepción dada a la palabra en la actualidad por la Real Academia Española, entendida como un “Grave dolor físico o psicológico infligido a alguien, con métodos y utensilios diversos, con el fin de obtener de él una confesión, o como medio de castigo” (RAE, vigésima segunda edición).

175. Tradicionalmente, se señala que la abolición de la tortura judicial, al menos desde el plano formal, fue producto de las *ideas iluministas* que se comenzaron a desplegar desde el siglo XVIII en Europa como réplica a las políticas imperantes de la época. Frente a su visión censuradora comprensiva de todos los ámbitos de la sociedad, no podía el derecho penal ni sus procedimientos permanecer inmutables a los postulados de aquel movimiento que encontraba su principal basamento en la razón humana. Para un pormenorizado desarrollo del “proceso abolicionista”, desde una postura crítica a la argumentación tradicional y remarcando las dificultades de singularizar los factores que habrían contribuido a su manifestación, ver Mahiques, Carlos, *op. cit.*, Primera Parte, Sección 2, título 2.

176. Ver *Tratado de los delitos y de las penas*, México, Porrúa, 1992, traducción al español del original en Italiano *Dei Delitti e delle Pene*, Milán, 1764.

177. Se alude a Verri, como uno de los más vivaces opositores en sus conocidas *Observaciones sobre la Tortura*.

178. Ver *Tratado de las pruebas judiciales*, Buenos Aires, EJEA, 1971, traducido del francés por Manuel Ossorio Florit, de la Obra *Traité des preuve judiciaires*, París, 1823.

179. Estipulaba “*Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere, a los presos que guarde, cualquier especie*

al catálogo de fondo, origen que tuvo un enlace franco a las circunstancias políticas que vivía el país por entonces (y aun con anterioridad).¹⁸⁰ Pero fue mediante la Ley N° 23097,¹⁸¹ inspirada en un espíritu parlamentario sancionatorio de las atrocidades cometidas en un pasado reciente, que se introdujeron importantes modificaciones en el subcapítulo.

No puede así dejar de mencionarse como lamentable hito histórico nacional, el período autoritario que sobrevino hacia finales de marzo del año 1976.¹⁸² Sin dudas, el más cruel, irracional y feroz despliegue estatal de fuerza que tuvo lugar en nuestra historia moderna, acaeció con la última *dictadura cívica militar*. La doctrina de la lucha contra el enemigo que se pretendió infiltrar como justificante, bajo el ropaje de la *seguridad nacional*, y los embates criminales sistemáticos al amparo de la clandestinidad, fueron las premisas básicas de los asaltantes de la democracia en pos de la eliminación de todo aquel rotulado con el volátil mote de *subversivo*.¹⁸³

La maquinaria represiva del Estado puesta al servicio de aquellas ideas, en el marco de su denominado “*Proceso de Reorganización Nacional*”, llevó a miles de personas a ser dispuestas en centros destinados a la detención y tortura, con un futuro incierto que se debatía a exclusivo decisionismo de sus captores, bajo condiciones de humillación en las cuales el *desaparecido* era despojado de todo rasgo inherente a la *calidad de persona*.¹⁸⁴

de tormento”. Asimismo, se elevaba el máximo hasta los quince años si la víctima fuese un “perseguido político” o si resultare la muerte de la persona torturada.

180. Quedó ello señalado claramente en las discusiones parlamentarias previas a su sanción. Véase *Diario de Sesiones*, H. Senado, del 19/06/1958, p. 489 y ss.

181. Sancionada el 28/09/1984, y publicada en BO el 29/10/1984.

182. Sobre el particular, véase Salinas, Pablo G., *La Aplicación de la Tortura en la República Argentina. Realidad Social y Regulación Jurídica*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010.

183. Cfr. García Méndez, Emilio, *Autoritarismo y Control Social*. Buenos Aires, Hammurabi, 1983.

184. Como dijo la Cámara Federal al fallar en la sentencia que puso fin al Juicio a las Juntas Militares (causa n° 13/84, del 9 de diciembre de 1985), la que confirmó extensamente el plan sistemático de exterminio: “...el tormento fue, en la enorme mayoría de los casos, la forma indiscriminadamente aplicada para interrogar a los secuestrados. No existe constancia en autos de algún centro de cautiverio donde no se aplicaran medios de tortura y, en casi todos, la uniformidad de sistemas aparece manifiesta. Sólo pueden señalarse pequeñas variantes de tácticas o de modos, pero al pasaje de corriente eléctrica, los golpes y la asfixia, se repiten en casi la totalidad de los casos investigados, cualquiera sea la fuerza de la que dependía el centro o su ubicación geográfica...”.

Con el retorno ya de la vida republicana, los reclamos populares de *memoria, verdad y justicia* por los crímenes cometidos se alzaron al unísono en la sociedad. De ese proceso de democratización comenzado en el año 1983, se destaca la creación de la CONADEP (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas), y la publicación de su informe *Nunca Más*, así como el principio de los procesos a las “Juntas Militares”, que culminó con la condena de la mayoría de sus integrantes; amén del infausto derrotero seguido decorado por “leyes de impunidad”, cuya invalidación permitió la reapertura y actual encauzamiento del juzgamiento de infinitud de gravísimos hechos ocurridos en aquel contexto.¹⁸⁵

En línea con esto, la mentada legislación hoy vigente direccionó los siguientes cambios: a) se agravó la penalidad prevista en el anterior artículo 144 ter, reformulando a la par los términos de su redacción y previendo una definición de lo que se debía entender por “tortura” -inciso 3-; y b) se incorporaron al Código Penal *dos nuevas figuras*: i) las omisiones funcionales punibles conexas a aquella (*artículo 144 quater, CP*), y ii) la permisón o facilitación negligente de la misma (*artículo 144 quinque, CP*), que serán abordadas en lo venidero.

Concordantemente, el texto del artículo 144 ter del CP prevé lo siguiente:

1º. 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 este tenga sobre aquella poder de hecho.

Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descriptos.

2º. Si con motivo u ocasión de la tortura resultare la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión perpetua. Si se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo 91, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.

185. Esta etapa de incipiente reorganización democrática fue momentáneamente suspendida por las llamadas leyes de “Punto Final” y “Obediencia Debida”, y más tarde por indultos presidenciales. Las “leyes de impunidad” fueron derogadas por Ley N° 25779, y declarada su inconstitucionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, Fallos 328:2056).

3º. *Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando estos tengan gravedad suficiente*".

Visto desde la óptica internacional debemos agregar, en esta breve introducción y antes de analizar los aspectos salientes de la normativa local, que la prohibición *absoluta* de la tortura pertenece hoy en día al dominio del *ius cogens* internacional, resultando *inalienable* y constituyendo norma imperativa del derecho internacional *consuetudinario*; postulándose que tal obligación *no debe suspenderse* siquiera en las circunstancias más difíciles que puede atravesar un Estado.¹⁸⁶

Paralelamente, el delito de *tortura* ha sido catalogado como de *lesa humanidad* siempre y cuando se verifiquen sus notas características, siendo para ello de relevancia el análisis del artículo 7 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional (anexo al Tratado de Roma);¹⁸⁷ repercusión práctica más importante de tal categorización se notará especialmente a la hora de alegar frente a ellos la *prescripción* de la acción penal. La normativa y jurisprudencia nacional es reiterada en consagrar la inoperatividad de este instituto receptando el criterio sostenido en

186. Convención Interamericana contra la Tortura, artículo 2, párrafo 2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 7. Es reiterada la jurisprudencia de la CIDH en ese sentido, descartando justificaciones de cualquier tipo, tales como guerras o amenazas de guerra, la llamada lucha contra el terrorismo, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflictos internos, situaciones de suspensión de garantías constitucionales e inestabilidad política interna o calamidades públicas. Entre otros, lo ha sostenido en los casos "Penal Miguel Castro Castro", párrafo 271; "Baldeón García", sentencia de 6 de abril de 2006, párrafo 117; y "García Asto y Ramírez Rojas", sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 222. El artículo 2.2 de la Convención Interamericana contra la Tortura no admite interpretación restrictiva ni límites situacionales, sólo una visión de ese tenor es compatible con una valoración global del sistema interamericano de derechos humanos. Mahiques indica que la interdicción de la tortura es de aquellos derechos inderogables, esto es cuya prohibición no es posible suspender, para lo cual señala la imposibilidad de alegar ningún motivo, como puede ser la calidad de la persona (en virtud de la calidad del delito cometido, o su condición de detenido o alienado), del lugar donde sea ejercida (bajo la pretensión del menor nivel de desarrollo) o de las circunstancias excepcionales del Estado (*op. cit.*, p. 207).

187. Incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante Ley N° 25390 -BO 23/01/01-. Según dicha normativa, por crimen de lesa humanidad deberá entenderse "...cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque...", entre los cuales se menciona la tortura (apartado "f"), entre otros.

el ámbito internacional de los derechos humanos en relación a la imprescriptibilidad de estos delitos.¹⁸⁸

6.1. Definición y alcance del término “tortura”: núcleo del tipo

El *núcleo del tipo penal* lo constituye la imposición de cualquier clase de “tortura”. Entiéndase: aquellos actos que supongan un grave sufrimiento (psíquico o físico) a una persona privada de su libertad, sea legítima o ilegítimamente, ejecutados de manera intencional por agentes estatales o por particulares que obren bajo su amparo, sin que deba atenderse a la motivación que se persiga con ellos.

De tal modo, en el campo penal argentino, la acepción que a nuestro parecer resulta receptiva de la real esencia de la noción y compatibilizada con las consideraciones actuales (en función de la adopción de un criterio amplio) en el ámbito internacional, comprende tres elementos basilares: a) la *intensidad* del padecimiento infligido, b) la *intervención funcional* (directa o indirecta) en el hecho que le sirve de sostén, y c) la irrelevancia de las *finalidades* específicas de los intervinientes.¹⁸⁹

En efecto, si bien el legislador nacional ha pretendido ensayar una definición en la nueva redacción, son los *instrumentos internacionales de*

188. La “Convención sobre desaparición forzada de personas” -Ley N° 24556, artículo VII- y la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad” -Ley N° 24584- son los instrumentos que regulan la materia. Asimismo, ver lo dicho por el más alto Tribunal de la Nación en la causa “Arancibia Clavel” (Fallos: 327:3312), y por la CIDH en el caso “Barrios Altos vs. Perú”.

189. Iniciando un recorrido tripartito en la evolución del concepto de tortura y apremios ilegales, que incluye las opiniones doctrinarias en cada etapa, luego de la sanción de las Leyes N° 14616, 23097 y de la reforma constitucional de año 1994, Buompadre sostiene que el artículo 144 ter -inciso 3- actualmente ha sido implícitamente derogado por la incorporación de la Convención Contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles Inhumanas y Degradantes, con rango constitucional a partir del artículo 75.22, CN modificada en el año 1994, primando su concepto por sobre la ley nacional (en igual sentido, Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 194). *El fundamento radica en la interpretación de sus artículos 1 y 2, perspectiva desde la cual el apremio ilegal surge definido del artículo 16-1 en tanto: “...actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1...”*; siendo la diferencia entre ambas modalidades, no sólo la intensidad, sino también la finalidad perseguida por el autor -que no podrá ser de aquellas reservadas exclusivamente para la tortura- (Buompadre, Jorge E, *Derecho Penal-Parte Especial*, Mave, T. I, p. 543 y ss.).

*Derechos Humanos*¹⁹⁰ que se abocan al tema de manera especializada, los que nos brindan una orientación complementaria para la delimitación adecuada y definitiva del concepto. Así, en una orientación que ha sido seguida por los anteproyectos de reforma de Código Penal más recientes (2006 y 2013), vale mencionar:

a) La *Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes de la ONU*,¹⁹¹ que en su artículo 1, prevé: “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario pú-

190. No puede dejar de mencionarse las referencias del Estatuto de la Roma, en el artículo 7. 2.e.: “Por ‘tortura’ se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas...”, lo que ha permitido caracterizarlo como un crimen internacional (véase al respecto, Barbero, Natalia, *Análisis dogmático-jurídico de la tortura*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2011).

191. El instrumento fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resol. n° 39/46, el 10 de diciembre de 1984, entrando en vigor el 26 de junio de 1987 -de conformidad con su artículo 27-. Fue incorporado por nuestro país mediante Ley N° 23338 (del 26/02/87), detentando jerarquía constitucional a partir de la reforma del año 1994 (artículo 75, inciso 22). Resulta su texto similar al de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Resol. 3452 -XXX- de la Asamblea General de Naciones Unidas, del 09/12/1975). También pueden mencionarse como instrumentos del derecho internacional que hacen referencia a la prohibición de la tortura la “Convención para la Prevención y la sanción del delito de Genocidio” de 1948, las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos” aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en 1977, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros. En el ámbito del Derecho Internacional Humanitario, la protección de todas las víctimas de la guerra es recogida mediante los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, con más los Protocolos de 1977 adicionales a estos, que fijan normas para el desarrollo de los conflictos armados internacionales e internos declarados, en particular, sobre el trato a las personas que no toman parte o que han dejado de tomar parte en las hostilidades, incluidos los heridos, los capturados y los civiles.

blico u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”.

b) La *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de la OEA*,¹⁹² que en su artículo 2, estipula: *“Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”*.¹⁹³

Ambos instrumentos poseen adicionalmente una definición por exclusión en el sentido de que no serán alcanzados aquellos sufrimientos que sean producto exclusivo de sanciones legítimas, siempre que no lleguen a constituir torturas. El primero reza: *“No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a estas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”*. El segundo prescribe: *“No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas”*.

Esta determinación resulta enormemente compleja, dada la ambigüedad de la violencia legítima que señalábamos previamente de la mano de Eligio Resta, pero en ningún caso puede entenderse como

192. Adoptada el 09/12/85, y entró en vigencia el 28/02/87 -conforme a las provisiones de su artículo 22-.

193. Debe destacarse que si bien los conceptos transcritos presentan una enumeración de los móviles que pueden influir al autor de la tortura a ejecutarla, este listado no es taxativo. En este sentido, presentan al cierre de su derrotero las expresiones *“o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”* y *“con cualquier otro fin”*, respectivamente para cada instrumento. A ello se adiciona lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención adoptada en el seno de la ONU, en tanto reza que *“El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”*. Repárese además que el segundo texto, a diferencia del primero, no califica a los dolores por su intensidad o gravedad, lo que es compatible con su aceptación como tortura de *“...la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”*.

un salvoconducto para vaciar de contenido de la tipicidad de las figuras del capítulo, debiendo propiciarse en todo caso una interpretación restrictiva de las cláusulas aludidas.

Finalmente, conviene coincidir en que la noción doméstica introducida mediante el *inciso tercero*, que ha pretendido alcanzar una definición (al establecer: “*por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando estos tengan gravedad suficiente*”), aparece meritoria al abstenerse de mencionar la exigencia de finalidades específicas que guíen al autor. Sin embargo, ello no ensombrece las justificadas críticas, tanto por adolecer de una deficiente técnica redactiva, como por continuar manteniendo la expresión “*tormentos*”; vocablo históricamente asociado a una acepción, en la actualidad superada, comprensiva de aquellos comportamientos intencionales de imposición con fines de prueba.

6.2. La gravedad del sufrimiento y su valoración judicial

Debe ponerse de resalto que, ni las cartas internacionales ni nuestra ley penal interna otorgan *parámetros diferenciadores* de los otros malos tratos, esto es en lo que respecta a su afectación mínima al bien jurídico para poder ingresar al terreno de la tortura; lo que se patentiza en las dificultades a la hora de encajar un sustrato fáctico en el tipo penal correspondiente.¹⁹⁴ No obstante, lo cierto es que la figura demanda que los *sufrimientos impuestos (sean físicos o psíquicos) revistan una cierta intensidad*. Y este es el baremo delimitativo que lo diferenciará de las otras figuras penales menos graves estudiadas.¹⁹⁵

194. Señala Rafecas que ni la Comisión ni la Corte Interamericana han avanzado a definir el nuevo umbral mínimo de la tortura, remarcando que sólo se han expedido en casos en los que ninguna duda queda que la constituyen por brutales y aberrantes (*op. cit.*, p. 90, nota n° 12).

195. En igual sentido, lo sostiene gran parte de los autores nacionales: Rafecas, Reinaldi, Creus, Soler, Estrella /Godoy Lemos, Núñez, Marín; y ha sido un criterio también afinado en nuestra jurisprudencia con los años. Rafecas afirma que la frase legal debe ser entendida abarcando tanto graves sufrimientos, físicos como psíquicos; y remarca: “*No se trata de un cartabón distinto entre el sufrimiento físico y el psíquico, sino una aclaración de que estos últimos también deben ser necesariamente graves para poder considerarse tortura...*” (*op. cit.*, p. 120). El cimero Tribunal provincial bonaerense al expedirse en el caso en el cual se condenó a agentes del servicio penitenciario por aplicar golpes a detenidos en la UP XV de Batán, refirió que el criterio distintivo de la Tortura de otros tratos degradantes (utilizado por la Casación, considerando el parámetro de la agudización o intensidad del

La *aguda gravedad* que debe revestir el sufrimiento aplicado ha sido introducida como un elemento constitutivo de la tipicidad en su aspecto objetivo, que deberá ser confirmado para la debida imputación penal de la conducta.¹⁹⁶ Entiéndase que muchas veces hablaremos de una *acreditación* en términos probabilísticos, o de idoneidad de los medios empleados para el caso concreto (considerando v. gr. condiciones de lugar y tiempo, sujetos pasivo y activo), en tanto se trata de un concepto de neto corte subjetivo, relativo, extremadamente difícil de calcular, y que no necesariamente está vinculado a la determinación e identificación del medio empleado.¹⁹⁷

La *medida del ultraje* deberá ser graduada caso a caso por el juzgador, conclusión a la que se podrá arribar partiendo de una consideración igualitaria de las personas, complementada por una especial valoración

sufrimiento) no vislumbra violación a los principios constitucionales de legalidad y división de poderes por el solo hecho de que esa decisión deba emanar del arbitrio judicial; adicionando que el citado artículo 144 ter pueda verse por ello como un tipo penal abierto en el que la materia de prohibición no esté expresada con suficiente precisión (ref. al contenido y alcance del concepto de tortura) (del voto del Dr. Negri, en el fallo 94455 de la S.C.B.A., autos “L. C.A s/ imposición de torturas”, del 1º de octubre de 2008). Asimismo, se añadió que tampoco tales garantías resultan violadas en tanto la propia ley penal con frecuencia emplea términos de cierta vaguedad; así alude a “negligencia” en el artículo 84, “abuso” en el artículo 119 (del voto del Dr. Hitters).

196. No resultan óbice las afirmaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe 35/96, Caso 10.832 “Luis Lizardo Cabrera” (República Dominicana, 7 de abril de 1998), en tanto ha sostenido que la Convención “*no funda como criterio para definir la tortura la intensidad o grado de sufrimiento físico o mental experimentado por la víctima*”, y a la par establece distintos criterios para calificarla (vale decir: a) debe tratarse de un acto intencional o de un método; b) debe infligir a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales; c) debe tener un propósito; d) debe ser perpetrado por un funcionario público o por una persona privada a instancias del primero), ello en tanto en última instancia “*considera que tanto la Convención Americana como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, le confieren cierta latitud para evaluar si, en vista de su gravedad o intensidad, un hecho o práctica constituye tortura o pena o trato inhumano o degradante. La Comisión considera que la calificación debe hacerse caso a caso, tomando en cuenta las peculiaridades del mismo, la duración del sufrimiento, los efectos físicos y mentales sobre cada víctima específica y las circunstancias personales de la víctima...*” (párrafos 82 y 83).

197. Vale adicionar lo resuelto por la Sala II del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires (en fecha 09/12/2008, autos caratulados “G., R.R. s/ Rec. de Casación”), al mencionar “*...por más que no se haya podido acreditar con certeza en la sentencia la existencia de un proceso asfíctico ni el pasaje de corriente eléctrica, de todos modos no quedan dudas de que la víctima, con independencia del método empleado por los agresores, padeció un sufrimiento de similar entidad, puesto en evidencia por la persistencia, el carácter y la gravedad de las lesiones, principalmente aquellas constatadas en los testículos...*”.

de sus rasgos individuales.¹⁹⁸ Si resulta dificultoso adoptar una definición del acto en sí, más compleja emerge la tarea de subsunción judicial de un suceso, el que siempre deberá ser analizado prudencial y objetivamente.

La permanente *actualización de los estándares* internacionales que demarcan el delito al ritmo de su mutación social resulta clave en esta empresa,¹⁹⁹ y los instrumentos empleados en el acto, como también su extensión cualitativa y cuantitativa, serán un dato revelador. En la labor no puede olvidarse de la escala intensiva ascendente puesta de manifiesto al tratar las anteriores formas penales vinculadas a los malos tratos.

198. Las sesiones de aplicación de corriente eléctrica, el llamado “submarino” en sus distintas versiones (seco o húmedo), los golpes de puño, o con palos, cadenas, alambres o látigos, son de las formas normalmente admitidas en la jurisprudencia nacional. Explica Rafecas que cuando el sufrimiento irrogado aparezca como un “*hecho aberrante a los ojos de la comunidad internacional*”, no se lo podrá encuadrar sino en los lineamientos de la noción de tormentos, debiendo cotejarse a la luz de los principios constitucionales y de la interpretación efectuada por la comunidad internacional (op. cit., p. 151). La CIDH ha aludido a estas circunstancias específicas valorativas de cada caso como constitutivos de lo que llama “*factores endógenos y exógenos*”, que deberán demostrarse. Los primeros se referirían a las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que estos tienden a causar. Los segundos, remiten a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos: la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal (Casos “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), párrafo 74, y “Loayza Tamayo”, sentencia de 17 de septiembre de 1997, entre otros). Según la Corte Europea, el nivel mínimo afflictivo “*depende de todas las circunstancias del caso, tales como la duración del tratamiento, sus efectos físicos o mentales y, en algunos casos, el sexo, edad y estado de salud de la víctima*” (Cfr. TEDH, “*Irlanda c. El Reino Unido*”, párrafo 162, véase Bueno, Gonzalo, en “El concepto de Tortura, y de otros tratos crueles, inhumanos y degradantes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Revista Virtual Pensamiento Penal*, edición n° 46).

199. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Cantoral Benavides c. Perú” (serie C, N° 69, 2000, párrafo 99); y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en caso “Selmouni vs. France” (dem. N° 25803/94, 1999, párrafo 101). En este sentido, el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez (ONU, Consejo de Derechos Humanos 22° período de sesiones), pone el énfasis en las prácticas abusivas en *entornos de atención de la salud*, concluyendo que responden adecuadamente a la definición de tortura, y coincide con los principales elementos que integran dicha definición. Señala Mahiques en referencia al artículo 3 CEDH, que el nivel de gravedad de cada calificación no es inmutable, y varía según las circunstancias y el contexto, por ello su escala de conflictividad es considerada móvil. Remarca que aquella asignación jurídica pueda variar en el tiempo y aún en un mismo asunto, ejemplificando con lo ocurrido en el ámbito europeo en los casos “Irlanda vs. Reino Unido” y “Herczegfalvy contra Austria” (op. cit., pp. 226-227).

6.3. Sujeto pasivo. Presupuesto del tipo: estado de detención de la víctima

Será sujeto pasivo una *persona privada, legítima o ilegítimamente, de su libertad*.²⁰⁰ Pero únicamente cuando la privación del individuo tenga como base una *relación funcional*, podrá ser sujeto pasivo del delito, conexidad que podrá apuntalarse por haber procedido la autoridad a su restricción locomotiva dentro (v. gr. cuando es aplicada a un interno de una penitenciaría) o fuera del marco permitido por la ley (detenciones ilegales, encuadrables en los términos de los *artículos 144 bis, inciso 1 o algún supuesto del artículo 143 mencionados*).²⁰¹

La exigencia de este estatus de cautiverio (legal o ilegal), con origen en una fuente funcional, se erige en recaudo para colmar la tipicidad objetiva, debiendo remitirse a otras figuras penales comunes en el caso de no ser completado este extremo. Es la *relación estado-individuo*²⁰² el elemento que caracteriza -y ha caracterizado en su acepción moderna- la tortura, lo que se desprende del reclamo expreso del legis-

200. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 551, precisa que el sujeto pasivo puede ser cualquier persona, esté o no privada de su libertad, partiendo de la interpretación del texto de la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas crueles, Inhumanos y Degradantes incorporado a la CN; pero aclara que se trata de una modificación sólo en apariencia, pues la mecánica de la tortura impone necesariamente la privación de la libertad de la persona.

201. Así lo entendió la Sala II de Casación de la Provincia de Buenos Aires “...En efecto, en el delito de imposición de torturas previsto en el art. 144 tercero inc. 1 del Código Penal, según la ley 23.097, aún cuando la ejecución de la conducta quede a cargo de particulares, el sujeto pasivo debe ser una persona detenida legítima o ilegítimamente por la autoridad, cuya privación de la libertad tenga origen en una relación funcional sin que pueda entenderse que la disposición se refiera también a las personas secuestradas por los mismos particulares pues lo contrario importaría una indebida extensión de la punibilidad establecida en el tipo objetivo, en tanto la segunda parte de ese inciso remite a los hechos descriptos en el párrafo primero... Si el legislador hubiera querido independizar al particular de la conducta típica relacionada con la condición del sujeto pasivo, habría adoptado una metodología distinta mediante la conformación de un tipo independiente... De manera que, no resultando la privación ilegal de la libertad de un acto de la autoridad, sino que tuvo su origen en la comisión de un robo, estimo que por este motivo también debe considerarse erróneamente aplicado el art. 144 tercero inc. 1 del CP” (sent. del 10/02/2004, causa n° 10.323). En contra Núñez y Estrella / Godoy Lemos, quienes admiten que la privación libertaria también puede ser practicada por un particular, y respecto de estos puede reputarse la legalidad o ilegalidad de su actuar. En el primer caso sostienen que la legitimidad derivaría de las facultades excepcionales en que los códigos de procedimientos habilitan a la restricción locomotiva.

202. Cfr. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 554.

lador, tanto cuando el acto violento sea ejecutado por un funcionario público como si el despliegue es ejercitado por un particular.

La propia letra de la ley se encarga de establecer el vínculo entre víctima y victimario (estatal). Bastará con que se detente un *poder de hecho* sobre el torturado, que se verifique una relación de disposición aunque más no sea sólo fáctica, y por un período necesario para imponer los sufrimientos.

6.4. Modalidades, tipología y ámbito espacial de la tortura

Delineados los semblantes básicos de la definición medular de la figura, debe advertirse que las *modalidades* que logran adquirir los actos son múltiples y variadas, las que, claro está, pueden darse de manera combinada.

Se indicó que pueden ser cometidos tanto mediante *acciones u omisiones -comisión por omisión-* e involucrar el empleo de distintos utensilios, instrumentos o sustancias (tóxicas o químicas).²⁰³ Asimismo, como se dijo, puede manifestarse en términos de afectación *física*²⁰⁴ o

203. Tal el caso de las exposiciones químicas a la sal, pimienta picante, o gasolina en heridas o cavidades orgánicas, o la tortura farmacológica con dosis tóxicas de sedantes, neurolépticos, paralizantes.

204. Las golpizas, quemaduras, abusos sexuales, colgamientos, aplastamientos, sujeciones, cortes, descargas eléctricas, sumersiones, asfixias, son de forma genérica y amén de las variantes que pueden experimentar, las más comunes aflicciones. El Registro Nacional de Casos de Tortura y/o Malos Tratos, en su informe final del 2012, identificó además los siguientes tipos de agresiones físicas, que nos interesan añadir por ser modalidades específicas y obtenidas del levantamiento de datos en establecimientos penitenciarios nacionales: *Ducha/manguera de agua fría: es la práctica de meter a las personas sometidas bajo la ducha de agua fría o bien mojarlos con una manguera, se trata de un tipo de tortura que generalmente acompaña a los golpes y golpizas, y es utilizado para borrar las marcas de los golpes en los cuerpos de las víctimas; pero también es empleado como un modo de ocasionar sufrimiento por el frío o la presión del agua. Plaf-plaf: se trata de golpes simultáneos con las dos manos en ambos oídos. Pata-pata: son golpes en la planta del pie generalmente con palos. Puente chino: se obliga a pasar a la víctima entre dos hileras de penitenciarios que propinan golpes simultáneamente. Pila/pirámide: se obliga a varias personas a apilarse unas arriba de otras, generalmente estando desnudas, hasta que quienes están abajo sufren ahogos por el aplastamiento. También puso de resalto que entre los tipos de tortura y/o malos tratos ocupan el primer lugar las agresiones físicas, destacando como los tres primeros contextos más frecuentes, los siguientes en este orden: a) durante riñas o motines b) denuncia o reclamo, y c) requisita de pabellón. Se señala que la causa principal es sumamente significativa en tanto constituye una circunstancia típica sobre la cual el discurso penitenciario intenta justificar el uso de la fuerza frente a la “alteración del orden”, indicando que la casuística demuestra que resultan acciones violentas de un carácter reactivo pero extemporáneo y desmedido. Resulta atrayente la conclusión sobre el punto, al decir:*

psíquica²⁰⁵ de la persona, aunque cabe desde ya inquirirse si es posible ubicar algún caso concreto de tortura en el que aún luciendo un perjuicio eminentemente corporal no conlleve obligadamente una connotación nociva en el psiquismo de la víctima.²⁰⁶

Piénsese, en el marco del derrotero propuesto sobre el variado universo afflictivo multidimensional de la tortura, que sus efectos generadores podrán extenderse de forma directa sobre el destinatario, pero también mediante su aplicación a un tercero con un vínculo parental a este o incluso meramente ocasional.²⁰⁷

“En conjunto, la lectura de las tres categorías principales nos demuestra un cambio en la modalidad del despliegue de la violencia penitenciaria que implica cambios correlativos en los modos de gobierno penitenciario de las poblaciones presas. Así se va pasando de un modelo de presión violenta institucionalizada rutinaria a un modelo de violencia reactiva, un cambio que es correlativo de un sometimiento activo y violento a otro de ‘dejar hacer’ (promoviendo la violencia entre las personas detenidas) y desplegar la violencia penitenciaria como represalia y escarmiento. Como indicaciones de esta transformación puede constatarse un aumento en las muertes violentas y las variaciones en las modalidades de aplicación de regímenes de aislamiento” (informe citado, p. 43).

205. Las falsas ejecuciones a las que se somete a la víctima, obligarla a presenciar actos de tortura de otras personas, las traiciones forzadas, la agudización de la sensación de desvalimiento, la exposición a situaciones ambiguas o mensajes contradictorios, forzamiento a violación de tabúes o a la realización de prácticas contra la propia religión, la desorientación sensorial, o a dañar a otras personas mediante tortura o cualquier otro maltrato, son fieles exponentes de esta clase. La “tortura mental” es la que se deriva del permanente temor de padecer graves sufrimientos ante una inminente amenaza, ello de acuerdo a las circunstancias de la privación en las que se lo mantiene a la persona. Sobre el punto ha mencionado la CIDH: “...crear una situación amenazadora o amenazar a un individuo con torturarlo puede constituir, en algunas circunstancias, al menos, tratamiento inhumano.” (caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala”), y en idéntica dirección, “...Se ha conformado un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, y respecto a esta última, se ha reconocido que las amenazas y el peligro real de someter a una persona a lesiones físicas produce, en determinadas circunstancias, una angustia moral de tal grado que puede ser considerada “tortura psicológica”. (Caso “Maritza Urrutia vs. Guatemala”, sent. del 27 de noviembre de 2003, Serie C Nº 103, párrafo 92).

206. El “Protocolo de Estambul” alude a la existencia de una mera “diferenciación artificial” al pretender distinguir entre efectos que se provocan sobre uno u otro aspecto (Cap. IV, punto G).

207. En este caso, la tortura se despliega sobre un doble sujeto pasivo. Es la llamada “tortura oblicua”, definida como aquella en la que el autor impone efectivamente graves sufrimientos físicos a una persona detenida, con el fin de producir en otra también necesariamente privada de su libertad, una mortificación psíquica insoportable, con

Para que un acto pueda calificar en el concepto, no necesariamente debe extenderse en el tiempo ni requiere de una multiplicidad de conductas concatenadas en la sesión. Sino que, válidamente, podrá consistir en un accionar fugaz que aisladamente lo configure -choques eléctricos (“picana eléctrica”) o la llamada “tortura dental”-. No obstante, lógicamente podrá configurarse sobre la base de su *prolongación y/o reiteración sistemática*, aun cuando los actos individualmente considerados o en breves períodos no tengan entidad suficiente.²⁰⁸

Sólo resta advertir que la inexistencia de *lesiones o marcas visibles* en la víctima no se elevará como condición indispensable para la ordenación a las características del delito; de hecho, resulta claro que en las torturas que se materializan por secuelas de índole moral no será factible hallar rasgos aparentes en el cuerpo.

Por otro lado, tampoco existen limitaciones en cuanto al *ámbito espacial* en que pueden tener lugar las torturas. La única precaución estará determinada en la circunstancia de que la persona se encuentre detenida, en el sentido que fuera tratado previamente, al momento de padecerlas.

Siendo así, las conductas típicas se podrán cometer en el mismo lugar donde la persona sea mantenida privada de la libertad durante el período

el objeto de forzarla a hacer algo a lo que se resiste, o por cualquier otro móvil (Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 123). Revelador en este sentido resulta uno de los testimonios vertidos en la Causa n° 13/84 que juzgó a las juntas militares: “...*da cuenta Iris Etelvina Pereira de Avellaneda que oía los apremios a que estaba siendo sometido su hijo Floreal, de catorce años de edad, en otro ámbito de la misma dependencia policial en que se encontraban. Cuenta que oyó el ruego que el menor le hacía para que la madre pusiera fin al castigo contando lo que sabía de la fuga del padre, dato este que, en definitiva, era lo único que interesaba a los aprehensores. Los tormentos oídos por la madre fueron luego comprobados con el hallazgo del cadáver de su hijo en las costas uruguayas del Río de la Plata... A algunas víctimas se las torturó junto a otras...*”.

208. Así las diversas formas de “*torturas de posición*”, consistentes todas ellas en atar o sujetar a la víctima en posiciones antinaturales (retorcidas o hiperextendidas, v. gr. el llamado “chanchito”, sujeción de pies y manos a la espalda), las “*torturas de suspensión*”, en sus múltiples variantes, o el aislamiento. No puede dejar de mencionarse la denominada “*tortura ubicua*”, que es la que se deriva del efecto acumulativo de las condiciones inhumanas de cautiverio generalizadas y sistemáticas (como lo son el tabicamiento, supresión de la identidad, engrillamiento, supresión de toda forma de comunicación humana, aislamiento en espacios reducidos, padecimientos de connotación sexual, etcétera), impuestas deliberadamente al detenido, y que conducen a la despersonalización del sujeto pasivo (Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 128 y ss.). El caso testigo nacional por excelencia sin dudas lo constituirá la permanencia en Centros Clandestinos de Detención (CCD) en el contexto de la última dictadura cívico-militar.

del sometimiento, legal o ilegalmente, contexto en el cual no puede omitirse el permanente riesgo de violencia física que caracteriza la rutinaria vida intramuros en nuestro país, tanto con victimarios de la propia población carcelaria como por parte de personal penitenciario o policial.²⁰⁹

Ello no implica necesariamente que la perpetración deba ser en el interior de una construcción edilicia, sea pública o privada. Sería ilógico descartar la realización a la intemperie (como ser, en descampados o caminos alejados del ejido urbano),²¹⁰ o incluso a bordo de cualquier medio y tipo de transporte.

En cuanto a la *oportunidad* en que se podrán suministrar, parece ocioso indicar que bien serán admitidas desde el mismo origen del impedimento libertario, también durante traslados iniciales o ulteriores de la persona.

Sujeto activo

En primer lugar, el tipo penal se construye sobre la figura del *funcionario público* como *autor esencial* del delito, con el alcance genérico que le ha sido dado a esa calidad hasta aquí (artículo 77, CP). Además de ello, siguiendo la línea desarrollada para las figuras anteriores, se necesitará que el agente revista facultades generales para la privación de la libertad,²¹¹ siendo que se construyen en este segmento similares discusiones doctrinarias que las señaladas en las figuras precedentes.

209. El informe anual 2012 del Registro Nacional de Casos de Tortura y/o Malos Tratos ya mencionado refleja, desde un completo análisis estadístico, valorando como parámetros de cotejo no sólo una óptica cuantitativa de hechos acaecidos, sino considerativa de las lesiones causadas, y cantidad de personas intervinientes como agresores, tanto en el ámbito bonaerense como federal (Disponible en: <http://gespydhiigg.socials.uba.ar/rnct/informes-anales/>).

210. Tal la plataforma fáctica que le tocó juzgar al TOC n° 1 del Departamento Judicial Bahía Blanca, Exp. n° 885/10, del 13/04/2011, encontrando responsables del delito de Torturas a dos agentes policiales que en horas de la madrugada en un camino vecinal, procedieron a la detención de manera violenta y degradante a cazadores furtivos. Estimó el Tribunal “...los mecanismos empleados por los imputados como técnica de tortura resultaron los idóneos para conseguir el máximo sufrimiento de las víctimas, tal como lo refirieran M. R. y L. S. quienes resultaron contestes al sostener que en un momento pensaron “que los mataban”, lo cual fue coincidente con lo vertido por J. V. R., quien al escuchar los disparos y ver los bultos en el suelo pensó que los habían matado...” (Disponible en: www.iestudiospenales.com.ar).

211. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 109. Para Creus, como la ley no distingue y tampoco funciona aquí la exigencia de que se trate de un funcionario que ‘guarde personas

El sujeto pasivo de la tortura debe encontrarse privado de su libertad, aunque no será necesario para conseguir la autoría criminal que el mismo agente que la imponga haya también procedido a su detención (sea esta legal o ilegal), ni tampoco que aquel se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario.

De lo reseñado, se deriva el *carácter imprescindible de la intervención de la autoridad pública para la existencia de la figura misma, y -a todo evento- el “particular” resultará sólo un autor contingente.*

En segundo término, acorde con los antecedentes vividos durante el gobierno de facto saliente, el legislador del año 84’ añadió al primer párrafo del artículo un agregado que pretendió la atribución de responsabilidad penal por hechos de tortura a los *particulares* que la impusieron.²¹² La expresión sumada en el segundo párrafo del nuevo primer inciso: “*Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos*”, ha dado lugar a disímiles variantes interpretativas.

Debe aclararse de antemano que tal mutación en modo alguno implicó la transformación de la figura en un delito común, en tanto como fuera anticipado, el accionar privado deberá presentar una necesaria *conexión con la actividad funcional*.²¹³ Es decir, que para la imputación de

privadas de libertad’, cualquiera que detente aquella calidad, fuere cual fuere la repartición a que pertenezca (siempre que a esta le esté asignada competencia para privar de libertad) puede ser autor (Creus, Carlos, *Derecho Penal - Parte Especial, op. cit.*, p. 307). En contra también Buompadre, Estrella / Godoy Lemos, quienes postulan un criterio amplio del concepto.

212. Tal decisión del Estado argentino en materia de política criminal, resulta conciliadora con la postura sentada por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Tanto la carta sobre torturas adoptada en el marco de la ONU (artículo 1, alude a la instigación, consentimiento o aquiescencia del funcionario público) como en el ámbito de la OEA (artículo 3, también refiere a maniobras instigadoras), propician un concepto de autor que considera a los particulares, aunque siempre se requerirá la participación -en un sentido genérico del término- de funcionarios estatales.

213. Es que la intervención del Estado resulta la esencia del delito, su razón de ser. Menciona Rafecas que los hechos cometidos por particulares desvinculados de toda función estatal no constituyen tortura. El autor se apoya en una lectura considerativa de la semántica del término, de las razones históricas y en la *ratio legis* del delito -fundada en abusos funcionales-, como así también, atendiendo a la anterior fórmula legal según el texto de la Ley N° 14616 (*op. cit.*, p. 110). En la misma dirección, la Sala 1ª del Tribunal de Casación de la Pcia. de Buenos Aires, en Causa N° 33.747, “*Andrada*”, en fecha 13/10/2011, al establecer “...la tortura es un delito especial que sólo puede ser cometida

los graves actos violentos al particular, será menester identificarse una ligazón con la autoridad: sea porque obró bajo su dirección, aquiescencia o consentimiento, o porque de cualquier otro modo le haya *posibilitado o facilitado* las condiciones para el despliegue de la tortura.

En otros términos, la tortura del particular²¹⁴ tiene que ser infligida a quien pueda ser víctima del delito según lo especificado en el párrafo primero de la norma, en tanto se encuentre privada de su libertad por un funcionario público (sea de conformidad o apartándose de las previsiones legales).²¹⁵

Tipo subjetivo

La aplicación de los actos que funden la tortura deberá ser *intencional*. Habrá que analizar caso a caso, pero en principio resulta bastante

*por un funcionario público o por un particular que actúa bajo su amparo. De tal modo que los actos de los particulares desconectados de la actividad funcional, no constituyen tortura... En otras palabras, no es posible desligar a los extraneos de la actividad desplegada por el agente estatal.”; y continúa explicando, “El Código Penal, es tributario en este tema de los textos convencionales y de su génesis histórica por la cual, la tortura no es compatible con un delito común. Su utilización en un contexto institucional recaía sobre personas privadas de la libertad por funcionarios del Estado que, abusando de su calidad y de sus atribuciones, infligía los tormentos sobre las mismas, buscando generalmente alguna declaración autoincriminatoria, delatoria o como simple forma de castigo”. Concordante con fundamento en la Convención contra la Tortura, se pronuncia De la Cuesta, José Luis, *op. cit.*, p. 33.*

214. En contra se ha pronunciado alguna jurisprudencia aislada (TOC n° 3 de Mar del Plata “V.O.V. s/ robo con armas, tortura y tenencia ilegal de arma de fuego”, del 22/4/2011), pretendiendo extender la interpretación legal hacia un caso en padecimientos propinados en el marco de un delito contra la propiedad, lo que ha sido objeto de severas y fundadas críticas (cfr. Laino, Nicolás, “¿Los particulares como sujetos activos del tipo penal de tortura?” en *La Ley*, año 15, N° 5, junio de 2008; y Kierszenbaum, Mariano, “La autoría y la participación en un delito especial. A propósito de la autoría y la participación en el tipo penal de ‘torturas’ en *Autoría, Infracción de deber y delitos de lesa humanidad*, Buenos Aires, Ad-Hoc).

215. La norma responsabiliza al particular como *autor* cuando “ejecute los hechos descriptos”, es decir las torturas, y no cuando su comportamiento corresponda con otro despliegue conductual. Explica Creus, tomando como base la estructura redactiva, que la integración del párrafo al mismo inciso y con expresa remisión al párrafo 1°, “... *ata la punibilidad del particular a todas las características que el delito asume en dicho párrafo...*” (*op. cit.*, p. 308).

con la verificación de, por lo menos, *dolo eventual* en el agente.²¹⁶ Algunos autores postulan sólo la admisión de *dolo directo*.²¹⁷

Ya se indicó al abordar el concepto de torturas, que este se encuentra alejado a otras *exigencias subjetivas distintas del dolo*, y que las finalidades o motivaciones que persiguió el agente resultan irrelevantes a los fines de la verificación de este aspecto del tipo penal, más allá de la eventual incidencia en la mensura de la sanción.

Consumación y tentativa

El delito presenta las siguientes características: es de *resultado* y de *carácter permanente*. Ello determina que se consume en el mismo momento en que se provoquen los graves sufrimientos en la víctima, y que se extienda en ese estado hasta tanto se agoten esos efectos. Desde este punto de vista, es que el delito en cuestión admite su *tentativa*.

Natalia Barbero invoca como ejemplos aquellos en que el autor monta un sistema de tortura, y el hecho se ve frustrado por razones ajenas a su voluntad, o aquel en el cual comienza a realizar actos de ejecución y pese al propósito de torturar que lo animaba no llegó a producir dolores físicos o psíquicos de la intensidad que requiere el tipo, por circunstancias ajenas a su voluntad.²¹⁸

6.5. Responsabilidad jurídico-penal por hechos de torturas

Autoría y participación

Los “tormentos” pueden ser impuestos, y generalmente así lo será, por una *pluralidad de personas* que se predispongan mediante un reparto

216. Para ello, el análisis de las circunstancias (de modo, tiempo y espacio) de comisión será primordial. En ciertos supuestos, por el tipo de mecanismo, instrumento, o modalidades seleccionadas para la aplicación de la sesión no cabrán dudas sobre la existencia de un dolo directo de parte del agente. En otros, el agente no podrá negar que el resultado no fue admitido con su proceder (v. gr. cuando por la reiteración o duración genere un grave sufrimiento al sujeto pasivo, recordando en este caso las graduaciones ascendentes de la intensidad de cada modalidad que fueran señaladas).

217. Para Donna y Buompadre sólo sería posible admitir el dolo directo en el agente, parten de considerar en este segmento las finalidades mencionadas por la Convención contra la Tortura de la ONU (artículo 1), y la expresión “intencionalmente” en su texto.

218. Barbero, Natalia, *op. cit.*, p. 267.

previo de las funciones esenciales destinadas -en la sumatoria- a ese fin criminal. Su intervención en esa diagramación previa con aquel designio será *coautoría*, aun cuando no se logre acreditar la actividad específica que cada uno realizó en un contexto coercitivo.²¹⁹ A su vez, ese grupo podrá estar compuesto por funcionarios públicos y particulares, que como vimos, con las condiciones expuestas, también pueden ser autores.²²⁰

En este marco, la responsabilidad penal no necesariamente deberá implicar la ejecución de propia mano de la conducta típica (ej. la aplicación de golpes o el pasaje de corriente eléctrica), sino que podrá ser reprochable también la actitud consistente en realizar otras conductas imprescindibles (activas u omisivas) para el designio delictivo colectivo pre-ordenado, tanto cuando la calidad del aporte sea propio del ámbito institucional en el que tiene lugar la tortura, como cuando sea ajeno a esa esfera corporativa.²²¹

En esta senda de análisis, debe indicarse que la infracción penal podrá ser cometida mediante *comisión por omisión*, siendo encuadrable

219. Tal lo resuelto por la Sala II del Tribunal de Casación bonaerense, en fecha 09/12/2008, que, partiendo de la presencia de la víctima por espacio de más de dos horas junto a cuatro policías en una oficina de servicio de calle, momento hasta el cual no presentaba lesiones, sostuvo la coautoría de este delito cuando a pesar de que “...No se ha podido determinar con exactitud cuál fue concretamente la actividad desempeñada por cada uno de los funcionarios en el interior de la oficina de servicio de calle, se sabe que todos actuaron movidos por un plan común de torturar a la víctima y que cada uno de ellos cumplió una función específica conforme ese plan...” (votos de los Dres. Celesia y Mahiques).

220. Se recomienda profundizar la cuestión con el trabajo de Kierszembraum, ya citado.

221. El caso, registrado en no pocos sucesos de torturas durante la última dictadura en nuestro país, del médico que está presente en la escena del crimen controlando los signos vitales del torturado y sus efectos para evitar su muerte, o el que lo reanima para que estos continúen; o el del capellán que luego de su aplicación aparece para “aconsejarlo” que brinde datos para evitarla nuevamente. Esta última referencia, conforme lo resuelto por el Tribunal Oral Federal n° 1, de La Plata, in re “Christian Federico Von Wernich” (causa N° 5.812.677, 02/11/2007), al sostener “...No tiene en ese sentido ninguna importancia lo dicho por la defensa en cuanto a que Von Wernich llegaba ‘después’ de la tortura. Era precisamente esa la tarea asignada en el grupo que integraba. En efecto, es tan torturador el que enchufa el cable en la pared como el que enciende la radio para que no se escuchen los gritos, el que pasa la picana por los genitales de la víctima, o el que llega después a ‘aconsejarle’ que hable para no ser torturado nuevamente [...] cuando el que llega después a dar esos consejos, es además un sacerdote que se maneja con autoridad ante los carceleros entrando y saliendo a su antojo de las celdas, no es un torturador cualquiera, es uno calificado...”.

aun el funcionario que exteriorice *pasividad* frente al conocimiento de un acto típico practicado por otro, cuando se encuentre en ejercicio de su cargo, y siempre que por sus facultades inherentes al mismo asuma funciones de custodia y protección de la integridad física de detenidos o presos. En este sentido, establece Rafecas una graduación en abstracto acorde a la jerarquía del agente, concluyendo que para el caso del personal enclavado en un estrato superior o igual al de aquel que aplica los actos *prima facie* ilícitos, no se presentarían dudas acerca de su responsabilidad penal, ello pues siempre le será posible dar una contraorden; o bien para el segundo grupo, al menos influir en la cesación del delito o reunir personal subalterno e interrumpirlo por sus medios propios. Mientras que para el supuesto en que el agente revista un cargo inferior, la responsabilidad dependerá del contexto particular, en tanto se deberá evaluar y determinar la posibilidad concreta de actuar en aquel sentido conclusivo.²²²

Así “...es responsable del delito de tormentos, cometido en forma reiterada (arts. 55 y 144 *ter.*, C.P.), quien detentando un cargo de responsabilidad en la Policía de la Prov. de Buenos Aires, intervino en acciones en la lucha antisubversiva, donde los detenidos permanecían privados de su libertad sin causa legal o control jurisdiccional y, además, eran sometidos a vejámenes o tormentos en locales policiales dependientes de una Dirección General cuya jefatura ejercían, siendo los autores materiales de los tormentos y custodios de los lugares de detención, personal bajo su mando. No lo exime en el caso al enjuiciado, la circunstancia de que él fue el transmisor de las órdenes que dice haber recibido, en todos los casos, del Jefe de Policía, puesto que las frecuentes visitas que admite haber efectuado a esos lugares, demuestran un cabal conocimiento acerca de lo que allí ocurría, tomando en cuenta la jerarquía que detentaba...”²²³

Siendo que la norma penal en estudio, bajo las condiciones indicadas, admite la tortura aplicada por *particulares*, obliga a indagar la casuística que comprende esa referencia. En primer lugar, resulta de toda lógica

222. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 158 y ss. Idéntica graduación, con citas al referenciado doctrinario, formuló la Sala II, del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, en causa n° 46.813, del 16/08/2012, para descartar la queja defensorista que recaía en la pretensión de legitimar por vía del “cumplimiento de un deber” al subordinado.

223. Cámara Nacional en lo Crim. y Correcc. Federal de la Capital, *in re* “Etchecolatz, Miguel O.” (*Diario de J. A.*, núm. 5479 del 3/9/86, p. 18, citada por Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 58).

que se incluye la responsabilidad de los ciudadanos civiles desvinculados de la Administración Pública que intervengan en el suceso (v. gr. otros detenidos actuando a instigación y al amparo de aquellos que detentan poder de hecho sobre estos) *-particulares en sentido estricto-*. En segundo lugar, se añaden hipótesis en las que participen *ex-funcionarios reintegrados de facto* a la función y agentes estatales no nacionales.²²⁴

El abanico de intervenciones criminalmente responsables que pueden darse en una *estructura verticalista* conformada por agentes públicos, cualquiera que sea el ámbito en el que actúen, es de una colorida gama que involucra la instigación, la inducción y por supuesto la autoría mediata;²²⁵ debiéndose recordar las directrices dimanantes de los artículos 3 de la Convención Interamericana contra la Tortura (OEA) y 4 de la Convención contra la Tortura (ONU).

6.6. Imposibilidad de alegar ficciones jurídicas excluyentes de la responsabilidad

Culminando el punto, debe indicarse que se descarta de plano la opción de que el agente estatal acusado de imponer los sufrimientos pueda ampararse para eximirse del reproche penal respectivo en institutos jurídicos, tales como la obediencia debida, el estado de necesidad, un deber jurídico, o en el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo.²²⁶ Se construye esta inflexible *premisa* sobre el siguiente mojón: en el complejo de valores éticos que eleva nuestro ordenamiento jurídico al situarse enclavado en la actualidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, desde ninguna óptica puede ser admitida esta aberrante infracción, ello independientemente de circunstancias especiales que fueren reinantes al momento y en el lugar en que esta se revele.²²⁷

224. Cfr. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, pp. 111-112, posando la atención en el contexto de la última dictadura militar en nuestro país.

225. Aquí merece mencionarse lo resuelto por la CSJN, en tanto consideró a los jefes de los altos mandos de la dictadura militar iniciada en el '76' como "partícipes necesarios", y no como autores mediatos de los delitos cometidos por inferiores (Fallos: 309:05). Poniendo en el eje de discusión la tesis de Claus Roxin acerca de la "Autoría mediata por el empleo de un aparato de poder organizado". Véase Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en el Derecho Penal*, Séptima Edición, Madrid, Marcial Pons, 2000.

226. Véase Reinaldi, "Un derecho absoluto: el de no ser torturado", LL, 09/09/2005.

227. Se puso de resalto en la causa n° 13/84 ya citada: "las privaciones, ilegales de la libertad, tormentos, apremios ilegales, homicidios y robos que constituyen el objeto de este proceso, son

Siendo así, con la idea de realizar en este punto un ligero relevamiento de los aspectos básicos de diversas y complejas cuestiones, cabe en primer orden señalar que se descarta la posibilidad de que por intermedio de la fórmula legal del *inciso 4 del artículo 34 CP* se logre la impunidad del agente torturador. En efecto, no existirá “deber jurídico” ni “derecho, autoridad o cargo” cuyo cumplimiento pueda acoger y consentir válidamente aquellos castigos propios de la tortura. El *orden jurídico* no puede permitir jamás este tipo de actos, a pesar de que autorice el ejercicio de coerción directa por medios formalmente lícitos, pues tal injerencia lograría exceder los límites objetivos de racionalidad y proporcionalidad.²²⁸

Es decir, de ningún modo, podrán ser alegados esos incidentes sin que razonablemente deban ser calificados como *ilegítimos*, y menos aún resulta imaginable que se ampare un *mandato* de ese tenor en un Estado democrático.²²⁹ Es que, si el fundamento del especial permiso otorgado para realizar una acción típica reside en la preservación de un bien ju-

también, materialmente antijurídicos. Esos hechos típicos dañaron bienes jurídicos de vital importancia y fueron antisociales, en la medida que, atacando los valores fundamentales de la persona, en los que reposa la vida comunitaria, y subvirtiendo los principales valores del derecho positivo del Estado contradijeron el orden jurídico que regula los fines de la vida social en común. No fueron un medio justo para un fin justo. Se estableció en el curso de este fallo que los instrumentos empleados para repeler la agresión terrorista no respondieron ni al derecho vigente, ni a las tradiciones argentinas, ni a las costumbres de las naciones civilizadas y que el Estado contaba con otros muchos recursos alternativos que respondían a aquellas exigencias. Por lo expresado en el párrafo anterior, porque los medios empleados fueron atroces e inhumanos, porque la sociedad se conmovió y se sigue conmoviendo por ellos, no respondieron a las normas de cultura imperantes en la República, cuyo interés común, manifestado a través de sus más diversas actividades, no está en la guerra sino en la paz, no está en la negación del Derecho, sino en su aplicación. Que no está, ni estuvo nunca, en la regresión a un primitivo estado de naturaleza. Si los ejemplos tienen algún valor, adviértase que la pena de muerte no se aplicó en las últimas décadas, no obstante estar prescripta en el Código de Justicia Militar y, por muchos lapsos en el Código Penal común” (capítulo sexto, b).

228. La resol. n° 1998/38 de la Comisión de Derechos Humanos recuerda a los gobiernos que el castigo corporal puede ser equivalente a un trato cruel, inhumano o degradante, o hasta a la tortura, pero no pueden ser considerados lícitos sólo porque hayan sido autorizados en un procedimiento legítimo en su forma.

229. Así, la Sala III del Tribunal de Casación Penal, el 29/10/2009 en la causa N° 5.926 (reg. n° 22.108), sosteniendo que la eximente no incluye órdenes ilegítimas y la actuación policial no constituye legítimo ejercicio de la autoridad o cargo (diez funcionarios policiales ingresaron en el sector calabozos de la Comisaría de Munro y, a instancias del Oficial de Servicio, golpearon a los detenidos entre los que se encontraba H. D. N. que sufrió fractura de tres dedos de su mano izquierda).

rídico determinado que se encuentra en peligro, lógica que es seguida por todas las causas de justificación, no resulta entendible cómo mediante la aplicación de tormentos pudiera lograrse la finalidad.

Visto de esta perspectiva, la familiaridad de este foco utilitarista del tema con la esencia que guía el instituto genérico del *estado de necesidad, justificante o exculpante*, es patente.²³⁰ Partiendo de este razonamiento, no pueden sorprender teleologías que pretendan justificar la aplicación de tormentos en pos de la salvaguarda de intereses que, al menos en teoría y abstractamente, sean alegados como equiparables en importancia.²³¹

Ahora bien, aún en casos extremos, el sacrificio de los principios básicos atinentes a la dignidad humana no puede ceder. No sólo porque resulta contrario al complejo de instrumentos de derechos humanos imperantes que hemos mencionado, fundantes también de compromisos internacionales asumidos; sino además, porque así lo impone a la par el “principio de superioridad ética del Estado”, pilar de todo Estado de democrático de derecho. Pero incluso se esgrimen razones vinculadas a la idea de evitar el riesgoso, y siempre difícil de precisar, poder de administrar una autorización en tal sentido, y aun a pesar de que se pretendan establecer límites formales prefijados. Muy probablemente no tardarían en derivar de manera inevitable, en el atropello de otros derechos, tal vez de la misma o mayor jerarquía, lo que a la postre terminaría deformando la apariencia del “*mal menor*” alegada por sus defensores. La historia de la humanidad ha ejemplificado perfectamente sobre los potenciales desbordes.

230. El límite está dado por la ponderación entre los males evitado y causado; por ello, el inciso 3 del artículo 34 lo limita al caso en que se provoca un *mal menor* para evitar un *mal mayor*. Cuando el sujeto se encuentra necesitado de actuar de modo lesivo, pero el mal que provoque no sea menor que el que evita (como en el caso de la *tabula unius capax*), podrá haber un estado de necesidad exculpante, en cuyo caso la conducta será antijurídica, pero sin que quepa formular el reproche de culpabilidad, pues al agente no será posible exigirle razonablemente otra conducta (cfr. Zaffaroni *et al*, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, 2002, p. 631).

231. Piénsese en los lineamientos construidos por las potencias mundiales desde el inicio de la “guerra contra el terrorismo” luego del 11/09/2001, o sin ir más lejos, en fervientes pedidos sociales frente a hechos delictivos igualmente repudiables a fin de obtener datos para el decurso de la investigación con repercusión en el resguardo de vidas en peligro (v. gr. casos de secuestros). Véase Roxin, Claus, *¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura en casos excepcionales?*, NDP, 2004/B.

En cuanto a lo que la doctrina denomina obediencia debida (CP, inciso 5 del artículo 34), para referirse al acatamiento que incumbe al inferior respecto de la orden ilegítima emanada del superior, la inteligencia expuesta que valora la calidad execrable del delito sella la suerte hacia la inadmisibilidad de esta causal,²³² tal como lo exige la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de manera expresa (artículo 2.3), y su similar nacido en el ámbito de la OEA (artículo 4).

De tal modo, la antijuridicidad del contenido de una orden que determine la aplicación de torturas a un detenido siempre será *manifiesta*, y por ello, este mandato inválido, sin necesidad de indagar sus formalidades, imposibilitando eludir el reproche penal del integrante de menor categoría.

6.7. Penalidades y agravamientos [CP, inciso 2, artículo 144 ter]

La respuesta punitiva frente a la comisión del tipo básico parte de una elevada escala que principia en los ocho años (8) de reclusión o prisión y se alza hasta los veinticinco (25) años de la misma pena (con más la inhabilitación absoluta y perpetua para el funcionario público), severidad que a decir de Soler *“responde a una política criminal acorde con el espíritu que inspiró a las autoridades constitucionales electas en 1983”*.²³³ A diferencia de la previsión anterior (cfr. Ley N° 14616), el texto actual de la norma ha eliminado como circunstancia agravante la calidad de *“perseguido político”* de la víctima.

Pero se estipula el agravamiento de la penalidad del injusto, base en razón de los *resultados que deriven de la aplicación de las torturas*, tanto cuando el autor sea funcionario público como particular. Se trata de dos hipótesis para las cuales la pena difiere, y la ley exige que se produzcan *“con motivo u ocasión de la tortura”*, lo que descartará aquellas

232. Se indicó que: *“La obediencia debida que funciona como causa excluyente de la antijuridicidad es la obediencia debida, y la orden manifiestamente delictuosa hay que desobedecerla porque en caso de discordancia entre el imperativo de la norma y la orden del superior hay que obedecer a la ley y no al funcionario superior abusivo”* (TS Córdoba, 28/03/69, “Carino Armando”, citado por Estrella / Godoy, p. 102, punto 5).

233. Fuertes críticas se ensayaron respecto a la severidad del nuevo monto punitivo. En este sentido: Reinaldi (Reinaldi, Víctor Félix, *El delito de Tortura*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1986, p. 129) y Tozzini (Tozzini, Carlos A., “Sanciones penales por torturas a personas detenidas, Doctrina Penal”, *Teoría y práctica en las Ciencias Penales*, año 7, N° 25 a 28, Depalma, 1984, p. 767).

producidas autónomamente: a) *la muerte de la víctima*, donde la pena será de reclusión o prisión perpetua; y b) *lesiones gravísimas*, siendo la sanción de la misma especie, aunque en una escala que oscila de los diez (10) a los (25) veinticinco años.

El agravante abarca tanto los *resultados culposos como los dolosos*,²³⁴ es decir, tanto aquellos queridos por el autor como los que son el reflejo de su obrar imprudencial (*preterintencionales*). Esta última posibilidad, cuando se trata de un desenlace fatal, no debe ser confundida con el supuesto del artículo 81, inciso “b”, en tanto en la generalidad de las hipótesis no puede resultar extraño que el medio empleado pueda resultar razonablemente idóneo para originarlo, por lo que será aplicable el inciso segundo del artículo 144 ter.

Precisando lo expuesto, deberá existir una *relación de causalidad* entre el resultado -lesión gravísima o muerte- y la tortura para poder ser aplicado el agravamiento.

6.8. Dificultades probatorias e investigativas del delito de tortura

Son numerosos los instrumentos internacionales que ponen en cabeza de los estados signatarios la *obligación de prevenir, investigar y castigar estas aberrantes infracciones*,²³⁵ como así también la jurisprudencia de ellos dimanantes.²³⁶ No se trata de una actividad discrecional sino de

234. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 308; Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 195. En sentido contrario, Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 198). La Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, con citas a ese último autor, en fecha 16/08/12, en el marco de la causa N° 46.813, estimó (en un caso en que se había aplicado el llamado “submarino seco”), que “...tanto el resultado muerte, como el de lesiones, deben poder ser imputados objetiva como subjetivamente a la imposición de torturas, por lo cual se requiere, desde el punto de vista subjetivo y atento a la penalidad, que el homicidio resultante sea a título de dolo, aunque sea eventual...”.

235. Entre otros, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar las Torturas, artículos 1, 6 y 8, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas, los “Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (Asamblea de la ONU, Resol. 55/89 anexo, del 4 de diciembre de 2000), y el mentado “Protocolo de Estambul”.

236. Para el caso argentino, ha sido señalada en distintas ocasiones la imposibilidad de desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole las investigaciones sobre estos hechos (caso “Bueno Alves vs. Argentina”, párrafo 90), remarcándose que de otro modo “...se negaría el efecto útil de las disposiciones de la

una concreta obligación con independencia de que se presente o no una denuncia.²³⁷ Empero, desde un plano objetivo, a pesar del riesgo de acarrear responsabilidad internacional, dejando de lado en este trabajo las razones sociológicas que los motivan,²³⁸ en función del contexto situacional en que generalmente tienen lugar, como también por los individuos que los protagonizan por definición, el delito de tortura se caracteriza por presentarse rodeado de serios escollos a la hora de la acreditación de la materialidad criminal e identificación de los involucrados, en el camino hacia la búsqueda de la verdad real de lo acontecido.

De entre los distintos medios de prueba tradicionales, además de los *indicios médicos*,²³⁹ la acreditación de los extremos de la imputación por vía de la recolección de *testimonios* cumplirá un papel esencial en aquella tarea. Ello, pues según el caso, se podrá contar con el propio relato del damnificado o bien de terceros que hayan tomado conocimiento del hecho por medio de sus sentidos.²⁴⁰

Convención Americana en el derecho interno de los Estados Partes, y se estaría privando al procedimiento internacional de su propósito básico, por cuanto, en vez de propiciar la justicia, traería consigo la impunidad de los responsables de la violación... (Caso “Bulacio vs. Argentina”, sentencia de 18 de septiembre de 2003, párrafo 116), e incluso poniéndose el énfasis en el notorio retardo en la investigación sin que exista explicación razonada (“Caso Bayarri vs. Argentina”, sent. del 30 de octubre del 2008, párrafo 117).

237. Cfr. Informe provisional del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez (68° período de sesiones, tema 69 a, A/68/150).

238. Véanse al respecto las nociones de banalización de la tortura y burocratización de los derechos humanos aludidas, por Rivera Beiras, Iñaki, con expresa remisión al trabajo de Hanna Arendt, Eichmann en Jerusalén. *Un estudio sobre la banalidad del mal*, Barcelona, Lumen, año 2003.

239. Los exámenes médicos y psicológicos, revisten vital importancia con el norte de verificar y merituar el daño causado (“intensidad”), la experticia deberá ser exhaustiva, completada mediante fotografías, radiografías u otros estudios médicos, practicada con la mayor antelación posible, y en lo posible por personal ajeno al lugar de alojamiento en que estas tuvieron lugar en su caso.

240. El informe 2012 del RNCT “...reafirmamos que aunque no sean denunciados habitualmente (producto de su naturalización o de los obstáculos en el acceso a la justicia), los testimonios recogidos en el contacto regular y directo con los presos y las presas dan cuenta de las profundas afecciones que esta multiplicidad de prácticas provocan. Esto exige romper con la lógica de la “verdad judicial” en su modelo clásico de “denuncia-investigación judicial-constatación directa, entonces, veracidad de los hechos” como única fuente de diagnóstico sobre el fenómeno. Ello

Hacemos nuestras en este punto las palabras de TOCF N° 1 de San Martín, en su sentencia del 30/06/2015 (vtma. Brian Núñez), al decir: *“Esta clase de hechos ilícitos, como sucede con algunos otros -nos referimos, verbigracia, a aquellos relacionados con la violencia familiar o de género- se desarrollan en la intimidad de agresor-agredido, o, como sucede en este caso que hemos juzgado, los acontecimientos se dan detrás de gigantescos muros que guardan todos los secretos, más allá de que estos ámbitos, de común, se encuentren colmados de personas, algunas trabajadoras del servicio penitenciario federal, y otras están allí contra su voluntad. Las personas que están dentro de la cárcel no siempre escuchan o ven lo que les pasa a las otras personas que allí se encuentran alojadas; a veces, simplemente obedece, por distintas razones o intereses, a que no están dispuestas a contarnos qué es lo que pasa allí adentro. Pero siempre llega un día en el que alguien o algunos hablan y sus voces se amplifican en otras tantas, y para mejor de todo, se las escucha. Brian Núñez, al fin habló, y relató todo lo que le sucedió el 16 de julio de 2011”*.²⁴¹

Pero este dispositivo acreditativo fundamental para el esclarecimiento, muchas veces puede verse entrometido por el temor a represalias futuras, particularmente cuando se trate de declarantes (víctimas o no) detenidos en el mismo establecimiento en que el evento tuvo lugar.²⁴² En estos supuestos, sin perjuicio del necesario apartamiento de sus funciones de los involucrados, deberán adoptarse las medidas

implica superar las concepciones restrictivas de la tortura asociada a la “constatación” de lesiones físicas y colocar en el centro del proceso de verificación de los hechos la palabra de las víctimas...”.

241. TOCF N° 1 de San Martín, *in re* “Víctor Guillermo Meza y otros s/ Torturas”. El fallo condenó a tres de los imputados como coautores penalmente responsables del delito de torturas, con penas (por mayoría) de nueve años y seis meses, y ocho años y seis meses de prisión, con más inhabilitación absoluta y perpetua para todos ellos.

242. En estos casos, el referido “Protocolo de Estambul”, estipula que cuando los declarantes se encuentren detenidos, ante la posibilidad que el interrogatorio pueda generar riesgo de sufrir represalias futuras, los entrevistadores deberán tener gran cuidado de no exponerlos en peligro, recomendando que se preferirá una “entrevista en grupo” o bien, se buscará un lugar en el que pueda mantener una entrevista privada y donde el testigo se sienta seguro para hablar con toda libertad (punto “C” “Procedimientos para la investigación de casos de tortura”, 2, c). Asimismo, sugiere pautas a fin de optimizar la entrevista frente a un potencial torturado, debiendo estimularse que se utilicen “todos sus sentidos para describir lo sucedido”, precisa que debe preguntarse “*qué es lo que vio, olió, oyó y sintió*” (punto C, 1, “F”).

precautorias adecuadas garantizando a los comparecientes al proceso las *seguridades indispensables* para su integridad personal.²⁴³

Por esta razón, no pueden soslayarse, como se aprecia en la práctica en forma frecuente, los indicios de oportunidad derivados de las circunstancias de tiempo, modo, lugar y de las personas, considerando especialmente que se trata de un núcleo reducido de autores, que puede ser circunscripto aun más por la especificidad de la división de funciones y que puede lograr respaldo documental objetivo.

Es que la dificultad demostrativa estará directamente vinculada al cuadro fáctico en el que tenga lugar el acto, siendo una herramienta útil una *reconstrucción histórica -retrospectiva y prospectiva- de lo acontecido*: es decir, la recolección por distintos medios de datos que constaten los instantes previos y posteriores a que la víctima haya tomado contacto con los eventuales autores de la tortura;²⁴⁴ resultando asimismo imperiosa

243. Además de las posibilidades que prevean los códigos procesales respectivos (v. gr. artículo 233 bis del CPP), deberán arbitrarse los medios para que esa deposición sea practicada ante autoridades judiciales, y buscándose un adecuado equilibrio entre la eventual reubicación de la persona a esos fines y la evitación de conculcar otros derechos (v. gr. contacto familiar). La Ley nacional N° 26827, que crea el Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (sancionada el 28/11/2012 y promulgada de hecho el 7/01/2013), en su artículo 54, prevé la articulación de un programa destinado a otorgar protección a aquellas personas privadas de la libertad que se encuentren expuestas a intimidaciones y/o represalias como consecuencia de las denuncias o informaciones que hubiesen proporcionado a los integrantes de ese sistema. Asimismo, es de mencionar el Programa Nacional de Protección a Testigos e Imputados de la Ley N° 25764.

244. Válido resulta señalar la presunción sostenida por la CIDH para estos delitos, invirtiendo la carga probatoria, poniéndola en cabeza del Estado para meritar su responsabilidad, en los siguientes términos: “...La Corte estima que los malos tratos y torturas fueron practicados por las mismas personas que secuestraron y dieron muerte a los jóvenes. La Corte al haber establecido que los responsables de estas últimas conductas eran miembros de la Policía Nacional (...) es del caso concluir que los autores de los malos tratos y torturas que se produjeron en el lapso que medió entre la captura y la muerte, fueron agentes del Estado, ya se trate de los investigados y acusados en los procesos internos, o de otros. Debe tenerse en cuenta, al respecto, la presunción establecida por la Corte Europea al considerar responsable al Estado por los malos tratos que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales, si las autoridades son incapaces de demostrar que estos agentes no incurrieron en tales conductas”. (Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, considerandos n° 169 y 170. En el mismo sentido sobre la receptación de tal presunción, el TEDH en el caso “Ribitsch c. Austria”, sentencia del 4 de diciembre de 1995).

la readecuación de las estructuras y recursos estatales de investigación tanto judicial como pericial para garantizar la posibilidad de satisfacer el mandato de seriedad en la determinación judicial de los hechos de estas características,²⁴⁵ máxime cuando no se pueda contar con el testimonio de quien padeciera los malos tratos en su persona.

En esta dirección se ha dicho: *“...el caso presenta aristas particulares que, aunque no implique apriorísticamente eliminar la fuerza conviccional del testimonio que constituye el pilar que sostiene el entramado de la acusación fiscal, desde que no contamos lamentablemente con la presencia de la víctima en la audiencia atento el luctuoso desenlace, pero Luciano Arruga nos habló a través de los relatos brindados por su madre Mónica Raquel Alegre, su hermana Vanesa Romina Orieta, su amigo Juan Gabriel Apud, la amiga de su hermana, la Licenciada Rocío Gallegos; a quienes les contó lo que había padecido, y no advierto a esta altura que dichos testimonios estén teñidos de parcialidad, odio o rencor, sino por el contrario fueron certeros al aseverar sin vacilaciones las circunstancias que cayeron bajo sus sentidos. No encuentro óbice alguno que me lleve a sostener que dichos testimonios impidan en el caso sustentar tanto la acreditación de la materialidad como la participación que le cupo a Torales en el hecho, pues sus contenidos, lejos de traducirse en manifestaciones aisladas o carentes de razonabilidad, han sido corroborados por el resto de la prueba de cargo reunida...”*²⁴⁶

Párrafo aparte merece la mención de un enfoque especial que se ha postulado para casos en los que las graves violaciones a Derechos Humanos provengan de una maniobra sistemática y generalizada impulsada y sostenida por el Estado. En tanto que, probadas estas prácticas en esas condiciones, la existencia del lugar en el que se ejecutaban (v. gr. CCD, en el caso nacional), y la circunstancia de que la víctima haya estado presente en el mismo durante ese período, no se requerirá la verificación del acto concreto o puntual ni de los elementos de tortura, ni del nexo entre estos y el presunto autor.²⁴⁷

245. Conforme se desprende de las exigencias del sistema interamericano de derechos humanos. Por todos, ver el citado caso “Bulacio vs. Argentina” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

246. TOC n° 3 de la Matanza, sent. del 15/05/2015, “Torales Julio Diego s/ torturas (Vtma. Luciano Arruga)”.

247. En virtud de las especiales características de los delitos, la responsabilidad penal podrá derivar de la acreditación de la relación entre el presunto autor -v. gr. responsable del establecimiento-, el lugar de detención y la permanencia de la víctima en el sitio. Ello

Desde otro ángulo, cabe apreciar que la difícil labor de custodia de los derechos humanos en los centros de privación de libertad y la evitación de las torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes ha sido encarada decididamente por la comunidad de naciones que conforman la Organización de Naciones Unidas, a través de la aprobación del Protocolo Facultativo a la Convención sobre el tema.²⁴⁸ La *inspección judicial* a los establecimientos de detención, se presenta en la actualidad como la forma más eficaz no sólo para prevenirla, sino también para tomar inicialmente conocimiento de estos actos, e impulsar su investigación desde la *notitia criminis* enterada.²⁴⁹

ha sido una constante presente en los juicios practicados a los principales responsables de los crímenes encuadrados en el plan sistemático instaurado por la última dictadura cívico-militar padecida por nuestro país. La postura encuentra respaldo en la CIDH, organismo que ha sostenido que: *“...una política de desapariciones, auspiciada o tolerada por el Gobierno, tiene como verdadero propósito el encubrimiento y la destrucción de la prueba relativa a las desapariciones de los individuos objeto de la misma. Cuando la existencia de tal práctica o política haya sido probada, es posible, ya sea mediante prueba circunstancial o indirecta, o ambas, o por inferencias lógicas pertinentes, demostrar la desaparición de un individuo concreto, que de otro modo sería imposible, por la vinculación que esta última tenga con la práctica general.”* (Corte IDH, Caso “Godínez Cruz”, Sentencia de 20 de enero de 1989). En este sentido, entre otros, se expidió el TOCF N° 1 de La Plata, en causa N° 5.812.677 “Von Wernich”, del 2 de noviembre de 2007: *“...Es así que las condiciones en que se produjo la estadía de las víctimas de autos en los centros clandestinos contienen claramente todos los elementos típicos objetivos y subjetivos del delito previsto en el artículo 144 tercero del Código Penal...”*. También la cámara federal que juzgó a las “juntas militares” (causa n° 13/84, capítulo XIII).

248. La aludida Ley N° 26827, en cumplimiento del compromiso internacional asumido mediante la aprobación del Protocolo mencionado (cfr. Ley N° 25932), consagra el “Mecanismo Nacional para la Prevención de la Tortura” y expresamente reconoce las inspecciones como principio esencial (artículo 5), creando el comité nacional contra la tortura y autorizando a concretar monitoreos y entrevistas con personas privadas de su libertad. Véase el estado de la recepción de los mecanismos de prevención de la tortura en el orden nacional, disponible en: <http://www.jus.gob.ar/derechoshumanos/areas-tematicas/protocolo-facultativo-de-la-convencion-contra-la-tortura-y-otros-tratos.aspx>.

249. Novedosa e interesante aparece la Ley Orgánica de la Defensa Pública del Chubut (texto conf. Ley V - N° 139 promulgada por Decreto N° 854/12 del 8/06/2012), cuando en su artículo 20, al regular las funciones de los Defensores Públicos, menciona que, a más de ejercer la defensa de las personas en general en toda causa de naturaleza sancionatoria, acuerda *“...En ningún caso ejerce la representación de quien pretende intervenir como querellante o actor civil en el proceso penal, a excepción del patrocinio y/o representación en causa penal de cualquier persona víctima de tortura, tratos crueles, inhumanos y/o degradantes y, en general, de*

Pero la eficacia del monitoreo se ve aunada a ciertas condiciones que, de no considerarse, arrojará efectos contraproducentes.²⁵⁰ Se deberá llevar a cabo bajo protocolos de actuación que contemplen evitar poner en riesgo de venganzas futuras a los potenciales denunciantes, brindándoseles garantías de seguridad, y cuidando de no dejar pasar detalles que puedan hacer pensar estar frente a un caso de tortura.²⁵¹

En suma, por un lado, debemos coincidir en que un análisis de lo realizado en los últimos años, en materia de erradicación -o disminución- de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, evidencia que el nuevo paradigma constituido por una suma importante de normas y órganos internacionales generados en el ámbito de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos -que provocaron de distinto modo, reformas a las constituciones locales, códigos de fondo y legislación procesal- ha sido insuficiente; las instituciones básicas del estado de derecho con responsabilidad en la materia han sido ineficaces para detener la aplicación de la tortura.²⁵²

violaciones a los derechos civiles y políticos, cometidos por funcionarios públicos u otras personas en el ejercicio de funciones públicas, a instigación de aquellos o con su consentimiento o aquiescencia, que manifieste su voluntad de denunciar el hecho y/o constituirse como querellante y/o actor civil.”. Los resultados estadísticos obtenidos resultan reveladores de la productividad de la experiencia chubutense (Disponible en: www.defensachubut.gov.ar).

250. Un buen parámetro lo da la Guía Práctica de “Monitoreo de Lugares de Detención”, de la Asociación para la Prevención de la tortura, que partiendo de los beneficiosos resultados que surgen de las visitas a los lugares de detención como forma de prevenir la tortura, estructura las condiciones en las que estas deben ser practicadas, abarcando los momentos previos y los preparativos, la visita y entrevista en sí, como así también la realización de los informes y seguimiento.

251. El “Protocolo de Estambul” afirma como primer parámetro: las visitas a los reclusos no deben tomarse a la ligera. Continúa explicando que las desinteligencias que pueden acontecer son susceptibles de generar graves consecuencias, indicando que una visita única sin un seguimiento que garantice la seguridad ulterior de los entrevistados, puede ser peligrosa; y en ciertos casos, una visita no seguida de otra puede ser incluso peor que ninguna visita. Particularmente, dice: “...Ciertos investigadores de buena voluntad pueden caer en la trampa de visitar una cárcel o comisaría sin saber exactamente qué es lo que están haciendo. Pueden obtener una visión incompleta o falsa de la realidad. Inadvertidamente pueden poner en peligro a unos presos que quizá nunca vuelvan a ver. Ello puede además dar una coartada a los torturadores, que utilizarán el hecho de que personas del exterior hayan visitado su prisión y no se hayan percatado de nada...” (Cap. IV).

252. Coriolano, Mario Luis, *Red para la lucha contra la tortura. Implementación del protocolo facultativo a la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas*

Conjuntamente, emergen enormes dificultades investigativas y probatorias que se pueden afrontar durante la tramitación de un proceso por violencias institucionales, producto de las características de los hechos y de los sujetos activos, de las costumbres institucionales y del funcionamiento del sistema judicial.²⁵³ Este horizonte ha quedado perfectamente evidenciado en el marco del debate desarrollado ante los estrados del Tribunal en lo Criminal N° 4 de San Martín (sentencia del 08/05/2015), causa que finalizó con el dictado de un fallo condenatorio respecto de cinco agentes penitenciarios bonaerenses que causaron mediante torturas la muerte (CP, artículo 144 ter, segundo inciso) del detenido *Barros Cisneros*, en el interior de un corredor denominado pasoducto de la Unidad Carcelaria n° 46 (S.P.B., José León Suárez, Partido de Gral. San Martín). La versión que se inventó (sin éxito) para deslindar responsabilidades de los carcelarios, construyó una historia que exhibió al nombrado interno autolesionándose, proponiendo que se habría golpeado su cabeza (reiterada y voluntariamente) contra unas rejas hasta provocarse un desmayo y a raíz del cual murió, y se habría pretendido apuntalar sobre la base de presiones y amenazas a testigos del hecho. Ello llevó al tribunal a dedicar un acápite inicial autónomo para el tratamiento de la cuestión que denominó “*La historia falaz presentada*”, y a la obtención de copias de los testimonios para la investigación de las maniobras tendientes a deformar el hecho para ocultar lo ocurrido.

Son estas tensiones que hoy perduran entre ser y deber ser, las que nos colocan entonces en la obligación permanente de recordar el carácter absoluto que la prohibición de la tortura detenta en la actualidad en función de las innumerables normativas que así lo prescriben, y en la necesidad de asumir un compromiso serio y persistente (individual y colectivo) para aunar y redoblar esfuerzos, tendientes a superar no sólo la “naturalización” del fenómeno, sino también en miras de contribuir a la eliminación de este mal que hace titubear al Estado mismo.

o degradantes, 1ª ed., Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2013, pp. 03-04.

253. Véase Litvachky, Paula / Martínez, María Josefina, “La tortura y las respuestas judiciales en la provincia de Buenos Aires”, en *Colapso del sistema carcelario*, 1ª ed., Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 2005.

7. LOS ARTÍCULOS 144 QUATER Y QUINQUE DEL CÓDIGO PENAL: “OMISIONES CONEXAS CON LA TORTURA”

Ya se expusieron los antecedentes previos a la sanción de la Ley N° 23097, nueva normativa con la que el legislador hizo efectiva una intención que, teniendo presente los horrores acaecidos en el contexto histórico de la última dictadura cívico-militar (1976-1983), se afincaba en la sanción penal de todos los eslabones de la cadena estatal que pudieron contribuir, de uno u otro modo, de forma directa o indirecta, a esos crímenes. Se introdujeron así en el Código Penal los novedosos artículos 144 quater y quince (cfr. artículos 2 y 3 de la ley citada), mediante los cuales se reprimen diferentes hipótesis delictivas funcionariales de tipo omisivo, que se vinculan al acto mismo de tortura que es practicado por otro funcionario.²⁵⁴

La lógica general de la nueva preceptiva signa el reproche en aquellos agentes estatales que (dolosamente), habiendo podido evitar actos de torturas omitieron hacerlo, o que de forma imprudente (pero decisiva) contribuyeron a su acaecimiento; y tampoco se olvida de quienes no los denunciaron o arbitraron los medios para investigarlos. En este sentido, redundante es la interrelación armónica de los distintos tipos penales reprimidos en el artículo 144 quater con la figura precedente del artículo 144 ter, de modo tal que cada delito asuma un puesto complementario, evitando que queden al margen hipótesis delictivas impunes con su pretendido correlato en las escalas punitivas.

7.1. Artículo 144 quater del CP: “omisiones funcionales dolosas”

A continuación presentamos las diversas figuras típicas que prevé el artículo 144 quater del CP, concretizadas en tres omisiones dolosas con características propias que se autonomizan en cada uno de los incisos que lo componen:

1°. Se impondrá 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;

2°. 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

254. Buompadre alude que la nueva ley es “hija de la democracia” (op. cit., p. 543)

precedente, omitiese denunciar dentro de las veinticuatro horas el hecho ante el funcionario, ministerio público o juez competentes. 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;

3º. Sufrirá la pena prevista en el inciso 1 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;

4º. 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”.

7.1.1. En el *primer inciso* resulta claro que será castigado el funcionario público que teniendo competencia para evitar el delito de torturas, omite hacerlo. La acción típica consiste en una manifestación omisiva:²⁵⁵ *no evitar* la comisión de torturas pudiendo hacerlo. Ello comprende un dual mandato alternativo, según el avance en el *iter criminis* que despliegue el autor del acto tortuoso, de modo que importará una orden para *evitar* -en sentido estricto- el delito inminente cuando aún no haya comenzado, o para *hacerla cesar* cuando ya haya tenido inicio.

En consecuencia, el comportamiento sólo resultará reprochado en los casos en los que la tortura del artículo 144 ter del Código Penal: a) está en curso, y b) cuando no ha comenzado a ejecutarse pero no obstante se toma conocimiento de su inminencia.²⁵⁶ Es decir, abarca no sólo el inicio de los actos ejecutivos de la tortura -“tentativa”- y su consumación, mientras perdure; sino también incluye tramos anteriores al comienzo siempre que sea inminente.

Advertido del acto, independientemente del *medio o la vía* por la cual se entera de los sucesos, nace el mandato en cabeza del funcionario de obrar conforme a esta exigencia legal; pues la ley no establece, como sí

255. Para Rafecas se trata de una “*omisión impropia sin equivalencias comisivas*”, que ha sido tipificada expresamente por el legislador. Partiendo de la valoración de las escalas penales como pauta interpretativa global, colige que si bien el legislador le da mayor relevancia que los delitos de omisión propia (ej. omisión de denunciar), los considera menos lesivos que los casos de comisión por omisión de torturas. Desde otra perspectiva, Sebastián Soler lo define como “*de simple omisión*” (*op. cit.*, p. 59). Se advierte palmariamente el parecido con el supuesto del inciso 6 del artículo 143 del CP.

256. Coinciden Rafecas, Estrella / Godoy Lemos, Creus, Buompadre.

lo marca en el inciso siguiente, que los actos debió haberlos conocido “en virtud de sus funciones”. Desde ese momento, resulta indistinto cómo se exteriorice la omisión del autor: tanto es típico si el agente no concreta actividad alguna, como si realiza otras acciones ajenas a ese fin obstativo del delito. Es que en cualquier caso el funcionario desoye el deber de actuar;²⁵⁷ y en virtud de las circunstancias aludidas parecería inadmisibles la *tentativa*.

Como contrapartida, la atribución de la responsabilidad penal encuentra un límite bien concreto: *el cese de la tortura*. Este hito demarca la imposibilidad de reprochar la contribución al resultado lesivo, a quien, conforme el contexto fáctico en que se ocasionó, no estuvo en condiciones de evitarlo; entrando en juego otras figuras penales.

De lo expuesto surge que la “tortura” resulta un elemento integrante del plafón cognoscitivo del agente para verificar el tipo objetivo en el plano material. Es la omisión de evitarla lo que se le reprocha al autor en esta ocasión, y más allá de lo cuestionable que pudiera resultar la decisión legislativa de marginarlos, no se configurará el delito cuando se trate de casos de “apremios ilegales”, “vejaciones” ni “severidades”.

Huelga decir que la expresión normativa alusiva a “*la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior*” apunta a la perpetración de *torturas* (artículo 144 ter, CP), las que se erigen como un componente del tipo, exigiendo su cabal comprensión de parte del autor. Además del análisis *ex post* se requerirá razonable y mínimamente su acreditación fáctica²⁵⁸ y la verificación de sus requisitos típicos.²⁵⁹

257. Refiere Donna en este sentido, con citas a Lascurain Sánchez, que “...*esta forma de legislar surge de los principios esenciales que informan la materia, del bien jurídico que está en juego, esto es la dignidad de la persona humana, y, por ende, de la posición de garantía que asume frente a ese bien...*” (op. cit., p. 199).

258. Nótese que la exigencia acreditativa no alcanzará el grado de lo reclamado en el artículo 144 quinque, donde -como se verá- la figura está estructurada de manera dependiente y supeditada al tipo previsto en el artículo 144 tercero del CP, pues necesitará la comprobación judicial previa no sólo de los tormentos sino de sus responsables, base sobre las que se construirá la imputación.

259. La Sala 1ª del Tribunal de Casación de la Pcia. de Buenos Aires *in re* “Andrada”, sentencia de fecha 13/10/2011, resolvió absolver al acusado, en relación al delito de Omisión de hacer cesar la tortura (artículo 144 quater, inciso 1 en función del 144 ter del CP), que le había sido intimado en su calidad de agente policial. El voto de la mayoría valoró que los actos lesivos fueron realizados por otros sujetos alojados en el

En cuanto al *sujeto activo* y su responsabilidad jurídico-penal, en primer lugar, debe quedar claro que este funcionario público no interviene en el plan criminal de torturar desplegado por otros. Pero al mismo tiempo se requiere para ser autor, por exigencia expresa de la norma, que tenga *competencia para evitar la comisión de torturas*; esto es *aptitud funcional para poder impedir las*. Dicho esto, es necesario profundizar en la noción central del artículo. Señala Rafecas en relación a esta especial capacidad impeditiva, que podrá derivarse de dos ámbitos: a) una competencia en *sentido procesal*, y b) una competencia en *sentido administrativo*.²⁶⁰

En el primer sentido, se incluyen los funcionarios públicos que gozan dentro de su órbita funcional de competencia para la recepción de denuncias, y/o de acciones de hábeas corpus, sea por designación de autoridad pertinente para ejercer ese cargo o por corresponder su intervención al encontrarse en turno (ej. funcionarios policiales, comisarios, jueces o fiscales -según el sistema procesal-).²⁶¹ En el segundo segmento, encontramos funcionarios públicos a los que compete administrativamente el funcionamiento de la dependencia en la que se comete el delito, pero que en la estructura jerárquica están por encima de su titular y normalmente ocupan un tramo superior dentro de la misma corporación, pero se extiende a las esferas jerárquicas en estructuras gubernamentales (ej.: funcionarios políticos como Secretario de Seguridad o Ministro del Interior).

Completando, la atribución del resultado se endilga al agente en virtud de su posición de garante, la que está determinada por su *proximidad relativa* con el bien jurídico (menor que la del agente que tiene a su cargo el detenido, como así también, de quien resulta titular de la

mismo lugar, sin que se haya tenido por probado que los autores materiales hayan actuado bajo la dirección, instigación o consentimiento de un funcionario público, elemento esencial para poder configurar el delito de tortura. En este contexto, afirmó “...*Así mal puede atribuirse a Andrada el no haber hecho cesar una tortura que no es tal -en el sentido que la propia ley impone-, sino otros delitos distintos, sumamente graves y que merecen la repulsa social, pero que no son actos de tortura*”.

260. Cfr. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, pp. 202-203.

261. Podrá ser un funcionario de un organismo jurisdiccional frente a una acción de hábeas corpus o el juez a cuya disposición se encuentra el detenido. Donna (*op. cit.*, p. 199) menciona al secretario de instrucción que sabiendo de la posibilidad inminente que una persona las sufra de parte de alguna agencia de seguridad no actúe.

dependencia en la que se comete); y lo diferencia de las condiciones para postular como autor del artículo 144 tercero del CP como una falta penal cometida mediante su comisión por omisión.²⁶²

Finalmente, desde el aspecto subjetivo es un *delito doloso*, en el que válidamente se admite *dolo eventual*; aunque necesariamente el sujeto activo debe tener *conocimiento* de la plataforma fáctica en la que se dan los actos que constituyen tortura, y que detenta en ese caso concreto capacidad de contribuir a su cese o evitación.²⁶³

7.1.2. En el *segundo inciso del artículo 144 quater* se pretende sancionar al funcionario público que, tomando conocimiento en virtud de sus funciones, de la comisión de torturas, *omite denunciar el hecho en el plazo legal indicado y a la autoridad competente*. En esta hipótesis delictiva, a pesar de su calidad de agente del Estado, le falta la capacidad abortiva a la que se hubo hecho referencia en el apartado anterior, y en consecuencia, no resultará garante del resultado lesivo acaecido.²⁶⁴

Se lo ha considerado como una *omisión propia doblemente calificada*, tanto por la índole del delito que se omite denunciar y por la cali-

262. La cuestión se dirime siempre por los principios comunes de toda participación, siendo indispensable indagar en el propósito del agente, en tanto haya procurado facilitar o posibilitar el acto, y si tal actitud puede ser entendida como determinante para la empresa criminal. Núñez alude que si su propósito radicó en consentir la tortura responderá como cómplice (*Manual de Derecho Penal*, 2ª edición actualizada, Editora Córdoba, 1999, p. 160), postura que parece ser coincidente con lo manifestado por la CSJN en sentencia del 30/12/1986 (Fallos: 309:05), al indicar que la pasividad del agente no tiene que haber respondido al propósito de consentir la tortura “...ya que en tal caso, no sería autor del nuevo delito analizado, sino partícipe necesario del delito de tortura, pues habría prestado una colaboración consistente en no cumplir la obligación de actuar que pesaba sobre él, para así facilitar o posibilitar la realización del hecho”. Ver complementariamente las conclusiones a las que arribamos en la misma sección del artículo 144 ter.

263. En este sentido, se ha mencionado que para poder endilgar al superior jerárquico a cargo de la repartición policial, el haber omitido algún acto tendiente a evitar las torturas, artículo 144, cuarto, inciso 1 del CP, “...es necesario demostrar que de ellas tuvo conocimiento, no pudiendo sustentarse la responsabilidad penal en el hecho de la superioridad funcional, subcomisario...” (fallo “Pagani, Francisco J. s/ Torturas”, de la Cám. Nac. de Apel. Nac. en lo Criminal y Corr., sent. del 20/10/1992).

264. En este sentido Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 205; Delgado, Seco, Lanusse Noguera, *op. cit.*, p. 387.

dad del agente,²⁶⁵ y también se ha entendido que es un típico caso de *favorecimiento personal* (artículo 277, inciso 1, del CP).²⁶⁶ Es que el mandato normativo consiste en *denunciar* los sucesos criminales de los que se entera (artículo 144 ter, CP) a las autoridades allí señaladas.

Tal conducta, a su vez, deberá ser cumplida en el tiempo establecido, independientemente de los términos procesales, y se impone un (excesivo) *plazo improrrogable de 24 hs.*²⁶⁷ El cómputo del término es fatal y debe calcularse desde el conocimiento efectivo del evento delictivo por parte del funcionario público, siendo reputada típica la *denuncia extemporánea*.

En segundo lugar, se deben analizar las *características de los sucesos* de los cuales se deba dar cuenta a la autoridad. Sabemos que en principio deberán encuadrarse en la figura del artículo 144 ter del CP, pero además es dable destacar que: a) la noticia sobre los hechos delictivos debe haberla tomado “*en virtud de sus funciones*”, es decir que la novedad debió haberla advertido en virtud de las tareas propias de su competencia, que desarrolla el autor atento su especial calidad, y no por cuestiones ajenas o extrañas a ella;²⁶⁸ y b) las torturas *pueden haber cesado o bien estar en curso*; por lo que se puede ser responsable aun luego del agotamiento de la tortura, toda vez que siempre es posible iniciar u orientar la investigación penal de los hechos.²⁶⁹

265. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 205.

266. Estrella / Godoy Lemos, Soler.

267. Observa Creus que la ley penal es constitutiva y prima sobre las procesales en cuanto ellas fijan otros plazos (*op. cit.*, p. 311). La doctrina acertadamente ha criticado la amplitud del plazo teniendo en consideración el resultado criminal que se pretende evitar.

268. Expresa Creus “...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...” (*op. cit.*, p. 310).

269. Se presenta el interrogante de lo que puede acontecer respecto del delito que aún no tuvo comienzo de ejecución. Creus advierte que de la redacción de la norma 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, aunque reconoce que “...esta es una conclusión discutible, que puede ser motivo de polémica, a lo que da lugar la imprecisión de la fórmula.” Partiendo de la expresión contenida en la norma, “...tomase conocimiento de la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior...”, se ha entendido que la omisión de denunciar no alcanza delitos futuros o que no hayan tenido comienzo de ejecución (Estrella / Godoy Lemos, *op. cit.*, p. 136).

Finalmente, en cuanto al aspecto objetivo del delito, corresponde indicar que para eludir el reproche el agente deberá denunciar ante los protagonistas que indica la propia figura penal. Sucede que literalmente la ley nombra al “...funcionario, Ministerio Público o juez competentes...”; la imprecisión de la redacción impone indagar cuáles son esas autoridades, lo que no escapa a ciertas objeciones.

Se ha explicado que la referencia toca a quienes conforman el *círculo de autores del artículo anterior*; vale decir, aquellos que por sus funciones están habilitados para evitar la tortura según el inciso primero, pero si esta cesó en sus efectos corresponde incoar la denuncia ante quienes deban investigarla.²⁷⁰ En cambio, otra postura indica que alude a *todo funcionario* cuya competencia lo habilita para la recepción de denuncias según las normas procesales,²⁷¹ o bien para investigar o promover la investigación del hecho e individualizar a sus autores.²⁷²

El *sujeto activo* ha sido abiertamente definido por oposición al del supuesto anterior. Es un funcionario público que carece de aquella competencia requerida en el inciso 1, esto es: no podrá evitar o hacer cesar el delito de tortura. Por ello, la exigencia de la norma resulta menor, y se limita a requerir la denuncia dentro de determinado plazo y ante las autoridades competentes.

Desde otra óptica, el delito se *consume* cuando acaece el vencimiento del plazo legal previsto (24 hs.), aunque habrá que considerar el entramado de hecho específico para valorar el real disvalor de la acción a la luz del principio de lesividad. Es así que se lo ha calificado como un delito de consumación *instantánea*, que no admitiría la *tentativa*.²⁷³

Por último, en la parte final del inciso se hace indicación al “*médico*” que siendo funcionario público resulte autor del delito bajo análisis, supuestos en los que se ha previsto la imposición de “inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión por el doble tiempo de la pena” que se imponga. Claro que se refiere a casos en los que el galeno no haya participado en

270. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 206.

271. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 568.

272. Estrella / Godoy Lemos.

273. Rafecas, Núñez, Buompadre.

la imposición de los actos de tortura,²⁷⁴ y no puede dudarse de que sólo entra en juego respecto de la figura de “omisión de denunciar” (inciso 2).

La doble calidad de *médico y funcionario público* resulta un requisito típico ineludible para incurrir en el agravante de la pena, por lo que se excluyen otros profesionales de la salud (tales como psicólogos, parteras, enfermeros), pero se ha requerido para su funcionamiento una *vinculación directa* entre el ejercicio de la medicina y la actividad funcional.²⁷⁵

La prueba del dolo generalmente será asociada a la confección del informe, documento, o la incorporación de datos en la historia clínica, que oculten deliberadamente las lesiones, heridas o síntomas físicos o psíquicos que revelen esos actos, sin perjuicio de que además puede derivar en una imputación concursal con un delito de falsificación.²⁷⁶

7.1.3. Por su parte, el *inciso tercero del artículo 144 quater* establece que “*Sufrirá la pena prevista en el inciso 1 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*”. Equiparando la sanción a la del inciso primero ya visto, retomando la pena de *prisión de tres a diez años de prisión*, se incorpora una *omisión propia cualificada*, también por el delito de que se trata y por la calidad del sujeto que lo comete.²⁷⁷

Se reprime al “juez” que sabe de un hecho de tortura, y *no instruye sumario o no lo denuncia* al que resulta competente dentro del plazo de veinticuatro horas. Se incluyen entonces dos situaciones omisivas típicas alternativas, que involucran al magistrado que a) teniendo competencia para instruir el respectivo sumario no lo hiciera; o b) a aquel que, careciendo de tal competencia, no lo denunciare a quien sí la detente. Sintéticamente, puede decirse que la circunstancia que logra mutar el rigor de la exigencia conductual al magistrado, radica en que tenga o no aptitud competencial para investigar esos sucesos.

274. En este sentido, debemos recordar lo mencionado al evaluar la figura del 144 ter CP, en la sección “autoría y participación”; evaluándose la posibilidad de considerarlos coautores.

275. Núñez, Buompadre, Estrella / Godoy Lemos. Estos últimos sugieren gráficamente que no estaría incluido el médico con cargos de legislador, intendente, ministro, etc.

276. Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 207.

277. *Ibidem*, p. 210. Alude el autor que la entidad de la figura que comete el delito es lo que justifica el aumento punitivo en la escala del artículo.

Teniendo presente que en ambos casos se requiere un conocimiento de los hechos, encuadrables a tenor del artículo 144 tercero del Código Penal, que provenga del “*ejercicio de sus funciones*”,²⁷⁸ corresponde analizarlos.

En el *primer supuesto* (magistrado *sin* competencia *para instruir*), el mandamiento legal consiste sólo en *denunciar el hecho* dentro de las 24 hs. al que deba instruir el sumario pertinente. Es decir, al no poder iniciar la persecución del delito por carecer de facultades, se limita la pretensión legal a exigirle que lo comunique; de allí que se considera que esta figura opera cualificando el tipo penal previsto en el inciso 2º de mismo artículo.²⁷⁹

Si bien en principio la “autoridad competente” a la que alude la norma será aquella que esté habilitada para instruir el sumario respectivo,²⁸⁰ se admite también que el receptor de la denuncia sea otro funcionario que por ley esté autorizado a ello.²⁸¹

Asimismo, la norma exige que el comportamiento ordenado se cumpla en un *término legal* determinado: *veinticuatro horas*. La exigencia implica que el lapso comienza a correr desde el mismo anoticiamiento, y que la realización del mandato ordenado pero extemporáneamente resultará típico.²⁸²

Mientras que para el *segundo supuesto* (magistrado *con* competencia *para instruir*), se trata de quien posea facultades instructorias, y en donde la orden legal recae en ejercerlas efectivamente disponiendo la investigación pertinente de los sucesos de los que se entera. Es por eso

278. Con el mismo alcance mencionado en el inciso precedente.

279. Núñez realiza una división entre las figuras estipuladas en el artículo, considerando el caso del juez no competente para instruir como un agravante de la omisión de denunciar genérica (inc. 2, 144 quater), y denomina a la restante figura como “*omisión del juez de promover la persecución y represión del delito*” (*op. cit.*, p. 161). Creus las llama “*omisión de persecución calificada*” y “*omisión de denuncia calificada*” (*op. cit.*, p. 311).

280. Creus, Buompadre, Estrella-Godoy Lemos.

281. Cfr. Estrella / Godoy Lemos, Donna. Se ha mencionado que si quien recibe la denuncia es un representante del M.P.F., el hecho será típico pero no punible a tenor del *art. 34 inc. 4 del CP* (Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 312; Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 571).

282. La redacción empleada es poco clara y presta a equívocos sobre si comprende también la omisión de instrucción; debiendo estarse, considerando el interés en juego y los antecedentes parlamentarios, por una respuesta afirmativa.

que constituye un tipo especial con relación a la figura reglada en el artículo 274 del Código Penal.²⁸³

La competencia necesaria será la que corresponde a la jurisdicción criminal, la que determinarán las reglas procesales conforme a la estructura del código vigente respectivo, y ello en función de los propios términos empleados con indicación expresa al “*sumario*”. Menudo problema se genera en aquellas provincias en las cuales el código de rito acuñe un sistema acusatorio (puro o mixto), por lo que el magistrado tiene prohibido el inicio del sumario de oficio o ante la recepción de la mera denuncia, incumpliendo la pesquisa a autoridades que no son estrictamente “*jueces*”.²⁸⁴

Desde ya que no resultará suficiente la mera disposición judicial para dar trámite a la denuncia, sino que cuando la ley habla de “*instruir*” impone la necesaria ordenación de medidas de profundización *útiles y eficaces* para la averiguación de la verdad en todo cuanto esté a su alcance.²⁸⁵ Por otro lado, se presenta la discusión en cuanto a si operan las pautas internas de distribución de tareas en razón del *turno*, coincidiéndose que el juez, en principio, no quedará exento de responsabilidad, siempre que la intervención del magistrado de guardia sea lo suficientemente celera.²⁸⁶

283. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 311. El art. 274 reza: “*El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable*”.

284. En estos supuestos, siendo que los funcionarios que deben cumplir con la excitación de la jurisdicción son ajenos al espectro de sujetos activos de aplicación de la norma, se ha tildado a la figura de “*inocua*” (Creus, Carlos, *op. cit.* p. 312). Otros autores sostienen que la expresión *instruir sumario* no debe entenderse desde una interpretación gramatical, sino que será cada ley procesal provincial la que determinará su alcance y significado real; y, en aquellos casos, el mandato normativo mutará a la necesidad de poner en conocimiento los hechos de quien deba remover ese obstáculo procesal dentro de las 24 hs. para poder instruir (Estrella / Godoy Lemos, *op. cit.*, p. 138).

285. Núñez menciona que en las legislaciones en las cuales el juez no puede actuar de oficio, después de promovida la acción penal puede serle imputada la figura en caso de que no realice o demore injustificadamente las diligencias investigativas, porque “*...instruir sumario no equivale sólo a iniciarlo...*” (*op. cit.*, p. 161). Igual lectura hace Buompadre, siguiendo a Breglia Arias / Gauna, sosteniendo que de otro modo sería fácil eludir el accionar de la ley ordenando la instrucción y luego “*cajonear*” el expediente (*op. cit.*, p. 570, nota 78).

286. Dice Creus que el turno no es, en realidad, una regla de competencia sino de mero ordenamiento de materia, por lo que el juez en principio, no se relevará de

En función de lo dicho, el elenco de autores queda reducido exclusivamente al “juez”, no resultando abarcados otros funcionarios que compongan la estructura judicial, lo que se exhibe como un extremo de imperiosa atención en futuras reformas.²⁸⁷ La ausencia de precisión sobre el tópico permite coincidir en la negativa a efectuar discriminaciones en cuanto al fuero al que pertenezca (penal, civil, comercial, laboral), ni a la instancia o jurisdicción (jueces de grado, camaristas, etc.; o fuero federal, nacional, provincial); aunque sí deberá repararse en que, para la segunda hipótesis delictiva, necesariamente el autor deberá gozar de competencia para instruir el “sumario”, por lo que será un magistrado del fuero penal.

7.1.4. El último inciso del artículo 144 quater expresa 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”. Se trata de un agravante previsto para todos los supuestos del artículo 144 quater, que alude a la imposición de una pena de inhabilitación especial y perpetua, e incluye un doble objeto de prohibición: *para el desempeño en cargos públicos y para tener o portar armas de todo tipo*.

Resulta cuestionable no sólo la técnica legislativa, la que adolece de severas deficiencias, sino también el fundamento de la específica inclusión en este apartado y no en otros atinentes a figuras más graves (como ser, propio artículo que reprime la tortura). La referencia amplia a “*armas de todo tipo*”, pareciera indicar que sólo comprende las

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 artículo 274. En la misma línea, y arribando a idéntica conclusión, se ha argumentado que se trata de normas administrativas de orden público (Estrella / Godoy Lemos, p. 138; Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 571).

287. Más allá de las críticas que se alzan sobre el tema y las injusticias que en la práctica podría incurrirse, una interpretación acorde al principio de legalidad y a la prohibición de la analogía, impide considerar otros funcionarios que se desempeñan en la administración de justicia conforme el diseño procesal seguido, v. gr. representantes del Ministerio Público Fiscal. A todo evento, serán otras figuras las aplicables (v. gr. artículos 248, 249, 274, CP). Sostiene Soler que se trata de “...un olvido del legislador, quien parece haber tenido en cuenta sólo el Código de Procedimientos en materia penal para la Capital y tribunales federales...” (*op. cit.*, p. 60).

armas de fuego, pues son las únicas que pueden ser reglamentadas y que requieren autorización estatal para su utilización.²⁸⁸

Claro que resulta viable que sea acumulada al agravante previsto para el inciso 3 del artículo que se ocupa del caso especial del funcionario-médico.

7.2. Artículo 144 quinque del Código Penal: “omisiones funcionales culposas”

Es un delito apuntalado sobre la base de una estructura de *omisión imprudente*,²⁸⁹ y mediante el cual “*se buscó reprimir la conducta negligente del funcionario que está a cargo del organismo donde se impusieron a personas privadas legítima o ilegítimamente de su libertad, tormentos físicos o sufrimientos psíquicos de gravedad suficiente, y que hubiera dado lugar de modo directo a la comisión de la tortura, ‘si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiera cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios por dicho funcionario’*”.²⁹⁰

Así se asienta la atribución de responsabilidad del agente en el *indebido contralor de sus subordinados* -autores de torturas-. Según la ley, tal déficit se podrá exteriorizar: a) en su “*indebida vigilancia*”, o b) en la “*ausencia de adopción de los recaudos necesarios para evitar la tortura*”; y en función del cual debe permitir constituir la siguiente afirmación: *el hecho no se hubiese cometido de haber mediado el debido control*.

De modo tal que implica una suerte de *contribución culposa*,²⁹¹ en tanto su negligencia aportó las condiciones que posibilitaron de *manera directa* la comisión de aquel delito. En este sentido, se la ha vinculado a un perfil funcional *facilitador o permisivo* de la tortura de carácter

288. En este mismo sentido Soler, Núñez, Estrella / Godoy Lemos, Creus. Se descarta la inclusión de *armas blancas o impropias*.

289. En este mismo sentido Rafecas, Núñez, Creus y Buompadre.

290. CSJN, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del PEN” (30/12/1986, Fallos: 309:05, consid. 27).

291. No son muchos los supuestos en nuestro Derecho en los que se castiga una contribución culposa al hecho ajeno doloso. Aunque, como bien se ha señalado, “*...no se trata de participación imprudente, sino de supuestos de autoría imprudente...*” (Zaffaroni, et al, p. 794).

negligente por parte del superior,²⁹² existiendo entre el torturador y el funcionario público negligente una relación de garantía *-posición de garante-*, por cuanto resulta responsable del pertinente contralor de su obrar mientras está en funciones.²⁹³

Surge así de la simple lectura que la figura está estructurada de manera *dependiente y supeditada al tipo penal de torturas analizado en el artículo 144 tercero del digesto*, pues requiere su acaecimiento para poder ser intimada la colaboración culposa que estamos tratando. Así, es de destacar que se inicia el relato del artículo indicando “*Si se ejecutase el hecho previsto en el artículo 144 tercero*”, y se continúa con la siguiente expresión: “*si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido*”.

Tratándose de un delito *omisivo imprudente*, necesariamente se deberá determinar el nexo entre la negligencia del autor y el resultado lesivo realizado por el subordinado. Para arribar a la determinación del grado de imprudencia penalmente reprochable, y para poder concluir asertivamente sobre la *influencia directa y relevante* de la omisión culposa, se deberán evaluar armónicamente las circunstancias puntuales del caso.²⁹⁴ Es para evitar la *peligrosa amplitud autoral* que pudiere desencadenar,²⁹⁵ que deberá comprobarse una *estricta relación causal*.²⁹⁶ Esto equivale a decir que, de un análisis *ex post* de la plataforma fáctica del caso, se permita inferir que si la vigilancia del superior era la debida y los recaudos los necesarios, el delito precedente no hubiera tenido lugar.²⁹⁷

292. Núñez define a la figura “*Omisión funcional culposamente facilitadora del delito de torturas*”, mientras que Creus “*Negligencia funcional permisiva*”.

293. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 572. Estrella / Godoy Lemos la limitan a los hechos que sucedan dentro de la dependencia o la sede a su cargo, fundando la responsabilidad en la negligencia funcional de contralor de los sujetos activos respecto de los hechos que acontecen en su interior, sea que los ejecutores de la tortura sean funcionarios, subordinados o no, o particulares (*op. cit.*, p. 143).

294. Algunos autores logran ver un supuesto de responsabilidad objetiva (*versare in re ilícita*); así, Buompadre y Tozzini.

295. Cfr. Creus, Carlos, *op. cit.*, p. 313.

296. Creus explica que 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 (*op. cit.*, p. 313).

297. Para Rafecas se debe partir de las *reglas de la imputación objetiva* para reducir la atribución de responsabilidad, en tanto esa omisión del sujeto activo -en posición de

Por ello, se necesitará la comprobación judicial previa y suficiente no sólo de los tormentos, sino también de presuntos responsables.²⁹⁸ Resulta que sólo sobre estos extremos se podrá construir la imputación de este ilícito penal, en miras a sostener la vinculación directa que se reclama entre el aporte negligente reprochado y la tortura funcional ajena.

En cuanto al *ámbito espacial* en que puede tener lugar el delito, debe convenirse que el tópicico no viene limitado por la enumeración que informa el artículo en cuanto a los sitios (“repartición, establecimiento, departamento, dependencia”). Resulta vital en este sentido la expresión final “o cualquier otro organismo” como cierre de la enunciación, lo que otorga a la fórmula un carácter meramente *ejemplificativo y no taxativo*; siendo que sólo califica al sujeto activo de la figura y no opera como un elemento normativo del tipo circunstancial. En suma, este tipo penal no quedará restringido a la tortura que se cometa en esos escenarios, pues sería típica también en aquellos casos en que esta se aplique en otros edificios o en móviles, siempre que el personal subalterno se encuentre cumpliendo funciones.

Quedó claro de lo repasado que en lo que atañe al *sujeto activo* se refiere al agente superior de la estructura jerárquica interna del organismo, es decir a su *titular o jefe*. En confusa redacción expresa el artículo textualmente que se castigará al funcionario “a cargo de la repartición, establecimiento, departamento, dependencia o cualquier otro organismo”, siendo el agente *revestido formalmente* con ese cargo, con prescindencia del carácter permanente o transitorio/interino que cumpla.²⁹⁹ Aunque no resultaría correcto tener por compurgado este patrón por parte del funcionario que *de facto* tiene a su cargo la dependencia al momento de los hechos.

garante por su calidad- implica una violación al deber de cuidado, que *incrementa el riesgo para el bien jurídico*, el que se concreta con el resultado lesivo. Buompadre y Creus (al igual que el fallo que citamos de la CSJN (309:05)), expresan que la omisión culpable que se requiere sólo será la que de *manera directa* diere lugar a que el delito se cometa.

298. Destaca Rafecas sobre el punto que difícilmente pueda haber la imputación sin una sentencia condenatoria donde se verifique el acto material del delito, sus autores, y las circunstancias temporales (*op. cit.*, p. 215).

299. En el mismo sentido Rafecas, Daniel E., *op. cit.*, p. 212; Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 572.

No existen dudas tampoco en cuanto que se carece de un propósito intencional contributivo al ilícito tortuoso de parte del sujeto activo, pues de lo contrario podrá confirmarse alguna hipótesis participativa o de autoría que comprenda las figuras que han sido tratadas en lo anterior. Igualmente, no se admite ningún grado de *participación criminal* en razón del arquetipo de culpabilidad que destaca esta clase de delito culposo.

JURISPRUDENCIA

Apremios Ilegales.

Contienda entre Juzgado Correccional y Juzgado de Instrucción. Apremios ilegales/resistencia a la autoridad. Investigación que amerita la unificación de la investigación. Imputaciones recíprocas referidas al mismo objeto procesal. Posibilidad de adopción de medidas contrapuestas. Justicia de Instrucción.

Fallo: (...) Convoca la atención del Tribunal la contienda de competencia suscitada entre el Juzgado Nacional en lo Correccional N° (...) y el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° (...).

Luego de que el señor juez correccional dispuso el auto de falta de mérito para procesar o sobreseer a (...) en orden al delito previsto en el artículo 239 del código de fondo, se declaró incompetente y remitió las actuaciones a la Justicia de Instrucción, con el objeto de que se investigue la presunta comisión de los delitos de apremios ilegales y resistencia a la autoridad ya que, según entendió, el imputado brindó en su descargo una versión contrapuesta a la que se extrae de las declaraciones de los preventores; por lo que el episodio debe ser examinado como un acontecimiento único con imputaciones recíprocas, y el desmembramiento de los legajos podría generar resoluciones contradictorias si es que no se investigan ambos sucesos ante un único tribunal.

Por su parte, el señor juez de instrucción rechazó la competencia atribuida y sostuvo que se exhibía prematura, ya que debió profundizarse la investigación para comprobar la veracidad del relato ofrecido por el imputado.

Al respecto, y si bien el artículo 67 del Reglamento para la Jurisdicción en lo Criminal y Correccional prevé que la denuncia de apremios ilegales “vinculada a un proceso” debe ser sorteada para que se determine el juzgado “al que le corresponderá intervenir”, en el particular caso del sub examen, de conformidad con lo manifestado por el señor Fiscal General (...) y el señor juez correccional (...), se coincide con el temperamento que postula la unificación de la investigación, por cuanto se advierte que las reglas de economía procesal que informan el criterio

de separación de la investigación de los apremios ilegales y la distribución de denuncias, debe ceder cuando -como ocurre aquí- las imputaciones recíprocas se refieren al mismo objeto procesal, siempre que podría llegar a producirse la adopción de soluciones contradictorias (1).

Por lo demás, la concentración habrá de tener lugar ante el juez de instrucción, puesto que la norma del artículo 36 del Código Procesal Penal impide la tramitación en sede correccional de la investigación del delito más grave.

En consecuencia, esta Sala del Tribunal RESUELVE: DECLARAR que en las presentes actuaciones deberá continuar interviniendo el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala VII, Scotto, Divito, Cicciaro. (Sec.: Franco). c. 65.923/13, MEZA, Sebastián Guillermo. Rta.: 13/06/2014.

Se citó: (1) C. N. Crim. y Correc., Sala VII, c. 10.773/13, “Oliva, Víctor Hugo”, rta: 10/05/2013.

Competencia. Maltratos dispensados a un detenido por parte de un agente del Servicio Penitenciario Federal. Agente que no cumple una función específicamente federal. Competencia de instrucción.

Fallo: (...) Las presentes actuaciones deben continuar tramitando ante la justicia local, ya que el hecho sub examine, consistente en los presuntos maltratos dispensados a un detenido, conducta atribuida a agentes del Servicio Penitenciario Federal, no excita la competencia de la justicia de excepción (in re causa n° 13.653/13 “Servicio Penitenciario Federal s/Competencia”, rta. el 14/8/2013).

Al respecto, ha interpretado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que *“el carácter excepcional y estricto que debe reconocerse a la justicia federal exige que, en el radio de la Ciudad de Buenos Aires, el funcionario autor o víctima de un delito cumpla funciones específicamente federales... Los agentes del Servicio Penitenciario Federal que se desempeñan en establecimientos ubicados en la Capital Federal, donde se alojan detenidos a disposición de magistrados federales, no cumplen, por ello, funciones específicamente federales”* (Competencia N° 685. XXII “Moreno Kierman, s/ denuncia apremios ilegales”, rta. 19/10/1989).

En esta inteligencia, debe continuar interviniendo en estos actuados el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° (...), lo que ASÍ SE RESUELVE. (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala IV, González Palazzo, González. (Sec.: Barros). c. 19019/14, COMPLEJO PENITENCIARIO FEDERAL DE LA CABA s/competencia. Rta.: 14/07/2014.

Querellante. Rechazo de legitimación activa. Padre de la víctima fallecida. Delito investigado: apremios ilegales (artículo 144, inciso 2° del CP). Progenitor: persona indirectamente ofendida. Revocación. Procedencia. Legitimación.

Fallo: (...) pretense querellante (...), con el patrocinio letrado de (...) contra el auto que obra a fs. (...), a través del cual no se hizo lugar a su solicitud de constituirse en parte querellante, en representación de los intereses de su hijo, quien en vida fuera (...).

De la legitimación activa del pretense querellante en el proceso: Sentado ello, y luego del examen de las constancias colectadas en el legajo, entiende el Tribunal que los argumentos brindados en la audiencia por la Dra. (...) merecen ser atendidos, razón por la cual habrá de revocarse la decisión en crisis, debiendo admitirse la intervención del denunciante (...), como parte querellante en el proceso.

Ello así, pues aun cuando la posible subsunción típica escogida por el juez a quo ubique a la conducta denunciada por (...) en un delito contra la Administración Pública (apremios ilegales, previsto y reprimido por el art. 144 bis, inc. 2° del CP), pues ello obedeció al incipiente estado de la investigación, lo cierto es que si el hecho le provoca o puede provocarle un perjuicio directo y concreto al denunciante -tal como ocurre en este caso, al haberse producido la muerte de su hijo (...) en circunstancias que restan ser esclarecidas-, no corresponde negarle la legitimación activa para actuar en el proceso, independientemente de que con el devenir de la pesquisa el suceso por él denunciado pueda subsumirse en otro tipo penal, (...).

En este sentido, contrariamente al criterio expuesto por el magistrado instructor al resolver, en casos como el presente, debe tenerse en cuenta la existencia de la protección subsidiaria de otros bienes jurídicos igualmente afectados por delitos contra la Administración Pública (...).

El término particular ofendido no puede verse limitado al portador del bien jurídico transgredido sino que corresponde extenderlo, pues *“es posible y viable que un particular pueda querellarse de, por ejemplo, un delito contra la Administración Pública pese a que la ley protege directamente un bien del que él no es titular; y ello es así porque indirectamente, subsidiariamente o conjuntamente, también protege un bien particular que la conducta del agente ha lesionado o puesto en peligro. En tales circunstancias es correcto considerarlo “particular damnificado” (...). (...) este asunto es de aplicación el criterio antes expuesto.*

Conforme surge del dictamen fiscal obrante fs. 196/197 vta., resulta objeto de investigación en esta causa: *“(...) el hecho acaecido el día (...). De este modo, en el estado actual de la investigación y conforme describiera el hecho el acusador público, es dable afirmar, que el progenitor del extinto (...), resulta particularmente ofendido en los términos del artículo 82, párrafos primero y tercero, del CPPN de la hipótesis delictiva que ha sido planteada por la fiscalía y que se investiga en autos, sin perjuicio de señalar que en audiencia la Dra. (...) indicó que no podía descartarse que el hecho denunciado halle adecuación típica, en principio, en el delito de homicidio simple (art. 79 del CP).*

Por lo expuesto, entendemos que vedar a (...) la posibilidad de ser tenido como parte querellante en representación de su hijo, importaría una negación del derecho de acceder a la justicia, y al derecho a ser oído, tal como lo sostuvo acertadamente en la audiencia la abogada (...). Pues el acceso a la protección jurisdiccional se constituye como un derecho reconocido por instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (...).

Por todo ello, consideramos que el auto recurrido debe ser revocado, legitimándose a (...). Por ello, el Tribunal RESUELVE: I- ACUMULAR los testimonios a estos autos principales modificándose la foliatura a fin de que sea correlativa. II- REVOCAR el auto de fs. 182, párrafo primero, en cuanto ha sido materia de recurso, y tener por parte querellante a (...), en representación de los intereses de su hijo (...), con el patrocinio letrado de la Dra. (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala I, Bunge Campos, Pociello Argerich. (Sec.: Biuso). c. 40703/13, N.N. (dam. V. M. F.). Rta.: 23/12/2013.

Vejaciones. Falta de mérito. Funcionarios a cargo de la custodia de menores internados en un instituto que propinaron golpes a varios internos. Elementos de prueba suficientes para agravar la situación procesal. Conducta que tuvo como propósito mortificar o humillar a las víctimas. Menoscabo físico y psíquico. Menor internado: equiparación a “preso”. Procesamiento por vejaciones (artículo 144 bis, inciso 3° del CP)

Fallo: (...) Convoca la atención de la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal contra el auto de fs. (...) en cuanto decretó la falta de mérito de (...) y (...) en orden al hecho por el que fueran indagados.

(...) Y CONSIDERANDO:

Los convincentes argumentos desarrollados por el impugnante, aunados al actual espectro probatorio, conducen a la revocación del auto en crisis y habilitan ya al dictado del auto de mérito previsto en el artículo 306 del código adjetivo, independientemente de las medidas complementarias y ampliatorias que pueda estimar conducentes el juez de grado, conforme lo ha consignado en la valoración que efectuara.

En efecto, las testigos M. F. (fs...), G. K. (fs....) y A. M. G. (fs....) fueron contestes en lo esencial al referir que los imputados, integrantes del “*Cuerpo Especial de Seguridad y Vigilancia*” del “(...)”, intervinieron para hacer cesar la pelea que se había suscitado entre los menores (...) y (...), allí alojados, ejerciendo sobre ellos una violencia innecesaria con el objeto de separarlos, al propinarles diversos golpes y patadas, aun cuando la reyerta se encontraba neutralizada y aquellos ya habían recobrado la calma.

Así, la primera dijo haber visto al imputado (...) empujando y golpeando al internado (...) mediante golpe con “*mano abierta en la parte trasera de su cabeza*”, mas no pudo a la vez reparar en el desempeño del coencausado (...), ya que ambos empleados iban en sentido opuesto con los reducidos.

Por su parte, la trabajadora social K. manifestó haber observado a (...) tomar al recluso de reciente mención “...*levantándolo del suelo*” para luego colocarlo contra una pared y asestarle “...*varias trompadas en el rostro y en el torso*”. También se refirió al guardia (...), en cuanto “...*arremetió a patadas contra (...) mientras este estaba aún en el suelo... en posición*

fetal”, para luego ser conducidos por separado presuntamente al sector de enfermería, aunque esto no pudo afirmarlo con precisión.

Por último, la operadora socio educativa del instituto, A. G., coincide parcialmente con su compañera K. en lo que atañe al desempeño del sindicado (...), ya que pudo apreciar que tomaba al interno (...) con fuerza para colocarlo contra una pared cercana, mas no logró captar si llegó a golpearlo en dicho lugar o sólo se limitó a sujetarlo con rudeza; en cambio, no hesita en endilgarle al referido celador la posterior autoría de un puñetazo en la parte superior de la espalda del sujetado cuando lo transportaba, momentos después, hacia un pasillo que conduce a la enfermería y otras dependencias del instituto.

Le atribuye asimismo a (...) haberse hecho cargo del joven (...), al cual condujo arrastrándolo de sus brazos hacia el mismo sector antes descripto.

Estas formales declaraciones deben ser conjugadas con las actas internas obrantes a fs. (...), en tanto, si bien consisten en versiones más lacónicas que las prestadas en sede judicial, permitieron reconstruir el suceso, junto con el informe elaborado por la directora J. G. C. dando inicio a estas actuaciones y luego ampliado a fs. (...), para conducir la investigación a la etapa en que ahora se encuentra.

Convocados los dos empleados de seguridad a quienes se dirige la imputación para prestar declaración indagatoria, comparecieron a dichos efectos a fs. (...), optando por negarse a declarar para luego presentar, un día después, sendos descargos por escrito con el patrocinio de la defensa oficial, los que se encuentran glosados a fs. (...).

Ambos aluden por igual a la situación conflictiva que mantienen con el equipo interdisciplinario civil que actúa en el instituto donde ocurrieran los sucesos, integrado por las deponentes que los involucraran en el suceso, alegando que posee una visión disímil sobre el dificultoso manejo de los menores que allí se alojan.

Dicen que las profesionales no guardan una buena relación con los guardias, desde que su concepto radica fundamentalmente en la resocialización de los internos y difiere de la realidad diaria que sólo conocen a fondo quienes deben lidiar, como ellos, para mantener la seguridad en el contexto de una población conflictiva y que estas medidas son objeto de discusión y resistencia por parte de las especialistas del equipo, el que *“nunca nos quiso en el instituto, y si no lograban ponerse de acuerdo con nosotros, nos hacían la vida imposible, inclusive ignorando*

nuestras recomendaciones de seguridad”... “no nos querían más en el instituto, y por esa razón ahora vienen a hablar mal de nosotros”.

Por igual, niegan haber ejercido violencia excesiva sobre los niños, ni haberles propinado los golpes u otros maltratos, estimando que las declarantes no se han pronunciado con veracidad por los motivos aducidos.

Que para ellos no resulta sencillo conjurar las frecuentes disputas que se producen entre los jóvenes y dicen tener conciencia de que están *“tratando con chicos, con lo cual, pase lo que pase nunca podemos excedernos con la fuerza que aplicamos. Simplemente tratamos de interceder entre ellos pero de ninguna manera estamos autorizados a aplicar fuerza física ni estaría[n] dispuesto[s] a realizarla”.*

Ante esta contraposición de versiones, deben priorizarse las de las testigos de cargo, dado que nada hace suponer que hayan sido mendaces por motivos de animadversión u odio, al punto de confabularse para señalar, bajo juramento, a los dos encausados y así someterlos a las consecuencias de una causa penal.

Es de advertir que sus dichos difieren en algunos detalles, lo que implica que cada una de ellas volcó en su respectivo testimonio cuanto pudo apreciar objetivamente por medio de sus sentidos, dentro de un inesperado y violento episodio originado a raíz de la dura trifulca protagonizada por quienes resultaron ser víctimas de las posteriores agresiones para impedir su continuidad.

Por otra parte, las lesiones verificadas por la médica del establecimiento a fs. (...) en el cuerpo de ambos damnificados, si bien pueden responder a un resultado promiscuo a causa de la gresca que ambos protagonizaran o bien a los excesos ejercidos por los guardias sobre ellos, deben tomarse como indicadores de un escenario violento que, como mínimo, promoviera la reacción hostil e ilegítima de quienes tenían a cargo su custodia.

Cabe sumar a lo dicho el contenido del acta de fs. (...), donde el menor (...) expresó que le habían propinado golpes en la cabeza e individualizó como su causante al imputado (...).

Ahora bien, se ha caratulado desde su inicio a este expediente bajo la imputación de *“apremios ilegales a detenidos”*, y además intimado a los dos prevenidos al deponer a fs. (...), respectivamente, *“el haberles imputado... apremios ilegales a los detenidos (...) -de 17 años de edad... (...) -de 16 años de edad...”*, pero en tal sentido, vamos a diferir con la calificación

seleccionada de antemano, aun cuando la figura típica que prevé los malos tratos ejercidos sobre una persona privada de su libertad brinda tres opciones alternativas para una idéntica punición, conforme la finalidad que persiga el sujeto activo.

De todos modos, nos inclinamos por encuadrar la conducta asumida por los encausados como constitutiva del delito de vejaciones, pues estas consisten en *“todo trato humillante que mortifica moralmente a la persona, atacando su sentimiento de dignidad o respeto que merece como tal y con el que espera ser tratada”* (1), pues aunque pesa más aquí el menoscabo psíquico que el físico, ellas pueden estar integradas por actos materiales (2) y ser tanto físicas como morales, tal como ha ocurrido en el caso bajo análisis, donde se han conjugado estas dos opciones.

Al respecto, prestigiosa doctrina ha definido que *“el vejamen puede ser físico y es un fin en sí mismo, encaminado a producir la humillación o denigración de la víctima; el acto vejatorio se endereza a mortificar moralmente a quien lo sufre e importa un menoscabo a la dignidad de la persona contra la cual se dirige, sin que resulte relevante el móvil que lo haya guiado”* (3).

Por ende, quedan en claro las acciones emprendidas por los imputados, ambos funcionarios públicos y como tal sujetos activos especiales que tenían a su cargo la guarda o custodia de las personas que se encuentran presas legalmente, pues apelaron a las vías de hecho con el sólo propósito de mortificar o humillar a las víctimas o bien motivados por una represalia, desde que aquellas ya habían sido reducidas luego del incidente y no ofrecían resistencia alguna.

En tal sentido hemos dicho, con integración diversa, que la situación de un menor internado en un instituto es equiparable a la de *“preso”* mencionada en el artículo 144 bis, inciso 3º, del Código Penal. Por lo tanto, si se investigan los golpes que son propinados a quienes se encuentran en dicha condición por parte de los celadores del internado, la calificación de vejación resulta adecuada (4).

También se ha dicho que *“...al tratarse el sujeto pasivo de un menor de edad, la conducta imputada adquiriría otra dimensión, ya que la aplicación de tales vejámenes operaba en un sentido distinto cuando a quien iban dirigidos presentaba una menor capacidad madurativa”* (5) y asimismo, aunque en este caso referido a las severidades ilegales, que *“Un cachetazo excede, sin duda, la facultad disciplinaria del celador...”* (6).

Como corolario, es propicio invocar, a mayor abundamiento, a las previsiones específicas de los tratados internacionales incorporados a nuestra carta fundamental en un pie de igualdad, tales como las que estipula el artículo 37, incisos a) y c) de la “*Convención sobre los Derechos del Niño*”, como principio rector del trato de personas que no han alcanzado la mayoría de edad, cuando deben ser sometidas legalmente a detención o encarcelamiento, pues la aplicación de severidades, vejámenes o apremios ilegales opera contrariando groseramente la norma.

En síntesis, convergemos en que las características de este proceso ameritan su avance a la siguiente etapa procesal donde, dadas las características del juicio contradictorio a las que deben añadirse la inmediatez y las ventajas de la oralidad, las partes en conflicto podrán debatir y valorar con mayor amplitud los hechos y las pruebas, lo cual impone dictar ahora una decisión de carácter provisorio, como lo es la prevista en el artículo 306 de la ley ritual.

(...) Por todo lo expuesto, el Tribunal RESUELVE: I. REVOCAR el auto de fs. (...) y decretar el procesamiento de (...) y (...), de las demás condiciones personales obrantes en autos por considerarlos, prima facie, coautores del delito de vejaciones, previsto y reprimido en el artículo 144 bis, inciso 3, del Código Penal (artículo 306, C.P.P.N.). II. ENCOMENDAR al señor juez de grado el dictado de las medidas cautelares que resulten pertinentes. (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala IV, González Palazzo, González, Seijas. (Sec.: Bloj). c. 58960/13, L., P. y otro s/apremios ilegales. Rta.: 05/06/2014.

Se citó: (1) S C M., Circ. 1ª, Sala II, 1/12/93, “Fiscal c. P., D. E. s/vejaciones, etc.”, citada en Baigún / Zaffaroni, “Código Penal y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, p. 406; en igual sentido, C.F.C.P., Sala II, C. N° 15.264, “D.”, rta. el 20/2/2014; (2) conf. D. S. P. N. op. citada anteriormente, p. 367; (3) D’Alessio, Andrés José / Divito, Mauro A., “Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado”, 2ª ed., tomo II, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 428, comentario al artículo 144 bis; (4) mutatis mutandis, C. N° 25.550, “F., R. A. y otro s/vejación o apremios ilegales”, rta. el 23/03/2005; (5) C.F.C.P., Sala II, c. N° 15.264, “D.”, de cita anterior y (6) C. 34.000 5, “B., A.J. s/severidades ileg.”, C.N.C.C., Sala V, rta. el 17/12/1996.

CAPÍTULO 26
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE TRABAJO
Y ASOCIACIÓN

ARTÍCULOS 158-159 DEL CÓDIGO PENAL

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE TRABAJO Y ASOCIACIÓN

Por María Ángeles Ramos* y Javier Augusto De Luca **

1. ANTECEDENTES

La redacción actual de delito del artículo 158 del Código Penal (CP) tiene como antecedentes los proyectos de 1891 y 1906, las Leyes N° 2873, 4189 y 7029, y el artículo 186 del CP italiano de 1889.

El Código Penal de 1886 no tenía un título sobre los delitos contra la libertad de trabajo y asociación. Fue recién con el Proyecto de 1891 que en el artículo 187 se castigaba con prisión de seis meses a dos años al que obligare a un obrero, con violencias o amenazas, a tomar parte en una huelga. Tenía inspiración en la legislación italiana que ya lo había previsto como una forma específica de afectación a la libertad.

Por otra parte, en la exposición de motivos se fundamentó la autonomía de esta figura frente a las previstas para los delitos contra la libertad individual en el concepto de que, así como la libertad del trabajo estaba especialmente garantizada por la Constitución Nacional, resultaba apropiado considerar la violación a esta garantía como un delito distinto a los demás.

El Proyecto de 1906 redactó tres artículos por los que se diferenciaban las conductas de: 1) quienes ejercieren violencias o amenazas sobre otro para compelerlo a tomar parte en una huelga; 2) quienes impidieran el ejercicio de la industria o el comercio; y 3) quienes por

* Abogada, UMSA. Especialista en Derecho Penal UB. Fiscal Federal y docente de la UBA.

** Abogado. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (1984). Doctor de la Universidad de Buenos Aires, área Derecho Penal (2005). En la actualidad es Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal, titular de la Fiscalía N° 4, cargo que asumió el 15 de septiembre de 2011. Desde el año 2010 se desempeña como Profesor Regular Asociado de la Facultad de Derecho, UBA (por concurso llevado a cabo en 2008).

maquinaciones fraudulentas, sospechosas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal tratarse, con un fin interesado, de desviar la clientela de un establecimiento comercial o industrial.

En ese orden se redactaron el artículo 165 con prisión de seis meses a dos años; el 166 con prisión de un mes a un año; y el 167 que penaba la conducta con multa de dos mil a diez mil pesos.

Surge de la exposición de motivos de aquella reforma que “En el capítulo cuarto del título de que nos ocupamos hemos previsto dos delitos que no existen en el código actual, y cuya creación era necesaria para garantizar la libertad de trabajo e industria. Esos delitos consisten: el primero en emplear violencias o amenazas contra otro para restringir o impedir el ejercicio de su industria o comercio, y el segundo en valerse de maquinaciones fraudulentas, sospechosas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, para desviar con un fin interesado la clientela de un establecimiento comercial o industrial”.

Regía también la Ley N° 7029 de seguridad social -de 1910-, que contenía algunas disposiciones relativas a la materia dirigidas a reprimir determinados movimientos obreros, y constituía una verdadera ley de clase.¹ Como ejemplo, podemos citar: la prohibición de cualquier asociación o reunión de personas que tuviera por objeto la propaganda de las doctrinas anarquistas, o la preparación e instigación a cometer hechos reprimidos por las leyes de la Nación y la utilización de emblemas, estandartes o banderas conocidas como características de una asociación prohibida, ya sea que se tratase de una reunión pública en un local cerrado o al aire libre. A partir de estas conductas, el Estado estaba habilitado a disolver la formación de esos grupos o impedir su reunión. Esta atribución otorgada a la autoridad pública tenía fundamento en el objeto de la prohibición pero, también, en la obligación de solicitar previamente autorización a la autoridad local por parte de las sociedades, asociaciones o personas que quisieran celebrar una reunión pública. Si existía el permiso pero la autoridad determinaba que la reunión constituía el objeto prohibido por la ley, estaba legitimada para ordenar la disolución del encuentro.

El Proyecto de 1917 actualizó los contenidos de esta materia que tuvo en cuenta las diferentes formas de relación entre obreros y patrones.

1. Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª edición actualizada por Guillermo Ledesma, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, T. V, p. 422.

Por ejemplo, se encontraba prevista como forma típica la conducta de los patrones que ejercieran coacción sobre sus obreros o empleados, para que abandonasen la sociedad gremial a la cual pertenecían voluntariamente o para que ingresaran a otra; y también sobre sus propios colegas de industria o comercio para que secunden el cierre o lock-out decretado con propósitos de resistencia.

Hasta aquí hemos enunciado todos los elementos que influyeron en el Código Penal de 1921.

Estas bases sirvieron para elaborar un precepto que tuviera en cuenta la protección de la libertad individual que abarcara la protección de la libertad de trabajo y asociación de los obreros contra los patrones o empresarios pero, también, la de estos mismos entre sí o entre patrones o empresarios entre sí.

Hasta el Código de 1921 se castigaba al obrero que pretendía imponer una huelga; con la reforma, se pasaron a reprimir las dos formas de violencia posible: la del empleado y la del empleador. En todos los casos debía determinarse una forma violenta o coactiva, según se trate. Se destacó que en lo que se refiere al delito de propaganda desleal y maquinaciones fraudulentas, debía estar presente el elemento del “provecho” para el autor, por ser este el que da el carácter al delito.

Sin embargo, la Ley de facto N° 17567 (1968) derogó el artículo 158 por considerar -según la Exposición de motivos- que la inclusión de los delitos de amenazas y coacciones (artículo 149 bis) tornaba innecesario establecer otros sobre libertad de reunión, trabajo y asociación.² Este artículo recobró vigencia por la Ley N° 20509, y fue mantenido por la Ley de facto N° 21338.

Por otro lado, el artículo 159 mantuvo su redacción original, variando únicamente la penalidad prevista, que pasó de ser multa a pena de prisión de un mes a un año. El Proyecto de 1906 llamaba a este delito propaganda desleal; caracterizó la acción con el requisito de que el autor obrare “con un fin interesado”. Sin embargo, esa frase fue sustituida en el Proyecto de 1917 por la frase “en provecho propio”, que permitió circunscribir el aspecto subjetivo a un acto de carácter lucrativo.

2. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, actualizado por Manuel A. Bayala Basombrio, 4ª edición, 10ª reimpresión, Buenos Aires, TEA, 1992, T. IV, p. 163.

2. COMPULSIÓN A HUELGA O BOICOT Y LOCK-OUT

Artículo 158: “Será reprimido con prisión de un mes a un año, el obrero que ejerciere violencia sobre otro para compelerlo a tomar parte en una huelga o boicot. La misma pena sufrirá el 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 y abandonar o ingresar a una sociedad obrera o patronal determinada”.

2.1. Bien jurídico

Como puede verse de la ubicación del delito en el Libro II, Título V, se deduce que el bien jurídico es la libertad. Sin embargo, como sabemos, la libertad es un término que importa muchos aspectos y, con ello, una gran cantidad de posibles ofensas y, además, como atributo de la personalidad, puede verse menoscabada de diferentes maneras.

Vemos que la Constitución Argentina, ya en el Preámbulo contiene, entre las declaraciones y propósitos, el de asegurar los beneficios de la libertad. En este sentido, la redacción del artículo 158 del Código Penal tuvo en cuenta un aspecto esencial que permite identificar con precisión esta forma específica de lesión a la libertad; esta es, como derecho laboral o como libertad de actuar frente a un derecho de esta clase.

Los artículos 14 y 14 bis de la Constitución Nacional reconocen a todos los habitantes de esta Nación el derecho de trabajar y ejercer toda industria lícita y, también, el de asociarse con fines útiles. Además, este derecho está reconocido por diversos Pactos Internacionales³ que componen el bloque de constitucionalidad del artículo 75, inciso 22. Este es, sin dudas, el valor que ha tenido en cuenta el legislador para justificar dictar una disposición que castigue aquellas conductas que atenten contra este derecho, pero no todos los atentados que puedan cometerse contra este derecho sino únicamente aquellos que ofendan la libertad de trabajar o asociarse de obreros y patronos en sus ocupaciones específicas.⁴

3. El artículo 23 de la CADH; los artículos 6 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el artículo 22, inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

4. Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1967, p. 139.

Carrara llamaba a este delito coalición o huelga industrial,⁵ que podía adquirir dos modalidades: por un lado aquella orientada a afectar la libertad de un número indeterminado de personas y, por el otro, aquellas acciones que ocasionen un obstáculo a la libertad de un individuo determinado para ejercer su derecho al trabajo. Consideraba que el primer caso es un supuesto de afectación a la tranquilidad pública que no ha sido tratado por el legislador y que ocurriría cuando las personas que trabajan en la industria, la fabricación o el comercio, se ponen de acuerdo para hacerlos cesar, con miras a obtener una ganancia mayor de la acostumbrada. Carrara argumentaba que en estos casos la acción que deriva en la afectación a un número indeterminado de personas es una condición accidental y no esencial. De esta manera, explicaba la razón por la cual el legislador no la había incluido dentro de los delitos contra la tranquilidad pública.⁶ Por otro lado, quedan aquellas acciones dirigidas a ofender un aspecto de la libertad de un individuo determinado, el derecho a trabajar del que dispone toda persona en cuanto *“... es libre de disponer, tanto de sus brazos y de su inteligencia, como de sus mercancías y de sus bienes, y sería una tiranía evidente, alejada por completo de los sacros principios de la libertad del comercio y de la civilización moderna, una ley que (no limitándose a simples medidas de policía o a providencias de política económica) osara blandir la espada de la justicia penal contra un obrero o un jefe de talleres, porque al primero le parece que no le trae cuenta trabajar por escaso salario, o porque el segundo dice que no le conviene tener en el trabajo gentes que con sus salarios absorben todas las ganancias”*.⁷

2.2. Tipicidad

El tipo penal vigente en el artículo 158 del Código Penal tiene dos clases de acciones típicas: aquellas que atentan contra la libertad de trabajo, y aquellas que lo hacen contra la libertad de asociación.

La acción penal es de naturaleza pública (artículos 71, 72 y 73 del Código Penal).

Del tipo penal se desprenden las siguientes conductas punibles:

5. Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal, Parte Especial*, segunda reimpresión de la cuarta edición, Bogotá - Colombia, Temis SA, 2000, volumen II, T. 4, p. 403.

6. *Ibidem*, p. 403.

7. *Ibidem*, p. 405.

2.2.1. Ejercer violencia sobre otro para compelerlo a tomar parte en una huelga o boicot

2.2.1.1. TIPO OBJETIVO

ACCIÓN

Tradicionalmente, la doctrina sostiene que el delito requiere que el autor emplee fuerza física sobre la víctima o compulsión física.⁸ Esa limitación puede ser discutible a la luz de lo que se sostiene sobre otros delitos que tienen una redacción similar, donde los autores admiten que también comprenden la violencia moral, psíquica, o vis compulsiva. En cualquier caso, aun a la posición restringida, deberá admitir que si por intimidación o coacción se obliga a otro a hacer o no hacer algo contra su voluntad, habrá un concurso con el delito de coacción.

La violencia puede ser mínima, pero siempre capaz de producir el efecto buscado con la acción, porque la violencia debe ejercerse para obligar al obrero que no quiera hacerlo, a participar en una huelga o boicot. Con lo cual, la violencia posterior a la huelga resulta atípica.

Lo que se castiga no es la huelga o boicot, sino la compulsión violenta a tomar parte. Como explica Donna, "...la doctrina se ha encargado de aclarar, repetidamente, que no se pena, en modo alguno la huelga o el boicot, sino el ejercicio arbitrario de los procedimientos indicados, a través del compelmiento violento sobre otras personas para que tomen parte en la huelga o boicot".⁹

La violencia física exigida no restringe las lesiones, sino que este delito puede consistir en una breve privación de la libertad,¹⁰ quemaduras con fuego o ácido,¹¹ el uso de narcóticos,¹² etcétera.

Se sostiene que no contempla la ruptura de objetos, pero, nuevamente, aparece el asunto de la intimidación mediante esos daños a las cosas muebles, de relevancia para operar sobre la voluntad del sujeto pasivo.

8. Molinario, Alfredo, *Los Delitos*, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Buenos Aires, TEA, 1996, T. II, p. 156. En el mismo sentido Núñez, Ricardo, *op. cit.*, p. 140.

9. Donna, Edgardo A., *Derecho Penal, Parte Especial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, T. II-A, p. 387.

10. Molinario, Alfredo, *op. cit.*, p. 157.

11. Núñez, Ricardo C., *op. cit.*, p. 143.

12. Artículo 78 del Código Penal: "Queda comprendido en el concepto de 'violencia', el uso de medios hipnóticos y narcóticos."

Recuérdese que la mayoría de la doctrina sostiene que no queda comprendida la violencia moral, las amenazas e insultos.¹³

2.2.1.2. SUJETOS

Sujeto activo y pasivo de este delito es un obrero que, para un sector de la doctrina, debe ser entendido en un sentido limitado, como quien desempeña un trabajo manual con independencia de la modalidad o rango remunerativo. De esta manera, para esta posición, quedan de lado aquellos prestadores de un servicio laboral como maestros, jueces, empleados, médicos, etcétera, porque no realizan trabajos manuales. En estos casos, la conducta sería atípica de la figura del artículo 158, aunque podría tratarse de otro delito.

Con relación a esta última posibilidad, Fontán Balestra considera que se trataría de un supuesto de vacío legal, porque “...el tercero no obrero que adecue su conducta a la descripción de la figura que examinamos no será punible ni en virtud de ella, por faltarle la calidad especial de obrero, ni de la disposición del segundo párrafo del artículo 149 bis como coacción. Esto, a raíz de que el artículo 158 es específico respecto al artículo 149 bis y, por lo tanto, lo desplaza... Lo dicho, de lege lata, porque de lege ferenda debió derogarse el artículo 158 como lo hizo la Ley N° 17567 al establecer las amenazas y coacciones genéricas. Con la ley vigente se atenúan graves coacciones y se dejan impunes en estos casos las que no provienen de sujetos especiales”.

Para Soler, hay que concebir el delito con criterios ontológicos. Así, desaparecen las limitaciones de interpretación. En este caso, la palabra “otro” que surge del tipo penal, debe ser entendida en un sentido corriente y genérico, es decir, no referido a “otro obrero” sino, simplemente, a otra persona.

Núñez, por su parte, critica la limitación del círculo de autores elegida por el legislador porque la considera “...científicamente incorrecta mirando el delito como atentado a la libertad de trabajar, porque la calidad de la persona del autor resulta indiferente a su respecto”.¹⁴ Pese a ello, considera que a la hora de interpretar el tipo, debe serlo a partir de un criterio restrictivo tanto respecto del sujeto pasivo como del autor.

13. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 159.

14. Núñez, Ricardo C., *op. cit.*, p. 143.

Estamos ante una observación lógica desde un punto de vista dogmático, porque parte de un criterio limitado que obliga a sostener supuestos de atipicidad. Sin embargo, a nuestro modo de ver, a poco que se vuelvan a repasar los antecedentes de los que se valió el legislador para redactar el tipo penal, advertiremos que en realidad el castigo apunta a los abusos derivados de conflictos gremiales que tienen por protagonistas únicamente a quienes forman parte de la actividad. Por ende, entendemos que la descripción de los sujetos es clara en cuanto a que la ley no exige que se trate sólo de un obrero “manual”. En rigor de verdad, el término obedece a la posición que ocupan frente a la relación laboral. Quedan incluidos profesionales en relación de dependencia (médicos, abogados, periodistas, parteras, ingenieros, maestros, etcétera), y también los empleados jerarquizados de cualquier empresa o entidad.

Por lo tanto, nos parece adecuado interpretar el tipo penal de manera limitada pero no literal.

Es decir, corresponde circunscribir la acción típica dejando de lado el resto de los supuestos de autor no calificado como un supuesto de atipicidad respecto del artículo 158. De esta manera, si uno de los sujetos no reúne la calidad exigida por la ley, no corresponderá la aplicación de este tipo penal y habrá que analizar la acción y el resultado desde el punto de vista de una coacción y lesiones, debido a que la acción de “ejercer violencia” para obligar a otro no está comprendida como elemento del tipo de la coacción y, por ello, habría que analizar ambos tipos penales bajo las reglas del concurso, o incluso, desde el punto de vista de una contravención, como podría ser un supuesto de hostigamiento o acoso.

Debemos decir también que los sujetos colectivos, como asociaciones, sindicatos o cámaras laborales, no pueden ser sujetos activos o pasivos por más que posean personería jurídica, sino tan sólo sus miembros y colaboradores. A nuestro modo de ver, las personas jurídicas no pueden cometer delitos. Nuestro sistema penal¹⁵ tiene por fundamento la conducta humana en la medida en que ofenda bienes jurídicos de terceros; y castiga la conducta de quienes obren de forma típica, antijurídica y cul-

15. Artículos 18, 19, 75, inciso 22, de la Constitución Nacional; artículos 11, 2° párrafo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

pable. Las personas jurídicas carecen de la capacidad de imputabilidad y culpabilidad de la que sí es poseedor el ser humano racional.¹⁶

2.2.1.3. ELEMENTOS NORMATIVOS

Como elemento normativo está el término huelga o boicot, elemento particular del tipo que requiere de una valoración jurídica o ética.¹⁷

Se entiende por huelga el abandono voluntario del trabajo hecho por los obreros que, generalmente, se realiza para obtener alguna ventaja laboral, por ejemplo, referida a la remuneración o condiciones laborales.¹⁸ Es indiferente que la huelga sea general o parcial; es decir, por la totalidad del grupo trabajador o por uno o alguno de ellos. Lo mismo sucede con el aspecto temporal; la ley no exige que la huelga se lleve a cabo por cierto lapso; es indistinto que se lleve a cabo por uno específico o por uno indeterminado.

Boicot implica la abstención de comprar o vender productos de una determinada marca o preferencia, de trabajar con determinado patrón o bajo las órdenes de determinado capataz o jefe, o de trabajar en determinada industria.¹⁹ Para Núñez, esta abstención debe ser colectiva y concertada.²⁰

2.2.1.4. TIPO SUBJETIVO

Se trata de un tipo penal doloso, y sólo admite la modalidad de dolo directo debido al plus subjetivo que debe estar presente, referido a que la violencia sea ejercida contra “otro” (el obrero) para compelerlo a tomar parte en una huelga o boicot, es decir, integrando la finalidad del autor.

De esta manera, para el dolo de la figura es necesario que el autor actúe con conocimiento de los elementos objetivos guiado por su finalidad y dominio, no sólo de ejercer violencia, sino de compeler a los otros a tomar parte de las actividades que menciona la figura. Es atípico de este delito el ejercicio de violencia sobre “otro” (el obrero)

16. En contra de esta posición está la de Buompadre, que considera que el término “obrero” comprende tanto a una persona física como jurídica. Ver: Buompadre, Jorge E., *Delitos contra la libertad*, Corrientes, Mave, 1999.

17. Zaffaroni /Alagia / Slokar, *Derecho Penal - Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 461.

18. Molinario, Alfredo, *op. cit.*, p. 157.

19. *Ibidem*, p. 158.

20. Núñez, Ricardo C., *op. cit.*, p. 144.

una vez terminada la huelga o boicot, o como venganza o represalia por no haber participado,²¹ debido a que el elemento ultraintencional contenido en la figura está dado porque la acción se realiza para lograr que el sujeto pasivo tome parte en una huelga o boicot.

2.2.1.5. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

La lesión al bien jurídico no está vinculada al derecho del patrón sobre el obrero o viceversa, o de obreros entre sí; por el contrario, el problema se relaciona con el derecho de libertad del “otro” -sujeto pasivo- para trabajar o no según su voluntad.²²

El delito se consuma con el ejercicio de violencia física sobre el sujeto pasivo, sin que sea necesario que se logre el propósito final perseguido. Por esta razón, resulta difícil establecer casos de tentativa sin que se confundan con actos preparatorios, que son impunes. Puede suceder que un sujeto comience la faz ejecutiva y que luego, por causas ajenas a su voluntad, se vea frustrada la concreción del plan. Por ejemplo, si tomamos en cuenta que dentro del término violencia se incluyen los medios hipnóticos y narcóticos.

2.2.1.6. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Es una figura de autor calificado -*delicta propria*-, y esto jugará un papel central al momento de analizar la posibilidad de participación delictiva en cualquiera de sus modalidades.

2.2.1.7. ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD

El derecho de huelga, como forma de expresión, consiste en la abstención colectiva y concertada de brindar una prestación laboral; es de carácter temporal e implica el abandono del lugar de tarea, como forma de presión del gremio sobre la voluntad del trabajador con el propósito de conseguir un beneficio, la reforma o cumplimiento de una disposición vigente. Si bien la Constitución Nacional reconoce este derecho al gremio, ello no es entendido en términos de sindicato o asociación gremial, sino al derecho consensuado de los propios trabajadores. Es decir, comprende

21. Molinario, Alfredo, *op. cit.*, p. 157.

22. Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 158.

a los gremios como entidad que agrupa la voluntad de un grupo de personas trabajadoras y, también, a los propios trabajadores.²³

Más allá de que se lo considere como un derecho operativo, es decir, como aquel que pueda ser invocado y ejercido aunque no haya una ley que lo reglamente,²⁴ creemos que la Ley N° 25877,²⁵ que regula el régimen laboral, resulta reglamentaria del artículo 14 bis de la Constitución Nacional en lo que hace al derecho de huelga, y fija límites que permitirán resolver conflictos que pudieran suscitarse a partir del enfrentamiento entre derechos y ante situaciones específicas, como por ejemplo, las vinculadas a prestación de servicios públicos o actividades que puedan ser consideradas esenciales para la sociedad.

Se establece en el artículo 24 que, cuando se ejerza el derecho de adoptar medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas como servicios esenciales, se deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción. A su vez, la ley resulta específica en cuanto al término “servicios esenciales”, dado que los define como aquellos servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo, o cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población, o cuando se trate de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo.²⁶

La Declaración de Principios de la OIT²⁷ sobre el Derecho de Huelga de funcionarios públicos considera que “...el reconocimiento del derecho sindical a los funcionarios públicos no tiene relación alguna con la

23. Grisolía, Julio Armando, *Manual de Derecho Laboral*, tercera edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 675-676.

24. Ídem.

25. Sancionada el 2/3/2004, promulgada el 18/3/2004.

26. La Comisión de Expertos de la OIT definió a los servicios esenciales como “los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona o parte de la población”. Esta definición fue adoptada por el Comité de Libertad Sindical y se refleja en la ley que comentamos.

27. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/--normes/documents/publication/wcms_087989.pdf

cuestión del derecho de esos funcionarios a la huelga... cuando no se concede a los funcionarios públicos el derecho de huelga, deberían disfrutar de garantías adecuadas para proteger sus intereses, como por ejemplo procedimientos de conciliación y arbitraje apropiados, imparciales y rápidos en los que las partes puedan participar y en todas las etapas, y en los que las decisiones arbitrales sean obligatorias para ambas partes y se apliquen plena y prontamente...”²⁸

Esta afirmación podría resultar relevante desde el punto de vista de la antijuridicidad, debido a que si se determina que en el supuesto concreto no existen regulados mecanismos laborales de resolución de conflictos para funcionarios públicos, no significa que pertenezcan a un grupo de personas excluidas de ejercer este derecho. Sin embargo, no debemos olvidar que el artículo 158 del Código Penal no castiga a quien ejerce este derecho, sino al que emplea violencia para obligar a otro a tomar parte en una huelga o boicot; por tanto, si no pudiera considerarse este supuesto como uno capaz de cancelar la antijuridicidad podría tener entidad para reducir la capacidad de culpabilidad.

2.2.2. Compulsión al lock-out

2.2.2.1. TIPO OBJETIVO

ACCIÓN

Son dos las acciones punibles. Por un lado, aquella que consiste en el ejercicio de coacción para obligar a otro a tomar parte en un lock-out y, por otro, la coacción ejercida sobre un obrero u otro patrón para que abandone o ingrese en una sociedad obrera o patronal determinada.

Se trata del segundo supuesto previsto por el artículo 158, con igual pena que el anterior que, como explica Donna, se refiere al sector patronal o empresarial. La ley no castiga el lock-out en sí mismo, sino la conducta de quien obligue a otro a cerrar un comercio o cesar en su actividad contra su voluntad. Es decir, una forma específica de coacción que ofende o lesiona la libertad de trabajar y la de asociarse.

La redacción del texto legal es interesante desde el punto de vista del desarrollo que ha tenido en los últimos tiempos la teoría de la autoría y la participación criminal, porque alude a la realización de la acción por sí o

28. *Op. cit.* 27, pp. 17-18.

por cuenta de alguien, dando a entender así que no importa que el autor persiga un interés propio o ajeno. Siempre debe serlo para obligar a otro a realizar una de las conductas previstas en el precepto.

Rodolfo Moreno (h) señala que existe un error en el empleo de la conjunción “y” después de la palabra lock-out, porque con ella parece aludirse a una única acción típica de doble finalidad. Sin embargo, se trata de dos supuestos que lesionan derechos bien diferenciados y, por ello, según explica, el legislador debió haber empleado la conjunción disyuntiva “o”.

El ejercicio de coacción implica la amenaza de sufrir un mal inminente e inmerecido, con el objeto de obtener del sujeto pasivo la conducta exigida. En este caso, la coacción se convierte en un medio para conseguir el propósito buscado por el autor.

En cuanto a su alcance, la coacción abarca los supuestos de violencia moral, física, directa o indirecta, idónea para influir sobre el ánimo de la o las víctimas.

2.2.2.2. SUJETOS

Se trata de un *delicta propria*, por cuanto sujeto activo de este delito puede ser un patrón, un empresario o un empleado. Para Fontán Balestra,²⁹ en el caso del patrón o empresario la conducta puede ser llevada a cabo por sí o por cuenta de alguien, mientras que en el caso del empleado sólo es posible que realice la conducta por cuenta de un patrón o empresario u otra persona (por ejemplo un delegado gremial), pero nunca por sí mismo. Núñez,³⁰ en cambio, lo considera al revés. Sostiene que el empleado puede obrar por sí o por cuenta de otro, que puede ser o no su patrón, mientras que el patrón o empresario actúan por sí aunque pueden valer-se como autores mediatos de otros partícipes no calificados.

Con relación al sujeto pasivo, se requieren las mismas calidades. Hay consenso en que sólo podrá ser aquel que esté facultado para proceder al cierre del negocio o comercio.³¹

Cuando se trate de un empresario o el patrón, no habrá inconvenientes debido a que por su función poseen facultades para operar sobre el comercio o industria. Por tanto, se requerirá que para el su-

29. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 422.

30. Núñez, Ricardo C., *op. cit.*, p. 144. En igual sentido, Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 390.

31. Soler, Núñez y Fontán Balestra, citados por este, en p. 426.

puesto en que el sujeto pasivo sea un empleado, posea la facultad de cerrar el establecimiento.

2.2.2.3. ELEMENTOS NORMATIVOS

Dentro de los elementos normativos del tipo encontramos el término lock-out como forma de huelga patronal, que significa el cierre concertado de establecimientos industriales o comerciales como medio de lucha laboral frente a los obreros.³² Se trata de una modalidad opuesta al delito anterior.

2.2.2.4. TIPO SUBJETIVO

Es una figura dolosa que, al igual que en el supuesto anterior, requiere de un plus subjetivo dado por el propósito de obligar al sujeto pasivo a tomar parte en un lock-out.

2.2.2.5. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito se consuma con la realización de la acción típica, es decir, con la concreción de la coacción, sin que sea necesario que se logre la finalidad propuesta.

En cuanto a la posibilidad de que exista tentativa, la doctrina tradicional considera que no es posible. Sin embargo, al igual que en el caso anterior, esa conclusión dependerá de la concepción que tengan de la tentativa los autores, ya que algunos no la aceptan en los delitos que no son de resultado.

Para nosotros, mientras haya una puesta en peligro de un bien jurídico ajeno, no habrá obstáculo a la tentativa, porque los delitos formales o de mera actividad también la permiten, lo cual dependerá en cada caso del plan individual del autor. Si se envía la coacción idónea por algún medio de comunicación, pero no llega al destinatario por razones ajenas a la voluntad del remitente, puede haber tentativa. Lo mismo pasa en las calumnias e injurias, las amenazas, y en muchos casos más. El límite es constitucional (artículo 19 de la Constitución Nacional).

2.2.2.6. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Como se trata de una figura de autor calificado, nos remitimos a lo expresado para el primer caso.

32. Núñez, Ricardo C., *op. cit.*, p. 144.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

- CS, Fallos: 242:353 (1958), “La incorporación del derecho de huelga en la Constitución deja en salvo y no simplemente aniquila los demás derechos y garantías que la Ley Suprema asegura a todos los habitantes del país. Recíprocamente, los demás derechos y garantías individuales deben ser interpretados de manera que no hagan prácticamente ineficaz el derecho de huelga”.
- CS, Fallos: 258:267 (1964), “El derecho de huelga, con jerarquía constitucional, no es óbice a la sanción legal de tipos de conducta que importen extralimitaciones en el ejercicio razonable de dicho derecho. Sólo excluye las sanciones penales a la participación en las huelgas, en tanto ellas sean pacíficas. El empleo de la violencia en una huelga es incompatible con el respeto de los demás derechos que la Constitución Nacional preserva para los integrantes de la comunidad. Aunque se invoque el ejercicio del derecho de huelga, corresponde confirmar la sentencia que, con fundamento en los hechos de la causa y en normas de Derecho común, condena a dirigentes gremiales por usurpación y desobediencia, delitos en que habían incurrido al ocupar, con motivo de un conflicto laboral, el lugar de trabajo”.
- CS, Fallos: 267:452 (1967), “El art. 14 de la Constitución Nacional, en cuanto reconoce el derecho de huelga, no justifica la comisión de delitos comunes en el curso de movimientos huelguísticos”.

JURISPRUDENCIA

Concurrencia desleal. Prescripción de la acción penal. Extinción de la acción. Imputados que habrían enviado correos electrónicos a varios proveedores de la firma en la que estaban empleados, en donde indicaron la baja calidad de los productos con el fin de restar clientela y desviarla hacia la sociedad que ellos dirigían. Delito de acción privada. Actos de procedimiento con fuerza interruptiva: interposición de la querrela, citación a juicio prevista en el artículo 428 del CPPN y el dictado de la sentencia condenatoria. No transcurso del plazo previsto en los artículos 62, inciso 5 y 159 del Código Penal. Acción penal vigente. Revocación.

Fallo: (...) la querrela contra el auto que declaró extinguida la acción penal por prescripción y, en consecuencia, sobreescribió a (...), a (...) y a (...).

(...) Y CONSIDERANDO: Del escrito de querrela surge que el Dr. (...), en su carácter de apoderado de "P. T. SA", denunció a (...), (...) y a otros tres sujetos, por haber intervenido en el envío de correos electrónicos a diversos proveedores de la firma aludida durante el segundo semestre del año 2010 -en concreto, desde mayo hasta noviembre- (ver detalle de fs. (...) *in fine*, (...) y (...), en los que se habría hecho referencia a la baja calidad de sus productos con el fin de restarles clientela y desviarla en provecho de las sociedades que dirigen los imputados, a la vez que se adjuntaron falsas fotografías que pretendían ilustrar acerca de esas falencias.

No es compartida la delimitación temporal del suceso que realiza el juez de grado con base en lo expresado por esta Sala a fs. (...), por cuanto las consideraciones que en esa oportunidad se efectuaron tenían estricta vinculación con el análisis de admisibilidad de la querrela a la luz de las exigencias del artículo 418 del Código Procesal Penal de la Nación, sin que involucrara un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión.

Sentado lo anterior, es criterio de los suscriptos que en los delitos de acción privada los actos de procedimiento con fuerza interruptiva son la interposición de la querrela, la citación a juicio prevista en el artículo 428 del Código Procesal Penal de la Nación y el dictado de la sentencia conde-

natoria (in re causa N° 696/10 “Incidente de prescripción de la acción de Eugenia Betty Dolores Moncada”, rta. 31 de mayo de 2010, entre otras).

Cabe señalar que en el presente caso, en que se investiga la posible comisión del delito de concurrencia desleal (artículo 159 del CP), el primer acto interruptivo se verificó el 25 de septiembre de 2012 con la presentación del escrito promotor de la querrela (fs. (...)). Hasta la fecha aún no se produjo la citación a juicio prevista en el artículo 428 del Código Procesal Penal de la Nación respecto de los aquí imputados ni, conforme las certificaciones de antecedentes de fs. 161, 163 y 165, surgen otros actos con entidad interruptiva de acuerdo al inciso a) del artículo 67.

Puede así afirmarse que desde noviembre de 2010 hasta el 25 de septiembre de 2012, como también desde entonces hasta la actualidad, no ha transcurrido el plazo previsto en los artículos 62, inciso 5 y 159 del Código Penal, razón por la cual la acción penal se encuentra vigente.

En consecuencia, se RESUELVE: REVOCAR el auto de fs. (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala IV, González Palazzo, González, Seijas. (Sec.: Godnjavec). c. 36643/12, ROSSLER ZANCHI, Gustavo y otros. Rta.: 30/06/2014.

Delito contra la libertad de trabajo (art. 158 CP). Concurso ideal con lesiones graves.

La lesión causada al compañero de trabajo, a fin de impedirle que trabajara en un día de huelga configura el delito de lesiones graves en concurso ideal con atentado contra la libertad de trabajo (arts. 54, 90 y 258 CP).

Navarro, Ouviña, Piombo

PEREZ GONELLI c. 7383 C. N. Crim. Sala VII.

CAPÍTULO 27
ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES

ARTÍCULO 172 DEL CÓDIGO PENAL

ESTAFA PROCESAL

Por Rubén E. Figari*

1. ANTECEDENTES

La estafa procesal no está contenida específicamente en una norma del Código Penal, sino que se trata de una de las modalidades de fraude que abarca la figura genérica del artículo 172; tampoco constituye una de las estafas especiales reguladas por el artículo 173 del Código Penal. En el derecho comparado se advierten tres formas de encarar esta figura. Por un lado, están los que le otorgan a esta un tratamiento separado del tipo genérico de estafa, aunque como agravante de ella, tal es el caso del inciso 7 del artículo 250 del Código Penal español.¹ Por el otro, aque-

* Abogado egresado de UNC; Doctor en Ciencias Jurídicas egresado de la Escuela de Posgrado de la UN de LM; Posgrado en Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de Ciencias Sociales de la UCC; Profesor adjunto interino de Derecho Penal I y II de la UNSL; Miembro titular de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba (Secretaría Villa Mercedes - San Luis); Exjuez de Instrucción en lo Criminal y Correccional en la Primera Circunscripción de la ciudad capital de La Rioja; Exjuez de Cámara en lo Criminal y Correccional de la Primera Circunscripción de la ciudad capital de La Rioja; Exjuez de Cámara del Crimen en la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de San Luis. Colaborador en aportes sobre la Parte Especial para la Comisión encargada de elaborar un Anteproyecto de Código Penal de la Nación (Dec. 678/12.2012/13); Integrante de la Comisión Redactora del Proyecto de Código de Procedimiento Penal para la provincia de San Luis en 1992; Codirector de la Revista de Doctrina de Derecho Penal de IJ International Legal Group; Colaborador de la Revista Electrónica El Dial.com; Colaborador de la Página de Internet terragnijurista.com.ar; Miembro del comité de redacción de la Revista de Derecho Penal y Criminología de Editorial La Ley; autor y coautor de veintidós libros referidos al fuero penal y autor de más de cincuenta artículos en revistas especializadas.

1. Artículo 250: "1. El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de un año a seis años y multa de seis a doce meses, cuando: ... 7º "Se cometa estafa procesal. Incurrir en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el juez o tribunal y llevándole a

llas legislaciones que la prevén en forma idéntica a la nuestra, como ser el Código Penal alemán en su § 263,² o el artículo 313-1 del Código Penal francés.³ Por último, aquellos que la receptan dentro de los delitos contra la Administración Pública, por ejemplo: el artículo 374 del Código Penal italiano,⁴ o el artículo 182 del Código Penal colombiano.^{5 6}

Señala Zavaleta que la cuestión referida a este instituto, como surgió de la textualización del artículo 172 del Código Penal, “es de notoria vetustez”; a tal efecto cita a Gómez, quien sostenía que cuando en una demanda judicial se acompañe artificios capaces de inducir el error a la justicia o si con ella se pretende obtener en pago del importe de documentos falsos, el caso encuadra en la disposición del artículo 172 del Código Penal y es una “estafa procesal”, pero advertía que no cualquier intento de cobrar en sede judicial una suma que no debía el demandado o la pretensión de

dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero”.

2. § 263: “(1) Quien con la intención de obtener para sí o para un tercero una ventaja patrimonial antijurídica, perjudique el patrimonio de otro por medio de simulación de falsos hechos, suscite o mantenga un error la desfiguración o la supresión de hechos verídicos, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa”.

3. Artículo 313-1: “Es estafa el hecho de engañar a una persona física o jurídica, bien mediante el uso de un nombre falso o de una falsa calidad, bien mediante el abuso de una calidad verdadera, o bien mediante el empleo de maniobras fraudulentas, determinándola así, en perjuicio propio o de tercero, a entregar fondos, valores o cualquier bien, a prestar un servicio o a consentir un acto que le imponga una obligación o aceptar una descarga. La estafa será castigada con cinco años de prisión y multa de 275.000 euros”.

4. Artículo 374: “El que, durante un procedimiento civil o administrativo, con el fin de engañar a la corte en un acto de inspección o tribunal de primera instancia, o un experto en la ejecución de una habilidad, cambiar el estado de forma artificial los lugares o las cosas de las personas, será castigado, cuando el hecho no está previsto como delito en una determinada disposición de la ley, con penas de prisión de seis meses a tres años. Lo mismo se aplica si el delito se comete en el marco del proceso penal, o antes de ello, pero en este caso la pena será excluida si se trata de un delito por el cual no se puede hacer que, debido a una queja, petición o solicitud, y esto no se ha hecho”.

5. Artículo 182: “Fraude procesal. El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un empleado oficial para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años”.

6. Aboso, Gustavo E., *¿La “iniusta petitio” como ardid idóneo en la estafa procesal? - Un fallo que siembra más dudas que soluciones*, LL 1997-C-878.

hacerlo en más, configuraba el delito del artículo 172 del Código Penal, habida cuenta de que los medios previstos en ese dispositivo no podían ser nunca la simple afirmación del demandante al intentar el pleito, se requería algo más porque “si tal fuera, todo el que pierde un pleito por cobro de pesos sería condenado por la justicia criminal”.⁷

En este panorama retrospectivo, Zavaleta menciona el fallo “Filippi”,⁸ del 30/06/45, en el que la Corte Suprema de Tucumán a través del voto del Dr. García Zavalía consideró que la estafa procesal no siempre era bien acogida en doctrina, a menos que se cometa por un medio punible en sí mismo, teniendo su razón de ser en que una afirmación unilateral falsa de la parte, no siempre configuraba el factor que influía en la decisión errónea del juez, podía ser el simple descuido del mismo, agregando que para que la justicia convierta en sujeto pasivo es menester que el engaño sea invencible y que le falten medios propios de defensa contra lo urdido, por cuanto está en sus deberes instruirse de la causa, interpretar las intenciones y resguardar los derechos, concluyendo que el delito requiere entonces algo más que la mala fe de los litigantes y de lo que vulgarmente se llama aventura judicial.

Pero, se señala que es Núñez quien en un comentario de un fallo de la sala Criminal de La Plata del 16/03/51 se constituye en el primer doctrinario argentino que encausa dentro de la dogmática la inteligibilidad que el intérprete debe darle al artículo 172 del Código Penal, sobre este particular, para evitar extender cómo reducir los alcances de tal tipo legal en circunstancias de un comportamiento ardidoso dirigido a un sujeto pasivo, juez o tribunal.⁹

7. Gómez, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Cae S.R.L., 1941, T. IV, p. 232 y ss. Se cita un acuerdo plenario de las Cámaras del Crimen de la Capital, “Sidanz”, del 02/10/36, en el que se concluye en la atipicidad de la simple colusión de partes en un proceso civil para perjudicar a un tercero, y el voto del Dr. Porcel de Peralta constituye uno de los pilares de la construcción de la estafa procesal que luego sigue la Corte Suprema de Tucumán, al determinar como engaño por apariencia de crédito la acción de aquel que demandaba el cobro de pesos sobre documentos que sabía se encontraban cancelados (LL 5-409). (Cfr. Zavaleta Miguel, *Estafa procesal. Un reflejo de la estafa genuina (análisis al artículo 172 del Código Penal)*, Córdoba, Lerner, 2006, p. 265).

8. LL 39-454.

9. Núñez, Ricardo, *Iniusta petitio, falsedad ideológica y estafa procesal*, LL 63-718, citado por Zavaleta, Miguel (*op. cit.*, p. 266).

2. CONCEPTO

Esta forma de fraude tiene la particularidad de desarrollarse en el marco de un proceso, pues quien recepta el engaño es el juez que va a dirimir la cuestión y por ende, al ser sometido a un ardid, su decisión provoca el perjuicio patrimonial para la parte contraria o un tercero.

Se ha definido como “aquella que se produce cuando una parte con su conducta engañosa, realizada con ánimo de lucro, induce a error al juez, y este, como consecuencia del error, dicta una sentencia injusta que causa un perjuicio patrimonial a la parte contraria o a un tercero”.¹⁰

O también diciendo que:

Fraude procesal existe en esencia en el amplio sentido siempre que en un proceso, cualquiera de las partes emplea medios engañosos o artificiosos dirigidos a provocar en el juzgador un error de hecho que haya de originar o puede originar una resolución errónea y, por tanto, injusta. Estafa procesal se dará cuando esa misma conducta esté inspirada en el ánimo de lucro y de ella pueda derivarse un perjuicio patrimonial para la contraparte.¹¹

Asimismo, se puede delimitar el concepto en un sentido amplio y en otro estricto. En el primero, la estafa procesal comprendería la cometida en el proceso por una parte mediante el engaño de la contraria, por ejemplo, cuando una parte hace afirmaciones conscientemente falsas, avaladas quizá también con documentos o testigos falsos, y consigue engaños al contrario, llevando a cabo este, como consecuencia de un error, un acto de disposición -reconocimiento, renuncia, transacción, etcétera-. En sentido estricto se da sólo cuando una parte, con su conducta engañosa, realizada con ánimo de lucro, induce a error al juez y este, como consecuencia del error, dicta una sentencia injusta que causa un perjuicio patrimonial a la parte contraria o a un tercero.¹²

Por nuestros lares, siempre es conveniente acudir a las enseñanzas de Núñez, para quien la estafa procesal es un caso de desdoblamiento entre la víctima del fraude y el ofendido por la defraudación: víctima

10. Cerezo Mir, José, “La estafa procesal”, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, 1982, p. 112.

11. Ferrer Sama, Antonio, “Estafa procesal”, *Anuario de Derecho Penal*, 1966, p. 6, citado por Romero, Gladys, *El delito de estafa*, Buenos Aires, Hammurabi, 1998, p. 242.

12. Cerezo Mir, José, “La estafa procesal”, *Revista de Derecho Penal, Estafa y otras defraudaciones*, Donna, Edgardo (Dir.), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, T. I., pp. 111-112.

del fraude es el juez, y ofendido por la defraudación es la persona a la que afecta la sentencia o resolución judicial dispositiva de propiedad. De este modo, cualquiera de las partes del juicio puede engañar al juez mediante el uso de un fraude y lograr una decisión dispositiva de propiedad perjudicial para la contraparte o para un tercero. Pero cabe aclarar que al tratarse de un procedimiento contradictorio, la decisión judicial -como todas- debe basarse en pruebas; por consiguiente, en virtud de ello, se excluye el engaño constituido por la sola afirmación o silencio contrario a la verdad, que puede tratarse de una petición injusta, falsa o temeraria. Así, Núñez requiere que la estafa procesal cometida en un proceso reclama un fraude en los elementos que deben motivar la decisión judicial, como podrían ser pruebas fraudulentas -documentos falsificados o adulterados o uso fraudulento de documentos material e ideológicamente genuinos o cualquier otro medio de prueba fraudulento-.¹³

Rojas Pellerano considera que la estafa procesal es el despojo patrimonial llevado a cabo durante el curso de un proceso destinado a engañar al juez y obtener de él una decisión que produzca y consagre dicho despojo.¹⁴

Vázquez Iruzubieta estima que se pretende arrimar al ánimo del juez una visión deformada de los hechos, con pruebas falsas que lo avalen, con el objeto de obtener una sentencia judicial ventajosa y que responda a una injusta pretensión.¹⁵

Recientemente, Zavaleta ha dicho que la estafa procesal se puede definir de manera análoga a la estafa genuina, esto es, y en objetividad, cuatro elementos: conducta ardidosa (en vez de engañosa), error,

13. Núñez, Ricardo, *Iniusta petitio...* (op. cit., LL 63-718); *Tratado de Derecho Penal*, Córdoba, Marcos Lerner, 1989, T. IV, pp. 308-310; Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, TEA, 1970, T. IV, p. 321; Romero, Gladys, op. cit., p. 239; Aboso, Gustavo (op. cit. LL 1997-C-879). En contra, Muñoz Conde, Francisco, para quien en el caso se utiliza al juez o tribunal como un instrumento de comisión del delito de estafa con autoría mediata. *Derecho Penal. Parte Especial*, Undécima edición, revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 365; en el mismo sentido De La Fuente, Javier E. *¿Puede el demandado cometer el delito de estafa procesal?*, LL 1996-E-163.

14. Rojas Pellerano, Héctor, *El delito de estafa y otras defraudaciones*, Buenos Aires, Lerner, 1983, T. I, p. 267.

15. Vázquez Iruzubieta, Carlos, *Código Penal Comentado*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1970, T. III, p. 279.

acto de disposición y perjuicio pero, como rasgo exterior y peculiar, el ardid se lanza dentro de un juzgado o tribunal con competencia en materia patrimonial, dirigido a los jueces que son los habilitados para dictar resoluciones, decretos, sentencias interlocutorias homologatorias y definitivas, con potencialidad de concretar actos de disposición que le ocasionan un detrimento a la propiedad en sentido amplio de la contraparte, a favor del estafador o de un tercero.¹⁶

Báez la define como la perpetrada en un proceso en el que el destinatario del engaño es el juez de la causa, mediante lo cual se busca obtener de él un fallo infundado, influido en una falsedad, que favorezca patrimonialmente a una de las partes en detrimento de la otra. Opera un desdoblamiento entre la víctima del fraude y el ofendido por la defraudación. Víctima es el juez y el ofendido es la persona a la que afecta la sentencia o resolución judicial dispositiva de la propiedad. Las pruebas que se utilizan no sólo pueden ser falsas sino que pueden ser verdaderas radicando el fraude en las formas de su utilización,¹⁷ o en la ilegitimidad de la tenencia. Se descarta de este tenor las demandas o peticiones injustas, las exageraciones, ya que se debe acompañar material convictivo falso -o verdadero pero en las condiciones ya mencionadas-, pues los jueces no pueden fallar sólo de las alegaciones desprovistas de las probanzas que las avalan.¹⁸

De La Fuente conceptualiza la estafa procesal como la que se comete dentro de un proceso con el fin de obtener un fallo de contenido patrimonial que favorezca injustamente a una parte en perjuicio de otra.¹⁹

Cabe adunar que:

Los procesos donde sólo es factible la perpetración de la estafa procesal deben versar necesariamente, atento el objeto de la protección penal, sobre cuestiones de contenido patrimonial, por excelencia, los juicios civiles, comerciales, laborales, e incluso penales, condicionado al ejercicio de la acción civil dentro del proceso.²⁰

16. Zavaleta, Miguel, *op. cit.*, p. 267.

17. Báez, Julio / Cohen, Jessica, *Estafa procesal y documentos auténticos*, LL 2000-E-1057.

18. Báez, Julio, *El demandado y la estafa procesal*, LL 2000-E-1039.

19. De La Fuente, Javier, *¿Puede el demandado...?*, *op. cit.*, LL 1996- E-1163.

20. Aboso, Gustavo, *op. cit.*, LL 1997-C-879.

3. ¿EXISTE LA ESTAFA PROCESAL COMO INSTITUTO?

Cerezo Mir también puntualiza que la estafa procesal no es la simple mentira en el proceso o la falta de respeto a los órganos de la administración de justicia, por eso sólo cabe hablar de estafa procesal si se dan en el hecho todos los elementos del delito de estafa. La estafa procesal es sólo una especie de dolo o fraude procesal, es decir que se podrá hablar de ella si se dan todos los elementos del delito de estafa. Pero plantea algunas dificultades sobre la apreciación en la conducta de las partes del engaño característico de la estafa, por ejemplo, al basarse el proceso civil en el principio de controversia entre las partes, son lícitas las pretensiones aventuradas o temerarias, limitándose la ley a sancionar con las costas la temeridad de los litigantes.

“Es cierto que no se establece en nuestro ordenamiento procesal civil -al igual que en el autóctono- un deber de veracidad de las partes, como el que se introdujo en la LECiv. alemana (ZPO) en el artículo 138 por la Ley del 27 de octubre de 1933 -‘Las partes tienen que hacer las manifestaciones de hecho completas y conforme a la verdad’-. No obstante, creo que las partes abusan de su derecho -a formular las alegaciones que crean pertinentes en defensa de sus intereses- cuando hagan afirmaciones conscientemente falsas. Una cosa es la defensa de pretensiones aventuradas, temerarias, o incluso injustas, pero creyendo erróneamente en su justicia, y otra la formulación de pretensiones conscientemente injustas. De la esencia del proceso civil, del principio de la controversia entre las partes, se deriva la licitud de todas las afirmaciones mientras se crea, se confíe o se considere meramente posible que sean justas. Del principio de la controversia entre las partes no se deriva, en cambio, a mi juicio, la licitud de las afirmaciones conscientemente falsas”.²¹

21. Cerezo Mir, José, *op. cit.*, pp. 115-117. Para ello se apoya en las aseveraciones de Prieto Castro, en el sentido de que la libertad de conducta reservada a las partes no puede ir tan lejos que permita la licencia, el ataque a la buena fe y a la ética procesal y el empleo deliberado del dolo y el fraude, ya que no obstante reconocer que el proceso sea una lucha, se persigue el derecho guiado por la verdad tanto en el fondo como en la forma (cfr. Prieto Castro, Rosamar, *Ética procesal. Valoración de las conductas de las partes. Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, 1, Madrid, 1950, p. 141 y ss.; *Derecho procesal civil*, 1º parte, Madrid, 1964, p. 353).

Si bien aduce que esto puede resolverse por disposiciones procesales o por la imposición de costas, multa o resarcimiento de daños, concluye en que las afirmaciones conscientemente falsas de las partes son ilícitas y constituyen un engaño susceptible de realizar la figura del delito de estafa;²² pero la característica de dichas afirmaciones de una parte sólo constituye un engaño que puede llegar a configurar estafa “cuando sea mantenida después de haber sido rebatida por la parte. Sólo cuando la afirmación de una parte ha sido rechazada por la otra se convierte en objeto de examen para el juez, de acuerdo con el principio de controversia entre las partes. Hasta ese momento no puede estimarse, por ello, que la declaración vaya dirigida a engañar al juez (salvo en el caso de proceso simulado o de engaño previo del contrario). Su destinatario es la otra parte”.²³

Un sector de la doctrina alemana, encarnada fundamentalmente por Grünhut, han formulado objeciones sobre el tópico de la estafa procesal, ya que este tipo no es adecuado para sancionar un abuso de las instituciones jurisdiccionales del Estado, entendiéndose que para ello ya existen otras figuras delictivas tales como las falsedades documentales y el falso testimonio y, además, pueden crearse otras nuevas, sobre la base de que el bien protegido sea la fe pública o la administración de justicia y no el patrimonio; por ello propone la creación de una nueva figura dentro de los delitos contra la Administración Pública. Dahm también asevera que si alguien causa un perjuicio a otro mediante el engaño de un particular, es algo completamente distinto que si se abusa del juez, el Derecho y el Estado utilizándolo como instrumentos para los fines propios; de este modo, la figura de estafa procesal pone en relación fenómenos vitales que, según su naturaleza, son diferentes entre sí. Consecuentemente, la inclusión de estas conductas en el tipo de estafa no es correcta ni resulta adecuada al tipo de autor, ya que la verdadera razón en que podría basarse su punibilidad es el menosprecio al tribunal y el peligro de la administración de justicia. Sin embargo, este último autor admite la aplicación de la estafa a falta de una figura adecuada.²⁴ No

22. En el proceso penal se estima que están sujetos al deber de veracidad el denunciante, el querellante y el perjudicado, y se considera que pueden ser, por ello, sujeto activo del delito de falso testimonio (cfr. Cerezo Mir, José, *op. cit.*, p. 119 nota 24).

23. *Ibidem*, p. 124.

24. Autores citados por Cerezo Mir, José (*op. cit.*, pp. 113-114, notas 5 y 6).

obstante estos argumentos, la tesis de estos autores no ha encontrado eco en la doctrina alemana porque la opinión dominante y la jurisprudencia de ese país admiten la posibilidad de la estafa procesal.

A esta tesis aludida anteriormente también parece adherirse Rodríguez Devesa, al sostener que no es posible la estafa procesal por tres razones: el juez no puede ser engañado; quien se somete a un juicio no actúa contra la ley; el juez no ejecuta actos dispositivos sobre el patrimonio ajeno.²⁵

En la doctrina nacional se advierte una postura parcializada. En un primer trabajo de Tozzini sostenía que el engaño al magistrado a cargo del proceso está limitado al ámbito del supuesto en que se utilizan instrumentos falsos por parte del demandante; requiere por ello una especial calidad de autor.

“En efecto, bien mirado el caso desde el punto de vista del *actor*, es decir, de quien se vale de tales instrumentos para iniciar una acción legal contra un tercero y, con un medio ardidoso de exhibir instrumentos falsos, procurar que el juez, inducido así a error, dicte a favor de aquel una sentencia que produzca al demandado, como directamente derivado de ese engaño y de ese error, un daño patrimonial, sean en beneficio del accionante o de un tercero, no puede caber duda de que, efectivamente, tal conducta parecería adecuarse a todos los requisitos ..., objetivos y subjetivos, exigidos para la correcta configuración de la figura penal de la estafa”.²⁶

En tanto con respecto al deudor demandado no ocurre lo mismo, el caso del aporte de una prueba documental falsa para acreditar la cancelación, pues si bien podría decirse que intentó con dolo una acción de engañar y con ello producir en el magistrado un error, no se conjugan -a su entender- los demás requisitos de la estafa, ni siquiera tentada. Esto en virtud de que la prueba instrumental falsa lleva el objetivo de defenderse y consecuentemente debe desplegarse todo el contralor jurisdiccional y de las partes. Se asienta en la premisa de que la estafa es un delito de daño concreto y no de peligro y que la demora en el cumplimiento de una obligación patrimonial, sin afectarla en su monto o sus beneficios, no es defraudadora porque no altera la compensabilidad del crédito en

25. Rodríguez Devesa, José, *Derecho penal español. Parte especial*, 8ª edición, Madrid, 1981, p. 454, citado por Romero, Gladys (*op. cit.*, p. 242).

26. Tozzini, Carlos, “La calidad de autor en la estafa procesal”, *Revista de Derecho Penal*, 2000-1, *Estafas y otras defraudaciones – I*, Donna, Edgardo (Dir.), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 139.

sí, y porque los perjuicios emergentes de una mejor utilización del capital son extratípicos, como lo son los gastos emergentes de la demora. Para ello, se esgrime la opinión de Núñez; este estima que la estafa puede ser cometida por cualquiera de las partes. Todo ello sin perjuicio de que el deudor pueda ser considerado autor del delito de falsificación o uso de instrumento privado falso, o sin perjuicio de las sanciones por temeridad y malicia demostrada en el juicio que contemplan el CPCCN y la ley de colegiación obligatoria. Luego, cita varios casos en que la doctrina ha considerado la estafa procesal cometida por los actores.²⁷

En un posterior trabajo se muestra más estricto pues, repitiendo algunos argumentos expuestos anteriormente, estima que el intento de engañar al juez en el ámbito de sus funciones específicas demostraría que esta acción, más que tender a lesionar al patrimonio de un particular, atenta directa y fundamentalmente contra la correcta administración de justicia.

“Sin embargo, este distinto enfoque entre la conducta del actor y la del demandado [cosa que había discriminado en el anterior trabajo], tal y como anticipamos, se ha vuelto una posición de ‘mínima’, ante las argumentaciones, más contundentes si se quiere, en contra de la punibilidad de toda suerte de estafa procesal, que se hacen sobre la base de que ella, además de ser, como ha quedado demostrado, un delito imposible, dado su incapacidad para engañar al juez y a la contraparte, con lo cual su incriminación viola el principio de ofensividad o lesividad del delito, al ser asimismo un comportamiento no previsto en una norma incriminadora expresa, viola a la vez el principio de legalidad, y sus componentes: el de tipicidad y el de taxatividad en la incriminación y en la determinación de los preceptos y de las sanciones penales”.²⁸

Me permito discrepar con la opinión vertida por el eminente jurista antes citado, pues considero en consonancia con la mayoritaria corriente doctrinaria y jurisprudencial que la estafa procesal se puede dar dentro de los cánones establecidos por el tipo genérico del artículo 172. En efecto, la última parte de dicha norma acoge la posibilidad de que el fraude se traslade al ámbito de un proceso, más precisamente en las entrañas de este y, si bien es factible admitir que concurre el mansillamiento de la administración de justicia, pues se miente o engaña al operador judicial, por eso también se habla de un delito de naturaleza

27. *Ibidem*, p. 140 y ss.

28. *Ibidem*, *¿Existe el delito de estafa procesal?*, LL 2000-E-773.

pluriofensiva, lo cierto y concreto es que se ataca directamente la propiedad o patrimonio de una de las partes de la relación procesal, de allí que se considere más adecuada la protección de aquel bien protegido.²⁹

4. SUJETO ACTIVO

Con respecto a si solo el demandante puede ser sujeto activo del delito o también de alcance esta calidad al demandado, se ha generado dos posiciones antagónicas.

Entre los que abogan porque sólo el demandante puede ser sujeto activo del delito se encuentra Tozzini, quien sostiene que el delito de estafa procesal es de aquellos tipos penales llamados “especiales”, por cuanto al tener la particularidad de perpetrarse mediante un juicio y, por lo tanto, de tener como un sujeto pasivo del engaño al magistrado a cargo del proceso concretándose en el sólo supuesto en que se utiliza instrumentos falsos, requiere de una especial calidad de autor, que es la del “demandante”; “en cambio, en la acción del deudor que procura defenderse mediante la presentación en juicio de un instrumento falso, no se observaría que esa acción de engañar y, así, de provocar un error, posea, por un lado, la ofensividad que reclama el tipo de la estafa como de daño efectivo, y no meramente potencial, ni, por el otro lado, aun cuando pudiese lograr una disposición judicial que fuera en contra del patrimonio del actor, que ella sea nueva, es decir, diferente de aquella que constituyó la contratación primitiva incumplida”.³⁰

Comparte la primera afirmación del autor precedentemente nombrado Buompadre,³¹ mas no la segunda, porque considera que en el mecanismo que supone la estafa la persona engañada es quien debe realizar la disposición patrimonial lesiva para el patrimonio propio o de un tercero, o sea, que debe existir identidad entre engañado y disponente; de otra manera, faltaría el lazo de causalidad entre el error y el acto dispositivo, pero no necesariamente debe ser así cuando se trata de engañado y

29. Figari, Rubén, *Delitos de índole patrimonial*, Rosario, Nova Tesis, 2010, T. I., p. 429.

30. Tozzini, Carlos *¿Existe...?* (op. cit., LL 2000-E-773).

31. Buompadre, Jorge, *Delitos contra la propiedad*, Corrientes, Mave, 2008, p. 211, y en Baigún, David / Zaffaroni, Eugenio (Dirs.) / Terragni, Marco (Coord.), *Código Penal y notas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Parte especial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, T.7, p. 121.

perjudicado, en cuyo caso pueden tratarse de personas distintas. Pone por ejemplo los casos de colusión o simulación de pleitos entre actor y demandados, los que, fingiendo una deuda entre ambos, suscriben un documento que posteriormente es ejecutado judicialmente por el primero contra el segundo, lográndose una medida cautelar que beneficia a este en perjuicio de un tercero -con quien en realidad el demandado tenía contraída una deuda-; en esta situación, el demandado es “autor de estafa procesal, por cuanto su conducta -aunque en complicidad con la parte contraria- ha sido dirigida a producir un error en el magistrado para perjudicar patrimonialmente a un tercero.”³²

En otro andarivel campea la idea de que tanto el demandante como el demandado pueden ser sujetos activos del delito de estafa procesal.

De La Fuente, apoyándose en la visión que tienen Soler y Núñez en cuanto al patrimonio, no ampara todos los derechos reales y personales, y en general todos los intereses económicos apreciables, las falsedades ardidas del demandado que causan un perjuicio patrimonial, aunque no logren una disposición, concretan la estafa procesal, considera que el demandado en un proceso puede ser sujeto activo del delito de estafa procesal, pues la sentencia dictada por el juez engañado, implica un perjuicio patrimonial para la parte contraria, desde que esta se verá impedida de ejercer un derecho o de obtener una utilidad cierta.³³

Báez, en varias publicaciones, se inclina por la posibilidad de atribuir responsabilidad penal también al demandado, invocando argumentos similares a los del anterior autor al basarse en el alcance del concepto de propiedad como bien jurídico protegido, y en la unánime posición de la doctrina respecto a que la protección de la ley represiva no se reduce a la propiedad en el sentido de dominio del artículo 2506 del C.C. -equivalente al artículo 1941 del Código Civil y Comercial de la Nación-, sino que se extiende a los derechos que otorga el artículo 17 de la Constitución Nacional, que comprende todas las relaciones jurídicas que se pueden llegar a poseer y que reconocen su fuente en relaciones personales; por lo tanto, la tutela penal abarca de este modo la tenencia, posesión, dominio y demás derechos reales, en virtud del poder que se tiene sobre bienes que se pueden llegar a poseer y que reconocen su fuente en relaciones personales, también las cosas procedentes

32. *Ibidem*, pp. 211-212.

33. De La Fuente, Javier, *¿Puede el demandado...?* (op. cit., 1996-E-1163).

de otros títulos o situaciones jurídicas que otorgan facultades aptas para aumentar los bienes de las personas que se encuentran dentro del patrimonio del sujeto, así operen incluso como expectativa de pago. Todo ello en consonancia con las enseñanzas de Soler, Núñez y lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.³⁴

Zavaleta se suma a esta corriente de opinión, en el sentido de que el sujeto activo de la estafa procesal puede ser tanto la parte actora como demandada, y además agrega al tercerista si es que la sentencia puede afectarle un interés propio.³⁵ Reafirma esta postura Gavier, al señalar que “representa una obviedad el hecho de que no sólo el demandante puede ser autor de estafa procesal sino que también puede serlo el demandado reconviniente o incluso, terceros que intervienen en el pleito como interesados o como terceristas; pero siempre como partes en el pleito aunque más no sea en un incidente que es accesorio del juicio principal”.³⁶

Debo concluir en que la segunda apreciación sobre esta cuestión es la que más se condice con los fundamentos de la denominada “estafa procesal”. En efecto, no caben dudas de que el demandante, al presentar documentación espuria u operar -inducir a testigos o peritos- de esa manera para afirmar sus pretensiones -sobre todo en los procesos civiles donde rige el principio dispositivo- provoca el error en el juez, quien dictará una sentencia falsa y, por ende, a raíz de ello deriva un perjuicio económico en los intereses del demandado; pero a su vez, si

34. Báez, Julio, *La estafa procesal*, LL 2006- F-580 y *El demandado...* (op. cit., LL 2000- E-1039).

35. Zavaleta, Miguel (op. cit. p. 271). “Al decirse ‘parte procesal’ y atento a que el ordenamiento procesal civil de la Nación, no alcanza a definir ese concepto, puede acudirse al artículo 40, que en su primera frase expresa: ‘Toda persona que litigue por su propio derecho o en representación de un tercero’. ‘El tercero se transforma en parte cuando interviene en el juicio ya pendiente, artículo 90 CPCCN Cuando se radica una demanda, se la contesta o interviene un tercero. El juez dicta un proveído en el que expresa que se lo tiene por (...) y parte’. ‘Parte es la persona física o ideal, a quien el juez de la causa reconoce como legitimado para actuar en ella, persiguiendo un fin esencialmente práctico al fijar quienes pueden actuar en un juicio determinado’. ‘Aparte es un sujeto del proceso, por la existencia de una relación de género a especie, pero no todo sujeto es parte, tal el caso del juez’”. Con cita de Fenochietto, Carlos E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Astrea, 1999, T. I, p. 183.

36. Gavier, Ernesto, “Delitos contra la propiedad consistentes en defraudaciones, abusos de la situación, apoderamientos de inmuebles y daños”, *Derecho Penal. Parte Especial. Libro de estudio*, 4ª edición, Balcarce, Fabián (Dir.), Córdoba, Advocatus, 2014, T. II, p. 47.

este hace lo propio también provoca el yerro del juzgador a quien le impide el dictado de una sentencia verdadera, y consecuentemente tal situación se proyecta sobre las pretensiones del demandante. Es una cuestión de ida y vuelta; por lo tanto, no sólo recae la eventual responsabilidad penal en uno de los sujetos de un proceso, sino en ambos.

En conclusión, en la estafa procesal -típica estafa en triángulo³⁷ se da la circunstancia de un desdoblamiento entre la víctima del engaño -juez o tribunal- y el ofendido -demandante o demandado,³⁸ y algunos incluyen al tercerista-, pero el sujeto activo, utilizando pruebas o elementos de convicción falsos o verdaderos, pero mañosamente desplegados,³⁹

37. Así lo entienden Donna, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, T. II-B, p. 327: "...los argumentos de la estafa en triángulo parecen ser de aplicación al tema, ya que los críticos no alcanzan a ver que hay dos personas distintas y que el juez es el engañado. Lo que puede discutirse es cuál es el grado y la posibilidad de engaño del juez, y si la falta de diligencia de este, no lleva a que se rompa la relación necesaria entre el fraude y el error, pero este será un problema de solucionar en el caso, y no de la dogmática penal"; Buompadre, Jorge, *Estafas y otras defraudaciones*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 80; Romero, Gladys, *op. cit.*, p. 349. "Uno de los más claros supuestos de 'estafa en triángulo' es la llamada *estafa procesal*, porque se produce un desdoblamiento entre la víctima del engaño y el ofendido por la estafa. Víctima del engaño y disponente es el juez, y ofendido por la estafa es la persona a la que afecta la resolución judicial...".

38. Así también Lascano, Carlos "Algunas cuestiones acerca de la estafa procesal" en *Pensamiento penal y criminológico. Revista de Derecho Penal integrado*, año VII - Nº 11, Córdoba, Mediterránea, 2007, p. 201.

39. Si bien se ha adoptado oportunamente la tesis amplia que descarta la "*mise en scène*", no debe considerarse que al hablar de despliegues mañosos en este tipo de delito se hace referencia a dicha forma de actuar. Lo que se quiere insinuar es que dadas las características de la estafa procesal, donde intervienen el aparato judicial y letrados, la maniobra requiere un cierto refinamiento y urdiembre para precisamente engañar a la víctima -juzgador- requiriéndose, en consecuencia, un plus en el actuar del sujeto activo. "La estafa procesal requiere de los elementos propios de la estafa, entre ellos el engaño idóneo para producir error en la víctima; tal engaño puede estar constituido tanto por el uso de prueba documental falsificada como por el uso de documentos verdaderos pero fraudulenta y artificiosemente empleados. Según la opinión que venimos exponiendo sobre el tipo de estafa, entendemos que si bien la simple manifestación falsa en el marco de un proceso jurisdiccional (simple mentira), desprovista de aptitud para engañar, por más temeraria o maliciosa que sea, no concreta el delito, debemos convenir que cuando tales afirmaciones (o negaciones) van acompañadas de otros elementos materiales (por ej. documentos falsificados) por medio de los cuales no sólo se convalidan las manifestaciones mendaces, sino que se pretende obtener un grado conviccional del juez para conducirlo a dictar una resolución contraria a los intereses patrimoniales

induce a error a la víctima para que ella produzca una resolución con la que se afecta y perjudica patrimonialmente al sujeto pasivo.

5. ¿HAY AUTORÍA MEDIATA?

En este trance, se ha dicho que el juez o tribunal, al ser un instrumento de comisión del delito, se produce una verdadera autoría mediata, entendida esta como la acción del que comete un hecho por medio de otro, quien para su ejecución se sirve como instrumento. Participa de esta idea Muñoz Conde, quien entiende que en los casos en que en un proceso se engaña a un juez y a consecuencia de este dicta una sentencia judicial injusta que perjudica a la otra parte, se da la llamada estafa procesal. En este caso, se utiliza al juez o tribunal como instrumento de comisión del delito de estafa en verdadera autoría mediata.⁴⁰ Donna también adhiere a dicha postura debido a que el juez actúa por error, causando el perjuicio, de manera que no existiría el desdoblamiento de la víctima tal como sucede en la estafa en triángulo.⁴¹

Empece a los argumentos dados a favor de esa alternativa, estimo juntamente con otros doctrinarios, que tal circunstancia no se da por la sencilla razón de que el juez no es quien realiza la acción típica sino el demandante, el demandado o el tercerista -si se admite a este último-, quien ejecuta las maniobras que llevan al error del magistrado quien sólo ordena, basado en ese error, una disposición judicial que va en perjuicio del patrimonio del ofendido. Por ello se dice que el magistrado es víctima del engaño que motiva a dictar tal veredicto, pero en realidad no es él quien realiza la acción típica.⁴²

de la parte contraria o de un tercero, el engaño adquiere suficiente aptitud como para producir el perjuicio patrimonial propio de la figura de estafa. La estafa procesal queda configurada también en aquellos supuestos en los que no sólo se demandan judicialmente documentos apócrifos, pretendiéndose cobrar lo no debido, sino también cuando el reclamo tiene su base en documentos verdaderos ya cancelados, retenidos o empleados fraudulentamente" (Cfr. Buompadre, Jorge, *Estafas ... op. cit.*, p. 83).

40. Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, p. 365.

41. Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 322; en igual sentido Aboso, Gustavo, *op. cit.*, LL1997-C-879.

42. *In extenso* Báez, Julio, *El silencio y la estafa procesal*, LL 2004-E-967; Romero Gladys, *op. cit.*, p. 349.

6. ELEMENTOS QUE HACEN A LA ESTAFA PROCESAL

Se ha descartado que no cualquier mentira o engaño pueden inducir a error al juez en un pronunciamiento que perjudique la parte, por tal razón se le requiere la aplicación de una contracción inherente a su función fundada en la prudencia y razonabilidad; ello implica “aplicar un mínimo de diligencia exigible” a tal magisterio, de lo contrario fácilmente podría incurrir en un incumplimiento a sus deberes funcionales. Pero lo relevante es analizar cada caso en particular, pues justamente en cada caso los elementos de convicción fácilmente pueden diferir, y ellos, en la estafa procesal, virtualmente son dirimientes en el contexto en que se desarrolla la acción para la consumación o no de este tipo. Se ha sostenido que la ley no protege al que se quiere dejar engañar, y el hecho resulta atípico si el error proviene de la negligencia del sujeto pasivo, en este caso el juez.

Asimismo, se ha afirmado que la convergencia entre actor y demandado, denominada “colusión”, urdida para inducir en error al juez para que produzca un decisorio que perjudica los derechos de un tercero extraño al pleito, como sería simular un juicio de divorcio, para lograr una resolución de separación de bienes que le impida a los acreedores embargar el inmueble, la ejecución simulada para sustraer de los acreedores algún bien, eludiendo el riesgo de la acción pauliana, o el reconocimiento de créditos falsos para aumentar el pasivo concursal, pueden constituir casos de estafa procesal.⁴³

En definitiva, no basta que se aporte al proceso un elemento probatorio falso y que la decisión del juez sea perjudicial a la otra parte o a un tercero, pues, sin duda, debe mediar un nexo causal entre ambos y un perjuicio patrimonial imputable objetivamente a aquella actividad procesal que crea el riesgo no permitido, es decir, que ante la ausencia de estos elementos no habrá estafa procesal, no obstante la conducta

43. Zavaleta, Miguel (*op. cit.*, p. 274), citando a Núñez, Ricardo (*op. cit.*, p. 311, notas 94 y 97). En este aspecto el artículo 103 del C.P.C.C.N expresa: “Cuando resultare probada la connivencia del tercerista con el embargado, el juez ordenará sin más trámite, la remisión de los antecedentes a la justicia penal e impondrá al tercerista, al embargado, o a los profesionales que los hayan representado o patrocinado o a todos ellos, las sanciones disciplinarias que correspondan. Asimismo, podrá disponer la detención del tercerista y del embargado hasta el momento en que comience a actuar el juez en lo penal”.

del sujeto activo puede encasillarse en una falsedad documental, uso de documento falsificado, instigación al falso testimonio, etcétera. Según las atestaciones de Lascano (h), podrá configurarse el delito en cuestión cuando se reúnan algunos de los siguientes elementos del tipo objetivo:

“1. Que el sujeto activo haya utilizado en el proceso algunos de los siguientes *ardides*: a) Uso de prueba documental falsificada o adulterada (re-cibo falsificado para sostener la excepción de pago en el juicio ejecutivo); b) Empleo fraudulento y artificioso de documentos material e ideológicamente auténticos (si el autor para cobrar judicialmente un crédito que sabe que no se le debe, ejecuta pagarés dejados sin efecto, que no había restituido al librador); c) Utilización de cualquier medio probatorio fraudulento (testigos o informes periciales falsos; sustitución, ocultamiento o mutilación de algún expediente o documento; colusión dolosa entre ejecutado y tercerista apoyada por un contrato simulado) [ejemplo brindado *ut-supra*]. 2. Que los hechos falsos expuestos por el sujeto activo y acreditados mediante una “*maquinación fraudulenta*” (art. 931 C.Civil -equivalente al art. 271 del Código Civil y Comercial de la Nación) hayan determinado el error del juez, y la consecuente sentencia injusta y perjudicial. O sea, tales ardidés hayan sido *idóneos* para producir la equivocada convicción del juzgador al fundamentar su fallo. 3. Aunque exista una sentencia firme, dictada por el tribunal como consecuencia de un error de hecho o de derecho inducido por la conducta procesal fraudulenta del sujeto activo, si no se produce el *perjuicio patrimonial* para la contraparte o un tercero, no se consuma este delito, que es *material e instantáneo*. Debe existir pues, una pérdida apreciable económicamente para el titular del bien jurídico protegido”.⁴⁴

Apunta Ciano que en todo proceso judicial cada una de las partes niega en forma sistemática los argumentos esgrimidos por la contraria, y en circunstancias determinadas ello se erige en un imperativo procesal, pero en otras ocasiones no sólo se niega lo afirmado por la contraparte, sino que falsean la realidad o directamente inventan una versión de los hechos.

“Se ha afirmado que sólo excepcionalmente la mentira puede ser valorada como ardid suficiente para provocar el error que pueda configurar el fraude; y si sólo es excepcional para la estafa genérica, más

44. Lascano (h), Carlos, *op. cit.*, pp. 204-205.

difícil es aún imaginar de qué forma la simple mentira puede engañar a un magistrado. Si la mentira va acompañada de otras acciones, ya no será la mentira, sino la conjunción de las acciones señaladas lo que conforme el engaño; en cambio, si sólo se miente al juez, el magistrado no puede resultar engañado por la simple mentira y en consecuencia, como principio general, tampoco habrá estafa procesal”.⁴⁵

Asimismo, la *injusta petitio* -petición dirigida a un órgano judicial, que contiene afirmaciones falsas, teniendo por objeto lograr que se haga lugar a la solicitud del demandante, condenando a la parte demandada a hacer algo a lo que no está obligada o abonar un monto superior al realmente debido- no constituye una estafa procesal, salvo que sea acompañada por pruebas falsas. Es así que *injusta petitio* no basta por sí mismo para tipificar el fraude procesal y guarda parangón con la simple mentira.

En cuanto a la estafa procesal mediante el silencio, puede ser factible su comisión en la medida que exista una obligación de denunciar, o se ha asumido una posición de garante respecto del deber de conducirse en forma veraz. “Entonces, quien se manifiesta silencioso en determinada petición procesal, incluso no evitando el error de otro, no comete el delito de estafa procesal -sino una mentira ausente entidad típica- cuando no se da una situación de excepción, vinculada con la garantía referenciada, merituable con carácter restrictivo, que lo obligaría a despejar el error de un tercero”.⁴⁶

7. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

En cuanto al momento de consumación, las hipótesis no son concordantes sobre si se da en el instante en que se notifica la sentencia o el de ejecución, sea ejecutoriada o no.

Según Cerezo Mir, en la doctrina española el delito de estafa se consuma cuando el sujeto activo obtiene el lucro perseguido, y en la alemana en la causación del perjuicio.

45. Ciano Ariel, “La estafa procesal y la defraudación por supresión de documentos”, *Temas de Derecho Penal argentino*, Ferrara, Juan (Dir.) / Simaz, Alexis (Coord.), Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 643.

46. Báez, Julio, *Ocultamiento de herederos y estafa procesal*, LL 2007-A-278.

“En la estafa procesal, por tanto, el delito se consumará cuando recaiga sentencia firme o cuando, sin serlo, sea susceptible de ejecución provisional. En los demás casos, la sentencia que no sea firme no determina aún la consumación del delito, pues supondrá ya un perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo (que verá disminuido su crédito), pero el sujeto activo no habrá obtenido aún provecho alguno. En algunos casos excepcionales el provecho injusto no se conseguirá hasta la ejecución de la sentencia”.⁴⁷

Oliva García⁴⁸ estima que no es preciso esperar a la ejecución de la sentencia, pues esta, al encontrarse firme, perjudica al perdidoso, quien ya ha perdido la disponibilidad de la cosa objeto del litigio. En este caso, considera que no existe duda de que hay una disminución patrimonial, ya que la misma no aparece cuando desaparece el bien del patrimonio, sino incluso cuando se asume una obligación, pues de igual forma gravita sobre el patrimonio. No se puede perder de vista que la sentencia firme es ejecutable en cualquier momento y, por ende, desde el instante en que adquiere firmeza, una de las partes en virtud del acto de disposición del juez realizado sobre el patrimonio con la imperatividad propia de la actividad jurisdiccional, tiene la obligación de cumplir lo prescripto por aquella.

Muñoz Conde había sostenido en ediciones anteriores que bastaba con la emisión de la sentencia, pero luego revé su postura y considera que se consuma cuando se produce la privación efectiva de bienes económicos al litigante vencido por cumplimiento o ejecución de la sentencia.⁴⁹ En igual sentido Torio López.⁵⁰

Para Núñez, la estafa procesal -como la estafa en general- se consuma con la pérdida de la propiedad por el ofendido. Por consiguiente, tratándose de la sentencia o decisión judicial dispositiva de propiedad, debe distinguirse acerca de su eficacia para consumar la estafa: la que dispone el cumplimiento de una prestación susceptible de apreciación pecuniaria, como es la que se refiere al cumplimiento de obligaciones,

47. Cerezo Mir, José, *op. cit.*, p. 133.

48. Oliva García, Horacio, *La estafa procesal*, Madrid, 1970, p. 234, citado por Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, p. 366.

49. Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, p. 365.

50. Torio López, Ángel, “Acción y resultado típico de la estafa procesal”, *Libro homenaje al profesor José Antón Oneca*, Salamanca, 1982, p. 897 citado por Muñoz Conde, Francisco (*op. cit.* p. 365).

no consuma por sí la defraudación y deja el hecho en el tramo de la tentativa mientras no se cumpla; pero la que es de por sí dispositiva de propiedad, como es la que niega una reivindicación o concede la prescripción de la deuda, consuma la defraudación.⁵¹

López González / Maiulini expresan su opinión teniendo en cuenta la concepción que se tenga sobre el patrimonio y, en base a ello, estiman que afirmar que el delito se consuma con la ejecución de la sentencia no alcanza, ya que, por ejemplo, con un embargo trabado en forma efectiva sobre el bien, la existencia de una compensación económica elimina el perjuicio o este es inexistente, de modo que resulta más atinado analizar la posibilidad de daño patrimonial en cada caso particular y, de esta forma, la mirada se extiende más allá del dictado, firmeza o ejecución de la sentencia.⁵²

Bien apunta Báez que no obstante las particularidades que pueda tener la estafa procesal, el momento consumativo de esta resulta, en sus efectos, similar al de la estafa genérica, toda vez que el hecho se reputa consumado cuando se constata la pérdida del bien de propiedad del ofendido. Por ello, más allá de una sentencia judicial que consagre una prestación coactiva, es evidente que aun no se ha producido el desplazamiento del bien de una de las partes hacia la otra por imperativo de dicho resolutorio judicial y sólo se estaría en la faz de una tentativa.⁵³

51. Núñez, Ricardo (*op. cit.* p. 312).

52. López González, Mirta -Maiulini Federico "Estafa procesal. El momento de su consumación", *Revista de derecho penal, Estafa y otras defraudaciones*, Donna Edgardo (Dir.), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, T. II, p. 422.

53. Báez, Julio, *El silencio ...*, *op. cit.*, p. 973: "... Durante todo el desarrollo de ese proceso, y hasta tanto el imputado no desista de su pretensión injusta, el delito se encuentra tentado saliendo de ese estado ... en el momento en que la víctima ve disminuido su peculio y no con el pronunciamiento jurisdiccional que 'dice el derecho' ... la presentación de la demanda falsa es sólo un acto preparatorio -ajeno a la reacción penal- que sale de ese estado cuando se introduce al proceso el material espurio." Lascano (h), Carlos afirma que la estafa procesal es un delito progresivo, pues se desenvuelve a lo largo del proceso, mediante las sucesivas maniobras tendientes a obtener ardidosamente la resolución judicial errónea y perjudicial para los intereses económicos del otro, y tal característica es decisiva para la configuración de la tentativa -que puede implicar una conducta permanente- y para determinar el momento en que cesa de cometerse, a los fines del comienzo del plazo de prescripción de la acción. Entiende que el comienzo de ejecución del delito tiene lugar con la iniciación de la conducta procesal ardidosa, esto es, al presentar la demanda ejecutiva acompañando un pagaré falso, o posteriormente, al producir prue-

De acuerdo al desarrollo que se ha hecho de este tópico, parecería, *prima facie*, que la estafa procesal tendría lugar en un juicio civil donde ambas partes pueden llegar a inducir error al juez para que con las pruebas espurias aportadas, llegue a una conclusión a favor de una u otra parte. Pero, es del caso que la situación en estudio, también se puede dar en el fuero penal, con la misma actitud puesta de manifiesto por el imputado o el querellante particular, para que justamente con el aporte de pruebas apócrifas se llegue a la condena de alguien que resulta ser inocente o a la absolución de quien no lo es, con el consiguiente perjuicio patrimonial, como sería el caso de la intervención del actor civil que luego, o paralelamente, inicia una acción indemnizatoria que se sustenta en un fallo erróneo en sede penal. También se puede citar como ejemplo la condena en sede penal en el caso de un accidente de tránsito, basado en la intromisión de pruebas no ciertas que inducen a error al juez y ello determina que la aseguradora demande posteriormente al supuesto culpable. La misma situación se puede dar en el fuero familiar, a guisa de ejemplo se puede exponer el caso de una demanda de alimentos incoada en base a prueba falsa que lleve al juez a dictaminar en un sentido errado, con el consecuente perjuicio patrimonial por parte, en este caso, del demandado.

8. CONCURSO CON OTROS DELITOS

Generalmente, la conducta ardidosa desplegada en la estafa procesal se alía con otros delitos tales como: la falsedad documental, el uso de documentos falsos, el falso testimonio, la defraudación por supresión de documentos; de modo que se presenta un concurso entre estos y la estafa procesal consumada o su tentativa.

Se ha sostenido que la utilización de instrumentos públicos (artículo 296 del Código Penal) concurriría idealmente con el delito de estafa procesal (artículo 172 del Código Penal), en función del artículo 292 del Código Penal.⁵⁴ Sin embargo, también se ha sostenido que cuando la falsedad, ya sea material o intelectual, recae en un instrumento público,

ba falsa o al iniciarse la tercería con colusión entre ejecutado y tercerista apoyada con elementos fraudulentos (Cfr. Lascano (h), Carlos, *op. cit.*, pp. 205-206).

54. Ciano, Ariel, *op. cit.*, p. 649.

su consumación queda patentizada en esa sola alteración de la verdad, a diferencia del documento privado, cuyo perfeccionamiento delictual depende del uso que se haga de él; aquí rige el concurso real.⁵⁵

En cambio, si el documento utilizado es un instrumento privado -supuesto más corriente- se estaría en presencia de un concurso aparente porque desplaza a aquel el artículo 172 del Código Penal, ya que existe una excepción por el perjuicio patrimonial inherente a la estafa.⁵⁶

El autor en cita indica que en la mayoría de los casos puede ser muy difícil determinar la autoría de la falsificación del documento, pues esta se advertirá al ser presentada en instrumento en el proceso.

Pero no basta la presentación del documento falso o adulterado para que se configure la estafa procesal, ni tampoco alcanza el fin de engañar al juez sino que se hace menester que mediante tal aporte se obtenga un beneficio patrimonial o, por lo menos, la causación de un perjuicio de tal índole; de lo contrario, se incurriría solamente en los delitos previstos en los artículos 292/298 bis del Código Penal.⁵⁷

55. Zavaleta, Miguel, *op. cit.*, p. 315.

56. *Ibíd.*, p. 649.

57. *Ídem.*

JURISPRUDENCIA

Sobreseimiento. Inexistencia de ardid o fraude en el documento incorporado en el expediente comercial que pueda inducir a error al juez. Documento suscripto en blanco que posteriormente fue completado. Atipicidad. Hecho que debe ventilarse en el fuero comercial. Costas procesales impuestas al querellante por el principio general de la derrota. Confirmación.

Fallo: (...) El juez Rodolfo Pociello Argerich dijo: (...) el auto recurrido es correcto, pues la conducta denunciada no constituye delito.

(...) la querella finca su imputación en que el convenio suscripto por las partes el 15 de noviembre de 2010 es falso pues, según sostuvo, fue labrado abusando de la confianza del querellante, pues habría sido redactado en una hoja que este suscribió en blanco y su contenido sería completamente distinto a lo acordado con las letradas. Dicho instrumento fue presentado en el marco del Expediente N° 33933, de trámite ante el Juzgado Nacional en lo Comercial N° (...), Secretaría N° (...), para que el magistrado comercial “dictara un pronunciamiento perjudicial para sus intereses”.

Dicho esto, no se advierte por parte de las acusadas una conducta engañosa que haya inducido a error al juez comercial.

Aun cuando la querella insiste en que hubo de agregarse el convenio de honorarios falso, lo cierto es que no se ha podido demostrar que aquel fuera apócrifo; menos aun, que el juez hubiera actuado por error, engañado, al momento de resolver.

Esa sola circunstancia -la ausencia de ardid o engaño que provoque error en el juez- impide la secuencia típica de la estafa procesal (esto es, fraude, inducción a error a través de aquel y una disposición patrimonial perjudicial). Sobre el punto, se ha dicho con acierto que el fraude existe sólo cuando la parte se vale de elementos de prueba fraudulentos (1), extremo que no se verifica en el caso bajo estudio.

(...) la alegada falsedad del documento no sólo se ve desvirtuada por la experticia de la División Scopometría de la Policía Federal de fs. (...), sino también por las referencias de la escribana (...), quien se

encontraba presente en el estudio de la imputada (...) el día en que se suscribió el instrumento en cuestión, en relación a lo que manifestó que, en un primer momento, se le había requerido que certificara las firmas del documento, lo que no fue necesario, pues (...) le indicó que dispensaba a (...) un trato de suma confianza (ver fs...).

De otro lado, la manifestación espontánea formulada por las imputadas (fs. ...), en las que se relató detalladamente la forma en la que tuvieron lugar los hechos traídos a estudio, a más de encontrar basamento en la prueba documental incorporada en la causa, no ha sido desvirtuada por la querrela, lo que robustece aún más su versión de los hechos.

En esta línea y en base a lo expuesto, no es factible afirmar, desde el plano de la tipicidad, la existencia de una estafa procesal. Por ese motivo, ha de homologarse el sobreseimiento dictado en la primera instancia en favor de las acusadas (...) y (...).

Frente a esto, considero que no es en esta sede donde debe ventilarse el alcance o validez del convenio suscripto, pues es el fuero comercial -por especificidad- el que debe resolver este tipo de planteos y no este derecho represivo de ultima ratio.

Respecto al agravio invocado por la parte querellante en relación a las costas procesales que le fueron impuestas, corresponde señalar que, como consecuencia del principio general de la derrota que rige en la materia, es correcta la imposición de su pago a la parte vencida, pues aun cuando el fiscal haya requerido la instrucción en los albores de estas actuaciones, ello no es una pauta que, en el caso, permita apartarse del principio general, pues la contundencia de la prueba incorporada en lo sucesivo a raíz de aquel, me convence del acierto de su imposición a la querrela y, además, de proceder de igual modo en esta instancia.

Así voto.

El juez Gustavo A. Bruzzone dijo: Comparto en un todo lo dicho precedentemente por mi colega en cuanto a la atipicidad de la conducta que se investiga y a la imposición de las costas procesales.

(...) de la lectura de las constancias reunidas en el marco de un escenario donde imperan las versiones contrapuestas de los intervinientes, no se advierte la presencia de un supuesto delictivo que pueda subsumirse en la figura prevista por el artículo 172 del ordenamiento sustantivo. Comparto también lo expresado por mi colega preopinante respecto

del carácter de ultima ratio del derecho penal, razón por la cual debe ser el fuero mercantil el que debe intervenir en este tipo de planteos.

No obstante lo señalado, considero que también existe una cuestión de índole formal que me lleva a confirmar los sobreseimientos dispuestos a fs. (...).

Ello así pues, el fiscal de grado no recurrió la desvinculación dispuesta y el fiscal general ante esta instancia también guardó silencio al ser notificado de la celebración de la audiencia oral (artículo 453 del código adjetivo), pese al derecho de adherir que cuenta para refutar la posición de su inferior jerárquico (ver fs. ...).

(...) toda vez que el querellante no goza de legitimidad para impulsar la acción penal autónomamente, tal como lo sostuve en las causas N° 36397, “Puente”, rta. 8/09/09 y 36.269 “Abdelnabe”, rta. 21/08/09, entre otras, del registro de la Sala I de esta Cámara, y causa N° 2226/12 “Torres”, rta. 27/02/13 de esta Sala, voto por confirmar el sobreseimiento dictado.

(...) el tribunal RESUELVE: I. CONFIRMAR los puntos I y II auto de fs. (...), por el que se dispone el sobreseimiento de (...) y (...). II. CONFIRMAR la resolución de fs. (...), por la cual se imponen las costas procesales a la querrela. III. IMPONER costas de alzada a la parte vencida (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala V, Bruzzone, Pociello Argerich. (Sec.: Poleri). c. 25.062/13, ZAMBRANO, María Elisa y Otro. Rta.: 23/09/2013.

Se citó. (1) Jorge Eduardo Buompadre, “Estafas y otras Defraudaciones”, pág. 85, Lexis Nexis Argentina, 2005.

Mediante la falsificación de un documento público. Procesamiento. Ardid inidóneo. Adulteraciones evidentes y burdas que fueron advertidas inmediatamente por el propio magistrado. Falta de perjuicio económico. Revocación. Sobreseimiento. Disidencia: Adulteración en una cédula que no fue evidente y respecto de la cual el magistrado debió citar al oficial notificador para ahondar. Adulteración de un elemento de prueba ya incorporado. Falsificación de documento público. Confirmación. Modificación de la calificación legal por la de falsificación de documento público.

Fallo: (...) IV. Los jueces Mario Filozof y Julio Marcelo Lucini dijeron: En primer lugar corresponde recordar que tal delito es un caso

especial de la genérica y, por ello, debe estar presente el trinomio: ardid, error y disposición patrimonial perjudicial.

En este caso las adulteraciones tendientes a hacer incurrir en error a la jueza han sido burdas, pues surge a simple vista que la notificación extendida a fs. (...) está sobrescrita y que la fecha de la cédula estampada a fs. (...) fue enmendada sin ser salvada para dotarla de validez. Confirma esta presunción que la Sra. Juez en lo Civil advirtió de inmediato estas cuestiones e incluso que una de ellas se encontraban sin enmendar y convocó al Oficial Notificador (...), circunstancia que la demandada hizo notar también en su presentación de fs. (...), ocasión en la que consignó que "...la supuesta fecha de notificación efectuada por la actora en marzo de 2012, no constaba al momento de que mi parte solicitara la caducidad de la instancia...", lo que originó que a fs. (...) se remitiera el legajo a esta sede, librándose coetáneamente un oficio al Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados para que tomara nota de lo acontecido.

Las adulteraciones han sido evidentes, advertidas por la contraparte y por la juez interviniente, por lo que concluimos que el ardid fue inidóneo desde un inicio y, por ende, incapaz de poner en peligro el bien jurídico.

Al respecto, hemos sostenido que "...para que la idoneidad del documento desplace la tipicidad de la conducta debe ser burdo en sí mismo, de forma tal que cualquiera pueda advertirlo" y que "...teniendo a la vista el documento (...) advertimos que se trata de una falsificación burda y su inidoneidad deviene evidente en virtud de las maniobras rústicas practicadas para su confección lo cual le quita toda apariencia de genuidad y con ello, la posibilidad de afectar el bien jurídico protegido, es decir, la fe pública" (1).

La inidoneidad de la adulteración y/o uso del instrumento traduce la imposibilidad de causar un perjuicio, habida cuenta que sin un ardid apto no puede generarse un error que conlleve a una disposición patrimonial dañosa. Así, corresponde disponer el sobreseimiento de (...) en los términos del artículo 336 inciso 3° del Código Procesal Penal.

V. El juez Ricardo Matías Pinto dijo: Al analizar la cuestión estimo que si bien la adulteración de fs. (...) de los autos (...) podría resultar evidente y grosera, lo cierto es que ello no ocurre con la de fs. (...), nótese que la Sra. juez Civil no advirtió la falsedad claramente sino que convocó al Oficial

Notificador que la diligenció para que brindara mayor información al respecto, y luego dispuso la remisión de la causa a esta sede (...).

Por lo tanto, y circunscripto a los agravios del recurrente, entiendo que corresponde confirmar la decisión en crisis.

Sin embargo, discrepo con la calificación legal adoptada por el magistrado de instrucción, por cuanto el hecho investigado no constituye un supuesto de estafa procesal al no haberse agregado al expediente una prueba apócrifa para inducir a error al juez, sino que se habrían adulterado constancias ya incorporadas a esos autos. Esta circunstancia demuestra que la conducta pesquisada configura el delito previsto en el artículo 292 del Código Penal.

Al respecto, se ha sostenido que "...la estafa procesal no es la mera estafa cometida en un proceso, sino la perpetrada mediante el engaño al juez; requiere un fraude en los elementos que deben motivar la decisión judicial, lo que sucede cuando se utilizan documentos falsificados o adulterados, o con documentos auténticos maliciosamente retenidos, o con aquellos que, aun sin mediar tal circunstancia, hubiesen quedado en poder del acreedor por una negligencia o liberalidad del deudor luego de cumplida la obligación" (2).

Por lo tanto, corresponde confirmar el procesamiento modificando la calificación legal adoptada por la de falsificación de documentos públicos. Así voto.

En consecuencia, este Tribunal RESUELVE: REVOCAR el punto I del auto de fs. (...) y disponer el SOBRESEIMIENTO de (...), cuyas demás condiciones personales obran en autos, en orden al delito de estafa procesal mediante falsificación de un documento público por el cual fuera formalmente indagada, dejándose constancia que la formación del presente sumario en nada afecta el nombre y honor del que gozare con anterioridad (art. 336 inciso 3° del catálogo procesal). (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala VI, Filozof, Lucini, Pinto (en disidencia). (Sec.: Oberlander).

c. 6413/13, GERCHENZON, Patricia Nora. Rta.: 08/10/2013.

Se citó: (1) C. N. Crim. y Correc., Sala VI, c. 1352/2012, "Calderón, Luis Fernando", rta.: 17/10/12; (2) Romero Villanueva, Horacio J. "Código Penal de la Nación. Anotado. Legislación complementaria", 2ª edición, Buenos Aires, 2006, pág.704.

Funcionario público. Prescripción de la acción penal. Procedencia. Coimputado funcionario público en ejercicio de sus funciones. Delito culposo. Pretensión de suspensión de la prescripción por ser funcionario público el coimputado que no se aplica al caso por ser el delito imputado culposo. Confirmación.

Fallo: (...) La querrela recurrió en apelación el auto documentado (...), que declaró extinguida por prescripción la acción penal en relación con (...) -y decretó su sobreseimiento-, bajo el fundamento de que se había omitido considerar que en la medida en que la coimputada (...) habría continuado en el ejercicio de la función pública al menos hasta el 14 de abril de 2011, cabía la aplicación de la causal de suspensión prevista en el art. 67, segundo párrafo, del Código Penal.

Corresponde, así, analizar tal agravio, siempre que ha sido el único expuesto por la acusación particular para cuestionar la decisión asumida en la instancia anterior.

En torno a ello, entiende el Tribunal que con independencia de que, en efecto, las imputadas (...), (...) y (...) se desempeñaron en cargos públicos y que la última de las nombradas habría continuado en su función de Jefa del Servicio de (...) hasta al menos el 14 de abril de 2011, el análisis que aquí cabe formular excede esa circunstancia.

Recuérdese que a (...) se le atribuye el delito de lesiones culposas que sufrió (...) dentro del (...), al haber omitido adoptar las medidas de seguridad e higiene destinadas a evitar el resultado que finalmente se produjo, en su carácter de integrante de la Gerencia de Prevención de Riesgos de "...".

Corresponde entonces determinar si la suspensión del curso de la prescripción que establece la ley debe operar, en el caso, respecto del nombrado.

Para ello, y más allá del alcance que se le pueda otorgar a la expresión "cargo público" contemplada en el citado artículo 67 del Código Penal, lo cierto es que la extensión que allí se hace a "todos los que hubiesen participado" encuentra un límite en el carácter culposo del delito atribuido.

Así, mientras que en los delitos dolosos se distinguen las formas de participación -en sentido amplio: coautoría, participación necesaria y secundaria e instigación-, en los tipos imprudentes cada uno de

los involucrados es responsable sólo de sus acciones u omisiones y el resultado perjudicial que ocasionen. Por ello ha señalado la doctrina que “Todo grado de concausación respecto del resultado típico producido no dolosamente, mediante una acción que no observa el cuidado requerido en el ámbito de relación, fundamenta la autoría del respectivo delito culposo. Por esta razón no existe, en el ámbito de los delitos culposos, la diferencia entre autoría y participación. Ello, porque toda clase de concausación en la producción no dolosa de un resultado mediante una acción que lesiona el cuidado conforme al ámbito de relación, es ya autoría...” (1).

En similar sentido se ha sostenido que “La necesidad de establecer diferencias entre autoría y participación existe solamente en los delitos dolosos; en los delitos culposos, estructurados de otro modo, no tiene ninguna significación” y que “Por su peculiaridad, no hay, en los delitos culposos, ni ‘tentativa’ ni ‘participación’” (2).

Se descarta entonces que en el caso sub examen sea aplicable la causal de suspensión invocada por la parte recurrente, pues el imputado (...) no era funcionario público ni es posible sostener -a tenor de la imputación por imprudencia que se le formula- que hubiera participado de un delito cometido por otro con tal carácter.

En consecuencia, dado que desde la fecha en que el hecho se habría cometido ha transcurrido el plazo máximo de la pena del delito que se atribuye al nombrado sin que se verificara ningún acto interruptivo del curso de la prescripción de la acción penal (arts. 62 inc. 2 y 67 párrafo cuarto a contrario sensu del Código Penal), corresponde homologar el auto recurrido.

En cuanto a las costas, se impondrán por su orden, en virtud de las distintas interpretaciones que ha dado lugar la norma invocada.

Por ello, se RESUELVE: CONFIRMAR, con costas de alza en el orden causado, el auto documentado (...), en cuanto fuera materia de recurso.

C. N. Crim. y Correc., Sala VII, Cicciaro, Divito, Scotto. (Sec.: Franco). c. 44.427/07, PIOLO, Pablo H. Rta.: 30/08/2013.

Se citó: (1) Hans Welzel, Derecho Penal Alemán, Parte General, 12^{va} ed., 3^{ra} ed. castellana, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987, p. 143. (2) Johannes Wessels, Derecho Penal, Parte General, traducción de la 6^{ta} edición alemana de 1976, Depalma, Bs. As., 1980, p. 149 y 193.

Prescripción de la acción penal. Rechazada. Escribano público que interviene en la celebración de escrituras. Encuadre típico: artículo 174 inciso 2 del Código Penal Concepto de funcionario público. Escribano: No reviste calidad de funcionario público. Maniobra en donde su participación se limitó a la actuación en las escrituras. Revocación. Prescripción. Sobreseimiento.

Fallo: (...) II.- Los suscriptos sostienen que el notario no reviste esa calidad. Pese al debate suscitado en torno a la temática, consideramos que si bien por delegación estatal da fe pública en los instrumentos en cuya confección interviene, no se encuentra bajo relación de dependencia con el Estado, ni su nombramiento depende de aquel. Además ejerce una actividad privada a petición de clientes que abonan un canon por sus servicios.

En este sentido se ha señalado que “...el escribano de registro es depositario de la fe pública, pero no es funcionario público (1), pues no tiene relación de dependencia con el Estado, ya que sólo los inviste de la facultad de autenticar los documentos confeccionados en su presencia” (2).

También se dijo que “si bien el escribano participa de una función estatal, cual es la de otorgar fe pública de los instrumentos que pasan por ante él, lo hace como profesional que el Estado habilita para esa tarea pero que no está incorporado a la estructura de la administración. Véase que su condición no depende del nombramiento de una autoridad estatal y el desarrollo de su actividad reviste características esencialmente privadas -al punto de realizarse a petición de los particulares-, sin vinculación, permanente o accidental con un organismo público” (3).

La misma inteligencia es seguida por la doctrina que postula que “si se parte de la idea que los efectos de los actos celebrados son los que dan rango de público a la profesión (...) se confunde el contenido de la función con la función misma (...) cuando el Estado atribuye el desempeño de la fe pública a los escribanos no designa representante sino que reglamenta una profesión (...) el notariado es una profesión especial organizada especialmente (...) la rigurosidad de las prescripciones que contiene la Ley de Organización del Notariado no tiende más que asegurar la eficacia y seriedad del ejercicio de una profesión a cuyo desempeño se subordina la seguridad de los actos jurídicos (...) Los notarios se

vinculan así a la ley, siendo instrumentos de la misma para satisfacer las exigencias que impone sobre la forma de ciertos actos jurídicos” (4).

Se sostuvo que hay supuestos en que el “...particular es asimilado a un funcionario ... pero que sin embargo no autorizan a considerar que cualquier función, aún cuando se le adscriba cierta significación institucional de orden público, ya constituye ‘ejercicio de las funciones públicas’ -es el caso del escribano, pese a la trascendencia institucional de su función...” salvo cuando actúa como auxiliar de justicia (5).

Finalmente, en su comentario al artículo 77 inciso 4 del Código Penal, Creus y Buompadre refieren que “se requeriría en el partícipe de la función pública una relación administrativa que, en el desempeño funcional, lo haga encuadrarse dentro de la estructura jerárquica de los poderes del Estado; así surge especialmente del art. 77 por su referencia a las hipótesis del nombramiento o elección popular con que comienza dicha relación; eso no se da en el escribano público que, si bien participa de una función estatal, lo hace como profesional que administrativamente el Estado se limita a habilitar (no a nombrar) y a controlar, pero que no está incorporado a la estructura de la Administración” (6).

En consecuencia, dado que (...) no reviste la calidad de funcionario público, no es aplicable lo previsto en el párrafo final del artículo 67 del código sustantivo en este caso. Inclusive abona esta postura el hecho de que el precepto apunte a evitar que pueda influir en el trámite de la causa aprovechando su posición, logrando de tal modo que concluya la acción persecutoria estatal (7).

Además, “El motivo suspensivo bajo análisis no puede tomarse fuera del contexto que la inspira, es decir, sin tener en cuenta su fundamento, porque podría llevar a soluciones inequitativas o crear una nueva categoría de delitos cuasi o prácticamente imprescriptibles” (8) y que por cargo público “...no debe entenderse cualquier empleo estatal, sino al funcionario cuya jerarquía o vecindad con esta permita sospechar que puede emplear su autoridad o influencia con el fin de perjudicar el ejercicio de la acción penal (ministro, secretario, subsecretario, juez), o de sus cómplices o personas de estricta confianza” (9).

Sentado ello, recordamos que el encuadre típico adoptado uniformemente a lo largo de toda la pesquisa, tanto por el acusador público como por el privado (...) es el del artículo 174 inciso 2 del Código Penal, el cual se consuma cuando el sujeto activo aprovechando la minoridad

o incapacidad del pasivo lo hace participar en un acto patrimonialmente perjudicial, como puede ser la firma de un documento.

Esta Sala ha sostenido que “...La dinámica del delito exige que la conducta desplegada por el autor esté dirigida a explotar la situación de la víctima ‘para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico’ (...)” (10), siendo entonces cuando se perfecciona la conducta punible (11). Del cotejo de las actuaciones se desprende que (...) tomó intervención en la suscripción por parte de (...) de las escrituras (...) del (...), donde pactó junto con sus hermanos, (...), la división del condominio de diversos inmuebles (...); la N° (...) del (...) por la que otorgó poder amplio de administración y gestiones judiciales (...) y la N° (...) en que cedió al primero los derechos y acciones que tenía y le correspondían en el expediente (...) caratulado (...) del Juzgado Nacional en lo Civil N° (...).

Conforme la “tesis del paralelismo”, a la que adhirió el legislador tras la reforma operada por la Ley N° 25990 y advirtiendo que su actuación se vio limitada a tales actos sin que haya desplegado conducta posterior alguna que pudiera extender los efectos de su intervención concluimos que desde las fechas destacadas hasta la actualidad transcurrió el plazo previsto como pena máxima prevista para la figura típica (6 años) habiendo vencido la acción, respectivamente, el (...), (...) y el (...).

Aún de considerar que nos encontramos en una única acción y se tome en cuenta la última fecha, la acción penal no ha sido interrumpida por actos procesales y carece de condenas (...).

Su participación sea como coautor o participe en los hechos pesquizados de acuerdo a la imputación sólo se centra en el otorgamiento de las escrituras en las cuales tuvo actuación, por lo cual el argumento de la querrela, y el fiscal en tanto nos encontramos en un accionar global, no puede serle atribuido porque no se advierte otro aporte o voluntad de tomar parte en el resto de la maniobra, actos que se le reprochan a (...).

El análisis efectuado permite concluir que la acción penal respecto a (...) ha caducado por el transcurso del tiempo (artículos 59 inciso 3, 62 inciso 2 y 67 del Código Penal) (...).

(...), el Tribunal RESUELVE: Revocar el auto de fs. (...) y declarar prescripta la acción penal respecto a (...) y disponer su sobreseimiento (artículos 59 inciso 3, 62 inciso 2, 67, 174 inciso 2 del Código Penal, 336 inciso 1 e *in fine* del Código Procesal Penal de la Nación). (...).

C. N. Crim. y Correc., Sala VI, Filozof, Lucini, Pinto. (Sec.: Williams). c. 26583/10, VITANGELLI, Jorge Luis. Rta.: 17/04/2013.

Se citó: (1) C. N. Crim. y Correc., Sala III, c. 19.625 “Cano, N.”, rta.: 12/11/85; (2) C. N. Crim. y Correc., Sala V, c. 35.903 “Raiano, Ana María”, rta.: 25/11/2008; (3) C. N. Crim. y Correc., Sala IV, c. 350/12, “Mira, Susana Esther”, rta.: 26/4/2012; (4) Díaz de Guijarro, E. “¿Son funcionarios públicos los escribanos?”, JA 1929, t. 31, p. 260, citado en Abella, Adriana “Derecho Notarial. Derecho documental - responsabilidad notarial”, Zavalía, 2ª edición, 2010, pág. 33; (5) Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Hammurabi, 2ª edición, 2007, pág. 573; (6) Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo “Falsificación de documentos en general”, 4ª edición, Astrea, 2004, pág. 236; (7) D'Alessio, Andrés J. (dir.) y Divito, Mauro A. (coord.) “Código Penal de la nación. Comentado y anotado”, La Ley, 2ª edición, 2011, tomo I, pág. 997; (8) Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio R. (dir.), “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Hammurabi, 2ª edición, 2007, tomo 2B, pág. 228; (9) Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro “Derecho Penal. Parte general”, Ediar, 2ª edición, 2011, pág. 904; (10) C. N. Crim. y Correc., c. 42.442 “Chiaretta, Roberto Raúl”, rta.: 20/10/2011; (11) C. N. Crim. y Correc., c. 38.516, “Romero, Analía”, rta.: 3/12/2009, y c. 27.438, “Morosan, Patricia”, rta.: 28/2/2006.

Estafa procesal. Sobreseimiento. Maniobra realizada por la imputada en el juicio sucesorio de la madre para percibir un crédito previsional. Omisión de denunciar la existencia de otro heredero. Posibilidad de hacer incurrir al juez civil en error. Tipicidad. Revocatoria. Procesamiento.

Fallo: (...) En concordancia con la postura de ambos recurrentes, la decisión puesta en crisis debe ser revocada, en tanto las constancias adunadas a la encuesta no sólo permiten descartar la atipicidad sostenida por el sentenciante sino que además sustentan prima facie el dictado del procesamiento de (...) en orden al delito de estafa procesal.

Se atribuye a la imputada haber engañado al titular del Juzgado Nacional en lo Civil N° (...) en el marco del Expediente N° (...) “...s/ sucesión ab-intestato”, al omitir informar acerca de la existencia de su

hermano (...), logrando de tal manera que el magistrado allí interviniente la declarara única y universal heredera de su madre, percibiendo en tal calidad la suma de (...) que fuera denunciada como único bien del acervo hereditario.

Si bien hemos interpretado en anteriores oportunidades que el mero silencio no configura, en principio, un ardid idóneo para crear en el juez una falsa representación de los hechos que motiven su decisión (1), entendemos que tal doctrina no resulta aplicable al caso que nos convoca.

Al respecto, debe ponerse de resalto que la promoción por parte de (...) del proceso sucesorio no tuvo como único fin el de obtener una resolución judicial declarativa de su condición de heredera, sino que de la presentación inicial de fs. (...) del legajo civil surge su clara intención de percibir en el carácter invocado el crédito previsional que tenía su madre ante la “ANSES” y cuya ejecución fuera ordenada por el Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° (...) en los autos “(...) s/ejecución previsional” (Expediente N° ...).

Es por ello que, aun cuando la declaratoria de herederos no haga cosa juzgada y permita su ampliación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 703 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, lo que incluso ha ocurrido en el referido proceso civil (ver fs. ...), no caben dudas de que la maniobra reprochada a (...) resultó idónea para que el juez civil dictara una resolución en su favor que le permitió hacerse de la suma de \$ (...) que integraba la masa del sucesorio (cfr. fs. ...), en claro detrimento del otro heredero forzoso, excluido de ese modo de percibir la parte que por derecho le correspondía.

Así las cosas, acreditada la materialidad del suceso investigado y verificados que se encuentran en la especie los requisitos propios de la figura de estafa procesal, es que SE RESUELVE: REVOCAR la decisión obrante a fs. (...) en cuanto fuera materia de recurso y DISPONER EL PROCESAMIENTO de (...) en orden al delito de estafa procesal, debiendo el juez de grado disponer las medidas cautelares pertinentes (artículos 172 del Código Penal de la Nación y 306 del Código Procesal Penal de la Nación).

Seijas, González. (Prosec.Cám.: Pereyra). 592/12_4 ABRAHAM, Alicia. 22/05/12 c. 592/12. C. N. Crim. y Correc. Sala IV.

Se citó: (1) C. N. Crim. y Correc., Sala IV, c. 397/10 “Houston, Alfredo”, rta. 19/4/10; C.N.C.P. Sala I, c. 9.103, “Borcosque, Carlos A” rta. 10/8/09, con cita de Sala II, c. 2.509, “Vecchi, Amado A.” rta. 26/4/99.

Estafa procesal. Presentación de documento presuntamente adulterado en causa penal. Comportamiento que no puede ser tipificado como estafa procesal porque no constituye un medio para obtener un pronunciamiento que origine disposición de índole pecuniaria. Posible falsificación de documento privado. Confirmación de la declaración de incompetencia al fuero correccional.

Fallo: (...), convoca al Tribunal el recurso de apelación interpuesto por el fiscal contra el auto documentado (...), en cuanto el señor juez de instrucción se declaró incompetente a favor del fuero correccional.

Considera el Tribunal que la circunstancia de que se hubiera presentado un documento presuntamente adulterado en una causa penal, importa la imposibilidad de que una de las calificaciones legales en juego sea la de estafa procesal (art. 172 del Código Penal), pues dicho comportamiento no constituye un medio para obtener un pronunciamiento que origine una disposición de índole pecuniaria.

Así, al carecer la causa (...), en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° (...), de contenido patrimonial, la conducta atribuida a (...) podría encuadrar prima facie en el delito de falsificación de documento privado, previsto en el artículo 292, primer párrafo, última parte, del Código Penal (1).

(...), el Tribunal RESUELVE: CONFIRMAR el auto documentado (...), en cuanto fue materia de recurso.

Divito, Cicciaro. (Sec.: Franco). 526/12_7 YULITA, Hugo Rubén. 30/05/12 c. 526/12. C. N. Crim. y Correc. Sala VII.

Se citó: (1) C. N. Crim. y Correc., Sala VII, c. 36.626, "Pereira Alvear, Rogeiro", rta: 15/05/2009.

Estafa procesal. Procesamiento. Demanda laboral falsa e inventada. Notificación de la demanda al domicilio legal de la sociedad, a sabiendas de su inexistencia funcional, para lograr la rebeldía. Fraude a la ley. Omisión a la buena fe procesal. Utilización al juez laboral para dictar sentencia favorable. Abuso y manipulación del derecho (Artículo 1071, CC). Confirmación.

Fallo: (...) la Sala considera que el resolutorio del juez de grado debe confirmarse, con algunas aclaraciones que habremos manifestar.

(...) luce razonable como hipótesis de trabajo que el acusado habría realizado una demanda contra “(...) SRL”, en favor de (...) -pareja de él-, conociendo de antemano que esta persona jurídica no conocería la intimación y demanda formulada y, por ende, quedaría rebelde, tomándose como ciertas las afirmaciones de la actora.

Las pautas para suponer ello son que los plazos y fechas en los que (...) se habría desempeñado como empleada administrativa en aquella empresa (que datan del 1 de marzo de 1991 a octubre de 2009) se superponen con otros empleos en los que se verificó que ella, efectivamente, laboró.

(...) Los extremos expuestos nos dan la pauta de que la maniobra investigada no se limitó exclusivamente a dónde fue dirigida la demanda, sino también al contenido de esta, la cual sería falsa e inventada, pues se acreditó prima facie que lo allí expuesto no guarda coherencia con la relación laboral allí afirmada.

No sólo ello, el imputado también corrió traslado de la demanda al domicilio que la empresa constituyó al momento de su creación en la Inspección General de Justicia -(...) , (...) - conociendo de antemano por su actuación en los expedientes (...) que tal inmueble no era idóneo para que la empresa “(...) S.R.L.” pudiera conocer la intimación que le formulaba y así contestar la demanda e iniciarse el contradictorio.

Ello, en razón de que la finca en cuestión fue subastada con anterioridad a la interposición de la demanda por despido y, por lógica, la empresa no operaba más allí, circunstancia que le constaba expresamente.

En tal sentido, cabe recalcar que (...) actuó en representación de (...) en el expediente de colación arriba señalado y como apoderado de este en la quiebra que terminó con (...) como fallido y subastándose el inmueble en cuestión de su propiedad.

Véase que si bien la notificación a ese inmueble era necesaria -art. 90, inciso 3 del Código Civil y 11, inciso 2 de la ley 19550-, el imputado bien pudo hacer conocer la situación mencionada, como una práctica de buena fe procesal, y sugerir al magistrado laboral que notifique también a la demandada en el lote (...), el cual sí señaló a la hora de ejecutar el derecho obtenido como consecuencia de la rebeldía ardidosamente lograda, lo que demuestra la mala fe con la que actuó el letrado.

Frente a este escenario, y como nos propuso el querellante en la audiencia en el sentido de hacer prevalecer el valor de justicia por sobre la aplicación odiosa de la ley que deforma su espíritu, estamos en

condiciones de afirmar que el sub lite se trata de un caso de “fraude de ley” como lo ha definido la doctrina.

Sobre esto, se ha señalado que: “El fraude a la ley se caracteriza por el respeto a la letra de la ley, es decir, a su texto legal. Con la palabra `respeto` se designa aquí una toma de postura formalista frente al texto de la ley; respetar la letra de la ley significa: acatar formalmente lo que su supuesto de hecho exige para `atraerla hacia mí` y poder ponerla en juego a mi favor...En el fraude a la ley, entonces, se respeta el tenor literal del texto legal de la ley para ponerla en juego o dejarla fuera de juego, con el fin de obtener, en ambos casos, un beneficio propio al tiempo que se evita el castigo penal. De esta forma, los particulares se ajustan inescrupulosamente, por un lado, al tenor literal de los preceptos legales que, en atención a la generosidad de su letra, les resultan beneficiosos para poder invocar y utilizar las leyes en su provecho, a pesar de que ello infrinja las finalidades de estas...” (1).

En el caso, el imputado afirmó que cumplió estrictamente con la norma al notificar a la sociedad “(...) S.R.L.” al domicilio que establece la ley. Sin embargo, ocultó que el contenido de la demanda era falso y que el lugar donde se realizó la notificación, si bien era el legal, sabía que era imposible que surtiera los efectos jurídicos que busca la ley.

Al ser un profesional del derecho, no ignoraba que la rebeldía que iba a lograr daba presunción de veracidad a los extremos expuestos en la demanda, sin necesidad de prueba alguna. Ello conforme lo establece el art. 71 de la Ley de Procedimiento Laboral (Ley N° 18345).

Léase, en tal sentido, como el juez laboral afirmó textualmente: “... la demandada ha quedado incurso en la situación procesal prevista en el art. 71 de la L. O., lo que me hace presumir la veracidad de los hechos expuestos en la demanda, salvo prueba en contrario, lo que en la especie no se ha producido. En consecuencia tendré por cierto que la trabajadora ingresó...” -fs. (...) del expediente 5133/10 que corre por cuerda-.

Lo arriba expuesto, nos muestra cómo el magistrado laboral fue utilizado para lograr el derecho patrimonial que buscó el demandante, ya que ante la rebeldía lograda espúreamente utilizó al juez como instrumento para dictar sentencia teniendo por cierto algo que no lo era.

Entonces, estamos en condiciones de afirmar que la conducta materializada implicó un abuso y manipulación del derecho (art. 1071, segundo párrafo, del Código Civil) y, por ende, es merecedora de

reproche jurídico-penal ya que la confianza jurídica es un pilar fundamental e irrenunciable en un Estado de derecho y, por lógica, dejar impunes estos comportamientos de manipulación de la ley no parece procedente en atención a que podría implicar la pérdida de la confianza en aquel ciudadano fiel al derecho (ob. cit pág. 348).

(...) Por ello, SE RESUELVE: CONFIRMAR el punto I de la resolución de fs. (...).

López González, Bruzzone. (Sec.: Vilar).

5510_13_5 JUARROS, Max. 25/04/13 c. 5510/13. C. N. Crim. y Correc. Sala V.

Se citó: (1) conf. Eduardo J. Riggi, “Interpretación y Ley Penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude a la ley”, Ed., Ad-Hoc, año 2013, pág. 70/71.

CAPÍTULO 28
FRAUDE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
ARTÍCULO 174, INCISO 5 DEL CÓDIGO PENAL

FRAUDE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Por Mónica Viviana Breglia Arias*

1. GENERALIDADES Y ANTECEDENTES

Entre las defraudaciones agravadas del artículo 174 del Código Penal, con pena de prisión de dos a seis años, se catalogan “la estafa de seguros” del inciso 1, la “circunvencción o captación de incapaz”, del inciso 2, la “defraudación por uso de pesas y medidas falsas” del inciso 3, el “fraude en materiales de construcción”, del inciso 4, y se encuentra ahora, por incorporación más reciente, en el inciso 6 del artículo 174, el delito de “vaciamiento de empresa”.

En el inciso 5 se halla el “fraude en perjuicio de una Administración Pública”, y se dice al final del artículo, que en este caso último y en el del inciso 4, el culpable, si fuese empleado público, sufrirá además inhabilitación especial perpetua.

Esta figura delictiva es una forma calificada de defraudación. Junto a otras infracciones de fraude o abuso de confianza, por ejemplo estafa del artículo 172, o retención indebida del artículo 173, inciso 2, aparece en concurso ideal, la figura del artículo 174, inciso 5, cuando el sujeto pasivo es una Administración Pública. El fraude está dirigido a perjudicar el patrimonio de una Administración Pública, lo que logra por medios fraudulentos que no son distintos de los que se manejan en las distintas figuras de las Estafas y Otras defraudaciones. Lo que difiere es aquí el sujeto pasivo del delito, o sea la Administración Pública. El fraude es engaño, inexactitud consciente. Se puede defraudar

* Abogada. Argentina, nacida el 24 de febrero de 1958, en Buenos Aires. Es hija de un autor reconocido, Omar Breglia Arias. Creció entre libros y bibliotecas de Derecho. Trabajó en empresas como American Express y Renault Argentina. Más tarde se dedicó a la práctica del Derecho Penal y organizó conferencias para abogados en materia del Derecho Penal, para lo cual contó con los mejores autores del país y su objetivo era mejorar el nivel profesional de los jóvenes. Realizó conferencias en Miami y en la Universidad de Alcalá de Henares, Madrid. Actualmente vive en Punta Chica, Victoria.

a una Administración no tan sólo valiéndose de una estafa, sino también por el abuso de confianza.

El patrimonio ofendido es de la Administración Pública, en cualquiera de sus ramas, lo cual ocurre cuando la propiedad que se ataca pertenece a una entidad que es de derecho público. La vulnerabilidad de la propiedad perteneciente a personas de derecho privado (por ejemplo, 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 provincias, o de las municipalidades, o que posea autarquía dentro de la Administración, no interesa ni el origen del bien que el delito afecta directamente (por ejemplo, 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 (por ejemplo, que sea una actividad comercial o industrial).¹

Son defraudaciones “agravadas”, porque por referencia del artículo 173 al artículo 172, “estafa”, las defraudaciones del segundo de esos artículos tiene pena de un mes a seis años, y estas, las del artículo 174, de dos años a seis años. El mínimo es entonces lo que se aumenta, no el máximo. La más discutida de estas defraudaciones agravadas es la del inciso 2, “circunvención o captación de incapaz”, que es un delito de peligro, y que entre otros señalamientos críticos, acertados, presenta una pena superior a cualquiera de las defraudaciones del artículo 173, que son delitos de resultado, lo que es visiblemente un desacierto. El

1. Creus, Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial*, T. 1, p. 554, parágrafo 1301; coincide Núñez, Ricardo, *Derecho Penal argentino*, T. V, p. 406; refiriendo Soler que la agravación en este último punto puede superponerse con la del inciso 5 del mismo artículo, que requiere mucho menos que una lesión a la seguridad del Estado para considerar agravada la estafa, bastando para ello que produzca perjuicio patrimonial para alguna Administración Pública (*Derecho Penal argentino*, T. IV, p. 384; (extraído de Breglia Arias / Gauna, *Código Penal, Comentado, Anotado y Concordado*, 2001, T. 2, p. 290, nota 45).

“No cabe duda que el dolo que la figura requiere está acreditado ya que no podían desconocer los encausados que el titular del patrimonio afectado era una empresa estatal, circunstancia de notorio y público conocimiento, debiéndose poner de resalto, que si bien para lograr la reconexión del servicio -luego del retiro del medidor- debieron abonar el consumo antirreglamentario, ello no hace desaparecer el injusto y que -por otra parte- la disminución fraudulenta del registro de consumo se prolongó por espacio de varios meses, como aquellos reconocieron” (C. Crim. Mendoza, 1/8/84, “Fiscal s/M. G. V. E. y otros, extraído de Estrella / Godoy Lemos, *Código Penal, Parte Especial, Delitos en Particular*, p. Avellaneda, Hammurabi, 1965, T. 2, p. 558).

delito ha sido criticado porque, paralelamente puede ocurrir que se trate del desempeño acerca de la disponibilidad que hace el dueño, por actos entre vivos, o por acto de última voluntad, de su propiedad, y esta situación que es un derecho resguardado constitucionalmente podrá verse en casos determinados con dificultad insanable de la distinción que pueda hacerse con relación a un ilícito efectivamente constituido, como es el de este artículo.

En nuestros antecedentes, el delito contra la Administración Pública es concebido como un delito peculiar de los empleados públicos. En Tejedor aparece en el 1º, X, título 2º, sección 2ª, del Libro II. Se cita como fuentes el Código peruano -artículo 200-, y el español -artículo 323-. El fraude va unido al abuso de funciones. Existe de esta forma en el Código de 1887 y en el Proyecto de 1891. Después cambia su redacción y ubicación y va al capítulo de los delitos de Estafas y otras Defraudaciones. El Proyecto de 1937 reduce la inhabilitación al doble del tiempo fijado en la condena.

2. EL CARÁCTER PÚBLICO

Se ha dicho: “Debe encuadrarse la figura en la norma del artículo 174, inciso 5 por la clase de sociedad que es SEGBA. A fin de aclarar ello, es necesario distinguir entre las sociedades anónimas en que el Estado es simple tenedor de acciones que representan el 51 por ciento o más del capital, pero en cuya fundación no ha intervenido; y las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria en cuya fundación ha mediado aquel en dicha proporción. Las primeras no modifican su condición jurídica, y esta continúa rigiéndose por las disposiciones de derecho común. Las segundas son sociedades que pueden someterse en su constitución y funcionamiento a las normas que regulan las sociedades anónimas, pero que en ningún caso pueden aceptar la incorporación de capitales privados. Dentro de este tipo de sociedades que no admiten ser declaradas en quiebra y que sólo mediante autorización legislativa podrá el PEN resolver su liquidación (Ley Nº 20705). Se dijo en su oportunidad, en ese renglón está Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires (SEGBA), cuyo capital accionario pertenece en su totalidad al Estado Nacional”. Así lo ha declarado la CSJN, en Fallos, T. 263, p. 109, y La Ley 1975-C-391, “Scotto, P.” c. 5303, C. N. Crim. Corr., Sala VI).

El concepto de Administración Pública como bien jurídico tutelado es el siguiente: se trata del poder público que tiene a su cargo la obligación de velar por los intereses generales, conservar el orden, proteger el Derecho, y facilitar el desenvolvimiento de las actividades lícitas del país. El término congloba en su significado a la esfera de gobierno del Estado, entendiéndose con ello a todas las funciones descriptas -la función legislativa consiste en el dictado de normas jurídicas generales hechas por el Congreso-. La función jurisdiccional es la decisoria con fuerza de verdad legal en las controversias entre partes, hecha por un órgano imparcial e independiente. Y por último, la función administrativa es toda la actividad que realizan los órganos ejecutivos.

“Administración Pública” es todo organismo que constituya una administración estatal, ya sea directa (nacional (entre otros, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General Impositiva o comunal, Hospital Nacional de Clínicas), provincial (Banco de la Provincia de Córdoba) o indirecta, (autárquica, Instituto Nacional de Reaseguros).² También, los entes que estén constituidos mediante asociación económica del Estado con los particulares. No está incluida la evasión impositiva, tratada en la ley que rige la materia, en la defraudación a la Administración Pública prevista en este inciso, *pues mientras esta es una abusiva privación de lo que ya es propiedad de una persona de derecho público, aquella es una omisión al deber de contribuir para la formación de las rentas.*

3. NO ES UN TIPO AUTÓNOMO

La doctrina coincide en que el tipo del artículo 174, inciso 5, no es un tipo autónomo, sino referido a los fraudes previstos en los artículos 172 a 174, pero no a los supuestos del artículo 175, pues para abarcarlos la calificante tendría que haberse colocado después de este último dispositivo.³ De manera que el agravamiento exige que el autor realice o

2. Breglia Arias / Gauna, *Código Penal Comentado, Anotado y Concordado*, Buenos Aires, Astrea, 2001, T. 1, p. 291.

3. Coinciden en esto, Núñez, Ricardo, *Derecho Penal argentino*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1967, T. V, p. 406; Vázquez Iruzubieta, Carlos, *Código Penal Comentado*, T. III, p. 395, y Laje Anaya, Justo, *Comentarios al Código Penal*, Buenos Aires, Depalma, T. II, p. 158; Carrera, “Defraudación Fiscal y defraudación de la Administración Pública”, J. A. 18-1973-365, entre otros autores.

intente una estafa (artículo 172) o una defraudación estafatoria o no, del artículo 173. La calificación no atiende al modo de defraudar, sino al ofendido por el delito.

4. ABUSO DE CONFIANZA Y FRAUDE

Si bien el texto del artículo 174, inciso 5, habla de “fraude”, la remisión de la ley es a todas las formas defraudatorias, *ya se las cometa por fraude o por abuso de confianza*.

Según Creus, en los casos de abuso de confianza, el sujeto pasivo puede tratarse de la Administración Pública, pero en los casos de fraude, el sujeto pasivo debe ser una persona individual (empleado o funcionario o un particular), que por cualquier causa se encuentra a cargo del bien defraudado y que es objeto del engaño. La expresión “fraudes” se refiere a los artículos que van del 172 del Código Penal al 174, pero hay que tener en cuenta que algunas de estas figuras delictivas no contemplan verdaderamente un *fraude*, como hemos señalado, por ejemplo, en la *captación o circunvencción de incapaces*, el agente no provoca el error, sino que se vale de una preexistente situación, la que *explota*.

5. EL TIPO OBJETIVO

Los componentes de la figura son: 1. Acción típica: El delito consiste en cometer “fraude”; o sea, esta acción es cualquiera de los tipos de defraudación previsto en los artículos 172 a 174, siempre que el perjuicio recaiga en una Administración Pública.

6. EL SUJETO ACTIVO

Puede ser cualquiera. Si se trata de un empleado público, sufrirá, además, la pena de inhabilitación especial perpetua.⁴ Por ejemplo, la

4. Núñez, Ricardo, *Derecho Penal argentino*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, T. V, p. 406. Por aplicación del principio de especialidad, Fallos 297:142; 300:1080; 301:460; C. N. Crim. Corr., Sala II, reg. n° 6365, “Cor-Phone S. A.”; de 27/2/94, reg. n° 2486; “Krittari y Cia”, de 12/11/98; reg. n° 6692, “Fluorita Córdoba S. A.”, de 30/6/04, del voto en disidencia del Dr. David; Sala III, reg. 189/02; “Cabrera, M.”, de 23/4/02.

percepción de salario familiar por partida doble, a favor de un empleado público que tenía dos trabajos, y mediante una declaración jurada falsa, constituye este delito. De la misma manera, la emisión por un banco de depósitos a plazo fijo nominativos, transferibles, absolutamente simulados, es decir, la creación imaginaria de un depósito también irreal, sin que existan fondos, ni depositantes, ni intereses, configura una defraudación al fisco, toda vez que a través de esos depósitos el Banco Central otorgaba compensaciones pecuniarias mediante la cuenta de regulación monetaria.

En cuanto a la punición de los empleados públicos, que se menciona al final de este inciso, el término utilizado aquí “empleados públicos” tiene mucha mayor amplitud que el término “funcionario” del artículo 77, Código Penal, y comprende a todo aquel que tenga relación de dependencia administrativa, estatal, provincial, comunal o que se desempeñe en una actividad autárquica (artículo 11 de la Ley N° 25188, de ética pública). La pena es de inhabilitación especial perpetua.

7. CONSUMACIÓN

No están comprendidos los perjuicios que sólo indirectamente provienen del hecho fraudulento o abusivo. Creus / Buompadre dan el ejemplo del costo de una auditoría para detectar la existencia o inexistencia del dinero que se defraudó.⁵

La acción reprimida por el artículo 174, inciso 5, no requiere un engaño invencible ni una *mise en scène* subyugante, pues basta con que el medio empleado sea eficaz en el caso para perjudicar a la Administración pública.

8. SE HA ENTENDIDO QUE ESTÁN COMPRENDIDAS LAS SIGUIENTES ENTIDADES, ENTRE OTRAS:

8.1. El Banco de la Ciudad de Buenos Aires (C. N. Crim. Corr., Sala II, 22/2/80, “Brito, O.”, PJN Intranet).

8.2. El Banco de la Provincia de de Buenos Aires (C. N. Crim. Corr., Sala I, 17/8/93, JA 1995-III-190).

5. *Derecho Penal, Parte Especial*, Buenos Aires, Astrea, T. 2, pp. 568-569.

8.3. El Banco de Préstamos de Córdoba (TS Córdoba, Sala Penal y Corr., 21/11/67, 24-399).

8.4. Las empresas prestatarias de servicios públicos (Cám. Fed., San Martín, Sala II, 25/4/97, JA 1998-I-247).

8.5. Las sociedades estatales (C. N. Crim. Corr., Sala VI, 23/11/79, “Scotto, P.”, www.pjn.gov.ar).

8.6. El Instituto de Obra Médico-Asistencial de Buenos Aires (Cám. 3ª Crim. Corr., La Plata, Sala I, 6/4/95, “B.J.”, inédito).

8.7. El Banco de la Nación Argentina (C. N. Cas. Pen., Sala II, 15/8/97, “De Rosa, F.”, PJN Intranet, 24/2/87, CSJN - Fallos 310-368).

8.8. El Fondo Nacional para la Vivienda (CSJN Fallos 311:1995).

8.9. La Lotería Nacional (C. N. Fed. Crim. Corr., Sala II, 26/11/93, “Charlin, R.”, PJN Intranet).

8.10. El Ministerio de Salud Pública y Medio Ambiente (C. N. Crim. Corr., Sala I, BCNCyC, 1986-3-948).

8.11. La Universidad Nacional de Córdoba (Cám. Fed. Córdoba, Sala Penal, 5/9/80, LL 1983-C-100).

8.12. El Instituto Nacional de Reaseguros (CSJN - Fallos 303:532).

8.13. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (C. N. Crim. Corr., Sala IV, 21/5/04, RDPyP, N° 3, p. 675).

9. DISTINTOS CASOS JURISPRUDENCIALES

Esta agravante se aplica a las hipótesis de defraudación por engaño o abuso de confianza (artículos 172 y 173 del Código Penal). Algunos de los casos del artículo 174 pueden concurrir en concurso ideal, verbigracia, en los supuestos de uso de pesas o medidas falsas o en el fraude con materiales de construcción. Como ya hemos dicho, no se aplica a las defraudaciones tributarias, porque en ellas el perjuicio consiste en omitir dolosamente en la contribución de las rentas públicas, mien-

tras que esta defraudación es una fraudulenta o abusiva privación de lo que ya es propiedad de una Administración Pública.⁶

Los medios típicos de comisión de este delito alcanzan al uso de ardid o engaño, así como al abuso de confianza.⁷

La simple mentira ha sido considerada como engaño suficiente en el caso de un empleado municipal que percibió indebidamente por muchos años el salario familiar correspondiente a su mujer y dos hijos, que ya percibía en otro empleo (C. N. Crim. Corr., Sala II, c. 25.146. “Roitman, M.”, de 10/3/81).

Sobre el silencio como medio engañoso suficiente existe cierta discrepancia en la doctrina judicial, ya que unos han rechazado esta posibilidad (C. Fed. La Plata, Sala II, 19/12/00), mientras otros lo han considerado un medio eficaz para cometer este delito, v. gr. la omisión del mandatario de informar sobre el fallecimiento del poderdante, lo que permitió el cobro indebido de haberes jubilatorios (C. Fed. San Martín, Sala II, Sec. II, expte. 2694/06, “García, J.”, 5/10/06); o bien, el omitir declarar su ingreso a la actividad pública y continuar disfrutando de los aportes sociales entregados por su supuesta calidad de desempleado (C. Fed. San Martín, Sala II, Sec. II, expte. 333/07, “Ledesma, F.”, 8/2/07). Como medio comisivo idóneo se ha considerado la presentación de certificados médicos falsos con el propósito de justificar las inasistencias laborales y así percibir indebidamente la supuesta remuneración (C. Fed. San Martín, Sala I, Sec. III, expte. 2765, “Fernández A.”, de 13/11/03). Comete este delito el que cobra de manera indebida haberes jubilatorios de su madre fallecida, para lo cual se valió de documentos apócrifos (C. Fed. San Martín, Sala I, Sec. III, expte. 3248, Zvirblis, de 21/10/05).

Configura el delito de defraudación en perjuicio de una Administración Pública y falsificación de instrumento público, en concurso ideal, la acción del procesado que confeccionó textos de certificados de licencia, con membrete del Ministerio de Salud Pública y Medio Ambiente, con

6. Núñez, Ricardo, *Derecho Penal argentino*, T. V, p. 407; por aplicación del principio de especialidad; Fallos: 297:142; 300:1080; 301:400; CNCC, Sala II, reg. n° 6365, “Cor-Phone S.A.”, de 27/2/04; reg. n° 2486, “Krittian y Cía.”, de 12/11/98; reg. n° 6692, “Fluorita Córdoba S.A.”, de 30/6/04, del voto en disidencia del Dr. David; Sala III, reg. n° 189/02, “Carrera, M.”, 23/5/02.

7. Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 552; C. Nac. Cas. Penal, Sala III, reg. nro. 36/07, “Lofredo, F. A.”, de 6/2/07; CCC 3ª, La Plata, Sala IV, “F.A.”, 31/5/93.

los cuales, y con pleno conocimiento de las firmas apócrifas que fueron insertadas en ellos, los presentó a las autoridades del hospital donde trabajaba, pudiendo por dicha maniobra percibir haberes que no le correspondían, y motivando ello un perjuicio económico al Municipio, pues el mismo existió, pese a que con posterioridad le fuera descontado de su sueldo el porcentaje que percibiera indebidamente, imponiéndosele la pena de dos años de prisión condicional, e inhabilitación especial perpetua para ejercer empleos públicos (artículos 174, inciso 5, 292 y 26, Cód. Penal). (C. N. Crim. Corr., Sala I, BICCC 1986-3-948).

Incorre en el delito de defraudación en perjuicio de una Administración Pública el que percibió haberes jubilatorios por su condición de fiscal, si no contaba con el título habilitante de abogado (C. Nac. Cas. Pen., Sala I, reg. 1211, “Damonte, Jorge D.”, 31/10/96).

Es autor de este delito el director médico de un hospital público que manejó de manera desleal los fondos públicos a él confiados (C. N. Crim. Corr., Sala IV, c. 19.640, “Díaz Lestrem, M.”, de 15/11/02; C. Fed. San Martín, Sala I, Sec. I, expte. 16/7/04, “Baufidi, R.”, de 20/05/04).

También defrauda a la Administración Pública el Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que se interesó en una licitación pública al favorecer a uno de los oferentes con infracción a lo previsto por las leyes vigentes (C. N. Crim. Corr., Sala IV, c. 21.540, “Jefe de Gobierno”, de 17/12/03).

La negativa del agente de policía a reintegrar el material de trabajo proporcionado por la defraudación por retención indebida referida por el artículo 173, inciso 2do., del Código Penal, y constituye a la vez un perjuicio efectivo para la Administración Pública (C. N. Crim. Corr., Sala IV, c. 34.531, “Gómez, W.”, de 25/7/08).

Cuando la ley habla de Administración Pública se refiere a la nacional, como a la provincial y municipal. La tutela penal de este agravante se extiende a la totalidad del patrimonio del Estado.⁸

8. Donna, Edgardo, *op. cit.*, pp. 553, 555 y ss.; C. Nac. Cas. Pen., Sala I, “W., F. R.”, de 29/12/98, JPBA 105, f. 170; CFed. La Plata, Sala Penal, c. 3033, “Biaffini de Caram, M.”, 7/9/82; de otra posición, C. N. Crim. Corr., Sala V, c. 20.010 “Molina, V.”, de 7/9/02, incluyéndose en esta denominación a los entes públicos autárquicos, a las empresas de sociedades mixtas (Núñez, Ricardo, *Derecho Penal argentino*, T. V, p. 406; por ejemplo, una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (C. Crim. Corr. Sala VI, c. 5303, “Sotto, P.”, de 23/11/79).

También se ha considerado la concurrencia de esta agravante cuando el sujeto pasivo es el Banco de la Ciudad de Buenos Aires (C. Crim. Corr., Sala II, 22/2/80). Se sigue acá la teoría de la pertenencia en detrimento de la teoría del riesgo, cuya consecuencia práctica es, en este último caso, excluir a los entes estatales o de naturaleza mixta del ámbito de esta agravante y calificar al delito de estafa.

También se incluye en este listado al Instituto Municipal de Obras Sociales (C. N. Crim. Corr., Sala VII, c. 1185, “Cabral, O.”, de 16/9/81). “Toda actividad en la cual tenga participación el Estado, así como también los bienes que la misma involucra -en el caso, fondos depositados en el Banco de la Nación Argentina merece una especial protección por la ley penal, justificada en el carácter público de aquellos, sean dichos negocios de materia ya comercial o financiera. La tesis de la pertenencia en materia de delitos contra la Administración Pública indica el carácter público, cualquiera sea la función a la que los bienes estén afectados, desde que los bienes públicos se caracterizan por el hecho de ya el Estado puede disponer de ellos para afectarlos a servicios o fines públicos” (voto del Dr. Fégoli) (C. Fed. Cas. Pen., Sala II, reg. 4944, “Galvani, O.”, de 24/5/02).

El perjuicio de la Administración Pública exige la pérdida del objeto mismo del fraude.⁹ El perjuicio debe ser directo y no basta que los efectos perjudiciales para el patrimonio de la Administración Pública hayan sido generados por acciones de los propios funcionarios (C. Nac. Cas. Pen., Sala IV, reg. 5774, “Zeitune, M. H.”, de 26/4/04).

Al no configurarse el perjuicio típico no hay delito (C. Nac. Cas. Pen., Sala VI, c. 18.694, “Kalstein, D.”, de 26/12/02; C. Fed. La Plata, Sala II, expte. 10.394, “Couste, H.”, de 1/6/90. Existe perjuicio para la Administración Pública en la conducta del acusado que manipuló el medidor de luz con el propósito de aparentar menor consumo (C. Fed. La Plata, Sala II, expte. 15.055, “Giannini, D.”, de 29/6/95).

Comete esta defraudación agravada en razón de la calidad del sujeto pasivo la empleada pública que franqueó la prestación de servicios a favor del Estado (C. N. Crim. Corr., Sala I, “Wybrecht, G. N.”, 10/4/06, DJ del 30/8/06, p. 1287). También afecta el patrimonio de la Administración Pública el que omitió dolosamente en su declaración jurada consignar su actual estado civil, que le permitió seguir gozando de

9. Núñez, Ricardo, *Derecho Penal argentino*, T. V, p. 406; Donna, Edgardo, *Derecho Penal*, p. 553; C. Fed. La Plata, Sala III, expte 3393, “G., E.C.”, de 30/8/05

una pensión indebida en perjuicio de la Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal Argentina (C. N. Crim. Corr., Sala I, “Escalante, O.”, de 4/3/04, DJ 2004-2-733). En el caso de la supresión de un expediente administrativo que persigue el cobro de un crédito inexistente por el servicio al usuario por parte del supervisor de la empresa portadora de servicios públicos, constituye una defraudación agravada del inciso 5 del artículo 174, del Código Penal. Es autora del delito de defraudación a la Administración Pública la cajera de una entidad pública que intentó apoderarse de los ingresos dinerarios abonados por los particulares en concepto de pago de impuestos (C. N. Crim. Corr., Sala IV, c. 29.552, “Puyela, M.”, de 21/3/85; C. Fed. La Plata, Sala Penal, c. 630. “Segura, E.”, de 27/3/80).¹⁰

“Corresponde calificar el hecho a tenor del artículo 174, inciso 5º, si el reproche penal no ha recaído en funcionario público con autoría voluntaria y consciente de la transferencia de los bienes custodiados y capacidad para efectuar tal acto de disposición. Incurren así en dicho fraude y no en malversación, quienes se presentaron en el Banco de la Nación Argentina con una nota falsa, aparentando la firma del tesoro del Instituto Nacional de Reaseguros, más una fotocopia, también falsa, expresando el extravío del resguardo de un capital de bonos (bonex) allí custodiados, merced a lo cual obtienen su transferencia y su posterior venta y cobro de la suma liquidada” (Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal, Sala II, 8/10/98, JPBA, 106-57).

Mientras estábamos escribiendo este comentario, se imputó por perjuicio de la Administración Pública al Presidente del Banco Central de la Nación, por la existencia de dólares “a futuro” a 10.50, que se vendían a 15 fuera del país.

10. TENTATIVA Y OTROS ASPECTOS

El fraude a la Administración Pública es de dolo directo. El sujeto activo tiene que saber que con su accionar daña a la Administración Pública (C. Crim. Corr., Sala I, 26/6/03, “Kohanoff, R.”, www.pjn.gov.ar). No es admisible el dolo eventual ni el dolo de las consecuencias necesarias.

10. Jurisprudencia extraída de Aboso, *Código Penal de la República Argentina*, pp. 948-952.

Se trata de un tipo de resultado material, cuya consumación exige un perjuicio afectivo de naturaleza económica al patrimonio estatal. Por lo tanto, es perfectamente admisible la tentativa. El reingreso del dinero defraudado no neutraliza el delito consumado, pero habrá de valorarse en el momento de determinar la pena a imponer (C. Nac. Cas. Penal, Sala IV. reg. 8571, "Pandolfelli, J. A.", 27/4/07; C3CC, Santiago del Estero, "C. N. A. y otros", 30/6/76; JA 1977-I-192).

Hay tentativa en el caso de quien presenta un cheque con denuncia de extravío ante el Banco de la Nación Argentina (C. Fed. Córdoba, "A. R.", de 30/6/89, JPBA 44-9526). Aboso cita el caso del agente de policía que sustrajo diferentes sumas de dinero obtenidas por cobro de infracciones de tránsito, y les dio utilización en el estado de desesperación económica que vivía por la grave enfermedad de su hijo, y consideró la situación como de necesidad justificante (C. Fed. La Plata, Sala III, expte. 11.109. "Orona R.", 23/10/90).

El concurso se ha admitido entre este delito y la asociación ilícita del artículo 210 del Código Penal, pero requirió una condición de permanencia en el tiempo, y no el mero acuerdo de voluntades. El concurso es ideal entre las distintas formas de defraudación de los artículos 172 a 174, del Código, y esta figura del artículo 174, inciso 5, por ser el sujeto pasivo la Administración Pública.

JURISPRUDENCIA

Apreciación de la prueba. Arbitrariedad. Concesión. Estafa. Fraude contra la Administración Pública. Garantías constitucionales. Plazo razonable. Sobreseimiento.

La sentencia que sobreseyó a los imputados por el delito previsto en el art. 174, inc. 5^a -en función del art. 173, inc. 7 del Cód. Penal-, debe ser revocada, pues la sentencia no cuenta con un paralelo y proporcionado estudio del informe emitido por la Comisión Nacional de Comunicaciones, la Auditoría y Sindicatura General de la Nación, y los distintos documentos e informes, mediante los cuales las instancias anteriores habían sostenido que habrían existido sobornos en el proceso licitatorio y que durante la ejecución del contrato se omitió controlar debidamente y aplicar las correspondientes sanciones ante los incumplimientos de las prestaciones comprometidos por la empresa, provocando un menoscabo de la garantía de la defensa en juicio (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo).

Los imputados por el delito previsto en el art. 174, inc. 5 -en función del art. 173, inc. 7, del Cód. Penal- fueron sobreseídos por la Cámara Federal de Casación Penal. Una empresa concesionaria de los servicios de administración, gestión y comprobación técnica de las emisiones del espacio radioeléctrico habría percibido los ingresos mensuales e incumplido con su obligación de entregar y poner en funcionamiento un sistema informático. La querrela y el Fiscal General interpusieron recursos extraordinarios. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, revocó la sentencia impugnada.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Z., H. J. y otros s/ recurso de casación • 22/04/2014.

Publicado en La Ley 19/05/2014, 11 • DJ 02/07/2014 , 27.

Cita *online*: AR/JUR/6381/2014.

Defraudación. Elecciones. Falta de mérito. Financiamiento de partidos políticos. Fraude contra la Administración Pública. Partido político. Procesamiento.

A raíz de ciertas irregularidades detectadas en la participación de un partido político en un acto eleccionario, se dictó el procesamiento de sus integrantes por el delito previsto en el art. 173, inc. 7 en función del art. 174, inc. 5, del Código Penal. Apelado el decisorio, la Cámara lo revocó y declaró la falta de mérito.

El procesamiento de los imputados por el delito previsto el art. 173, inc. 7, en función del art. 174, inc. 5, del Cód. Penal, fundado en que, como integrantes de un partido político, no depositaron los fondos destinados a los gastos de campaña con antelación a la concreción del acto eleccionario, debe revocarse y, en consecuencia, dictarse la falta de mérito, pues el cúmulo de prueba reunido no permite, en el momento de la instrucción, lograr un análisis jurídico preciso de los comportamientos asumidos por las personas implicadas en el evento.

(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, "O., S. L y otros s/procesamiento y embargo" - 26/02/2014 - La Ley online AR/JUR/3054/2014).

Delitos contra la Administración Pública. Falta de Mérito. Fraude contra la Administración Pública. Jubilación.

La sentencia procesó al imputado por el delito previsto en el art. 174, inc. 5, del Cód. Penal. Se le imputó haber omitido comunicar a su empleador que se le había otorgado la jubilación ordinaria, lo que produjo que se le pagaran indebidamente salarios y aportes. La Cámara la revocó y decretó la falta de mérito.

La falta de mérito para procesar o sobreseer al imputado por el delito previsto en el art. 174, inc., 5 del Cód. Penal, debe ser decretada, pues si bien se acreditó que omitió comunicar a su empleador que se le había otorgado la jubilación, lo que produjo que se le hicieran indebidamente aportes, los elementos aportados son insuficientes para demostrar que su accionar hubiera sido guiado por una voluntad delictiva.

La Ley online - AR/JUR/64.847/2012.

Deberes del funcionario público. Delitos contra la Administración Pública. Fraude contra la Administración Pública. Funcionario público. Malversación de caudales públicos. Procedimiento penal. Superintendencia de servicios de salud. Violación de los deberes de funcionario público.

“Procede dictar el procesamiento en orden al delito reprimido por el art. 172 en función del art. 174, inc. 5, del Código Penal, respecto de quien se desempeñara como Subgerente de Gestión Estratégica de la Superintendencia de Servicios de la Salud, en tanto quedó acreditado que percibió haberes por parte de dos organismos estatales por varios meses, a pesar de haber solicitado una licencia sin goce de sueldo en uno de ellos, y mantuvo una conducta inactiva para revertir tal situación irregular, vulnerando de esa forma las previsiones del art. art. 2do, Cap. I, del decreto 8566/61 - Régimen sobre Acumulación de Cargos”.

(Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Criminal y Correccional Federal nro. 5 “N.N.”, 08/02/2011, La Ley *online* AR/JUR/94/2011).

Defraudación. Empleado público. Fraude contra la Administración Pública. Procesamiento. Responsabilidad del empleado público.

Una agente administrativa fue procesada sin prisión preventiva tras ser considerada “prima facie”, autora penalmente responsable del delito previsto y reprimido en el art. 174, inc. 5 en función del art. 172 del Código Penal, como consecuencia de haber recategorizado a otro agente, para un cargo de mayor jerarquía. Frente a dicho decisorio se alzó la defensa de la acusada interponiendo recurso de apelación. El Tribunal de Alzada resuelve rechazar el remedio deducido, confirmando la decisión primigenia.

(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal Sala 1ª, Valdemoros, Mónica s/ procesamiento sin prisión preventiva, 16/02/12, La Ley LXXVI, 11, La Ley 2012-B, 223, Sup. Penal 2012 (abril), 63, La Ley 2012, B, 527, DJ 30/05/12, 77, AR/JUR/202/2012).

Administración fraudulenta. Autoría penal. Consumación del delito. Defraudación. Entidad financiera. Fraude contra la Administración Pública. Funcionario público. Partícipe necesario. Personal bancario. Tipicidad.

“La conducta prevista en el art. 174, inc. 5 del Código Penal no resulta aplicable respecto de aquellos funcionarios jerárquicos del Banco de la Provincia de Chubut que incurrieron en maniobras de vaciamiento pues, a partir del dictado de la ley provincial 4164, la entidad perjudicada reviste el carácter de entidad privada, y por ende los imputados no poseen la calidad de funcionarios públicos requerida para ser sujeto activo de la referida figura agravada”.

(Cámara en lo Criminal de Trelew, Fiscalía de FERIA, 10/09/2009, La Ley online, ARE/JUR/1381/2009).

Banco de la Nación Argentina. Código Procesal Penal de la Nación. Correo electrónico. Declaración del testigo. Defraudación. Derechos del imputado. Entidad financiera. Fraude contra la Administración Pública. Gravamen irreparable. Instrucción. Interpretación de la ley. Investigación del delito. Nulidad. Nulidad procesal. Procesamiento. Prueba. Prueba testimonial. Tentativa.

La imputada debe ser procesada por el delito de defraudación contra la Administración Pública en grado de tentativa si se acreditó que su accionar como empleada del Banco de la Nación Argentina -en el caso mediante alteración de mails- resultó próspero a fin de que se aprobara un crédito por un monto indebido; ello más allá de que la entidad pudo ver incólumes sus arcas debido a que, por un tema administrativo, se demoró la instrumentación del acuerdo.

(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, S, A., 21/08/2014, Sup. Penal 2014 (diciembre), 56, La Ley 2014-F, 546, DJ 25/02/2015, 75 AR/JUR/43376/2014).

Acción penal. Ardid. Calificación del delito. Defraudación. Delito. Engaño. Prescripción. Prescripción de la acción penal. Silencio.

Para aplicar la regla por la cual para establecer el término de la prescripción de la acción penal debe estarse a la calificación más gravosa que razonablemente pueda corresponderle al imputado -en el caso se revocó la resolución que había sobreesido por prescripción al imputado al considerar que su conducta resultaba subsumible en la figura del art. 174. inc. 5 del mismo ordenamiento planteada por la Fiscalía- ha de evaluarse por un lado, la razonabilidad del título de imputación pretendido, es decir, que la procedencia de la calificación normativa del hecho depende de los elementos de juicio reunidos hasta ese momento y la correspondencia de esas pruebas con las exigencias del tipo penal propuesto y, por otro, la legitimidad de esas medidas adoptadas en relación con el transcurso del término de la prescripción, es decir, que la proposición de cambio de calificación no constituye un caso de los denominados desvíos del poder.

(Cámara Nacional de Casación Penal, “Camerini, Federico Vladimiro s/recurso de casación”, 01/04/2009, Sup. Penal 3009 (noviembre), 57, La Ley 2009-F-652 AR/JUR/ 21306/2009).

Administración fraudulenta. Banco Hipotecario Nacional. Defraudación. Delito continuado. Fraude contra la Administración Pública. Sociedad Anónima con Participación estatal mayoritaria.

Una empresa constructora transfirió en garantía al Banco Hipotecario el domicilio de un edificio. Luego, representantes de dicha firma vendieron a compradores de buena fe, unidades funcionales de dicho inmueble, sin la intervención de la aludida entidad bancaria, la cual tampoco percibió los fondos generados por las ventas. La Cámara procesó al imputado como autor de un único hecho de administración fraudulenta agravado por haber sido cometido en perjuicio de la Administración Pública.

Corresponde procesar como autor del delito previsto en el art. 174, inc. 5 del Cód. Penal, en función del art. 173, inc. 7 del Código Penal, al representante de una empresa constructora que habría vendido unidades funcionales de un departamento, cuyo dominio fiduciario

pertenecía al Banco Hipotecario, sin la intervención de este, quien tampoco percibió los fondos abonados pues, si bien el perjuicio económico se produjo luego de la transformación del Banco Hipotecario en sociedad anónima, debe considerarse dicha entidad como parte del sector público nacional por estar alcanzada por el art. 8º, inc. b, de la ley 24.156, habida cuenta que es una sociedad anónima en la que el Estado tiene una participación mayoritaria en el capital social.

(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, “Del Gener, Jorge O.”, 25/03/2009-11 (junio), 866, Sup. Penal 2009 (agosto), 52, La Ley 2009-E, 180, AR/JUR/4275/2009).

Administración fraudulenta. Dolo. Fondos públicos. Fraude contra la Administración Pública. Funcionario público. Malversación de caudales públicos. Participación criminal.

El Juez de Primera Instancia decretó la falta de mérito de algunos funcionarios públicos que fueron acusados de pagar o cobrar sobresueldos mediante fondos reservados del Estado Nacional. El Ministerio Público Fiscal y la querrela interpusieron recurso de apelación. La Cámara de Apelaciones revocó la resolución impugnada respecto de dos de los acusados decretando su procesamiento.

Resulta partícipe del delito de administración fraudulenta de bienes públicos prevista por el art. 174, inc. 5, en función del art. 173, inc. 7º del Código Penal, el imputado que en su carácter de jefe de asesores del subsecretario de coordinación de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación, fue uno de los encargados de entregar mensualmente dinero de fondos reservados en el marco del sistema compensatorio ideado por las máximas autoridades del Estado Nacional, actividad que se desarrolló a sabiendas de que no se había fijado ningún tipo de límite o recaudo en protección de los fondos que eran entregados, ni siquiera para garantizar su alegada función remuneratoria.

(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala II, “Granillo Ocampo, Raúl y otros”, 19/09/2006, La Ley online, AR/JUR/8226/2006).

Defraudación. Fraude contra la Administración Pública. Honorarios. Recurso de casación. Tipicidad.

Frente al sobreseimiento dictado por la Cámara de Apelaciones en una causa en donde se investigaban a abogados de un ente gubernamental por el supuesto delito de defraudación contra la Administración Pública (art. 174, inc. 5, del Cód. Penal, en virtud de haberse presentado en un juicio civil un convenio de regulación de honorarios profesionales, aplicando una base de cálculos errónea, el Tribunal Superior de Justicia rechazó el recurso planteado.

El recurso de casación interpuesto contra el sobreseimiento de los abogados imputados por el delito de defraudación contra la Administración Pública, por su intervención en carácter de apoderados judiciales de un ente gubernamental, debe ser rechazado, ya que si bien el convenio de honorarios presentado por ello se apartó de la posición mayoritaria en cuanto a la fijación de la base de cálculo -en el caso, incluyeron el monto histórico, más su conversión a pesos por su aplicación del CER e intereses, el criterio adoptado carece de fundamento y constituye materia opinable, ello sin perjuicio de considerar que la liquidación fue homologada por el juez interviniente, quien posteriormente saneó dicho error, sin que se genere perjuicio al erario público.

(Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Martínez, José Carlos s/denuncia, 31/05/2013).

Acción penal. Extinción de la acción penal. Fraude. Fraude contra la Administración Pública. Funcionario público. Plazo procesal. Plazo razonable. Principio de seguridad jurídica. Procedimiento penal. Sobreseimiento. Tratado internacional.

La defensa del imputado, quien se desempeñaba como intendente de Rosario de Lerma, interpuso recurso de casación contra la sentencia de Cámara que no hizo lugar al planteo de nulidad esgrimido como tampoco al pedido de sobreseimiento por extinción de la acción penal por el delito de fraude a la Administración Pública, art. 174, inc. 5°, Cód. Penal. La Corte de Justicia de la provincia de Salta dio razón a la defensa.

El acusado por el delito de fraude a la Administración Pública -intendente de Rosario de Lema- debe ser sobreseído por extinción de la acción penal si el proceso se extendió más allá de aquello que se podría

considerar ajustado a derecho -16 años- pues la continuidad de las actuaciones vulneraría la seguridad jurídica y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, máxime cuando ese tiempo excede con creces las penas máximas de los delitos que se imputan y no se advierte ninguna cuestión procesal que presente magnitud suficiente como para fundar la demora ocurrida.

R., S. O. s/recurso de casación, 04/02/2014, LLNOA 2014 (abril), 304, La Ley 26/05/2014, 10, 16/07/2014, 57.

Administración pública. Cargo jerárquico. Constitución Nacional. Deberes del funcionario público. Declaración indagatoria. Defensa en juicio. Defraudación. Empresa pública. Estafa. Falsificación de documentos. Falsificación de firma. Fraude contra la Administración Pública. Funcionario público. Gerente. Línea aérea. Nulidad. Nulidad procesal. Procedimiento penal. Procesamiento. Tentativa. Tipicidad. Uso de documento falso. Viáticos. Violación de los deberes de funcionario público.

Luego de una investigación que reveló una maniobra en la cual se presentaban comprobantes de egreso falsificados en concepto de viáticos en la Tesorería de una línea aérea sujeta a control estatal, las cuales eran abonados en el acto y al portador, fueron procesadas varias personas. Al Gerente y Subgerente de la Gerencia de Administración y Contabilidad de la empresa mencionada, el juez los procesó por el delito de omisión de deberes del funcionario público, lo cual fue confirmado por la Alzada. Asimismo, también dictó el procesamiento de quienes, sin formar parte de la entidad, participaron en aquel ardid, en orden al delito de tentativa de estafa agravada cometido en perjuicio de la Administración Pública en concurso real con el delito de estafa agravada. La Cámara confirmó parcialmente este último decisorio.

Debe confirmarse el procesamiento del coimputado en orden al delito de estafa agravada por haber sido cometida en perjuicio de la Administración Pública en forma reiterada si se acreditó que, en complicidad y mediando acuerdo de voluntades con otras personas, proporciono y colaboró en la entrega y confección de credenciales, documentación y ropa necesaria para montar la falsa identidad de un empleado de una línea aérea, a quien instruyó para percibir indebidamente importes detallados en comprobantes de egreso en concepto de viáticos por movilidad.

(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, G., S.A. y otros s/procesamiento, 12/11/2013, DJ 14/05/2014, 74 / AR/JUR/4078/2013).

Defraudación. Competencia. Conflicto: Instrucción. Correccional. Hurto de cheque. Tentativa de estafa.

La nueva hipótesis delictiva que resulta de la presentación y cobro del cheque sustraído, justifica que sea el Juzgado de Instrucción el que asuma la competencia.

(OBTENER S.A. c. 1.967. C. N. Crim. Sala VII (Correc.)

Defraudación. Fraude en perjuicio de la Administración Pública (artículo 174 inciso 5 CP). Ilícito en perjuicio de SEGBA (sociedad anónima con participación estatal mayoritaria. Ley N° 20705).

Debe encuadrarse la figura en la norma del art.174 inc. 5 CP por la clase de sociedad que es SEGBA. A fin de aclarar ello es necesario distinguir entre las sociedades anónimas en que el Estado es simple tenedor de acciones aunque representen el 51% o más del capital, pero en cuya fundación no ha intervenido; y las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria en cuya fundación ha mediado aquel en dicha proporción.

Las primeras no modifican su condición jurídica, y esta continúa rigiéndose por las disposiciones de derecho común. Las segundas son sociedades del Estado que pueden someterse en su constitución y funcionamiento a las normas que regulan las sociedades anónimas, pero que en ningún caso pueden aceptar la incorporación de capitales privados. Dentro de este tipo de sociedades que no admiten ser declaradas en quiebra y que sólo mediante autorización legislativa podrá el PEN resolver su liquidación (Ley N° 20705), está Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires (SEGBA), cuyo capital accionario pertenece en su totalidad al Estado Nacional. Así lo ha declarado la C.S.N. en Fallos. T. 263, pág. 109 y la Ley T. 1975-C, pág. 391.

SCOTTO, P. c.5303. C. N. Crim. Sala VI.

NOTA: El juez de 1ra. Instancia había calificado el hecho de estafa (art. 172 CP) por considerar que no corresponde encuadrar el ilícito en el art. 174 inc. 5a. CP por cuanto SEGBA funciona como S.A.

Defraudación. Fraude en perjuicio de la Administración Pública (artículo 174 inciso 5 CP). Instituto Municipal de Obras Sociales.

El Instituto Municipal de Obras Sociales es un organismo autárquico con personalidad de carácter público (art. 33 Cód. Civil y art. 2 Ley N° 20382), legitimado por esa condición como sujeto pasivo eventual del fraude específico que prevé el art. 175 inc. 4 CP, ya que este tipo agravado incluye también a la administración estatal indirecta (autárquica), con total prescindencia de la naturaleza u origen de su patrimonio y de la finalidad a que esté destinado.

CABRAL, Olga R. c.1185 C. N. Crim. Sala VII.

Núñez, V, p. 406; Fontán Balestra, VI, p. 51.

NOTA: Se confirmó la sentencia apelada modificándose la calificación del delito (estafa) por la de fraude en perjuicio de la Administración Pública, mediante falsificación de documentos privados (arts. 54, 174 inc. 5, y 292 CP).

Defraudación. Fraude a la Administración Pública (artículo 174 inciso 5 CP). Percepción indebida de haberes jubilatorios de persona fallecida – Estafa.

Configura el delito de estafa a la Administración Pública reiterado (Art. 172 en función del 174 inc. 5 del CP), el proceder de la causa que no puso en conocimiento de las autoridades de la Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal, la circunstancia que su concubinario falleciera, continuando percibiendo ella, en su calidad de apoderada, el haber jubilatorio del que aquel era beneficiario.

Tolosa, Leticia C. 2575 C. N. Crim. Sala VII.

Falsificación documento privado (artículo 292 CP). Certificado médico. Perjuicio al Servicio Penitenciario Federal. Reemplazos interinos, intimaciones, etcétera. Recurso de apelación. Fiscal de cámara que desiste del delito de estafa a la Administración Pública.

1) Al desistir el señor Fiscal de Cámara del recurso interpuesto contra la absolución decretada por el delito de estafa a una Administración Pública -percepción de haberes merced a la presentación de

certificados espurios- la alzada se ve limitada a la concerniente al delito de falsedad documental.

2) Configura el delito de falsificación de documento privado (Art. 292 C.P.), la acción del procesado -empleado del Servicio Penitenciario Federal- que falsificó certificados médicos, llenándolos y firmándolos de su puño y letra con textos que acreditaban enfermedades no sufridas.

Las deficiencias formales que puedan presentar los documentos espurios, quizás los tornaron poco adecuados para simular ser “certificados médicos idóneos para acreditar la existencia de una enfermedad”, pero no por ello dejan de ser atestaciones escritas en palabras y firmadas dotadas de significación jurídica, aptos para calificarlos como “instrumentos privados”.

3) Respecto al perjuicio requerido por la figura y dejando de lado el patrimonial sufrido por el Servicio Penitenciario Federal no caben dudas sobre la afectación al buen servicio de la Administración Pública que puede significar la inasistencia fraudulenta de sus agentes, con su carga de reemplazos interinos, intimaciones y demás trámites administrativos.

Una falta “grave” o peor aún “gravísima” al régimen disciplinario de un servicio como el Penitenciario Federal, implica siempre “perjuicio” para su eficiencia.

Domingo, I. C. 27.670 C. N. Crim. Sala II.

Contienda entre Juzgado de Instrucción y Juzgado Federal. Posible infracción a la Ley N° 22362, a la Ley N° 16463 y defraudación al patrimonio de la Obra Social. Troqueles de medicamentos apócrifos. Concurso ideal. Competencia federal.

Fallo: (...) II.- (...) en representación de la Obra Social de (...) denunció que abonaron aproximadamente (...) para adquirir medicamentos para sus afiliados (...).

Al presentar los troqueles de los mismos ante la Administración de Programas Especiales (APE) para el reintegro del dinero se detectó, a través de una auditoría interna, que eran apócrifos, razón por la que no se hizo lugar a lo solicitado (...).

El APE es un organismo descentralizado bajo la jurisdicción del Ministerio de Salud de la Nación y se encarga de financiar la cobertura

de prestaciones médicas costosas, originadas en la atención de enfermedades crónicas y/o de baja incidencia en la población.

III.- El juez instructor declinó la competencia por entender que el suceso encuadraría en las figuras del artículo 174, inciso 5 del Código Penal y del artículo 31, inciso a) de la Ley N° 22362.

Sin embargo, no fue aceptada por prematura.

IV.- No pudiendo descartarse que entre la maniobra defraudatoria denunciada, que habría ocasionado un menoscabo en el patrimonio de la obra social y la falsificación de los troqueles de los medicamentos suministrados (Ley N° 22362), medie un concurso ideal o real, corresponde que continúe con la investigación la justicia de excepción.

Además la comercialización de este tipo de productos apócrifos también podría constituir una infracción a la Ley N° 16463.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que el objeto de esa norma “(...) Es no sólo proteger la salud pública sino también la economía del consumidor y la mayor transparencia y competencia del mercado de medicamentos (artículos 2, 7 y 9 de esa ley, y consideraciones del decreto 150/92)”, que se ven afectados cuando el consumidor, paga por un producto cuya calidad no se condice con la que creía adquirir (ver Fallos 327:719).

Por su parte, el Procurador General de la Nación ha dicho que: “(...) La ratio manifiesta de ambas normas [en referencia a la Ley N° 16463 y el decreto reglamentario 9763/64, vigente en aquel momento] es evitar el uso indebido de medicamentos, así como determinar la peligrosidad de estos, su comprobada y comprobable acción y finalidades terapéuticas y sus ventajas científicas, técnicas o económicas, de acuerdo con los adelantos científicos (...) (Fallos 3010:112, considerando 6°)” (Competencia n° 320 XLII, “De los Santos, Juan Carlos y otros s/tráfico de mercaderías peligrosas para la salud”, al que se remitió la CSJN).

Así, resulta aplicable la doctrina del Alto Tribunal conforme la cual “Habida cuenta que las particularidades del caso no permiten descartar, en esta etapa del proceso, la posible infracción tanto a la ley de marcas como a la de medicamentos, ambas de competencia federal (Fallos 325:902; 327:719 y 5173), estimo que es este fuero el que debe conocer en la causa.” (Dictamen del Procurador General de la Nación, al que el Máximo Tribunal se remitió en la Competencia n° 173 XLIII, “Chiale, Carlos Alberto s/denuncia de envenenamiento, etc.”).

En síntesis, y teniendo en cuenta que los hechos bajo análisis encuadrarían en principio en el delito de estafa por el posible menoscabo patrimonial sufrido por “O. S. (...)”, en tanto habría sido víctima del ardid desplegado, pero que esta conducta también puede concurrir con las previsiones de los artículos 22 de la Ley N° 16463 y 32 de la Ley N° 22362, corresponde que sea el fuero federal el que prosiga con el trámite de la causa y, a los fines de evitar futuros planteos nulificantes, es prudente que esa sede realice todas las medidas tendientes a acreditar la hipótesis delictiva planteada (1).

En consecuencia y de conformidad al dictamen del Señor Fiscal General, el Tribunal RESUELVE: ASIGNAR COMPETENCIA al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal (...). (...).

N.N. Dte. RUBINS, Salomon y otro. 25/08/14 c. 46789/12. C. N. Crim. y Correc. Sala VI.

Se citó: (1) Código Penal de la Nación Comentado y Anotado, Andrés José D'Alessio y Mauro Divito, La Ley, 2010, Tomo III, página 705, y artículo 33 de la ley 22362.

Estafa. Agravada en perjuicio de la Administración Pública en concurso ideal con falsedad de instrumento público en concurso real con falsedad de instrumento público. Procesamiento. Imputado responsable de una cochería fúnebre de haber aportado certificados médicos de defunción falsos ante el Registro Nacional de las Personas. Autoría mediata. Confirmación.

Fallo: Es objeto de investigación la maniobra que se habría realizado sobre la propiedad de (...), ubicada en la calle (...) de esta Ciudad.

Luego de su fallecimiento, el 15 de octubre de 2008, quienes fueron acusados en esta causa modificaron la verdadera fecha de defunción y, 8 días después, simularon la venta del citado departamento a favor de (...). La imputación que se le atribuye a (...), responsable de la (...), es haber aportado un certificado médico de defunción -adulterado- con fecha 15 de octubre y a la vez, otro distinto -también falso- donde se consignó que (...) falleció el 4 de noviembre, el cual fue presentado en el Registro Nacional de las Personas.

(...) existen elementos probatorios reunidos en la causa que permiten, de momento, establecer su intervención en el trámite mediante uso de documentos falsos.

(...) -Director de Defunciones del Registro Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- señaló que de la documental presentada para realizar el trámite (fs. ...) surgía que (...) había sido el “interviniente”, lo que significa que fue el “gestor al presentar toda la documentación en el Registro Civil” y que (...) fue el “autorizante”, es decir “quien decide sobre el destino de los restos” (fs. ...).

(...) (fs...) -titular del Crematorio mencionado- aportó a la instrucción el certificado médico de defunción fechado el 15 de octubre, que le fue entregado por (...) para solicitar la cremación del cuerpo. Tanto allí, como en el certificado del 4 de noviembre presentado ante el Registro, figura la firma de la (...), quien no se encontraba en el país para ninguna de esas fechas (ver fs...).

El magistrado de grado fundó, con consideraciones acordes a la sana crítica, la vinculación de (...) con la estafa que se investiga en la presente causa, pues razonablemente el imputado era el único que estaba en condiciones de aportar los datos de la profesional para la confección de ambos documentos falsos. La médica, había trabajado anteriormente en la “Cochería Buenos Aires”, circunstancia que permitió al titular de la firma conocer el número de matrícula profesional y saber que ella se encontraba autorizada, en los ficheros del Registro de las Personas, para firmar los certificados médicos de defunción.

La defensa insistió en que cualquier persona pudo haber tenido acceso a los archivos de la cochería y facilitar los datos de la médica. Al respecto, consideramos que (...) permanece en el centro de la escena, desde el momento en que es él quien realizó los trámites ante el Registro de las Personas el 4 de noviembre de 2008, a sabiendas de que el fallecimiento había ocurrido el 15 de octubre de ese año, por ello, la querrela resaltó en la audiencia que la intervención de (...) fue determinante para que otro suscribiera el certificado en cuestión, considerándolo, a todo evento, autor mediato del delito.

Por tal motivo, sea porque obró como instigador o partícipe necesario para que otro completara los certificados adulterados, no es determinante la circunstancia de que los peritajes caligráficos hayan concluido en forma negativa respecto de la intervención del acusado

en la confección de los documentos pues, como decimos, bien pudo acordar que otra persona los suscribiera, adoptando las modalidades comisivas mencionadas.

La posible autoría mediata atribuida, se produce respecto de la inscripción falsa que se logra ante el Registro. (...) estimamos conveniente confirmar el procesamiento, a fin de que, de así considerarlo los acusadores, sea en la etapa de juicio donde se deberán analizar, en mejores condiciones atento la oralidad e inmediatez, la intervención que en el hecho le cupo al imputado (...), así como respecto de cada uno de los otros acusados en este asunto.

(...)el tribunal RESUELVE: CONFIRMAR el auto de fs. (...). REDONDO, Carlos Alberto. 27/06/13 c. 10.116/13. C. N. Crim. y Correc. Sala V.

CAPÍTULO 29
DESARMADO DE AUTOMOTORES Y VENTA DE
SUS AUTOPARTES

LEY N° 25761

EL GUARDABARROS QUE UNE DOS HISTORIAS. COMENTARIO A LOS DELITOS DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY N° 25761

Por Javier Augusto De Luca* y Florencia Belén Canese Millo**

1. HISTORIAS

Juana fue a buscar su automóvil para ir al hospital a visitar y acompañar a su madre internada. Llovía, era de noche, y el hospital estaba en el otro extremo de la ciudad. Le esperaba una dura noche. Cuando llegó al lugar donde lo había dejado, su automóvil no estaba. Pasó todo tipo de contratiempos, pérdidas económicas y de tiempo, fácilmente imaginables, hasta obtener una reparación del seguro y poder adquirir un nuevo vehículo.

Pedro trabaja en tribunales como “pinche”. Acaba de chocar el automóvil usado que compró con ahorros propios y un préstamo de sus padres. El arreglo corre por su cuenta porque su seguro no lo cubre. Entre otras cosas, debe cambiar el guardabarros delantero derecho. El chapista le ofrece comprar uno usado sin darle más precisiones, pero que cuesta la tercera parte que uno nuevo-original comprado en una agencia oficial.

Acepta y el chapista coloca uno de los dos guardabarros quitados del auto de Juana, que fue adquirido por el chapista en un desarmadero que comercializa autopartes de origen lícito e ilícito.

* Abogado. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (1984). Doctor de la Universidad de Buenos Aires, área Derecho Penal (2005). En la actualidad es Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal, titular de la Fiscalía N° 4, cargo que asumió el 15 de septiembre de 2011. Desde el año 2010 se desempeña como Profesor Regular Asociado de la Facultad de Derecho, UBA (por concurso llevado a cabo en 2008).

** Abogada (UBA) con diploma de honor. Magíster en Derecho Penal (Austral), graduada con mérito. Docente de la UBA en la materia Elementos de Derecho Penal. Prosecretaria de la Cámara Federal de Casación Penal. Autora de diversos libros y artículos.

2. EL ORDEN REGISTRAL

El orden registral, o seguridad jurídico-registral, es un bien jurídico de esos que ponen de manifiesto una función del Estado tendiente a preservar bienes jurídicos individuales de los habitantes, en este caso, la propiedad.

La tarea de registrar las partes del vehículo es llevada a cabo dentro de la Dirección Nacional del Registro de la Propiedad del Automotor y Registros Prendarios, en el Registro Único de Desarmaderos de Automotores y Actividades Conexas, creado por Ley N° 25761.¹

La creación de este registro junto a las restantes disposiciones de la Ley N° 25761, como la de los delitos del artículo 13, debe analizarse dentro del contexto social, jurídico y político, a los fines de comprender la real dimensión de estas normas y sus concretos efectos prácticos y jurídicos.

Si miramos las historias que contamos al principio, la idea es obstaculizar o limitar el negocio de la venta de autopartes de vehículos sustraídos a través de la función administrativa estatal y, con ello, quizás Juana habría podido llegar a tiempo al hospital en su automóvil.

3. PUNTO DE PARTIDA

El problema que plantea la sustracción de automotores fue atacado en forma conjunta y sistemática a través de los tres poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. El desarrollo de las técnicas para paliar el conflicto fue evolucionando a medida que se adentró en el estudio de este complejo proceso, que tiene su inicio en la debida registración del vehículo, sus piezas y de su titular, el hurto o robo del automotor propiamente dicho, el cambio o supresión de la numeración identificatoria, la adulteración o falsificación de documentación, la verificación de las formalidades para una correcta transferencia del vehículo y, finalmente, todo lo concerniente al desguace del vehículo para la reutilización de sus partes.

Resultaba una práctica judicial habitual que, cuando se detectaba la circulación de un automóvil sustraído con la numeración individualizante original erradicada, o sustituida por otra, con la documentación

1. Artículo 5.

falsificada, etcétera, y quien lo conducía alegaba buena fe en la posesión, se devolvía el vehículo en carácter de depositario judicial a su poseedor al momento del secuestro. Se comprobó en los hechos que esta solución “práctica” de devolver en depósito los rodados a quienes los tenían en su poder al momento del secuestro, lo único que produjo fue que las organizaciones que a ello se dedicaban procuraran erradicar definitivamente los números de motor y chasis para generar, por ese mecanismo, una suerte de legalización judicial de esa tenencia irregular. Inclusive, se comprobó que en las subastas judiciales de automotores destruidos el valor máspreciado era la documentación que acreditaba la titularidad pues, con ella y luego de la correspondiente inscripción de dominio, las bandas que a esto se dedicaban salían a robar un automóvil de similares características al cual le insertaban los números que se correspondieran con la documentación del adquirido en la subasta.

Es decir, se comprobó que las soluciones que fueron adoptando los tribunales con el fin de mitigar el daño individual de una persona supuestamente estafada al adquirir un vehículo sustraído, al convertirse en práctica generalizada, se tradujeron en un eslabón de la cadena del tráfico ilícito de automotores.²

A partir de esta realidad, numerosa doctrina y jurisprudencia se alzó en contra de esta práctica. En tal sentido, señalaron desde hace tiempo Jorge Horacio Alterini y Elena Highton de Nolasco que los automóviles sin titular, sin documentación respaldatoria y con la enumeración suprimida, eran bienes mostrencos pues tenían propietario pero este era desconocido y, por ende, pertenecían al dominio privado del Estado general o de los Estados particulares.³

2. De Luca, Javier Augusto, *Delitos sobre automotores*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1991; *Automotores. Secuestro y entrega en causas penales*, La Ley 1992-A, p. 449; y “Automotores. Problemas Penales, versión 2009”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2009-3, Automotores-II, Buenos Aires / Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 271.

3. Comentario del artículo 2342, inciso 3° del Código Civil vigente por entonces, de Elena Highton y Sandra Wierzba, en el *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, dirigido por Alberto Bueres (Dirección) y Elena I. Highton (Coordinación), 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, T. 5, vol. A, pp. 115-116; Alterini, Jorge H., Exposición personal en las Jornadas sobre Saneamientos de Títulos del Automotor, celebradas en la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, el 1 y 2 de octubre de 1990.

Y así llegó la ley. En concreto, el mensaje del Poder Ejecutivo (del 12 de septiembre de 2006) al enviar al Congreso el proyecto de ley, se recogieron estos antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales y se concluyó que "...se advierte que el procedimiento de subasta de estos automotores, puede convertirse en un mecanismo para obtener documentación legítima que ampare autopartes, y, aun, de automotores de origen legítimo...".

En consecuencia, el artículo 10 ter de la Ley N° 26348 dispone que los automotores secuestrados cuya entrega no corresponda a personas alguna, serán descontaminados, compactados y a disposición como chatarra. La ley reconoce expresamente la naturaleza jurídica de mototrencos de estos automotores.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó la Acordada N° 2/09 (en el expediente N° 358/09), del 11 de febrero de 2009, para que en el ámbito de la justicia federal y nacional se proceda en consecuencia.

Como se ve, el problema del robo de automotores fue y es motivo de preocupación y ocupación de parte de todo el sistema.

En este contexto, el grabado de autopartes y la correspondiente solicitud de autorización para proceder al desguace de un automóvil, se alza como un obstáculo al libre intercambio de autopartes provenientes de un delito.

4. FUNDAMENTOS DE LA LEY N° 25761

En los fundamentos del proyecto de ley enviado al Congreso en el año 2002, se hizo hincapié en el notorio incremento del robo de vehículos automotores. Se comparó que del 2001 al 2002 el robo de automóviles en todo el país había aumentado un 36% y que en la Argentina se robaban 270 autos por día (sobre esta estadística volveremos más adelante).

También se afirmó que "Según estimaciones, el 40 por ciento de los vehículos robados es utilizado para cometer algún delito y luego abandonado o sacado del país... El 60 por ciento restante de los autos robados es destinado al desguace para la venta de repuestos. Como el valor de los repuestos está asociado al valor del dólar, el incentivo para robar autos a fin de desarmarlos aumenta al ritmo de la cotización del dólar... El origen del problema es el mercado negro de los repuestos.

Los proveedores de este mercado son los desarmaderos ilegales y los distribuidores son los comerciantes de repuestos robados...”.

Entre los fundamentos merecieron especial atención los daños resultantes de esta práctica. Así, se consignó que “Los principales damnificados, además de los fabricantes, son los comerciantes que venden repuestos legales ante la competencia desleal e ilegal. Finalmente, el consumidor es perjudicado, ya que si compra una pieza robada no tiene certeza de que cumpla con las normas de calidad, con lo que pone en riesgo su propiedad y su vida. Los daños indirectos de esta actividad delictiva son importantes y dignos de tener en cuenta. En primer lugar, el perjuicio para el fisco es notorio, dada la envergadura de esta actividad. Las empresas aseguradoras deben incurrir en mayores costos para la cobertura, lo cual, inevitablemente, termina siendo pagado por los consumidores vía aumentos en el valor de las pólizas de seguro”.

Luego, se hizo hincapié en que, hasta ese momento, no existía una regulación efectiva contra los desarmaderos legales o ilegales de automotores. Se aclaró específicamente que la comercialización de autopartes no tenía exigencias de registración administrativa que permitiera un seguimiento adecuado del origen de los repuestos, y que los desarmaderos de vehículos no tenían una regulación clara.

Seguidamente, se explicó en qué consistía la nueva normativa, desde un mecanismo más claro y estricto para dar de baja a los automotores antes de su desarme, el organismo encargado a tal fin, el contenido de la autorización y la necesidad de la fotografía que individualice el vehículo a dar de baja.

Finalmente, se hizo especial énfasis en el registro de las piezas del vehículo. Se explicó que “Para posibilitar el seguimiento de las autopartes y así poder diferenciar una autoparte robada de una legal se exige incorporar los números de fabricación a los remitos o facturas de comercio. Pueden distinguirse 3 universos de autopartes: autopartes con número, autopartes sin número pero numerables, y autopartes sin número y de difícil identificación. La gran mayoría de las piezas de un valor superior a los 200 pesos tiene un número de serie impreso en fábrica de acuerdo a diversas metodologías (punzado, lápiz eléctrico, sello pintado), que permitiría su seguimiento. Un conjunto acotado de piezas no tienen número pero es técnicamente factible incorporárselo a bajo costo; la metodología se deja a criterio de la autoridad de aplicación. Finalmente

existe un muy reducido grupo de autopartes que no tiene identificación de fábrica y será difícil incorporársela por ser alto su costo o sencilla adulteración. En este último conjunto la existencia de autopartes de alto valor es excepcional. Sumando el valor del primero y segundo conjunto, se abarca entre un 70% y 80% del valor de un automotor, dependiendo del modelo”; y se concluyó que “La exigencia de numerar las autopartes e incorporar los números a la documentación comercial posibilitaría reducir el incentivo al robo de automotores mediante la restricción a la posibilidad de comerciar impunemente las piezas robadas”.

Este objetivo de desalentar el robo de vehículos a través de la regulación de la actividad de desarme de los vehículos robados fue específicamente consignado durante el debate parlamentario.⁴

La ley fue sancionada el 16 de julio de 2003 y promulgada el 7 de agosto del mismo año.

5. LOS DELITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 13 DE LA LEY N° 25761

El artículo 13 dice: *“El que procediere al desarmado de un automotor con el objeto de utilizar sus autopartes, sin la autorización que establece la presente ley, será penado con multa de PESOS UN MIL (\$ 1.000) a PESOS TREINTA MIL (\$ 30.000), siempre que el hecho no constituyere un delito más severamente penado. Si se hiciere de ello una actividad habitual, la pena será de prisión de QUINCE (15) días a TRES (3) meses y multa de PESOS CINCO MIL (\$ 5.000) a PESOS CIEN MIL (\$ 100.000).*

Aquellas personas cuya actividad principal, secundaria o accesorio sea el desarmado de automotores y/o la comercialización, transporte o almacenamiento de repuestos usados para automotores, e incumplieren lo dispuesto en la presente ley, serán penadas con prisión de QUINCE (15) días a TRES (3) meses y multa de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000) a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000) e inhabilitación especial de UNO (1) a TRES (3) años”.

La primera figura base establecida en el artículo es la de desarmar un automotor con el objetivo de utilizar sus autopartes sin la autorización correspondiente. La figura base se agrava si se tratara de una actividad habitual del sujeto activo.

4. Ver intervención del diputado Pernasetti en los antecedentes parlamentarios.

La segunda figura comprende tanto el desarmado de automotores como el comercio, transporte o almacenamiento de repuestos usados para automotores sin la autorización legal, cuando tales actividades fueran principales, secundarias o accesorias.

6. CARACTERÍSTICAS COMUNES A LOS DELITOS PREVISTOS EN LA LEY N° 25761

6.1. Bien jurídico ofendido

El bien jurídico que se debe afectar con las conductas que se tipifican en el artículo 13 de la Ley N° 25761 es el orden registral o la seguridad jurídica registral.

Se trata de la función de contralor del Estado sobre bienes sujetos a un régimen especial a los efectos de cumplir con otros cometidos -fines mediatos-, tales como la preservación de bienes jurídicos individuales como la propiedad, la fiscalización de los tributos, la Administración Pública, las falsedades documentales, etcétera.

De esta forma, al desarmar un vehículo sin la debida autorización se dificulta esa función de contralor del Estado, quien se verá imposibilitado de corroborar la cantidad, la legalidad, y la calidad de las autopartes que posteriormente se comercialicen.

6.2. Delitos de peligro

Se trata de delitos de peligro, ya que no se requiere que en cada caso concreto se obstaculice efectivamente la tarea del Estado, sino que alcanza con el peligro de que ello ocurra. En tal sentido, se presupone que esa falta de autorización genera un déficit en el control de esa actividad.

Al respecto, se debe aclarar que no se trata de una mera desobediencia a las órdenes de la autoridad competente que, dado el interés social que persigue, recibe un castigo penal especial.⁵ Para evitar caer

5. De lo contrario, se trataría de un derecho penal simbólico y carente de sustento en la realidad donde el único bien jurídico protegido sería la desobediencia al Estado y que, por imperio constitucional (artículo 19 de la Constitución Nacional), en nuestro Derecho ello no es posible.

en un derecho penal formal y administrativo, la conducta requerirá que en el caso la falta de autorización haya traído como consecuencia el peligro de obstaculizar la tarea de contralor del Estado. Todo ello, claro está, en relación causal.

Así, por ejemplo, no habrá lesión a la tarea de contralor del Estado cuando, por medios y/o vías independientes a la autorización a que se refiere la Ley N° 25761, el Estado pudiera conocer en forma certera los datos del automóvil que fuera a ser dado de baja para su posterior desarme.

En igual sentido, en nuestra opinión no se configurará el delito prescripto cuando la autorización solicitada presente meros defectos formales que no impidan la finalidad propia.

6.3. Delitos formales y/o de mera conducta

Se identifica a estos delitos porque la mera realización de la acción descrita en el verbo típico por el sujeto activo -su sola conducta- consuma el evento, desatendiéndose de la producción de algún resultado distinguible de aquella en el espacio o en el tiempo.

6.4. Delitos de comisión

El criterio clásico para distinguir un delito de comisión de uno de omisión es bucear en la norma contenida en el precepto, cuya realización la vulnera. Si esta es prohibitiva -ej. “no matar”- nos hallaremos en presencia de un delito de comisión. En cambio, si es imperativa -ej. “deber de auxilio”- se tratará de uno de omisión.

A nuestro modo de ver, los delitos que nos ocupan son de comisión, pues requieren una actividad positiva del agente (desarmar un automotor, comercializar, transportar autopartes, etcétera). La omisión de la debida autorización legal que exigen las figuras como un requisito de los tipos no cambia su configuración porque su materialidad, su exteriorización, se satisface con la primera. En este caso, la ley penal no obliga a realizar una conducta, cuyo incumplimiento sería punible -el desarmado del vehículo o el comercio de sus partes-, sino que en forma conglobante prohíbe realizarlas sin la debida autorización. En otras palabras, la ley no obliga a realizar esa actividad, sino que a quien la está realizando, le impone el deber de solicitar la respectiva autorización. Es similar a las tenencias o portaciones de armas sin autorización.

La postura contraria tiene también cabida en parte de la jurisprudencia, para quienes se trata de una tipicidad omisiva impropia, definida mediante la alusión al incumplimiento de las disposiciones legales por parte de quienes aparecen expresamente mencionados en el precepto.⁶

6.5. Instantáneo / Permanente

El delito previsto en el primer párrafo del artículo 13 de la Ley N° 25761 es instantáneo. La acción de desarmar el automóvil consume el delito, el cual no se prolonga en el tiempo.

La agravante requiere habitualidad, es decir, una pluralidad de delitos instantáneos, que el autor repita varias conductas de desarmado de automóviles.

Las conductas previstas en el párrafo segundo del artículo 13 de la Ley N° 25761 (de transportar y almacenar) son permanentes. Su consumación se prolonga en el tiempo que dure la conducta. Ello tiene gran trascendencia para el estudio de los concursos con otras conductas, la participación, la prescripción de la acción, la imputabilidad, etcétera.

7. EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 13, PRIMER PÁRRAFO, DE LA LEY N° 25761

7.1. Tipicidad objetiva

La conducta consiste en proceder al desarmado de un vehículo automotor sin la debida autorización.

Según el diccionario de la Real Academia Española, desarmar significa, en su quinta acepción, “Desunir. Separar las piezas de que se compone algo”.⁷ Por lo tanto, la acción consiste en separar las piezas que forman un automóvil.

La norma claramente indica vehículo automotor, al que la Ley N° 24449, artículo 5, inciso x, define como “todo vehículo de más de dos ruedas que tiene motor y tracción propia”; por lo que no resultan alcanzadas por la norma las motocicletas y las bicicletas.

6. Voto del juez Mauro Divito en la causa n° 40100_7 “MUGGERI, Juan”, rta. 17/03/11 de la Sala VII de la C. N. Crim. y Correc.

7. www.rae.es

7.2. La expresión “sin la debida autorización legal”

Si comparamos esta definición legal con otras del Código Penal, veremos que en muchas ocasiones el legislador sujeta la tipicidad de una conducta a una determinada autorización; por ejemplo, la tenencia ilegal de armas de fuego (artículo 189 bis del Código Penal).

Esto dio pie a que en doctrina se indagara acerca de la naturaleza jurídica de tal disposición y, concretamente, lo que ha producido diversas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales es la ubicación dogmática que cabe asignarle a la expresión. Algunos la consideran un elemento normativo del tipo, otros una remisión a la antijuridicidad y, finalmente, siguiendo con esta última postura, se la ha tachado de redundancia o pleonismo, porque el legislador no debe hacer mención de los requisitos básicos de toda figura delictiva en la descripción de cada precepto.

Quienes adhieren a estas últimas posiciones señalan que la ausencia de autorización constituye un elemento de la antijuridicidad explicitado en el tipo, en muchas ocasiones innecesariamente. Otros, en una postura más cauta, sostienen que siendo este delito de tipo abierto, resulta portador de elementos valorativos o normativos, que si bien suponen un juicio de antijuridicidad, no se identifican con el juicio mismo y eso no es sencillo de diferenciar.⁸

Sin embargo, nosotros entendemos que se trata de un elemento normativo del tipo, escindible de la antijuridicidad.

Ello así porque si existe la autorización, se excluye la tipicidad, sin necesidad de introducirnos en el siguiente elemento del delito. Quien legalmente procede al desarmado de un vehículo, no comete conducta típica.

7.3. La autorización legal

La autorización legal que debe contar todo aquel que proceda al desarmado del vehículo se encuentra descrita en la misma ley. El artículo tercero dispone: *“Los registros seccionales de la Dirección Nacional del Registro de la Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios, dependientes del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, o el organismo que lo sustituyere en el futuro, deberán emitir un certificado de baja y desarme, donde constará:*

8. Díaz-Maroto / Villarejo, Julio, *El delito de tenencia ilícita de armas de fuego*, Madrid, Colex, 1987, p. 183 y ss.

- Identificación del automotor (marca, modelo, patente, número de motor, número VIN y color).
- Fecha de baja.
- Identificación del desarmadero responsable.
- Listado de autopartes no reutilizables”.

A su vez, el decreto reglamentario n° 744/2005 dispone que “*El certificado de Baja y Desarme previsto en el Artículo 3 de la Ley deberá ser emitido en papel con las medidas de seguridad, diseño y cantidad de ejemplares que determine la DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS NACIONALES DE LA PROPIEDAD AUTOMOTOR Y DE CRÉDITOS PRENDARIOS. En él constará un detalle de las piezas del automotor que, dentro de las indicadas en el listado que elabore la SECRETARÍA DE INDUSTRIA, COMERCIO Y DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA por aplicación del artículo 6° de la Ley, podrán ser recuperadas y las que, dentro del mismo listado, no son aptas para su utilización*”.

7.4. Sujeto activo

El delito analizado puede ser cometido por cualquier persona; se trata de un delito común (*delicta comunia*) y, por ello, puede ser sujeto activo cualquiera que realice la acción prevista en la ley.

7.5. Tipicidad subjetiva

El conocimiento de los elementos típicos y la voluntad de su realización son los requisitos subjetivos de la figura analizada. A ello se suma en el primer delito un elemento subjetivo distinto del dolo (“con el objeto de utilizar sus autopartes”). Se trata de un delito doloso por la forma en que está redactado, por su interpretación sistemática con los demás preceptos y por el criterio elegido por nuestro legislador para agrupar las figuras delictivas, pues cada vez que ha querido referirse a una específica forma de tipicidad, lo hizo en forma expresa, siguiendo el principio de *numerus clausus* para los delitos culposos o imprudentes. De modo tal que al no estar prevista la forma de comisión culposa o imprudente, sólo se ve satisfecho el elemento subjetivo del tipo con el dolo.

No se observan impedimentos para admitir las tres posibles formas de dolo (directo, indirecto y eventual), aunque esto no será así para quienes sostienen que es imposible el dolo eventual cuando la figura exige un elemento subjetivo del tipo.

El sujeto debe conocer que con su conducta está transgrediendo una disposición obligatoria. El dolo abarca el conocimiento de la existencia de una norma válida por la que se adoptan medidas para regular la actividad de desarme de vehículos y la voluntad de incumplirla.

7.6. Elemento especial del tipo subjetivo

La norma también prevé un elemento subjetivo especial que consiste en una determinada finalidad que debe verificarse a los efectos de completar la tipicidad de la figura.

El sujeto activo debe proceder al desarmado del vehículo sin autorización con el exclusivo objetivo de utilizar sus autopartes. La figura en cuestión no sería aplicable cuando el sujeto desguace el automóvil, por ejemplo, a los efectos de destruir sus componentes; se debe verificar el ánimo de utilizar las partes del auto, ya sea para reutilizarlas en otro vehículo, venderlas, etcétera. Es dudoso que ese fin se alcance si el destino es un uso decorativo o para ser regalado a un tercero que le dará un fin similar (ej. el nieto que recibe de su padre de regalo y para su mera contemplación un paragolpes del viejo automóvil de su abuelo).

Por supuesto que esta finalidad de utilización, en cuanto elemento integrante del tipo subjetivo, debe acreditarse a partir de hechos y datos objetivos. Así por ejemplo, constituirá prueba de esta finalidad el contexto en que se produjo el desarme del vehículo (si es un hecho aislado u ocasional o frecuente sin llegar a ser su trabajo habitual porque ya entraría en la agravante), la existencia de prueba documental que acredite el uso posterior de esas partes, si es el titular del automóvil a desarmar, etcétera.

Para configurar el delito no se requiere el conocimiento de la ilicitud del origen de las piezas, lo que eventualmente podrá configurar el delito de encubrimiento. Esta cuestión será tratada más adelante.

7.7. Errores

Si no se sabe que se está desarmando un vehículo o se cree erróneamente que se cuenta con la autorización legal en regla para hacerlo, habrá error de tipo. Vencible o invencible según el caso. Como no hay figura imprudente, en cualquiera de los dos casos ese error conduce a la impunidad.

Si lo que no se conoce es la necesidad de autorización, habrá error de prohibición.

7.8. Pena

El delito tiene previsto exclusivamente pena de multa.

El artículo 64 del Código Penal prescribe: *“La acción penal por delito reprimido con multa se extinguirá en cualquier estado de la instrucción y mientras no se haya iniciado el juicio, por el pago voluntario del mínimo de la multa correspondiente y la reparación de los daños causados por el delito. Si se hubiese iniciado el juicio deberá pagarse el máximo de la multa correspondiente, además de repararse los daños causados por el delito. En ambos casos el imputado deberá abandonar en favor del Estado, los objetos que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena. El modo de extinción de la acción penal previsto en este artículo podrá ser admitido por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de la resolución que hubiese declarado la extinción de la acción penal en la causa anterior”*.⁹

7.9. Agravante

El artículo 13, primer párrafo, última parte dice: “Si se hiciera de ello una actividad habitual, la pena será de prisión de QUINCE (15) días a TRES (3) MESES y multa de PESOS CINCO MIL (\$5000) a PESOS CIEN MIL (\$100.000)”.

La agravante requiere que el desarmado de automotores a los efectos de reutilizar sus componentes y sin la correspondiente autorización, además, sea la actividad habitual del sujeto activo.

El diccionario define “habitual” como algo que se hace con continuidad o por hábito.¹⁰ Según Fontán Balestra, en la habitualidad “...la conducta del autor requiere cierta permanencia, que sea algo más que

9. Artículo 22 del Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires. Conforme el artículo 29 del Código de la ciudad *“La multa es la sanción pecuniaria a pagar por el contraventor/a, en moneda de curso legal. Los importes percibidos por multas deben destinarse a financiar los programas de educación, deportes, promoción social y salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. No se impone la sanción de multa a quien no tiene capacidad de pago”* y el artículo 30 del mismo código faculta al juez a proponer el pago de la multa en cuotas cuando *“el monto de la multa y la situación económica del condenado/a así lo aconseje”* y a reemplazarla por la sanción de trabajos de utilidad pública cuando *“...el contraventor/a demuestra carecer totalmente de bienes, el juez/a puede reemplazar la multa no cumplida por la sanción de trabajos de utilidad pública...”*. El artículo 318 del Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires dice: *“La multa deberá ser abonada dentro de los diez (10) días desde que la sentencia quedó firme. Vencido este término el tribunal procederá conforme con lo dispuesto en el Código Penal”*.

10. www.rae.es

la reiteración. No es necesario, sin embargo, que constituya el único o principal medio de vida del autor...”.¹¹

Es decir que integran la agravante todas aquellas personas que realicen frecuentemente la conducta típica pero sin necesidad de que esa actividad sea su actividad principal, secundaria o accesorio, porque quedaría comprendido en el párrafo segundo del artículo 13, que tiene una penalidad un poco más grave.

La distinción entre un supuesto y otro resulta muy sutil. Entendemos que el segundo párrafo al exigir que el sujeto realice el desarmado de autos como “actividad” implica un paso más, una mayor organización; se estaría hablando casi de cierta magnitud o “empresa” destinada al desarmado de automotores.

Por el contrario, el párrafo primero del artículo 13 exige solamente habitualidad, como una continuidad en la conducta típica sin exigir mayores elementos. No será posible aplicarla en los casos en que se verifiquen conductas típicas aisladas u ocasionales, casos en los que resultarán de aplicación las reglas concursales.

El fundamento de la agravante radica en la mayor afectación al bien jurídico puesta de relieve por la reiteración de la conducta ofensiva.

La pena para esta conducta deja de ser exclusivamente de multa y prevé una pena mínima de prisión (de 15 días a 3 meses).

7.10. El desarmado ilegal de automotores como actividad principal, secundaria o accesorio

Como sostuvimos en los párrafos anteriores, resulta muy difícil escindir las situaciones de hecho comprendidas en los párrafos primero y segundo del artículo 13 de la Ley N° 25761.

Al respecto, entendemos que esta figura requiere al prever una penalidad mayor,¹² por la mayor afectación al bien jurídico, una conducta más ofensiva, puesta de relieve no sólo por la habitualidad, al ser una actividad principal secundaria o accesorio, sino porque además requiere de una determinada organización y disposición de medios técnicos y económicos (aunque sean rudimentarios) a los efectos de proceder al desarmado de los vehículos como “actividad”. Resultarán

11. Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002, p. 921.

12. El piso mínimo de la multa se eleva y se agrega la pena de inhabilitación.

comprendidos en esta disposición, todas las personas que tienen a su cargo los talleres clandestinos de desarmado de vehículos, y hacen de esa actividad, su actividad principal o secundaria.

Asimismo, se entiende que la actividad desplegada por el sujeto activo lo es con ánimo de lucro, por una determinada contraprestación económica.

Por actividad principal ha de entenderse la actividad que realiza el sujeto activo como su medio cotidiano de vida. La actividad secundaria o accesorio implica que el sujeto tiene dos actividades simultáneas, una de las cuales es su sustento económico y la otra es un complemento.

Para configurar este supuesto, deben estar presentes los siguientes elementos: acción típica (desarmar) descrita en la figura base, la transgresión a las disposiciones de la Ley N° 15761 (artículos 8, 9 y 10), lo cual será tratado en el punto siguiente, y el dolo, esto es, el conocimiento y voluntad de realizar los elementos del tipo objetivo. Todo ello, además, debe configurar la “actividad principal o secundaria” del sujeto activo.

7.11. Tentativa

Depende la teoría dogmática que se adopte, la tentativa es teóricamente posible, aunque de muy difícil configuración práctica. Es que, un apego al principio fundamental de lesividad (artículo 19 Constitución Nacional), hace difícil apoyar la punibilidad de la tentativa en este delito, pues ello implicaría la criminalización de un acto preparatorio, de un futuro de peligro.

8. COMERCIALIZACIÓN, TRANSPORTE O ALMACENAMIENTO DE REPUESTOS USADOS PARA AUTOMOTORES INCUMPLIENDO LA LEY N° 25761 COMO ACTIVIDAD PRINCIPAL, SECUNDARIA O ACCESORIA

8.1. Implicancias de la técnica legislativa escogida

El último párrafo del artículo 13 de la Ley N° 25761 abarca distintas acciones que se relacionan con el complejo proceso de comercio ilegal de autopartes. El uso simultáneo de distintos verbos típicos pone de relieve la intención del legislador de establecer un completo programa estatal para enfrentar la delincuencia involucrada en esta problemática.

Así pues, en el primer párrafo se reprime la conducta de quien desarma el vehículo sin autorización, y en este segundo párrafo se tipifican todas las conductas posteriores al desarmado del vehículo y que se vinculan con la materialización de la finalidad requerida por la figura del primer párrafo, esto es, la utilización de los repuestos usados del vehículo desarmado.

La producción de varias de las acciones típicas (comercializar, transportar, almacenar) no multiplica la delictuosidad ni permite considerarla como un supuesto de reiteración delictiva, aunque sí incidirá en la graduación de la pena.

Asimismo, si intervienen varias personas que realizaron distintas acciones cada una de ellas (por ej., una transporta y la otra comercializa), con acuerdo previo, todas resultarán coautoras por la totalidad de las conductas, en virtud del principio de la imputación recíproca.

8.2. Tipicidad

Sujeto activo puede ser cualquier persona.

Las acciones típicas son comercializar, transportar y almacenar.

Por comerciar debe entenderse el intercambio o transacción de las piezas del vehículo a título oneroso; transportar significa trasladar de un lugar a otro, no siendo requisito para la consumación del delito que la pieza llegue al lugar pactado en tanto el mero traslado de las piezas ilegales ya afecta el bien jurídico; y almacenar significa reunir, acopiar, guardar los repuestos usados sin autorización en forma abundante o numerosa. Sobre el último término empleado, cabe aclarar que no se definió ni en esta figura, ni en figuras análogas,¹³ cuántos repuestos o elementos constituyen “almacenamiento”. En cada caso particular se ha ido aceptando o rechazando tales calificaciones, sirviéndose los intérpretes de criterios objetivos y subjetivos. Es decir, cantidad de elementos e intención del autor.¹⁴

13. Por ejemplo, almacenamiento de sustancias estupefacientes, artículo 4, inciso d, de la Ley N° 23737 o acopio de armas, artículo 189 bis apartado tercero del Código Penal.

14. Así, respecto a las armas, la Corte descartó la existencia de acopio en un hecho en el que se secuestraron tres armas y cuarenta y cinco municiones (Fallos: 323:524); la Cámara de Casación sí consideró acopio a la tenencia de cuatro armas, doce cartuchos, quince proyectiles; la Cámara Federal aceptó como acopio la posesión de ocho armas y cien cartuchos de bala.

Resulta un requisito típico que la persona realice las acciones descritas en la norma transgrediendo las disposiciones de la Ley N° 25761. En concreto el artículo 7, que establece los siguientes recaudos para proceder al comercio de repuestos usados: *“a) La factura, remito o documento equivalente deberán contener el número identificador de la pieza cuando se trate de un repuesto usado. b) Abstenerse de ofrecer a la venta o mantener en stock repuestos que carecieran de la identificación que establece el artículo 6”*, y el artículo 8, que dispone *“Toda persona física o jurídica cuya actividad principal, secundaria o accesoría, sea la comercialización o almacenamiento de repuestos usados deberá presentar una declaración jurada, en la oportunidad y en la forma que fije la autoridad de aplicación. La declaración debe describir el stock de piezas en su poder a la fecha de presentación. En el caso de las autopartes que posean número de identificación, este debe ser incluido junto con la marca. En el caso de las puertas deberá especificar modelo, lado y color; y en el caso de los techos modelo y color”*.

Por su parte, el artículo 8 del decreto 744/2004 reglamentario de la citada ley dispone que *“...deberán acreditar el origen de las piezas que comercialicen o transporten exhibiendo a la autoridad competente a que así lo requiera, su correspondiente factura, remito o documento equivalente emitido por el titular del desarmadero responsable, los que deberán contener la numeración identificatoria del repuesto”*.

Respecto a la declaración jurada consignada en la ley, el decreto reglamentario, en el artículo 9, establece: *“En dicha declaración jurada deberá constar el origen de las piezas, debiendo acompañar una certificación emitida por contador público y cuya firma debe estar autenticada por el Consejo o por el Colegio Profesional en el que se encuentre matriculado, respecto del registro de ingreso de la mercadería en los libros de comercio correspondientes y que estos son llevados en legal forma. Las piezas deberán ser identificadas en aquella por su marca y código de identificación de fábrica, si lo tuvieran, la factura de compra o documento equivalente que avale la propiedad y el valor de la compra de la misma”*.

En concreto, lo que la ley exige para el comercio de repuestos usados es que el sujeto pueda acreditar el origen legal de las piezas, lo cual será posible a partir de la descripción del número identificador de la pieza consignado en la factura de compra: artículo 6 (incorporación de un número identificador de las piezas automotrices mediante los denominados *stickers* luego de un desarme); 7 (inserción en la pertinente documentación comercial del número identificador de la pieza cuando se trate de un repuesto usado y la abstención de la oferta o mantenimiento en stock de repuestos carentes de dicha identificación); 10 (obligación de

documentar el ingreso y egreso de vehículos y de partes con determinada exigencia de datos para individualizarlos, destrucción de las piezas no aptas para su reciclaje y conservación y presentación de estos comprobantes ante el requerimiento de la autoridad de control). No pueden ser reutilizadas, salvo excepciones, las autopartes de seguridad (artículo 2).

Finalmente, resulta un requisito ineludible para poder desempeñar las actividades descriptas en la ley, que el sujeto se haya inscripto (en forma anual) en el Registro Único de Desarmaderos de Automotores y Actividades Conexas.¹⁵

Cualquier infracción a estas disposiciones vuelve típica la conducta. Sin embargo debe recalcar que el delito es de peligro, por lo que en cada caso concreto ha de verificarse que las omisiones e irregularidades en la documentación de las piezas hayan dificultado el debido control de la autoridad de aplicación, lo cual no sucederá ante errores meramente formales y defectos insignificantes.

Se entendió que si la autorización estaba en trámite y las piezas no estaban exhibidas al público, no se configuraba el delito;¹⁶ pero se afirmó la tipicidad si la autorización estaba vencida al tiempo de realizarse la inspección.¹⁷

Se trata de un delito doloso. El sujeto debe conocer que con su conducta está transgrediendo una disposición obligatoria, en concreto, la Ley N° 25761.

9. PLANTEOS SOBRE SU INCONSTITUCIONALIDAD

Las Salas V y VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional declararon inconstitucional la figura del artículo 13, segundo párrafo, de la Ley N° 25716 por considerarla contraria al principio de inocencia (artículo 18 de la Constitución Nacional).¹⁸

15. Artículos 9 y 10 de la Ley N° 25761, y artículo 10 del decreto reglamentario.

16. Causa n° 37504_6 "PICZMAN, Guido Eugenio", rta. 24/06/09, c. 37.504.

17. Sala VII de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional "ANGELES ACOSTA, Antonio", rta.15/04/13, c. 21.379/12. El Dr. Bruzzone afirmó el criterio contrario en la causa n° 2172_13_5 "PERA, Héctor P", rta. 1/03/13, c. 2.172/13.

18. Sala VII Causa n° 40100/7 "MUGGERI, Juan" rta. 17/03/2011 con la disidencia del juez Cicciaro, Sala V causa n° 38.747 "Castagnaro, Luis Paulino", rta. 19/3/2010.

Para así entender, clasificaron el delito como un delito de peligro abstracto y sostuvieron, con cita de Sancinetti, que “... si bien es cierto que la actividad desplegada por los desarmaderos de automóviles puede estar vinculada al robo de estos, en sí misma no puede tildársela de peligrosa bajo ningún concepto. Y menos aún, la comercialización de piezas usadas de rodados sin estar registradas. El hecho que pueda existir una vinculación con una actividad ilegal, deberá generar que el Estado arbitre los medios necesarios para regular la actividad e impedir un funcionamiento de este tipo de lugares y comercios sin la debida autorización estatal y sin controles. Mas ello no habilita sin más a tipificar conductas que no cumplen con esa regulación, si de ellas no se desprende la existencia de un peligro concreto o abstracto directamente vinculado a un bien jurídicamente protegido”. En base a ello manifestaron que: “la venta de autopartes usadas sin estar registrado mal puede ser considerado un paso previo o necesario del robo de automóviles, y la conexión que puede haber entre un supuesto y otro, si bien puede existir, no permite dar por acreditada la peligrosidad de la actividad en sí misma como para sujetarla a un régimen penal, que como es sabido, debe regir como herramienta de ultima ratio para el cumplimiento de fines estatales...”, y que “el incumplimiento de las obligaciones administrativas previstas por la ley y su reglamento, no puede generar, en sí misma, un peligro concreto para ningún bien jurídico”. Finalmente, concluyeron que: “A la luz de lo expuesto, se concluye que el legislador en su afán de dar respuesta a los reclamos sociales de seguridad vinculados con el robo de automotores, sancionó -en el artículo 13, segundo párrafo de la ley 25761- un tipo penal que resulta violatorio del principio de inocencia garantizado en el artículo 18 de la CN por cuanto, frente al incumplimiento de determinadas obligaciones administrativas previstas en la ley 25761, crea una presunción de ilicitud respecto de quienes realizan una actividad, que por sí misma, no genera un peligro concreto o abstracto directamente vinculado a un bien jurídico protegido”.¹⁹

En tal sentido, se sostuvo que la norma era vaga, por lo que transgredía el principio de legalidad “pues lejos de circunscribir conductas taxativamente definidas, acude a una generalización que permitiría considerar punible el incumplimiento de un amplio espectro de reglas de carácter administrativo, que no aparecen claramente enunciadas y cuya inobservancia, por lo demás, no deriva en una afectación de bienes jurídicos, extremo que a su vez conlleva un desconocimiento del principio de lesividad...”.²⁰

19. Causa n° 39.955 “GONZALEZ, Osvaldo César y otros”, rta. 13/10/10 y causa n° 41.857 “S.E.G. s/ inf. Ley 25.761”, rta. 9/9/2011.

20. Voto del juez Divito fallo “Muggeri” ya citado.

No compartimos este razonamiento. En principio, porque esos argumentos conducirían a la inconstitucionalidad a todos los delitos de peligro, con el simple desarrollo de considerarlos de peligro abstracto, lo cual no explica si en cada caso concreto se puso en el peligro concreto un bien jurídico y cuál. Si el tipo penal se mira bajo la lupa del bien jurídico propiedad individual del titular de un vehículo sustraído, una será la solución. Pero, si se lo mira a la luz del bien jurídico seguridad registral, será otra.

Consideramos un error razonar que lo peligroso es la detentación de piezas provenientes de un delito, porque en realidad no se trata de elementos peligrosos en sí mismos, donde el bien jurídico afectado es la seguridad común, sino que la ofensa se produce a la potestad de control del Estado, lo cual se realiza mediante la ocultación del origen de las piezas (su falta de inscripción). Esto mismo, con variantes, ocurre en el delito de contrabando, o en el de adulteración de cualquier numeración registrada por imposición legal, etcétera.

La vinculación con el delito de robo de automotores es el marco general, pero este delito es posterior e independiente, hace a lo explicado al principio, a las razones de política criminal para sancionar este delito, pero no al problema de la ofensa al bien jurídico de que aquí se trata.

Por el contrario, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones ha rechazado expresamente la inconstitucionalidad de la figura, en los siguientes términos: “...del espíritu de la ley 25761 se vislumbra que el legislador ha pretendido evitar ampliamente mediante su sanción el riesgo que implica el comercio de autopartes sin la satisfacción de los recaudos administrativos pertinentes y preestablecidos en la misma norma, pues tiene exclusivo sustento en la negociación de mercaderías que pueden proceder de la sustracción de los automotores y su posterior desguace o bien de los actos dañosos para el apoderamiento de las piezas separadas que los constituyen, en especial los vehículos dejados en la vía pública. A su vez, señalamos que el legislador también ha querido conjurar el riesgo de que el producto de esta modalidad delictiva sea introducido en el comercio neutralizando con la sanción de la norma esta posibilidad, pues sólo aquellos repuestos o autopartes que cumplan con los requisitos administrativos para garantizar la legalidad de su origen podrán ser puestos en debida circulación, excluyendo del mercado a los que estén imposibilitados de satisfacer estos extremos por su procedencia espuria y además los que pueden poner en riesgo, por sus deficiencias, la seguridad en el tránsito”. Por otra parte, afirmaron que “... el incumplimiento de las obligaciones que

la normativa en cuestión impone a las personas físicas o jurídicas que revisten cierta calidad, se debe interpretar como una omisión dolosa de las disposiciones de naturaleza administrativa que ella misma contempla y que, merced a su descripción legal, se trata de una tipicidad omisiva que resguarda los principios de legalidad y reserva (artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional).²¹

En tal sentido, también se sostuvo que “lo relacionado con la necesidad de afrontar las derivaciones de las sustracciones de automotores se muestra evidente y es un dato de la realidad que ha tenido en cuenta el legislador, frente a la proximidad que exhibe la actividad delictiva vinculada a los automotores -que no sólo afecta la seguridad y el patrimonio de las personas, sino en muchas ocasiones su propia vida- con la comercialización de vehículos o autopartes. Tal estado de cosas da cuenta de la inexorable cercanía entre el accionar delictivo de esa naturaleza y una actividad comercial que, aun lícita, ha motivado una rigurosa regulación legislativa. De ahí que se haya recurrido a una figura de peligro abstracto, que se relaciona con un aspecto de la vida social ponderado por el legislador por la cercanía de la violación de bienes jurídicos”.²²

10. OTRAS CUESTIONES VINCULADAS

10.1. El concurso con el delito de encubrimiento

Quien reciba un automóvil robado y proceda a su desarmado para utilizar sus partes, con conocimiento de la ilicitud de su origen, estará incurriendo en el delito de encubrimiento (artículo 277, inciso 1, letra c) del Código Penal). Que inclusive prevé una figura culposa o imprudente, la del artículo 277, inciso 2 del Código Penal.

Cuando el conocimiento de la ilicitud del rodado surja en forma evidente de los elementos probatorios, la figura principal aplicable será la del encubrimiento, doloso o culposo, la que concursará en forma ideal con el artículo 13 de la Ley N° 25761. En muchos casos, constituirá un obstáculo para acreditar el conocimiento de la ilicitud del rodado, el hecho de que el vehículo ya se encuentre desarmado y resulte imposible la identificación del automotor.

21. Causa n° 125/12_4 “MIRKIN, Carlos A. y otros”, rta. 14/03/12. En igual sentido, en la disidencia del juez Bruzzone en la causa 2172_13_5 “PERA, Héctor P”, rta. 1/03/13 c. 2.172/13.

22. Voto del Dr. Cicciano, al cual se remitió el juez Bruzzone en la causa 2172_13_5, caratulada “PERA, Héctor P”, rta.1/03/13, c. 2.172/13.

Tan estrecha es esta vinculación entre el delito de encubrimiento y el del artículo 13 de la Ley N° 25761, que en el proyecto de ley enviado al Congreso, el original artículo 12 disponía *“Quien incumpliera con lo establecido en el régimen de la presente ley se considerará incurso en las normas de los artículos 277 y 278 del Código Penal, siempre que el hecho no constituya un delito más severamente penado; sin perjuicio de las normas de derecho penal tributario que pudiera corresponderle”*.

Creemos que la versión final de la Ley N° 25761, y que aquí se comenta, es más feliz en tanto crea un delito autónomo que resulta más eficiente como mecanismo de represión de una parte del complejo proceso de robo de automotores que venimos comentando.

Para el delito del artículo 13 de la Ley N° 25761 no se requiere que se acredite ni el origen espurio de las autopartes ni el conocimiento del sujeto activo sobre tal circunstancia,²³ sino que se consuma con el desarmado sin el cumplimiento de los requisitos establecidos normativamente.

10.2. Facultades de la autoridad de control

El artículo 11 de la Ley N° 25761 dice: *“Facúltase a las autoridades policiales y a las fuerzas de seguridad para que por intermedio de las divisiones correspondientes, realicen las inspecciones de la documentación pertinente de todas las personas físicas o jurídicas cuya actividad principal, secundaria o accesoria, sea el desarmado de automotores y/o la comercialización y/o almacenamiento de repuestos usados para automotores, con la metodología y formalidades que disponga la reglamentación de la presente ley”*.

En el artículo 13 del decreto reglamentario 744/2004, se lee: *“Para el cumplimiento de las facultades de inspección que el Artículo 11 de la Ley asigna a las autoridades policiales y fuerzas de seguridad, estas estarán autorizadas a requerir el acceso a los locales y dependencias anexas de las personas físicas o jurídicas enumeradas en el Artículo 10 de la presente reglamentación”; y luego establece que “De la misma manera podrán detener los vehículos que transporten automóviles o autopartes usadas”*.

23. Ver al respecto el fallo de la Sala VI de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, causa n° 42301_6 “PEREYRA, Carlos Alberto”, rta. 3/10/11.

Finalmente, se agrega *“En todos los casos deberán verificar el cumplimiento de lo establecido en la Ley y en esta reglamentación, requiriendo la exhibición de la documentación y registros correspondientes, además de inspeccionar las piezas que se encuentran a la venta, en depósito o en tránsito, determinando su estado general y de identificación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 de la ley y el artículo 7 de la presente reglamentación”*.

Como vimos, la actividad de desarmado de automóvil y comercio de autopartes es una actividad reglada. Como inherente a esta reglamentación se otorgan facultades a la policía para que proceda al control de esas actividades.

Respecto a la inspección de locales, se trata, como el decreto específicamente lo dispone, de los comercios que hayan sido inscriptos en el artículo 10 de la ley. Es sobre estos locales en los que se procede a la verificación de la documentación. Y sólo respecto de los espacios públicos. Como regla general entonces, no podrán proceder a la inspección de cualquier local, sino sólo los que hayan sido inscriptos y sólo respecto a los espacios públicos. Si, por el contrario, el personal policial tuviere sospechas de que en determinado lugar se encuentran objetos en violación a la ley, se regirán por las reglas comunes del Código y será necesaria una orden de allanamiento, la cual deberá estar debidamente fundada.²⁴

11. CONCLUSIONES

Los delitos vinculados a la sustracción y comercialización de automotores sustraídos tienen diversas causas, las cuales en su mayoría no pueden ser solucionadas con una simple ley. Sin embargo, la existencia de un instrumento legal adecuado para reprimir los delitos vinculados es parte del tratamiento del conflicto.

La creación de conductas típicas no hace desaparecer los delitos pero, siempre y cuando en la conducta analizada por los operadores del sistema, se ponga de relieve la afectación a las funciones del Estado

24. Se puede apreciar el problema de la necesaria fundamentación de la orden en los siguientes fallos de la Sala V de la Cámara Criminal y Correccional de esta ciudad, causa “MANZO, Gabriel y Local V8 Transmisión”, rta. 22/11/11 causa n° 426 y causa 41857_5 “SARNACKI, Eugenio G”, rta. 9/09/11, c. 41.857.

que intentan controlar el complejo proceso de comercio de autopartes que, indirectamente atentan contra otros bienes jurídicos, su represión es constitucional y, como tal, forma parte del mecanismo estatal para el logro de sus propósitos.

En este orden, curioso resulta resaltar que, si se toma en cuenta la misma estadística que sirvió de sustento para sancionar la Ley N° 25761, desde el 2003 hasta la actualidad, la evolución de robos en el total del país fue siempre descendiendo.

JURISPRUDENCIA

Desarmadero de automotores y venta de sus autopartes. (Ley N° 25761). Sobreseimiento. Diferencia con el tipo penal de encubrimiento. Ubicación en una etapa previa de criminalización de ese delito. No afectación de garantías constitucionales. Posibilidad de doble castigo. Revocación. Falta de mérito.

Fallo:(...) En efecto, la Ley N° 25761 ha venido a contemplar, como conducta delictiva, una figura distinta al tipo penal del encubrimiento y que se ubica en una etapa previa de criminalización a ese delito y que, si bien por razones de política criminal puede ser opinable, no constituye a nuestro criterio una afectación de garantía alguna para ser considerado inconstitucional como alguna jurisprudencia lo ha sostenido, y aludida en el marco de la audiencia por la defensa.

De igual forma, se debe descartar el argumento relacionado a la afectación de la garantía que impide la doble persecución, toda vez que, como bien lo señalara el Fiscal Dr. (...): “la coexistencia de una persecución en sede administrativa con otra judicial por el mismo hecho en todo caso, y de ser resueltas ambas en contra del imputado, podría afectar el principio de proporcionalidad en el castigo pero no la garantía del *non bis in idem* por lo que es perfectamente legítimo que en este caso se sustancia actuaciones administrativas ante el (...) y el presente expediente donde se debe establecer si la ley mencionada más arriba es de aplicación”.

En este sentido, consideramos pertinentes las medidas solicitadas por el representante del (...) en el sentido de que sea convocado a prestar declaración testimonial el Dr. (...), o quien este designe en representación del (...) para que comparezca a prestar declaración, acompañando el Expte. N° (...) de ese organismo a efectos de ser interrogado sobre lo detectado en el marco de esa investigación; por lo que deberá ser confrontado posteriormente con la documentación aportada por el imputado en su descargo. (...)

GOTARDI, José María. 16/03/10 c. 37.876. C. N. Crim. y Correc. Sala I.

Desarmadero de automotores y venta de sus autopartes. (Ley N° 25761). Sobreseimiento. Operatividad regulatoria de la Ley N° 25761. Vulneración al principio de inocencia. Obligación administrativa que genera presunción de ilicitud. Confirmación. Declaración de inconstitucionalidad del artículo 13, párrafo segundo de la Ley N° 25761.

Hechos: Apela el fiscal el sobreseimiento de los inculpados por el delito previsto en el artículo 13, segundo párrafo, de la Ley N° 25761, y en su agravio sostiene el estado de sospecha para convocarlos a prestar declaración indagatoria.

Fallo: (...) La Ley N° 25761 vino a regular las actividades vinculadas con el desarmado de automotores y venta de sus autopartes tanto para quienes lo realicen en forma ocasional, como para quienes hagan de ello una actividad comercial habitual. Dentro de su articulado fija los obligaciones que deben cumplir quienes se dediquen a la comercialización de repuestos usados para automotores -artículos 7, 8, 9, 10- y finalmente en el artículo 13, segundo párrafo tipifica y establece una pena por el sólo hecho de no cumplir con los deberes establecidos en ella para quienes su actividad principal, secundaria o accesoria sea el desarmado de automotores, y/o comercialización, transporte o almacenamiento de repuestos usados.

(...) la figura penal referida en el párrafo precedente contraría el principio de inocencia garantizado en el artículo 18 de la Constitución Nacional y, por ende, justifica su declaración de inconstitucionalidad.

(...) la declaración de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma gravedad institucional (...) ultima ratio del orden jurídico, la incompatibilidad inconciliable entre la norma referida y nuestra carta magna, justifica la abrogación oficiosa de aquella.

Se ha dicho en un anterior pronunciamiento de esta Sala (aunque con una conformación parcialmente diferente), que mediante la citada ley el legislador quiso regular rápidamente la actividad de los desarmaderos de automotores íntimamente vinculada con su robo violento, lo cual formaba parte de los reclamos sociales de seguridad y lucha contra el delito al momento de su sanción.

(...) los tipos penales que componen la ley fueron tratados en su totalidad como delitos de peligro abstracto. Según Sancinetti “delitos de peligro abstracto son aquellos en que el legislador asocia a una clase de

comportamientos el estigma de peligrosos, según cualidades generales de ese caso, desentendiéndose si, en el caso concreto, se derivó un riesgo real para el objeto de ataque”. Agrega el autor en otro párrafo que: “Por consiguiente, tanto el delito de peligro abstracto como el delito imprudente se refiere a un comportamiento “equis” que bajo condiciones normales implica el riesgo de que produzca la lesión física de un objeto de bien jurídico, y por eso el legislador lo prohíbe...”.

(...) si bien es cierto que la actividad desplegada por los desarmadores de automóviles puede estar vinculada al robo de estos, en sí misma no puede tildársela de peligrosa bajo ningún concepto. Y menos aún, la comercialización de piezas usadas de rodados sin estar registrada.

(...) ello no habilita sin más a tipificar conductas que no cumplen con esa regulación, si de ellas no se desprende la existencia de un peligro concreto o abstracto directamente vinculado a un bien jurídicamente protegido.

(...) la venta de autopartes usadas sin estar registrado, mal puede ser considerado un paso previo o necesario del robo de automóviles, y la conexión que puede haber entre un supuesto y otro, si bien puede existir, no permite dar por acreditada la peligrosidad de la actividad en sí misma como para sujetarla a un régimen penal, que como es sabido, debe regir como herramienta de ultima ratio para el cumplimiento de fines estatales.

(...) si bien es cierto que en los delitos de peligro abstracto -como el previsto en el artículo 13, párrafo segundo de la Ley N° 25761- alcanzaría para la tipicidad con la concurrencia de las circunstancias fácticas que permiten presumir al legislador la proximidad de un riesgo concreto para un bien jurídico determinado, también lo es que pueden existir situaciones en las que esa presunción sea neutralizada por circunstancias específicas que rodean la conducta: “si nada ni nadie puede ser puesto en peligro [concreto] el merecimiento de pena de la conducta correspondiente se reduce a una mera infracción de orden”.

(...) el incumplimiento de las obligaciones administrativas previstas por la ley y su reglamento, no puede generar, en sí misma, un peligro concreto para ningún bien jurídico.

(...) el legislador en su afán de dar respuesta a los reclamos sociales de seguridad vinculados con el robo de automotores, sancionó -en el artículo 13, segundo párrafo de la Ley N° 25761- un tipo penal que

resulta violatorio del principio de inocencia garantizado en el artículo 18 de la CN por cuanto, frente al incumplimiento de determinadas obligaciones administrativas previstas en la Ley N° 25761, crea una presunción de ilicitud respecto de quienes realizan una actividad, que por sí misma, no genera un peligro concreto o abstracto directamente vinculado a un bien jurídico protegido.

En virtud de ello, y teniendo en cuenta que la norma bajo análisis produce una clara vulneración al principio de inocencia de raigambre constitucional, corresponde declarar su inconstitucionalidad.

CASTAGNARO, Luis Paulino y otros. 19/03/10 c. 38.748. C. N. Crim. y Correc. Sala V.

**Desarmadero de automotores y venta de autopartes (Ley N° 25761).
Procesamiento. Omisión dolosa. Tipicidad. Confirmación.**

Hechos: Apela la defensa el procesamiento del imputado quien ofrecería a la venta repuestos carentes de la debida identificación. Alegó la atipicidad de la conducta.

Fallo: (...) Preliminarmente cabe señalar que, conforme surge de los párrafos precedentes, la defensa no ha cuestionado la materialidad de los hechos investigados, sino que centró su gravamen en que en la especie no existió una afectación a un bien jurídico determinado, por lo que la conducta de su pupilo deviene atípica.

Circumscripta así la materia a analizar, entendemos que los cuestionamientos que realiza la parte no pueden prosperar, por lo que habremos de confirmar la resolución en crisis.

En este sentido, corresponde traer a colación los argumentos expuestos en nuestra anterior intervención en el marco del incidente de inconstitucionalidad que corre por cuerda (cfr. fs. ...), donde dijimos que del espíritu de la Ley N° 25761 se vislumbra que el legislador ha pretendido evitar ampliamente mediante su sanción el riesgo que implica el comercio de autopartes sin la satisfacción de los recaudos administrativos pertinentes y preestablecidos en la misma norma, pues tiene exclusivo sustento en la negociación de mercaderías que pueden proceder de la sustracción de los automotores y su posterior desguace o bien de los actos dañosos para el apoderamiento de las piezas separadas que los constituyen, en especial los vehículos dejados en la vía pública.

A su vez, señalamos que el legislador también ha querido conjurar el riesgo de que el producto de esta modalidad delictiva sea introducido en el comercio neutralizando con la sanción de la norma esta posibilidad, pues sólo aquellos repuestos o autopartes que cumplan con los requisitos administrativos para garantizar la legalidad de su origen podrán ser puestos en debida circulación, excluyendo del mercado a los que estén imposibilitados de satisfacer estos extremos por su procedencia espuria y además los que pueden poner en riesgo, por sus deficiencias, la seguridad en el tránsito.

Por tales motivos, concluimos en esa oportunidad que las disposiciones contenidas en los artículos 6 (incorporación de un número identificatorio de las piezas automotrices mediante los denominados stickers luego de un desarme); 7 (inserción en la pertinente documentación comercial del número identificatorio de la pieza cuando se trate de un repuesto usado y la abstención de la oferta o mantenimiento en stock de repuestos carentes de dicha identificación); 10 (obligación de documentar el ingreso y egreso de vehículos y de partes con determinada exigencia de datos para individualizarlos, destrucción de las piezas no aptas para su reciclaje y conservación y presentación de estos comprobantes ante el requerimiento de la autoridad de control) y 13, párrafo segundo (penalización de las personas dedicadas al desarmado de automotores y/o comercialización, transporte o almacenamiento de repuestos usados que incumplan a lo que los obliga la norma), en orden a los cuales se dictara el procesamiento del referido (...), no resultan materia de con frente con los derechos y garantías de nuestra carta fundamental.

Y es que quienes desarrollan dicha actividad reglamentada y lo hacen en condición irregular, podrían llegar a ser considerados como un complemento necesario para la conclusión exitosa de delitos previos de lesión que, sin dicho complemento, no tendrían razón de ser por la ausencia de lucro o cualquier otro tipo de beneficio.

Es así que, por lo general, son estadística y sensiblemente menores los casos de sustracción de automotores para ser utilizados o dispuestos como propios mediante la previa alteración de sus números registrales.

En conclusión, y a diferencia de lo sostenido por la defensa, consideramos que el incumplimiento de las obligaciones que la normativa en cuestión impone a las personas físicas o jurídicas que revisten cierta calidad, se debe interpretar como una omisión dolosa de las

disposiciones de naturaleza administrativa que ella misma contempla y que, merced a su descripción legal, se trata de una tipicidad omisiva que resguarda los principios de legalidad y reserva (artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional).

En este contexto, y siendo que la inobservancia de las disposiciones referidas precedentemente por parte del imputado no sólo no fue cuestionada por su asistencia técnica sino que incluso la reconoció, el Tribunal RESUELVE: Confirmar el auto de fs. (...) en todo cuanto fuera materia de recurso. (...).

Seijas, González, Lucini. (Prosec.Cám.: Pereyra).

125/12_4 MIRKIN, Carlos A. y otros. 14/03/12 c. 125. C. N. Crim. y Correc. Sala IV.

Desarmadero de automotores y venta de autopartes (Ley N° 25761). Procesamiento. Inconstitucionalidad del artículo 13, Ley N° 25761. Vulneración del principio de inocencia. Sobreseimiento. Disidencia parcial: I. Figura penal constitucional. Delito formal de peligro abstracto. Figura distinta al tipo penal de encubrimiento. Figura que se ubica en una etapa previa de criminalización al encubrimiento. No afectación de garantías constitucionales. II. Procesamiento. Revocación. Comercio sin irregularidades. Habilitación vencida respecto de la cual se solicitó su renovación. Interposición de amparo del comerciante para la renovación. Sobreseimiento por no encuadrar la conducta en una figura penal.

Fallo: (...) La jueza Mirta L. López González dijo: (...) la figura prevista por el art. 13 de la Ley N° 25761 contraría el principio de inocencia y por ende es inconstitucional (...). (...) de acuerdo a la opinión que emití en los precedentes citados, la que entiendo de íntegra aplicación al caso, propongo revocar la resolución apelada, declarar inconstitucional la norma en cuestión y dictar el sobreseimiento del recurrente en los términos del art. 336, inciso 3, del Código Procesal Penal de la Nación.

El juez Rodolfo Pociello Argerich dijo: Al igual que mi colega cuya opinión me precede me expedí en el sentido de que la norma aludida es inconstitucional (2), y, por ello, adhiero a su propuesta.

Disidencia parcial del juez Gustavo A. Bruzzone dijo: 1) En primer lugar, respecto de la tacha de inconstitucionalidad de la norma en cuestión planteada por mis colegas preopinantes, he sostenido en anteriores

pronunciamientos que la Ley N° 25761 ha venido a contemplar, como conducta delictiva, una figura distinta al tipo penal del encubrimiento y que se ubica en una etapa previa de criminalización a ese delito y que si bien por razones de política criminal puede ser opinable, no constituye a mi criterio una afectación de garantía alguna para ser considerado inconstitucional (in re: causa n° 37876 de la Sala I, “Gotardi”, rta. 16/03/2010).

Ello así pues, el tipo penal bajo análisis se enmarca dentro de los denominados delitos formales de peligro abstracto en el cual, en lo que aquí interesa, la acreditación de un delito precedente no es un requisito típico de la figura. Así lo ha previsto expresamente el legislador en el marco de la política criminal llevada a cabo para combatir aquellas actividades que, directa o indirectamente, se vinculan con la sustracción de automotores.

En esta misma senda, comparto la postura esgrimida por el juez Cicciano al votar en “Muggeri” (in re: causa n° 40100 de la Sala VII, rta. 17/03/2011), en cuanto sostuvo que “lo relacionado con la necesidad de afrontar las derivaciones de las sustracciones de automotores se muestra evidente y es un dato de la realidad que ha tenido en cuenta el legislador, frente a la proximidad que exhibe la actividad delictiva vinculada a los automotores -que no sólo afecta la seguridad y el patrimonio de las personas, sino en muchas ocasiones su propia vida- con la comercialización de vehículos o autopartes. Tal estado de cosas da cuenta de la inexorable cercanía entre el accionar delictivo de esa naturaleza y una actividad comercial que, aun lícita, ha motivado una rigurosa regulación legislativa. De ahí que se haya recurrido a una figura de peligro abstracto, que se relaciona con un aspecto de la vida social ponderado por el legislador por la cercanía de la violación de bienes jurídicos”.

2) Ahora bien, sentado lo expuesto en relación a la adecuación constitucional de la norma que se cuestiona, corresponde que ingrese al análisis de la cuestión de fondo que se exhibe en este caso concreto.

(...) entiendo que la resolución criticada debe ser revocada. (...) en los allanamientos practicados sobre el comercio explotado por el imputado no se han detectado irregularidades en la mercadería expuesta a la venta, la que, desde el punto de vista administrativo, se encontraba en perfectas condiciones.

Por su parte, tampoco se debe perder de vista que (...) poseía una anterior habilitación por parte del RUDAC para ejercer el comercio de

autopartes, que si bien a la fecha de los acontecimientos se encontraba vencida, ya había sido solicitada su renovación por parte del titular registral del local, la que le fue denegada en virtud de que se encontraba en trámite el Expediente N° 66683 ante la judicatura de origen e instruido en su contra, en el cual resultó finalmente sobreseído.

En suma, entiendo que la circunstancia de que poseía una anterior habilitación para funcionar conforme lo establece la reglamentación vigente, como así también que ante el rechazo de la renovación de la licencia se presentara un amparo ante la Justicia Civil y Comercial Federal controvierte la adecuación típica de su conducta al tipo penal en cuestión, por lo que entiendo debe revocarse el procesamiento dictado contra (...) y disponerse su sobreseimiento en orden al inc. 3 del art. 336, C.P.P.N. Así voto.

(...) Se RESUELVE: I. Declarar la inconstitucionalidad del art. 13 párrafo segundo de la Ley N° 25.761. II. Revocar el punto dispositivo I del auto decisorio de fs. (...) y sobreseer a (...) de las demás condiciones personales obrantes en autos, en orden al hecho que se le imputó en la presente causa N° 2.172/2013 del registro de esta sala V (cn° 14.109 del registro del Juzgado Nacional en lo Correccional N° (...), Secretaría N° (...), haciendo expresa mención que la formación del presente sumario no afecta el buen nombre y honor del que hubiera gozado (arts. 334 y 336, inciso 3°, del Código Procesal Penal de la Nación).

III. Declarar abstracto el punto II del auto decisorio de fs. (...) en cuanto fue materia de recurso.

López González, Bruzzone (en disidencia), Pociello Argerich. (Sec.: Poleri).

2172_13_5 PERA, Héctor P. 1/03/13 c. 2.172/13. C. N. Crim. y Correc. Sala V.

Se citó: (1) C. N. Crim. y Correc., Sala V, c. n° 38.747 Castagnaro Luis Paulino y otros rta. 19/03/2010; c. n° 39.955 “González, Osvaldo César”, rta. 13/10/2010). (2) (cn° 33.375, “Sampietro, Ariel Carlos”, rta. 21/12/2007; cn° 39.955 de esta sala, “González, Osvaldo César”, rta. 13/10/2010 -ambas de esta sala-).

CAPÍTULO 30
DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD
EN EL TRÁNSITO

ARTÍCULO 193 DEL CÓDIGO PENAL

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD EN EL TRÁNSITO

Por Marco Antonio Terragni*

1. INTRODUCCIÓN

Estos delitos fueron agregados al Código Penal (CP) como artículo 193 bis (artículo 2 Ley N° 26362, BO 16/4/2008), y actualmente lleva el N° 193. En carácter de una breve introducción, puede decirse que es novedosa la incorporación de estas figuras y que genera opiniones encontradas en la doctrina. Pero en rigor de verdad, algunas de las acciones que ella trae se encontraban ya en ordenamientos contravencionales del país.

Con este artículo se tipifican las acciones de crear una situación de peligro común para la vida o la integridad física de las personas con la participación en una prueba de velocidad o de destreza con un vehículo automotor sin la debida autorización legal para ello (1ª parte), la de organizar o promocionar tal prueba (2ª parte), y la de posibilitarla mediante la entrega a un tercero de un vehículo (3ª parte). De tal modo, que se han creado delitos autónomos que penan el organizar, promocionar o facilitar, que bien podrían caer en la órbita de las reglas

*Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe, Argentina), Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Penal, titular de la cátedra de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Profesor Honoris Causa de la Universidad Nacional de Cajamarca (Perú). Profesor de los cursos de posgrado de la Universidad de Buenos Aires y Belgrano (Buenos Aires), y de las Universidades nacionales argentinas de Córdoba, Tucumán, La Rioja, Rosario y del Sur. Dictó conferencias en Argentina, España, Italia, Perú, Chile, Uruguay y Ecuador. Exbecario del Instituto Max Planck para el derecho penal internacional y extranjero de Freiburg (Alemania). Ha publicado numerosos libros y artículos en revistas jurídicas de diversos países. Mantiene el sitio de información jurídica www.terragnijurista.com.ar. Ejerce liberalmente su profesión de abogado, ininterrumpidamente desde 1960.

generales del Código Penal sobre la participación a título de instigador o cómplice de quien participa en una prueba automovilística.

Es criticada la incorporación de esta figura en el Capítulo en estudio, porque mientras sus otros tipos protegen los medios de transporte, el artículo 193 se refiere a atentados no contra estos últimos sino a través de ellos (un automotor).

Sea cual fuese la opinión, lo cierto es que el bien jurídico a proteger aquí es la *seguridad del tránsito*, entendida como una especie del género *seguridad común*, esta última pensada como ese estado de cosas exento de situaciones físicamente peligrosas o dañosas para los bienes o las personas en general. Lo esencialmente protegido en esta oportunidad no es la seguridad del tránsito automotor -bien jurídico que se tutela en segundo plano-, sino la vida y la integridad física de una colectividad indeterminada de personas.

2. PARTICIPACIÓN EN PRUEBAS DE VELOCIDAD O DESTREZA

En primer lugar, sujeto activo puede ser cualquier persona que conduzca el vehículo en la prueba; y respecto al sujeto pasivo, es indeterminado y puede ser cualquier persona que vea amenazada su vida o su integridad física, pero no podrían considerarse como tal a los individuos que consienten en participar en la prueba (como el copiloto, otros competidores, jueces y espectadores, que voluntariamente concurren a presenciar el evento) porque son supuestos de autopuesta en peligro consentida; además, como la ley alude a los sujetos expuestos al peligro en forma indeterminada, es suficiente que un sólo individuo haya sido puesto en riesgo (por ejemplo, un transeúnte que circulaba por el lugar).

En segundo término, la acción típica está dada por la participación (sin el permiso de la autoridad competente) en una prueba de velocidad o destreza conduciendo un automóvil. Por conducción se entiende el manejo de los mecanismos de dirección del vehículo para que se desplace, sin interesar que el motor esté en marcha o apagado (ejemplo: si dos automóviles se deslizan hacia abajo por una calle en pendiente poniendo en riesgo a terceros). No interesa para la configuración del tipo si la demostración de habilidades para conducir la hace una sola o un conjunto de personas, ni tampoco el lugar (público o privado) siempre que exista riesgo para la vida o integridad física de

las personas. Por último, tampoco importa si el evento se desarrolla en horas del día o de la noche.

En tercer lugar, toca decir que la acción típica debe crear un resultado consistente en una situación de peligro para la vida o la salud física de terceros, y que eso haya sido generado por la participación en la prueba automovilística. Por ello, se afirma que la situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas tiene que ser valorada *ex post*, y el riesgo causado ha de ser real y no potencial.

Ahora bien, con referencia al medio del delito, el agente debe conducir un “vehículo automotor”, discutiendo la doctrina sobre si procede o no una interpretación amplia de tal expresión que llegue a comprender -o no- otros rodados a motor (como por ejemplo: motocicletas).

Continuando el análisis del tipo, encontramos un elemento normativo con tinte negativo: ya que debe faltar la autorización de autoridad competente para la prueba de velocidad o de destreza que se realiza, para que la acción sea típica. Caso contrario, si se cuenta con aquella, la conducta es atípica. Respecto del elemento subjetivo del tipo, es este un delito doloso.

Como delito de peligro concreto que es, se consuma cuando el riesgo haya existido realmente (pueda constatararse) para un grupo de personas indeterminadas. La tentativa, si bien es posible, aparece como poco probable ya que deberán acreditarse actos ejecutivos previos a la consumación que puedan llevar al peligro requerido. Puede, por último, incorporarse la relación de esta figura con otras afines y, en tal sentido, se indican los siguientes supuestos.

Si como consecuencia de la conducción durante una prueba de velocidad o de destreza, se causaren lesiones o la muerte de alguna persona, al ser un resultado que no está contemplado por la figura y tampoco previsto como agravante de esta, para algunos intérpretes debería ser atribuida a título de culpa, porque la conducta del autor no está dirigida a lesionar sino a intervenir en la prueba ilícita con un vehículo; pero también se podría estimar que existiría un concurso de delitos, dada la naturaleza dolosa del delito previsto por el artículo 193 del Código Penal, y la culposa del homicidio y de las lesiones que, por imprudencia o negligencia, se produzcan.

Pasando ahora a la relación concursal con los delitos de homicidio y lesiones dolosas: si se diese el caso de que en las condiciones típicas

del primer párrafo del artículo 193 se matase o lesionase, existirá concurso ideal.

Finalmente, en lo que refiere a la participación de organizadores, promotores y facilitadores: cuando como consecuencia de la prueba se produce efectivamente una lesión o muerte de alguna persona, quienes organicen, promocionen o faciliten el evento responderán como partícipes necesarios del delito que se trate sólo si tales resultados se les pudiesen atribuir al autor a título de dolo; en su caso, eventual.

3. ORGANIZACIÓN DE PRUEBAS DE VELOCIDAD O DESTREZA

De la segunda parte del artículo 193 del Código Penal, puede extraerse para su análisis la estructura típica de esta figura; y en tal sentido, decir que sujeto activo puede ser cualquier persona que perpetre la acción típica que implica organizar la conducta prevista en el artículo, esto es: ocuparse de los preparativos para la realización de la prueba, fijar pautas básicas como lugar, día, hora, entre otras.

En relación al resultado, el problema es determinar si lo típicamente relevante es que se produzca la situación de peligro común (a que se refiere el primer párrafo) con la organización de las pruebas de velocidad o de destreza, o si es suficiente la mera organización de estas últimas. Se ha opinado que, como esta figura exige la conducta prevista en el artículo y la pena que corresponde aplicar es la misma, la punición requiere que el agente organice una prueba de velocidad o de destreza: que efectivamente se realice y que provoque un peligro común.

En cuanto al tipo subjetivo, es un delito doloso.

La consumación tendrá lugar cuando quienes intervienen en la prueba automovilística la realizan y crean el peligro común. Tratándose de una figura autónoma, la falta de punición del protagonista de la prueba de velocidad o de destreza no elimina la tipicidad de la conducta del organizador.

4. PROMOCIÓN DE PRUEBAS DE VELOCIDAD O DE DESTREZA

De la segunda parte del artículo 193, es factible evaluar la estructura típica de esta otra figura autónoma. En tal orden, exponer que autor de este delito puede ser cualquier persona, y que la acción típica es

la de promocionar la prueba de velocidad o destreza, esto es: darla a conocer, propagar su realización, difundirla entre distintas personas.

Igual que en el supuesto anterior, al tener que examinar si es necesario algún tipo de resultado en especial, el estrecho vínculo de la figura con la del primer párrafo y la penalidad aplicable indican que la punición requiere que la prueba de velocidad o de destreza efectivamente se haga y provoque un peligro común.

Respecto a los medios de comisión del ilícito, como la ley no requiere uno en particular, es indiferente el modo en que el agente promociona la prueba de velocidad o destreza, pudiendo para ello abrir un sitio web, enviar mensajes de texto a diferentes destinatarios usuarios de telefonía móvil, emplear altavoces, etcétera.

Se trata de una figura dolosa, que exige al sujeto activo conocer el hecho que promociona una prueba automovilística de velocidad o destreza no autorizada, generadora de peligro para la vida o la integridad física de las personas y que no cuenta con autorización. Lógicamente, el error acerca de alguno de los elementos, eliminará la tipicidad. Cabe aclarar que para el sector doctrinal que entiende a este delito como de peligro abstracto y excluyen la necesidad de creación de peligro común, será suficiente con que el agente conozca que se promociona el evento y de que se carece de autorización legal.

El delito se consuma cuando la prueba de automóviles comenzó a ejecutarse y se verifica el peligro al cual se refiere la norma. Ahora que, si se considera el delito como de peligro abstracto, su consumación deviene con la mera promoción de la prueba ilegal.

5. FACILITACIÓN POR ENTREGA DE VEHÍCULO

En la última parte del artículo 193 del Código Penal se encuentra esta figura. El autor puede ser cualquier persona, pero con la particularidad de que debe ser el propietario legal del vehículo o quien detenta la custodia (vigilancia, cuidado) de este.

Por su parte, la acción típica viene dada por posibilitar (esto es: facilitar o hacer posible) la realización de una prueba de velocidad o destreza entregando un vehículo a un tercero. Pero para que se efectivice la punición, es necesario que tal prueba se concrete generando como resultado un peligro común.

En referencia al medio del ilícito, la norma exige que el agente facilite el evento con la entrega de un vehículo y, aunque no haya mayores especificaciones, se entiende por tal un automotor (propiedad del agente o que tenga a su cargo la custodia de aquel) a utilizar en las pruebas. Y como el sujeto activo tiene que tener el rodado bajo su custodia, esta se supone legítima. Es así que, en el caso de que una persona entregue al interviniente de una prueba un vehículo que preparó mecánicamente a pedido del competidor, lógicamente no incurrirá en esta figura por no ser el propietario ni tenerlo bajo su custodia, más allá de que sea posible aplicarle las reglas generales de la participación en el delito en que pudiera incurrir el conductor.

Es así un delito doloso, que requiere que el autor facilite la realización de la prueba automovilística entregando un vehículo que sabe se utilizará en ella.

En lo que atañe a su consumación, el delito sólo se consuma cuando la prueba se realice y genere el peligro típico.

6. OTRAS CUESTIONES DE INTERÉS: DECOMISO

Atento a lo previsto por el Libro primero del Código Penal en su artículo 23, la condena por alguno de los delitos contemplados por el artículo 193 del Código Penal (con excepción de los casos de organización o promoción), puede acarrear el decomiso del o los vehículos involucrados.

JURISPRUDENCIA

Procesamiento. Homicidio culposo y lesiones leves culposas reiteradas, en concurso ideal. Violación al deber objetivo de cuidado: traspaso de intersección excediendo los límites máximos de velocidad y con luz roja del semáforo. Imputado que transportaba personas en la caja trasera de la camioneta. Habitáculo no destinado al transporte de individuos. Posición de garante: imputado responsable por el riesgo creado por la víctima.

///nos Aires, 17 de marzo de 2008.

VISTOS:

I.- Llega la presente causa a conocimiento del tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa a fs. 248/251 contra el punto I del auto de fs. 238/245 que dispone el procesamiento sin prisión preventiva de Néstor Gabriel Vallejo, por encontrarlo prima facie autor penalmente responsable de los delitos de homicidio culposo y lesiones leves culposas reiteradas -4 hechos- en concurso ideal (arts. 45, 54, 84 y 94 del Código Penal de la Nación).

Concedido el recurso a fs. 252, y mantenido a fs. 256, se presentó el memorial respectivo a fs. 257/260, por lo que el caso se encuentra en condiciones de ser resuelto.

Y CONSIDERANDO:

Descripción del hecho:

II.- Al nombrado se le reprocha haber causado la muerte de Cesar Argentino Balmaceda y lesiones leves a Federico Marcelo Guzman, Sebastián Talavera, José Benitez y a Gabriela Benitez.

El hecho ocurrió el 2/03/07 alrededor de las 6.50 horas en la intersección de las calles Carlos Calvo y Colombres de esta ciudad, en oportunidad que el imputado se encontraba al mando de la camioneta marca Ford, modelo Ranger, dominio DGU 680 que circulaba por la última de las calles mencionadas cuando fue embestida por el interno 1405 de la línea de colectivos 7 conducido por Carlos José Fernandez, que circulaba sobre Carlos Calvo.

Ambos conductores habrían traspasado la mencionada intersección en forma imprudente, es decir violando la señal del semáforo y el límite de velocidad.

Como consecuencia del impacto en el lateral derecho, la camioneta giró 180° y golpeó contra la columna del edificio ubicado en Colombres 897, provocando que Balmaceda, quien viajaba en la caja del vehículo, saliera despedido y golpeará contra la pared, sufriendo politraumatismos y hemorragias interna y externa que le ocasionaron la muerte en forma inmediata. A su vez el resto de los tripulantes que viajaban en la cabina de la camioneta, sufrieron politraumatismos al igual que Gabriela Benitez, pasajera del colectivo.

Finalmente, dicha unidad se desplazó unos metros más y embistió al rodado marca Volkswagen Gol, dominio FBZO84 de Catalina Ana Basílico, que estaba estacionado sobre la mano derecha de la calle Carlos Calvo, a pocos metros de la intersección con Colombres.

Agravios:

III.- En primer lugar la defensa sostiene que no se encuentran comprobados los presupuestos objetivos de la imputación esgrimida ya que no se encuentra acreditado cuál de los dos vehículos infringió la señal del semáforo, ni tampoco se determinó la velocidad de circulación de la camioneta.

Por otro lado, entiende que la participación de la persona fallecida es causa determinante de su muerte ya que estamos frente a una autopuesta en peligro de la víctima.

Valoración probatoria:

El Juez Alfredo Barbarosch dijo:

IV.- Del estudio de la prueba se encuentran elementos probatorios suficientes para homologar el auto en crisis en virtud de los argumentos que a continuación expondré.

Los testimonios de los tripulantes de la camioneta conducida por Vallejos, se encuentran en franca contradicción con los dichos de los testigos Lorenzo Pablo Jorge (fs. 125/126) y Andrés Martínez (fs. 224) -en tanto los primeros afirmaron que la camioneta cruzó la intersección con la luz habilitante del semáforo y a una velocidad moderada, mientras que los dos últimos señalaron que la camioneta circulaba a gran velocidad y Martínez afirmó que la luz habilitaría al colectivo- por

lo que no permiten desvincular al imputado en esta etapa del proceso ya que su participación se encuentra aún controvertida.

Precisamente, Jorge señaló que: “divisó una camioneta ... que era algo oscura, que cruza ‘muy rápido’ (sic) el semáforo e impacta al colectivo ... que su apreciación es que la camioneta estaba ‘cortando semáforo’, es decir que quiso pasar al instante del cambio de color...”. Por su parte, Martínez sostuvo que: “... En ese momento caminaba por Carlos Calvo, mano derecha, en el sentido del tránsito, y al llegar a Colombres y disponerme a cruzar vi que venía la camioneta a gran velocidad, por lo que me detuve. Al querer cruzar, fue embestida por el colectivo, que no venía a tan alta velocidad ... Luego del impacto, en forma inmediata, levanté la vista y vi que el semáforo estaba en verde para el ómnibus... El chofer de la camioneta estaba muy nervioso, repetía constantemente ‘¡qué hice!’...”.

A esta altura cabe mencionar que estas dos personas eran transeúntes, siendo que el primero estaba en la parada de la línea 7 y el segundo laboraba en las inmediaciones de la zona del siniestro, por lo que ninguna relación tienen con los imputados, mientras que los testimonios de los tripulantes de la camioneta (precisamente que lo favorecen) deben tomarse con las reservas del caso ya que Vallejos era el capataz de la obra en la que trabajaban. A ello se suma que la presencia de Martínez en el lugar del hecho se encontraría debidamente acreditada ya que se acercó a la camioneta para ayudar a descender a los pasajeros heridos, circunstancia incluso reconocida por los mismos.

Por ello y aun cuando el perito oficial de la División Ingeniería Vial Forense no pudo determinar la velocidad de circulación de la camioneta Ford Ranger al momento de producirse el hecho, las testimoniales mencionadas precedentemente resultan elementos de cargo que complementan la experticia de fs. 166/169, todo lo cual forma un cuadro de convicción que refuerza la hipótesis que Vallejos habría infringido el deber objetivo de cuidado no solamente al traspasar la intersección excediendo los límites máximos de velocidad (art. 51 de la ley 24449) sino que además con la luz roja del semáforo (art. 44 de la misma ley).

Aun mas, el caso a estudio tiene la particularidad que el imputado llevaba a la persona fallecida en la caja trasera de la camioneta, indicando la observación de la realidad que es una práctica frecuente en el

tráfico automotor. En efecto, de los dichos de Vallejos al ser indagado como del resto de los ocupantes que viajaban en ese rodado se encuentra determinado que Balmaceda viajaba habitualmente todas las mañanas en la caja del vehículo para aprovechar a dormir.

Ahora bien, de los términos de la pericia practicada al rodado no se ha demostrado que sea un habitáculo destinado al transporte de personas y en este punto nos encontramos ante la circunstancia que Vallejos es responsable también del riesgo creado por la víctima en la medida que en su posición de garante estaba obligado a hacer todo lo posible para evitar el resultado dañoso: muerte.

En este sentido la doctrina tiene dicho: “ ... En aquellos supuestos en los que el riesgo creado por la víctima es cognoscible, ex ante, por el sujeto y, por tanto, comprendido en el deber subjetivo de cuidado, la conducta peligrosa de la víctima influye en la determinación del deber objetivo de cuidado del autor. Las reglas generales de cuidado o ‘reglas técnicas’ que deberá cumplir el sujeto para no infringir el deber objetivo de cuidado, comprenden, en estos casos, medidas tendientes a neutralizar el riesgo creado por la conducta de la víctima” (Mirentxu Corcoy Bidasolo, “El delito imprudente, criterios de imputación de resultado”, editorial B de F, 2005, pág. 347).

Es otras palabras, la acción de Vallejos habría sido imprudente, pues al conducir la camioneta, como acabamos de ver, con exceso de velocidad y cruzando la intersección inhabilitado por el semáforo, tendría que haber tenido en consideración la conducta de Balmaceda (que viajaba dormido en la caja trasera de la camioneta, sin ningún dispositivo de seguridad para evitar un eventual daño en su salud), lo cual era sabido y aceptado por el imputado. Concretamente Vallejos debía asegurarse que ninguno de los acompañantes, entre ellos Balmaceda, corriera el riesgo de lastimarse, pues se trata de una contingencia previsible del tráfico automotor, lo cual no observó al cruzar las calles Colombres y Carlos Calvo de esta ciudad en infracción a los arts. 44 y 51 de la ley de tránsito.

Precisamente, la caja trasera del rodado de Vallejos no era un lugar destinado al transporte de personas, teniéndose en cuenta que el art. 40 de la misma ley dispone en el inc. k que: “...Para poder circular con automotor es indispensable: ... que sus ocupantes usen los correajes de seguridad en los vehículos que por reglamentación deben poseerlos”.

Así pues, estoy en condiciones de afirmar que existe una relación de determinación entre la violación al deber objetivo de cuidado y el resultado ocurrido si de haber conducido Vallejos con el cuidado debido, es decir a una velocidad menor y habilitado por el semáforo y no consintiendo que Balmaceda se ubicara en la caja trasera de la camioneta sin ningún tipo de dispositivo de seguridad, su muerte no se habría producido.

En efecto, en esta etapa de la instrucción se han discriminado infracciones al deber objetivo de cuidado en cabeza del conductor de la camioneta Ford Ranger ya que el art. 39 inc. b de la ley 24449 dispone que: "... Los conductores deben... En la vía pública, circular con cuidado y prevención, conservando en todo momento el dominio efectivo del vehículo o animal, teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación y demás circunstancias del tránsito..." , lo cual no sucedió en autos, por lo que las actuaciones se encuentran en condiciones de pasar a la próxima etapa que resulta adecuada para discutir la responsabilidad penal del imputado, toda vez que en los términos del art. 306 del C.P.P.N. se encuentra acreditada la materialidad del hecho y la responsabilidad que a Vallejos le cupo en el mismo.

Así lo voto.

Los Jueces Gustavo A. Bruzzone y Jorge Luis Rimondi dijeron:

V.- Adherimos a los fundamentos del voto que antecede.

Por ello, el Tribunal RESUELVE:

CONFIRMAR el punto I de la resolución de fs. 238/245 en cuanto ha sido materia de recurso.

Devuélvase. Practíquense las comunicaciones correspondientes en la instancia de origen y sirva la presente de atenta nota de envío.

Alfredo Barbarosch; Gustavo A. Bruzzone; Jorge Luis Rimondi.

Lesiones. Culposas. Violación al deber de cuidado. Prioridad de paso al peatón. Ley de tránsito (art. 41, inc. e).

Demostrado que el damnificado de las lesiones cruzaba de manera correcta por la senda peatonal y con semáforo habilitante para ello, cabe afirmar que quien dobla con un vehículo por una calle para entrar en otra, aunque esté habilitado para efectuar tal maniobra, debe

hacerlo de forma tal que permita el paso prioritario del peatón (art. 41, inc. e) de la Ley N° 24449).

De ello se desprende que la imputada violó el deber objetivo de cuidado a su cargo, ya que debió detener total y completamente el vehículo para permitir el paso seguro del peatón (*), y si ha quedado corroborado, prima facie, que tal violación fue la causa directa de las lesiones que padeció la víctima, debe concluirse que se ha tipificado el delito de lesiones culposas previsto en el art. 94 del C.P. y, con ello, corresponde confirmar el procesamiento.

Donna, Navarro, Filozof. (Sec.: Gorostiaga).

19005_1 YAMELE, María del Carmen. 8/10/02 c. 19.005. C.N.Crim. y Correc. Sala I.

Se citó: (*) C. N. Crim. y Correc., Sala I, c. 13.221, “Anchava, Gabriel Estergidio”, rta: 5/6/2000.

Lesiones. Culposas. Deber de cuidado. Transporte público. Arranque con puerta abierta. Ley de tránsito N° 24449. Procedencia.

Debe homologarse el procesamiento del chofer a cargo del transporte público que habría conducido de manera imprudente y provocado la caída de la víctima al arrancar el colectivo con la puerta abierta.

La Ley de Tránsito N° 24449, en su art. 54 con relación al transporte público urbano dice: “En el servicio de transporte urbano regirán, ...las siguientes reglas: a) el ascenso y descenso de pasajeros se harán con las paradas establecidas; b) cuando no haya parada señalada, el ascenso y descenso se efectuará sobre el costado derecho de la calzada, antes de la encrucijada; ...d) en toda circunstancia la detención se hará paralelamente a la acera y junto a ella, de manera tal que permita el adelantamiento de otros vehículos por su izquierda y lo impida por su derecha...”.

“Las detenciones en los incisos a), b), c) y d) deben efectuarse con arreglo a la previsión del art. 48, inc. d), es decir, sin disminuir arbitraria y bruscamente la velocidad, realizar movimientos zigzagueantes o maniobras caprichosas o intempestivas” (*).

Barbarosch, González Palazzo. (Sec.: López).

19783_4 GIMENEZ, Pedro G. 21/10/02 c. 19.783. C. N. Crim. y Correc. Sala IV.

Se citó: (*) Adolfo Roberto Vázquez, Legislación sobre tránsito, Policial, Bs. As., 1997, p. 509.

Lesiones. Culposas. Violación al deber de cuidado. Circulación sobre separadores de tránsito. Custodia de autoridades. Permiso. Limitación.

Sala I - 19.147 - PÉREZ, Ricardo César

Procesamiento y embargo

Interloc. Corr. 9/65

Buenos Aires, 21 de noviembre de 2002.

Y VISTOS:

Llega esta causa a conocimiento del tribunal debido al recurso de apelación interpuesto a fs. 92 por la defensa particular de Ricardo César Pérez, contra el auto de fs. 86/90, que decretó su procesamiento en orden al delito de lesiones culposas (art. 94, C. Penal, y art. 306 del C.P.P.N.).

Se imputa a Ricardo César Pérez haber causado lesiones a Sergio Fabián Jachuf el día 6 de diciembre de 2001, a raíz de su manejo imprudente, en la intersección de la Avenida Alicia Moreau de Justo y la calle Fragata Sarmiento de esta ciudad, cuando, en circunstancias en que conducía el automóvil "Seat Córdoba", dominio AYI-255, se lanzó desde un estacionamiento ubicado en la acera este, al cruce de los carriles con sentido de circulación sur-norte con el objeto de desembocar en los que poseen sentido norte-sur. Como consecuencia de la maniobra descripta, impactó contra la moto marca "Kawasaki KH-125", dominio 184-CBM, conducida por la víctima Jachuf, que circulaba por la Av. Alicia Moreau de Justo en dirección sur-norte, provocándole lesiones (fs. 48).

I- Considera el tribunal que el auto apelado debe confirmarse, por cuanto las pruebas reunidas en el sumario permiten afirmar, "prima facie", la existencia del hecho investigado y la responsabilidad que en él le cupo al imputado (art. 306 del C.P.P.N.).

Los dichos de Jachuf, en cuanto manifestó que el imputado salió de un estacionamiento de la mano por la que él circulaba con intenciones de tomar el carril de circulación contraria, se encuentran corroborados por el plano realizado por personal de Prefectura Naval Argentina (fs. 7) y el informe pericial de fs. 40/46, por lo que puede afirmarse, "prima facie", que la violación al deber objetivo de cuidado de Pérez, al circular

sobre los separadores de tránsito en una maniobra intempestiva, contrariando lo dispuesto en el art. 48, incs. "c" y "d" de la ley 24449, fue la causa determinante de las lesiones que padeciera la víctima.- ///

///II- En cuanto a los dichos del imputado, cabo principal de la Armada Argentina, quien manifestó que el día de los hechos se encontraba secundando al Comandante Stella y que no le es permitido discontinuar el seguimiento del automóvil que custodia, además de estar previsto en el Reglamento para Protección de Autoridades, considera el tribunal que, aún de comprobarse dichas circunstancias, no pueden alegarse para justificar lesiones a terceros, como es el caso de autos. El permiso, en caso de existir, como en el caso de ambulancias o autos policiales en funciones, tiene un límite, el de no dañar a terceros con esa acción imprudente.

III- En cuanto al monto del embargo, teniendo en cuenta que la defensa del imputado no motivó el recurso de apelación de fs. 92 en tal sentido, debe declararse mal concedido.

Por lo expuesto, el tribunal RESUELVE:

I- CONFIRMAR el auto de fs. 86/90, que decretó el procesamiento de Ricardo César Pérez en orden al delito de lesiones culposas (art. 94, C. Penal, y art. 306 del C.P.P.N.).

II- DECLARAR MAL CONCEDIDO el recurso de apelación contra el monto del embargo.

Devuélvase, debiéndose practicar las notificaciones correspondientes en la instancia de origen, y sirva la presente de atenta nota.

Edgardo A. Donna; Guillermo R. Navarro; Mario Filozof.

Ante mí: Inés Cantisani, Prosecretaria de Cámara.

CAPÍTULO 31
ORGANIZANDO LA PROFILAXIS DE LAS
ENFERMEDADES VENÉREAS EN TODO EL
TERRITORIO DE LA NACIÓN

LEY N° 12331

EL ESTATUS CONSTITUCIONAL DE LA SANCIÓN PENAL DEL PROXENETISMO EN EL CÓDIGO PENAL Y LA LEY N° 12331 DE PROFILAXIS ANTIVENÉREA

Por Juan Iosa* y Matías González del Solar**

1. RESUMEN

El trabajo inquiriere acerca de la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley N° 12331 de profilaxis antivenérea, y de los artículos relevantes del Código Penal, en cuanto prohíben el proxenetismo en Argentina. El interés surge ante la actual proliferación de políticas legislativas de los distintos gobiernos (nacional y provinciales) destinadas al cierre de prostíbulos, *e.g.* la denominada “Ley de Trata” promulgada en la Provincia de Córdoba. Comenzaremos analizando el estatus constitucional de la prostitución: evaluaremos si encuentra amparo en la Constitución Nacional en cuanto protege la autonomía personal (artículo 19). Exploraremos dos posibles interpretaciones del artículo 19 de la Constitución Nacional: la perfeccionista y la liberal. Sostendremos, basados en la tesis de que la mejor lectura moral de la Constitución Nacional es la liberal, que la prostitución goza de protección constitucional. Finalmente, extraeremos consecuencias respecto de la prohibición de los prostíbulos.

* Abogado y Doctor en Derecho, UNC. Docente de Filosofía del Derecho UNC, Investigador de CONICET Y UES21.

** Abogado y maestrando en Derecho y Argumentación Jurídica, UNC.

2. INTRODUCCIÓN

Es un hecho notorio que nuestro ordenamiento jurídico no prohíbe ni penaliza la conducta consistente en intercambiar el propio cuerpo, la propia vida sexual, por *dinero*. La prostitución, en tanto tal, está permitida por nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, no pasa lo mismo con quienes regentean, administran o solventan prostíbulos. La aún hoy vigente Ley N° 12331 de Profilaxis de Enfermedades Venéreas sancionada en el año 1936, conocida en esos tiempos como “Ley de Cierre de Prostíbulos”, prohíbe el establecimiento de prostíbulos en el país. Específicamente prescribe:

Artículo 17: “*Los que sostengan, administren o regenteen, ostensible o encubiertamente casas de tolerancia, serán castigados con una multa de doce mil quinientos pesos como mínimo y ciento veinticinco mil pesos como máximo. En caso de reincidencia sufrirán prisión de 1 a 3 años, la que no podrá aplicarse en calidad de condicional (...)*”.

Si se examina el debate parlamentario de aquel momento, se encontrará que eran dos los objetivos que se tenían en miras al prohibir la instalación de prostíbulos en el país: uno de ellos radicaba en la protección de la “salud pública” de los ciudadanos, *i.e.* para proteger la propagación de la sífilis, que en aquellos años había provocado la muerte de treinta mil personas en el país. El otro era la protección de la “libertad sexual” de quienes se prostituían.¹

Pero, quizá por no estar muy de acuerdo con la moral social imperante al momento de su sanción, quizá por la falta de presión social y estatal a favor de la conformidad, esta normativa cayó prontamente en desuso, siendo los prostíbulos parte del paisaje del país.

Ahora bien, luego de la sanción en el año 2008 de la Ley nacional N° 26364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas,² en la mayoría de las provincias se inició una serie de políticas legislativas en pretendida consonancia con aquella, tendientes a prohibir la instalación de prostíbulos y a clausurar aquellos radicados en sus jurisdicciones. El objetivo manifiesto de estas políticas es “rescatar” a las

1. Cfr. Causa “Rojas, Isabel y otros s/procesamiento”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, Buenos Aires, 19 de agosto de 2009 (Considerando II del fallo).

2. Actualmente derogada por Ley N° 26842.

víctimas de trata de la explotación a que son sometidas; *e.g.* la llamada “Ley de Trata”, instaurada en el año 2012 en la provincia de Córdoba. En el mismo sentido, en el año 2012 se dictó la Ley nacional N° 26842 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas, que introdujo al Código Penal los siguientes textos.

Artículo 125 bis: “*El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años de prisión, aunque mediare el consentimiento de la víctima...*”.

Artículo 127: “*Será reprimido con prisión de cuatro (4) a seis (6) años, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediare el consentimiento de la víctima*”.³

Ahora bien, ¿es constitucional la prohibición de la instalación de prostíbulos? ¿Es una norma válida del derecho argentino? En este trabajo argumentaremos a favor de una respuesta negativa a esta pregunta. Sostendremos que el artículo 17 de la Ley N° 12331 y las normas dictadas en consonancia con ella, tales como los artículos 125 bis y 127, primer párrafo del Código Penal Argentino, y la Ley de Trata de Córdoba, carecen de soporte constitucional.

Tras la actual ola prohibicionista de los prostíbulos parece subyacer cierto descontento moral con la prostitución por parte de legisladores y gobernantes. Si la motivación fuera meramente evitar la explotación sexual de menores y mayores que no consientan la actividad, la medida más acorde no sería el cierre de los prostíbulos ni la prohibición de su instalación, sino su regulación y control por parte de los organismos estatales. Partiendo de la creencia en que esta antipatía es en última instancia lo que explica la prohibición referida, indagaremos primero acerca del estatus constitucional que tendría una hipotética prohibición de la prostitución. Una vez sentada nuestra posición sobre el punto, exploraremos si se sigue alguna consecuencia con respecto a la prohibición de los prostíbulos, *i.e.*, si las conclusiones sostenidas en un ámbito se pueden trasladar al otro.

3. Es común distinguir aquí entre proxenetismo y rufianismo, la actividad de promoción y facilitación de la prostitución por un lado y, por otro, la explotación económica. Más allá de la corrección de la distinción de dos actividades tan emparentadas que pueden dar lugar a indeterminaciones lingüísticas y concursos de delitos (quien promueve en general lo hace para explotar económicamente), aquí sostendremos que ambas figuras son inconstitucionales, de modo que nos ahorraremos la discusión dogmática al respecto.

3. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA: LA PROSTITUCIÓN COMO POSIBLE PLAN DE VIDA

Desde un punto de vista liberal, insistentemente se afirma que un gobierno es legítimo sólo si respeta ciertos límites en relación a los individuos sometidos a su autoridad. Sus sostenedores acuerdan particularmente que no es función del gobierno promover el bien de las personas, sino que debe ceñirse a evitar que estas, al perseguir su propio bien en los términos que ellas mismas lo conciban, se interfieran mutuamente. Este principio de neutralidad estatal implica una distinción nítida entre el ámbito público, donde la intervención del Estado puede ser legítima, y el ámbito privado en que las personas persiguen su propio bien. En el ámbito privado, entonces, rige el principio de autonomía personal entendida como capacidad de elección de planes de vida y de adopción de ideales de excelencia humana. En este último, en tanto esa búsqueda no afecte a terceros, la intervención estatal está vedada. El límite de la autonomía entonces estaría dado en que con su ejercicio no se cause perjuicio a terceros. Este “principio del daño”, Según Carlos Nino, es sólo una manifestación del “principio de autonomía” que es enunciado por dicho autor como sigue:

“Siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no deben interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución”.⁴

Ahora bien, para que la libre elección individual de planes de vida sea valiosa, se requiere al menos que la decisión haya sido tomada libre de coerción y manipulación, *i.e.* consentida. Si la prostitución, nuestro objeto de examen, nunca fuera una actividad consentida, entonces parecería no haber razones para pretender su protección constitucional, dado que quitaría todo a la autonomía. Cabe preguntarse entonces, la prostitución ¿excluye el libre consentimiento? Una exclusión semejante podría sostenerse por razones conceptuales (necesarias) o bien

4. Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos*, 3ª reimp., Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 204.

empíricas (contingentes, pues podría ser de otra manera). A su vez, esta versión empírica de la tesis se puede afirmar como universalmente verdadera, o como típicamente verdadera. Sostendremos que en su versión fuerte, universalista, la tesis empírica es falsa y que en su versión débil, aun si verdadera, no es concluyente para justificar lo que pretende. En tanto tesis conceptual sólo refleja nuestras actitudes y creencias sobre cómo debemos conducirnos en nuestras vidas.

Comencemos analizando la tesis empírica. Una primera afirmación, llamémosle empírica en sentido fuerte, diría que es un hecho verificable que quien ejerce la prostitución se encuentra en todo caso en una situación de profunda desigualdad con respecto a terceros -clientes y/o regenteadores- y que por este motivo su consentimiento queda siempre excluido.⁵ ¿Tenemos razones para considerarla verdadera? Creemos que no es el caso. Afirmaciones con tal grado de generalidad suelen hacerse sin el respaldo de ningún estudio que pudiera brindarles sustento empírico adecuado, de modo que no hay razón para considerarlas verdaderas. Piénsese en los casos de “prostitución Vip”, en que se factura por miles, cuyos clientes pagan excelentes remuneraciones por los “servicios prestados”, pocas horas de trabajo, etcétera. Lo mismo valdría, por extensión, para el caso de los regenteadores. De hecho, es perfectamente posible que exista una situación en la cual quien se prostituye, lejos de encontrarse en una situación de profunda desigualdad, termine beneficiándose económicamente mucho más al delegar en un tercero la administración de su actividad, que al hacerlo por cuenta propia. En fin, parece difícil negar que haya al menos algunos casos en que la pretendida desigualdad no tenga lugar, circunstancia que bastaría para falsear la tesis de la necesaria exclusión del consentimiento.

Una segunda afirmación, que podemos denominar empírica en sentido débil, expresaría que aunque no es verdadera para todos los casos, la desigualdad es *típicamente* verdadera, que en las relaciones entre quien se prostituye y el cliente o el regenteador existe una desigualdad estructural (reflejo de la estructura patriarcal de nuestra sociedad) tal que, al menos típicamente, excluye el consentimiento. En este caso, se podría replicar

5. Sentencia número treinta y siete (37) en “Rossina, Héctor Raúl y Otros - Amparo” (Expte. “R” - 04/2012 SAC: 623014), fallada por la jueza María de los Ángeles Palacio de Arato, en Río Segundo, Córdoba, el 21/08/2012.

que aunque tal grado de desigualdad pueda existir en la *mayoría* de los casos, sólo se erige como una buena razón para combatir la prostitución en situación de desigualdad, no para prohibirla sin más. Lo mismo podría decirse, por carácter extensivo, con respecto a los regentadores. Si la actividad del intermediario-regentador coloca a quien se prostituye en un estado de desigualdad tal que excluye el consentimiento, hay una buena razón para combatir esta situación indeseable pero no para cerrar los prostíbulos sin más, obstaculizando en consecuencia la actividad de quien se prostituye libremente. En otros términos, lo que justificaría la versión débil es más bien el deber de regulación y control por parte del Estado, para evitar estas situaciones de desigualdad.

Veamos ahora la afirmación conceptual. Esta diría algo como “la prostitución es una actividad esencialmente degradante imposible de consentir libremente”. Si esto es así entonces también es imposible delegar libremente en el proxeneta la administración de la actividad. Sin embargo, esta afirmación, aunque aparentemente conceptual, es en realidad normativa: lo único que expresa son creencias y actitudes respecto de qué tipo de vida vale la pena vivir y qué acciones son funcionales a una vida buena. Pero no debemos, al menos eso sostendremos en este trabajo, usar nuestras valoraciones para imponer modos de vida a otros (CN, artículo 19).

De este modo, si se admite, como creemos que es el caso, que hay espacio conceptual para entender el ejercicio de la prostitución como una actividad consentida, nada impide que en ejercicio de la autonomía personal alguien pueda elegir esta actividad como su propio plan de vida. No estamos aquí, vale aclarar, evaluando la corrección moral del ejercicio de la prostitución. Sólo hemos sostenido que “prostitución” no implica necesariamente ausencia de consentimiento. Consecuentemente, que es uno de aquellos planes de vida que puede ser libremente elegido en ejercicio de la autonomía personal y que, si la Constitución Nacional recepta este principio, entonces la prostitución (y, si los mismos argumentos se le aplican, el proxenetismo también) debe quedar exenta de interferencia estatal. Pero, ¿recepta el artículo 19 de la Constitución Nacional este principio? ¿Es la prostitución una de las “acciones privadas” establecida en la norma?

4. EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL, ¿RECEPTA EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA?

Antes de intentar dar una respuesta a nuestra pregunta, debemos hacer notar que el texto de la primera parte del artículo 19 de la Constitución Nacional es patentemente ambiguo.⁶ Este defecto lingüístico puede ser resuelto de un modo plausible por dos tipos de interpretaciones con consecuencias ético-políticas bien distintas, no pudiendo *a priori* excluirse ninguna de ellas. Esto nos llevará, una vez enunciada la ambigüedad, a que debamos decidir por cuál de ellas optar. Veamos entonces dónde es que radica esta ambigüedad:

Artículo 19 de la Constitución Nacional (primera parte): “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados*”.

Conforme la gramática del texto, existen tres conjuntos de acciones: 1) las acciones privadas de los hombres, 2) las acciones que no ofenden el orden y la moral pública, 3) las acciones que no perjudican a terceros.

La ambigüedad es, en primer lugar, sintáctica: la redacción del artículo no establece con claridad si las tres clases de acciones tienen el mismo referente, de tal modo que las acciones privadas son justamente aquellas que no ofenden el orden y la moral pública ni dañan a terceros. O sí, por el contrario, existe un conjunto de acciones privadas tales que, para estar exentas de la autoridad de los magistrados, deben además cumplir con las otras dos propiedades entendidas como distintas y adicionales de la primera. A su vez, cada uno de los términos referidos es ambiguo. Así, el término “acciones privadas” puede ser interpretado o bien de manera restrictiva, como refiriendo a un ámbito de intimidad, haciendo alusión con ella al espacio físico en que se desarrolla la conducta. O bien de un modo amplio, como haciendo referencia a

6. Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea [1992] 2000, p. 92.

aquellas acciones que sólo infringen una moral autorreferente. Conforme con esta interpretación, estas acciones serían privadas no en el sentido que no son o no deben ser accesibles al conocimiento público, sino en el sentido de que si violentan exigencias morales sólo lo hacen respecto de las que derivan de ideales de una moral privada, personal o autorreferente. Tales exigencias no se refieren, como las derivadas de la moral pública o intersubjetiva, a las obligaciones que tenemos hacia los demás, sino al desarrollo o la autodegradación del propio carácter moral del agente.

Conforme una lectura liberal, la ambigüedad sintáctica debe resolverse en el sentido de una lectura coextensiva de los términos involucrados, y la ambigüedad semántica de “acciones privadas” debe resolverse como “deberes para con uno mismo”. Nino lo expresa en los siguientes términos:

“Cuando el artículo en cuestión habla de ‘acciones privadas de los hombres’, esta expresión debe interpretarse teniendo en cuenta que ella describe acciones que se distinguen de aquellas que ‘ofenden la moral pública’. El contraste que la norma establece no es entre las acciones que se realizan en privado y las que se realizan en público, sino entre las acciones que son privadas porque, en todo caso, ellas sólo contravienen una moral privada y las acciones que ofenden la moral pública. En definitiva, la distinción que la norma formula es la que está subyacente en la concepción liberal de la sociedad y que consiste en discriminar las pautas morales referidas al bienestar de terceros de los ideales de excelencia humana, que constituyen una moral privada. El alcance de la moral pública está definido por el propio artículo 19 al presuponer que las acciones que la ofenden son coextensivas con las acciones que perjudican a un tercero; la moral pública es la moral intersubjetiva”.⁷

Para Nino, entonces, el artículo debe ser leído como afirmando que “las acciones privadas de los hombres, *es decir, aquellas* que de ningún modo ofendan el orden y la moral pública ni perjudiquen a un tercero...”. Debiéndose considerar estos últimos términos como estrictamente equivalentes, *i.e.*, una acción es privada en tanto no perjudique a terceros. Si esta lectura es la correcta, entonces el ejercicio consentido de

7. Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos*, 3ª reimp., Buenos Aires, Astrea [1984], 2007, pp. 426-427.

la prostitución, en tanto que no perjudica a terceros, es una de aquellas acciones privadas protegidas por la norma. Luego veremos qué consecuencias se siguen, si es que alguna se sigue, con respecto a la actividad del regenteador, *i.e.*, si es una de aquellas que causa o no daño a terceros.

Esta lectura de la norma resulta atractiva y convincente para todos aquellos que tenemos simpatías liberales. Distingue la moral autorreferente, donde la interferencia estatal (y de la sociedad) está vedada, de la moral intersubjetiva donde la intervención se torna viable. En términos kantianos, deslinda los deberes que tenemos para con nosotros mismos, de los deberes para con los demás.⁸ Estos últimos son aquellos susceptibles de ser reforzados por la intervención del Estado.

Una lectura alternativa de dicho precepto es la ofrecida por el perfeccionismo.⁹ Según este modo de ver las cosas, lo que indicaría el artículo es que hay un conjunto central de acciones relevantes, las “privadas” y que a su vez este conjunto es restringido por dos calificaciones: si se les ha de atribuir la consecuencia normativa de estar exentas de la autoridad de los magistrados, dichas acciones no deben ofender el orden y la moral pública ni, por otro lado, perjudicar a terceros. De ser viable esta interpretación del texto, bien podría haber acciones privadas que ofendan la moral pública. El ejercicio público

8. Kant, Immanuel, *Metafísica de las costumbres* [1797], trad. de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Barcelona, Altaya, 1996, pp. 6-412.

9. Otra posible lectura del texto constitucional es la ofrecida por el moralismo legal. Esta es una doctrina sobre la justificación de la imposición coercitiva de la moral positiva, las creencias morales sostenidas por la mayoría de la sociedad, incluidas las relativas a acciones autorreferentes. Desde esta óptica se afirmarí que “moral pública” es equivalente a “moral social” o “moral positiva”, *i.e.*, los valores dominantes en una sociedad determinada. Según esta interpretación el artículo constitucional debería ser leído como afirmando “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan a la moral social o positiva...”. Aquí por ofensa se entendería la mera contradicción entre el contenido del acto y lo dispuesto por la moral socialmente reconocida en un tiempo determinado. Si este fuera el caso entonces un acto realizado en la intimidad, esto es, sin conocimiento de terceros, pero que contradice la moral dominante, ofende esa moral y puede, si lograrse de algún modo ser conocido, ser legítimamente sancionado por el Estado. No es difícil ver por qué tal interpretación del artículo 19 es inviable: implicaría la lisa y llana evaporación del contenido de la garantía. Pues si sólo los actos conformes con la moralidad social están exentos de la autoridad de los magistrados, entonces los individuos están completamente sometidos a la moral social. Ello equivaldría a la muerte de cualquier espacio de individualidad.

de la prostitución podría ser una de ellas y, en consecuencia, no caer dentro del alcance de la garantía. Quizás también se podría construir un argumento para intentar demostrar que la prostitución perjudica a terceros, alguna afirmación del mal ejemplo moral o del potencial contagio que su existencia provocaría. Pero, a nuestro juicio, argumentos de este último tipo resultan forzados y excesivamente rebuscados, de modo que no serán explorados aquí. Más bien, lo que brevemente haremos, a continuación, es exponer dos de las principales tesis del perfeccionismo,¹⁰ para luego explorar las consecuencias de una interpretación perfeccionista de la norma constitucional.

Una de sus tesis típicas es que lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses (objetivos) es independiente de sus propios deseos e identificaciones, de su elección de forma de vida, *i.e.*, no es definido autónomamente.¹¹ La segunda de ellas es que como consecuencia de lo anterior el Estado puede, incluso a través de la fuerza, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores. Consecuentemente, aun si una acción es privada en el sentido de no interferir con terceros, el hecho de que implique autodegradación moral constituye una razón suficiente para que el derecho la obstaculice, induciendo así a los individuos a adoptar modelos de conducta digna.

Tratemos ahora de imaginar una interpretación perfeccionista del artículo. Tal interpretación distinguiría entre acciones privadas que ofenden la moral pública y acciones privadas que no lo hacen. Pero si “moral pública” no se contrapone a “moral privada”, en el sentido de la distinción entre deberes para con uno mismo y deberes para con los demás, entonces habrá que especificar otro significado para el término en cuestión. Quienes defiendan esta interpretación pueden afirmar, por ejemplo, que por moral pública debe entenderse la moral común, la moral que nos obliga en común, *i.e.*, lo que es moralmente correcto. Según esta interpretación, el artículo constitucional debería ser leído como afirmando “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan la moral objetiva...”.

10. Para la reconstrucción de las tesis perfeccionistas nos hemos valido de Nino, Carlos, *op. cit.*, 3, cap. V y X.

11. Finnis, John [1987]: “Legal Enforcement of ‘Duties to Oneself’: Kant v. Neo-Kantians”, *Columbia Law Review* 87, pp. 443-456.

Una defensa importante de este tipo de interpretación puede encontrarse en la obra de Valiente Noailles. Este autor afirma que “la intangibilidad de la esfera estrictamente privada no es óbice para que, en determinados supuestos, los poderes públicos tengan en cuenta la moralidad de las personas. La Constitución no consagra un beaterío a la inversa, es decir, una ceguera total y absoluta frente a la moralidad privada”.¹² “Para proteger la moral pública el Estado no sólo debe evitar -a través de una legislación adecuada que contemple tanto la persuasión como el ejercicio de la policía de la moralidad- los ataques contra ella, sino que debe contribuir a elevar el grado de moralidad de la población a través de los medios directos a su alcance, que sean compatibles con nuestro orden constitucional”.¹³ Está claro, entonces, que para este autor hay acciones privadas que, por inmorales, no están exentas de la autoridad de los magistrados.

El problema con una interpretación semejante del artículo 19 es que parece diluir el carácter “público” de las ofensas morales susceptibles de sanción. Si su lectura fuera correcta, el artículo podría simplemente decir que las acciones privadas protegidas son aquellas que no ofenden el orden y la moral. Pues toda la moral nos obliga en común, es un dispositivo normativo común a todos los seres humanos. De hecho, estas corrientes tienden a impugnar la distinción entre deberes para con uno mismo y deberes para con los demás: sólo tenemos deberes, sin más.

Una segunda estrategia perfeccionista, que sí podría hacerse cargo del carácter público de los actos inmorales no alcanzados por la garantía, podría entender que estos son aquellos en que la *ofensa* se realiza en público. El término “ofender” puede interpretarse al menos en dos sentidos. El primero como mera contradicción entre la acción y el contenido de la moral. Acabamos de revisar en el párrafo anterior la viabilidad de una interpretación semejante: entiende “moral pública” como moral sin más, lo cual no parece compatible con la redacción del texto.

El segundo sentido de “ofender”, estaría referido a aquellos casos de afectación de lo moralmente correcto realizados en *público*. Aquí lo que se pretende es una reafirmación pública de lo que es moralmente

12. Valiente Noailles, Carlos, *La Moral Pública y las Garantías Constitucionales*, Buenos Aires, La Ley, 1966, p. 38-39.

13. *Ibíd.*, p. 34.

correcto, y prevenir aquellos comportamientos que son moralmente degradantes realizados a la vista de terceros. En tal caso se abogaría por un sentido más bien deflacionario del derecho a la privacidad como derecho a la intimidad.

Ahora bien, nos podríamos preguntar ¿qué sucede si limitamos el derecho a la privacidad a un derecho a la intimidad? Sobre este asunto, Nino destaca que “la norma sufre cierta trivialización cuando se la interpreta como si meramente consagrara un derecho a la intimidad, o sea un derecho a mantener un ámbito físico privado en el que la persona esté libre de intromisiones por parte de terceros”.¹⁴ Nuestro autor señala acertadamente que el derecho a la intimidad está presupuesto en el artículo 18 de la Constitución cuando consagra el derecho a la inviolabilidad del domicilio, correspondencia y papeles privados.

Podríamos pensar, como de hecho parece que lo hace Nino, que si presuponemos como criterio interpretativo la racionalidad del legislador, entonces no cabe asumir que si este ya garantizó la intimidad en un artículo la garantice también en otro, *i.e.*, que sea redundante. Sin embargo, este argumento no resulta concluyente. Bien podría entenderse que el artículo 18 garantiza algunas manifestaciones específicas del derecho a la intimidad, mientras que el principio general estaría contenido en el artículo 19.¹⁵

A nuestro parecer, podemos acordar con Nino que las interpretaciones que limitan el artículo 19 a un derecho a la intimidad ofrecen una lectura excesivamente deflacionaria de la garantía constitucional, dado que adoptarla implicaría la evaporación de la garantía o su reducción a un mínimo de protección. Pues lo que el artículo estaría diciendo es que están exentas de la autoridad de los magistrados las actividades privadas siempre y cuando se realicen en un ámbito reservado, un espacio donde nadie más que los que participan y consienten la actividad se enteren de ella. Es cierto que podría darse el caso de intromisión estatal en una situación de intimidad (el Estado grabando con cámaras lo que sus ciudadanos hacen dentro de sus casas, por ejemplo). Pareciera que bajo esta interpretación el artículo aun

14. Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos* [1984], Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 426.

15. Bouvier, Hernán, “Tenencia, Consumo y Ostentación de Estupefacientes: acerca del fallo ‘Arriola’ de la CSJN”, *La Ley*, Año LXXXIII, N° 229, 1/12/2009, T. 2009-F, pp. 4-6.

funcionaría como garantía. Sin embargo, lo que tendríamos aquí sería una significativa reducción de la esfera de libertad individual, justamente la esfera que el artículo está llamado a proteger.

Pese a que los argumentos ofrecidos indican claramente las dificultades de una interpretación perfeccionista del artículo 19 de la Constitución Nacional, sólo cabrá eliminarla definitivamente como lectura posible de este artículo si se muestra que hay buenas razones ético-políticas para preferir la interpretación liberal. No hay espacio en este trabajo para argumentar concluyentemente a favor de esa tesis; nuestro objetivo es más modesto: explorar y sugerir líneas de análisis sobre la constitucionalidad de la norma que prohíbe el proxenetismo. A continuación veremos qué interpretación, de las mencionadas arriba, ha optado la Corte Suprema argentina.

4.1. Interpretación de la CSJN: Precedentes liberales

Como lo sostiene Nino,¹⁶ más allá de algunos fallos tempranos a favor de la interpretación liberal del artículo 19, hasta mediados de la década de los '80 del siglo pasado la jurisprudencia de la Corte Suprema se encontraba alineada en las filas de la interpretación perfeccionista de la norma constitucional bajo análisis. Fue recién en el fallo "Ponzetti de Balbín", del 11/12/1984, ratificado casi dos años más tarde en el renombrado fallo "Bazterrica" del 29/08/86,¹⁷ cuando la Corte se apartó de aquella línea jurisprudencial. Particularmente, en este último decisorio se reconoció una clara delimitación entre un ámbito de ética privada de las personas, cuya transgresión está reservada por la Constitución al juicio de Dios, de un campo de ética colectiva en que se custodia bienes o intereses de terceros. Específicamente, lo que en este fallo estaba en juego era si la tenencia de estupefacientes para propio consumo caía o no dentro del ámbito de las "acciones privadas" del artículo 19 de la Constitución Nacional. El *holding* de este fallo en su voto mayoritario sostuvo:

"Que el artículo 19 CN circunscribe el campo de inmunidad de las acciones privadas, estableciendo su límite en el orden y la moral pública

16. Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, [1992] 2000, p. 317 y ss.

17. Fallos: 308:1412.

y en los derechos de terceros [...]” “Que el accionar del legislador [...] no puede exceder [...] el campo de las acciones de los hombres que ofendan la moral pública, al que se refieren las normas morales que se dirigen a la protección de bienes de terceros”. “Conviene distinguir aquí la ética privada de las personas, cuya transgresión está reservada por la Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva en la que aparecen custodiados bienes o intereses de terceros. Precisamente, a la protección de estos bienes se dirigen el orden y la moral pública, que abarcan las relaciones intersubjetivas, esto es, acciones que perjudiquen a un tercero, tal como expresa el artículo 19 CN, aclarando aquellos conceptos. La referida norma impone, así límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada entendida esta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el artículo 18, sino aquellas que no ofendan el orden o la moralidad pública, esto es, que no perjudiquen a terceros. Las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones”.

Particularmente relevante para el reconocimiento de la autonomía personal fue el voto del juez Petracchi, uno de los integrantes del tribunal. Específicamente, en uno de los párrafos de su voto expresó:

“La idea de la autonomía de la conciencia y la voluntad personal que resulta fundante de la democracia constitucional ha sido también proclamada por el Concilio Vaticano II en el sentido de que, para asegurar la libertad del hombre, se requiere ‘que él actúe según su conciencia y libre elección, es decir, movido y guiado por una convicción personal e interna y no por un ciego impulso interior u obligado por mera coacción exterior...’ Conviene recordar la síntesis acuñada en el siglo pasado por Cooley cuando define el derecho de privacidad como el ‘derecho a ser dejado a solas’, fórmula ya clásica que significa que la persona goza del derecho de ser dejada a solas por el Estado -no por la religión, la moral o la filosofía para asegurar la determinación autónoma de su conciencia cuando toma las decisiones requeridas para la formación de su plan de vida en todas las dimensiones fundamentales de ella, plan que le compete personalísimamente y excluye la intromisión externa y más aún si es coactiva... El orden jurídico debe pues, por imperio de nuestra Constitución, asegurar la realización material del ámbito privado concerniente a

la autodeterminación de la conciencia individual para que el alto propósito espiritual de garantizar la independencia en la formulación de los planes personales de vida no se vea frustrado... La protección material del ámbito de privacidad resulta, pues, uno de los mayores valores del respeto a la dignidad de la persona y un rasgo diferencial entre el Estado de Derecho democrático y las formas políticas autoritarias y totalitarias”.¹⁸

Sin embargo, tras un breve período de fallos con tendencia liberal, la Corte retornó a una línea perfeccionista en el recordado precedente “Montalvo”, de finales de 1990. No obstante, la Corte con su actual integración retomó la línea liberal en el célebre fallo “Arriola”, que explícitamente remite al precedente “Bazterrica” ya citado. Esta es la interpretación hoy vigente en el derecho argentino.

De este modo, a pesar de los vaivenes interpretativos, nuestra jurisprudencia actual recepta el principio de autonomía en los términos que lo entendió Nino. Quizá se objete, y con razón, que el hecho de que la interpretación hoy vigente sea liberal no constituye una razón suficiente para considerarla correcta. Ante esta objeción sólo podemos responder aquí que la vigencia de esta interpretación cuenta como eso, ni más ni menos que eso: como principio de autoridad. Deberemos dejar para un estudio posterior la determinación concluyente de cuál sea la adecuada lectura del artículo 19 Constitución Nacional, que a su vez se reduce a cuál debe ser la mejor lectura de la Constitución desde un punto de vista moral. En definitiva, lo que este asunto requeriría es un argumento moral que muestre que una visión liberal de la sociedad es preferible a una perfeccionista. Aquí, amparados en la actual interpretación de la Corte, nos limitaremos a calificar la constitucionalidad de la prohibición del proxenetismo dando por supuestos los argumentos a favor de la interpretación liberal del artículo 19 de la Constitución.

5. ESTATUS CONSTITUCIONAL DE LA PROHIBICIÓN DE LOS PROSTÍBULOS

Hasta aquí hemos sostenido que la prostitución puede ser una actividad consentida, por ende libremente elegida en ejercicio de la autonomía

18. Considerando 8 del voto del Dr. Petracchi.

personal. Que el reconocimiento de este ámbito de autonomía personal es una razón para que el Estado (y la sociedad) no interfieran con su ejercicio. Además, sostuvimos que el principio de autonomía se encuentra amparado por el artículo 19 de la Constitución Nacional y que es hoy repectado por la jurisprudencia nacional. En consecuencia, todo ello nos lleva a concluir que una hipotética prohibición y penalización de la prostitución sería inconstitucional. Ahora bien, ¿Qué consecuencias se siguen, si es que alguna se sigue, con respecto al proxenetismo? Veamos nuevamente lo que la norma prescribe.

Artículo 17: *“Los que sostengan, administren o regenteen, ostensible o encubiertamente casas de tolerancia, serán castigados con una multa de doce mil quinientos pesos como mínimo y ciento veinticinco mil pesos como máximo. En caso de reincidencia sufrirán prisión de 1 a 3 años, la que no podrá aplicarse en calidad de condicional (...)”.*

De una lectura literal del texto surge que la propiedad fáctica relevante para la norma es el hecho de regentear una casa de tolerancia, sin más calificaciones. Debemos ver cómo se lleva esta prescripción con lo que hemos sostenido hasta aquí. Conforme la interpretación que entendemos debe darse del artículo 19 Constitución Nacional, las acciones son privadas en la medida en que no perjudiquen a un tercero. Ahora bien, si examinamos atentamente la norma en cuestión, vemos que no surge ninguna conducta que pudiera causar un daño a terceras personas y que en consecuencia justifique su penalización. Entonces, debemos concluir que hay una buena razón para considerarla inconstitucional.

Sin embargo, a menudo se sostiene que el objetivo de la prohibición es prevenir el daño que se ocasiona con la intermediación de terceros en la explotación de la actividad de quien se prostituye, *i.e.*, el bien jurídico protegido es su “libertad y dignidad”. Si lo que se está queriendo decir aquí es que quien se prostituye no puede consentir que un tercero administre su actividad, ya tuvimos oportunidad de explorar este tipo de afirmaciones y se mostró, por un lado, que como afirmación empírica es o bien falsa o bien no logra justificar lo que pretende. Por el otro que, como afirmación conceptual, sólo es un reflejo de nuestras actitudes y creencias valorativas de cómo debemos vivir una vida

valiosa. A modo de corolario, allí se sostuvo que la prostitución es una actividad que puede ser libremente consentida.

También se puede estar queriendo decir que si bien el ejercicio de la prostitución por cuenta propia debe ser permitido, no debe pasar lo mismo cuando intermedie un tercero. Si este es el caso, se estaría diciendo que en la medida en que uno se prostituye por cuenta propia lo hace autónomamente, pero en la medida en que interviene un tercero tal autonomía se evapora. Entendemos que esta afirmación es insostenible, en razón de que si admitimos que la prostitución es una actividad que puede ser libremente elegida en ejercicio de la autonomía personal, debemos aceptar que quien se prostituye pueda convenir en los mismos términos con un tercero para que administre su actividad.

Finalmente, resulta particularmente relevante señalar que parte de nuestra reciente jurisprudencia nacional se encuentra en línea con lo que hemos venido sosteniendo hasta ahora. Así, en el año 2009 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en la causa “Rojas”, declaró la inconstitucionalidad del artículo 17 de la Ley de Profilaxis Antivenérea. El principal argumento expuesto giró en torno a los principios de autonomía y de daño en términos semejantes a lo sostenido por Nino. Podemos resumir los principales argumentos del fallo en los siguientes párrafos:

“[...] la primera parte del artículo 5 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano [...] que ‘la ley no tiene derecho a prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad’, fue receptado por el constituyente argentino mediante la exclusión del marco legal a aquellas acciones ‘privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero’ (art. 19 de la Constitución Nacional). No hay duda de que la filosofía ilustrada inspiró estas disposiciones que vienen a garantizar una institución básica para la estructura de la sociedad organizada como estado de libertades, en tanto exige como estadio de reconocimiento del otro como persona, el deber general de no dañarlo, de dejarlo en su autonomía. [...] Dicha cláusula constitucional limita pues las posibilidades del legislador, quien no podrá prohibir una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada, entendida no ya en términos de intimidad (protegida por el art. 18 de la CN) sino como aquella que no perjudique

a terceros. En consecuencia, la función limitadora del bien jurídico viene atrincherada, ante una pulsante abstracción en su formulación e interpretación, por el principio de lesividad que vuelve a conectar así, el bien con su titular.

Adviértase que la conducta identificada como lesiva en el art. 17 de la Ley 12331 no es el contagio de la enfermedad venérea, la cual se encuentra prevista en forma específica, es decir, como figura independiente, en el art. 18 de la Ley 12331. Así, la prohibición analizada proscribe, en verdad, la mera eventualidad de que esa conducta se lleve a cabo en las “casas de tolerancia”, en sintonía con la finalidad higienista de proteger la mano de obra masculina. De esta manera, se terminó por prohibir una acción respecto de la cual resulta irrazonable la formulación de una presunción legislativa de potencialidad para ocasionar perjuicios a terceros de conformidad con la exigencia del art. 19 de la CN. Pues la atribución de un resultado causal a una cierta acción queda excluida cuando entre ellos interviene otra acción voluntaria, sea de un tercero, de la ‘víctima’ o del propio agente, caso en el cual, el resultado será, obviamente, efecto causal de esa segunda acción. [...]

Ello importaría negar el principio de autonomía de la persona, habida cuenta que el ejercicio de la libertad personal, en el caso, no implica poner a otros individuos en situación de menor autonomía relativa y por ello no contraviene el principio de inviolabilidad de la persona (Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1989). Así, la conducta prevista por el art. 17 de la Ley 12331 al no revelarse como lesiva de ningún derecho de terceros se erige como una de aquellas acciones que se desarrollan dentro de la esfera privada (art. 19 de la CN) [...]”.

6. CONCLUSIÓN

La prostitución es hoy una actividad permitida en nuestro ordenamiento jurídico. Conforme hemos demostrado, una hipotética prohibición sería evidentemente inconstitucional. Además, hemos sostenido que tanto el artículo 17 de la Ley de Profilaxis Antivenérea como aquellas leyes que, en el mismo sentido, se han dictado en la órbita nacional y en las provinciales, son inconstitucionales: proscriben acciones que no causan

daños a terceros. La prohibición de los prostíbulos no es más que la obstrucción de una actividad legítima, amparada por nuestra Constitución.

Claro que podríamos preguntarnos: ¿cómo es que el artículo 17 continúa hoy vigente y siendo aplicado por algunos tribunales?¹⁹ ¿Cómo es que el dictado de las normas nacionales y provinciales, en consonancia con aquella, no ha encontrado la suficiente resistencia en los tribunales? Quizá lo que subyace a estas políticas legislativas y decisiones jurisprudenciales es la creencia de que la prostitución es una actividad inmoral y, como tal, el Estado debe desalentarlas. Es decir, lo que encontramos aquí es una preferencia de parte de algunos de vivir en sociedades perfeccionistas más bien que liberales.

19. Tribunal Oral Federal de Córdoba 1, “Barey, Favio y otros”, 28/10/2014. Cámara Nacional Criminal y Correccional Sala IV, “Lococo, José”, 30/11/01, Bol. Int. de Jurisp. nro. 4/01. Cámara Nacional Criminal y Correccional Sala IV, “Morrone, Patricia”, 30/04/03.

JURISPRUDENCIA

Profilaxis. Prostitución. Anuncio publicitario. Ley N° 12331. Atipicidad. Nulidad.

No constituye delito el ejercicio de la prostitución en forma individual e independiente y su promoción periodística.

El Estado no se encuentra habilitado a invadir la esfera de intimidad de las personas consagrada en el art. 19, CN por tanto es nulo todo lo actuado en consecuencia.

LOCOCO, José. 30/11/01. Bol. Int. de Jurisp. N° 4/01, pág. 304. c. 17.017. C. N. Crim. y Correc. Sala IV.

Ley de profilaxis antivenérea. Conducta única. Pluralidad de hechos. Nueva conducta. Ausencia de continuidad delictiva. Nulidad. Rechazo.

Si se encuentra comprobada la existencia de una estructura dedicada a explotar la prostitución ajena, a través de la instalación de casas de tolerancia en diversos inmuebles, y que los incusos eran quienes administraban, sostenían y regenteaban esta organización común, impartían las órdenes sobre los aranceles que debían cobrar las personas que allí ofrecían trato sexual por dinero, determinaban qué servicios debían ofrecerse, realizaban las liquidaciones, distribuían las ganancias recaudadas en los distintos inmuebles, sumado a que era una misma agencia la que publicitaba los servicios sexuales que se ofrecían, puede asegurarse que existía una conexión final entre los tramos de una conducta única.

Una racional interpretación de los tipos muestra que en algunos la norma no abarca la reiteración de la conducta como una nueva conducta típica independiente, sino como una mayor afectación del bien jurídico, que se traduce en un mayor contenido del injusto de la única conducta típica y que se reconoce una desvaloración jurídica unitaria respecto de un contenido de comportamiento humano final que nada tiene de ficción sino que se basa en el dato óntico del elemento final y en el componente que se obtiene al comprobar que -a la luz de

la prohibición- su consideración jurídica fraccionada no es racional y lleva a resultados absurdos en el caso concreto.

Estas conclusiones no pueden ser trasladadas automáticamente a una investigación similar en tales circunstancias en otro inmueble, si la imputación se incorporó a la causa con posterioridad a la intervención de la Alzada, toda vez que la sentencia sólo puede tener efectos declarativos sobre hechos pasados, pero nunca puede abarcar un desvalor futuro que en el momento de pronunciarse carece de objeto.

Para que se conforme la continuidad delictiva, se exige el sustrato óntico del factor final, es decir, la unidad de finalidad, que debe abarcar las particularidades comisivas del hecho. Este elemento final, es el que liga ónticamente las diversas etapas comisivas y presenta una unidad de motivación de la vida punible.

No se advierte el fraccionamiento de una conducta única si la actividad de los causantes no se extendió o ramificó al último inmueble denunciado, toda vez que para ello es necesario que "...con dolo que abarque la realización de todos los actos parciales, existente con anterioridad al agotamiento del primero de ellos, el actor reitere similarmente la ejecución de su conducta en forma típicamente idéntica o similar, aumentando la afectación del mismo bien jurídico. La unidad de plan y la unidad de resolución son requisitos para que haya unidad de conducta... el factor final para la consideración de la conducta como unidad de sentido a los efectos de la prohibición... con la expresión unidad de conducta no quiere decir otra cosa que consideración unitaria de los movimientos voluntarios (ligados por decisión y plan común) a los efectos de una única desvaloración jurídica. Esto se impone porque si no existiese el valor final, no habría posibilidad de desvalorarlo como una única conducta y, en caso de no haber pluralidad de movimientos voluntarios, tampoco habrá posibilidad de desvalorarlos como una pluralidad de conducta. Son justamente los límites ónticos que debe respetar la construcción jurídica de la unidad de conducta".

GUARINI, Xavier Luciano y otra. 6/06/03 c. 20.091. C. N. Crim. y Correc. Sala VI.

Ley de profilaxis antivenérea. Sostenedor de casa de tolerancia. Conductas punibles. Explotación de la prostitución. Procesamiento.

Es sostenedor de una casa de tolerancia el que la tiene -ej., quien alquila el local a prostitutas y recibe parte de las ganancias-, o mantiene -ej., quien sufraga los gastos que demanda el uso del local-, o presta un apoyo o auxilio material para que el lugar sirva a tal fin.

No sólo es punible quien sólo se beneficia de la promiscua actividad realizada por un tercero, sino quien lucre al participar en la propiedad o la administración de un lenocinio, es decir, quien asuma a modo de empresa la explotación de esa conducta.

Si se encuentra comprobada la conducta organizativa y de recaudación llevada a cabo por la imputada, debe confirmarse el procesamiento decretado en orden a la infracción del art. 17 de la Ley N° 12331, amenazas y daño.

MORRONE, Patricia. 30/04/03 c. 21.188. C. N. Crim. y Correc. Sala IV.

Ley de profilaxis antivenérea. Regenteo de casa de tolerancia. Ejercicio individual de la prostitución. Atipicidad. Personal policial. Connivencia con los responsables de los locales. Investigación.

El simple ejercicio de la prostitución por parte de la mujer u hombre, en forma individual e independiente, no constituye delito, a diferencia de la explotación de la prostitución por parte de quienes regentean o administran los sitios donde se ejercita o facilita dicha actividad.

Si se encuentra comprobado que los clientes del lugar allanado abonaban una suma de dinero para ingresar al sitio con derecho a una consumición y, en caso de concretarse un encuentro sexual, este se practicaba fuera del lugar y el producido de dicha actividad le correspondía en su totalidad a la persona con la que se retiraba, debe decretarse la falta de mérito de los incusos.

Respecto de la actuación policial en el local donde se demostró la infracción al art. 17 de la Ley N° 12331, actividad cuyo desarrollo era conocida públicamente en virtud de una causa anteriormente iniciada, debe investigarse la razón por la cual recién luego de cuatro años el personal del Departamento de Seguridad Pública de la Policía Federal supuestamente se informó de dicha actividad.

La inutilidad y la falta de idoneidad demostrada por parte del personal de calle, tanto de la seccional como de la división específica de la Policía Federal, permite considerar la posibilidad de una desidia en la prevención de delitos o una eventual connivencia entre los responsables de los comercios investigados y el personal policial y si bien el regenteo de una casa de tolerancia es una conducta desvaliosa penalmente, mucho más grave es omitir con las disposiciones legales por parte de quienes tienen la obligación de prevenir la comisión de delitos de acción pública, motivo por el cual deberá correrse vista al Ministerio Público a fin de que analice la posibilidad de impulsar la acción penal.

FRANCO, Francisco. 17/03/04 c. 22.269. C. N. Crim. y Correc. Sala I.

CAPÍTULO 32
ESTUPEFACIENTES

LEYES N° 23737 Y 26052

LOS DISCURSOS Y LAS PRÁCTICAS INSTITUCIONALES EN MATERIA DE ESTUPEFACIENTES

Por Matilde M. Bruera*

1. INTRODUCCIÓN

El problema del narcotráfico ocupa actualmente un importante lugar en la agenda de los discursos políticos de todos los sectores, lo cual evidencia que el tema tiene un alto impacto social. Sin ir más lejos, la ciudad de Rosario -de donde soy originaria- se ha visto sacudida en los últimos años por graves hechos violentos vinculados a disputas de dominio territorial y de mercado entre sectores del negocio ilegal, cuyo punto más álgido fue el asesinato de tres jóvenes en una tradicional barriada popular de la ciudad, “La Tablada”, en el mes de enero del año 2012, y cuyos autores fueron juzgados en el presente año, con una fuerte presencia de personas vinculadas a las víctimas, y militantes sociales.

A su vez, hubo otros hechos que conmovieron la opinión pública; el primero a destacar fue una investigación iniciada en los tribunales provinciales rosarinos, a raíz del homicidio de una persona, en la que luego se avanzó sobre hechos de narcotráfico -sin tener competencia para delitos federales- y se generaron espectaculares procedimientos, que finalmente culminaron con cuestionamientos a la legitimidad de tales intervenciones, y con un escandaloso juicio abreviado expuesto y criticado en todos los medios de comunicación. Otro caso que no pasó desapercibido fue el juzgamiento de quien fuera Jefe de la Policía rosarina, quien hace poco tiempo fue condenado por encubrimiento y otros delitos vinculados al narcotráfico, a la pena de seis años de

* Defensora Pública Oficial, TOF 2, Rosario, Cámara Federal de Casación Penal (subrogante). Titular Regular de Derecho Penal Parte General, Facultad de Derecho de Rosario. Profesora de la Maestría de Derechos Humanos, Universidad Nacional de Rosario.

prisión que, si bien aún no está firme, ha sacudido a la opinión pública. Ambos hechos evidencian las escandalosas implicancias institucionales que ha alcanzado el problema.

Estos son sólo algunos de los temas que han ocupado la información pública, y si bien podría sostenerse que, en realidad, son grupos y hechos periféricos de esa lucrativa actividad ilegal, lo cierto es que han generado respuestas sociales, pidiendo que se corra el velo tras el cual se oculta la verdadera trama de un negocio clandestino que afecta a muchos sectores sociales, y enriquece a otros.¹

Hace unos años atrás, las únicas reacciones sociales vinculadas al tema se relacionaban con el repudio a la persecución arbitraria de consumidores y víctimas, todos ellos jóvenes y pobres, pero hoy el reclamo, si bien sigue incluyendo este problema, avanza más allá, desde que se ha visualizado que la otra cara de esa problemática es la impunidad que rodea al tráfico en gran escala, con todas sus consecuencias, sumado a la corrupción estatal y privada, asociada a este. El blanqueo de dinero habido de estas actividades atraviesa circuitos financieros y comerciales de magnitud.

Si bien me he referido a cuestiones netamente locales para ejemplificar algunas de las particularidades que expresa este fenómeno, no se puede negar que con mayor o menor intensidad, es un problema que supera las fronteras provinciales, e incluso nacionales.

Estas y otras cuestiones dan cuenta de cambios que deberían obligarnos a reflexionar seriamente sobre las políticas públicas en la materia; sin embargo, desde las propuestas políticas se siguen planteando abordajes, que repiten el esquema del paradigma de la guerra contra las drogas, que ha sido predominante desde el año 1989, hasta la fecha, y

1. Pegoraro, Juan, *Los lazos sociales del delito económico y el orden social*, Buenos Aires, EUDEBA, 2015, p. 31, resalta la trascendencia de la “novela negra” de autores como Raymond Chandler y otros, “La novela negra de la realidad”: “...mostraron la hipocresía y la doble moral de la sociedad americana y la importancia y cotidianeidad del delito con el que convivían, desenmascarando el entramado social (lazos sociales) con personas poderosas o corporaciones económicas, en connivencia con políticos, policías, y jueces; la famosa revista *Le Mask*, fue el exponente máximo hasta que el “macartismo” en los años cincuenta hizo imposible su continuidad....”.

que evidentemente ha “fracasado”.² Si bien la opinión pública reclama “mano dura”, y terminar con la droga, eso debe traducirse en un rechazo a la ineficiencia³ de la perspectiva vigente, y no a su profundización.

Encarar el problema como un mero conflicto penal, ha hecho que el protagonismo fundamental lo tenga el sistema penal, y centralmente la policía, lo cual opera como factor de corrupción institucional, y de concentración del mercado, que se domina desde la gestión de la prohibición -en términos foucaultianos, administración de los ilegalismos-,⁴ y que como consecuencia dirime las disputas de competencia mediante intervenciones de inusitada violencia, que suelen atravesar el aparato estatal.⁵

2. CSJN, “Arriola, Sebastián y otros” (25-8-09) A 891 XLIV ...14) Que en lo que aquí respecta, han pasado diecinueve años de la sanción de la ley 23.737, y dieciocho de la doctrina “Montalvo” que legitimó su constitucionalidad. Este es un período que por su extensión permite descartar que un replanteo sobre el tema pueda ser considerado intempestivo. Por el contrario, la extensión de ese período ha permitido demostrar que las razones pragmáticas o utilitaristas en que se sustentaba “Montalvo” han fracasado...”.

3. Foucault Michel, *Vigilar y Castigar, Ilegalismos y de delincuencia*; el autor se refiere a la funcionalidad que cumple el supuesto “fracaso” del sistema penal, en la neutralización y persecución de determinados delitos. Siglo XXI, p. 252.

4. Foucault, Michel, *op. cit.*, p. 252: “...sería preciso suponer que la prisión y de una manera general los castigos, no están destinados a suprimir las infracciones sino más bien, a distinguirlas, distribuirlas, a utilizarlas, que tienden no tanto a volver dóciles a quienes están dispuestos a transgredir las leyes, sino que tienden a organizar la transgresión de las leyes en una táctica general de sometimiento” (...) “la penalidad sería entonces una manera de administrar los ilegalismos...”.

5. Pegoraro, Juan S., *op. cit.*, p. 31. “Casi en la misma época en la que Robert Merton publicaba “Estructura social y anomia”, Edwin H. Sutherland pronunciaba en 1939 su discurso como presidente de la American Sociological Society sobre la delincuencia de cuello blanco, publicado en febrero de 1940, que marcó un quiebre en las concepciones de la delincuencia al considerar la existencia de “delitos cometidos por personas de elevado estatus económico que violan las leyes destinadas a regular sus actividades profesionales” (1999; 330). Ya en 1937 se había editado su monografía “The Professional Thief”, en el que presentaba a los ladrones como personas normales y allí decía: “Los ladrones reciben ayuda de personas y de organismos considerados legales y protectores oficiales de la sociedad: encuentran en estas gentes y en esos organismos un sistema de “depredación controlada” que se asemejan a la suya. Los mecanismos que rigen la vida política de numerosas ciudades americanas y numerosos distritos de provincia están generalmente sometidos a un control venal (1988: 201-202).

El discurso político de la guerra contra las drogas se inicia en el contexto de la suscripción de determinados convenios internacionales en que los signatarios se comprometen a la lucha contra el narcotráfico.⁶ Así, en la década del '80, en los países de América Latina y el Caribe, se sancionan legislaciones con tal tenor belicista que forman parte, o sustituyen, a la ideología de la "seguridad interna" vigente en la década anterior en toda la región. Se justifican discursos y prácticas institucionales, reñidas con los límites constitucionales a la injerencia del Estado, y con los principios liberales del Derecho Penal del siglo XX. La etapa se inaugura en nuestro país con la Ley N° 23737 del año '89, y el cambio de jurisprudencia de la Corte ampliada con el fallo Montalvo, que propiciaba la persecución de los consumidores, con el criterio de que un consumo creaba un riesgo para la humanidad. (sic)⁷ De esta manera, se desdibujó un problema complejo, y se lo redujo a una sola respuesta: represión, y un sólo destinatario: los sectores más desprotegidos social y económicamente. La salud pública vinculada al consumo de determinadas sustancias sumió su perspectiva en un código penal, que incluso le cerró algunos caminos de abordaje colectivo en prevención, tanto primaria como secundaria. No hubo, ni hay casi, políticas de prevención de adicciones en relación a los tóxicos prohibidos -diferente ha sido, por ejemplo, en relación a otras adicciones como el tabaco o el alcohol-, y tampoco acceso a los tratamientos. La persecución punitiva se concentró en dos direcciones, una recaudatoria y otra de control social de los sectores excluidos de la sociedad.

La "guerra", como todas las guerras, lejos de direccionarse hacia los grandes centros de poder, se concentró en la persecución de los consumidores, y los expendedores minoristas más vulnerables, convirtiéndose en un factor más de victimización de los sectores más afectados por el problema. Como destaca Alejandro Aponte Cardona, en un trabajo sobre la política de drogas en Colombia, citando a René Girard,

6. Convención de Viena 1988, que refuerza el Convenio único sobre estupefacientes de 1961 y el Protocolo de 1972.

7. CSJN, Montalvo, *"la figura descripta por el tipo penal, y el perjuicio ocasionado, si bien se ha tratado de resguardar la salud pública en sentido material como objetivo inmediato, el amparo se extiende a un conjunto de bienes jurídicos de relevante jerarquía que trasciende con amplitud aquella finalidad, abarcando los valores morales de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la niñez, y en última instancia de la nación toda, y hasta de la humanidad toda"*.

las sociedades que no pueden solucionar sus problemas recurren a la creación del “chivo expiatorio”.⁸

Eugenio Raúl Zaffaroni sostiene que la emergencia fue históricamente el eje de los discursos expansivos del punitivismo; mientras los criminólogos se dedicaban a explicar el origen del mal, los juristas se avocaban a destruirlo. Sin embargo -nos recuerda Zaffaroni- vivimos siglos de emergencias y ninguna fue resuelta por el derecho penal, algunas amenazas desaparecieron solas, otras con la penicilina (la sífilis) y otras, como el alcoholismo, no se resolvieron nunca.⁹

Toda época tuvo su emergencia, y los tóxicos siempre generaron escándalos, algunos bíblicos como la vergüenza de Noé (Génesis), que había bebido el jugo de la vid, o Lot, que embriagado tiene acceso carnal con sus hijas (que le habían suministrado la bebida), o las bodas de Caná, cuyo escándalo fue la escasez de tal forma que mereció un milagro.

El tóxico de mayor alarma en el siglo XIX era el alcohol, por sus efectos en la salud y las repercusiones sociales, y allí se dirigió el derecho penal y consagró una modalidad de imputación que eufemísticamente se denominó *versari in re illicita* (antecedente del “por algo será” de conocidas y tristes consecuencias) que, por cierto, fue una de las grietas por donde se coló la responsabilidad objetiva en el derecho penal.

Hoy la nueva emergencia es la inseguridad, y se vuelve a relacionar discursivamente con un tóxico, esta vez el consumo de drogas prohibidas. Ante tal coyuntura, se habilitó una legislación que no respeta los límites de las garantías del derecho penal, transgrede el principio de legalidad y el de lesividad al introducir la presunción de los riesgos para el bien jurídico, -el “peligro abstracto”-, y por otro lado anticipa la persecución penal a etapas anteriores al comienzo de ejecución, como son los tipos penales de tenencia, que sólo consagran como delitos a meros actos preparatorios que deberían ser impunes.

Esta modalidad legislativa, además de sus defectos constitucionales, no propicia la profundización de las investigaciones sobre el tráfico, ya que permite circunscribirse a la “tenencia”, y desde allí

8. Aponte Cardona, Alejandro, *Guerra y Derecho Penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, p. 407.

9. Zaffaroni Eugenio R., *Lectio Doctoralis*, del doctorado Honoris Causa, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, la cual versó sobre la construcción de los discursos penales autoritarios y críticos, septiembre de 2003.

se presume el riesgo, y las finalidades vinculadas al tráfico, pero sin ahondar sobre este. Se presume, se inventa y no se investiga, ni se prueba. Con bombos y platillos quedan en el comienzo del camino, y con esos escasos recursos se dictan sentencias condenatorias. Ello ha permitido que la mayoría de las causas de estupefacientes sean tenencias simples o calificadas, pero que no vinculan la misma con ninguna cadena de tráfico, sino que se conforman con el último eslabón de expendedores minoristas, cuando no consumidores.

2. LA PERSECUCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y EL TRÁFICO DE POBREZA

Los discursos y las prácticas del sistema penal soslayan que a partir de la reforma constitucional de 1994, el derecho internacional de los derechos humanos ha hecho un fuerte reconocimiento de las víctimas, a través del acceso a la justicia (art. 25 CADH), y ha recomendado implementar políticas que impidan la revictimización de quienes sufren alguna agresión a sus derechos. Sin ir más lejos, las nuevas legislaciones penales y procesales le otorgan otro protagonismo, y en su momento lo hizo nuestro máximo tribunal.¹⁰

En la legislación sobre estupefacientes, el bien jurídico es colectivo y difuso, la “salud pública”, sin embargo, es la misma política prohibicionista y las prácticas de los distintos actores del sistema penal, las que generan las verdaderas víctimas, que son los consumidores perseguidos, y los jóvenes que adictos o no, son captados y explotados en cadenas de comercialización que procuran impunidad usándolos como primera línea de exposición, de tal manera que son los que siempre caen detenidos en los procedimientos y son vueltos a victimizar por la persecución penal.

El eufemismo de “tenedor para consumo”, que tipificaron tanto la Ley N° 20771 y la actual 23737, permitió concentrar la política punitiva contra los consumidores, mientras el tráfico pasaba por otros lares.

10. CSJN, Santillán, Fallos: 321:2021.

No es casual que el gran debate en nuestro máximo tribunal haya sido el alcance del artículo 19 de la Constitución Nacional, lo cual nos remonta a los orígenes del constitucionalismo liberal. Desde Colavini, Bazterrica, Montalvo, y luego Arriola, el gran conflicto del sistema penal en este tema fue la intromisión en la vida privada de las personas, por la persecución a los consumidores.

Afortunadamente, con el fallo Arriola,¹¹ se retomó la jurisprudencia anterior de la Corte en Bazterrica, aunque los resquicios por penalizar la conducción de vida¹² no han cesado, y aún hay intentos de encontrar un riesgo para terceros en algunas circunstancias en que el

11. Se recuerda que el fallo de la CSJN, Arriola, expresa, que *"...el art. 14 segundo párrafo, de la ley 23737 debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro o un daño a derechos o bienes de terceros"* (votos de los Dres. Highton de Nolasco y Maqueda, considerando 36, voto del Dr. Lorenzetti, considerando 18).

Con similar criterio, otro voto del fallo afirma que *"...una conducta como la que se encuentra bajo examen que involucra -como se dijo- un claro componente de autonomía personal en la medida en que el comportamiento no resulte ostensible, merece otro tipo de ponderación a la hora de examinar la razonabilidad de una ley a la luz de la mayor o menor utilidad real que la pena puede proporcionar. Dicha valoración otorga carácter preeminente al señorío de la persona -siempre que se descarte un peligro cierto para terceros..."* (Dr. Fayt, considerando 16).

12. La Cámara Federal de Casación Penal se expidió sobre el tema. Cabe citar el voto del Dr. Madueño en la causa nro. 13392 de la Sala I, caratulada *"Lucero Sebastián Rolando s/recurso de casación"*, del 4/7/11, registro nro.18835, en donde sostuvo respecto de las mismas afirmaciones de la Fiscal transcriptas, que *"la recurrente se limitó a conjeturar acerca de lo que podía ocurrir en caso de que Lucero decidiera consumir la sustancia incautada pero sin explicar cuál fue el peligro concreto de daños a bienes o derechos de terceros que medió en el caso"*. Y que, *"en relación a las referencias que efectúa la recurrente a los terceros destinatarios de un eventual peligro -que en el caso no precisa-, no constituyen motivo suficiente de distinción para privar a Lucero, por el sólo hecho de encontrarse privado de su libertad, de los alcances de la doctrina sentada por el Alto Tribunal"*.

Concluye el voto del Magistrado mencionado, explicando que *"en estas condiciones, y no habiéndose indicado a partir de las circunstancias antes expuestas en qué consistiría concretamente el peligro para los bienes de 'compañeros de celda y de pabellón, guardia cárceles, visitas de toda edad, médicos, etc.' a los que alude el Representante del Ministerio Público Fiscal en su presentación recursiva, no cabe ahora presumirlo, resultando por tanto ajustada a derecho la solución del caso con arreglo a la doctrina emergente del citado precedente Arriola"*.

consumidor está en un penal, donde se pretende desconocer el ámbito de privacidad,¹³ como si fuera un criterio arquitectónico, y no jurídico.¹⁴

Similares esfuerzos no se hacen en relación a las grandes organizaciones que trafican y exportan estupefacientes al exterior, ni a los lavadores de tales ganancias; las estadísticas de cualquier tribunal oral pueden dar cuenta, en el mejor de los casos, de la criminalización de expendedores minoristas que conforman el último eslabón de una cadena de economía marginal de supervivencia.

Los espectaculares procedimientos contra los llamados “búncers”, que han ido desde acciones de hecho, como derribos con topadoras,¹⁵

13. Retomando los lineamientos del fallo “Arriola” -y en coincidencia con ellos-, la Procuradora General de la Nación, Dra. Alejandra Gils Carbó, en la causa “Funes Vallejos”, entendió que, a pesar de existir limitaciones dadas por el régimen penitenciario, las personas privadas de su libertad mantienen la autodeterminación personal protegida constitucionalmente y, por ello, desestimaba la queja interpuesta por el Fiscal General.

En este sentido, la Procuradora ha referido que *“...los reclusos conservan un ámbito de privacidad protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional. Bajo esas condiciones, retienen el derecho a “elegir su propio plan de vida y a adecuarse al modelo de virtud personal que, equivocadamente o no, (consideren) válido, en tanto no (interfieran) con el ejercicio de un derecho igual por parte de los demás”.*

Asimismo, en su dictamen agregó que *“...no es posible presumir que la tenencia de estupefacientes para consumo personal por parte de un interno siempre afecta los derechos de otras personas. Por el contrario, entiendo que la doctrina sentada por la Corte Suprema en ‘Arriola’ obliga a determinar esta circunstancia en cada caso particular...”,* y que *“...Esta exigencia no se satisface con la mera invocación de un peligro abstracto para la seguridad de la prisión o la resocialización de los condenados”.*

“...los fiscales deben profundizar las investigaciones para esclarecer cómo se ha ingresado la droga a los establecimientos e individualizar a los responsables del tráfico de sustancias prohibidas intramuros.” (cfr. dictamen de la Procuradora General en el caso S.C., F. 289 L.L. Funes Vallejos, Sebastián David c/ s/ causa n° 338/2013).

14. En este sentido, el Dr. Gustavo Hornos, en un reciente fallo, sostuvo que *“...debe entenderse que aun encontrándose alojado en una unidad penitenciaria, y aun viendo reducido su espacio de autonomía personal, el individuo privado de su libertad goza de la protección a un ámbito de privacidad, amparado por el artículo 19 de la Constitución Nacional. He aquí el reconocimiento al Derecho a la dignidad humana de la persona privada de libertad.”* (CFCP, Sala IV, “Almonacid, Gustavo Martín”, reg. 1665, rta. el 03/09/2015).

15. La Capital, 14-7-2012. Polémica por la difusión de la acción de topadoras sobre los búncers de droga, “el exsecretario de Seguridad comunitaria Enrique Font, cuestionó la decisión de exhibir las demoliciones con máquinas viales de locales blindados de venta de droga,.... Ayer, tanto la intendente Mónica Fein, como el Ministro de Seguridad, Raúl

hasta allanamientos policiales o judiciales, secuestros y detenciones, nunca han vinculado a estos con ningún circuito comercial, ni se ha ido más allá del propio dispositivo y sus expendedores. Sólo resultan magros secuestros, e imputados los jóvenes y niños que los atienden, trabajando en condiciones inhumanas, encerrados en esos cubículos sin lugar para dormir, sin baño, con jornadas extensísimas, y expuestos a la violencia propia de la actividad, como los robos, o las disputas territoriales, y los procedimientos policiales.¹⁶

Las causas penales de estupefacientes en su gran mayoría se inician por “denuncias anónimas”, con las cuales se oculta el origen de la investigación y los imputados suelen ser siempre estos jóvenes, con los que comienza y se agota el “tráfico”, y como máximo se extiende hasta algún otro, que es quien le va proveyendo pequeñas cantidades de mercadería. Como dije anteriormente, las pesquisas quedan restringidas a estos menesteres menores que ocupan los estrados judiciales, y jamás se orientan a dilucidar a quienes no están expuestos pero son los dueños del negocio y sus protectores.

Administración de ilegalidades -repito-, parafraseando al autor de *Vigilar y Castigar*.

A pesar de que para imputar la comisión de un delito es imprescindible hacer un análisis de las circunstancias fácticas, para verificar si están presentes en el hecho los requisitos de la atribución de los extremos

Lamberto, plantearon que la decisión de derribar búnkers obedece a la fuerte demanda de los barrios por el temor a que si siguen en pie los vendedores, reanuden su actividad...”.

16. Galán, Nadia, www.perfil.com “Soldaditos de la droga” “...Desde hace cuatro años, en Rosario, las causas con menores, vinculados al narcotráfico aumentaron más de un 800%. ...Las bandas de narcotraficantes de la zona captan a menores para mantenerlos trabajando con ellos dentro de estos habitáculos (llamados búnkers) por jornadas que pueden extenderse por días”. “...Desde 2011, a la actualidad tenemos 220 causas de menores vinculados con el narcotráfico cuando antes de ese año eran 24”, detalla a Perfil la Defensora Pública de Menores Coadyuvante ante los Tribunales Federales de Rosario y San Nicolás, María Fernanda Tugnolli: “...En el 80% de estas causas los menores terminan procesados por resultar detenidos dentro de los búnkers en los allanamientos, describe la Asesora de Menores. En la gran mayoría de los casos, los inculpados resultan ser lo que en la jerga se conoce como ‘perejiles’ y miembros del sector más vulnerable de la sociedad. Generalmente, los menores, son puestos en escena recién el día del procedimiento. Jamás se tuvo conocimiento de su existencia y tampoco se tiene en cuenta que estaban encerrados en ese lugar”.

típicos, antijurídicos y de culpabilidad, nadie parece advertir -o muy pocos- que las condiciones en que estos jóvenes desarrollan la actividad de tenencia o venta, en tales dispositivos, son de extrema precariedad y muy lejos del dominio la actividad. Entre otras cuestiones, no puede pasar desapercibida la vulnerabilidad por edad, la situación social, pobreza, ni las condiciones laborales que están muy lejos del ámbito de libertad necesario para conformar los distintos estratos del delito.

No quedan dudas de que los compromisos internacionales suscriptos por nuestro país, para generar políticas de persecución del narcotráfico,¹⁷ no tienen nada que ver con la criminalización de los consumidores, y mucho menos con favorecer la explotación de personas en una cadena de comercio ilegal; sin embargo, las políticas criminales que se han llevado a cabo hasta el momento han generado tales resultados.

Pese a los reiterados planteos de defensores, y de quienes estudian o advierten el problema, este verdadero tráfico de pobreza¹⁸ parece pasar desapercibido para la jurisprudencia y legislación penal en la materia, que ha quedado atrasada en relación a otros temas.

Si bien el sistema penal siempre es selectivo,¹⁹ al menos otras leyes comienzan a incorporar otra mirada en relación a las víctimas. Me refiero a la legislación sobre trata de personas inspirada en el Protocolo de Palermo²⁰ -la Ley N° 26364 y su modificatoria-, que si bien ha impuesto penas importantes, y se le pueden criticar muchos aspectos, por otro lado se caracteriza por haber tenido especial cuidado, en relación a las víctimas, en el sentido de preservarlas de la vulneración que pueden sufrir por la propia política penal en relación a estos hechos.

En este aspecto, sigo la línea que ha planteado la Defensora General de la Nación, la Dra. Stella Maris Martínez, y que a su vez ha

17. CSJN, Arriola.

18. En un reportaje radial que le hicieron a un sacerdote rosarino (Edgardo Montaldo, LT8, 2008), muy respetado por su gran trabajo dirigido a los jóvenes de un barrio humilde de la ciudad, le preguntaron si en la zona de su parroquia había mucho tráfico de droga; contestó en pocas palabras: “en mi barrio lo que hay, es tráfico de pobreza”.

19. A la selectividad propia del sistema penal, que denunció la criminología crítica, hay que sumarle un grado más acentuado, en las políticas penales del “enemigo”, como es “la guerra”, contra las drogas.

20. Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2000.

desarrollado el Dr. Gabriel Ignacio Anitua en un trabajo publicado por la Secretaría de Capacitación y Jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa en el año 2013.²¹

Destaca Anitua que para las víctimas, “...no se prevé una persecución y castigo, sino por el contrario, un proceso de reempoderamiento, que comience por no ahondar las situaciones de vulnerabilidad. Criminalizar es la mejor forma de victimizar, y por ello ahondar la situación crítica que se pretende eludir...”²²

La ley contiene previsiones destinadas a evitar criminalizar a personas que realizan conductas prohibidas, condicionadas por la situación de trata en la cual están inmersas. El artículo 5 de la Ley N° 26364 dice: “Las víctimas de la trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata. Tampoco les serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito que las damnificara”.

A esta disposición se le ha dado diferentes interpretaciones dogmáticas; algunos opinan que es una excusa absolutoria, otros una causal de inculpabilidad, ya sea por coerción, o por las condiciones de vulnerabilidad, situaciones ambas que le impiden decidir su conducta con libertad, lo que hace que no le sea reprochable.²³ Anitua, siguiendo también otras opiniones, considera que esta “excusa absolutoria” tiene el propósito de evitar la persecución de personas que actúan condicionadas por la propia situación de explotación a la que está sometida.

21. Anitua, Gabriel Ignacio, “El Delito de Trata de Personas”, AA. VV., *El Delito de Trata de Personas. Herramientas para los defensores públicos*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa, 2013, p. 33.

22. *Ibidem*, p. 35.

23. Di Corleto, Julieta, citada por Anitua, en *op. cit.*: “la ley parece reconocer que la persona sometida a trata puede estar en una posición similar a la de quien obra por miedo insuperable. En función de ello, la exclusión de pena estaría basada en la coerción a la que se ve sometida la víctima y su consecuente limitación para tomar decisiones en forma libre. Ahora bien, a la luz de los medios comisivos contenidos en la norma incluida en el art. 145 bis del Código Penal no sería imposible imaginar supuestos en los que una persona sometida a trata, delinca ya no en razón de la violencia o coacción a la que está sometida, sino que como consecuencia de la situación de vulnerabilidad que la llevó a esclavizarse, sin que ello necesariamente importe en cada caso un supuesto de temor reverencial o miedo insuperable”.

da, y evitar que las políticas penales tengan un efecto revictimizador, contrario al que declaman.

La importancia de esta disposición reside en que permite incluir supuestos en los que la explotación es más compleja; esta circunstancia -sostiene Anitua- debe ser considerada porque lo manda la ley, y porque debe ser parte de una correcta política criminal, para evitar que las personas sean obligadas a prostituir o prostituirse, o a realizar trabajos de distinta jerarquía, en condiciones de explotación en el servicio doméstico, en tareas agrícolas, en talleres y fábricas, e incluso en actividades ilícitas.

Esta dominación estructural se ha invisibilizado frente a la propia selectividad penal, que prende al más débil.

El autor da el ejemplo de casos en que la víctima de trata va ascendiendo en su escala laboral, y pasan a colaborar en actividades del explotador, lo cual la lleva a modificar su rol, y de víctima se transforma en victimaria.²⁴ Pero además, extiende su análisis a las actividades delictivas vinculadas al tráfico de drogas, - fundamentalmente a la vinculada a la trata- y a las mujeres explotadas como “mulitas”. Sostiene que “...ese tipo de consideraciones, llevaría a incluir bajo el delito de trata de personas, a una multiplicidad de conductas que en la actualidad reciben condena como simples casos de contrabando”.²⁵

Lo cierto, es que la importancia de este precedente, en la ley de trata, ya sea como excusa absolutoria, o como reconocimiento de nuevas formas de analizar el estrato culpabilidad, es claramente aplicable a explotaciones ilícitas vinculadas a la ley de estupefacientes.

Este criterio fue receptado por un Fiscal rosarino, Dr. Mario Gambacorta, frente al planteo de la defensa, en relación a imputados en una causa, donde la explotación de jóvenes se da con palmaria evidencia. El citado dictamen da cuenta de la denuncia de una madre sobre el secuestro de dos de sus hijos, uno de 19 años y otro de 17 años. La denunciante, sostiene que una amiga de los hijos recibe un mensaje

24. Anitua, Gabriel I., *op. cit.*, cita un informe de UFASE e INECIP, “La trata sexual en Argentina...”, Buenos Aires, 2012: “...un análisis más profundo y cualitativo acerca de la posible criminalización de víctimas de trata reconvertidas luego de su etapa de sometimiento, en engranaje útil de organizaciones criminales. Las ahora autoras podrían ser las antes mujeres explotadas”, p. 37.

25. *Ibidem*, p. 39.

de texto, donde uno de los jóvenes pedía ayuda porque corría riesgo la vida y luego otra llamada de un tercero reclama dinero para liberarlos. La misma denunciante dice que a sus hijos los tenían atendiendo un búnker de venta de drogas. Agrega que ya lo habían hecho en otra oportunidad, pero querían retirarse y no los dejaban, los presionaban con una deuda por haberse quedado con dinero. Los habían instruido que por ser menor de edad en caso de procedimiento policial, debía hacerse cargo de la mercadería que había en el lugar.

Al ser detenido, uno de los jóvenes relata cómo fue “reclutado” en el barrio, “lo levantaron” cuatro personas en dos autos, lo golpearon, y lo llevaron hasta un búnker. Señala que del lugar, no se podía salir, que los turnos de trabajo eran de 12, 24 y 48 horas. No le dejaban comida, ni agua, no había baño, ni piso, ni le dejaban algo para acostarse. La retribución no se la llevaban a abonar, porque le generaban deudas por el consumo de alguna de la mercadería que expendía. El médico forense detectó escoriaciones y heridas.

Sostuvo el Fiscal en el dictamen en que propicia el sobreseimiento de los jóvenes... *“En resumen, del análisis global de las constancias agregadas a la causa -en mi criterio- se desprende la presunta comisión por parte de V. F., D. A. R., E. R. G., y ECV. del delito de trata de personas, con fines de reducción a la servidumbre (ley 26.364, reformada por la ley 26.842, en función del art. 140 del CP).*

Ello destacando especialmente que de autos surge la sumisión a la que habrían sido sometidos los hermanos F y DR (obligados a permanecer en un sitio muy reducido y obviamente antihigiénico, sin agua, sin comida, sin baño, sin un lugar para siquiera sentarse o acostarse, en el interior de un “búnker”, por jornadas de hasta 48 horas sin poder salir), encontrándose “encerrados”, sin posibilidades fácticas de salir del lugar y/o amenazados de muerte en caso de que lo intentaren hacer.

En este punto, cabe destacar que como surge del acta de procedimiento de la causa R. F. G. y otros s/ ley 23.737 Expte N° 987/10 A, la edificación en la que se encontraba el joven F. R. estaba cerrada con un candado dorado, y fue necesaria la utilización de un ariete tras varios golpes para recién poder abrir la rudimentaria puerta de chapa. Tras lo cual fue necesario vencer con la misma herramienta otra puerta de chapa que también se encontraba herméticamente cerrada, y recién allí se pudo ingresar al habitáculo donde se encontraba F. R.

A lo expuesto cabe agregarle, las amenazas que habrían sufrido tanto ellos como su seno familiar y lesiones que estos presentaban al momento de efectuarse el examen médico, sumado a las deudas que podrían generarse por el consumo de las sustancias ilícitas que eran obligados a vender, todo lo cual me permite inferir -en mi criterio- que esas dos personas podrían haber sido sometidas a una explotación equiparable a una reducción a la servidumbre”.

A continuación se refiere al convenio 182 de la OIT, en su artículo 3, inciso c, que incluye dentro de las peores formas de trabajo infantil “*la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes*”.

Aclara que resulta útil precisar que, si bien no se trata propiamente de un “trabajo”, su práctica y el sometimiento a realizar una actividad ilícita son equivalentes a una forma de explotación. Se destacó la situación de vulnerabilidad de los jóvenes frente a sus captores.

El Fiscal solicita el sobreseimiento por los delitos de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, porque considera que los imputados sufrieron una “*explotación equiparable a la reducción a la servidumbre, situación en la cual mediante el uso de la coacción -violencia física y amenazas- y el aprovechamiento de su situación de vulnerabilidad, se lo obligó a llevar a cabo la actividad ilícita antes mencionada*”.

El dictamen finalmente discurre por la exclusión de la antijuridicidad, dado que sostiene que por la privación de libertad, los golpes recibidos, las amenazas a los imputados y su entorno familiar, encuadran un estado de necesidad justificante, y desarrolla esta idea en base a la ponderación de males entre el evitado y el causado, afirma que este es el criterio del Ministerio Público Fiscal, aunque agrega que lo deja planteado para solicitar el sobreseimiento; finalmente, sostiene que la situación también puede encuadrarse en el artículo 5 de la ley de trata de personas.

Por último, expone el criterio político criminal del Ministerio Público Fiscal, que es priorizar en las investigaciones penales la persecución de los eslabones superiores de la cadena de tráfico de estupefacientes. Tal como se desprende del análisis realizado en el informe: “*La ley de Desfederalización parcial de la competencia penal en materia de estupefacientes*” -(Ley N° 26052)- Estudio preliminar sobre la implementación elaborado en el año 2014 por la Procuraduría de Narcocriminalidad (PROCUNAR).

Si bien las cuestiones dogmáticas son discutibles, lo importante es que frente a la cotidiana dinámica que transita los ámbitos penales en la materia, y frente a una orientación punitiva de rimbombantes títulos, y objetivos bélicos concentrados en barrios periféricos de las urbes, alguien ponga en evidencia en los tribunales lo que se advierte sin mayor esfuerzo, la doble victimización de determinados sectores sociales, como contracara del desarrollo de un negocio ilegal de magnitudes y vinculaciones aún no abordadas.

JURISPRUDENCIA

Competencia. Justicia federal y Justicia de Instrucción. Cuestiones de conexidad. Concurso ideal: fuero federal. Forma concursal.

La conexidad entre delito común y delito federal es inexistente e implica separar la investigación y juzgamiento de los hechos (*).

Solamente el concurso ideal implicará que el Fuero Federal atraiga el delito común. Si no se verifica la existencia de un concurso ideal entre el homicidio ocurrido y el suministro de estupefacientes, corresponde asignar competencia a la Justicia de Instrucción.

Se citó: (*) CSJN, “Hellehoj, José Jaime”, rta: 20/2/2001, Fallos 324:394; “Romanelli, Sergio Adrián”, rta: 15/2/2000, Fallos 323:140, “Villagra, Luis Alberto”, rta: 11/4/2000, Fallos 323:783; “Torres, José Nicolás”, rta: 11/4/2000, Fallos 323:772; “Romero, Roberto Adolfo”, rta: 27/5/2000, Fallos 323:1804 (**). CSJN, “Instituto Sidus S.A.”, rta: 11/7/2000, Fallos 323:1858.

N.N. 27/12/02 c. 20.717. C. N. Crim. y Correc. Sala V.

Estupefacientes. Tenencia de droga. Delitos de Tenencia. Requisitos para tener configurada la tenencia.

La tenencia en sí no exige el contacto físico con el material prohibido. En tal sentido, es preciso traer a colación que “para que al sujeto pueda imputársele la tenencia debe tener la disponibilidad real sobre la sustancia. Lo que no implica que la tenencia deba ser material, podría afirmarse en consecuencia la posesión de la droga cuando: 1) Se aprehenda materialmente la droga en poder del autor; 2) Cuando a pesar de no tener la posesión material, existe disponibilidad real sobre la sustancia, por ejemplo, por conocerse donde se encuentra y tener acceso a ella, o en definitiva, por estar en situación de poder decidir su destino. Lo precedentemente expuesto resulta perfectamente aplicable a los tipos legales de almacenamiento y transporte” (cfr. Falcone, Roberto - Capparelli, Facundo L.; “Tráfico de estupefacientes y derecho penal”, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2002, p. 174).

“MUÑOZ PUELLO, Roberto y otros s/ procesamiento con prisión preventiva”, 25/10/12 - 1226 CCCFed. Sala I.

Estupefacientes. Tenencia simple de estupefacientes. Artículo 14 primera parte Ley N° 23737. Requisitos típicos.

La valoración de si la droga está destinada al consumo personal no puede ajustarse a parámetros cuantitativos rígidos, pues idénticas cantidades podrán ser compatibles en un caso, y no en otro, con esa finalidad, dependiendo del tipo de estupefaciente involucrado y las restantes particularidades que envuelven cada actividad (conf. de esta Sala, causa N° 24330 “Madrostomo”, reg.N° 25.727 del 21/09/06).

Partiendo de esas pautas, los suscriptos coinciden con la calificación legal adoptada por el a quo, toda vez que la cantidad de droga sequestrada, y la forma en que estaba fraccionada, sumado al resultado de las tareas de inteligencia efectuadas (fs. 142/3 y 160) y los mensajes de texto hallados en el celular incautado al momento de su detención (fs. 276), no permiten sostener de momento que la sustancia estuviera inequívocamente destinada a su consumo personal, tal como lo exige la Ley N° 23737.

Fresenga Umpierrez, Alejandro s/ procesamiento. 18/03/13 35.811 CCCFed. Sala II.

Estupefacientes. Artículo 5 Ley N° 23737. Tenencia de plantas de marihuana para consumo personal. Inconstitucionalidad.

Sin perjuicio de que la denuncia inicial se basó en una presunción sobre la calidad de las plantas observadas, resulta de aplicación al caso la postura esgrimida por esta Sala Primera en la causa N° 41025, “Bernasconi” (rta. El 3/6/08, reg. 632), en cuanto se sostuvo, en relación con el art. 5, último párrafo de la Ley N° 23737, que: “...Como en el caso del art. 14, apartado segundo de la Ley N° 23737, la figura en cuestión prevé una sensible diferencia respecto del tipo básico en lo que atañe a la escala penal y al régimen de la acción, pues mientras el art. 5, inc. a) establece una pena que oscila entre los cuatro y quince años de prisión y otra de multa, la figura atenuada que nos ocupa fija un marco penal de un mes a dos años de prisión, así como la posibilidad de aplicar el

sistema de los arts. 17, 18 y 21 de la ley (es decir, la posibilidad de suspender el trámite del proceso o la aplicación de la pena, la disposición de un tratamiento y, en su caso, el dictado del sobreseimiento)...”.

Cabe señalar que la atenuante se incorporó al cuerpo de la Ley N° 23737 en orden a la Ley de reformas N° 24424 -sancionada el 7 de diciembre de 1994-. En el informe del Proyecto elevado a la Cámara de Diputados por las Comisiones de Legislación Penal y de Drogadicción se dijo respecto de esta modificación que: “...Además de todo ello, se aclara el artículo 5 de la Ley N° 23737 para equiparar casos menores de siembra y cultivo de estupefacientes con la simple tenencia de ellos...” (‘Antecedentes Parlamentarios’, LL-1996-A, p. 1082), mientras que en el ámbito de la Cámara revisora la atenuante propuesta dio lugar a resabios de la discusión acerca de si corresponde prohibir penalmente el consumo de estupefacientes (ibíd., ps. 1117/1118)...”

...De acuerdo con lo expuesto, la norma analizada presenta, en principio -dada su similitud en lo que atañe a la conducta prohibida- problemas equivalentes a aquellos que hemos detectado respecto de la figura que reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal, cuya inconstitucionalidad hemos declarado en diversas oportunidades (a partir de la causa N° 36989, “Cipolatti, Hugo s/ Procesamiento”, rta. el 7 de junio de 2005, reg. N° 571 -del voto en disidencia del Dr. Freiler- y por mayoría, desde de la causa N° 41228, “Velardi, Damián J. y otro s/ sobreseimiento”, 30 de abril de 2008, reg N° 400).

Cabe aclarar que la declaración de inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la Ley N° 23737, fue ratificado en el precedente “Ávila” y ampliado, por votos concurrentes, en numerosos fallos posteriores (cfr., entre otros, c/n° N° 46250, “Aristimuño, Marcos Ariel y otro s/ infracción ley 23737”, rta. 7/2/12 reg. 64; y causa N° 46109 “Rocha, Sergio Damián s/ procesamiento y embargo”, rta. 7/2/12 reg. 67). Es por ello que in re “Bernasconi”, la Sala declaró la inconstitucionalidad del art. 5, inc. a, anteúltimo párrafo de la Ley N° 23737, según Ley N° 24428.

Paralelamente, cabe recordar que en la causa 46.248 del registro de este Tribunal, resuelta en fecha 29/3/12 (reg. 247), se ventiló un hecho similar al de autos y se declaró la inconstitucionalidad del artículo 5to., inc. a, anteúltimo párrafo de la Ley N° 23737, según la Ley N° 24424 y se confirmó el archivo dispuesto en primera instancia.

“N. N. s/ archive”. 8/08/13 899 CCCFed. Sala I.

Estupefacientes. Tenencia de droga. Delitos de tenencia. Tenencia compartida. Alcances.

Sobre este particular esta Sala ha sostenido con anterioridad que el concepto amplio de tenencia permite la conjunción de dos sujetos sobre un mismo bien, o sobre varios, al modo de una coposesión del derecho privado, pues no se requiere el constante contacto físico con la cosa cuya tenencia está vedada (c. 31660 “Robledo, Estefanía Olga s/ procesamiento” reg. N° 34.468 del 9 de mayo 2012 y su cita CNCP, Sala II, “Cucchi” del 27/12/96, del voto del Dr. Fégoli; asimismo: “Correa, Rubén”, de esta Sala, del 17/6/1987 en J.A. 1989-I-621 y la jurisprudencia en idéntico sentido agrupada en Cuarta entrega temática de jurisprudencia y bibliografía de interés para la práctica judicial, elaborado por la Secretaría de Jurisprudencia y Biblioteca de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00006/00051063.Pdf>, agosto de 2007).

Así también puede traerse a colación un fallo anterior de esta Sala referido a los delitos de tenencia en el marco de una organización criminal -bien que en esa oportunidad se trataba de una asociación ilícita, con las características propias de ese delito- en el que se sostuvo: “bien puede atribuirse *prima facie* responsabilidad por los delitos de tenencia incautados en tales domicilios. Ello, toda vez que los referidos injustos constituyen delitos de preparación, por cuanto la tenencia de tales elementos implica el aprovisionamiento de ciertas herramientas que resultan indispensables para desarrollar la actividad que convoca a la asociación ilícita. Desde esta perspectiva y de acuerdo con el grado de certeza que se requiere para tratar un auto de procesamiento, puede afirmarse que exclusivamente para tales ilícitos -en el marco de una asociación ilícita-, resulta plenamente aplicable el principio de imputación recíproca de las distintas contribuciones que rige en materia de coautoría, según el cual todo lo que haga cada uno de los coautores es imputable (extensible) a todos los demás (Santiago Mir Puig, “Derecho penal”, parte general, 4ta. Edición, Barcelona, 1996, p. 384); ello así porque, más allá de la concreta disponibilidad que de tales elementos se tengan en un momento dado, ninguno de los integrantes de la asociación ilícita resulta, en principio, ajeno a ellos” (ver causa 13960 “Malatesta, Carlos y otros s. proc.”, rta. el 16/1/1998, reg. 15056).

“Benítez, Jorge Ignacio y otros s/ procesamiento y prisión preventiva”. 20/11/12 35.385
 CCCFed. Sala II.

Estupefacientes. Tenencia compartida de estupefacientes. Delitos de tenencia. Concepto. Alcances.

...Se debe destacar que no ha sido arbitraria la imputación de la totalidad de la droga a todos sus defendidos sino, por el contrario, adecuada ante la forma en que ha quedado demostrado en el presente proceso el obrar mancomunado de todos los imputados. En la medida que ellos conformaban una misma banda, actuando en conjunto para llevar a cabo la venta de la sustancia alcaloide, resulta improcedente fragmentar su titularidad.

Más allá de habérseles secuestrado cierta parte de la droga a cada uno ellos, lo cierto es que esta, en su totalidad conformaba el estupefaciente del que toda la organización disponía para su comercio.

Al respecto este Tribunal ha sostenido que: “que poca importancia reviste, al interior de estas actuaciones, el que los alcaloides pudieran no haber sido hallados en poder de la totalidad de los imputados”. Y ello pues, tal como esta Cámara lo afirmara en su anterior intervención, “cuando de lo que se trata es de la investigación de una organización, cuyas actividades, rutinas y despliegue han sido circunstancias ya evaluadas, el pretender segmentar la titularidad de los elementos hallados según su inmediato tenedor conduciría a escindir un universo que debe permanecer aunado” (cfr. causa n° 44976, “Bonilla y otros s/ procesamiento con prisión preventiva”, reg. 1394, rta. el 28/12/10, con cita de causa N° 42561 “Fernández Peña, Cristina Josefina s/ procesamiento con prisión preventiva”, Reg. N° 1539, rta. el 17/12/08).

Así, no puede soslayarse que la tenencia, cuando es analizada en un contexto como el que aquí se ha examinado, no puede limitarse a la posesión física del estupefaciente, sino a la disponibilidad real sobre esa sustancia, determinada por el hecho de que se “...sabe dónde se encuentra o porque [se] está en condiciones de decidir su destino.”

Lo mismo ocurre cuando, aun ante la ausencia momentánea de esa particular relación, la sustancia es poseída por otro de los coautores y al interior de un plan que, en esos términos, fue previamente acordado

(Cfr. FALCONE, Roberto y CAPPARELLI, Facundo, Tráfico de estupefacientes y derecho penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 147).

“Marisol Poche y otros s/ procesamiento, p. p. y embargo”. 29/01/13 45 CCCFed. Sala I.

Estupefacientes. Tenencia de droga con fines de comercialización. Agravantes. Ley N° 23737 artículo 11 inc. e). Conducta desplegada en un lugar público. Requisitos típicos.

Respecto a la aplicación de la agravante por desplegar la conducta en un lugar público, tal como lo expone Roberto Falcone, cabe mencionar que: “la ley persigue conductas tendientes al tráfico de drogas, por lo que, en este caso, el mayor desvalor de la conducta (ya constitutiva del delito base) se funda en que esta es llevada a cabo en lugares donde existe concentración de personas, las que dadas las circunstancias objetivas bajo las que debe ser analizado el tipo legal, favorecen o facilitan esa finalidad de tráfico a la que se hacía referencia”.

De acuerdo con ello puede afirmarse que, además del riesgo en que se coloca el bien jurídico “salud pública” (ya con el delito básico), se verifica un riesgo potencial mayor aun al primeramente mencionado, el que debe ser buscado ‘ex profeso’ por el autor, es decir, el sujeto busca -y consigue- una mayor posibilidad de difusión de la droga, sea por la cantidad de personas a las que dirige su conducta o por la especial condición de estas (Roberto Falcone - Néstor Conti - Alexis Simaz, “Derecho Penal y Tráfico de Drogas”, Ad hoc, Buenos Aires, 2011, pág. 316-317). 47.285.

“FILGUEIRA GILARDONI, Álvaro s/ procesamiento con prisión preventiva”. 25/10/12 - 1231. CCCFed. Sala I.

Estupefacientes. Tenencia de droga con fines de comercialización artículo 5 inc. “c” Ley N° 23737. Requisitos típicos. Ultraintención.

Debe señalarse que la cantidad y la forma en que encontraba acondicionada y fraccionada la droga secuestrada -en 41 envoltorios conteniendo cocaína y 244 conteniendo marihuana- junto con el dinero en billetes de diversa denominación que poseía (...) al ser detenido en la vía pública, conforman un cuadro demostrativo de la “ultraintención”

de comercializar la sustancia exigida por el tipo penal en cuestión (art. 5 inc. “c” de la ley 23737).

“Melendez, Diego Armando L. s/ procesamiento”. 7/03/13 35.767 CCCFed. Sala II.

Estupefacientes. Agravantes. Actividad que causa perjuicio a menores de dieciocho años. Artículo 11 inc. a) Ley N° 23737. Requisitos típicos.

Respecto del agravante del artículo 11, inciso “a”, de la Ley N° 23737, asiste razón al defensor oficial de (...), en cuanto a que el perjuicio al que alude la norma se produce en la salud de alguien que no puede prestar un consentimiento válido; es que “el fundamento de la agravación se halla, de una parte, en el mayor disvalor del injusto al incitar al consumo de estupefacientes a los menores de dieciocho años de edad, y por otro lado, obedece a la protección especial que corresponde tutelarles en orden a su disminuida capacidad de autodeterminación” (“Tráfico de estupefacientes y derecho penal”. Roberto A. Falcone y Facundo L. Capparelli, editorial AD-Hoc S.R.L. 2002, pág. 210).

“GODOY Fernando Oscar y otra s/ procesamiento con prisión preventiva y embargo”. 8/11/12 35.341 CCCFed. Sala II.

Estupefacientes. Transporte de droga. Intervención en las maniobras investigadas de tres o más personas. Artículos 5 inc. c y 11 inc. c Ley N° 23737. Requisitos típicos.

Cabe recordar aquí, que esta Sala ha afirmado -en casos similares- que dados los diferentes roles que pueden llegar a cumplir los involucrados, a efectos de responsabilizarlos por sus respectivas participaciones no es indispensable que se los individualice con droga en su poder, pues ellos pueden ejercer diversas actividades, todas fundamentales para la concreción de las operaciones (ver Causa N° 31391 “Barrán, Marcelo Eduardo y otros s/ procesamiento y prisión preventiva”, Reg. n° 34066 del 13 de enero de 2012).

Por otra parte, en diversas oportunidades se ha sostenido que para la configuración de la agravante del inciso c del artículo 11 de la Ley N° 23737 “no se exige la acreditación de una estructura delictiva con permanencia ni organicidad, sino la reunión de individuos con una

actuación coordinada, con división de roles y funciones que responden a un plan común” (ver Causa N° 29823 “Bronzel, Martín y otros s/ procesamiento, prisión preventiva y embargo”, Reg. N° 32584 del 24 de febrero de 2011 y sus citas).

C.C.C. Fed. Sala II 32.997 “Acosta Nicolás y otros s/ procesamiento con prisión preventiva”, 24/04/13 35.951.

Denuncia. Denuncia anónima. Validez. Estupefacientes. Interpretación amplia del artículo 34 bis de la Ley N° 23737. Agravantes. Artículo 11 inciso c) de la Ley N° 23737. Intervención de tres o más personas en los hechos. Requisitos típicos. Artículo 7 de la Ley 23737. Aporte de sumas dinerarias para la adquisición de sustancias ilícitas. Requisitos típicos.

En lo que atañe al inicio de las actuaciones en virtud de una denuncia telefónica de carácter anónimo (v. fs. 1 y 3), lleva dicho el Tribunal que “...aun cuando existen diversas opiniones acerca de la validez formal de las denuncias anónimas para la generalidad de los casos penales ..., aquel debate no alcanza a los hechos asociados con el narcotráfico, pues hay coincidencia en que corresponde interpretar ampliamente la previsión expresa del art. 34 bis de la ley 23737 a efectos de procurar una investigación eficaz, dadas las características de estos delitos y los compromisos asumidos por el Estado Argentino (ver de la Sala I, causa n° 42315 “Sorella”, reg. n° 273 de 7/4/10)...” (cfr.c. n° 29954 “Estrada Gonzalez”, rta. 30.12.10, reg. n° 32.436).

En cuanto al agravante previsto por el artículo 11 inciso c de la Ley N° 23737, entiende el Tribunal que su imposición deviene acertada toda vez que nos hallamos ante la presencia de tres o más personas con una estructura organizada, debiéndose recordar que “esta Sala ha afirmado que dados los diferentes roles que pueden llegar a cumplir los involucrados en casos como el que nos ocupa, a efectos de responsabilizarlos por sus respectivas participaciones no es indispensable que se los individualice ejecutando personalmente un acto de comercio o incluso con droga en su poder -extremo que sí sucedió en el presente- pues ellos pueden ejercer diversas actividades, todas ellas fundamentales para la concreción de las operaciones (ver causa n° 27589 “Huayta Quispe”, reg. n° 29656 del 25/3/09)” -cfr. c. n° 29444 “Antola”, rta. 7.10.10, reg. n° 32002-.” “Es que -y puntualmente para el caso de

Elina Rocío Chamorro- en “...esta clase de conductas vinculadas al tráfico de droga se considera típico el acto aun a través de intermediarios, inclusive si el vendedor no llega a poseer materialmente la droga en ningún momento. Es indiferente realizar estas acciones en nombre de una tercera persona, ello no modifica el carácter de autoría...” (v. de la Sala I, c. 44.939 “Gatica”, rta. 30.11.10, reg. n° 1201).”

Sobre ello, ha de recordarse que “financiar es sufragar los gastos de una actividad, en el caso, los actos de tráfico penados en los artículos 5° y 6°. Es proporcionar el capital o los recursos económicos necesarios para llevarlos a cabo, es soportar el costo que su comisión demande... Organizar... es armar una estructura funcional que facilite la comisión de estos delitos, proveer, coordinar los medios necesarios (personas, instrumentos, dinero, etc.) de modo de lograr un mecanismo eficiente dirigido al logro de la finalidad propuesta. Es disponer y establecer las diversas condiciones que permitirán el desarrollo de uno o varios hechos: planificar, elegir los medios técnicos y humanos, delinear la estrategia operativa” (ver D’Alessio – Divito, “Código Penal de la Nación, Comentado y Anotado”, 2da. Edición actualizada y ampliada, Tomo III, Leyes Especiales Comentadas, Ed. La Ley, 2009, pág. 1054, citado en la causa n° 45858 “Ibarra Ramírez”, rta. 14.7.11, reg. n° 808 de la Sala I de esta Alzada).

“POSADO VOLPE, Raúl Alberto s/ procesamiento y embargo”. 8/11/12. 35.346 CCCFed. Sala II.

Estupefacientes. Transporte de droga. Artículo 5 inc. c) Ley N° 23737. Requisitos típicos.

En cuanto a la calificación legal escogida por el a quo, este Tribunal entiendo que resulta acertada, pues el traslado del estupefaciente efectuado por (...) aparece ínsito en la cadena de tráfico de la sustancia, en vista de la cantidad, forma de acondicionamiento y embalaje que presentaba.

Respecto a lo planteado por la defensa en último término en cuanto a que el transporte del estupefaciente nunca fue consumado, ya tiene dicho esta Sala que para que el ilícito en cuestión llegue a ese nivel de desarrollo del iter criminoso no resulta exigencia típica que el traslado del material culmine, arribando este a su destino final, sino que lo necesario es que -como en el caso- haya comenzado ese accionar, toda vez que nos encontramos ante un delito de mera actividad, en el

que el tipo penal se agota con la realización de una acción que, si bien debe ser lesiva de un bien jurídico, no necesita producir un resultado material (ver causa 17.516 “Castillo”, reg. n° 18493 del 20/03/01, y más recientemente, causa N° 24618 “Suárez”, reg. n° 26149 del 12/12/06).

“Acevedo Suárez, Alcidio Javier s/ procesamiento”. 12/06/13 36.191 CCCFed. Sala II.

Estupefacientes. Transporte de droga. Artículo 5 inc c) Ley N° 23737. Requisitos típicos.

Con relación al último de los argumentos, orientado a criticar la calificación legal adoptada por el a quo, cabe recordar que este Tribunal ha referido en reiteradas oportunidades que si bien no toda traslación de sustancia prohibida puede considerarse constitutiva del tipo penal de transporte, dicho encuadre aparece ineludible en aquellos casos en que el sujeto actúa con conocimiento de que se trata de materia prohibida y conciencia de desplazamiento, o que claramente demuestre el ánimo del transporte, en circunstancias que indiquen la posibilidad de contribuir o facilitar la comercialización de la droga o su distribución a cualquier título fuera de los supuestos permitidos. (Conf. Fallo de esta Sala CN° 27691, Maza, Raúl del 2/4/97, reg. 183, in re Albernaz Vega, J. del 8/3/94; y con la actual integración, CN° 44072, “Sáez, Carmona Carmen”, Reg. 271, Rta. el 7/04/10).

“(…)”. 16/05/13 517 CCCFed. Sala I.

Nulidad. Testigo de identidad reservada. Fundamento de la norma. Motivación. Menor. Validez. Rechazo.

No obstante se ha sostenido que la figura del testigo de identidad reservada sólo se encuentra prevista excepcionalmente en la Ley de Estupefacientes (art. 33 bis, Ley N° 23737, según Ley N° 24424), en hechos de terrorismo (Ley N° 25241) y secuestros extorsivos (Ley N° 25764), y que su incorporación lesiona el debido proceso, con invocación de la falta de control de la defensa (*), y se ha dicho que si bien la declaración bajo tal modalidad ha sido prevista para la ley de estupefacientes, no deben considerarse nulas siempre y cuando se las tome en cuenta como fuente de eventuales evidencias y no como órgano de prueba

(**), debe considerarse acertada la posición de los que sostienen que por el art.79, inciso “c”, del C.P.P.N., se garantiza a las víctimas de un delito y a los testigos convocados a la causa por un órgano judicial, el respeto del derecho a la protección de la integridad física y moral de aquellos, y de su familia, con lo que la reserva de identidad tiene sustento legal en dicha norma, aunque su aplicación debe tener carácter restrictivo (**). La introducción en el proceso debe responder a motivos razonables y que deba analizarse en el caso concreto.

Las características y gravedad del suceso pesquisado, unido a las particularidades del lugar de ocurrencia, la circunstancia de que el resto de los autores del evento aún no se encuentran debidamente individualizados en el legajo, siendo que, en principio, residirían en el mismo barrio que la víctima, el imputado, y los testigos cuya identidad se reservó y el temor puesto de manifiesto en las actas cuestionadas de padecer represalias por colaborar con la investigación, sumado a la necesidad de dotar de mayor protección a personas menores de edad (arts. 2, 3, 4, 8, 16 y concordantes de la Convención sobre los Derechos del Niño), justifican la homologación de la decisión impugnada, en cuanto rechazó el planteo de nulidad deducido por la defensa (arts. 166 y 167, a contrario sensu, del C.P.P.N.).

Disidencia del Dr. Bruzzone: La reserva de las identidades de los testigos ha conculcado derechos elementales protegidos por la Constitución Nacional en el art. 18, como son, el debido proceso y el derecho de defensa en juicio, al impedirle al imputado controlar la producción de esa prueba, que se trasluce en la limitación de poder participar de sus interrogatorios y de conocer si ellos tienen con el imputado alguna causal de enemistad manifiesta o si les comprenden las generales de la ley.

La figura del testigo de identidad reservada se halla prevista excepcionalmente en el art. 33 bis de la Ley N° 23737, que fue incorporado por la Ley N° 24424 en el marco del control de los delitos que reprimen a organizaciones dedicadas a la comercialización de estupefacientes.

Asimismo, la figura de reserva de identidad se hizo extensiva a hechos de terrorismo, en la Ley N° 25241, también lo que se extendió mediante la Ley N° 25764 respecto de las conductas alcanzadas por los tipos penales descriptos en los arts. Así, “en principio, en la etapa de recolección de prueba... el magistrado está facultado para ordenar la recepción de un testimonio de las características aquí cuestionadas,

si ello obedece a la existencia de un riesgo de seguridad que exige por parte del Estado la protección de su identidad (art. 79 y 81 del ritual). Sin embargo, en la etapa del juicio propiamente dicho, a la luz de los principios y reglas que lo rigen, no puede admitirse su recepción en tales condiciones” (****).

A fin de no caer en el riesgo de generalización de este tipo de testimonios, su 142 bis y 170 del CP. Los antecedentes que existen en el Congreso de la Nación dan cuenta del carácter altamente restrictivo que los legisladores dieron hasta el momento al instituto, limitándolo exclusivamente a los ámbitos de investigación y represión de los delitos indicados precedentemente; todo intento de hacer extensiva esa regulación con carácter general ha sido rechazado.

Su aplicación analógica en el ámbito de la Ley N° 23984 resulta incorrecta, sin que exista norma alguna en ese sentido para este procedimiento; por lo tanto, no pueden convalidarse las reservas de identidad dispuestas respecto de las declaraciones (*****).

Si la juez dispuso la reserva por las especiales características que surgen de los involucrados, y por el temor de aquellos de sufrir represalias por parte de los responsables del homicidio investigado y de la desprotección en la que pueden quedar las personas que aporten elementos de cargo en contra del imputado, esas consideraciones, no pueden alterar el catálogo de disposiciones en materia de medidas de coerción que, taxativamente, establece la ley procesal nacional y ello se debe a que, así como en el ámbito del Derecho Penal material existe el principio del *nullum crimen nulla poena sine lege*, en el ámbito procesal penal su correlato es la *nulla coactio sine lege*.

Esto significa que, para la aplicación de medidas de coerción o de injerencia las pautas que utilizamos de tipicidad material son, mutatis mutandi, de aplicación a esas medidas procesales (*****).

Por eso, no habiendo un tipo de la medida de coerción previsto expresamente por el legislador, su utilización es contraria a lo dispuesto tanto en el art. 2 del C.P.P.N. como, por extensión, a lo que surge del tipo garantía que se desprende del art. 18 CN.

Por otra parte, al momento de adoptarse la decisión de incorporar el testimonio la defensa tiene derecho a asistir a la declaración para establecer con precisión si existe a su respecto alguna inhabilidad y para poder dirigir las preguntas confrontando sus dichos y, obviamente, su

identidad debe ser revelada a la hora de incorporarlos cuando, siendo de cargo, fundan una medida de la que puede surgir otras medidas de prueba o cautelares y mucho más si se trata de un auto de procesamiento con prisión preventiva (*****).

No obstante, no se puede dejar desamparados a estos testigos frente a la situación de peligro en la que pueden encontrarse de revelarse su identidad, máxime cuando uno de ellos es menor, motivo por el cual, y aunque no es estrictamente de aplicación lo dispuesto en el art. 79, C.P.P.N. (porque no son víctimas sino testigos) su testimonio debe ser excluido del expediente con remisión, en sobre cerrado, a la Oficina de Asistencia a la Víctima de la Procuración General de la Nación, para que, por su intermedio, se arbitren los medios conducentes para que se evalúe la situación que el caso plantea y, en caso de corroborarse fehacientemente el peligro al que se exponen al declarar se considere -con intervención del fiscal- se deberá seguir para establecer su comparecencia al proceso (o no) pero, en caso afirmativo, ello deberá hacerse con la identidad verdadera y sin reserva de ninguna especie.

Ser testigo es, por un lado, una carga pública, pero no se pueden desatender situaciones como la que se ha expuesto. Si quieren utilizar sus testimonios deberá revelarse sus identidades; si se considera que al hacerlo se los coloca en situación de peligro, entonces no podrán ser utilizados.

Por tanto, la reserva de identidad impuesta resulta nula, de nulidad absoluta.

Se citó: (*) C. N. Crim. y Correc., Sala I, c. 15.330, “Zerpa, Marcelo”, rta: 18/04/2001 y C. Fed. de San Martín, Sala II, c. “A.M. y otro”, rta: 22/9/1995. (**) C. N. Crim. y Correc., Sala V, “Cabello, Sebastián”, rta: 17/12/1999. (***) C.N.P.E., Sala B, c. “Nobilfrío S.A.”, rta: 10/03/1997. (****) C.N.C.P., Sala III, c. 4.419, reg. 744, “Sanfurgo Ocampo, Eric Manuel, s/recurso de casación”, rta: 4/12/2003. (*****) C. N. Crim. y Correc., Sala I, c. 22.145, “Czarneski, Fabricio Jesús de Nazareth”, rta: 18/11/2003. (*****) Eberhardt Schmidt, Zur Lehre von den Strafprozessualen Zwangsmaßnahmen, N.J.W., 1962; Nicolás González Cuelar Serrano, Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Colex, Madrid, 1990, ps. 77 y ss.; Marcelo Solimine, Principios generales de las medidas de coerción. Enunciación universal y aplicación en los códigos nacional y bonaerense, L.L. 1998, E, 1213 y ss.;

Luis M. García, La intervención de las comunicaciones telefónicas y otras telecomunicaciones en el Código Procesal Penal de la Nación: un cheque en blanco para espiar nuestra vida privada, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Nros. 6 y 7, ps. 405 y ss. y 719 y ss., respectivamente; Gustavo A. Bruzzone, La nulla coactio sine lege como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal, La justicia penal hoy. De su crisis a la búsqueda de soluciones, VVAA, Fabián J. Di Placido Editor, Bs. As., 2000, p.189 y ss. (*****) C. N. Crim. y Correc., Sala I, c. 22.145, “Czarneski, Fabricio Jesús de Nazareth”, rta: 18/11/2003.

(...). 15/07/05 c. 43. C. N. Crim. y Correc. Sala de Feria A.

Estupefacientes. Artículo 9 Ley N° 23737. Requisitos típicos.

La figura penal imputada a (...) es la contemplada por el artículo 9 de la Ley N° 23737, la que, como explicamos al analizar la conducta del coimputado (...) (causa N° 46263 “Sabio”, rta. el 29/3/12, reg. N° 233), apunta al médico o profesional autorizado para recetar, que prescribiera, suministrar o entregare estupefacientes fuera de los casos que indica la terapéutica o en dosis mayores de las necesarias. La norma prevé un agravante cuando se hiciera con destino ilegítimo.

Se encuentra fuera de debate el carácter de droga que adquirió la ketamina a partir de su inclusión en la lista de estupefacientes y demás sustancias químicas incluidas en los alcances de la norma de mención a través del Decreto 299/2010, como así también el requisito exigido por el sujeto activo del tipo, es decir, la calidad de médico veterinario.

Sumado a esto, tampoco se halla controvertida la adquisición por parte del encausado de la cantidad de ocho mil novecientos ochenta y seis (8.986) unidades de ketamina 50 ml entre enero y agosto del pasado año, cuyo destino no se pudo determinar.

Al analizar la figura bajo estudio, señala Andrés D'Alessio que el modo en que la acción se realiza es justamente lo que define la ilicitud que caracteriza este delito. “Lo que el legislador quiere evitar, mediante la tipificación de la prescripción innecesaria o abusiva, es el suministro de un estupefaciente bajo el aspecto de medicamento, pero en el caso de la entrega o suministro, ya no hay apariencia de medicamento

recetado, se trata de una desnuda entrega de estupefaciente” (aut. cit., “Código Penal Comentado y Anotado”, Tomo III, Ed. La Ley, 2° edición, Buenos Aires, 2010, págs. 1061/1065).

“(…) s/ procesamiento”. 29/05/12 474 CCCFed. Sala I.

CAPÍTULO 33
DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA
TÍTULO VII, CAPÍTULO IV DEL CÓDIGO PENAL

FÁRMACOS, MEDICALIZACIÓN DE LA VIDA COTIDIANA Y SALUD. REFLEXIONES SOCIOLÓGICAS SOBRE “SUMINISTRO INFIEL E IRREGULAR DE MEDICAMENTOS”. ARTÍCULOS 204, 204 BIS, 204 TER Y 204 QUATER DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

Por Victoria Inés María Sánchez Antelo*

1. INTRODUCCIÓN: CONCEPCIÓN DE SALUD

Este “delito” está englobado en el conjunto más general de los “Delitos contra la salud pública”.¹ Desde la sociología, los primeros interrogantes que surgen son ¿a qué concepción de salud se hace referencia? O bien ¿quién define qué salud es objeto de protección?

Esto obliga a analizar a qué se hace referencia cuando se habla de la salud no como un estado, sino como un proceso por el que transitan las personas entre salud y enfermedad. Una perspectiva más integral de la salud contempla al individuo como producto y productor de lo social, cuya subjetividad, formas de vida y sus modos de interacción con el contexto económico y político en el que se encuentra, son elementos que modulan el proceso de salud/enfermedad/atención/cuidado (PSEAC). Al tiempo que a partir de estos mismos elementos -su posición

* Socióloga de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Máster Europeo en Empleo y Política Social de la Universidad Autónoma de Barcelona, España. Doctora en Ciencias Sociales por la UBA. Actualmente se desempeña como docente e investigadora en el Instituto Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, UBA, y en el Instituto de Ciencias de la Salud, Universidad Nacional de Tres de Febrero.

1. Torres, S. G., “Normas complementarias. Estupefacientes. Ley 23.737” en Baigún, D. y Zaffaroni, E. R. (Dirs.), De Langhe, M. y Terragni, M. A. (Coords), *Código Penal y normas complementarias. Análisis y jurisprudencia*, 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2014, T. 14A y 14B.

económico-política en lo social, sus formas de vida y aspectos subjetivos- las personas son capaces de actuar sobre el PSEAC y sobre su entorno.

En la vida cotidiana de las personas, se produce una amplia variedad de prácticas como son comer, dormir, higienizarse, relacionarse con otros, sólo por mencionar las más elementales, que inciden en sus estados corporales y emocionales, al tiempo que estos afectan los modos en que comemos, dormimos, nos higienizamos y nos relacionamos con otros. Se trata de formas “caseras”, privadas, de cuidado y atención (de nosotros mismos o de otros) de dolencias menores o estados emocionales mediante prácticas corporales (cambios de posturas o reposo), ingesta de alimentos, remedios, fármacos o sustancias psicoactivas (como el alcohol), para (re)establecer sensaciones (recuperar la vigilia) o vínculos con otros (conocer a alguien con quien trabar amistad). Es decir, se despliegan infinidad de prácticas que pueden estar incidiendo en lo que denominamos salud/bienestar de un modo variable, dinámico e incierto.

El concepto de “proceso” vinculado a salud/enfermedad/atención/cuidado pone de manifiesto el carácter dinámico y de interrelación entre los factores ambientales, subjetivos, sociales, materiales y políticos que atraviesan al individuo en los distintos contextos por los que transita, y que facilitan u obstaculizan su accionar sobre los mismos. Desde esta perspectiva, ¿qué es lo saludable?

El sociólogo Zygmunt Bauman ha caracterizado a nuestro tiempo como *Modernidad Líquida*,² signada por la disolución de los vínculos entre las vidas y los proyectos individuales, de los procesos y acciones colectivas. Se han perdido los moldes institucionales a partir de los cuales se enmarcaban las condiciones y perspectivas vitales, aquellos que proveían reglas y modalidades de conducta. La crisis de la institución “empleo” y sus transformaciones (la flexibilidad total) es la que mejor expresa esa pérdida en el poder de proveer reglas y normas de conducta social a los individuos. El autor señala con esto el fin del “grupo de referencia” (basado en la clase social, en la vecindad y la familia) para pasar a una etapa de “comparación universal”, donde la construcción de la identidad individual es indefinida y será sometida a numerosos cambios hasta arribar al único punto de certeza: la finitud que implica la extinción de la vida. Esto supone una privatización de la construcción de pautas de conducta, pero

2. Bauman, Zygmunt, *Modernidad líquida*, España, Fondo de Cultura Económica, 2002.

también de las responsabilidades sobre el éxito o fracaso. Para que estas pautas adquieran alguna “forma”, requieren de mucha atención, vigilancia y esfuerzo constante por parte de los individuos.

Asistimos a una etapa en la cual la centralidad está en la figura del ciudadano-consumidor más que en el ciudadano-productor, el cual contaba con una vida regulada por las instituciones sociales, con límites definidos y ambiciones conformes a estos. En contraposición, el sujeto consumidor no tiene parámetros para medir su capacidad de adecuación.

Específicamente en el campo de la salud, el parámetro ha dejado de ser el “estar sano o enfermo”, para dar lugar a la idea de “estar en forma”. Si la salud/enfermedad era experimentada en términos de un estado, con un posible origen, desarrollo y fin, estar o no en forma carece de parámetros claros. Salud y “estar en forma” se utilizan habitualmente como sinónimos y ambos remiten a una mirada sobre el cuerpo del individuo, pero pertenecen a órdenes discursivos distintos. “Salud” refiere a un orden normativo que distingue lo normal de lo anormal, a un estado del cuerpo y el espíritu deseable, que indica la posibilidad de satisfacer las demandas del orden social. Mientras que “estar en forma” es un estado indefinido, que no es posible delimitar y cuya constatación es siempre en el futuro: “Estar en forma significa tener un cuerpo flexible y adaptable, preparado para vivir sensaciones aún no experimentadas e imposibles de especificar por anticipado”.³ Implica ser receptivo a lo inusual, lo extraordinario. Se trata de una experiencia subjetiva, vivida y sentida, y no un estado o evento observable.

¿Qué supone por tanto “cuidar de la salud”? En ese cuidado ¿qué lugar desempeña el uso de remedios, medicamentos, fármacos o drogas? ¿Quiénes serán los partícipes necesarios en ese proceso? ¿Qué sentidos sociales asumen la regulación y la clasificación de remedios, medicamentos, fármacos y drogas en ese contexto?

2. LA AUTOMEDICACIÓN Y AUTOATENCIÓN

Habitualmente, se hace referencia al uso de drogas y al de medicamentos como si se tratasen de conductas distintas. Sin embargo, esa diferencia es resultado del proceso de modernización e impide comprender un fenómeno cotidiano que los interrelaciona.

3. *Ibíd.*, pp. 83-84.

El antropólogo Josep Comelles analiza el proceso de automedicación en el seno de los cambios que ha tenido la autoatención, esto es el conjunto de prácticas cotidianas mediante las cuales las personas y grupos actúan sobre sus estados corporales y emocionales. Lo hace desde tres líneas: el papel del medicamento en la práctica médica; los procedimientos de comercialización, consumo y uso, y el significado para la población que poseen esos “artefactos socio-técnicos”.⁴

En primer lugar, es necesario aclarar que, desde la sociología y la antropología, se asume que el uso de cualquier sustancia está relacionado con un conjunto de expectativas: que posea efectos terapéuticos; que desencadene una experiencia mística, mágica o religiosa; o bien, que promueva un conjunto de emociones y sensaciones.

En el proceso de modernización de los países occidentales, el uso no prescrito de medicamentos tuvo primero que desplazar las prácticas tradicionales de uso de remedios caseros y a las prácticas curativas domésticas. Luego, el uso de medicamentos sin prescripción se tornó una “costumbre cotidiana”, al margen del control de los profesionales (médicos y farmacéuticos) y del Estado. “De ahí que estos pretendiesen limitar su difusión controlándolos mediante su criminalización, o imponiendo la prescripción médica y la dispensación farmacéutica”.⁵

La institucionalización de la prescripción es uno de los instrumentos de legitimación de las profesiones médicas y farmacéuticas, proceso que ha revestido un papel fundamental en la construcción del Estado moderno. Según Comelles, la contradicción de este proceso está dada en que para cumplir la función de administrar la salud y la de legitimar las políticas estatales en esta función, a su vez contribuyó a la expansión del uso de medicamentos en forma cotidiana, práctica asociada a la autoatención o gestión casera/privada de los estados corporales/emocionales. Controlar la autoatención implicaba reducir

4. Viana Vargas, E., “Fármacos e outros objetos sócio-técnicos: Notas para uma genealogia das Drogas” en Beatriz Caiuby Labate, Sandra Lucia Goulart, Mauricio Fiore, Edward MacRae y Henrique Carneiro (Comps.) *Drogas e cultura: novas perspectivas*, 1ª ed. Salvador de Bahía, EDUFBA, 2008, pp. 41-64.

5. Comelles, Josep M., “El proceso de automedicación y la prevención de las drogodependencias” en D. Comas, Espín Martín, M. y E. Ramírez Goicoechea (Eds) *Fundamentos teóricos en prevención*, 1ª ed., Madrid, Fundamentos, 1992, p. 141.

la autonomía del actuar profano sobre las prácticas terapéuticas, algo que requirió de un largo proceso histórico.

Desde la antigüedad y la Edad Media, la utilización de “remedios o pócimas” formaba parte de las prácticas cotidianas; se basaban en saberes populares, transmitidos de generación en generación. En menor medida, tenían lugar prácticas especializadas, protagonizadas por las figuras de los boticarios, curanderos y herbolarios. Será en el Renacimiento cuando se comience a recopilar y comercializar de forma sistemática fórmulas y preparados. Durante un largo período, requerir la intervención del médico se reservaba a casos “graves”, y era una figura exclusiva para los sectores pudientes.

A finales del siglo XVII, en Europa emergen un conjunto de técnicas y procedimientos de diagnósticos y tratamiento, que introducen criterios de racionalización e individualización de los cuerpos enfermos y de la muerte. Esto supuso nuevas clasificaciones y control de los medicamentos (conocidas como farmacopeas), proceso que se sustenta en un pacto entre médicos, farmacéuticos y el Estado en el control de las prácticas y políticas de salud. Esta modernización articuló medidas destinadas a criterios higiénico-urbanísticos, control de epidemias mediante políticas sanitarias y un creciente control (y en algunos casos criminalización) de la comercialización o despacho de medicamentos.

Sin embargo, este proceso no supuso una transferencia total de los cuidados de la salud al ámbito especializado. Según Michel Foucault, por el contrario, se evidenció un proceso sutil que fue disciplinando las prácticas de cuidado privadas, impregnándolas con un lenguaje “científico” a través de la divulgación de información especializada y proveyéndolas de reglas prácticas mediante las cuales se fueron transformando los saberes populares acerca del cuidado cotidiano de la salud. Si bien se mantuvo en el entorno familiar una parte de la responsabilidad de los cuidados, esta se vio transformada y se delegó otra al control del médico, asistido por las tareas del farmacéutico.⁶

Este proceso erige al médico como un “educador”, y al farmacéutico como un “orientador”. Rol social que persiste en la actualidad, y cuyo incum-

6. Foucault, Michel, “La política de la salud en el siglo XVIII”, *Estrategias de poder. Obras esenciales*, 1ª ed., Barcelona, Paidós, [1976] 1999, Volumen II, p. 339.

plimiento es sancionado en tanto que traiciona la “confianza” construida por una larga tradición histórica que dotó de legitimidad a sus prácticas.

Asimismo, el “arte de curar” siempre ha estado marcado por: la negociación del galeno con el enfermo y su entorno; la persuasión para cambiar hábitos; y la oralidad como modo privilegiado en la transmisión de las recomendaciones. La profesionalización de las disciplinas de la salud se verá reflejada: en primer lugar, la institucionalización de la prescripción; segundo, en la preeminencia de los medicamentos por sobre otras prácticas terapéuticas; y tercero, la mercantilización de la salud y del cuerpo a tratar. A continuación, se busca reflexionar sobre estos cambios y los modos de conceptualizar la salud/enfermedad.

3. DEL ARTE DE CURAR AL ARTE DE PRESCRIBIR

El primer cambio mencionado estará en el paso de la oralidad a la prescripción por escrito, rubricada por un profesional respaldado corporativamente, enunciada en un lenguaje codificado y con un valor legal: es el nacimiento de “la receta” como evidencia empírica del acto médico, no necesariamente de la curación.

Específicamente, en lo concerniente a los usos y regulaciones en torno a las medicinas, fármacos, remedios y drogas, en la historia argentina es posible observar un conjunto de procesos interrelacionados, con objetivos, actores y motivaciones diversas, que desde el siglo XIX se han entrelazado marcando una tendencia que llegará hasta la actualidad. Esto incluyó el desarrollo modernizador y el avance en la vida cotidiana de las disciplinas e instituciones médicas y farmacéuticas, mediante el impulso de legislaciones que diferenciarán, clasificarán y regularán el uso de medicinas, fármacos, remedios y drogas.

Tal como señala Guillermo Aureano,⁷ los primeros intentos de reglamentación y control de drogas y medicamentos datan de 1822, cuando se impulsan las primeras asociaciones profesionales farmacéuticas. El avance de la industria farmacéutica y de la tecnología far-

7. Aureano, Guillermo R., “La construction politique du toxicomane dans l’Argentine post-autoritaire. Un cas de citoyenneté à basse intensité”, Tesis de Doctorado, Université de Montréal, 1997. Disponible en: <http://www.theses.umontreal.ca/theses/pilote/aureano/these.html> (Consulta: 10 de agosto de 2015).

macológica abría el camino a un nuevo modelo de integración social, basado en una relación individualizada con las instituciones de salud y el abandono de la gestión familiar de los procesos de salud.⁸

Asimismo, el rol comercial que adquiriría el farmacéutico entraba en tensión con la corporación médica en tanto que facilitaba el acceso a los fármacos sin su intervención.

Esto motivará las regulaciones profesionales que garantizarán la dispensación sólo mediante prescripción y desembocarán en la Ley Nacional 4687 de 1905 sobre el “Ejercicio de la farmacia y su reglamentación”.⁹ Esta tecnología administrativa buscaba reservar el poder médico sobre los fármacos y sus usos.¹⁰

En 1918 se presentó un proyecto de ley que no llegó a aprobarse, pero cuyo centro de preocupación eran los criterios acerca de quién y cómo se permitía la prescripción de morfina y cocaína, sustancias que hasta el momento circulaban con fluidez.¹¹ Al año siguiente, el Departamento Nacional de Higiene, autoridad sanitaria en la época, ordenó regular el comercio de un conjunto específico de sustancias: los alcaloides, puntualmente morfina, opio y cocaína.¹²

En 1920 se presentaron a la Cámara de Diputados de la Nación distintos proyectos de ley¹³ que contenían propuestas de regulación del comercio interno y la represión de quienes lo hacían sin estar autorizados. Cabe señalar que, hasta ese momento, la venta de estas sustancias

8. Romani, Oriol, y Comelles, Josep M., “Automedicación y dependencia. Las contradicciones ligadas al uso de psicotrópicos en las sociedades contemporáneas”, *Revista LiberAddictus*, N° 33 y 34, México DF, 1999.

9. Boletín Oficial, “Boletín Oficial de la República Argentina: Decreto 202/2003 Farmacopea argentina. Aprobación 7ª edición”, 4.

10. Romani, Oriol y Comelles, Josep M., *op. cit.*

11. Congreso de la Nación, Cámara de Diputados, *Diario de Sesiones*, 17ª reunión ordinaria del 15 de julio de 1918, T. II, pp. 259-261.

12. Bard, Leopoldo, *Los peligros de la Toxicomanía. Proyecto de ley para la represión del abuso de los alcaloides*, 1ª ed., Buenos Aires, Argentina, Talleres Gráficos Argentinos de L. J. Rosso y Cía., 1923, p.17.

13. Congreso de la Nación, Cámara de Diputados, *Diario de Sesiones*, T. I: 6ª reunión ordinaria del 17 de mayo de 1920, pp. 264-266: “Represión del fraude, adulteración y falsificación de artículos medicinales y alimenticios”; T. I: 12ª reunión ordinaria del 10 de junio de 1920, pp. 663-665: “Reglamentación de la importación, exportación y comercio del opio y sus preparados”.

no se limitaba a las farmacias ni existían registros o controles para la importación, distribución, comercialización y uso de gran parte de algunas medicinas y fármacos. Es por esto que las propuestas legislativas hacen referencia a la necesidad de que la norma alcance a las actividades de los “comercios de toda índole” en los que se evidenciaba la venta y un uso no supervisado.¹⁴

Según cita Aureano,¹⁵ el eje de las distintas propuestas resalta dos formas de castigar los “abusos”: la interdicción de la venta libre y sanciones a quienes, no teniendo expresa autorización, tengan en su poder esas sustancias.¹⁶

Una muestra de esta reconfiguración se registra en 1923 con motivo de la I Conferencia Sanitaria Nacional,¹⁷ donde se expresa entre los asistentes, médicos y farmacéuticos, una profunda preocupación por el papel de quienes incumplen su labor en la administración de los fármacos, que si no es juiciosa se tornan veneno. Serán los propios representantes profesionales los que exijan severas penas para aquellos que mancillen el honor corporativo.¹⁸

Las medidas legislativas y políticas de la época resultan significativas en el debate más general en torno al papel del Estado en la “salud”, los avances de este en la esfera privada¹⁹ y la creciente

14. Sánchez Antelo, Victoria, “Primeros debates sobre legislación del uso de drogas en Argentina fines del Siglo XIX y comienzos del XX: la propuesta del Dr. Leopoldo Bard y su contexto socio-histórico”, *Revista Salud Colectiva*, Lanús, 2012, Vol. 8, N° 3, pp. 275-286.

15. Aureano, Guillermo R., *op. cit.*

16. Bermann, Gregorio, *Toxicomanías*, 1ª ed, Córdoba, Argentina, El Ateneo, 1926, p. 347.

17. Departamento Nacional de Higiene, *Conferencia Sanitaria Nacional. Antecedentes, sesiones y conclusiones*, editado por Ministerio del Interior, Publicación Oficial, República Argentina, Talleres Gráficos Editorial Argentina de Ciencias Políticas, 1923.

18. Es destacable la propuesta del representante de la Sociedad Nacional de Farmacia, Dr. Gabriel Meoli, que recomienda “...sustituir las multas que son ineficientes, por penas corporales enérgicamente aplicadas [y así] persuadir a los colegas que se ven involucrados en tan funesto vicio”, citado en Sánchez Antelo, *op. cit.* p. 279.

19. Armus, Diego, *La ciudad impura: salud, tuberculosis y cultura en Buenos Aires, 1870-1950*, 1ª ed., Buenos Aires, Edhasa, 2007; Ramacciotti, Karina, Cannellotto, Adrián y Luchtenberg, Erwin, *Las instituciones sanitarias en la Argentina: Entre el clamor de las urgencias sociales y la planificación*, 1ª ed., Buenos Aires, Edición del Observatorio Argentino de Drogas (SEDRONAR) y Universidad Nacional de General San Martín, Programa Mundos Contemporáneos, 2008.

importancia de los cuerpos profesionales en la definición de fronteras materiales y simbólicas sobre lo aceptable y no aceptable,²⁰ en términos de salud en general. Cuando se refiere al consumo de fármacos, medicamentos o drogas, la distinción estará entre uso y abuso, frontera que aún no es clara.

En este proceso, la figura del médico que caracterizaba su práctica como proveedora de consejo y contención, se ha reconfigurado en la institución de la prescripción sin traducirse en un incremento de la salud. Por el contrario, según Foucault, “la introducción de la salud en un sistema económico susceptible de ser calculado y medido”²¹ ha convertido a los médicos “en intermediarios semiautomáticos entre la industria farmacéutica y la demanda del cliente, es decir, en simples distribuidores de medicamentos y de medicación”.²²

4. EL REINO DE LOS MEDICAMENTOS

El segundo cambio en la modernización del campo de la salud vino de la mano del avance técnico que supuso el descubrimiento de la penicilina. Esta implicó un cambio en el imaginario social acerca de las enfermedades, en la medida en que los medicamentos se erigen con mayor preeminencia frente a otros procedimientos destinados a la cura.

La diferencia entre sustancias lícitas (como medicinas y fármacos pero también alimentos, especies y bebidas como el alcohol) de aquellas cuyo uso requiere supervisión parcial (por ejemplo, medicamentos de venta libre), total (medicamentos prescritos y con receta archivada), o que han sido prohibidas (como los estupefacientes), es fruto de un proceso histórico, marcado por disputas de poder que no necesari-

20. Armus, Diego, “La enfermedad en la historiografía de América Latina moderna”, *Revista Asclepio*, España, 2002, Vol. 54, N° 2, pp. 41-60; Armus, Diego, *La ciudad impura...*; Aureano, Guillermo R., “Uso recreativo de drogas ilícitas. Una visión política”, en Cueto Caballero, Marcos y Cáceres, Carlos (Eds.), *La salud como derecho ciudadano: perspectivas y propuestas desde América Latina*, 1ª ed, Lima, Perú, Universidad Peruana Cayetano Heredia, 2003 pp. 45-58.

21. Foucault, Michel, *op. cit.* p. 358.

22. *Ibidem*, pp. 359-360.

riamente tienen a la “protección de la salud” en el centro de interés y, por tanto, no está exenta de controversias.

Cabe recordar que en Argentina, esta clasificación se inició implícitamente con las legislaciones que pretendían una mayor definición y regulación del funcionamiento de las tareas de farmacia y del rol de médico en la prescripción de fármacos. Proceso que tendrá por resultado la diferenciación entre drogas, fármacos y medicamentos, y dentro de estos, la jerarquización según el grado de control especializado que requerirá su uso.²³

El quiebre más destacable en la clasificación de las sustancias se produce en 1961 con la Convención Única de Estupefacientes.²⁴ En esta se establece una serie jerarquizada de listas en las que se clasifican las distintas sustancias y sus derivados. Aquellas sustancias incluidas en la famosa “Lista I” serán las denominadas estupefacientes, y su mero uso será considerado “abuso” o “uso indebido”.²⁵ A pesar de las importantes excepciones en las sustancias incluidas/excluidas, así como la arbitrariedad a la hora de distinguir entre una sustancia y otra para ser incluida en una lista u otra,²⁶ este sistema rige las políticas mundiales de drogas.²⁷

Esta clasificación sustenta la perspectiva binaria del consumo de drogas, que si bien discursivamente distingue entre usos y abusos, se ha mostrado incapaz de abordar los casos de consumo reconociendo sus matices. Todo lo cual tendrá, entre otras consecuencias, la generación de un contingente cada vez más numeroso de sujetos a ser intervenidos

23. Sánchez Antelo, Victoria, “Tiempo histórico de las drogas en Argentina”, en *Habitus flexible y modos de subjetivación temporal: análisis sobre los sentidos y las prácticas de los poli-consumidores de drogas*, Tesis de Doctorado, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, pp. 38-73.

24. Ratificada por la Argentina en 1963 y 1968 mediante las Leyes N° 7612/63, publicada en el BO de 19/09/1963, y N° 17818/68 respectivamente. Cfr. Torres, *op. cit.* Tomo 14A.

25. Davenport-Hines, Richard., *La búsqueda del olvido. Historia global de las drogas, 1500-2000*, 1ª ed., Barcelona, Fondo de Cultura, [2001] 2003, p. 327.

26. Como la exclusión del alcohol, el tabaco y el café o de las anfetaminas. Asimismo, el criterio para que una sustancia sea considerada como psicotrópica vendrá determinado única y exclusivamente por su inclusión en las Listas I, II, III y IV elaboradas entre la Convención de 1961 y enmendadas por el protocolo del año 1971. Davenport-Hines, Richard. *op. cit.* p. 326.

27. Torres, *op. cit.*

penal y/o asistencialmente. Es por esto que algunos autores europeos señalan que esta convención inaugura el paradigma asistencial.²⁸

La naturalización de esta diferencia, en el sentido de creer que es intrínseca a las propiedades de las sustancias, esconde las múltiples, conflictivas, ambiguas y promiscuas relaciones entre nuestras sociedades y las drogas, utilizando el sentido amplio que engloba en estas a los fármacos. Hace años se ha planteado que esta relación con las drogas en las sociedades contemporáneas, parafraseando a Michel Foucault, ha configurado el “dispositivo de las drogas”,²⁹ en tanto se expresa, por una parte, la tendencia a grados de control, restricción y prohibición sobre estas, al tiempo que, por otra, se evidencian numerosos procesos que incitan su uso y abuso.

5. MUCHO MÁS QUE DOS: MERCANTILIZACIÓN DE LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE

La mercantilización creciente del PSEAC, tercer cambio señalado, incidió en el modelo de asistencia médica, dando lugar a la actuación de otras figuras sociales, transformando la relación entre el médico, el paciente y su entorno. Reviste importancia señalar los procesos microsociales relativos a la medicalización de la vida cotidiana, porque parecen haber normalizado el consumo de fármacos y redefiniendo el rol desempeñado por los médicos, los pacientes y los farmacéuticos.³⁰

En este contexto, el término medicalización se utiliza para describir el proceso mediante el cual problemas que no son definidos como propios del campo médico o de la salud, comienzan a ser conceptualizados como problemas de salud y tratados como competencia médica. Este proceso ha dado una especial atención a los comportamientos definidos como inmorales, pecaminosos y/o criminales, para transfor-

28. Colom i Farran, Joan, “Análisis de las intervenciones en drogodependencias en el Estado español desde sus orígenes hasta la reducción de daños”, en *Gestionando las Drogas*, 1ª ed., Barcelona, Grup Igia, 2001, pp.49-58.

29. Frase atribuida a Néstor Perlongher (1987), citada en Viana Vargas, Eduardo, *op. cit.*, p. 55.

30. Conrad, Peter y Leiter, Valerie, “Medicalization, Markets and Consumers”, en *Journal of Health and Social Behavior*, Vol. 45, Extra Issue, Londres, Nueva York, SAGE, 2004, p. 160.

mar su significado social en un problema médico, “moviéndolos de la maldad a la enfermedad”.³¹ A lo largo de la historia, destacan aquellas conductas y emociones que involucran al cuerpo, como el alcoholismo, la homosexualidad, el travestismo, la masturbación y el uso/abuso de drogas, entre otros. Estas prácticas de la vida social e individual han atravesado un proceso histórico por el cual fueron trasladados desde la persecución judicial a la atención médica.

En algunos casos persiste el criterio jurídico por sobre el médico, subsumiendo a ambos la autonomía individual, como es la interrupción voluntaria del embarazo.³² En otros casos, se evidencia la “desmedicalización”, donde el ejemplo paradigmático ha sido el retiro de la homosexualidad de la lista de enfermedades mentales por parte de la Organización Mundial de la Salud en 1990.

La instalación de la cultura del “estilo de vida saludable”, además de focalizar la responsabilidad en el individuo, invisibilizando la incidencia de los procesos macrosociales, resalta entre sus pautas de “cuidado” la importancia de los “tiempos para-sí”. Estos “tiempos para-sí” son las brechas temporales a las que apuntan las distintas estrategias comerciales para incrementar el consumo, ampliando los mercados médicos y el ámbito de incidencia de los médicos de mercado.

Un ejemplo que vale destacar es el trabajado por Simon Williams *et al.*³³ Centrando la atención en el *modafinil*, sustancia que permite mantener la vigilia, realizan un rastreo por la prensa escrita británica para analizar la función de los medios de comunicación en la medicalización de la vida cotidiana. Parten del interrogante sobre la frontera entre la utilización médica de una sustancia y, a partir de la intervención mediática, su rápida extensión a otros usos. En sus planteos está la pregunta sobre la relación médico-

31. Conrad, Peter, *The medicalization of society: On the transformation of human conditions into treatable disorders*, 1ª ed., Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2007.

32. Clarke, Adele., Shim, Janet K., Mamo, Laura, Fosket, Jennifer Ruth y Fishman, Jennifer R., “Biomedicalization: Technoscientific transformations of health, illness, and US biomedicine” en *American Sociological Review*, Vol. 68, N° 2, American Sociological Association, 2003, pp. 161-194.

33. Williams, Simon J., Clive Seale, Sharon Boden, Pam Lowe, y Deborah Lynn Steinberg, “Waking up to sleepiness: Modafinil, the media and the pharmaceuticalisation of everyday/night life” en *Sociology of Health and Illness*, Vol. 30, N° 6, septiembre 2008, pp. 839-855.

paciente y las incidencias de las empresas farmacéuticas y de los medios de comunicación. En ese sentido, advierte que el fácil acceso a algunos fármacos, así como la publicidad directa e indirecta a los consumidores, se corresponde con la creciente instalación del consumo de fármacos para la mejora del estilo de vida: “Ahora muchas personas simplemente pasan por alto a su médico y se auto-prescriben medicamentos, esperando mejorar su apariencia, su rendimiento en el trabajo o la destreza en la cama, en lugar de tratar una situación específica o enfermedad”.³⁴

En consonancia con esto, Peter Conrad y Valerie Leiter³⁵ señalan que el “estilo de vida” pasa a ser una de las variables sobre las que incidir para facilitar la introducción de determinados productos. La promoción de cambios en los “estilos de vida” se produce mediante publicidades, que proveen información al consumidor para prevenir “sub-diagnósticos”, así como buscando la normalización de procesos antes denominados patológicos. Estos autores alertan sobre cómo la articulación entre las empresas farmacéuticas y los consumidores, mediada por la prensa y sus publicidades, facilita el “fenómeno viagra”:³⁶ productos diseñados para patologías específicas son promocionados de tal forma que logran extender su uso a casos catalogados médicamente como leves e incluso con el objetivo de mejorar la performance cotidiana en personas clínicamente definidas como “sanas”. Así, las campañas directas con su estrategia “pedagógica”, destinadas a la “educación” del paciente, crean demandas antes inexistentes, facilitando su introducción en el mercado, llegando a moldear “...la manera en que el público conceptualiza los problemas [cotidianos] y aumentando la demanda de soluciones médicas para los mismos”.³⁷

La medicalización de la vida cotidiana favorece el creciente uso de soluciones farmacológicas en la esfera privada, a las que se accede (legal e ilegalmente) a través de Internet, y posibilita colonizar tiempos para consumir y consumir para tener tiempo.³⁸

34. *Ibidem*.

35. Conrad, Peter y Valerie Leiter, *op. cit.*

36. Williams *et al.*, *op. cit.*

37. Conrad, Peter y Valerie Leiter, *op. cit.* p. 162.

38. Sánchez Antelo, Victoria, *Habitus flexible y modos de subjetivación temporal: análisis sobre los sentidos y las prácticas de los poli-consumidores de drogas*, Tesis de Doctorado, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.

Simon Williams *et al*, en el trabajo ya citado, señalan cómo la publicidad busca instalar como obvia la necesidad de uso de un producto farmacéutico para la regulación del sueño/vigilia, destacando la función estratégica que supone controlar el uso del tiempo -en ese caso el dedicado al sueño-. Se trata de un recurso estratégico, que como tal, es preciso administrarlo rigurosamente ya que no se puede adquirir. Así, la inevitabilidad y la “necesariedad” del consumo se presentan al público como evidentes y se traducen en búsqueda de mayor productividad, eficiencia, eficacia y pertinencia para sustentar la producción de ese consumo.³⁹

Por su parte, Nick Fox y Katie Ward⁴⁰ profundizan sobre los alcances de esta medicalización de la vida cotidiana, centrándose en los fármacos de “estilo de vida” (*lifestyle drugs*), que son utilizados para atender problemas que se encuentran en el margen entre salud y bienestar, y observan una diversidad de formas de utilización que modulan las prácticas y discursos sobre la base de una ética del consumo. En su análisis incluyen una variedad de estos productos y usos: como el sildenafil, comercializado como Viagra, sin prescripción para potenciar la actividad sexual; las hierbas y remedios “alternativos”, donde el adjetivo “natural” busca desproblematizar sus uso; la utilización intensiva de anticonceptivos como modo de “gestionar” los tiempos de la menstruación; o prácticas más alarmantes como el uso de productos para la pérdida de peso en “maratones por la anorexia”, algo que se registró también en nuestro país.⁴¹

En esta línea, se distinguen dos procesos: por un lado, la “cotidianización” del consumo de productos farmacéuticos gracias a su accesibilidad, maximizada por las facilidades que presta Internet, que amplifica sus usos en las dimensiones más privadas y a la creciente oferta personalizada de los productos. Por otro, la mercantilización de la vida cotidiana, donde para cada acción diaria hay un producto “farmacéutico” -desde comida para bebés hasta los propios medicamentos-, lo cual facilita que sean percibidos como una solución “má-

39. Williams *et. al.*, *op. cit.* p. 849.

40. Fox, N. J. y Ward, K. J., “Pharma in the bedroom... and the kitchen.... The pharmaceuticalisation of daily life” en *Sociology of health & illness*, Vol. 30, N° 6, 2008, pp. 856-868.

41. Sánchez Antelo, Victoria, “Desafiando los límites: noción de ‘estilo de vida’ en consumidores de drogas y promotores de la bulimia y la anorexia en entornos virtuales”, *Revista Atena*, Buenos Aires, 2012, Vol. VII, N° 9, pp. 80-92.

gica” a problemas cotidianos. La mercantilización creciente mediante estrategias cada vez más sutiles normaliza la introducción de nuevos productos para “solucionar”, potenciar o mejorar cada vez más aspectos de la vida cotidiana. Ambos procesos -cotidianización del consumo y mercantilización de la vida cotidiana- son los que evidencian la relación entre el sistema económico y de producción, particularmente de la industria farmacéutica, con los aspectos más mundanos de la vida cotidiana individual.

La dificultad de regular el acceso a información y limitar la publicidad directa e indirecta al consumidor por parte de la industria farmacéutica, así como la extensión de la lógica mercantil en todos los niveles de la atención sanitaria, contribuyen a volver difusa la frontera entre los usos médicos de los fármacos y los usos no-médicos o abusivos.

En este sentido, el lugar de los profesionales de la salud aparecería bajo la tensión entre conservar el lugar de discurso de autoridad o atender las presiones de pacientes/consumidores, medios de comunicación y empresas que administran los servicios de salud cuando restringen el uso de algunos productos. Estos agentes aparecen cuestionando las trabas médicas a determinados productos, a la vez que utilizan el discurso y la figura médica si es necesario y favorable, por ejemplo para dar sustento científico a las afirmaciones de las publicidades.

En un mapa con tantos agentes e intereses -complementarios, yuxtapuestos, y en algunos casos contrapuestos-, parece tensionar la definición entre “usos patológicos” y “usos normalizados/autorizados” de fármacos.

6. DE PACIENTES A USUARIOS ACTIVOS: LAS LUCHAS POR EL CUERPO

A través del argumento de la protección de la salud, los profesionales se reservan el poder para definir quién puede acceder o no, legal y legítimamente, a fármacos, tratamientos y terapias. Si bien es destacable la importancia creciente de las empresas farmacéuticas, de las aseguradoras de salud (en nuestro país prepagas y obras sociales) y de los propios consumidores en este proceso, los profesionales de la salud conservan con un papel clave en la medicalización. La firma del médi-

co y la dispensación por parte del farmacéutico, continúan siendo la frontera entre un “Nosotros normalizado” y un “Otro problemático”.⁴²

Según señalan Conrad y Leiter,⁴³ en algunos casos se ha evidenciado que la publicidad logra convertir situaciones catalogadas como enfermedad, y por tanto socialmente estigmatizadas, en temas a percibirse como un “problema común”. Esta normalización facilita la ampliación del mercado de consumidores potenciales, presionando sobre los profesionales médicos para expandir la recetabilidad de los productos mágicos.

Pero también posiciona a los pacientes como sujetos activos frente a un padecimiento o una situación personal dificultosa. Esta tendencia forma parte de la construcción de ese sujeto/cuerpo consumidor, pero también tiene incidencia en un “paciente” que abandona su pasividad frente al sistema médico/jurídico. Por tanto, cabe preguntarse si aquello que aparece como empoderamiento del paciente, ¿Es sólo un logro publicitario?

Obviamente son procesos que no están ausentes de disputas. El *empowerment* de los consumidores en torno a determinados fármacos y tratamientos ha sido el motor, por ejemplo, para la articulación de colectivos políticos. En este terreno se encuentran las demandas por facilitar el acceso a misoprostol y mifepristona⁴⁴ para la interrupción voluntaria del embarazo, como una alternativa más segura que las prácticas quirúrgicas.⁴⁵ Los reclamos por la “despenalización” de la

42. Aureano, Guillermo R., *op. cit.*

43. Conrad y Leiter, *op. cit.*, p. 163.

44. El uso de fármacos para inducir abortos data de los años 1950, siendo actualmente la mifepristona (que bloquea la progesterona, hormona que sostiene el embarazo), en combinación con las protasglandinas (misoprostol) los más utilizados. El misoprostol se utiliza para el tratamiento de la úlcera gástrica, pero también en ginecología y obstetricia para inducir el parto vaginal y para estimular las contracciones uterinas en los casos de abortos espontáneos incompletos. Romero, Mariana y Ramos, Silvina, “El aborto con medicamentos: una opción para la interrupción legal del embarazo”, *Grupo de Información en Reproducción Elegida*, México, junio 2007.

45. Zamberlin, Nina, Romero, Mariana y Ramos, Silvina, “Latin American women’s experiences with medical abortion in settings where abortion is legally restricted”, *Reproductive Health*, Vol. 9, N° 34, 2012, pp. 1-11; Pantelides, Edith A. y Mario, Silvia, “Morbilidad materna severa en la Argentina: estimación de la magnitud del aborto inducido”, *Notas de Población*, N° 87, Buenos Aires, CEPAL, 2007, pp. 96-120; Romero y Ramos. *op. cit.* Según el análisis realizado por Zamberlin *et. al.* en 2012, se observa que los estudios latinoamericanos sobre el aborto han coincidido en destacar que las

marihuana, que junto con la del aborto, están emparentadas “con las luchas que [...] apuntan a recuperar el dominio del cuerpo”, y se oponen a la imposición fijada por los distintos estándares de vida que se presentan como “absolutos de la belleza y la felicidad”.⁴⁶

Asimismo, cabe alertar que el uso médico de productos farmacéuticos se continúa tratando de un modo acrítico y no problematizado por los medios masivos de comunicación; mientras que al referir a usos no-médicos de esos productos, se banalizan, estigmatizan y condenan, sin proveer información tendiente a la protección de la salud. Esto sólo contribuye a diluir aún más los límites entre el uso para tratamientos y para optimizar el rendimiento, una división que en sí debe reconocerse como socialmente construida y controvertida, y no exenta de los debates sociales y éticos en relación con las nuevas tecnologías médicas.⁴⁷

El reconocimiento de una creciente medicalización de la vida cotidiana, promovida por la instalación de este estilo de vida, obliga a replantear los límites fijados al consumo de determinadas sustancias y las definiciones utilizadas en términos de lo “médicamente” necesario.

7. A MODO DE CIERRE: LAS POLÍTICAS DE LA VIDA

Se ha conceptualizado el siglo XXI como la era de la biotecnología, etapa que con los avances en ingeniería genética y la nueva generación de psicofármacos abre un conjunto de posibilidades, pero también de inquietudes. Una de las principales críticas está dirigida a las empresas farmacéuticas que impulsan la medicalización de estados no

mujeres valoran la seguridad y efectividad del aborto con medicamentos así como la privacidad que ofrece y la posibilidad de tener cerca a su pareja, un/a amiga/o, o persona de su confianza durante el proceso. Las mujeres perciben al aborto con medicamentos como menos doloroso, más fácil, más seguro, más práctico, menos costoso, más natural y menos traumático que otros métodos abortivos. Asimismo, los profesionales de la salud resaltan la necesidad de un debate mayor sobre el tema que permita incidir con mayor efectividad en la mortalidad materna Cf. con Szulik, Dalia, Gogna, Mónica, Petracci, Mónica, Ramos, Silvina y Romero, Mariana, “Anticoncepción y aborto en Argentina: perspectivas de obstetras y ginecólogos”, *Revista de Salud Pública de México*, México DF, 2008, Vol. 50, N° 1, pp. 32-39.

46. Aureano, Guillermo R., *op. cit.*, p. 11.

47. Williams *et. al.*, *op. cit.*, p. 850.

patológicos. Los desarrollos científicos y tecnológicos en los diversos campos que involucran la salud humana, han impulsado campos de especialización para arbitrar este debate, como lo es la bioética.

En su trabajo *Políticas de la Vida. Biomedicina, poder y subjetividad en el siglo XXI*, Nikolas Rose toma como insumo estos debates para establecer que forman parte de “una forma de vida emergente”. Se trata de una nueva política de la vida en sí, en la medida en que ha sido precedida por varios siglos de políticas vitales, como son las políticas de salud. Entre las preocupaciones, las políticas de salud de la primera mitad del siglo XX destacan el registro de “las tasas de natalidad y mortalidad, de las enfermedades y epidemias, de vigilancia y control del agua, las aguas cloacales, los alimentos, los cementerios y de la vitalidad de los habitantes”.⁴⁸ Esta biopolítica, en términos de Michel Foucault,⁴⁹ ya desde los inicios depositó su interés en la herencia biológica de diversos grupos poblacionales: de allí la preocupación por la “mejora de la raza”, y el combate a la “degeneración hereditaria” fueron centrales.

A diferencia de la “política de la vida” del siglo pasado, la actual “no se encuentra delimitada por los polos de la salud y la enfermedad, ni se centra en eliminar patologías para proteger el destino de la nación. Antes bien, se ocupa de nuestra capacidad, cada día mayor, de controlar, administrar, modificar, redefinir y modular las propias capacidades vitales de los seres humanos en cuanto criaturas vivas”.⁵⁰

Esta política de la vida se sustenta en cambios en la racionalidad y la tecnología de control social que dan lugar a estrategias de gobierno “neoliberales”.⁵¹ El movimiento está marcado por tres tendencias crecientes hacia: la medicalización de los problemas sociales, ubicar los “problemas sociales” en la esfera de atención médica y farmacológica (por ejemplo, convirtiendo al desempleo en un problema de “depresión” individual y no en uno estructural de la economía); la autono-

48. Rose, Nikolas, *Políticas de la vida. Biomedicina, poder y subjetividad en el siglo XXI*, 1ª ed. en castellano, La Plata, UNIPE Editorial Universitaria, [2007] 2012, p. 25.

49. Foucault, Michel, *Historia de la Sexualidad I: La voluntad de saber*. 2ª ed., Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, [1976] 2010.

50. Rose, Nikolas, *op. cit.*, p. 25.

51. Rose, Nikolas, “El gobierno de las democracias liberales avanzadas: del liberalismo al neoliberalismo”, *Archipiélago. Cuadernos de crítica de la cultura*, N°29, España, 1997, pp. 25-40.

mización de los agentes privados y corporaciones profesionales en el accionar político en salud (por ejemplo, limitando las medidas estatales a fijar valores de referencia *-benchmarks-* y delegando auditorías en consultores privados); y la delegación de las responsabilidades de salud en los sujetos individuales, destacando el papel “activo” en la gestión individual de la salud, algo que se convierte en una responsabilidad moral de estos en el presente para garantizarse una seguridad futura. Esta concepción de la responsabilidad individual en la salud es la base de numerosas políticas públicas preventivas actuales.

Del complejo y extenso análisis que realiza Nikolas Rose, es interesante rescatar una de las formas sociales emergentes: “la ciudadanía neuroquímica”.⁵² Se ha problematizado el uso de psicofármacos como parte de acciones coercitivas que pretenden “corregir conductas desviadas” y se utilizan como “cachiporras químicas”. En esas concepciones críticas el fármaco es un agente externo el que somete a los cuerpos “problemáticos”. Sin embargo, señala el autor, lo que se observa es, primero, un cambio en el discurso de un uso orientado a “corregir anomalías”, hacia otro que propone introducir sutiles “ajustes”, buscando alejar la imagen negativa asociada a una normalización coercitiva; segundo, se ha instalado una concepción de los psicofármacos que posibilitan potenciar, restaurar y/o mantener a los individuos que los usan en el circuito de la vida cotidiana; y tercero, lejos de ser una coerción externa, se observa un incremento de la demanda de los propios consumidores (sean personas enfermas o sanas, ya no importa), para acceder al consumo de psicofármacos. Ha triunfado la ilusión de que estos les posibilitarán “volver a ser ellos mismos”, corrigiendo químicamente pequeños desajustes.

52. Rose, Nikolas, *Políticas de la vida...*, *op. cit.*, pp. 407-435.

JURISPRUDENCIA

Contienda entre Juzgado Correccional y Juzgado Federal. Posible adulteración o tráfico de medicamentos. Comercialización clandestina de fármacos. Afectación a la salud pública. Justicia Federal.

Hechos: La causa se inició en la Justicia de Instrucción que declinó su competencia, al descartar la aplicación del art. 85 del Código Penal y entendió que los sucesos se subsumían en las figuras contempladas en los arts. 204 quinquies y 208 de ese ordenamiento normativo, a favor del Juzgado Correccional.

Su titular se declaró incompetente a favor de la Justicia Federal, sobre la base de la doctrina sentada por la Corte Suprema en que se encontraban afectadas la salud pública y, el Juzgado Federal no aceptó la competencia devolviendo las actuaciones y trabándose así la contienda.

Fallo: (...) De lo expuesto se desprende que la conducta de los imputados no sólo encuadra en los artículos 201, 204, 204 ter y 204 quater del Código Penal, sino también podría haberse afectado la Ley de Medicamentos, por lo cual correspondería que sea la justicia de excepción la que conozca en la presente investigación.

Al respecto, dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación que era la Justicia Federal la que debía intervenir si las particularidades del caso en el cual se investiga una posible adulteración o tráfico de medicamentos, no permitiría descartar la posible infracción tanto a la Ley de Marcas como a la de Medicamentos (1).

En ese sentido, afirmó que la comercialización clandestina de fármacos que afectan la salud pública determinaba la competencia de esa Justicia (2).

Cabe señalar que el art. 34 de la Ley N° 23737 -según ley 26052 publicada el 31/8/05- establece que son los Juzgados Federales de todo el país los que deben intervenir, “...excepto para aquellas provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que mediante ley de adhesión, opten por asumir su competencia en las condiciones y con los alcances que se prevén”... entre otros supuestos los contemplados en los arts. 204, 204 bis, 204 ter y 204 quater.

Por otra parte, el art. 4 de la Ley N° 26052 indica que en caso de duda sobre la competencia, prevalecerá la Justicia Federal. (...), el Tribunal RESUELVE: Que debe continuar la investigación el Juzgado Federal N° (...).

(1) CSJN, “Chiale, Carlos Alberto”, rta.: 22/5/07; (2) CSJN, Fallos 329:2256; CSJN, rta.: 7/6/05, “Cintioni, H.”, JPBA, 128-76-160.

N.N.28/04/11 c. 41.366. C. N. Crim. y Correc. Sala VI.

Contienda entre Juzgado Correccional y Juzgado Federal. Venta de medicamentos clandestinamente, con o sin autorización, exigiendo o no la presentación de la receta. Delitos contra la salud pública. Infracción a la Ley de Medicamentos. Competencia federal.

Fallo: En este sentido, ya sea que haya comercializado fármacos clandestinamente con o sin autorización, requiriendo o no la presentación de las recetas médicas correspondientes, no existen dudas de que la conducta que aquí se investiga podría indefectiblemente encuadrarse en alguna de las figuras que fueron incorporadas por la Ley N° 23737 (artículos 204 y siguientes del Código Penal de la Nación), cuya competencia corresponde a la Justicia Federal de acuerdo a lo normado en el artículo 34 de esa misma norma.

Más allá de eso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “del contexto de la Ley N° 23737 se infiere que el legislador decidió penalizar no sólo los hechos relacionados con el comercio de estupefacientes -y a los que, en principio, apuntarían la mayoría de las conductas previstas- sino también aquellos otros en los que, por algún medio, se lesione o afecte la salud pública en general como consecuencia de una comercialización indiscriminada de medicamentos que pueda ponerla en peligro” (1), como también que “si la comercialización clandestina de fármacos habría comprometido la salud pública, corresponde declarar la competencia de la Justicia Federal” (2).

Por lo dicho, corresponde asignar competencia al Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° (...), lo que así se RESUELVE. (...).

(...) 28/04/11 c. 436. C. N. Crim. y Correc. Sala IV.

Tráfico de medicamentos o mercaderías peligrosas para la salud. Procesamiento. Venta de sustancias medicinales sin autorización: sin la receta y con conocimiento de su carácter nocivo por parte de los adquirentes. Cambio de calificación. Confirmación.

Fallo: (...) coincidimos con el Sr. Juez a quo en cuanto a la pertinencia del procesamiento dictado en autos.

Sin embargo, y sin perjuicio de que la determinación de la significación jurídica adoptada en el caso no resulta esencial para analizar la libertad de los encausados, respecto de quienes no se ha dictado la prisión preventiva, estimamos necesario señalar que el hecho tratado encuentra “prima facie” únicamente adecuación típica en el artículo 204 quater del Código Penal, en tanto las características del medicamento aludido -que requiere receta para su venta- y el contexto en que se lo comercializaba, permite concluir que los inculpados carecían de autorización para ello.

Más allá de ello, corresponde que en la instancia de grado se verifique tal extremo. Descartamos, por ende, el encuadre del hecho en la figura que contempla el artículo 201 del Código Penal.

Ello así, pues en el análisis no es posible soslayar el contexto de informalidad en que se realizaba aquella venta, y que conforme resulta de las conversaciones telefónicas aquellas personas que adquirirían la sustancia en cuestión habrían tenido conocimiento de sus efectos abortivos en caso de ingesta y aplicación durante los primeros meses de embarazo -para ello, presuntamente, habrían acudido al lugar.

La falta de información a los adquirentes en torno a que la utilización de aquel medicamento no siempre producía el resultado esperado en tales condiciones, o que, inclusive, podría derivar en la malformación del feto o resultar peligroso para la vida de la madre, resulta irrelevante a los fines del tipo en cuestión.

Máxime teniendo en cuenta el presunto fin para el cual se empleaba aquella sustancia, que los imputados carecían de título o autorización que los habilitase a suministrarla, y que resultaba evidente su carácter nocivo en las condiciones en que era empleada.

De tal modo, habremos de confirmar el hecho traído a estudio, que se entiende constitutivo del delito de ventas de sustancias medicinales sin autorización (Artículo 204 quater del Código Penal), todo lo cual así se RESUELVE.

(...) y otros. 27/04/10 c. 51. C. N. Crim. y Correc. Sala IV.

Edición impresa en los talleres gráficos Casano Gráfica,
Ministro Brin 3932, Remedios de Escalada, Buenos Aires, Argentina,
en el mes de octubre de 2016.
Tirada 1000 ejemplares.